

Paolo Biavati

OPEN
TEACHING 

L'ARCHITETTURA DELLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

Bononia
University Press

OPEN
TEACHING



Paolo Biavati

L'ARCHITETTURA DELLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

Bononia
University Press

La versione digitale di questo volume è disponibile gratuitamente grazie al contributo dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

Visita buponline.com/openteaching

Fondazione Bologna University Press

Via Saragozza 10

40123 Bologna

tel. (+39) 051 232882

fax (+39) 051 221019

www.buponline.com

e-mail: info@buponline.com

ISBN 978-88-6923-983-0

ISBN online 978-88-6923-984-7

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons BY-NC-SA 4.0

Progetto di copertina: Design People (Bologna)

Impaginazione: DoppioClickArt - San Lazzaro di Savena (BO)

Prima edizione: dicembre 2021

SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	7
-------------------	---

PARTE I LA LEGGE DELEGA DI RIFORMA

1. Introduzione. Scopo e limiti della riforma del processo civile	9
2. L'ufficio per il processo	12
3. La questione di giurisdizione	15
4. L'organizzazione giudiziaria civile	16
5. Le modalità telematiche	18
6. Le notificazioni	20
7. La stabilizzazione delle nuove forme di udienza	21
8. I modelli processuali	23
9. La fase introduttiva	25
10. La trattazione della causa	30
11. La fase decisoria e le difese finali	31
12. Le ordinanze provvisorie	33
13. Il procedimento semplificato di cognizione	34
14. Le modifiche all'appello	35
15. Il giudizio in Cassazione	40
16. Un nuovo caso di revocazione	44
17. Il rito del lavoro	45

18. L'arbitrato	46
19. Il riconoscimento delle decisioni estere	50
20. Il processo esecutivo	52
21. Altre disposizioni	57
22. Cenni al processo in materia di famiglia	59
23. La mediazione e la negoziazione assistita	62

PARTE II

CONFRONTI E APPROFONDIMENTI

1. Le perenni riforme della giustizia civile	67
2. Riforme e complessità	72
3. Linguaggio e sinteticità	82
4. Quale codice per il processo civile telematico?	89
5. Brevi appunti sul diritto processuale dell'emergenza	95
6. La tutela cautelare in arbitrato	99
7. La relazione della commissione Luiso	111

PREFAZIONE

L'approvazione della legge n. 206 del 26 novembre 2021 costituisce un relevantissimo intervento riformatore sulla giustizia civile: certamente, il più vasto e complesso dopo la riforma attuata con la l. n. 353 del 1990. La legge contiene la delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.

Ovviamente, la riforma produrrà pienamente i suoi effetti dopo che il governo avrà emanato uno o più decreti legislativi, che, modificando il codice di procedure civile e le leggi speciali, verranno a plasmare il nuovo volto applicativo della tutela civile dei diritti.

L'ampiezza della riforma richiederà una complessiva rilettura sistematica della materia, che si tradurrà in una nuova edizione del libro di Argomenti di diritto processuale civile.

Nel frattempo, la didattica universitaria non può prescindere dallo studio e dalla presentazione delle novità della riforma: anche se i principi di delega contenuti nella legge, per definizione, non pongono disposizioni immediatamente operative, gli istituti coinvolti devono essere esaminati, fin da ora, nella prospettiva delle modifiche.

Di qui, la scelta di approntare questo breve testo, che percorre la legge delega, mettendola a confronto con i punti della quinta edizione del volume, proprio per facilitare a studentesse e studenti la percezione delle novità in via di introduzione.

Il testo è non soltanto sintetico, ma anche necessariamente sperimentale. Su molti aspetti, saranno i decreti delegati a dare un'immagine nitida agli istituti e altrettanto numerosi sono, per il momento, gli spazi da colmare e le relative perplessità interpretative.

Mi è parso utile strutturare questo scritto in due parti. La prima consiste in una sintesi della legge delega. La seconda presenta alcuni stralci di miei lavori, talora già pubblicati e talaltra inediti, che discutono temi di metodo e di merito della riforma. Seppure solitamente riferiti a vicende precedenti, consentono di approfondire alcuni scenari che vengono in rilievo nell'attuale intervento legislativo. Aggiungo, in chiusura, la parte generale della relazione presentata alla Ministra dal prof. Luiso, presidente della commissione di riforma.

Per gli studenti, è essenziale la conoscenza della prima parte; la seconda va vista alla stregua di una semplice opportunità di lettura.

Un ultimo cenno va dato alla decisione, condivisa con l'editore, di pubblicare questo breve lavoro in open access, in modo da consentirne una fruizione comoda e diffusa: forse, gradita (a livello di primissima informazione) anche dagli operatori professionali.

Bologna, dicembre 2021

PARTE I

LA LEGGE DELEGA DI RIFORMA

1. Introduzione. Scopo e limiti della riforma del processo civile

I. Un problema che viene da lontano

Il buon funzionamento della giustizia civile è obiettivo di ogni legislatore. Dare ai cittadini la garanzia di una seria attuazione dei loro diritti, in tempi ragionevoli e con la sicurezza di essere giudicati da magistrati autorevoli, significa porre un tassello fondamentale nella fiducia verso lo Stato e le istituzioni.

Nel corso degli anni, molte riforme si sono succedute, con l'intenzione (non sempre confermata dai risultati) di migliorare la qualità delle tutele. Occorre sottolineare, però, che nelle decadi a noi più vicine si è fatta largo una prospettiva spiccatamente economicistica, alla luce della quale l'inefficienza del processo civile costituirebbe un grave ostacolo allo sviluppo economico e all'appetibilità del paese per gli investitori esteri. In questa logica, ciò che conta non è tanto l'esattezza della decisione (che, naturalmente, viene auspicata), quanto piuttosto la rapidità nel giungere ad una soluzione del conflitto. Si sostengono, quindi, rimedi caratterizzati per il minore spazio dato alla ricerca della verità, per la compressione dei tempi di difesa delle parti, ovvero per il puro e semplice superamento dello strumento processuale, sostituito da modalità alternative, di tipo conciliativo e mediatorio.

Vedere il processo in chiave di analisi economica significa anteporre i parametri dei tempi e dei costi a quello della giusta tutela dei diritti. Tempi e costi sono fattori di grande rilievo, ma non possono essere considerati decisivi. Alla doman-

da se sia preferibile una sentenza veloce ma ingiusta oppure una sentenza giusta ma emessa in ritardo, la risposta non può che andare nel secondo dei due corni del dilemma. Nella prospettiva economicistica, invece, il contenzioso, e tanto più il processo, sono un inciampo, da eliminare per quanto possibile e da esaurire in breve quando indispensabile.

La logica economica è dominante nella visione della Commissione europea. La vicenda della pandemia da Covid-19, con la successiva crisi di molti comparti produttivi e l'esigenza di ricorrere ai fondi europei per la ripresa, ha stretto il tema della giustizia civile in una duplice morsa: alla pressione culturale si è associata, in modo cogente, quella politica. Di qui, la spinta europea a mettere mano ad un'urgente riforma.

Per chiarezza, va detto che certamente la giustizia civile va riformata, nell'interesse dei cittadini e degli stessi operatori. Si corre il rischio, però, di sbagliare ancora una volta la diagnosi e quindi, di proporre una terapia inadeguata.

In una delle relazioni di accompagnamento alle proposte del Governo che si sono succedute nella fase recente, si legge un'identificazione di tre fattori di crisi, ai quali si vorrebbe porre rimedio. Così ci si esprime: "L'obiettivo di una giustizia più effettiva ed efficiente può essere raggiunto solo attraverso interventi integrati che investano contestualmente sia gli aspetti organizzativi della macchina della giustizia, sia i profili del processo dove si annidano le più significative disfunzionalità, sia in dimensione extraprocessuale attraverso misure capaci di favorire una cultura della ricomposizione dei conflitti e della prevenzione degli stessi".

In queste righe, dove non si parla di un processo giusto (nonostante l'art. 111 cost.), ma le parole scelte sono quelle di effettività ed efficienza, si elencano tre concause, senza ammettere che una sola di esse (quella organizzativa) è davvero rilevante, che l'ultima è esterna al tema e che la seconda (le regole processuali) ha, di per sé, un'incidenza minima. Tutto questo spiega i limiti culturali della riforma.

Premesse queste considerazioni doverose, l'atteggiamento degli studiosi, però, non deve essere di ostilità. Si tratta, come sempre, di cogliere le opportunità che la riforma comunque offre e di lavorare per favorire l'interpretazione utile delle nuove norme: quella, cioè, che, fra le più interpretazioni plausibili, meglio risponda nella pratica a garantire l'esercizio della tutela dei diritti, nel rispetto dell'art. 24 cost.

II. L'iter della legge di delega

Mi sembra utile un breve riepilogo delle vicende che hanno portato all'emanazione della l. n. 206 del 26 novembre 2021.

Nel dicembre 2019, il Governo allora in carica presentò un disegno di legge delega di riforma del processo civile, che fu incardinato presso il Senato e prese il numero 1662 S. Le principali innovazioni proposte in quella sede sono indicate nelle apposite finestre nella quinta edizione del volume di Argomenti.

Lo scoppio dell'emergenza sanitaria nel febbraio 2020 ritardò il cammino parlamentare di questo testo, sul quale, peraltro, la Commissione Giustizia del Senato iniziò a lavorare.

La grave crisi economica conseguente alla pandemia vide un forte intervento economico dell'Unione europea a sostegno dei singoli paesi membri, caratterizzato, per ciò che qui interessa, dall'introduzione di appositi strumenti normativi, denominati Piani nazionali di ripresa e resilienza. In sostanza, l'Unione, nel concedere agli Stati finanziamenti e prestiti, chiede in cambio l'attuazione di riforme, ritenute essenziali per accompagnare il rilancio dell'economia. Nella prospettiva già delineata, totalmente sposata dagli ambienti della Commissione europea, fra le riforme indicate figura, certo ai primi posti, quella della giustizia civile.

La caduta del governo c.d. Conte 2 e la sostituzione del Ministro della Giustizia in occasione dell'insediamento del gabinetto Draghi, nel febbraio 2021, si è quindi combinata con l'esigenza di fare approvare alla Commissione, nel quadro del Pnrr, anche un adeguato programma di interventi sul processo civile. Non vi è dubbio che questa genesi atipica abbia condizionato i passi successivi, perché esibire una riforma (vorrei dire: quale che fosse...) diventava merce di scambio con l'indispensabile ossigeno finanziario che l'Italia attende dall'Unione. Il processo civile, insomma, ha dovuto pagare il prezzo della strutturale debolezza dei conti pubblici del nostro paese.

La nuova Ministra Marta Cartabia si è quindi trovata a dover proporre in tempi strettissimi (il Pnrr andava presentato entro il 30 aprile 2021) un intervento riformatore, che però non poteva identificarsi con il testo originario del d.d.l. n. 1662, sottoposto a pesanti critiche dalla dottrina e dagli operatori. Ha quindi nominato una commissione di esperti, presieduta dal prof. Francesco Paolo Luiso (di seguito, in breve, commissione Luiso), che nel breve tempo di poche settimane ha presentato all'esecutivo una serie di proposte.

È indispensabile qui un'annotazione personale, in quanto ho partecipato come componente ai lavori di questa commissione. Da un lato, le proposte sono state

frutto di un confronto a più voci, che ha portato a soluzioni condivise, ma non sempre del tutto coincidenti con le vedute di ogni singolo commissario. Dall'altro, su un punto molto rilevante, quello della fase introduttiva del giudizio di primo grado, la commissione non ha trovato un pieno accordo.

Il Governo, sulla base delle proposte della commissione Luiso, ma anche con scelte del tutto autonome, ha quindi formulato una serie di emendamenti al testo del d.d.l. 1662, che ne hanno cambiato radicalmente il volto.

Il testo, a questo punto, è passato all'esame della commissione Giustizia del Senato, che ha licenziato la formulazione finale, approvata dall'aula il 21 settembre 2021. Va osservato che, per conseguire una più rapida approvazione, a mezzo del voto di fiducia, l'Esecutivo ha plasmato il testo nella forma di un articolo unico, con quarantadue commi, molti dei quali comprensivi di più disposizioni, distinte con le varie lettere dell'alfabeto. Infine, la Camera dei deputati ha dato la definitiva approvazione il 25 novembre 2021.

Non sempre, a mio avviso, queste varie scelte sono state opportune: di qui, una serie di valutazioni, in queste pagine, che risulteranno a volte adesive, ma talora anche critiche sul testo. Allo stesso tempo, la giustizia civile ha certamente bisogno di essere migliorata e quindi occorre cogliere e potenziare i profili positivi dell'attuale riforma.

2. L'ufficio per il processo

I. Una soluzione obbligata

Il vero problema della giustizia italiana, lo si deve ripetere senza stancarsi, non sta nelle norme del codice, ma ha radici strutturali e organizzative. Detto in parole molto povere, i processi sono lenti perché vi è una grave sproporzione fra l'entità del contenzioso e i magistrati chiamati a deciderlo, ovvero, ancora più semplicemente, fra il numero delle cause e il numero dei giudici: troppe cause per troppo pochi giudici.

Nel migliore dei mondi possibili, la soluzione sarebbe agevole: assumere un rilevante numero di nuovi giudici. Purtroppo, non è questa una strada concretamente percorribile. Da un lato, il bilancio dello Stato non se lo può permettere. Dall'altro, dalla magistratura non viene esercitata alcuna pressione politica per ottenere un incremento di colleghi. Infine, sussiste un'oggettiva esigenza di assicurare un'ottima preparazione a chi si assumerà il compito di decidere

sui diritti altrui: un magistrato non si improvvisa ed è rispondente all'interesse generale che il concorso per accedere alla magistratura sia adeguatamente selettivo.

Ancora una volta, vengono in gioco le peculiari condizioni in cui nasce la riforma: urgenza di raggiungere gli obiettivi posti dal Pnrr e mancanza di fondi per stabilizzare a ruolo un più alto numero di magistrati. Certo, il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con legge 21 ottobre 2021, n. 147, prevede l'avvio di un concorso per l'assunzione di 500 magistrati: ma occorre dire che i nuovi giudici saranno destinati a diversi compiti e quindi non tutti al civile e che, comunque, si tratta soltanto di coprire i vuoti nell'organico. Ne segue la via prescelta, vale a dire quella di puntare su figure diverse dai giudici, non stabilizzate, in funzione di ausilio della macchina della giustizia.

L'istituto dell'ufficio per il processo non è nuovo (v. Argomenti n. 24-VI; v. legge 17 dicembre 2012, n. 221 e d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116), ma con la riforma si cerca di potenziarlo per farne il perno dello sforzo organizzativo. L'idea – condivisibile – è quella di evitare che il giudice lavori da solo, ma di affiancargli, se così ci si può esprimere, una squadra di collaboratori di livello, che possano agevolarlo nel suo lavoro e quindi aumentarne la produttività, in termini di cause decise e provvedimenti resi.

È chiaro che molto del successo dell'ufficio dipenderà dalla capacità dei singoli magistrati di relazionarsi con i collaboratori, tenendo presente che l'ufficio (la sottolineatura non è casuale) è del processo e non del giudice persona fisica.

In ogni caso, occorre vedere come la legge di riforma disciplina due aspetti essenziali: i compiti affidati all'ufficio e le caratteristiche richieste in coloro che ne dovranno fare parte.

II. I compiti dell'ufficio per il processo e le caratteristiche dei suoi componenti

La legge di delega, al comma 18° dell'articolo unico, si incarica di definire, in primo luogo, i compiti che devono essere svolti dall'ufficio per il processo.

Si prevede (con formulazioni diverse per il tribunale e la corte d'appello, da un lato, e la Corte di cassazione, dall'altro) che i componenti l'ufficio debbano coadiuvare uno o più magistrati (e quindi, non solo professionali, ma anche onorari) e, sotto la loro direzione, compiere le attività preparatorie utili all'esercizio della funzione giurisdizionale. Quindi, dovranno studiare i fascicoli, approfondire la giurisprudenza e la dottrina, valutare se la controversia possa essere mediata,

predisporre le minute degli atti. Ancora, potranno supportare la verbalizzazione delle udienze, monitorare l'andamento dell'arretrato, facilitare l'utilizzo ottimale degli strumenti informatici.

Come è logico, lo studio teorico dei problemi si accentua nel caso dell'ufficio per il processo presso la Cassazione, dove si tratta di compilare la scheda del ricorso, verificare l'esistenza di precedenti specifici, individuare filoni tematici per le cause seriali, coadiuvare i magistrati nelle ricerche di giurisprudenza e dottrina.

Altri compiti sono quelli di valorizzare e diffondere i precedenti emessi dall'organo giudiziario, sia per incrementarne la produttività che per diffondere all'esterno gli orientamenti, con finalità deflattive, anche attraverso la creazione di banche dati.

Se dall'analisi del dato letterale si passa ad una visione di più ampio respiro, ci si rende conto che il vero obiettivo di medio periodo dell'ufficio per il processo è quello dello smaltimento dell'arretrato, con una inevitabile accentuazione dei profili burocratici e ripetitivi dell'attività giurisdizionale e con un minore rilievo per la creatività giurisprudenziale nell'affrontare profili nuovi. Del resto, il recupero di una maggiore efficienza della giustizia civile passa per la drastica riduzione del peso dei procedimenti arretrati, che condizionano negativamente la possibilità di dare una rapida risposta ai giudizi di più recente introduzione.

Non spetta ai componenti dell'ufficio decidere le cause o sostituirsi al giudice. Certo, occorre evitare, da un lato, il rischio della delega di fatto ai collaboratori di compiti che appartengono soltanto al magistrato e, dall'altro, quello di un loro impiego per attività meramente marginali.

L'altro aspetto di rilievo consiste nella determinazione dei profili professionali richiesti ai componenti dell'ufficio per il processo.

Un primo elemento da mettere in luce è che l'ufficio si compone di soggetti vincolati da rapporti di lavoro a tempo determinato. Quindi, non si è pensato ad una struttura stabile, ma alla creazione di squadre di collaboratori destinate a variare nel corso del tempo.

La precisa individuazione delle figure abilitate a candidarsi si desume dai bandi per il reclutamento di oltre 16.000 persone. Si tratta di laureati in giurisprudenza, economia e scienze politiche, data la polivalenza delle funzioni dell'ufficio. È ragionevole ritenere che numerosi saranno i giovani avvocati che si proporranno per questa esperienza. Di certo, sarà necessario un serio lavoro di formazione, per rendere i nuovi assunti idonei ai compiti che devono svolgere.

3. La questione di giurisdizione

Richiamo, in primo luogo, alcuni aspetti essenziali di questo tema (v. Argomenti, n. 19).

La questione di giurisdizione, da un punto di vista logico, deve essere risolta prima di ogni altra questione a valle. A questa priorità logica, non corrisponde però anche la priorità temporale, anche se l'ordinamento cerca di facilitarne la risoluzione prima che venga affrontato il merito della causa.

In base al testo finora vigente dell'art. 37 c.p.c., la questione di giurisdizione può sorgere in ogni stato e grado del processo e può essere sollevata dalle parti o d'ufficio dal giudice.

Le sezioni unite della Cassazione sono però intervenute con una interpretazione, da molti considerata manipolativa della norma, con il preciso intento di restringere gli spazi per l'introduzione della questione in giudizio. A questo fine, hanno affermato che ogni pronuncia di merito, sebbene non accompagnata da alcuna espressa statuizione sulla giurisdizione, implica di regola la preventiva verifica della *potestas iudicandi* da parte del giudice che l'ha emessa. Ne segue che, data una sentenza di primo grado, la mancata proposizione in appello della questione di giurisdizione implica un comportamento incompatibile con la volontà di dedurre il difetto di giurisdizione. Questo comportamento va valutato come acquiescenza, suppone la formazione del giudicato sul punto della giurisdizione e ne preclude sia la proponibilità sia la rilevabilità d'ufficio in Cassazione.

Ovviamente, (v. Argomenti, p. 139), era “auspicabile una chiara modifica normativa che introducesse limiti temporali all'esercizio della facoltà, per le parti e per il giudice, di sollevare la questione”.

Di qui, l'intervento, certamente opportuno, del legislatore.

Al comma 22°, lett. c), si prevede in modo espresso che il difetto di giurisdizione sia rilevabile, anche d'ufficio, nel corso del solo giudizio di primo grado e, nei successivi gradi del processo, solo quando è oggetto di specifico motivo di impugnazione.

La dizione può lasciare qualche dubbio, circa l'oggetto dell'impugnazione: se, cioè, si tratti solo di pronunce espresse oppure anche di sentenze implicite sulla giurisdizione. Credo che sia preferibile la prima lettura, ma sarà il legislatore delegato a fare chiarezza.

Si precisa, poi, che il difetto di giurisdizione non è eccepibile nel giudizio di gravame da parte dell'attore che ha promosso il giudizio di primo grado. Si attua,

quindi, anche una limitazione soggettiva rispetto alla possibilità di sollevare la questione: prevale il principio di autoresponsabilità dell'attore, che, dopo avere individuato la giurisdizione (civile, amministrativa, contabile) davanti a cui radicare la causa, non può poi più andare in contrasto con la sua scelta.

Resta pienamente in vigore il regolamento preventivo di giurisdizione, anche se l'innovazione della riforma finirà certamente per ridurne l'impiego concreto.

4. L'organizzazione giudiziaria civile

La legge delega non tralascia alcuni rilevanti interventi sull'organizzazione giudiziaria civile (v. Argomenti, n. 24).

Il primo e più significativo è la costituzione del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, che accorpa in un solo organo le competenze dell'attuale tribunale per i minorenni e tutte le competenze civili finora attribuite al tribunale ordinario in materia di stato e capacità delle persone, di famiglia, di unioni civili, di convivenze e di minori. A queste materie, si aggiungono quelle già di competenza del giudice tutelare e relative ai procedimenti di risarcimento del danno endo-familiare. Restano invece al tribunale le cause in tema di cittadinanza, immigrazione e riconoscimento della protezione internazionale.

Il comma 24° dell'articolo unico precisa che il nuovo organo (ovviamente, incluso nel novero dei giudici civili ordinari) si articola in due sezioni: la sezione distrettuale, costituita presso le sedi di corti d'appello o di sezioni di corte d'appello, e le sezioni circondariali, costituite presso ogni sede di tribunale ordinario. Alla sezione distrettuale sono attribuite quasi tutte le competenze civili del tribunale per i minorenni; alle sezioni circondariali quelle già appartenenti al tribunale civile e alcune in precedenza assegnate al tribunale per i minorenni.

Una novità radicale, che ha dato luogo ad un vivace dibattito, è la scelta di articolare il tribunale unicamente con l'apporto di magistrati togati, mentre gli attuali giudici onorari (vale a dire gli esperti inseriti nel tribunale per i minorenni) verranno inclusi nell'ufficio per il processo, assumendo così il diverso ruolo di collaboratori esterni e non più quello di soggetti giudicanti che condividono pienamente le decisioni del collegio (comma 24°, lett. h; v. Argomenti, n. 5-IV).

Oltre a ciò, la peculiare articolazione di un unico organo su due livelli di sezioni comporta conseguenze in tema di composizione degli organi giudicanti e di impugnazione.

Dal primo profilo, mentre le sezioni circondariali giudicano normalmente in composizione monocratica, quelle distrettuali giudicano in composizione collegiale. Fa eccezione la materia dell'adozione, dove le sezioni circondariali giudicano in collegio, eccezionalmente composto con la formula di due magistrati togati e due onorari (comma 24°, lett. n).

Sotto il secondo aspetto (comma 24°, lett. o), si assiste al peculiare fenomeno, per cui i provvedimenti resi dalle sezioni circondariali sono impugnabili, non davanti alla corte d'appello, ma davanti alla sezione distrettuale; invece, quelli della sezione distrettuale (che, come detto, sono sostanzialmente quelli appartenuti al tribunale per i minorenni) davanti alla sezione di corte d'appello per i minorenni (che resta come sezione specializzata, con la nota specifica composizione).

Contro le decisioni assunte, rispettivamente, dalla sezione distrettuale o dalla sezione per i minorenni della corte d'appello, quali giudici dell'impugnazione, è proponibile ricorso ordinario per cassazione (comma 24°, lett. p).

Disposizioni specifiche riguardano i provvedimenti provvisori, a motivo del grande rilievo che assumono in materia di famiglia e di *status*. I provvedimenti emessi dalle sezioni circondariali sono reclamabili davanti alla sezione distrettuale e quelli emessi dalla sezione distrettuale sono reclamabili dinanzi alla sezione di corte d'appello per i minorenni. Contro i provvedimenti provvisori delle sezioni distrettuali in tema di decadenza o reintegrazione nella potestà genitoriale ovvero di allontanamento di un genitore, emessi su reclamo contro quelli emessi nelle stesse materie dalle sezioni circondariali, è espressamente previsto il ricorso per cassazione, nella modalità del ricorso straordinario *ex art. 111 cost.*

Questa modifica organizzativa comporta una pluralità di ricadute pratiche, che vanno dall'assegnazione dei magistrati alle varie sezioni fino al reperimento delle sedi idonee. Ciò spiega perché la legge di delega preveda l'entrata in vigore delle disposizioni dei relativi decreti legislativi di attuazione solo decorsi due anni dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

Un secondo intervento della legge delega concerne invece la materia dei procedimenti in camera di consiglio (v. Argomenti, n. 79).

Qui si prevede, in primo luogo (comma 13°, lett. b) che alcune competenze in tema di volontaria giurisdizione, ora attribuite al tribunale o al tribunale per i minorenni, siano assegnate a soggetti estranei alla macchina giudiziaria: vuoi ad organi amministrativi, vuoi ai notai o ad altri professionisti qualificati.

L'innovazione va salutata con favore, perché elimina o quanto meno riduce le sacche di attività sostanzialmente amministrativa finora concentrate sugli organi giurisdizionali.

La competenza del tribunale ordinario in materia camerale, quindi, è destinata a ridursi, da un lato a favore del nuovo tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, e, dall'altro lato, a favore di soggetti non appartenenti all'ordine giudiziario.

Per i casi che rimarranno al tribunale ordinario, la legge diminuisce quelli in cui è necessaria la composizione collegiale, limitandoli alle ipotesi in cui è previsto l'intervento del pubblico ministero e ai casi di giudizi sull'attendibilità di stime effettuate o sulla buona amministrazione di cose comuni. Negli altri casi, in cui il tribunale decide in composizione monocratica, è previsto il reclamo, nelle consuete forme dell'art. 739 c.p.c., dinanzi allo stesso tribunale, in composizione collegiale (comma 13°, lett. a).

5. Le modalità telematiche

I. L'implementazione del processo telematico

Scopo della riforma, come detto, è quello di rendere la giustizia civile più efficiente, per colmare i ritardi operativi che la affliggono. È quindi comprensibile che uno dei punti forti consista nel potenziare le modalità telematiche e le altre possibilità offerte dalla tecnologia.

Il comma 17° dell'articolo unico della legge prevede la completa estensione a tutti gli organi giudiziari (dal giudice di pace alla Corte di cassazione) dell'obbligo di depositare telematicamente gli atti delle parti che stanno in giudizio con il ministero di un difensore (v. Argomenti, n. 30-IV). Quando ci si riferisce a deposito telematico, si intende una varietà di soluzioni tecnologiche, anche diverse dalla posta elettronica certificata. In questi casi, il deposito si dovrà intendere avvenuto nel momento in cui è generato il messaggio di conferma del completamento della trasmissione.

Il deposito con modalità non telematiche resta confinato a ipotesi residuali: i capi degli uffici potranno autorizzarlo solo quando i sistemi informatici del dominio giustizia non siano funzionanti e sussista una situazione d'urgenza.

Molto importante è la disposizione della lett. e) del comma 17°. Per contrastare il fenomeno di letture giurisprudenziali troppo formalistiche, che in numerosi

casi si sono rivelate un ostacolo rispetto alla fiducia degli operatori nei confronti delle modalità telematiche, la legge prevede il divieto di sanzioni di invalidità degli atti processuali per il mancato rispetto non di requisiti di contenuto-forma, ma semplicemente di specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto, quando questo ha comunque raggiunto lo scopo (v. Argomenti, n. 32-IV). È un aspetto significativo della riforma, che tende a rendere il processo telematico più fruibile (vorrei dire, *friendly*) per le parti ed evitare che si trasformi in una fonte di trappole procedurali.

Alla lett. g), il comma 17° dispone che si riveda la disciplina delle attestazioni di conformità di cui all'art. 16-*bis* e alle altre norme del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, per consentire tali attestazioni per tutti gli atti trasmessi o ricevuti dagli ufficiali giudiziari con modalità telematiche.

Più in generale, misure di riordino e di implementazione di tutta la magmatica normazione sul processo telematico sono previste dalla lett. h) del comma in esame. Si tratta di capire se ci si spingerà fino al punto di una riscrittura delle molte norme di codice, pensate per il sistema analogico e che vanno adeguate al sistema digitale.

II. Il principio di sinteticità

Benché lo si potesse ritenere già in vigore (v. Argomenti, n. 30-V), il principio di sinteticità viene affermato in modo inequivocabile anche per il processo civile dal comma 17°, lett. d), dell'articolo unico.

La norma incarica il legislatore delegato di prevedere che i provvedimenti del giudice e gli atti di parte, per i quali la legge non imponga forma determinate, possano essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo, rispettando i principi di chiarezza e sinteticità.

Va poi detto che la chiarezza e la sinteticità sono sottolineate, come elementi di forma-contenuto, in più disposizioni specifiche: ad esempio, quelle sull'atto di citazione e l'atto di appello.

Sullo sfondo, si prospettano passi ulteriori, come quello di individuare formati specifici per i singoli atti processuali, con campi predeterminati per l'esposizione delle difese. È uno sviluppo a cui guardare con cautela, ma senza pregiudizi. Sono numerose le attività di rilievo giuridico che già oggi si compiono con il riempimento di moduli e il tempo delle comparse scritte con penna d'oca e diligentemente rilegate appartiene alla storia.

6. Le notificazioni

Come noto, la progressiva digitalizzazione del processo civile sta comportando il superamento delle forme tradizionali di notificazione cartacea, sempre più spesso sostituita da forme di notificazione telematica (v. Argomenti, n. 33-V).

La legge delega intende dare ulteriore impulso a questo trend e dispone al riguardo al comma 20° dell'articolo unico. È utile notare (a conferma dell'inevitabilità di questa scelta) che la norma è identica a quella contenuta nel testo originario del disegno di legge.

Alla lett. a), la legge prevede che la notificazione degli atti in materia civile, giudiziale e stragiudiziale, debba necessariamente essere compiuta dall'avvocato difensore a mezzo posta elettronica certificata, tutte le volte che il destinatario sia un soggetto obbligato a munirsi di pec (e quindi, tutte le imprese e i professionisti) o che comunque abbia eletto domicilio digitale.

Può accadere, per molteplici ragioni, che questo tipo di notificazione non riesca. Non si tratta, come nel sistema tradizionale, di destinatario irreperibile o di indirizzo sconosciuto, ma di situazioni informatiche, imputabili al destinatario, che non permettono di eseguire la trasmissione. In tal caso (lett. b), l'avvocato deve provvedere alla notificazione mediante inserimento nell'apposita area web riservata di cui all'art. 359 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), con l'effetto che la notificazione si ha per compiuta nel decimo giorno successivo a quello dell'inserimento.

La notificazione secondo il metodo classico resta possibile solo residualmente (ad esempio, nel caso di destinatario persona fisica, tuttora privo di pec). L'ufficiale giudiziario, però, si deve rifiutare di compiere notificazioni a soggetti che dovrebbero riceverle a mezzo pec oppure a mezzo inserimento nell'area web, se l'avvocato richiedente non dimostra che il destinatario non ha un indirizzo di pec, ovvero che la notificazione a mezzo pec è risultata impossibile (il caso tipico è quello della casella di posta elettronica piena o non funzionante). Ciò è quanto dispone la lett. c) del comma.

La finalità complessiva è quella, da un lato, di accelerare le notificazioni, adeguando la comunicazione interna al processo alle modalità elettroniche ormai ampiamente diffuse e, dall'altro, di alleggerire i compiti degli ufficiali giudiziari. Ne è prova il fatto che la lett. d) del comma 20° prescrive al legislatore delegato di adottare misure di semplificazione del procedimento notificatorio, quando comunque spetti all'ufficiale giudiziario eseguirlo, per agevolare l'uso di strumenti informatici e telematici.

7. La stabilizzazione delle nuove forme di udienza

I. La normazione emergenziale

Come è ben noto, tradizionalmente, l'udienza si svolgeva sempre con la presenza fisica del giudice e delle parti, rappresentate dai rispettivi difensori, o anche presenti di persona nei casi previsti dalla legge. Lo scoppio della pandemia da Covid-19, nel corso dell'anno 2020, ha imposto la ricerca di soluzioni che permettessero la trattazione, evitando però la mobilità e il contatto fisico fra le persone. Queste soluzioni alternative, introdotte dalla normazione emergenziale Covid, si sono rivelate di notevole utilità pratica. Si tratta dell'udienza c.d. cartolare e dell'udienza da remoto.

La modalità di udienza c.d. cartolare (art. 221 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 e successive modificazioni) consiste nel fatto che il giudice possa disporre che l'udienza, ove non sia prevista la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, sia sostituita dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e le conclusioni: in pratica, ciò che i difensori avrebbero detto e verbalizzato in presenza. Il giudice comunica alle parti almeno trenta giorni prima della data fissata per l'udienza che essa è sostituita dallo scambio di note scritte, che devono essere depositate nel termine di cinque giorni prima della data fissata. Ciascuna delle parti può presentare istanza di trattazione orale (che rappresenta pur sempre la fisiologia dell'udienza) entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento. Il giudice provvede entro i successivi cinque giorni. Se nessuna delle parti effettua il deposito, la conseguenza equivale alla mancata comparizione, di cui all'art. 181 c.p.c.

La modalità di udienza da remoto prevede, invece, che il giudice possa disporre lo svolgimento mediante un collegamento audiovisivo a distanza. Il giudice si deve trovare all'interno dell'ufficio giudiziario e deve garantire la salvaguardia del contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Questo tipo di udienza si applica quando sia necessaria la presenza, oltre che dei difensori, anche delle parti e degli ausiliari.

È subito apparso delicato il profilo del consenso delle parti per la trattazione non in presenza. La normazione attuale prevede il consenso preventivo delle parti per il caso dell'udienza da remoto, mentre è ambigua per l'udienza cartolare. Il pieno rispetto del diritto di difesa, rispetto al quale la scelta di questa o quella modalità di trattazione non è indifferente, richiede però che il consenso delle parti sia sempre necessario: quanto meno, alle parti va riconosciuto il diritto di opporsi alla decisione del giudice.

II. La soluzione della legge di riforma

Il successo pratico delle nuove forme di udienza ha indotto il legislatore della riforma a prevederne la stabilizzazione, accanto alla tradizionale udienza in presenza, che ovviamente non scompare.

La dizione delle lett. l) e m) del comma 17° lascia al legislatore delegato il compito di fissare le regole di dettaglio, anche correggendo qualche profilo dubbio emerso nell'applicazione concreta.

In generale, si prevede, per le udienze da remoto, che il giudice, fatta salva la possibilità per le parti costituite di opporsi, possa disporre che le udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice si svolgano con collegamenti audiovisivi a distanza, secondo modalità fissate in via regolamentare.

Per ciò che riguarda le udienze c.d. cartolari, si prevede, fatta sempre salva la possibilità per le parti costituite di opporsi, che il giudice possa, oppure debba, in caso di richiesta congiunta delle parti, disporre che le udienze che non richiedano la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice siano sostituite dal deposito di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni da effettuare entro il termine perentorio stabilito dal giudice.

Come si vede, la legge delega ricalca le fattispecie previste dalla normazione emergenziale, ma ne propone una formula più evoluta. In particolare, emerge un ruolo più attivo delle parti, che non sono mere destinatarie delle decisioni del giudice, ma possono, da un lato, opporsi ad una trattazione non in presenza e, dall'altro, se concordi, obbligare il giudice a fissare l'udienza in modalità cartolare.

Alle lettere o) e p) il comma 17° estende queste modalità a taluni procedimenti speciali, aggiungendo previsioni specifiche; alla lettera n), prevede che il giuramento del consulente tecnico, di cui all'art. 193 c.p.c., possa effettuarsi con il deposito telematico di una dichiarazione sottoscritta digitalmente, al posto della tradizionale udienza di comparizione.

Si può ritenere che l'impiego delle nuove forme di udienza consenta un significativo risparmio di energie giurisdizionali, nell'ottica di una migliore efficienza della giustizia.

III. Il cambio di paradigma

Se ci si domanda se la riforma in via di introduzione sarà in grado di migliorare efficacemente la giustizia civile, possono sorgere serie perplessità, perché, come

spesso sottolineato, i problemi e i ritardi dipendono molto più dalle difficoltà strutturali e organizzative che non dal modo di essere delle norme.

È certo, tuttavia, che la riforma coglie e rafforza un cambio di paradigma trainato dalla tecnologia, che, oggettivamente, può trasformare il volto dei processi civili. In particolare, si affievolisce il ruolo del palazzo di giustizia come luogo fisico. Le notificazioni e i depositi telematici, le udienze da remoto, la sinteticità degli atti e, in definitiva, il declino dell'oralità, disegnano un rapporto a distanza fra giudici e avvocati, che può risultare, da un profilo strettamente pratico, particolarmente attraente e favorevole per una riduzione dei tempi. Quanto tutto ciò sia premiante da un punto di vista dei rapporti umani, è altra questione.

Allo stesso modo, ci si può interrogare se non si attenui, o forse scompaia del tutto, la funzione esemplare del rito processuale, presente in tutte le culture: non basta che la giustizia sia resa, ma occorre che la società lo percepisca, anche attraverso modalità visive, quasi teatrali. Se ciò vale specialmente per la giustizia penale, non ne è esente quella civile. Il declino dell'oralità e dell'udienza fisica, sostituite da uno scambio a distanza di atti scritti, sembra eliminare quasi completamente questo profilo, pure già molto ridimensionato nel corso dei decenni.

8. I modelli processuali

I. Verso una maggiore omogeneità dei riti

La legge di riforma compie alcuni importanti passi verso una maggiore omogeneità dei riti. Come meglio si dirà, tramontata l'ipotesi di estendere un rito semplificato a tutte le controversie di competenza del tribunale in composizione monocratica (vale a dire, la scelta immaginata dal testo originario del d.d.l.), si è dato vita ad una duplicità di percorsi per il giudizio di cognizione in primo grado: da un lato, il processo ordinario e, dall'altro, il processo a rito semplificato, che prende il posto del c.d. rito sommario, disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. La differenza sta nella maggiore o minore complessità delle controversie, affidate al primo e al secondo. Resta ovviamente autonomo e sostanzialmente non modificato il rito del lavoro, mentre si affaccia all'interno del libro II del codice anche il nuovo procedimento (tendenzialmente) unitario in materia di persone, minorenni e famiglie.

Questa struttura comporta una serie di ricadute.

In primo luogo, va sottolineato che le disposizioni che valgono per il tribunale in composizione monocratica si estendono anche ai casi in cui il tribunale decide in composizione collegiale. Già attualmente si tratta di differenze minime: la riforma punta ad azzerarle (comma 6°, lett. b), stabilendo che nel processo dinanzi al tribunale collegiale operi un regime di preclusioni e di fissazione dell'oggetto della causa analogamente a quanto previsto per il tribunale monocratico.

Viene poi estesa anche al tribunale collegiale la possibilità di utilizzare il rito semplificato (comma 5°, lett. n., n. 3).

Queste precisazioni normative si spiegano come una voluta contrapposizione con la primitiva impostazione del disegno di legge di riforma, che lasciava il rito ordinario al tribunale collegiale, mentre attribuiva quello semplificato al tribunale monocratico.

In secondo luogo, analoga previsione vale per il giudice di pace: il comma 7°, lett. a), dispone che venga uniformato il procedimento dinanzi al giudice di pace a quello valido per il tribunale monocratico. Ne segue che vengono meno le attuali peculiarità del giudizio davanti al giudice di pace (v. Argomenti n. 57-IV).

Si tratta qui di una indicazione che dipende, da un lato, dall'intento di rendere omogenei i riti e, dall'altro, dalle nuove e più ampie competenze del giudice onorario di pace, così come previste dal d.lgs. n. 116 del 2017 (misura tuttora non entrata in vigore) e che peraltro saranno ridisegnate, secondo quanto dispone il comma 7°, lett. a). Va detto che, in qualche misura, il procedimento davanti al giudice di pace risulterà più complesso: è però evidente il vantaggio, anche sul piano interpretativo, dell'uniformità di disciplina.

II. La restrizione della collegialità dinanzi al tribunale

Non solo al tribunale collegiale sarà applicato il rito che vale per il tribunale monocratico, ma (e qui, per un chiaro tentativo di risparmiare le energie giurisdizionali) anche si prevede che vengano ridotti i casi in cui il tribunale opera in questa composizione, in considerazione dell'oggettiva complessità giuridica e della rilevanza economico-sociale delle controversie (comma 6°, lett. a) (v. Argomenti, n. 24-II). Non è però chiaro dal principio di delega se si darà vita ancora ad una elencazione tassativa di ipotesi, seppure meno numerose di quelle attuali, ovvero se si indirizzerà nel senso di un'opzione flessibile, collegata ai casi concreti.

Al contempo, la riforma opera una razionalizzazione dei rapporti interni al tribunale, a seconda della diversa composizione.

Secondo il comma 5°, lett. s), il collegio, se, al momento di decidere, rileva che la causa va invece decisa in composizione monocratica, la rimette al giudice istruttore perché decida come giudice monocratico, senza che siano fissate ulteriori udienze. Allo stesso modo e inversamente, il giudice singolo, se, al momento di decidere, rileva che la causa va decisa dal collegio, la rimette a quest'ultimo, comunicandolo alle parti: ciascuna delle parti, entro dieci giorni dalla comunicazione, può chiedere che venga fissata l'udienza di trattenimento in decisione davanti al collegio, senza che occorra precisare nuovamente le conclusioni o depositare altri scritti difensivi, che restano quelli già presentati davanti al giudice monocratico.

Come si vede, si instaura un meccanismo snello, che evita la ripetizione di attività inutili, in quanto già svolte.

La legge affronta poi, nel medesimo testo, i problemi derivanti dal mutamento di rito e dalla riunione di cause connesse, trattate con riti diversi. Il tema interessa soprattutto il passaggio dal rito ordinario a quello semplificato e viceversa, visto che fra tribunale collegiale e tribunale monocratico si pensa (come si è detto) ad un rito omogeneo.

Utilizzando un meccanismo già previsto dal d.lgs. n. 150 del 2011, la legge stabilisce che, in caso di mutamento di rito, gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento. Allo stesso modo, restano ferme le decadenze e le preclusioni già maturate in quel rito e il giudice potrà fissare alle parti un termine perentorio per l'eventuale integrazione degli atti introduttivi. Come bene si intende, diversa è la situazione se si passa da un rito più rigoroso a uno con maggiore flessibilità, o viceversa.

Infine, in caso di riunione di cause connesse, regolate da riti diversi, prevale il rito collegiale, restando ferme le decadenze e le preclusioni già maturate in ciascun procedimento prima della riunione.

9. La fase introduttiva

I. Profili generali

La costruzione della fase introduttiva del giudizio ordinario di cognizione è stata l'aspetto più discusso della legge delega. Conviene, quindi, riepilogare brevemente i passaggi che hanno condotto alla soluzione fatta propria dal legislatore della riforma.

La struttura pregressa è nota e non occorre qui richiamarla (v. Argomenti n. 38 e seguenti).

Il disegno di legge delega di riforma, nella sua formulazione originaria, prevedeva la seguente articolazione: un solo rito unitario per il giudice monocratico di primo grado (ma non per il tribunale collegiale), introdotto con ricorso e centrato sull'udienza di trattazione, preceduta da uno scambio di memorie, idonee al completamento della materia del contendere. Dopo l'udienza, erano concessi alle parti termini per il perfezionamento delle deduzioni istruttorie. Veniva contestualmente abrogato il rito sommario.

La commissione Luiso, chiamata a formulare proposte di riforma, ha ritenuto che l'unificazione dei riti non fosse premiante e che fosse invece opportuno mantenere la distinzione fra il rito ordinario, introdotto con atto di citazione, e quello sommario, da rafforzarsi e da qualificarsi come semplificato.

Al momento, però, di dare un preciso volto al rito ordinario, la commissione non è riuscita a trovare un accordo e ha formulato (unico punto in tutto il lavoro svolto) due soluzioni radicalmente alternative, rimettendo la scelta al governo. La prima (a mio avviso, preferibile) manteneva l'assetto previgente, con il metodo delle tre memorie successive all'udienza, di cui dimezzava i termini, consentendo al giudice di non assegnarle in caso di causa da avviare immediatamente in decisione. La seconda optava, invece, per l'immediato completamento della materia del contendere fino dall'atto di citazione, con la previsione, in specie, della necessità di formulare le deduzioni istruttorie a pena di decadenza. Veniva introdotto, in pratica, il c.d. principio di eventualità, perché si imponeva all'attore di ipotizzare, fino dall'inizio, le possibili diverse difese del convenuto, deducendo tutti i mezzi prova potenzialmente necessari.

La scelta governativa cadeva su questa seconda soluzione e in questo senso venivano presentati gli emendamenti all'originario testo del d.d.l.

Tuttavia, una modifica così netta e discutibile, specie in rapporto all'esercizio del diritto di difesa delle parti, non poteva che suscitare perplessità in dottrina e reazioni dalle categorie interessate. Se è vero che le deduzioni istruttorie nel primo atto introduttive sono un elemento costitutivo del rito del lavoro e, in modo meno netto, anche nel rito a cognizione semplificata di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., è però altrettanto vero che uno schema adatto a controversie tendenzialmente semplici, come quelle lavoristiche, male si attaglia a liti oggettivamente o soggettivamente complesse. Si deve aggiungere che il dibattito scientifico negli anni recenti si è indirizzato a ridiscutere il metodo delle preclusioni e non certo a incrementarne l'impiego.

In sede di esame dei subemendamenti dinanzi alla commissione Giustizia del Senato, la formulazione delle norme sulla fase introduttiva è stata ampiamente rivista. Il risultato finale di questo iter, non particolarmente brillante ma certo meno negativo rispetto alla prima formulazione della riforma Cartabia, è quello che si va ad illustrare nei paragrafi che seguono.

II. L'atto di citazione: elementi innovativi

Un primo tassello della nuova struttura della fase introduttiva del processo civile è dato dal *restyling* dell'atto di citazione (v. Argomenti, n. 38), sotto tre aspetti.

Intanto, si prevede che il cuore della domanda giudiziale (cioè i fatti e gli elementi di diritto che costituiscono la *causa petendi*) sia esposto in modo chiaro e specifico. Inoltre, si sottolinea che l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti offerti in comunicazione deve essere effettuata in modo specifico (ma, è bene rilevarlo, non a pena di decadenza: il relativo momento preclusivo scatta più avanti nel giudizio, come si dirà).

Questa migliore preparazione dell'atto di citazione serve a facilitare la completa e progressiva esplicitazione della materia del contendere, che dovrà trovare il suo vertice all'udienza di trattazione.

Infine, la legge prevede un ulteriore elemento, sia pure di minore peso: l'atto di citazione dovrà contenere l'ulteriore avvertimento che la difesa tecnica mediante avvocato è obbligatoria, ai sensi degli artt. 82 ss. c.p.c., in tutti i giudizi davanti al tribunale, fatta eccezione per i casi di cui all'art. 86 c.p.c. e che la parte, se sussistono i presupposti di legge, può fare istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Sono circostanze che ogni difensore conosce e non si comprende bene l'utilità di questo inserimento al fine di ridurre la durata dei processi.

III. La comparsa di risposta

Ai nuovi profili dell'atto di citazione corrispondono, come sempre specularmente, altrettanti profili della comparsa di risposta (v. Argomenti, n. 40).

In base all'art. 1, comma 5°, lett. e) della legge, nella comparsa di risposta (che non muta la sua struttura attuale) il convenuto propone le sue difese e prende posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda in modo chiaro e specifico. Restano ferme le preclusioni attuali (come, ad esempio, quella relativa alla proposizione di una domanda riconvenzionale) e il convenuto deve indicare prove e documenti, ma, come l'attore, non a pena di decadenza.

Segnalo che la commissione Luiso aveva formulato l'ipotesi di estendere la portata del principio di non contestazione anche al convenuto contumace. Questa proposta, però, non è stata accolta nella formulazione finale del testo della legge.

IV. La fase preparatoria dell'udienza

Ci troviamo di fronte qui all'aspetto di più radicale novità della riforma. L'attore fissa in atto di citazione l'udienza di comparizione. Prima di questa udienza, ha luogo uno scambio di memorie con il convenuto e con gli eventuali terzi chiamati o intervenuti, in cui si completa la materia del contendere: sia per ciò che concerne le modificazioni alle domande e alle eccezioni, sia per ciò che riguarda il completamento delle deduzioni probatorie.

Qui, forse più che altrove, sarà decisivo il lavoro del legislatore delegato. Il comma 5°, lett. f) dell'articolo unico della legge di delega si limita a fissare il quadro generale.

Vediamo questa previsione più da vicino.

In un termine da definirsi, ma che dovrà essere successivo alla costituzione del convenuto e congruamente anteriore all'udienza, l'attore (questa volta, a pena di decadenza) può integrare la sua prospettazione difensiva e, in particolare: proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni del convenuto; precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate; chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, ai sensi degli artt. 106 e 269, comma 3°, c.p.c., se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto; infine, indicare i mezzi di prova e le produzioni documentali, nella misura in cui ciò non sia già stato fatto nell'atto introduttivo.

Entro un successivo termine, anche qui anteriore all'udienza, il convenuto può riassetare in modo conseguente la sua difesa e dunque: precisare e modificare le domande e le eccezioni già formulate e indicare a pena di decadenza i mezzi di prova e le produzioni documentali.

Come si può arguire dall'ultima parte della lett. f) del comma in esame, questi atti difensivi possono definirsi memorie integrative. In ogni caso, comunque le si vorrà chiamare, queste difese altro non sono se non un accorpamento delle attuali memorie di cui all'art. 183, comma 6°, n. 1 e 2, c.p.c., con la differenza che sono sfalsate e non contestuali (prima scrive l'attore, poi il convenuto) e che sono anticipate, anziché successive, rispetto all'udienza.

Dopo questo scambio, viene fissato un ulteriore termine anteriore all'udienza, questa volta contestuale, per consentire alle parti di replicare alle domande ed

eccezioni formulate nelle memorie integrative e indicare la prova contraria. Si tratta, in pratica, della memoria di cui all'attuale art. 183, comma 6°, n. 3.

È chiaro, a questa stregua, che il termine di prima comparizione dovrà essere allungato, se si vuole consentire che queste attività siano compiute prima dell'udienza. Non a caso, la legge delega assegna al legislatore delegato il compito di determinare i termini per le memorie di cui si è appena detto, in modo tale da permettere la celere trattazione del processo garantendo in ogni caso il principio del contraddittorio e il più ampio esercizio del diritto di difesa. Se del caso (ma in pratica, necessariamente) il legislatore dovrà ampliare il termine di prima comparizione e anche quello per la costituzione del convenuto.

V. I terzi nella fase preparatoria dell'udienza

Il legislatore della riforma fatica a comprendere che il modello lavoristico e i suoi surrogati funzionano male quando ci si trova a dover gestire controversie non solo oggettivamente, ma soprattutto soggettivamente complesse.

Frutto di questo imbarazzo è la sbrigativa formulazione della lett. h) del comma 5°, in cui si incarica il legislatore delegato di adeguare alla nuova struttura della fase introduttiva del processo la disciplina della chiamata in causa dei terzi e dell'intervento volontario (v. Argomenti, n. 48).

Ora, pur senza conoscere quali saranno le scelte del legislatore delegato, alcune conseguenze sembrano ineludibili. Non si può negare al convenuto di chiamare terzi in causa, né (anche questo va ricordato) di proporre domande trasversali contro altri convenuti. Non si può negare a terzi di intervenire volontariamente. Orbene, ciascuna di queste parti dovrà poter entrare nel gioco delle memorie integrative.

Al riguardo, non sembra plausibile pensare che il giudice attenda l'udienza per disporre la chiamata in causa di terzi, perché ciò comporterebbe un allungamento ingiustificato dei tempi processuali. Si potrebbe invece pensare che, dopo la comparsa di risposta del convenuto (a cui dovrebbero essere parificate le comparse degli interventori principali e adesivi autonomi), il giudice autorizzi la chiamata dei terzi e fissi una nuova data di prima comparizione, riformulando i termini per le memorie integrative di tutte le parti.

Ci si deve poi chiedere se abbia senso, dato che le memorie sono sfalsate, parificare i termini per i terzi a quelli del convenuto. Ciò che vale per un terzo chiamato non vale allo stesso modo per un interventore adesivo autonomo, allineato, ad esempio, alle posizioni dell'attore.

Problemi analoghi verranno a porsi per i casi in cui si ravvisi, in corso di causa, la sussistenza di un litisconsorzio necessario, che imponga l'integrazione del contraddittorio e la ripetizione di tutte le attività processuali svolte senza la partecipazione del litisconsorte pretermesso.

Queste difficoltà, che ci si augura vengano risolte con intelligenza, sono frutto, peraltro, di un frettoloso tentativo di accelerare la fase introduttiva, trascurando il fatto che non è questa la vera causa dei ritardi della giustizia.

10. La trattazione della causa

L'obiettivo della riforma è dichiaratamente quello di potenziare la prima udienza, nella quale dovrà iniziare la trattazione effettiva della causa, senza che il giudice debba attendere un momento successivo per il completamento della materia del contendere (e, in specie, delle richieste istruttorie). È appena il caso di rilevare che la Ministra Cartabia ha più volte ribadito pubblicamente che si dovrà trattare di un'udienza di lavoro e non di semplice rinvio.

Il legislatore delegato dovrà adeguare le disposizioni attuali, in ogni caso con una doppia indicazione.

In primo luogo, ritorna in campo un istituto, già sperimentato e poi abbandonato nel processo ordinario di cognizione: vale a dire, la comparizione personale delle parti ai fini del tentativo di conciliazione di cui all'art. 185 c.p.c. La mancata comparizione senza giustificati motivi è valutata dal giudice come un argomento di prova. Spiace constatare come la storia non abbia insegnato nulla ed è facile prevedere il nuovo fallimento di questa operazione, che la prassi, finirà di nuovo per espungere o per lo meno per sterilizzare.

Va aggiunto che la riforma, sempre nella medesima ottica, non solo mantiene in vita l'istituto della proposta conciliativa di cui all'art. 185-*bis* c.p.c., ma ne amplia lo spazio temporale, prevedendone la formulazione fino al momento in cui trattiene la causa in decisione (v. Argomenti, n. 41). Si tratta di una variazione non di poco conto. Finora, la proposta conciliativa poteva (e probabilmente doveva) non essere motivata, proprio per non assumere il significato di una anticipazione di sentenza: ma ciò era coerente con una prima e parziale lettura dei fatti da parte del giudice. Ora, la proposta potrà avvenire anche dopo l'istruttoria ed è chiaro che, in misura maggiore o minore, non potrà che esprimere una valutazione molto vicina alla decisione finale.

Il secondo aspetto è il consueto *wishful thinking* del legislatore. Si stabilisce che il giudice provvede sulle richieste istruttorie all'esito dell'udienza (e nulla esclude che si possa riservare), predisponendo il calendario del processo (come già oggi accade: ma il tema è poi quello di rispettare le scansioni previste) e disponendo che l'udienza per l'assunzione delle prove sia fissata entro novanta giorni. A parte il fatto che, come sempre, ci si trova di fronte a un termine ordinario, la cui inosservanza non trova sanzione, si deve notare che non di rado l'istruttoria suppone una pluralità di udienze. Indicare una data per la prima di esse non è certo garanzia di una rapida conclusione dell'assunzione delle prove.

Bisogna poi coordinare il ruolo centrale che, nell'ottica della riforma, viene assunto dalla prima udienza, con le disposizioni sulle nuove forme di udienza cartolare e da remoto, anche domandandosi quanto sia compatibile lo svolgimento di un *Haupttermin* (per usare la denominazione del codice di rito tedesco) con modalità diverse dalla presenza fisica dei soggetti interessati.

11. La fase decisoria e le difese finali

È noto ad ogni operatore che calchi le scene dei giudizi civili che il vero e finora non eliminato momento di ritardo consiste nella fase decisoria. I processi riescono a camminare con sufficiente celerità, ma rallentano quando il giudice deve emettere la pronuncia. Si è indicato molte volte questo problema con l'espressione "collo di bottiglia".

La riforma non poteva certo risolvere con tecniche puramente processuali una difficoltà, che va affrontata con l'incremento di uomini e mezzi. Tuttavia, ha tentato di razionalizzare, in qualche modo, la fase decisoria.

Lo snodo dei ritardi ovvero il cuore dell'ingorgo era dato dall'udienza appositamente fissata per la precisazione delle conclusioni (v. Argomenti n. 50): si trattava di un passaggio non imposto dal codice, ma frutto di una prassi costante, che lo vedeva come momento in cui si avvicinava, per il giudice, la redazione della sentenza. Di qui, l'indecoroso spettacolo, in molti tribunali, di udienze per la precisazione delle conclusioni, fissate a grande distanza dalla chiusura dell'istruttoria e non di rado più volte rinviate.

Nella riforma, l'udienza di precisazione delle conclusioni scompare, anche se non sarà certo questa modifica a mettere le ali ai processi. Non scompare, invece,

la formalità della precisazione delle conclusioni: soltanto, essa avrà luogo in modi e tempi diversi da un'apposita udienza.

Le modalità di avvio della causa in decisione, a questa stregua, diventano due (comma 5°, lett. l).

Intanto, rimane invariata la formula di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c. (quindi, udienza in cui le parti, preve eventuali note scritte, precisano le conclusioni e discutono la causa davanti al giudice). L'unica novità qui è data dalla facoltà per il giudice di non pronunciare la sentenza subito al termine della discussione, ma di riservarsi di depositarla nel termine (ovviamente, del tutto indicativo) dei successivi trenta giorni.

Invece, il giudice, una volta ritenuta la causa matura per la decisione (il che può avvenire già nella nuova prima udienza), se non ritiene di applicare l'art. 281-*sexies*, fissa un'udienza di pura e semplice rimessione della causa in decisione, assegnando termini difensivi a ritroso, e quindi: fino a sessanta giorni prima di quella udienza per il deposito di note scritte di precisazione delle conclusioni; fino a trenta giorni prima per il deposito delle comparse conclusionali; fino a quindici giorni prima per le note di replica. Questi ultimi due termini sono assegnati in ogni caso, salva ovviamente la facoltà per le parti, di comune accordo, di rinunciare, se l'esercizio di un'ulteriore attività difensiva scritta appaia loro superflue. Va notato che, comunque, i tempi per le difese scritte delle parti sono abbreviati rispetto a quelli in vigore fino alla riforma.

Il tribunale, all'udienza, si riserva di emettere la decisione, che dovrebbe essere resa nei trenta giorni successivi, se la composizione è monocratica, ovvero nei sessanta giorni successivi, se la composizione è collegiale.

È questa la sede per segnalare una novità, che la legge colloca all'interno del comma 12°, dedicato all'esecuzione forzata (lett. o), ma che va incluso sistematicamente nella trattazione della pronuncia del giudice (v. Argomenti, n. 52).

Si prescrive che il legislatore delegato detti criteri per la determinazione dell'ammontare, nonché del termine di durata delle misure di coercizione indiretta *ex art. 614-bis* c.p.c.: poteri che spettano al giudice di merito.

Il tema concerne, invece, il giudice dell'esecuzione, perché a questi è attribuito il potere di disporre quando il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna o quando la misura non è stata richiesta al giudice del merito.

Il legislatore, in questo modo, compie una duplice operazione. Da un lato, spezza il legame, finora necessario, fra pronuncia di merito e concessione della misura di coercizione indiretta; dall'altro, forza, in qualche modo, il profilo dell'incoercibilità delle pronunce diverse dalla condanna e in specie quelle costitutive.

12. Le ordinanze provvisorie

Il quinto comma dell'unico articolo della legge introduce due nuove forme di ordinanze provvisorie, che si aggiungono (seppure con diversa finalità) a quelle già previste dal codice (v. Argomenti, n. 53).

Come nelle ipotesi già note, in presenza di determinati requisiti, si tratta di provvedimenti che non acquistano efficacia di giudicato sostanziale e non possono avere autorità in altri processi.

Le due fattispecie sono speculari. In entrambi i casi, si possono verificare solo nel corso del giudizio di primo grado, nelle controversie di competenza del tribunale relative a diritti disponibili.

La prima ipotesi è quella di un'ordinanza provvisoria di accoglimento, immediatamente esecutiva, che può essere emessa su istanza di parte, in tutto il corso del processo, quando i fatti costitutivi della domanda sono provati e le difese del convenuto appaiono manifestamente infondate (lett. o). L'accoglimento può essere anche soltanto parziale.

Non è chiaro se l'ordinanza concerna soltanto le domande di condanna, come potrebbe desumersi dal riferimento all'esecutorietà; così pure, sembra che possa applicarsi anche all'interno del procedimento semplificato.

L'ordinanza è reclamabile, nei modi del reclamo cautelare di cui all'art. 669-terdecies c.p.c.

Il processo, dopo l'emissione dell'ordinanza, continua: ma, in caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue, sempre dinanzi al medesimo organo giudiziario, ma affidato ad un magistrato diverso (visto che il primo giudice, in questa ipotesi, avrebbe commesso un grave errore di valutazione).

Il significato di questa fattispecie, che richiama il *référé-provision* francese, è quello di un provvedimento a prevalente funzione esecutiva e quindi ha senso per accelerare la realizzazione del diritto di una parte.

Meno agevole è trovare, invece, lo scopo della seconda ipotesi, regolata dalla lett. p).

In questo caso, si prevede che il giudice, all'esito della prima udienza di comparizione delle parti e di trattazione della causa, su istanza di parte, possa (anziché mandare la causa immediatamente in decisione), pronunciare ordinanza provvisoria di rigetto della domanda proposta, in due casi: se la domanda dell'attore è manifestamente infondata, o se si configura uno dei casi di nullità radicale dell'atto di citazione, regolati dall'art. 164, comma 4°, c.p.c.

Anche qui, l'ordinanza è reclamabile e il processo prosegue fino alla sentenza: ma se il reclamo viene accolto, la causa viene trattata da un magistrato diverso da quello che ha emanato il provvedimento poi smentito.

Ora, in questa ipotesi, poco cambierebbe se il giudice, alla prima udienza, mandasse immediatamente la causa in decisione, evitando un subprocedimento inutile e ottenendo subito una pronuncia idonea al giudicato, se viene rigettata una domanda di merito.

Nel caso della nullità, le regole ordinarie suppongono la rinnovazione dell'atto introduttivo viziato o, in difetto, una pronuncia che respinge la domanda in rito. Ci si deve chiedere, quindi, se i vizi della *editio actionis* restino sanabili (come dovrebbe essere), oppure no. Nel primo caso, l'ordinanza avrebbe poco significato; nel secondo caso, resterebbe comunque la possibilità per l'attore di riproporre la domanda.

La lett. q) del comma prescrive al legislatore delegato di coordinare la disciplina della nuova ordinanza provvisoria di rigetto con le disposizioni dell'art. 164, commi 4°, 5° e 6°, c.p.c. Occorre augurarsi che il coordinamento sia chiaro ed efficace.

13. Il procedimento semplificato di cognizione

Il rito c.d. sommario, di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. dava vita (v. Argomenti, n. 78) ad un processo a cognizione piena, seppure semplificata. Si trattava, quindi, di un'alternativa al rito ordinario, idonea ad ottenere una pronuncia con efficacia di giudicato.

Tuttavia, alcune debolezze strutturali del procedimento ne hanno ostacolato una diffusione più ampia, così come sarebbe stato auspicabile. Con la legge delega (comma 5°, lett. n) il legislatore compie una piena parificazione dei due riti (pur mantenendoli ben distinti), attribuendo a quello semplificato la denominazione che gli è propria e rafforzandone alcune garanzie. Sul piano formale, tutto ciò viene sancito dalla collocazione dell'istituto nel secondo libro del codice.

Quanto all'ambito di applicazione, si prevede che l'attore vi possa sempre ricorrere dinanzi al tribunale in composizione monocratica, ma se ne rende cogente l'impiego, anche dinanzi al tribunale collegiale, in una serie di ipotesi alternative fra loro e dunque: a) quando i fatti di causa siano tutti non controversi (e quindi nelle cause documentali o di stretto diritto); b) quando l'istruzione della causa si

basi su prova documentale o di pronta soluzione; c) quando l'istruzione richieda un'attività istruttoria costituenda non complessa.

Resta la previsione del passaggio dal rito semplificato a quello ordinario, che dovrà essere esattamente disciplinata dal legislatore delegato. Questo passaggio dovrà avvenire anche tutte le volte che uno dei convenuti proponga una domanda riconvenzionale che, per le sue caratteristiche (ad esempio, perché comporta un'attività istruttoria molto articolata) non sia idonea ad essere trattata con il rito semplificato. Si supera così la precedente scelta normativa, che separava la domanda riconvenzionale complessa dalla domanda principale e impediva in questi casi il *simultaneus processus* (ed era stata oggetto di una parziale pronuncia di incostituzionalità con la sentenza n. 253 del 2020).

Quanto, invece, alle garanzie, la riforma si mostra sensibile alle critiche della dottrina, che considerava eccessivamente destrutturato il rito sommario. Il rito semplificato, invece, dovrà essere governato mediante l'indicazione di termini e tempi prevedibili e ridotti rispetto a quelli stabiliti per il rito ordinario per lo svolgimento delle difese e il maturare delle preclusioni, nel rispetto del contraddittorio fra le parti.

Infine, la decisione sarà assunta con sentenza. Questa modifica non muta la sostanza delle cose, ma, da un lato, contribuisce alla piena parificazione dei riti e, dall'altro, si presenta maggiormente *friendly* per i magistrati, la cui produttività, ai fini di carriera, veniva valutata in modo diseguale per le sentenze rispetto alle ordinanze.

Si deve ritenere, poi, che la nuova versione del rito semplificato valga per i giudizi governati dal codice e non anche (o non necessariamente: sul punto, la legge delega non è univoca) per quelli disciplinati dalle leggi speciali, ai sensi del d.lgs. n. 150 del 2011. Sembra quindi che resti la possibilità di mantenere un rito semplificato, che però non preveda la facoltà di passaggio al rito ordinario, come si arguisce dal comma 14° dell'articolo unico, in tema di riconoscimento delle sentenze estere.

14. Le modifiche all'appello

I. Profili generali

La legge di riforma non innova la struttura dell'appello, a cui mantiene il carattere di impugnazione di merito, con pieno controllo sul fatto e sul diritto della

decisione gravata. Interviene, però, a modificarne in più punti la disciplina. A questa finalità è dedicato il comma 8° dell'articolo unico.

Esaminiamo i primi principi di delega.

Si prevede (comma 8°, lett. a) che i termini brevi per le impugnazioni di cui all'art. 325 c.p.c. decorrono dal momento in cui la sentenza è notificata anche per la parte che procede alla notifica: il che rileva ai fini della tempestività o no dell'appello incidentale. Si tratta, peraltro, di un principio già acquisito in via giurisprudenziale, che ora viene espressamente normato (v. Argomenti, n. 58). Inoltre (comma 8°, lett. b) si stabilisce che l'impugnazione incidentale tardiva (proposta, cioè, validamente, ma oltre il termine fissato per l'impugnazione principale) perda efficacia anche quando l'impugnazione principale è dichiarata improcedibile (e non soltanto, come fino ad ora, inammissibile: v. Argomenti, n. 59).

Viene suggerita poi una correzione, non di particolare rilievo, al tenore dell'art. 342, comma 1°, n. 2, c.p.c., sottolineando che le indicazioni previste dalla norma a pena di inammissibilità devono essere espresse in modo chiaro, sintetico e specifico (comma 8°, lett. d). In modo del tutto analogo, si prevede la modifica dell'art. 434 c.p.c., in tema di appello nel rito del lavoro.

Al legislatore delegato viene affidato il compito (comma 8°, lett. d) di individuare la forma con cui è dichiarata l'improcedibilità dell'appello con il relativo regime di controllo. Anche qui, si tratta di orientare la decisione verso uno strumento più semplice (probabilmente, un'ordinanza) e a limitarne la ricorribilità in Cassazione (v. Argomenti, n. 61).

II. Il nuovo regime dell'appello privo di ragionevole probabilità di essere accolto

Sono note le perplessità suscitate dall'introduzione, con la novella del 2012, di una discutibile figura di inammissibilità (che è un profilo processuale) degli appelli che non hanno una ragionevole probabilità di essere accolti (il che invece configura un profilo sostanziale). La riforma fa giustizia di questo equivoco, seppure negli anni parzialmente corretto dalla giurisprudenza (v. Argomenti, n. 61) e riporta le cose a posto.

Si chiarisce (comma 8°, lett. e) che l'appello evidentemente infondato deve essere dichiarato per quello che è, vale a dire manifestamente infondato, con una pronuncia di merito, che sia assunta a seguito di trattazione soltanto orale, con sentenza succintamente motivata, anche mediante rinvio a precedenti conformi.

Cade, quindi, tutta l'impalcatura degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c., che non vengono abrogati, ma dovranno essere totalmente riscritti. Ne segue che vengono meno una serie di questioni, che erano sorte alla luce della previgente normazione: l'ordine di trattazione del profilo dell'inammissibilità per mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento, rispetto alle previsioni dell'art. 350 c.p.c.; la ricorribilità in Cassazione avverso la decisione di primo grado; la possibilità di una autonoma ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza di inammissibilità.

III. L'inibitoria

La richiesta di sospensione dell'esecutorietà o dell'esecuzione della pronuncia impugnata è, nella prassi, episodio spesso decisivo nella trattazione dell'appello. Nella prospettiva di una crescente semplificazione dell'attività decisoria, il legislatore della riforma ne potenzia il ruolo, attraverso tre rilevanti modifiche alla normazione precedente (v. Argomenti, n. 62).

Il comma 8°, lett. f), dell'articolo unico della legge prevede, in primo luogo, che l'inibitoria sia disposta sulla base di un giudizio prognostico di manifesta fondatezza dell'impugnazione o, alternativamente, sulla base di un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione della sentenza, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti quando la sentenza contiene la condanna al pagamento di una somma di denaro.

È opportuno segnalare che in questo modo si disgiungono i due classici profili che condizionavano la pronuncia della sospensione. L'impiego della congiunzione "o" non sembra lasciare spazio a dubbi. Ne deriva che la manifesta fondatezza dell'appello basta, da sola, a dare luogo all'inibitoria, senza che debba coesistere anche il profilo del pregiudizio, portando quindi a fondo un percorso che la prassi giurisprudenziale aveva avallato da tempo.

Il profilo della gravità ed irreparabilità del pregiudizio rimane come aspetto di valutazione autonoma, anche (ma non solo) in collegamento alla possibile insolvenza delle parti, nel caso di pronunce di condanna pecuniaria.

Non mi pare che il giudice di appello sia privato del compito di soppesare gli interessi contrapposti, utilizzando di volta in volta il tasto della fondatezza o quello del pregiudizio. La motivazione, però, deve passare attraverso la scelta dell'uno o dell'altro binario.

Un secondo elemento di innovazione è dato dalla previsione secondo cui l'istanza di inibitoria può essere proposta o riproposta nel corso del giudizio di ap-

pello, anche con ricorso autonomo, se sussistono specifici elementi sopravvenuti dopo la proposizione dell'impugnazione, che il ricorrente ha l'onere di indicare a pena di inammissibilità.

La norma supera l'orientamento giurisprudenziale che finora escludeva la riproposizione di un'istanza di inibitoria respinta (ferma restando la non impugnabilità del provvedimento che la concede o la nega). Ne viene accentuata la natura cautelare della richiesta di sospensione. Allo stesso tempo, è bene notare che la facoltà di provocare un ripensamento del giudice è offerta solo al ricorrente e non anche al resistente.

Un terzo profilo concerne il raccordo fra la decisione sull'inibitoria e quella sul merito dell'appello. Intanto, a carico dell'appellante che presenti un'istanza di inibitoria ritenuta manifestamente infondata può essere irrogata una sanzione pecuniaria: ulteriore manifestazione dello sfavore verso il diritto della parte soccombente di criticare la pronuncia sfavorevole. Poi (comma 8°, lett. m) si stabilisce che, all'esito della decisione sull'inibitoria (quale che ne sia il segno), il collegio provveda ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c., vale a dire fissando un'udienza per la discussione orale, assegnando, ove richiesto, un termine per note scritte conclusive.

Viene razionalizzata, a questa stregua, la tendenza a facilitare la decisione dell'appello *in limine litis*. Una volta valutata la sussistenza o no della fondatezza dell'impugnazione, ha senso pratico pervenire rapidamente ad una pronuncia, ormai già segnata.

IV. Il ritorno del consigliere istruttore

La legge di riforma ritorna al passato, ripristinando la figura del consigliere istruttore ed eliminando quindi la necessità che tutta la trattazione dell'appello sia sempre collegiale. Lo scopo, all'evidenza, è quello di un risparmio delle scarse energie giudiziarie a disposizione.

Il principio di delega chiave è dato dal comma 8°, lett. l). Vi si prescrive che la trattazione davanti alla corte d'appello si svolge dinanzi ad un singolo consigliere istruttore, designato dal presidente. A questo singolo magistrato sono attribuiti i compiti di dichiarare la contumacia dell'appellato, di procedere alla riunione degli appelli proposti contro la stessa sentenza, di procedere al tentativo di conciliazione, di ammettere i mezzi di prova, di procedere all'assunzione dei mezzi istruttori e di fissare l'udienza di discussione della causa, anche ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c. (v. Argomenti, n. 61).

Anche per ciò che concerne l'esame della richiesta di sospensione, il presidente del collegio (fermi i poteri di sospensione immediata ai sensi dell'art. 351, comma 3°, c.p.c.) designa un consigliere istruttore, davanti al quale compaiono le parti.

Esaurita la trattazione, il consigliere istruttore avvia la causa in decisione, secondo modalità analoghe a quelle previste per il primo grado e che, per chiarezza, si descriveranno separatamente.

Ciò che occorre qui sottolineare, invece, è che la pronuncia rimane collegiale. È il collegio a decidere sull'accoglimento o no della richiesta di inibitoria ed è sempre il collegio a pronunciare la sentenza, in entrambi i casi su riferimento del consigliere istruttore.

Ancora, è confermato al collegio il potere di impartire provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa, nonché la facoltà di disporre, anche d'ufficio, una nuova assunzione di uno o più mezzi di prova. Se, infatti, pure nelle ristrette ipotesi in cui è possibile, l'istruttoria in appello è governata dal consigliere istruttore, può accadere che, in sede decisoria, emerga la necessità di nuove indagini (che, ad esempio, il consigliere istruttore aveva ritenuto di escludere). Di qui, il mantenimento di poteri anche istruttori al collegio.

V. La fase decisoria

La riforma prevede che il consigliere istruttore, dopo l'esaurimento della trattazione, fissi un'udienza davanti a sé, nella quale la causa è rimessa in decisione (decisione, come detto, che spetta al collegio).

Nel contempo, assegna termini perentori non superiori a sessanta giorni per il deposito di note scritte contenenti la precisazione delle conclusioni, non superiori a trenta giorni per il deposito delle comparse conclusionali e non superiori a quindici giorni per il deposito delle memorie di replica. La sentenza, negli auspici, deve essere resa nei sessanta giorni successivi all'udienza.

Nulla cambia sulla natura e sugli effetti della sentenza di appello. La legge delega, però, affida al legislatore delegato il compito di riformulare gli artt. 353 e 354 c.p.c., riducendo le fattispecie di rimessione della causa in primo grado ai soli casi di violazione del contraddittorio e correlativamente favorendo la decisione da parte del giudice di appello sull'intera fattispecie (v. Argomenti, n. 62).

VI. La correzione

Collegato al tema dell'appello, va segnalato un intervento della riforma a proposito dell'istituto della correzione (v. Argomenti, n. 52).

Si tratta di una modifica in due momenti. Il primo ha carattere prettamente processuale e una finalità semplificatoria. Il comma 8°, lett. g), dispone che le parti possano fare istanza congiunta di non partecipare all'udienza: si può supporre che ciò accada quando sulla correzione non vi è contrasto. Il principio di delega aggiunge, poi, che, anche in caso di richiesta non congiunta (e quindi, in caso di contrasto), il giudice può comunque evitare di fissare un'apposita udienza, invitando però la parte resistente a depositare note scritte.

Più interessante, anche sul piano sistematico, è la disposizione della successiva lett. h). Qui si prevede di estendere il procedimento di correzione anche ai casi in cui si contesta l'attribuzione o la quantificazione delle spese di lite, effettuata con un provvedimento già passato in giudicato, limitando l'esperibilità del rimedio al lasso temporale di un anno dalla pubblicazione della decisione.

La legge fa proprio, in questo modo, un orientamento giurisprudenziale che, a finalità pratiche, ha cercato di convogliare all'interno della correzione una censura che, di per sé, suppone una critica alla decisione e non soltanto la precisazione di una mera svista. In questo modo, chi debba attaccare la sentenza solo per il punto delle spese può evitare di proporre appello, ma lasciare spirare il relativo termine e presentare un'istanza di correzione (seppure non certo congiunta con la controparte).

15. Il giudizio in Cassazione

I. La forma del ricorso

Gli interventi della riforma sul giudizio in cassazione sono volti a razionalizzare e semplificare sia l'introduzione del processo che la fase decisoria. Una riflessione a parte dovrà essere dedicata al nuovo istituto del rinvio pregiudiziale.

Quanto all'introduzione, il comma 9°, lett. a), dell'articolo unico prevede che il ricorso debba contenere la chiara ed essenziale esposizione dei fatti di causa e la chiara e sintetica esposizione dei motivi per i quali si domanda la cassazione della pronuncia impugnata.

Dietro questa semplice formula, si rivela l'intento di liberare i litiganti dal groviglio di formalismi in cui è spesso caduta la suprema Corte, sia sotto il profilo della c.d. autosufficienza del ricorso, sia sotto altri aspetti di inammissibilità, costruiti in sede giurisprudenziale (v. Argomenti, n. 65-I). Anche tenuto conto di recenti indicazioni della Corte Edu, si deve auspicare che la Cassazione adegui

la propria lettura delle norme ad un atteggiamento che, pur non rinunciando al doveroso rispetto delle regole procedurali, risulti improntato a raggiungere esiti di giustizia sostanziale.

II. La fase decisoria

Il comma 9°, lett. da b) a f), imposta un completo *restyling* della fase decisoria, che si era inutilmente complicata per effetto del sovrapporsi di varie successive novelle (v. Argomenti, n. 65-IV).

Il nuovo quadro è il seguente.

Viene abolita la c.d. sezione stralcio, alla quale era stato affidato il compito di un primo filtro. Le relative funzioni sono demandate a ciascuna delle sezioni semplici.

I percorsi decisori restano due: quello, del tutto prevalente, della camera di consiglio e quello residuale della pubblica udienza.

La Cassazione decide in camera di consiglio in tre ipotesi: quando decide su questioni di giurisdizione e competenza; quando decide nel merito; quando dichiara un ricorso manifestamente fondato o infondato, inammissibile o (questa è un'innovazione) improcedibile.

Nei primi due gruppi di casi, restano confermate le disposizioni procedurali dettate dagli artt. 380-*ter* e 380-*bis*. l c.p.c. Vi si aggiunge solo che l'ordinanza decisoria, succintamente motivata, può essere immediatamente depositata in cancelleria, ferma restando la possibilità per il collegio di riservarne la redazione e la pubblicazione entro sessanta giorni dalla deliberazione.

Per il terzo e ultimo gruppo di ipotesi, occorre distinguere. Se il ricorso è manifestamente fondato, si ricade nel percorso della decisione di merito. Invece, per le ipotesi che ne comportano la reiezione, viene introdotto un nuovo procedimento accelerato. Infatti, se il giudice relatore della sezione designata ravvisa uno di questi casi, formula una proposta di decisione, nella quale indica sinteticamente perché il ricorso sia da ritenersi (ripeto) manifestamente infondato, inammissibile o improcedibile. La proposta è comunicata agli avvocati delle parti. Se, nei successivi venti giorni, nessuna delle parti chiede la fissazione dell'adunanza in camera di consiglio, la Cassazione non deve pronunciare con ordinanza (come finora), ma il ricorso si intende rinunciato e il giudice pronuncia decreto di estinzione, liquidando le spese ma con esonero della parte soccombente degli ulteriori costi fiscali previsti.

In altre parole. Il ricorrente che vede profilarsi la soccombenza può insistere per andare in camera di consiglio (visto che il collegio potrebbe pur sempre smen-

tire il giudice relatore), oppure ritirarsi in buon ordine, con qualche risparmio di costi. Per la Cassazione, il vantaggio è quello di non dover scrivere l'ordinanza.

La norma è visibilmente costruita per smaltire in modo veloce le (numerose) situazioni in cui il ricorso appare fin dall'inizio destinato all'insuccesso, per ragioni sia sostanziali che processuali. È anche bene segnalare che prende spazio la valutazione, per così dire, monocratica del giudice relatore, a scapito della normale collegialità della Corte.

Quanto alla pubblica udienza, fermo restando che la Corte vi dà luogo quando la questione è di particolare rilevanza (il che accade, ad esempio, nel caso del rinvio pregiudiziale, che si va ad illustrare più oltre), il procedimento viene reso più articolato: la comunicazione alle parti e al pubblico ministero è anticipata fino a quaranta giorni prima dell'udienza e il p.m. può depositare una memoria entro i quindici giorni anteriori. Il termine per le memorie delle parti rimane quello di cinque giorni prima dell'udienza.

III. Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione

Si tratta, probabilmente, dell'innovazione più significativa introdotta dal legislatore della riforma circa i compiti della Suprema corte. La novità di questo istituto ha destato un ampio dibattito, in cui non sono mancate forti critiche. Ritengo, invece, che ci si trovi di fronte ad uno strumento che, se bene impiegato, potrà risultare molto utile nell'abbreviazione dei tempi della giustizia.

Secondo il comma 9°, lett. g), viene introdotta la possibilità, per il giudice di merito, sia in primo che in secondo grado, di sottoporre direttamente alla Cassazione una questione di diritto che egli si trovi a decidere e sulla quale abbia preventivamente provocato il contraddittorio fra le parti.

Il senso di questa innovazione è chiaro. Spesso l'attività nomofilattica della Cassazione, che chiarisce la corretta interpretazione di questioni di diritto, giunge molto tempo dopo l'entrata in vigore della norma discussa: quando, cioè, si sono instaurati molti giudizi di merito, non di rado con esiti fra loro dissonanti. Se – così si è ragionato – questa lettura si perfezionasse in anticipo, ne avrebbe giovamento sia la certezza del diritto, sia l'intero sistema giudiziario, per l'effetto, che deriverebbe dalla pronuncia, di risolvere sul nascere una pluralità di contenziosi.

È noto che già vi sono norme che tendono a prevenire, tramite una pronuncia della Cassazione, contenziosi seriali (ad esempio, l'art. 420-*bis* c.p.c., in materia lavoristica). Così pure, esperienze di altri ordinamenti (dalla *saisine pour avis* francese

al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia) testimoniano l'utilità di pervenire al più presto possibile all'identificazione dell'orientamento preferibile.

Naturalmente, il legislatore pensa ad un esercizio non massiccio, ma decisamente selettivo di questo strumento e, quindi, ne circonda l'uso con una serie di cautele.

Prima di tutto, l'esercizio del potere di rinvio pregiudiziale è sottoposto alla sussistenza congiunta di tre presupposti. La questione deve essere esclusivamente di diritto, nuova, non ancora affrontata dalla Cassazione e di particolare importanza. Deve presentare, poi, gravi difficoltà interpretative. Infine, deve essere suscettibile di sorgere in numerose controversie.

Come è chiaro, vengono in gioco vari elementi: dalla novità, difficoltà e importanza della questione di diritto, fino alla sua serialità: in ultima analisi, il fine dell'istituto è quello di anticipare una soluzione giurisprudenziale utile a risolvere una pluralità di casi.

Il giudice di merito, se ritiene che concorrano tutti questi presupposti, può (e non deve) emettere un'ordinanza con cui sospende il processo *a quo* e sottopone la questione alla Cassazione.

È la suprema Corte, a questo punto, a valutare se sia effettivamente necessaria la sua pronuncia. Il compito è affidato, per la sua delicatezza, al primo presidente. In primo luogo, questi stabilirà se sussistono o no i presupposti sopra indicati, evidentemente con un amplissimo margine di discrezionalità. In caso negativo, entro novanta giorni (in modo da non tenere inutilmente sospeso il giudizio di merito) dichiara la richiesta inammissibile. Invece, in caso affermativo, assegna la questione alle sezioni unite ovvero a una sezione semplice.

Il subprocedimento si svolge dinanzi alla Cassazione in udienza pubblica, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con la facoltà per le parti di depositare brevi memorie entro un termine che sarà loro assegnato dalla Corte.

La decisione consiste nell'enunciazione di un principio di diritto: vincolante nella causa *a qua* (dove conserva i suoi effetti anche nel caso di estinzione del processo e successiva riproposizione della medesima domanda fra le stesse parti) e, almeno negli auspici, di forte orientamento per tutti gli altri giudizi di merito.

Delineato così il sistema, è utile spendere qualche parola sulle principali obiezioni che sono state sollevate in dottrina.

La prima concerne il tempo che si perde sospendendo il processo *a quo*. Si può replicare che il beneficio di sistema (cioè molti giudizi che si risolvono in anticipo

o neppure sorgono) compensa il sacrificio della singola causa, nella quale, poi, in ogni caso, si evita il rischio di sorprese interpretative in terza istanza.

La seconda, più delicata, riguarda il fatto che la difesa delle tesi contrapposte è affidata casualmente ai difensori di un dato giudizio, che potrebbero non essere i migliori portavoce di quella posizione. A mio avviso, una volta che la Cassazione decida di decidere, saranno i giudici di piazza Cavour a soppesare adeguatamente il problema, a prescindere dalla maggiore o minore capacità argomentativa dei difensori.

La terza è forse la più acuta. Si teme che un immediato rinvio alla cassazione possa stroncare sul nascere una possibile evoluzione del problema attraverso il dibattito fra i giudici di merito e, in definitiva, ostacolare lo sviluppo di una giurisprudenza innovativa. Il punto è delicato. Credo però che l'acquisizione di un'anticipata certezza per i cittadini sia un valore preferibile e tale da meritare la tutela prevista.

Va detto, infine, che, per la sua struttura, il rinvio pregiudiziale in Cassazione dovrà attuarsi in pochi casi, davvero importanti.

16. Un nuovo caso di revocazione

Il comma 10° dell'articolo unico introduce nel nostro sistema un nuovo caso di revocazione straordinaria, proponibile contro sentenze passate in giudicato, a seguito di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

L'ipotesi è che la Corte Edu dichiari, in tutto o in parte, che il contenuto di una pronuncia italiana passata in giudicato sia contrario alla convenzione o a uno dei suoi protocolli e non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente. In altre parole, si intende dare attuazione all'art. 46 della convenzione europea, che si propone di attuare la *restitutio in integrum* della parte lesa (ovviamente, quando ciò sia materialmente possibile).

Da un punto di vista sistematico, l'innovazione introdotta dalla legge di delega acquista un significato di rafforzamento della prevalenza del diritto discendente dalla convenzione (anche nella sua veste giurisprudenziale) sul diritto nazionale, perché la sentenza revocanda è, in realtà, una pronuncia resa consapevolmente dal giudice interno in applicazione delle norme dell'ordinamento e tenendo conto della convenzione. Infatti, posto che la corte di Strasburgo può essere adita

solo dopo l'espletamento di tutti i rimedi interni, normalmente la pronuncia da revocare sarà una sentenza della Cassazione.

La nuova forma di revocazione, in qualche modo, si associa a quelle che giustificano un rovesciamento del giudicato a motivo di un'inaccettabile ingiustizia. È facile comprendere, però, che altra cosa è il dolo del giudice e altra cosa è, in definitiva, un contrasto interpretativo.

I principi di delega si impegnano a circondare di cautele la nuova revocazione. Resteranno salvi i diritti acquisiti da terzi di buona fede che non abbiano partecipato al processo a Strasburgo; la legittimazione a proporre l'impugnazione è circoscritta alle parti del giudizio dinanzi alla Corte Edu (oltre che ai loro eredi e aventi causa) e al pubblico ministero; il termine per proporla è di novanta giorni, che decorrono dalla comunicazione o, in mancanza, dalla pubblicazione da parte della Corte europea.

L'Agente del governo presso la Corte informerà della pendenza del giudizio a Strasburgo le parti della causa nazionale che ha dato luogo alla sentenza, oggetto del processo europeo, diverse da quelle che si sono attivate dinanzi alla Corte, sia per consentire di fornire loro elementi informativi, sia per facilitare loro l'intervento dinanzi alla Corte Edu, nella misura in cui ciò sia possibile.

È difficile pronosticare numeri elevati di questo tipo di revocazioni. Basti dire che la Cassazione è particolarmente attenta all'applicazione del diritto europeo, il che renderà non frequente l'ipotesi di base dell'istituto, vale a dire quella di un giudicato in violazione dei diritti fondamentali. Tuttavia, il significato politico della modifica introdotta non va sottovalutato.

17. Il rito del lavoro

Il rito lavoristico non è stato investito in modo diretto dalla riforma. A parte la modifica all'art. 434 c.p.c., in tema di appello, a cui si è fatto cenno, l'unica vera novità (ma che tale non è) consiste nel definitivo superamento del rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti (c.d. rito Fornero), che da tempo era in odore di abrogazione e il cui ambito applicativo si era man mano ridotto.

Di quel rito, resta l'esigenza della trattazione prioritaria delle cause di licenziamento in cui viene proposta domanda di reintegrazione del lavoratore: esigenza che viene fatta salva da un'apposita previsione della legge delega (comma 11°). A parte questo, si dispone soltanto l'unificazione e il coordinamento della disciplina

della materia dell'impugnazione dei licenziamenti. Spetterà al legislatore delegato stabilire se (come sembra) si tratti solo di fare confluire questa materia all'interno del rito del lavoro, così come attualmente disciplinato, ovvero se introdurre qualche specifica innovazione.

Vengono fatte due precisazioni. Si sancisce che sono introdotte con il rito lavoristico anche le azioni di impugnazione dei licenziamenti dei soci delle cooperative, incluso quando ne consegua la cessazione del rapporto associativo. Si prevede, infine, che le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori possano essere introdotte, alternativamente e a scelta (irreversibile) del ricorrente o con il rito lavoristico oppure con i riti speciali previsti dagli artt. 38 del d.lgs. n. 198 del 2006 e dall'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011.

Resta il punto di chiarire quali fra le modifiche al rito ordinario si estendano a quello del lavoro, in tutti gli aspetti in cui la disciplina lavoristica non presenti caratteri specifici.

18. L'arbitrato

I. Premessa generale

La necessità di affrontare il tema dei ritardi della giustizia dello Stato suppone, a vari livelli, una politica di favore per le forme di risoluzione privata delle controversie. Ciò spiega gli interventi della riforma sul piano della mediazione e della conciliazione e anche quelli sul settore, pur molto distinto, dell'arbitrato. Di qui, otto disposizioni, che toccano (senza stravolgerla) altrettanti profili della normazione di questo istituto, tutte racchiuse nel comma 15° dell'articolo unico.

II. L'indipendenza degli arbitri

La riforma si propone di rafforzare un elemento essenziale di qualunque giudizio e, quindi, anche dell'arbitrato (v. Argomenti, n. 81-IV). Questo obiettivo viene perseguito con tre modalità.

In primo luogo (comma 15°, lett. a), si punta a rendere più efficace lo strumento della ricusazione, introducendo, accanto agli altri motivi, quello che si riferisce a gravi ragioni di convenienza. Le particolarità della costituzione di un collegio arbitrale (o la scelta di un arbitro unico) composto da privati, che hanno logicamente una rete di relazioni professionali e sociali, può certo dare luogo a timori

e sospetti, che devono essere rimossi, anche oltre le condizioni finora codificate dall'art. 815 c.p.c.

In secondo luogo, si eleva a requisito normativo una prassi già nota e non di rado espressamente prevista dai regolamenti di arbitrato amministrato: vale a dire, l'obbligo di rilascio, in capo ai singoli arbitri, al momento dell'accettazione della nomina, della c.d. *disclosure*, vale a dire di una dichiarazione che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti in rapporto alle garanzie di indipendenza e imparzialità.

L'area della *disclosure* è più ampia di quella della ricusazione, nel senso che comprende aspetti che, di per sé, non sono idonei a giustificare la richiesta di rimozione di un arbitro.

Infine, si chiude il cerchio approntando una sanzione per l'inosservanza di questo obbligo. La sanzione consiste, da un lato, nell'invalidità dell'accettazione in caso di omessa dichiarazione e, dall'altro lato, la decadenza dell'arbitro, ove questi abbia rilasciato la dichiarazione, ma omettendo di dichiarare circostanze che possano valere quale motivo di ricusazione.

Più in generale, la lett. h) del comma in oggetto si incarica di prevedere che le nomine degli arbitri, quando avvengano da parte dell'autorità giudiziaria, siano improntate a criteri che assicurino trasparenza, rotazione ed efficacia.

III. La scelta della legge applicabile

La riforma (comma 15°, lett. d) dispone che si preveda, nel caso di decisione dell'arbitrato secondo diritto, il potere delle parti di indicare e scegliere la legge applicabile.

Il punto era regolato dall'art. 834 c.p.c. in tema di arbitrato internazionale: norma abrogata con la riforma del 2006. Si era formata una lacuna, normalmente risolta in via pattizia o regolamentare. La legge riporta la prescrizione all'interno del codice.

IV. Il potere cautelare degli arbitri

Questa è, probabilmente, l'innovazione più incisiva fra quelle apportate dalla riforma (comma 15°, lett. c).

Il dibattito precedente è noto. L'art. 818 c.p.c. vietava finora agli arbitri, in quanto privati, di emettere misure cautelari (v. Argomenti, n. 83-III). Questa norma, che rendeva l'Italia un *unicum* (in negativo) nel panorama internazionale, già ammetteva talune eccezioni (come quella concernente la sospensione delle deli-

bere nel contesto dell'arbitrato societario). Seguendo i suggerimenti di larga parte della dottrina, la riforma è intervenuta, in modo radicalmente nuovo.

Il potere cautelare viene attribuito agli arbitri con alcune limitazioni, frutto dell'esigenza di circondare di attenzioni questa rilevante modifica.

Intanto, ciò vale solo per gli arbitri rituali, il che è perfettamente logico, dato che quelli irrituali non sono chiamati a decidere con un lodo-sentenza, ma a risolvere la controversia con un lodo di natura contrattuale.

Occorre, poi, che questo potere sia conferito agli arbitri in modo espresso, sia nel patto di arbitrato, sia in un atto scritto successivo, salvo diverse disposizioni di legge. In realtà, sarà decisamente improbabile che ciò avvenga con una disposizione specifica; più realisticamente, ciò si verificherà se nella convenzione arbitrale vi sarà un richiamo ai regolamenti di arbitrato amministrato, alcuni dei quali già oggi rendono possibile per gli arbitri l'emanazione di misure cautelari.

Non scompare, poi, il potere per il giudice ordinario di disporre misure cautelari in presenza di un patto di arbitrato: questo potere sopravvive quando la domanda di tutela urgente sia formulata prima dell'accettazione degli arbitri (e quindi della costituzione del tribunale arbitrale). È però aperta la questione, se questa residua competenza sia esclusiva in capo al giudice ordinario, ovvero se concorra con le forme costruite dalla prassi degli arbitrati amministrati, come nel caso del c.d. arbitro di emergenza (vale a dire, di un arbitro nominato dall'istituzione arbitrale per disporre le misure cautelari prima della formale costituzione del collegio).

Va sottolineata un'ulteriore previsione della legge, sempre dettata da esigenze prudenziali. Il provvedimento cautelare emesso dagli arbitri è previsto come reclamabile (così come quello emesso dai giudici dello Stato), ma non dinanzi ad un diverso tribunale arbitrale, bensì davanti al giudice ordinario, e non per il merito, ma solo per i motivi di cui all'art. 829 c.p.c., comma 1° e per l'ipotesi limite di contrarietà all'ordine pubblico.

Infine, spetterà al giudice ordinario governare le modalità di attuazione della misura cautelare.

V. Riconoscimento del lodo estero

Alla luce della precedente normativa, si era lungamente discusso se il decreto con cui il presidente della corte d'appello dichiara l'efficacia di un lodo straniero fosse o no immediatamente esecutivo, in pendenza del termine per l'opposizione. Parte

della dottrina lo reputava subito esecutivo; altra parte della dottrina e la giurisprudenza prevalente, no. Personalmente, ho condiviso questa seconda opinione (v. Argomenti, n. 88-IV).

Definendo il contrasto, il legislatore della riforma, probabilmente volendo favorire la circolazione dei lodi, con un occhio di riguardo alle imprese estere che hanno rapporti con il nostro paese, ha optato espressamente per l'immediata esecutorietà (comma 15°, lett. b).

VI. Termine per l'impugnazione del lodo rituale

Anche se l'impugnazione del lodo rituale è mezzo di critica distinto dall'appello, la diversità del termine c.d. lungo per proporla (un anno, anziché i sei mesi fissati per l'appello) è sembrata non razionale.

Di qui, la scelta di parificare i termini: fermo restando quello previsto per l'appello dall'art. 327, comma 1°, c.p.c., viene portato a sei mesi anche quello posto dall'art. 828 c.p.c.

VII. La *translatio iudicii* fra giudici ordinari e arbitri e viceversa

È noto che la sentenza n. 223 del 2013 della Corte costituzionale, parificando (sul piano funzionale) l'arbitrato alla giurisdizione ordinaria, ha aperto la strada alla possibilità di trasferire un giudizio, radicato davanti ai giudici dello Stato, in caso di loro incompetenza, dinanzi agli arbitri e, viceversa trasferire dinanzi ai giudici statuali una controversia originariamente sorta dinanzi agli arbitri, nel caso opposto. Ciò permette alle parti di mantenere in vita gli effetti sostanziali della domanda, ancorché proposta dinanzi ad un'autorità priva di competenza a conoscerla.

Tuttavia, dall'arresto della Consulta ad oggi, questo profilo non era ancora stato fatto oggetto di una specifica normazione, lasciando quindi margini di incertezza sulle modalità processuali con cui attuare la *translatio* (v. Argomenti, n. 83-II).

Di ciò ha preso atto il legislatore della riforma, incaricando il governo, in sede di decreti legislativi di attuazione, di provvedere.

VIII. L'arbitrato societario

Le specifiche disposizioni che regolano l'arbitrato societario (artt. 34-37 del d.lgs. n. 5 del 2003) costituiscono l'ultima parte, ancora sopravvissuta, di un testo abrogato nelle altre parti.

Il legislatore ha quindi stabilito di trasferire gli articoli in oggetto all'interno del codice, con una specifica numerazione, completando al contempo l'abrogazione di un testo normativo ormai superato.

Questo trasferimento non comporta modifiche al contenuto delle disposizioni (anche se un qualche coordinamento nei riferimenti interni pare indispensabile), tranne una. Si prevede, cioè, che l'ordinanza cautelare degli arbitri *ex art. 35* (attuale) del d.lgs. n. 5 del 2003, sia reclamabile dinanzi al giudice, in conformità, del resto, a quanto previsto dalla legge delega circa la reclamabilità di tutte le misure urgenti emesse dagli arbitri.

19. Il riconoscimento delle decisioni estere

La legge delega interviene anche sul tema del procedimento per ottenere l'accertamento dei presupposti per il riconoscimento, ovvero la dichiarazione di esecutività, ovvero ancora le corrispondenti diverse forme di istanza di accertamento negativo e di opposizione nei confronti di sentenze straniere (v. Argomenti, n. 87).

Si tratta di una scelta opportuna, sia al fine di semplificare questi procedimenti, sia per introdurre meccanismi di maggiore fluidità quando essi riguardino pronunce di altre autorità giurisdizionali di Stati membri dell'Unione europea.

Le disposizioni del comma 14° dell'articolo unico della legge di delega richiedono, però, di essere riordinate.

Prima di tutto, il legislatore individua alcune fonti regolamentari europee, per le quali traccia un percorso di particolare velocità: procedimento in camera di consiglio, senza contraddittorio e decisione con decreto motivato. A questa via più rapida sono ammesse le domande volte ad ottenere la dichiarazione di esecutività in Italia, ovvero l'accertamento della sussistenza dei presupposti per il semplice riconoscimento, per le decisioni straniere (ma comunque europee) emesse nell'ambito di regolamenti accomunati dal riferimento alla tutela di situazioni in materia familiare e alimentare. L'elenco è dato dalla lettera a) del comma e include cinque regolamenti fra cui, in particolare, i regolamenti n. 4 del 2009 sulle obbligazioni alimentari e n. 650 del 2012 sulle successioni in Europa.

Competente resta il tribunale. Contro i decreti così emessi, è proponibile un ricorso dinanzi alla corte d'appello, che applica il procedimento semplificato di cognizione. Va detto che la legge delega menziona, a questo proposito, il rito

sommario *ex art. 702-bis c.p.c.*, che, però, come si è visto, all'interno del codice, viene abolito e sostituito dal procedimento semplificato. È plausibile ritenere che il legislatore voglia conservare in vita una seconda versione del rito semplificato, caratterizzata soprattutto dall'impossibilità di mutare il rito passando alle forme del giudizio ordinario.

Vi è poi un altro gruppo di procedimenti, per cui il legislatore mantiene un livello di maggiore articolazione, con l'applicazione del rito semplificato di cognizione (con la precisazione appena fatta).

Si tratta, prima di tutto, delle domande di diniego del riconoscimento delle pronunce emesse ai sensi dei cinque regolamenti sopra menzionati. La differenza si spiega con il favore per la circolazione di queste misure: chi ne chiede l'esecutorietà o il riconoscimento dell'efficacia è favorito rispetto a chi vi si oppone.

Si tratta, poi, dei procedimenti di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione e di accertamento dell'assenza di motivi di diniego del riconoscimento per le pronunce emesse da autorità giurisdizionali di altri paesi europei nell'ambito dei regolamenti n. 1215 del 2012 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, n. 1111 del 2019 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale di minori e n. 848 del 2015 relativo alle procedura di insolvenza. In questi casi, le disposizioni regolamentari europee prevedono l'immediata esecutorietà delle sentenze negli altri paesi europei, salva l'opposizione e salva comunque la possibilità di ottenere un accertamento positivo dell'assenza di ragioni ostative.

Qui il legislatore, però, opta per il conferimento della competenza alla corte d'appello, le cui decisioni sono ricorribili in Cassazione (comma 14°, lettere f) e g). Qualche perplessità può essere sollevata per questa scelta (se la si è bene intesa), visto che il rito semplificato appariva già applicabile e l'Italia aveva indicato come organo competente il tribunale.

Invece, rito semplificato ma competenza del tribunale sono previsti nell'ipotesi di cui alla lett. d) del comma, in relazione alle domande di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione di pronunce rese nell'ambito del regolamento n. 606 del 2013, relativamente alle misure di protezione in materia civile.

Fin qui per ciò che concerne gli Stati dell'Unione. Per le analoghe procedure relative a sentenze provenienti da paesi estranei all'Unione, la legge di delega manda il legislatore delegato ad estenderle, con gli opportuni adattamenti, a quegli ordinamenti con cui l'Italia sia collegata da una convenzione internazionale.

Al riguardo, si può immediatamente pensare alla convenzione di Lugano con i paesi dell'*ex*-area Efta e a tutte le numerose convenzioni bilaterali in essere.

Residualmente, rimarrà applicabile l'art. 30 del d.lgs. n. 150 del 2011, con applicazione del rito semplificato e competenza della corte d'appello.

20. Il processo esecutivo

I. Premessa generale

La legge delega, anche per ciò che concerne il processo esecutivo, non innova radicalmente la struttura attuale. Si limita piuttosto a prevedere alcune disposizioni che tendono ad una maggiore efficacia pratica dell'esecuzione forzata, con particolare riguardo all'esecuzione immobiliare.

II. Scompare la formula esecutiva

Le disposizioni della normazione emergenziale Covid erano già intervenute sul tema dell'ottenimento dei titoli esecutivi in senso processuale (v. Argomenti n. 96-III).

Infatti, il d.l. n. 137 del 2020 ha previsto la possibilità che il cancelliere rilasci copia esecutiva delle sentenze e degli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria in forma di documento informatico, previa istanza del difensore. Si è trattato, però, di una misura provvisoria, giustificata dall'esigenza di limitare gli accessi fisici alle cancellerie durante la fase acuta della pandemia e perciò destinata a restare in vigore soltanto fino al termine del periodo emergenziale.

La legge delega è andata decisamente oltre e ha previsto la pura e semplice abrogazione della formula esecutiva (art. 10, lett. a). Per valere come titolo per l'esecuzione forzata, le sentenze e gli altri provvedimenti del giudice e gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale dovranno soltanto essere formati in copia attestata conforme all'originale.

III. Sospensione del termine di efficacia dell'atto di precetto

L'art. 10, lett. b) della legge risolve un problema pratico. Il termine di efficacia dell'atto di precetto, come noto, è di novanta giorni dalla sua notificazione all'esecutando. Questo termine rischia di rivelarsi troppo breve, se il creditore attiva le modalità del c.d. pignoramento telematico, *ex art. 492-bis c.p.c.* Infatti, ancora una volta, il ricorso alla macchina amministrativa dello Stato non abbrevia, ma

allunga i tempi per ottenere le informazioni sul patrimonio del debitore, utili ai fini di una fruttuosa attività esecutiva.

Si prevede, quindi, che il termine rimanga sospeso dal momento in cui il creditore presenta l'istanza per la ricerca dei beni pignorabili con modalità telematiche, fino alla conclusione delle operazioni di ricerca.

IV. Modifiche alla disciplina dell'espropriazione immobiliare

La legge, all'art. 10, lett. c), prevede l'allineamento del termine per il deposito della documentazione da allegare all'istanza di vendita immobiliare (a norma dell'art. 567 c.p.c.) con quello di efficacia del pignoramento (di cui agli artt. 497 e 501 c.p.c.). Quindi, tale termine dovrà essere ridotto dagli attuali sessanta a quarantacinque giorni, con la possibilità di una sola proroga di altri quarantacinque giorni, se sussistono le condizioni attualmente fissate dall'art. 567, comma 3°.

Alla successiva lett. g), si prescrive che la relazione di stima e gli avvisi di vendita siano redatti secondo schemi standardizzati (il che avviene già oggi, nella prassi di vari uffici giudiziari).

V. Custodia dell'immobile e rilascio dell'abitazione da parte del debitore esecutato

Il delicato rapporto fra la tutela dei diritti primari del debitore e del suo nucleo familiare, da un lato, e le ragioni dei creditori, dall'altro, ha dato vita a vari successivi interventi legislativi. La riforma torna sul tema e questa volta il pendolo si orienta decisamente verso l'efficacia della procedura esecutiva (v. Argomenti n. 103-I).

L'assetto che ne esce è il seguente (art. 10, lett. d, e, f, h).

Prima di tutto, viene sempre nominato un custode giudiziario dell'immobile (in sostituzione del debitore) entro quindici giorni dal deposito della documentazione ipotecaria e catastale e in contemporanea alla nomina dell'esperto stimatore. Fa eccezione solo il caso in cui la custodia non abbia alcuna utilità ai fini della gestione o la vendita del bene (si può pensare al pignoramento di un rudere). Il custode è chiamato a collaborare con l'esperto stimatore per controllare la completezza della documentazione allegata dal creditore procedente all'istanza di vendita.

L'ordine di liberazione è emesso dal giudice dell'esecuzione in momenti diversi, a seconda che l'immobile sia occupato o no dall'esecutato e dal suo

nucleo familiare. Nel primo caso, si attende il decreto di trasferimento, fermo restando che la liberazione può essere ordinata anticipatamente nei casi di impedimento all'attività degli ausiliari del giudice, di ostacolo al diritto di visita dei potenziali acquirenti, di omessa manutenzione dell'immobile in buono stato di conservazione o di violazione di ogni altro obbligo che la legge pone a carico dell'esecutato o degli occupanti. Nel secondo caso, invece, l'ordine di liberazione è emesso al più tardi con l'ordinanza di vendita o di delega delle relative operazioni.

Quanto all'attuazione del provvedimento di liberazione, vi provvede il custode, secondo le disposizioni del giudice dell'esecuzione, senza l'applicazione della procedura esecutiva di rilascio di cui agli artt. 605 ss. c.p.c., ma dopo la pronuncia del decreto di trasferimento, nell'interesse dell'aggiudicatario o dell'assegnatario del bene, se questi non lo esentano.

VI. Modifiche in tema di delega ai professionisti nell'ambito dell'espropriazione immobiliare

L'art. 10, lett. i), l) e m) della legge cerca di rendere più efficaci le operazioni di vendita e di riparto nelle espropriazioni immobiliari, intervenendo sui poteri dei professionisti delegati (v. Argomenti n. 104-IV).

In primo luogo, si stabilisce che la delega delle operazioni di vendita abbia durata annuale, con incarico rinnovabile dal giudice dell'esecuzione, e che durante tale periodo il professionista delegato debba svolgere almeno tre esperimenti di vendita, relazionando tempestivamente il giudice sull'esito di ciascuno di essi. Il giudice dell'esecuzione vigilerà sull'operato del professionista e lo sostituirà in caso di mancato o tardivo adempimento.

Per ciò che concerne gli atti del professionista delegato, ai sensi dell'art. 591-ter c.p.c., la legge precisa che il reclamo al giudice dell'esecuzione contro tali atti vada presentato nel termine di venti giorni (la norma, finora, non lo indicava) e che l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione decide il reclamo sia impugnabile nelle forme dell'opposizione agli atti esecutivi.

Infine, si rafforzano i poteri autonomi del professionista delegato per ciò che concerne il riparto, con l'intento di alleggerire i compiti del giudice. Sarà quindi il professionista a predisporre il progetto di distribuzione del ricavato, in base alle preventive istruzioni del giudice dell'esecuzione, sottoponendolo alle parti e convocandole dinanzi a sé per l'audizione, nei termini già previsti dall'art. 596 c.p.c. Se alla convocazione le parti non si presentano, ovvero non sollevano contesta-

zioni, il professionista lo dichiara esecutivo e provvede al pagamento delle singole quote agli aventi diritto, anche qui secondo le istruzioni del giudice dell'esecuzione. Ovviamente, in caso di contestazioni il professionista rimette le parti dinanzi al giudice dell'esecuzione.

VII. La vendita diretta dell'immobile da parte dell'esecutato

Nell'esecuzione forzata, la vendita del bene costituisce il momento di maggiore incisione delle posizioni dell'esecutato e il segno più rilevante della potestà coercitiva dello Stato.

Tuttavia, obiettivo della vendita non è quello di sanzionare il debitore, ma di realizzare il maggior ricavo possibile, nell'interesse sia dei creditori, sia dello stesso debitore, che può liberarsi dei debiti in misura maggiore.

Di qui, la previsione (la cui efficacia sarà tutta da vedere sul campo) di una vendita proposta direttamente dall'esecutato, ovviamente sotto il controllo del giudice dell'esecuzione.

L'istituto della vendita diretta è introdotto dall'art. 10, lett. n) e si articola nei seguenti passaggi.

Il debitore, che abbia trovato un acquirente interessato, può chiedere al giudice dell'esecuzione di essere autorizzato alla vendita diretta. La relativa istanza va presentata almeno dieci giorni prima dell'udienza volta ad avviare la vendita forzata (art. 569 c.p.c.) e suppone che vi venga allegata un'offerta di acquisto irrevocabile, valida per almeno 120 giorni, ad un prezzo non inferiore a quello base indicato nella perizia di stima e garantita da una cauzione pari ad almeno un decimo del prezzo proposto.

Com'è ovvio, questa iniziativa non può impedire il concorso di altre offerte, nell'interesse del ceto creditorio. Pertanto, il giudice dell'esecuzione, verificata l'ammissibilità dell'istanza, ordina all'esecutato di rilasciare l'immobile entro trenta giorni nella disponibilità del custode, salvo che il bene sia occupato in forza di un titolo opponibile alla procedura e apre la gara. Infatti, dell'offerta pervenuta va data pubblicità, nei modi di cui all'art. 490 c.p.c., e si prevede che nei successivi sessanta giorni possano essere presentate offerte, corredate di cauzione, per un prezzo non inferiore a quello dell'istanza. Infine, si fissa un'udienza volta a pervenire alla deliberazione sull'offerta e, in caso di più offerte, allo svolgimento della gara. A questa udienza devono essere chiamati tutti i soggetti interessati: il debitore, i comproprietari, il creditore procedente, i creditori intervenuti, i creditori iscritti e gli offerenti.

Il giudice dell'esecuzione, all'esito, aggiudica l'immobile al migliore offerente, che, quindi, può essere un soggetto diverso dall'acquirente individuato dall'esecutato, e stabilisce le modalità successive (dal pagamento del prezzo alla distribuzione del ricavato), delegando normalmente un professionista per il compimento delle necessarie operazioni, secondo le modalità consuete della vendita immobiliare.

Chiudono due disposizioni, che servono ad evitare che il nuovo istituto sia impiegato a fini dilatori. Intanto, in caso di mancato versamento del prezzo, si applicano le disposizioni sul mancato adempimento dell'aggiudicatario e si ricomincia la procedura di vendita coattiva. Inoltre, l'istanza per la vendita diretta può essere proposta una volta soltanto.

Come si vede, l'esecutato, che avrebbe potuto liberamente vendere il bene prima del pignoramento e pagare i creditori, non ha certo mani libere: la sua iniziativa si riduce (ma non è poco) a individuare un possibile acquirente disposto a pagare il prezzo della stima. Poi, si attua un meccanismo che può portare ad un esito diverso, ma pur sempre premiante.

VIII. Due modifiche di immediata applicazione

La legge n. 206 del 2021, oltre ai principi di delega, contiene anche due modifiche alla materia dell'esecuzione forzata, di immediata applicazione, relative entrambe all'espropriazione di crediti (v. Argomenti, n. 102).

Il comma 29° dell'articolo unico modifica l'art. 26-*bis*, comma 1°, c.p.c. Come noto, la norma fissa un foro speciale per il pignoramento dei crediti delle pubbliche amministrazioni. Al posto del luogo in cui il terzo *debitor debitoris* (si pensi alla banca che attua il servizio di tesoreria) ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede, la riforma introduce il foro del luogo in cui si trova l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto il creditore ha la residenza, il domicilio, la dimora e la sede. Resta però invariato il riferimento alla prevalenza delle leggi speciali, con l'effetto di svuotare almeno in parte questa innovazione.

Ne nasce una sorta di foro erariale (cfr. art. 25 c.p.c.) applicato all'esecuzione forzata, con un ulteriore vantaggio per il creditore, che potrà radicare l'esecuzione di crediti in un foro ubicato in prossimità della propria collocazione abitativa.

Il comma 32°, invece, aggiunge due commi all'art. 543 c.p.c., norma chiave nell'espropriazione presso terzi, questa volta ponendo un onere aggiuntivo a carico del creditore precedente.

Infatti, l'esecutante, dopo avere notificato la citazione al debitore e al terzo e avere curato l'iscrizione a ruolo del procedimento, entro la data dell'udienza (in cui si verificherà la dichiarazione del terzo), è tenuto a notificare, sempre al debitore e al terzo, l'avviso di avvenuta iscrizione a ruolo con indicazione del numero della procedura e a depositare l'avviso notificato, pena l'inefficacia del pignoramento. In caso di più terzi, l'inefficacia si produce solo nei confronti di quelli rispetto ai quali non sono state eseguite le formalità indicate dalla norma.

Lo scopo della modifica è quello di prevenire abusi del creditore, che potrebbe notificare il pignoramento, ma poi non iscriverlo a ruolo, ottenendo comunque un effetto pregiudizievole per il debitore. La norma modificata precisa, infatti, che, ove la notifica dell'avviso non sia effettuata, gli obblighi del debitore e del terzo (in specie, si pensi a quello di custodia delle somme, in misura pari al 150% dell'importo oggetto di pignoramento) cessano automaticamente alla data dell'udienza indicata nell'atto di pignoramento.

21. Altre disposizioni

I. Estensione dell'applicazione della convalida di sfratto

Il comma 5°, lett. r), prevede che il procedimento di convalida di licenza per scadenza del contratto e di sfratto per morosità si applichi anche ai contratti di comodato di beni immobili e di affitto di azienda (v. Argomenti n. 77).

In queste due fattispecie, infatti, si era finora obbligati a procedere con il rito ordinario (nella forma del rito locatizio), con tempi oggettivamente più lunghi.

II. Disposizioni in materia istruttoria

La legge di delega contiene alcune disposizioni che sono concernenti la materia dell'istruttoria.

Il comma 16° è interamente dedicato alla normazione relativa ai consulenti tecnici. Nulla viene modificato quanto alla struttura della consulenza tecnica d'ufficio, ma si interviene prevedendo modifiche volte a facilitare l'individuazione, caso per caso, dell'esperto più adatto (anche aggiornando gli attuali elenchi) e a favorire la mobilità dei consulenti tecnici, controllando le modalità di nomina (v. Argomenti, n. 45).

Il comma 21°, lett. c), mira a rendere più rapido il meccanismo di ottenimento di informazioni dalla pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 213 c.p.c., fis-

sando un termine di sessanta giorni entro il quale le p.a. coinvolte devono (*rectius*: dovrebbero...) fornire le risposte richieste ovvero comunicare le ragioni di un eventuale diniego (v. Argomenti, n. 45-IV-V).

La lett. b) del comma 21° cerca di rafforzare l'effettività dell'ispezione e dell'esibizione (v. Argomenti n. 45-VI). Si prevede, quindi, che si fissino conseguenze processuali e sanzioni pecuniarie nei casi di rifiuto non giustificato di consentire l'ispezione e in quelli di rifiuto o inadempimento non giustificati di fronte a un ordine di esibizione. A parte le sanzioni, sarà delicato compito del legislatore delegato stabilire fino a quale punto si possa istituire un collegamento fra il difetto di collaborazione e la formazione del convincimento del giudice.

III. Disposizioni in materia cautelare

Oltre a ciò che si è detto in tema di arbitrato, la legge di delega investe la tutela cautelare soltanto con due principi di delega, tutto sommato marginali.

Per rafforzare la tenuta di alcune misure cautelari a carattere anticipatorio (v. Argomenti, n. 94-I), si stabilisce (comma 17°, lett. q) che i provvedimenti cautelari di sospensione dell'esecuzione di deliberazioni di enti associativi (quindi: società, associazioni, fondazioni) o condomini non perdano efficacia in caso di estinzione del giudizio, anche quando la domanda è proposta in corso di causa e che i provvedimenti di sospensione delle deliberazioni delle assemblee condominiali non perdano efficacia se successivamente non viene instaurato il giudizio di merito.

Si precisa poi che la dichiarazione di inefficacia di una misura cautelare nei casi di cui all'art. 669-novies c.p.c. (ad esempio, per mancata tempestiva instaurazione del giudizio di merito e via dicendo) sia sempre data con ordinanza, non solo nei casi pacifici ma anche quando vi siano contestazioni (comma 17°, lett. r).

IV. Le attività acceleratorie delle parti

Come è noto, la legge n. 89 del 2001 e successive modificazioni prevede che la domanda di ammissione all'indennizzo possa essere accolta solo se la parte si è attivata, ponendo in essere alcune specifiche iniziative, volte ad accelerare l'iter del processo (v. Argomenti, n. 50-II).

Il comma 17°, lett. b), modifica il novero di tali iniziative. Viene esclusa l'introduzione della causa con il rito c.d. sommario, perché, come si è visto, questo rito è sostituito dal processo semplificato, che a tutti gli effetti è parificato al rito

ordinario. Invece, vengono introdotte: a) le convenzioni di negoziazione assistita; b) la partecipazione personale al procedimento di mediazione anche dopo il primo incontro; c) la partecipazione attiva ad altri procedimenti di conciliazione e mediazione disposti da leggi speciali. Si aggiunge, poi, quale attività acceleratoria per i giudizi davanti alla corte d'appello, il fatto di avere chiesto la decisione della causa in udienza, con discussione orale e precisazione delle conclusioni nel corso della medesima udienza.

22. Cenni al processo in materia di famiglia

I. Premessa introduttiva

La legge di riforma cambia radicalmente volto ai procedimenti in materia di famiglia, minori e stato delle persone. Attua questo programma sia con l'istituzione del tribunale per le persone, per minorenni e per le famiglie, sia con un importante riassetto dei vari riti speciali, per i quali si prospetta una tendenziale unificazione, introducendo nel libro II (e non più nel IV) del codice un apposito titolo, rubricato "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie".

Queste pagine sono dedicate essenzialmente agli studenti che utilizzano il volume di Argomenti di diritto processuale civile e, come essi ben sanno, nel programma di studi sono solito escludere la materia del diritto processuale familiare e minorile, per la sua stretta connessione con il diritto sostanziale e per la sua tradizionale eterogeneità.

Tuttavia, l'importanza dell'intervento legislativo impone che questo tema sia affrontato, sia pure per cenni.

Del resto, va detto che il legislatore, pur se introduce un rito applicabile alla quasi totalità dei procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie, non riesce ad evitare molteplici variabili e distinzioni, che correlativamente dipendono dalla diversità delle situazioni sostanziali investite. Altro è parlare di questioni economiche o di mantenimento, altro provvedere a proposito di minori, altro è governare controversie legate alla violenza domestica o di genere; in alcuni casi, si tratta di vere e proprie controversie contenziose, mentre in altri si ricade probabilmente all'interno della volontaria giurisdizione. Del resto, rimangono estranee al nuovo rito le materie dell'adozione e della protezione internazionale (comma 23°, lett. a).

In definitiva, il rito unitario sembra piuttosto un contenitore ampio, con alcuni tratti comuni, ma comprendente istituti che continuano a presentare (né potrebbe essere diversamente) differenze profonde.

In queste righe, si segnaleranno le linee comuni o almeno prevalenti del rito unitario e si metteranno poi in luce alcune delle principali peculiarità, che non di rado si pongono in chiave di eccezione rispetto ai grandi principi del diritto processuale civile.

Sul piano generale, si deve sottolineare che l'impatto complessivo della riforma è correttamente indirizzato nel senso di rafforzare nel settore della materia familiare le garanzie del contraddittorio e del giusto processo, talora lasciate in ombra nei singoli procedimenti.

II. Il rito unitario: elementi comuni

In primo luogo, va detto che il tribunale giudica in composizione collegiale, con facoltà di delega al giudice istruttore per la trattazione e l'istruzione (lett. c). Questo principio di delega deve però essere coordinato con quanto stabilito, a regime, per il nuovo tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

Si prevede che il giudizio in materia familiare (intesa, come detto, nel senso ampio sopra descritto) sia introdotto con ricorso, contenente la completa allegazione dei fatti e dei mezzi di prova. Tuttavia, si fa immediatamente strada una distinzione, perché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti è prevista a pena di decadenza solo quando si tratti di diritti disponibili (lett. f).

A seguito del deposito del ricorso, il giudice fissa la prima udienza di comparizione entro i successivi novanta giorni.

Analoga previsione e analoghe decadenze valgono per il convenuto, che si deve costituire con una comparsa di risposta, con le eventuali domande riconvenzionali ed eccezioni non rilevabili d'ufficio, contestando in modo specifico i fatti dedotti dal ricorrente. Al legislatore delegato è lasciato il compito di regolare i modi della difesa dell'attore rispetto alle domande riconvenzionali del convenuto (lett. h) e i). Si deve notare che in materia di diritti indisponibili non si applica il regime delle preclusioni assertive che vale nel giudizio ordinario, ma è possibile dedurre fatti sopravvenuti e proporre domande nuove

La prima udienza si svolge necessariamente con la comparizione personale delle parti e per il tentativo di conciliazione. Il giudice può formulare una motivata proposta di definizione (lett. l). Va aggiunto che, ogni volta che sia possibile, il giudice può invitare le parti a rivolgersi a un mediatore familiare (lett. n), o), p).

Alla prima udienza, se la causa è matura per la decisione, il giudice può invitare le parti alla discussione immediata, pronunciando la sentenza definitiva, ovvero una sentenza parziale sulle domande relative allo stato delle persone e continuando poi il giudizio per le ulteriori domande.

Sia alla prima udienza che nel successivo sviluppo del processo, il giudice è chiamato ad adottare gli eventuali provvedimenti provvisori e urgenti, anche di natura economica. La peculiarità della materia trattata impone, infatti, di dotare il giudice di un potere permanente di intervento (lett. f, r, t, u), tanto più penetrante quanto più occorra proteggere le posizioni di minori.

Altra costante del processo familiare è la possibilità di ricorrere all'intervento di esperti (ad esempio, lett. ee). Infatti, sono molti i profili psicologici e comportamentali che vengono in gioco e l'aiuto di professionisti specificamente formati nelle apposite discipline è fondamentale per il giudice.

La fase decisoria risente delle innovazioni previste per il processo ordinario e che si sono già illustrate. Pertanto, il giudice relatore, esaurita la trattazione, fissa davanti a sé l'udienza di rimessione della causa in decisione con assegnazione dei termini per gli scritti difensivi finali. A tale udienza, egli pone la causa in decisione, riservandosi di riferire al collegio, che poi emana la sentenza (lett. z).

III. Il rito unitario: alcuni elementi peculiari

Come avvertito, troppe sono le diverse fattispecie sostanziali abbracciate dal nuovo rito perché risultasse sufficiente uno schema comune. In realtà, la legge di delega interviene con disposizioni specifiche, applicabili, di volta in volta, a questa o a quella tipologia di giudizi.

Ad esempio, taluni principi di delega assicurano l'opportuna tutela alle parti deboli qualora, all'interno di un giudizio, vengano prospettate situazioni di violenza domestica o di genere (comma 23°, lett. b, l, n, t).

Disposizioni specifiche concernono i soli giudizi di separazione e di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (lett. v, bb, cc, hh).

Altro settore che riceve numerose indicazioni specifiche è quello del processo minorile: dalla videoregistrazione dell'audizione del minore (lett. s) alla nomina del curatore speciale del minore e all'ascolto del minore (lett. dd), ai procedimenti per la tutela e l'affidamento dei minori (lett. gg), all'intervento dei servizi socio-assistenziali o sanitari (lett. ff). Occorre ribadire che qui le nuove regole si sforzano di introdurre, con maggiore efficacia, formule di tutela del giusto processo, affievolendo taluni profili dirigistici che sono risultati finora prevalenti.

23. La mediazione e la negoziazione assistita

I. Il favore per gli strumenti alternativi di risoluzione delle liti

La premessa politica alla riforma, su questi aspetti, sta nel favore dell'esecutivo per l'incremento dell'ampiezza e dell'impiego degli strumenti alternativi alla giurisdizione: la mediazione e la negoziazione assistita.

Convergono, in questo senso, due linee di pensiero. Da un lato, quella che vede in questi strumenti un apporto indispensabile per alleviare il lavoro dei magistrati e rendere meno pesante lo squilibrio fra il numero dei casi giudiziari e quello dei giudici in grado di deciderli. Dall'altro, la prospettiva più prettamente ideologica, che oggi vive sotto la bandiera della c.d. giustizia consensuale. Nelle relazioni che hanno accompagnato il cammino della riforma, si parla del proposito di indurre un mutamento culturale che incentivi gli operatori a risolvere i conflitti in via stragiudiziale e, per questo, si insiste nell'obbligatorietà della mediazione, come mezzo per educare parti e professionisti a farne costante uso. Si suggerisce anche un mutamento nello stesso ruolo del giudice, chiamato non solo a decidere, ma soprattutto a trovare una soluzione alla lite, meglio se condivisa dalle parti.

Non ho difficoltà a manifestare il mio dissenso, non nei riguardi delle a.d.r., ma rispetto alla costante volontà di collegarle al processo, imponendole come condizione per la procedibilità dei giudizi: vale a dire, come condizione per consentire la tutela giurisdizionale dei diritti, sancita dall'art. 24 cost. In una società pluralistica, mediazione, negoziazione e processo dovrebbero vivere in modo autonomo, lasciando alle parti la scelta di quello che, di volta in volta, appare loro il meccanismo migliore. In questo senso, la riforma è certamente un'occasione perduta e la timida riproposizione dello strumento, così come finora delineato, non appare una soluzione convincente.

Va tuttavia rilevato che la legge delega, quanto meno, delinea un arco temporale di cinque anni, successivi all'entrata in vigore dei decreti delegati, decorso il quale ci si impegna a rivedere il punto dell'obbligatorietà.

Detto questo, è opportuno passare in rapida rassegna i modi con cui il legislatore della riforma attua la politica di sostegno ai due strumenti alternativi di cui si è detto.

II. La mediazione obbligatoria

Il comma 4° dell'articolo unico dedica quattordici principi di delega a questo tema. Si va dagli incentivi fiscali (lett. a) alla formazione e all'aggiornamento dei

mediatori (lett. l), dalla migliore efficienza degli organismi di mediazione (lett. m e n) a precisazioni concernenti la mediazione con le amministrazioni pubbliche (lett. g) e in materia condominiale (lett. h).

Vediamo più da vicino i profili che presentano collegamenti con il processo (v. Argomenti, n. 108).

La legge (alla lett. c) del comma) allarga l'area delle materie per le quali è prevista la mediazione preventiva e obbligatoria, quale condizione di procedibilità della causa. Vengono inserite varie nuove fattispecie contrattuali, tutte caratterizzate dal fatto di dare vita a rapporti di durata: l'associazione in partecipazione, il *franchising*, il consorzio, la rete, la somministrazione, le società di persone, la subfornitura, il contratto d'opera.

Da alcune parti, si era proposto un ulteriore ampliamento, fino a comprendere tutte le controversie relative a diritti disponibili. Il legislatore, pure nel quadro di un generale favore per le a.d.r., non ha però ritenuto opportuno pervenire ad una sorta di generalizzazione della mediazione obbligatoria.

Viene poi in gioco il tema (oggetto di numerosi contrasti giurisprudenziali) delle attività essenziali perché la mediazione possa effettivamente dirsi svolta, quando si pone come condizione di procedibilità. Ribadita la necessaria presenza dei difensori, si conferma che la condizione si considera avverata se il primo incontro con il mediatore si conclude senza l'accordo. Ciò significa che il primo incontro ci deve essere, pur restandone impregiudicato l'esito.

Allo stesso tempo, si incentiva la partecipazione personale delle parti, disponendo che il legislatore delegato regoli le conseguenze della mancata partecipazione (lett. e); le parti, sia persone fisiche che giuridiche, in ogni caso, potranno delegare un proprio rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei necessari poteri per siglare l'accordo (lett. f). Inoltre, si conferma che gli incontri di mediazione (come quelli di negoziazione assistita) si possono svolgere con modalità telematiche e da remoto (lett. p). Quest'ultimo profilo, in realtà, doveva già ritenersi acquisito in forza della legislazione emergenziale, che era intervenuta in materia.

Se il mediatore nomina un esperto, le parti potranno concordemente stabilire che la sua relazione sia producibile nell'eventuale futuro processo, dove il giudice la potrà valutare liberamente (lett. i).

Dove la riforma cala le carte più pesanti è però alla lett. o). Infatti, si prevede che sia valorizzata ed incentivata la mediazione demandata dal giudice (che, già oggi, può disporla in corso di causa, anche al di fuori del perimetro della mediazione obbligatoria), quando ne ravvisi la idoneità a risolvere la lite. Il salto di

qualità è dato dalla parte finale del principio di delega, prevedendo che chiudere contenziosi attraverso mediazioni o conciliazioni sia valutato positivamente ai fini della carriera dei magistrati.

I giudici, dunque, se ottengono (o forse, se forzano) un accordo, evitano di scrivere la sentenza, ricevono uguale stipendio e per giunta avanzano più rapidamente in carriera.

Ora, non poche voci mostrano di apprezzare quello che si suole definire un mutamento culturale di paradigma del giudice, sempre meno decisore e sempre più gestore di interessi; si sottolinea che i futuri magistrati dovrebbero, anzi, ricevere una specifica formazione che li abiliti a valorizzare gli strumenti alternativi di risoluzione delle liti. Sennonché, in questo modo si percorre una strada che depotenzia pericolosamente il ruolo di terzietà e la stessa autorevolezza del giudice.

Un ultimo punto è la previsione di un intervento legislativo, francamente inutile, visto il chiaro orientamento della Cassazione. In caso di opposizione a decreto ingiuntivo, ci si domandava chi avesse l'onere di instaurare il procedimento di mediazione: se, cioè, l'attore in opposizione (ma sostanzialmente convenuto) ovvero l'ingiungente opposto (ma sostanzialmente attore). La Cassazione, in modo lineare, ha optato per l'attore sostanziale. La legge delega, però, incarica il legislatore delegato di precisare il punto: l'auspicio è che ciò avvenga confermando ciò che la Cassazione ha statuito, in modo ineccepibile.

III. La negoziazione assistita

Anche la negoziazione assistita riceve dalla riforma nuovo impulso: qui, non tanto allargandone il perimetro di applicazione, ma inserendo profili che ne vorrebbero favorire l'impiego (v. Argomenti, n. 108).

Sotto il primo aspetto, la principale novità consiste nella possibilità (ma non l'obbligo, ai fini della procedibilità della domanda) di ricorrervi nelle controversie lavoristiche, sia pure a condizioni più stringenti: che, cioè, entrambe le parti siano assistite dal proprio avvocato ed eventualmente dal proprio consulente del lavoro e che all'accordo sia assicurato il regime di stabilità protetta, di cui all'art. 2113, comma 4°, c.c. Inoltre, gli accordi di negoziazione assistita potranno contenere anche patti di trasferimenti immobiliari.

Dal punto di vista procedurale, si pensa ad un modello di convenzione per la negoziazione assistita che sarà predisposto dal Consiglio nazionale forense. Le parti restano libere di stipulare convenzioni autonome, ma va detto che talora

è la stessa trattativa per concordare il testo della convenzione a creare ostacoli. Quindi, il modello unitario costituisce una sicura facilitazione (comma 4° , lett. r).

Ancora, si prevede che nell'ambito della negoziazione le parti, assistite dagli avvocati, possano compiere attività istruttoria, denominata "attività di istruzione stragiudiziale", consistente nell'acquisizione, nel rispetto del principio del contraddittorio, di dichiarazioni di terzi sui fatti rilevanti della vicenda, ovvero dichiarazioni confessorie di una delle parti. Il legislatore delegato dovrà regolare le modalità di questa attività, ma fin da ora la legge impone che le prove così raccolte siano utilizzabili nel successivo (eventuale) giudizio sull'accertamento dei medesimi fatti, fatta sempre salva la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione (comma 4° , lett. s).

Qui il tema della negoziazione assistita si collega a quello della raccolta delle prove prima del processo (v. Argomenti, n. 91-III). Ora, non è chiaro quanto la negoziazione, che è pur sempre una trattativa, sia terreno adatto per raccogliere elementi da spendere (in pratica, a favore dell'una o dell'altra parte) in giudizio. La facoltà di svolgere attività di istruzione stragiudiziale deve essere prevista nella convenzione di negoziazione e si dovrà valutare quanto le parti saranno disposte a giocare la partita su questo interessante, ma insidioso terreno.

PARTE II

CONFRONTI E APPROFONDIMENTI

1. Le perenni riforme della giustizia civile

Propongo qui uno stralcio tratto dal volume *Assetti della giustizia civile e penale in Italia* (Bologna, 2016). Sia pure riferito ad un contesto precedente a quello attuale, mette in luce il mio punto di vista critico sull’atteggiamento (non mutato) del legislatore delle riforme.

1. Il legislatore sbaglia la diagnosi e quindi la terapia, erra nel metodo; infine, è carente di programmazione.

L’errore nella diagnosi è quello fondamentale. Tutti coloro che hanno un minimo di esperienza della concreta giustizia civile italiana, convengono nell’affermare che le cause del cattivo funzionamento del processo civile dipendono, in modo del tutto prevalente, da problemi strutturali e organizzativi della macchina giudiziaria. Le norme processuali incidono in misura molto ridotta: ne è riprova il fatto che il nostro codice non è radicalmente diverso dalle leggi processuali di paesi a noi vicini, in cui la durata complessiva dei giudizi è decisamente inferiore e che lunghi anni di riforme dedicate alle norme non hanno migliorato la situazione. Francamente, è difficile trovare maggiore convergenza di opinioni che su questo profilo.

Soltanto il legislatore sembra non comprendere, visto che insiste a fare leva sulla riforma delle norme, anziché su quella delle strutture. Certo, occorre sottolineare – e meglio si farà nelle pagine che seguono – che non pochi interventi recenti si sono,

finalmente, indirizzati sulla linea corretta: così, la revisione della geografia giudiziaria, l'avvio del processo civile telematico, l'istituzione dell'ufficio del processo. Nel contempo, non si può fare a meno di notare che i tribunali sono ancora troppi, che non si è posto mano al riassetto delle corti d'appello, che l'ufficio del processo è tuttora sulla carta e che molto lavoro attende la soluzione dei numerosi problemi operativi per i casi, non teorici, di malfunzionamento dei supporti tecnici essenziali al processo telematico. L'attuazione, insomma, di questi sviluppi strutturali dovrebbe assorbire integralmente l'attenzione del Governo, che viene invece distratta da falsi obiettivi: si continua a modificare e a proporsi di modificare il codice.

La diagnosi sbagliata porta a cure inefficaci. A questo riguardo, è bene osservare che lo sforzo riformatore sembra avere un solo obiettivo: rendere la giustizia civile più veloce.

Ora, che questo scopo sia condivisibile, è fuori discussione e non è davvero il caso di sprecare parole per convincersi di ciò che tutti auspicano. È però preoccupante che questa tensione verso la rapidità non si accompagni ad altrettanta cura nel perseguire la qualità della giustizia. Non può bastare avere cause veloci, anche se è pur vero che la tutela dei diritti non può attendere; è anche necessario ottenere decisioni giuste. La sentenza giusta, in rapporto al diritto positivo vigente, non è semplicemente l'*output* di un procedimento, quale che sia purché rapido. È, invece, la decisione che meglio realizza l'applicazione delle norme in rapporto ai fatti accertati, con la dovuta attenzione.

Questo punto merita di essere sottolineato. Si corre il rischio di ridurre il rito ad una sorta di protocollo, da rispettare in modo burocratico, con la sola condizione che ciò avvenga velocemente; non lo si vede come il guanto che avvolge la mano della ricerca della giustizia sostanziale e della verità dei fatti. Del resto, gli interventi sul processo si riducono a sostituire una rigidità nota con una nuova ma equivalente rigidità, mentre si perde l'occasione di seguire in modo più convinto un approccio flessibile.

2. Non di minore conto sono gli errori di metodo.

La giustizia civile, negli anni recenti, è diventata oggetto di specifiche attenzioni da parte della politica: da materia tecnica, governata da specialisti, si è trasformata in elemento programmatico e in obiettivo mediatico di misurazione dell'efficienza dell'esecutivo.

Certo, inducono a questa evoluzione le pressioni del mondo economico internazionale, che paiono identificare nella cronica e notoria lentezza dei processi

civili una delle maggiori cause della difficile congiuntura economica in cui versa il paese. La sconcertante posizione dell'Italia nelle classifiche del *doing business* ha indotto i governi a intervenire ripetutamente, alla difficile ricerca di soluzioni migliorative. Tuttavia, si possono sollevare seri dubbi sull'attendibilità e, più ancora, sulla correttezza concettuale di queste classifiche, come ha messo in luce Remo Caponi in un recente saggio. Tanta attività, tuttavia, non sembra avere ottenuto risultati risolutivi, nella misura in cui, anziché aggredire le vischiosità strutturali ed organizzative dell'amministrazione della giustizia, ha cercato una via d'uscita attraverso cambiamenti delle regole processuali.

Il nuovo ruolo che la giustizia civile riveste nello scacchiere della politica è posto in luce da almeno tre circostanze. La prima è il frequente ricorso alla decretazione d'urgenza. Il sistema dei decreti legge non obbedisce alle esigenze che la carta repubblicana assegna a questa modalità di normazione, ma, piuttosto, ad una sorta di effetto-sondaggio. Il Governo, cioè, emana norme; valuta la reazione degli operatori; infine, a seconda del prezzo politico da pagare, conferma o rettifica (di solito, con il sistema del maxi-emendamento in sede di legge di conversione) le disposizioni di partenza. In questo modo, però, non si ha il tempo per un sereno confronto parlamentare e, prima ancora, con le categorie professionali interessate e gli studiosi, ma si ottiene un'emanazione rapida di norme: dove, all'evidenza, la rapidità fa aggio sulla qualità.

La seconda è il ricorso al voto di fiducia, come ad esempio si è verificato, sia alla Camera che al Senato, per la legge di conversione del d.l. n. 132. È pur vero che il voto di fiducia viene oggi impiegato con molta e probabilmente eccessiva frequenza. Nondimeno, resta singolare che il richiamo alla compattezza della maggioranza parlamentare che sostiene il Governo sia stato effettuato a proposito di temi che certo non rientravano nelle agende politiche dei partiti in occasione delle elezioni del 2013 e che comunque non hanno determinato le scelte dei cittadini nelle urne elettorali. Che la *translatio* all'arbitrato, la negoziazione assistita, il passaggio dal rito ordinario a quello sommario o il pignoramento di autoveicoli possano essere ritenuti essenziali per la vita dell'esecutivo, appare a prima vista non credibile.

Eppure, il Governo ha voluto assicurarsi l'esito positivo dell'*iter* di approvazione di queste misure, perché era politicamente rilevante presentarsi ai tavoli europei con risultati in mano. Del resto, che nei piani alti della burocrazia di Bruxelles si creda alla tesi che le mere riforme del rito migliorino la giustizia civile è confermato dalla recente vicenda greca. Nelle condizioni imposte al paese elle-

nico per evitare l'uscita dall'euro è stata inclusa l'approvazione di una riforma del codice di procedura civile.

Questa collocazione della giustizia civile è probabilmente falsata da un errore di prospettiva: si immagina che gli investitori esteri guardino al codice di rito più che al funzionamento della pubblica amministrazione, al carico fiscale, al peso della burocrazia o alle condizioni del mercato del lavoro. Più realisticamente, si individua in questa materia un segmento su cui si può intervenire con molte meno resistenze che in altri settori e in cui è più facile poter esibire risultati. Quale che ne sia la ragione, lo scenario che si è aperto pone gli studiosi e gli operatori pratici in un'ottica nuova: non solo quella di commentatori e applicatori delle nuove riforme, ma di soggetti che devono responsabilmente dialogare con il potere politico di fronte alla pubblica opinione in vista di favorire le soluzioni più razionali.

La terza circostanza è la ricerca del consenso politico, perseguita promettendo una giustizia veloce e facendo leva sull'atteggiamento psicologico del cittadino medio. Questi, di fronte alla prospettiva di una controversia, si immagina come colui che ha ragione e che certamente la otterrà: quindi, approva l'idea che le decisioni siano prese in fretta. Invece, è opportuno indurre i cittadini a chiedersi se sia meglio una sentenza giusta al termine di un processo lento, oppure una sentenza ingiusta e sbagliata al termine di un processo veloce.

Un passo della relazione illustrativa del d.d.l. n. 2953 afferma che, perché il processo sia "etico", "le parti debbono sapere chi, almeno in astratto e con una sensata prognosi, vincerà o perderà". Qui si va ancora oltre. Si suppone che, a priori, la legge sia chiara, ne sia pacifica l'interpretazione e che i fatti siano noti e non discutibili. Portando l'argomentazione al limite, il giudizio diventa inutile, come è inutile una gara di cui già si conosce l'esito. Di più: anche il giudice diventa inutile, perché non deve pensare, ma solo applicare.

Ora, a costo di ripetere affermazioni ovvie, si deve rimarcare che la struttura contraddittoria del processo civile suppone che l'accoglimento della domanda di una parte comporta necessariamente la soccombenza dell'altra; la soddisfazione di un cittadino porta con sé la (ci si augura, corretta secondo il diritto) insoddisfazione di un altro. Tutto ciò richiede equilibrio e valutazioni ponderate. Altra cosa è la rapidità nel disbrigo di una pratica amministrativa che interessa un soggetto senza pregiudicare altri e cosa del tutto diversa è la decisione di una controversia. La classica lezione redentiana sull'azione come pretesa meriterebbe di essere ripassata dal frettoloso legislatore.

È chiaro, insomma, che così collocata, la legislazione in materia di processo civile finisce per essere pletorica, inutile e tecnicamente non pregevole.

3. Infine, se è vero che il succedersi di governi diversi e ministri diversi non aiuta, il legislatore mostra di avere in tema di processo civile poche idee, ma confuse. Ne è riprova l'emanazione di leggi epocali, che dopo qualche anno vengono abrogate, travolte dalla loro palese inefficacia. I casi più clamorosi sono quelli del c.d. processo societario, introdotto nel 2003 ed abrogato nel 2009 e del quesito di diritto in Cassazione, che ha avuto vita ancor più breve (dal 2006 al 2009), seppure lasciando sul campo di battaglia molte vittime innocenti.

L'epoca dei grandi disegni nella redazione dei codici è tramontata e il legislatore post-moderno si riduce a fare piccolo cabotaggio. Tuttavia, anche poche cose concrete potrebbero migliorare la situazione se fossero rivolte non alle norme, ma alle strutture organizzative e se fossero studiate in una prospettiva di coerenza.

In realtà, la mancanza di programmazione causa rilevanti costi sociali. Ogni riforma (anche la più giusta e necessaria) suppone una considerevole complessità di adattamenti, in vista del suo effettivo radicamento. Una modifica normativa richiede tempo per essere assorbita nella prassi degli operatori, per essere letta ed applicata dalla giurisprudenza, per spiegare a fondo i suoi effetti. Tutte le volte che si introduce una riforma e dopo breve tempo la si nega, oltre a non avere risolto i problemi, si è aggravato lo stato della giustizia.

Infine, la via d'uscita viene vista non tanto in una razionale reimpostazione del sistema, ma nella compressione del contenzioso.

Se l'approccio al problema, nei decenni passati, era quello di favorire l'accesso alla giustizia, superando gli ostacoli economici che pregiudicano i cittadini meno abbienti, oggi si punta a evitare il processo, promuovendo soluzioni non giurisdizionali ai conflitti.

4. Una, nessuna, centomila. Richiamare Luigi Pirandello è preferibile rispetto ai consueti riferimenti a Franz Kafka. La prosa pirandelliana meglio si addice al legislatore italiano, nella cui opera l'essere e l'apparire si rincorrono e si confondono.

Negli anni recenti le riforme – che non sono finite – sono state centomila, che qui sta per numerose, troppe, irrazionali. Al tempo stesso, non vi è stata nessuna vera riforma e la giustizia civile si trascina stancamente, tra l'impegno di tanti e l'ignavia di troppi. Invocare maggiori mezzi (più giudici, più strutture e via di-

cendo), oltre ad essere non proponibile sul piano economico, non è decisivo. Di riforme, in realtà, ne occorre una sola: la più difficile, perché non coercibile.

Ciò che veramente serve alla giustizia civile (e non ad essa soltanto) è un cambio di mentalità e di prospettiva etica. È il passaggio dal mero tornaconto personale all'utilità sociale. Il legittimo perseguimento dei propri interessi deve rispettare la sostenibilità del sistema.

Dal profilo delle parti, gli studi sull'abuso del processo e le riflessioni sulla scarsità delle risorse giurisdizionali portano l'attenzione sul tema del rapporto mezzo/fine nella tutela giudiziaria. Negare l'oggettiva incertezza delle controversie è fuorviante, ma è invece essenziale un'adeguata considerazione dell'analisi costi/benefici. Anche se il tema è volutamente escluso da queste pagine, l'eccessivo numero di avvocati e la carenza di una seria formazione deontologica rientrano a pieno titolo in questa prospettiva.

Dal profilo degli uffici giudiziari, le carenze organizzative si possono superare o comunque ampiamente attenuare quando l'atteggiamento è quello di risolvere i problemi, e non di applicare burocraticamente le norme o, peggio, di esaltare il proprio prestigio. Puntualità nella presenza sul lavoro (specie da parte di chi dirige gli uffici), collaborazione nell'individuazione di prassi comuni, coerenza negli orientamenti, disponibilità all'ascolto (ferma restando l'indipendenza di giudizio): sono questi gli ingredienti che permettono di ottenere risultati efficaci. Nelle sedi giudiziarie (è notissimo il caso di Torino) dove si lavora così, la giustizia funziona, avvalendosi di quelle stesse norme che altrove coesistono con ritardi colossali e che il legislatore si sforza di modificare, lanciando sassi in uno stagno dove, passato il primo movimento dell'acqua, si riforma (nel senso che si forma di nuovo) la morta gora.

Si può obiettare che invocare l'etica è un'inutile esortazione. Certo, nessuno può imporre dall'esterno a un avvocato di essere onesto o a un giudice di essere laborioso. Ma se non si passa attraverso la responsabile libertà delle persone, anche la migliore delle normazioni finisce per portare i frutti amari della delusione.

2. Riforme e complessità

Riproduco non integralmente un mio scritto, dal titolo "Le recenti riforme e la complessità trascurata", relazione presentata a Bologna il 17 dicembre 2019. Il

testo completo si trova in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, p. 435 ss.

Il senso di queste pagine è la critica verso una forma di semplificazione eccessiva, che pareva emergere dall'impostazione originaria del disegno di legge delega. Come noto, quella versione è stata completamente modificata.

1. Pochi giorni fa, per l'esattezza il 5 dicembre scorso, il Consiglio dei ministri ha approvato il disegno di legge delega di riforma del processo civile. Dopo il succedersi di numerose bozze e di vari aggiustamenti, il corpo dell'intervento legislativo di iniziativa governativa ha ora assunto una veste definitiva e può quindi essere oggetto di riflessione da parte degli studiosi.

È possibile, pertanto, avere questo testo come riferimento per la discussione, oggetto del seminario odierno, che si incentra sull'alternativa fra il rito ordinario e quello sommario, in vista dell'obiettivo, da tutti condiviso, di un processo civile efficiente. Nel contempo, è prudente evitare di condurre un'esegesi troppo serrata su formule che devono ancora compiere il percorso parlamentare e che, in ogni caso, dovranno poi essere tradotte in uno specifico articolato da parte della normazione delegata.

Mi astengo, in questa sede, da compiere osservazioni generali sulle modalità con cui l'esecutivo intende affrontare il delicato tema della giustizia civile e mi concentro unicamente su alcuni rilievi tecnici, in relazione all'idoneità della progettata riforma a garantire un'adeguata trattazione a controversie di diversa complessità.

Sul piano generale, richiamo il parere inviato al Ministero dal Consiglio direttivo dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile in data 18 novembre 2019, sulla bozza di disegno di delega nota in quel momento (e peraltro sostanzialmente identica a quella definitiva). Vi si legge che "si deve evidenziare, preliminarmente ad ogni altra valutazione, come sia inutile, per non dire dannoso, intervenire ancora sulle regole del processo, quando invece è noto che i problemi, che incidono sull'efficienza della macchina della giustizia civile, emergono, quasi esclusivamente, sul piano strutturale e organizzativo. La ragionevole durata del processo – obiettivo che il legislatore delegante intende dichiaratamente perseguire – non si ottiene con interventi sulle norme, i quali potrebbero tutt'al più comportare una qualche utilità sul piano del chiarimento o della semplificazione di singoli istituti, ma non certo avere ricadute positive sul versante della celerità dei processi.

Infatti, è generalmente condiviso che la ragione dell'eccessiva durata del processo risiede non tanto nelle norme che lo regolano, quanto in fattori di carattere organizzativo, e in particolare nel rapporto assolutamente inadeguato tra il volume complessivo del contenzioso civile ed il numero dei magistrati, togati e non, sui quali esso grava. A ciò si lega anche il problema della composizione/organizzazione degli uffici e della formazione dei dirigenti. Prova ne è, a tacere d'altro, che il fattore principale di efficienza, com'è dimostrato nell'attuale assetto, è costituito dalle pratiche virtuose adottate e applicate da taluni uffici giudiziari.

Si deve ancora rilevare come l'incessante moto riformatore, che ha interessato la giustizia civile nell'ultimo decennio, non solo non ha prodotto risultati positivi in termini di durata e di efficienza del processo, ma ha comportato un senso di diffuso disagio tra gli operatori, in quanto è principio pacificamente riconosciuto che la stabilità delle regole processuali costituisce fattore primario per una più virtuosa attività degli avvocati e del giudice.

Di tutto questo, inoltre, è convinta non soltanto la generalità degli studiosi del processo civile, ma anche la stragrande maggioranza degli avvocati, dei magistrati e più in generale degli operatori”.

Prima di entrare in argomento, devo però premettere, per chiarezza, una duplice annotazione.

La prima è quella che riguarda il significato dell'espressione cognizione sommaria, contrapposto a quello di cognizione piena. A mio avviso, si deve riservare la nozione di cognizione sommaria alle ipotesi in cui la decisione del giudice è delineata dalle norme positive come necessariamente e strutturalmente incompleta e inadeguata. È un tipo di cognizione che, proprio per questa sua insufficienza intrinseca, non è idonea, di per sé, a dare luogo all'accertamento stabile del giudicato, che potrà formarsi solo per effetto di elementi esterni ed ulteriori, ai quali l'ordinamento attribuisce convenzionalmente la corrispondente efficacia. Le modalità procedimentali, pur se rilevanti, non sono da sole capaci di fondare la distinzione con la cognizione ordinaria, che si verifica quando il giudice è messo in grado di esaminare, in modo pieno, tutti gli aspetti della controversia che gli è sottoposta, che riceve quindi una valutazione pienamente adeguata (sia pure nei limiti dei poteri di un giudice civile).

La linea di pensiero è quella che individua la decisione giusta laddove il giudice ha raggiunto o comunque si è avvicinato, per quanto possibile, alla verità dei fatti, a cui abbia ovviamente applicato la corretta soluzione giuridica, e non semplicemente dove il giudice abbia seguito esattamente le regole della procedura. La

linea di distinzione fra cognizione piena e sommaria si deve tracciare rispetto alla capacità di attingere in modo completo alla valutazione del fatto e non rispetto alla maggiore o minore articolazione delle regole, alle quali si deve soltanto chiedere di essere adeguate a supportare un'accurata indagine da parte del giudice.

Per questo, ho sempre espresso l'avviso che il procedimento regolato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., pur se denominato sommario, sia in realtà un processo a cognizione piena, benché semplificata: la meno articolata forma di questo rito si giustifica in relazione alla scarsa complessità istruttoria della fattispecie oggetto del giudizio. Se, infatti, il rito appare inadeguato a consentire al giudice di prendere una decisione opportuna, svolgendo un'istruttoria più approfondita e offrendo alle parti gli spazi necessari per una completa difesa, occorre che il processo sia convogliato sui binari del rito ordinario, ai sensi dell'art. 702-*ter* c.p.c.

La seconda annotazione è che il legislatore non appare intenzionato a riproporre un'estensione generalizzata del procedimento *ex* art. 702-*bis* ss. c.p.c.: la scelta dell'esecutivo, invece, è andata nel senso di costruire un rito ordinario unitario, anche se in qualche modo ricalcato su taluni profili del procedimento c.d. sommario, che, anzi, viene abrogato.

Certo, questa opzione (se si leggono le bozze che hanno preparato il d.d.l.) sembra essere maturata progressivamente: se, inizialmente, si pensava forse ad un'estensione del rito sommario, seppure opportunamente potenziato, nel tempo ci si è orientati verso una nuova versione del rito ordinario. Di questo percorso vi è, con ogni probabilità, una traccia all'art. 3, lett. b), del d.d.l., dove si legge che si intende prevedere un rito denominato "rito ordinario davanti al tribunale in composizione monocratica", stabilendone l'esclusività e l'obbligatorietà per le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica. La locuzione che menziona esclusività e obbligatorietà ha senso solo se serve a chiarire che si tratta di un procedimento che (come il sommario di cui al d.lgs. n. 150 del 2011) non consente il passaggio ad un rito diverso, né permette un'alternativa a priori, come a mente dell'art. 702-*bis* c.p.c. Insomma, le parole della norma citata si spiegano solo se si ha riguardo, in qualche misura, al rito sommario come punto di partenza.

La prima e necessariamente provvisoria valutazione del disegno di legge delega, nell'ottica del confronto fra rito ordinario e rito sommario, segna pertanto un netto orientamento a favore del primo. Non si rinnovano le operazioni tentate nella passata decade dal legislatore italiano, che puntavano sulla cognizione sommaria come strumento idoneo a produrre pronunce con efficacia esecutiva (come il sommario societario, *ex* art. 19 del d.lgs. n. 5 del 2003 e i cautelari anticipatori

ex art. 669-octies c.p.c.), né, tanto meno, si ripete lo scomposto tentativo verificatosi nello scorcio finale della XVII legislatura, teso ad estendere il procedimento *ex art. 702-bis c.p.c.*, senza correttivi o potenziamenti, a tutte le controversie attribuite alla competenza del tribunale monocratico.

Il che, se evita alcuni gravi problemi che la generalizzazione del rito sommario avrebbe certo comportato, non elimina, però, altri profili di critica e altre possibili aporie.

2. In un recente intervento, quando erano note alcune tendenze del legislatore della riforma, ma non era ancora a disposizione il testo finale del disegno di legge delega, ho messo in luce come, a mio avviso, si facesse ampio uso di espressioni come elasticità e semplificazione, ma in maniera che ritenevo (e ritengo) ambigua.

Nella narrazione politico-mediatica che ha accompagnato la presentazione del d.d.l., si è sottolineato l'obiettivo della semplificazione, che sarebbe raggiunto passando "da tre riti a uno". I tre riti (se intendo bene) sarebbero quello ordinario (attuale) dinanzi al tribunale monocratico, quello sommario e quello dinanzi al giudice di pace, che si dissolvono nel nuovo rito ordinario, a cui si associa, con poche varianti, quello dinanzi al tribunale in composizione collegiale.

L'idea di una tutela "semplice" ricorre più volte nel d.d.l. e sembra dare corpo alle istanze avanzate in dottrina (e che personalmente condivido), volte a favorire una tipologia di processo semplificato ed elastico.

Senonché, quando dalle parole si scende alla tecnica normativa (e con tutte le riserve, che qui giova richiamare, dovute alla prudenza di fare esegesi su un testo in formazione), ci si trova di fronte ad un'ipotesi di processo che non è né veramente semplificato, né veramente elastico (o flessibile, che dir si voglia).

Senza ripetere qui le annotazioni svolte nello scritto a cui mi sono appena riferito, non posso non rilevare che per semplificare occorre partire da un rito complesso, idoneo a gestire ogni tipo di controversia, ma dotato di valvole di elasticità che consentano di sfrondarlo da tutto ciò che, rispetto ad una controversia concreta, appaia non essenziale rispetto all'obiettivo della cognizione piena. Non è semplificazione, invece, costruire un rito troppo schematico, che poi fatalmente dovrà complicarsi, quando un'adeguata trattazione della controversia lo impone. Così pure, l'elasticità consiste nella carneluttiana previsione di snodi processuali, vale a dire di una gamma di diverse possibilità, conoscibili a priori, offerte al giudice e alle parti per adeguare la disposizione normativa alla migliore trattazione del caso concreto. Un esempio di elasticità si trova, a mio avviso, nelle regole

relative alla fase delle difese finali dinanzi al giudice monocratico, che, in base agli artt. 281-*quinquies* e 281-*sexies* c.p.c. può avvenire in forma scritta, orale o mista. Ebbene, non è un caso che questa triplice possibilità sia esclusa dal d.d.l., che segue invece un modello unitario (art. 3, lett. c).

Il punto, in definitiva, è il seguente. Il disegno di legge delega mi pare discutibile (oltre che per altre ragioni, estranee al perimetro del dibattito odierno) perché mi sembra che non assicuri alle parti e al giudice strumenti adeguati per trattare le controversie più complesse e, allo stesso tempo, rischi di complicare il procedimento per quelle più semplici, trascurando gli aspetti di necessaria differenza fra le singole cause.

3. Lo spazio di queste brevi note non permette di approfondire, sul piano teorico, il tema della complessità: tema tanto importante, quanto poco considerato dalla letteratura italiana, con l'eccezione degli apporti di pochi, seppure autorevoli, studiosi. Occorre, quindi, che mi limiti a dare un'immagine molto pratica di ciò che si può definire causa complessa.

In primo luogo, ritengo che non sia complessa, nel significato che qui importa, una causa difficile in diritto. Infatti, ai fini della distinzione dei riti o di possibili varianti di un procedimento unitario, ciò che conta è il momento organizzativo, che si riflette sui tempi di espletamento delle difese e sull'articolazione dell'istruttoria: non invece il momento dello studio della causa e della decisione, monocratica o collegiale che sia.

La complessità dipende, per contro, da una serie di elementi fattuali, sostanziali o processuali. Può essere complessa, ad esempio, quando vi sia una pluralità di parti che avanzano domande principali, riconvenzionali e trasversali; quando la fattispecie comporti la presa in esame di una molteplicità di circostanze, tutte rilevanti ai fini del decidere, ma tali da richiedere un'autonoma indagine (come, per esempio, nel caso di una causa in tema di appalto privato, in cui la verifica degli inadempimenti comporti distinti esami su ogni singola fase delle lavorazioni); quando l'istruttoria costituenda necessaria comporti l'espletamento di una pluralità di mezzi di prova.

Vi è poi un terzo aspetto, non meno rilevante. La complessità di una causa è un dato desumibile a posteriori e non predicabile a priori. Certo, vi sono materie che più di altre normalmente danno luogo a cause complesse, ma non mi sembra possibile che si giunga a definire in partenza che cosa sarà complesso e che cosa no. Anche per questo, la reazione dell'ordinamento di fronte alla complessità deve

essere affidata ai protagonisti del processo dopo (e non prima, tracciando categorie generali) che la causa si è radicata.

Correndo il rischio di ripetermi, sottolineo che vi sono numerose esperienze, al di fuori dei nostri confini, per gestire la complessità. A titolo di esempio, l'art. 60 del regolamento di procedura della Corte di giustizia affida inizialmente la trattazione delle cause ad una sezione composta da tre o cinque giudici: tuttavia, del caso può essere investita la grande sezione, composta da nove giudici, dopo che la causa è stata promossa, in relazione all'importanza o alle particolari circostanze (fra cui quelle di natura politico-istituzionale) della controversia.

È appena il caso di notare che una seria considerazione della complessità non può essere disgiunta da meccanismi processuali che offrano al giudice e alle parti la possibilità di adattare le regole alla diversità dei casi.

Se questa, seppure appena schizzata, prospettiva della complessità può essere condivisa, ne consegue, a mio modo di vedere, che nel disegno di legge delega, al di là delle proclamazioni, la complessità è trascurata più volte.

4. Intanto (e riprendendo quanto appena osservato sul tema della necessaria valutazione a posteriori), mi sembra che la complessità venga negata quando il d.d.l. ipotizza di restringere i casi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, ma sempre mantenendo (e non riformando) criteri rigidi, sia pure diversi da quelli attuali, posti a priori dall'art. 50-*bis* c.p.c.

Ora, è vero che il dettato del d.d.l., su questo punto, non appare scontato, giacché si parla di “ridurre i casi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, in considerazione dell’oggettiva complessità giuridica e della rilevanza economico-sociale delle controversie” (art. 3, par. 1°, lett. a). Tuttavia (anche tenuto conto di quanto appariva in varie bozze informali circolate prima della presentazione), l'intenzione sembra quella di indicare diverse (e meno numerose) tipologie di cause da riservare al collegio, in ogni caso individuate a priori e quindi senza alcun cambio di passo. Inoltre, giova notare che l'espressione “complessità” è impiegata esattamente laddove, a mio avviso, non si dovrebbe, vale a dire in termini di complessità giuridica. Ciò significa, puramente e semplicemente, assegnare al collegio le tipologie di cause difficili in diritto (ammesso e non concesso che si possano isolare dalle altre): ma ciò si colloca al di fuori del perimetro della vera complessità.

Una seconda e più rilevante esclusione dell'idea di complessità dal campo visivo del legislatore si riscontra nell'abolizione delle norme che, oggi, permettono al giudice di canalizzare le controversie su diversi binari procedurali, a seconda

della loro struttura fattuale e della maggiore o minore complessità dell'istruttoria. Mi riferisco all'eliminazione degli artt. 702-ter c.p.c. e 183-bis c.p.c.

Su questo punto vorrei essere particolarmente chiaro. Non si tratta, qui, di difendere l'attuale rito sommario in quanto tale, anche se è mio convincimento che si tratti di un rito a cognizione semplificata, che ha dato buona prova di sé per la risoluzione di numerose controversie. Sono i dati statistici esposti nella relazione allegata al d.d.l. a mettere in luce che i processi trattati con il rito *ex art. 702-bis* ss. c.p.c. hanno ormai raggiunto una percentuale pari al 20 % di quelli trattati con l'attuale rito ordinario: e non è poco.

Ciò che intendo sottolineare, invece, è che il d.d.l. elimina le possibilità di *case management* presenti nel sistema attuale, rimarcando puntigliosamente che il nuovo processo ordinario di cognizione deve avere applicazione esclusiva. Viene così a cadere una delle migliori innovazioni degli anni recenti, che collocava l'Italia in linea con un *trend* mondiale e comunque con le tendenze più moderne dei paesi europei.

Va detto che il legislatore, già dal d.lgs. n. 150 del 2011, ha contrastato esattamente questo aspetto, proponendo una figura di rito sommario non convertibile in quello ordinario, quale che fosse la complessità dell'istruttoria da svolgere.

Nonostante le parole, si percorre la strada di una grave diminuzione di elasticità nel processo civile, mortificando gli esiti del dialogo fra le parti e il giudice nella determinazione, caso per caso, del rito più opportuno, fra due modelli ben noti e predeterminati.

Un terzo momento in cui mi pare che la complessità sia trascurata si trova all'art. 5 del d.d.l., che prevede l'abolizione delle specifiche disposizioni processuali per il giudice di pace, che dovrà invece applicare le norme del nuovo processo ordinario dinanzi al tribunale in composizione monocratica.

Di per sé, la norma è ragionevole: se un obiettivo razionale è quello di un processo unitario, viene compiuto (all'apparenza) un passo avanti. Sennonché, non bastano regole comuni: occorrono disposizioni flessibili, che permettano di distinguere, nelle varie fasi processuali, le esigenze delle singole controversie. Ora, se è vero – come mi pare sia – che il nuovo modello proposto dal d.d.l. si mantiene, in realtà, entro binari rigidi, il risultato non è più altrettanto apprezzabile.

Anzi: nell'ottica del legislatore, sia le cause che attualmente vengono trattate con il rito sommario, sia tutte quelle governate dal giudice di pace (e che saranno tanto più numerose con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 116 del 2017), verrebbero sottoposte ad un rito più complesso e articolato rispetto a quello vigente. La di-

stinzione fra cause ha invece lo scopo di riservare le poche energie giurisdizionali ai casi davvero complessi, senza consumarle in quelli più semplici. Il condivisibile obiettivo del Governo di ridurre i tempi della giustizia civile viene perseguito, a mio parere, con strumenti inefficaci.

Vi è, infine, un quarto aspetto di complessità trascurata.

Si tratta delle disposizioni del d.d.l. che delimitano in modo più ristretto le possibilità di modificare le domande.

Riporto anche su questo punto le sintetiche, ma chiare annotazioni del citato parere 18 novembre 2019 del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: “occorre ora rimarcare come sia da valutare negativamente, con riferimento in specie all'economia extraprocessuale, la previsione – lettera b, n. 5) – che limita la possibilità di precisazione e modificazione delle domande e delle eccezioni e conclusioni a quanto necessario in conseguenza delle domande ed eccezioni proposte dalle altre parti; l'esclusione dello *ius variandi*, oltre a porsi in netto contrasto con la più recente giurisprudenza di legittimità, non incide in senso positivo sulla semplificazione, poiché conduce a limitare la portata preclusiva del giudicato”.

Ribadito che occorre essere cauti nel commentare norme *in fieri*, tanto più se contenute in un testo che dovrà poi essere dettagliato nella sede della normazione delegata, mi pare che l'art. 3, ai numeri 4) e 5) del d.d.l., riduca gli spazi per la proposizione di una *emendatio libelli* in corso di causa. Si parla, infatti, di facoltà di effettuare la precisazione o la modificazione delle domande e delle eccezioni, solo in quanto conseguenti alle domande ed eccezioni proposte dalle altre parti, laddove l'attuale dizione dell'art. 183, comma 6°, n. 1, c.p.c. è certamente più ampia.

Si deve aggiungere che anche la facoltà appena descritta deve essere esercitata in tempi brevi: non più tardi di dieci giorni prima dell'udienza di comparizione.

Entrambe queste limitazioni (quella di contenuto e quella temporale) non sono certo irragionevoli: ma, se appaiono logiche per cause più semplici, non lo sono altrettanto laddove la complessità fattuale e l'articolazione della fattispecie in una miriade di situazioni postulano una maggiore ampiezza, anche temporale, per l'esercizio del diritto di difesa.

Chiunque abbia un minimo di esperienza giudiziaria è consapevole che non sempre (e al di là della diligenza dei difensori) la presentazione del fatto, compiuta nell'atto introduttivo della lite, è stabile e definitiva. Accade che altre emergenze vengano in parte a modificare il quadro: danni che continuano o cominciano a prodursi dopo l'introduzione della causa, verifiche di vizi o inadempimenti ul-

teriori che appaiono semplicemente in base al trascorrere del tempo, comportamenti diversi di questa o quella parte successivi alla descrizione iniziale e via dicendo. È questo il sostrato fattuale che spiega e giustifica lo *ius variandi* e che suppone, da un lato, un evolversi nel tempo della materia del contendere ma anche, dall'altro lato, l'opportunità che si dia alle parti tempo per cogliere questa evoluzione.

È singolare che il legislatore della progettata riforma si ponga in una posizione restrittiva nei confronti dello *ius variandi*, proprio mentre la giurisprudenza di legittimità accredita la correttezza delle c.d. domande "complanari" e, comunque, apre ad una lettura non rigorosa (anzi, forse troppo lassa) dei criteri classici di individuazione delle azioni.

L'obiezione, secondo cui se tutto è già sul tavolo del giudice in prima udienza il processo corre più veloce, viene facilmente smentita dal rilievo che le porzioni di contenzioso forzatamente escluse dal giudizio già iniziato, a motivo del divieto o della pratica impossibilità di correggere domande ed eccezioni, non scompaiono dal mondo reale, ma si ripresenteranno in un nuovo processo. Non solo: è proprio la prospettiva di una fase di determinazione della materia del contendere che si svolge prima dell'intervento e senza il controllo del giudice (come nello schema, non rimpianto, dell'abrogato processo societario) ad acuire le perplessità.

Ne segue che il progettato nuovo rito ordinario, ad un primo sguardo, non sembra dare vita ad uno strumento più efficace per una proporzionata trattazione delle cause, nell'ottica del precetto costituzionale della ragionevole durata, che va inteso non come criterio solo temporale, ma come corretta distribuzione delle risorse giudiziarie in rapporto alla varietà delle controversie e al carico complessivo di lavoro delle corti.

5. Mi accingo a trarre alcune brevi conclusioni. Non si può parlare di un processo semplificato e flessibile se non si configurano meccanismi che permettano di variare il rito, di fronte alla variabile complessità del caso concreto. Il legislatore sembra voler seguire l'idea di un rito unitario (e questo è positivo) ma rigido.

Neppure ci si può arrendere all'idea di un processo civile che in primo luogo deve essere veloce, seppure ciò vada a scapito di una decisione ponderata. Ogni processo richiede tempi diversi e, così come è sbagliato allungare inutilmente la trattazione di cause semplici, è ugualmente non accettabile comprimere, in modo innaturale, i tempi di difesa in quelle complesse. Ma per fare questo occorre avere presente l'idea di complessità, che invece, a mio avviso, non emerge.

Mi pare, poi, che manchi una visione comparatistica ed europea delle dinamiche processuali. Non posso escludere che nella fase di progressivo affinamento delle bozze siano state fatte riflessioni in questo senso, ma non riesco a trovarne traccia.

Tuttavia, la realtà è più forte delle norme. Se il d.d.l. sarà approvato in questo tenore e non si adotterà qualche rimedio in sede di decreti delegati, spetterà alla prassi (forse, nelle forme di *soft law* rappresentate dai protocolli fra giudici e avvocati) individuare soluzioni pratiche, idonee a dare rilievo alla non eliminabile distinzione fra le cause in ragione della loro diversa complessità.

Del resto, non basta scrivere riforme: occorre che le novità siano assorbite e accettate da chi opera sul campo. Da un lato, vi sono istituti che emergono prepotenti nella vita giudiziaria dopo lunghi periodi di latenza, come i provvedimenti di urgenza *ex art. 700 c.p.c.* nei primi anni Settanta del secolo scorso. Dall'altro, sono molti gli episodi recenti di nuove norme rimaste lettera morta, ovvero rapidamente declinate, ovvero ancora abrogate dopo il loro insuccesso: dal tentativo di conciliazione obbligatorio nel processo ordinario al c.d. arbitrato forense, dal quesito di diritto in Cassazione alle ordinanze anticipatorie, per non parlare del già menzionato processo societario. Nessuno stupore: un legislatore che confonde la causa con l'effetto e sbaglia la diagnosi, fallisce fatalmente la terapia e costringe giudici e avvocati a trovare, nelle pieghe delle regole, altre soluzioni più efficaci e ragionevoli.

3. Linguaggio e sinteticità

Riproduco non integralmente un mio scritto, dal titolo “La redazione degli atti di parte: sinteticità e chiarezza”, relativo ad un intervento pronunciato ad Alba (Cn) il 1° dicembre 2017, nel convegno su “Le nuove regole del processo civile”.

1. Il tema della sinteticità degli atti di parte nel giudizio civile attira da tempo l'attenzione degli studiosi e degli operatori e anche a me è accaduto varie volte di prendere posizione su questo o quell'aspetto della questione. Il principio di ragionevole durata del processo, pietra miliare di ogni riflessione sulla giustizia civile, si riverbera anche sulle modalità con cui le parti esercitano la loro difesa e, in specie, sulla dimensione quantitativa degli scritti defensionali. Certo, ragionevole durata e diritto di difesa non vanno letti in modo oppositivo, nel senso che l'uno

limiti l'altro: tuttavia, non si può negare che la visione costituzionale del processo imponga che la tutela dei diritti si espliciti secondo linee sobrie e non abusive.

Le norme che già oggi fondano il dovere di sinteticità negli atti giudiziari sono note. In primo luogo, anche temporalmente, va ricordato l'art. 3, comma 2°, del d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 che, per il processo amministrativo, prescrive che “il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica”, a cui ha fatto seguito una già ampia normativa di attuazione. Per il processo civile, la disposizione chiave è l'art. 16-*bis* della l. n. 221 del 2013, come modificato dalla l. n. 132 del 2015, a mente del quale gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche (e quindi, tendenzialmente tutti) devono essere redatti in maniera sintetica.

Ciò che non è espressamente regolato oggi, lo sarà comunque domani. Nel disegno di legge delega sulla riforma del processo civile recante il n. 2953-A, approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016 e attualmente all'esame del Senato con il n. 2284, si parla di “introduzione del principio di sinteticità degli atti di parte e del giudice, da attuarsi anche nell'ambito della tecnica di redazione e della misura quantitativa degli atti stessi”. È difficile dire se questo testo riuscirà o no a completare l'iter parlamentare nello scorcio finale della XVII^o legislatura, ma mi pare di poter affermare che esso segna una linea di marcia ineludibile.

Nel frattempo, la *soft law* (penso al protocollo d'intesa fra la Corte di cassazione e il Consiglio nazionale forense del 17 dicembre 2015 sui motivi di ricorso in materia civile e tributaria) e ormai numerose pronunce giurisprudenziali anticipano ciò che manca al diritto positivo.

È poi appena il caso di rilevare che questa tendenza è pienamente sviluppata a livello europeo. Ad esempio, dinanzi alle corti di Lussemburgo, da tempo i giudici utilizzano le norme pratiche destinate alle parti e ai difensori, con lo scopo di razionalizzare l'attività che si svolge dinanzi a loro (la cui base giuridica si trova nei regolamenti di procedura, rispetto ai quali le norme pratiche sono fonte subordinata: così, l'art. 208 reg. proc. Corte e l'art. 224 reg. proc. Trib.), per fissare limiti dimensionali agli atti di parte, facendone applicazione rigorosa, fino a giungere alla dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi.

Discende da tutto questo che il punto, oggi, non è se, ma come gli atti di parte debbano essere chiari e sintetici: come, cioè, contemperare il profilo della necessità di una difesa adeguata con quello della sobrietà espositiva. L'atto processuale, da esercizio di stile in una giustizia di élite, deve diventare lo strumento funzionale di una giurisdizione di massa.

2. Passerò in rassegna, quindi, quattro aspetti. Prima di tutto, il tema dei limiti alle modalità di redazione degli atti. Poi, quello delle dinamiche processuali idonee a favorire la sobrietà delle difese. Ancora, quello del linguaggio e delle tecniche espositive. Infine, quello dell'educazione alla sobrietà.

È certo che, per garantire una certa concisione agli atti giudiziari civili la scelta più facile consiste nell'imposizione di limiti quantitativi. È la strada che sta percorrendo il processo amministrativo, che è stata esplorata da tempo dinanzi alle giurisdizioni europee e che fa capolino anche nei testi di *soft law* che ho citato, come il protocollo Cassazione – Cnf.

La scelta è facile e vi è la forte probabilità che sia quella che verrà imboccata dal legislatore. Tuttavia, vi sono alcune controindicazioni che potrebbero fare auspicare soluzioni almeno in parte diverse.

In primo luogo, i testi normativi associano all'idea di sinteticità quella di chiarezza. Eppure, è evidente che le due nozioni non si suppongono a vicenda e che non sono ugualmente coercibili. Certo, si può proibire che una comparsa superi le venti pagine, ma non si può ottenere per legge che il difensore si esprima in modo chiaro e lineare. Così, il giudice può trovarsi di fronte un atto prolisso e ripetitivo, ma chiaro, oppure un atto corto ma confuso, se non incomprensibile. Se, come credo, l'obiettivo è che il giudice possa concentrare le scarse energie giurisdizionali a disposizione, la limitazione delle pagine non basta: si perde più tempo a decifrare un testo confuso che a scorrere uno scritto più lungo, ma piano e ben costruito.

In secondo luogo, è palese che atti diversi hanno esigenze diverse. Un atto introduttivo deve misurarsi con l'esigenza di una puntuale allegazione dei fatti costitutivi, mentre una memoria o una comparsa successiva possono talora limitarsi a riassumere concetti già espressi.

Infine, correndo il rischio di dire una banalità, ogni causa è diversa dalle altre. Vi sono controversie strutturalmente complesse, in cui le difese non ammettono di essere semplificate più di tanto. Causa in materia di appalto in cui si deve discutere di una pluralità di riserve, o domande di responsabilità sociale proposte contro numerosi amministratori e sindaci, rispetto a ciascuno dei quali devono essere messi in luce i singoli episodi produttivi di responsabilità richiedono una trattazione necessariamente ampia, che altri tipi di controversie non richiedono. Il tema dell'elasticità processuale, che ha tante e fruttuose applicazioni, può trovare qui un fertile terreno di coltura.

A mio avviso, riterrei preferibile che i limiti quantitativi non fossero rigidi, ma flessibili: concordati fra le parti o, in ogni caso, fissati dal giudice, che ne ha il po-

tere ai sensi degli artt. 127 e 175 c.p.c., nell'ambito della sua funzione di dirigere il processo. Non solo: oltre che un orientamento sul numero di pagine, il giudice potrebbe molto utilmente indicare i punti specifici da trattare.

3. Il secondo profilo al quale mi vorrei riferire è quello delle condizioni di svolgimento del processo che meglio possono facilitare la sobrietà e la sintesi negli atti di parte.

Gli avvocati, se scrivono molto, non di rado lo fanno perché ritengono indispensabile esaminare in modo compiuto tutti gli aspetti della causa. Intanto, nessun difensore può prevedere con certezza quale sarà lo sviluppo argomentativo e logico-giuridico prescelto dal giudice. Immaginare più ipotesi alternative o subordinate è spesso una precisa esigenza di scrupolo defensionale e quindi è atteggiamento non censurabile, ma doveroso dell'avvocato. Ritengo, quindi, che quanto più il giudice suggerisce alle parti gli aspetti davvero controversi e le invita a concentrare su di essi la loro attenzione, la sintesi e la sobrietà diventano più facilmente praticabili.

Ora, sia che si applichi l'art. 183, comma 4°, c.p.c., sia che il processo sia regolato dalle forme destrutturate dell'art. 702-ter c.p.c., è indubbiamente opportuno che i giudici mettano in pratica ciò che oggi raramente fanno, vale a dire indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritengono opportuna la trattazione e richiedere loro i chiarimenti necessari.

È certo, a mio avviso, che non si può esigere una rigorosa sinteticità quando i contorni della lite sono incerti e quando sono molteplici i fattori che potrebbero risultare decisivi ai fini della decisione.

Sotto un diverso angolo prospettico, ciò che spesso induce l'avvocato a scrivere molto è la necessità (o presunta tale) di ribattere punto per punto alle difese avversarie, talvolta complesse e per nulla sintetiche. Anche qui, però, l'atteggiamento dei giudici può risultare rilevante. Ad esempio, forzature sul principio di non contestazione inducono il difensore scrupoloso a lunghi atti, per evitare che qualcosa di ciò che è in discussione possa apparire ammesso.

Una tutela estrema a protezione della chiarezza degli atti giudiziari, naturalmente, è riscontrabile nella disciplina della nullità (come nel caso dell'art. 164 c.p.c.) che viene comminata nei confronti delle difese oggettivamente non comprensibili. Qui, certo, l'intervento del giudice non vale tanto a promuovere la sobrietà e la sinteticità, ma a sanzionare, anche in relazione al principio del contraddittorio, un'esposizione difensiva lacunosa.

Ancora. Se dal giudizio di prime cure spostiamo lo sguardo al piano delle impugnazioni, non vi è dubbio che provvedimenti giurisdizionali ben costruiti facilitano appelli e ricorsi sintetici, mentre sentenze confuse contribuiscono a rendere più lunghi e complessi gli atti introduttivi delle fasi di gravame.

4. Il terzo aspetto da considerare è quello del linguaggio e delle tecniche espressive del difensore nella redazione degli atti giudiziari. Per molti aspetti, è il punto cruciale del nostro discorso odierno.

Ci dobbiamo chiedere, insomma, come si possa approntare una difesa sobria, sapendo che, in ogni caso, la finalità è quella di persuadere il giudice e vincere la causa. Al riguardo, mi limito a segnalare qualche aspetto che può forse contribuire alla costruzione di atti sobri, ma non per questo meno efficaci.

Intanto, si tratta di selezionare accuratamente gli argomenti difensivi a nostra disposizione. Se vogliamo essere realisti, l'argomento davvero forte normalmente è uno solo; alcuni argomenti diversi possono essere adottati, nella ragionevole incertezza di come si orienterà il giudice. È chiaro, però, che le espressioni suggestive, gli argomenti *ad colorandum*, le frasi ad effetto, non sono l'arma vincente. Perciò, è ragionevole prescindere.

Del resto, se si vuole evitare che il giudice si disperda e forse si allontani dalla comprensione dell'essenziale, occorre svolgere un lavoro di sintesi, che faccia emergere con chiarezza gli elementi di fatto e di diritto (o talora, l'unico elemento) davvero centrali e decisivi.

Spesso citeremo giurisprudenza. Ma occorre evitare, anche grazie al c.d. "copia e incolla", oggi particolarmente facile, di infarcire gli atti con un elenco di precedenti ripetitivi. Se l'orientamento a noi favorevole è costante o almeno di gran lunga prevalente, basterà trascrivere la massima di una sentenza e limitarsi a menzionare le altre con i soli estremi (o forse anche a indicarle semplicemente in una nota).

Mi sono riferito al "copia e incolla". Tutti noi corriamo il rischio (perché è più facile) di scrivere atti (penso specialmente alle comparse o alle note conclusive), stratificando ciò che si è detto negli atti precedenti. Scrivere un atto ex novo, più breve e limitato a ciò che veramente serve, richiede spesso più tempo, ma, oltre a rispettare i criteri di sinteticità e chiarezza, è sicuramente più efficace.

Un ultimo rilievo concerne l'ordine espositivo. Le tesi difensive non devono essere inutilmente ripetute, ma presentate in modo ordinato. È inutile inter-

rogarsi se il giudice leggerà tutto o no: oltre a dover pensare che lo faccia, è proprio un atto disordinato e confuso che, forse, lo indurrà ad una disamina superficiale.

5. Sul punto delle modalità espressive, credo che si debba prendere in esame un'evoluzione che potrebbe profilarsi, per lo meno stando alla lettera delle proposte di riforma. Si tratta dell'ipotesi che vengano adottati modelli prefissati per la redazione dei vari atti processuali di parte (oltre che, ma questo ci interessa di meno, di quelli del giudice).

I regolamenti processuali europei hanno reso familiare a molti avvocati l'esperienza dei formulari. Varie attività processuali si devono attuare non in una forma libera, ma completando un formulario allegato ai diversi regolamenti: ad esempio, un'ingiunzione di pagamento europea si redige in questo modo. Il lavoro del giurista è sempre necessario, nel senso che riempire questa o quella casella del formulario presuppone una precisa conoscenza del diritto applicabile, ma la libertà espressiva è annullata. Si tratta di capire se, almeno per talune categorie di atti, possano essere immaginati schemi prefissati con campi obbligatori, naturalmente da riempire con modalità variabili in relazione al singolo caso.

Premessa la difficoltà di un meccanismo di questo tipo, non sono a priori contrario a qualche forma di sperimentazione, purché facoltativa. D'altra parte, siamo abituati da tempo a compiere atti giuridici con formalità prefissate, come nel caso delle dichiarazioni fiscali.

Qualche parola va dedicata infine al linguaggio degli atti giudiziari civili. Se è vero che la difesa impone un preciso tecnicismo nell'uso dei concetti giuridici, è altrettanto vero che queste nozioni possono essere calate in un linguaggio semplice e piano, ovvero inserite in un testo scritto con il più vieto "processuale".

La mia opinione è che gli atti giudiziari dovrebbero essere scritti con lo stile di un articolo di fondo di un grande quotidiano: uno stile che risulti accattivante, faciliti la lettura e sia di aiuto alla comprensione anche per coloro che, non giuristi, si troveranno a leggerlo: per primi, le parti assistite.

La giustizia civile ha problemi più seri che non l'impiego di espressioni che la vita comune ignora. Tuttavia, un atto non è migliore perché scritto con forme iniziatriche: ed è noto che nel linguaggio forense sopravvivono espressioni del tutto desuete negli altri ambiti della comunicazione e delle relazioni sociali.

6. Nel convegno odierno, spettano a me soltanto i profili fisiologici della sinteticità, mentre ad altri relatori va il compito di illustrare quelli sanzionatori, collegati alla redazione di atti non sintetici o non chiari.

Chiudo, pertanto, il mio intervento con il quarto aspetto: come educare, in positivo, alla sinteticità.

Per la mia generazione, si tratta certamente di favorire un cambio (non sempre facile) di mentalità. Per troppo tempo siamo stati abituati all'idea che un atto, per essere apprezzato, deve essere completo e corposo.

Ora, il primo passaggio essenziale è il convincimento che un atto difensivo sobrio è più efficace. Quando parlo di atto sobrio, non intendo necessariamente un atto corto (anche se spesso lo sarà), ma soltanto un atto adeguato al suo fine e idoneo a comprendere tutto ciò che serve e nulla di ciò che è superfluo.

Non si tratta – ed è questo il secondo passaggio – di comprimere le difese, ma di impostarle avendo presente una dimensione di spazio più ristretta. Si dice (per esempio nel protocollo Cassazione-Cnf), che si farà in modo che gli avvocati potranno essere autorizzati a scrivere atti più lunghi, se risulterà che le loro difese non sono “comprimibili” nelle dimensioni dei singoli atti. In questo modo, circola l'idea di una difesa più completa, che però va necessariamente “compressa”.

Ora, a mio avviso, non si tratta di “comprimere” un qualcosa di più ampio, ma di organizzare fin dall'inizio la propria difesa sapendo svolgerla in un numero dato di pagine. È del tutto normale, per chi scrive, avere a priori un limite di spazio: due colonne per un articolo di giornale, qualche cartella per un racconto breve e via dicendo. L'opera letteraria è perfetta e completa in quello spazio, spesso breve: non è frutto di “compressione”, ma di scelta espositiva consapevole e, se ben riuscita, di esito gradevole.

Accade a tutti gli avvocati, parlando di una causa, forse per confrontarsi con un collega, di saper riassumere in poche battute il cuore della controversia, di cui individuano benissimo la questione essenziale. Eppure, di frequente quella vicenda è esposta al giudice con dovizia di pagine. Voglio dire che la capacità di essere sintetici non ci manca: soltanto, siamo ancora prigionieri di una prassi che elogia la prolissità.

A questa educazione alla sobrietà devono contribuire l'Università e le scuole di preparazione alla professione forense. Compito della prima è dare agli studenti la padronanza del linguaggio giuridico, sia imparando ad usare correttamente i concetti, sia acquisendo la capacità di saperli spiegare, con parole comuni, a tutti

coloro che giuristi non sono. Il contributo delle seconde potrà realizzarsi allenando i praticanti a redigere atti giudiziari non solo corretti, ma sintetici.

7. Vengo ad alcune brevissime conclusioni. Nel clima culturale della ragionevole durata del processo occorre pensare alla ragionevole estensione dell'atto giudiziario. Così come il processo ha una durata ragionevole non solo e non tanto se si sviluppa entro un arco temporale dato, ma se impiega una proporzionata quantità di risorse a definire una data controversia, un atto difensivo ha una ragionevole estensione quando contiene tutto, ma soltanto quello che è necessario per esporre le tesi in fatto e in diritto, in modo da renderle intelleggibili alla controparte, nel rispetto del contraddittorio, e al giudice.

Scrivere in modo chiaro e sintetico e nel medesimo tempo efficace è compito più arduo rispetto ad una modalità fluviale, che somma tesi a tesi e argomento ad argomento, talvolta ripetendosi e spesso divagando. Quando si ha fretta, i termini scadono e la causa è complessa, non di rado si raccolgono le residue energie e si stende un atto senza la dovuta riflessione previa. Insomma, non sempre si ha tempo per scrivere un atto sintetico.

Tuttavia, le novità che emergono sulla scena giudiziaria vanno accolte come un'opportunità, non come una minaccia. È un'opportunità la ragionevole durata del processo e lo è allo stesso modo l'esigenza di scrivere atti di ragionevole estensione. Non ci si deve arrestare di fronte alla difficoltà di adeguarsi a forme diverse nell'esercizio della professione, ma scoprire le possibilità che i nuovi scenari presentano.

4. Quale codice per il processo civile telematico?

Riporto qui stralci di una relazione, con il titolo sopra riportato, presentata nel 2016 al congresso dell'Unione regionale dei consigli degli ordini forensi dell'Emilia-Romagna, dove si affronta il problema di alcune criticità nel rapporto fra codice e processo civile telematico.

1. La progressiva introduzione del processo civile telematico ha posto il nostro paese all'avanguardia in Europa sul piano dell'informatizzazione delle procedure e ha certamente contribuito allo snellimento delle incombenze per gli avvocati. Complessivamente, il sistema giustizia ne ha ricavato un beneficio.

Tuttavia, molte criticità devono ancora essere risolte e la prima è quella del necessario e non prorogabile coordinamento fra un codice, scritto pensando, se non alla penna d'oca, quanto meno ad un supporto cartaceo e le nuove disposizioni, spesso di natura regolamentare e sublegislativa, che con quel dettato si pongono talora su un piano del tutto diverso e talaltra perfino in contrasto. Dal momento che le norme si possono piegare con le prassi interpretative, mentre le modalità di funzionamento informatico no, si corre il pericolo di fare prevalere le fonti inferiori (in violazione, se non altro, dell'art. 111 cost.) e in ogni caso di generare gravi incertezze.

Prima di schizzare qualche rilievo su punti concreti, credo sia opportuno delineare alcune premesse.

La prima è che il Pct non è un modello di processo civile, ma è solo una forma nuova, al passo con la tecnologia, che funge da involucro per modelli potenzialmente diversi. Nulla ci dice, né ci può dire il Pct sul ruolo più o meno attivo del giudice, sulla completezza o sulla sommarietà della cognizione, sull'estensione del contraddittorio, sul rapporto fra norme rigide e norme flessibili e via discorrendo. Quindi, sono pensabili molti schemi processuali, tutti ugualmente compatibili con le modalità telematiche. È questa la ragione che rende scientificamente insufficienti contributi di tipo troppo tecnico sul Pct, perché, seppure apprezzabili sul piano pratico, restano fuori dal dibattito sulla natura intrinseca del processo civile e sull'effettività della tutela.

La seconda è che altro è l'informatica applicata a rapporti di tipo cordiale e collaborativo e altro è l'informatica destinata a governare rapporti ostili. Le eventuali difficoltà che insorgono in situazioni collaborative (un esempio per tutti: la mail inviata ma non ricevuta dal destinatario, che la attende) si superano in modo molto semplice. Ma in sede giudiziaria non è così. Il processo civile è strutturalmente ostile; la domanda giudiziale è la richiesta di un provvedimento favorevole ad una parte e necessariamente sfavorevole all'altra; il compimento o il mancato compimento di determinate attività giova all'uno ed è pregiudizievole all'altro o viceversa. Da questa elementare considerazione, discende che il Pct deve risolvere in modo efficace non solo il problema dell'espletamento delle attività processuali, ma anche quello della loro certificazione.

Di qui la terza premessa: l'esigenza che il Pct affronti in modo equilibrato il tema delle formalità e, quindi, degli eventuali vizi degli atti. Da un lato, la parte, contro la quale un atto viene compiuto, deve essere posta in condizione di controllare, di verificare, di essere informata. Dall'altro lato, la parte che compie l'atto

deve essere salvaguardata dai rischi di cattivo funzionamento del sistema, ovvero da interpretazioni che pongano sullo stesso piano difformità dalle specifiche tecniche e deficienze strutturali degli atti.

L'esperienza di questa prima fase di funzionamento ci descrive la preoccupazione degli avvocati di fronte al Pct, che troppo spesso viene percepito come una trappola, mentre deve essere vissuto come un'opportunità e una facilitazione.

Il tema è rilevante e si inserisce in un dibattito antico e mai sopito sulla natura del processo civile e sul rapporto fra regole e garanzie, da un lato, e obiettivi sostanziali della tutela giurisdizionale, dall'altro.

A mio avviso, il senso delle regole è quello di condurre il confronto processuale su binari equi e prevedibili, mettendo le parti su un piano di pari possibilità di difesa. Questo è tanto vero che l'errore nel rispetto delle regole può comportare per una parte la perdita di un diritto che, nella sostanza, aveva. Tuttavia, se è vero che le regole non possono mancare e se è pienamente legittimo per ogni parte lucrare sugli errori di procedura dell'avversario, è anche vero che non è questo lo scopo primo dell'ordinamento, che, invece, deve sforzarsi – secondo la lezione dei classici, a partire da Chiovenda – di dare ragione a chi ce l'ha.

Ne segue che non basta il rigoroso rispetto delle regole per affermare che l'esito di un processo sia giusto, ma occorre il massimo adeguamento possibile fra la verità dei fatti dimostrabili e l'assetto delle norme. Ne segue, ancora, che occorre dare il più ampio spazio possibile alla facoltà per ogni parte di recuperare le possibilità perdute per fatti incolpevoli.

Sono forse osservazioni ovvie, ma di fronte al rischio di un nuovo formalismo telematico, per di più di natura tecnica, è necessario averle molto chiare per orientarsi in modo corretto.

2. Il disegno di legge delega n. 2953, approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016 e ad oggi all'esame del Senato, ha il merito (accanto a previsioni a dir poco discutibili) di affrontare ampiamente il tema del coordinamento fra codice e Pct. Sono numerose le disposizioni che, nell'ottica del legislatore, tendono a questo scopo.

Ad esempio, le notificazioni telematiche, già oggi possibili, diventano obbligatorie quando il destinatario sia un professionista (ad esempio, un altro avvocato) o un'impresa, inserita nell'apposito indice nazionale. Speciali disposizioni regolano i casi in cui la notificazione telematica non abbia esito positivo per causa imputa-

bile al destinatario: si tratta di attuare con modalità informatica un sistema analogo a quello dell'attuale art. 140 c.p.c. Ne segue che le notificazioni tradizionali, eseguite dall'ufficiale giudiziario, restano applicabili solo a situazioni residuali. Così pure, si istituisce un coordinamento fra il sistema telematico e le notificazioni a mezzo del servizio postale.

Venendo, però, al tema di queste note, va segnalato che si predispongono precise modalità di deposito degli atti, con opportune garanzie per le ipotesi di malfunzionamento del sistema informatico. Viene sancito il divieto di sanzioni processuali quando l'atto, pur difettoso sotto il profilo del rispetto delle regole tecniche, abbia comunque raggiunto lo scopo. Il fascicolo telematico dovrà essere facilmente accessibile alle parti e al giudice.

Ritengo opportuno, quindi, sostare brevemente su queste disposizioni, che, ove approvate, dovranno poi in ogni caso essere dettagliate in sede di normazione delegata.

Un primo aspetto, che il legislatore del resto ha ben presente, è quello dell'oggettivo difetto di funzionamento del sistema. Ora, per costruire un sistema di Pct amichevole – *friendly*, come si usa dire – e non ostile agli avvocati, è importante che queste anomalie di sistema trovino una forma di constatazione oggettiva e pubblica ed abbiano effetti automatici a garanzia delle parti, senza che si debba ricorrere allo strumento della rimessione in termini. In realtà, gli esempi non mancano, anche se dobbiamo cercarli nella legislazione predisposta per situazioni come le calamità naturali. A mio avviso, il mancato funzionamento del sistema dovrebbe essere rilevabile e constatabile in un sito pubblico e, una volta accertato in questo modo, dare luogo a conseguenze di protezione automatiche per le parti.

Ad esempio, una criticità di sistema che abbia impedito per un giorno o anche solo per una frazione di giorno il deposito telematico degli atti dovrebbe comportare automaticamente la proroga dei termini (e in specie di quelli, ad ogni livello, decadenziali) per un identico lasso di tempo: in pratica, nel caso che ho fatto, di una giornata (con gli ulteriori effetti se lo spostamento portasse il termine finale da un venerdì al sabato).

Quando parlo di protezione automatica, intendo che il rimedio per il cattivo funzionamento del sistema, pur sempre possibile, non deve essere posto a carico delle parti. La rimessione in termini è un istituto di rilevante civiltà giuridica, pienamente accolto dal diritto europeo, ma va pensato per risolvere difficoltà soggettive e non prevedibili, e non per fronteggiare eventi a carattere oggettivo, di

cui si possa immaginare una ripetizione ciclica. Di qui, l'esigenza di meccanismi che, in prima battuta, garantiscano le parti, salva sempre la facoltà di constatare e sanzionare eventuali abusi.

3. Un secondo e importantissimo punto riguarda il profilo delle sanzioni processuali da applicare a chi non rispetti le modalità operative imposte dal Pct. Il legislatore recupera la nozione di raggiungimento dello scopo, come opportuno criterio per valutare l'efficacia delle operazioni difformi dalle regole tecniche.

È noto come la giurisprudenza di merito abbia dato vita a numerose discutibili pronunce, utilizzando in maniera impropria la nozione di inammissibilità per sanzionare gli atti processuali non depositati correttamente. Si tratta di un'opzione concettualmente errata e praticamente dannosa. Errata sul piano concettuale, perché l'inammissibilità si riferisce ad una mancanza radicale di potere della parte, mentre qui si parla di una semplice scelta di formalità processuali e di conformità dell'atto allo schema di legge. Ne segue che le categorie applicabili sono l'irregolarità, la nullità o l'inesistenza, ma non l'inammissibilità. Dannosa sul piano pratico, perché, mentre la nullità è sanabile, l'inammissibilità non lo è e pregiudica – con un eccesso di quel formalismo a cui si è accennato – la parte in modo eccessivo.

La dottrina ha reagito, cercando di recuperare esattamente quei profili che ora il legislatore sembra accogliere, vale a dire l'efficacia degli atti che comunque raggiungono lo scopo, rispettino o no le regole tecniche. E si deve salutare con favore una recentissima (mentre scrivo) sentenza della Cassazione, che si muove su questo piano. La Corte, al di là dei profili tecnico-normativi della motivazione, segnala che “le forme degli atti del processo non sono prescritte dalla legge per la realizzazione di un valore in sé”, ma sono correlate ad una finalità di effettività della tutela (Cass., 12 maggio 2016, n. 9772).

Il nuovo dettato normativo dovrà dunque sancire con chiarezza che le difformità tecniche non possono pregiudicare la parte. Ovviamente, credo che si debba escludere da questo approccio la totale *aberratio* rispetto al mezzo di comunicazione: nel senso che un atto meramente cartaceo, portato in cancelleria, laddove debba essere trasmesso in via telematica, mi pare inesistente, allo stesso modo di un atto che, nel sistema precedente, la parte avesse depositato al bar o in libreria, ancorché l'avvocato avversario, passando nel medesimo locale, lo avesse potuto trovare e leggere.

Se le nuove norme riusciranno a neutralizzare gli inconvenienti provocati dal cattivo funzionamento del sistema, ovvero dalla mera difformità rispetto a regole tecniche, il Pct potrà notevolmente beneficiarne in termini di efficacia e credibilità.

4. Guardando al futuro, il legislatore propone l'attivazione di sistemi di riconoscimento vocale e di redazione automatica del verbale di udienza, nonché di attrezzature che consentano la partecipazione a distanza all'udienza. È chiaro che qui ci si troverebbe di fronte ad un formidabile salto di qualità del Pct; allo stesso tempo, è evidente che parliamo di un tema non di oggi, ma di domani (anche se, forse, meno lontano di quanto possa apparire) e che, a tacer d'altro, suppone un esecutivo disposto a investire molte risorse nella giustizia.

In ogni caso, qualche riflessione, seppure decisamente pro futuro, va dedicata. Qui, due mi sembrano gli scenari.

Il primo è quello classico del rapporto fra oralità e scrittura. Di una nuova oralità telematica si è parlato da più parti e, se per ora il Pct ha soltanto agevolato la comunicazione di testi scritti, è possibile pensare che la trattazione delle liti possa tornare a svolgersi in modo più diretto, anche se a distanza fisica. Certo, resta vero che l'oralità è un metodo non particolarmente adatto per controversie ad elevato tasso di complessità, nei fatti e nelle norme invocate: il che mi induce a ritenere che l'apporto delle nuove tecnologie non possa rivoluzionare le modalità di trattazione. La semplificazione della comunicazione non equivale a semplificazione dei problemi.

Il secondo, forse meno scontato, attiene invece al rapporto fra nuove tecnologie, principio del contraddittorio e tecnicismo giuridico. Un vivace dibattito orale può certamente essere utile per un migliore confronto su talune posizioni; nel contempo, l'allegazione dei fatti e l'esposizione delle domande suppone livelli di esattezza e precisione che si prestano meglio ad una trattazione scritta. Penso all'esigenza di modificare in prima udienza conclusioni articolate e gradate o a controversie su diritti reali che richiedono la trascrizione della domanda e della sentenza.

Si può immaginare – mi chiedo – una variazione nel linguaggio giuridico come impatto del Pct? Entro certi limiti, certamente sì, come conseguenza del sempre più frequente impiego di formulari e come ricaduta del principio di sinteticità degli atti processuali. Tuttavia, uno zoccolo duro di rigore, per elementari esigenze di certezza nell'individuazione della materia del contendere non mi sembra eliminabile.

Se si arriverà alla possibilità di tenere udienza con partecipazione dei difensori a distanza, si dovranno quindi trovare soluzioni tecniche idonee a coniugare immediatezza e precisione.

5. In chiusura, vorrei però rilevare che la domanda iniziale – quale codice per il Pct – dovrebbe essere rovesciata. Ci dobbiamo chiedere, a mio avviso, non soltanto quali norme possono rendere più efficace il Pct, ma quali modalità di Pct possono essere coerenti con una giustizia efficiente e giusta. L'obiettivo di migliorare la qualità operativa del servizio giustizia, che trova nel Pct uno dei suoi cardini, rischia di mettere in secondo piano, infatti, la riflessione sul senso del processo civile.

Ora, credo che non ci si debba mai dimenticare che il processo è strumento per l'attuazione del diritto sostanziale e che il diritto sostanziale, a sua volta, si incarna in fatti, situazioni e persone concrete. Perciò, il processo migliore è quello che più si adatta alle specificità del singolo caso e che meglio avvicina il giudice ad una convincente soluzione della controversia.

Si tratta, insomma, di promuovere soluzioni ispirate all'idea di flessibilità: il che non significa processo senza regole o totalmente destrutturato, ma processo che permetta, nel confronto fra il giudice e le parti, una pluralità di percorsi, a seconda delle esigenze della singola lite.

Da questo punto di vista, le modalità telematiche possono risultare preziose. Occorre tuttavia sfuggire al rischio di una rigidità informatica, tale da imbrigliare le iniziative dei soggetti del processo entro schemi prefissati e troppo vincolanti. Quindi, il Pct deve poter offrire, nei singoli snodi, un ventaglio di soluzioni applicative, in modo che sia l'informatica a servire il processo e non il processo a piegarsi all'informatica.

5. Brevi appunti sul diritto processuale dell'emergenza

Si tratta di un breve scritto inedito, risalente al mese di aprile 2020, che, in piena pandemia, rifletteva sulle modifiche alla prassi delle udienze civili, che in quei giorni muovevano i primi passi.

1. La normazione conseguente all'emergenza epidemiologica del Covid-19 ha toccato il processo civile, con una serie di provvedimenti, tuttora in corso di evoluzione.

Al riguardo, si possono ricordare l'art. 2, comma 2°, lett. h) del d.l. n. 11 del giorno 8 marzo 2020; l'art. 83 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020; ora, l'art. 36) del d.l. n. 22 del giorno 8 aprile 2020.

L'aspetto su cui mi vorrei brevemente soffermare non è quello della sospensione dei termini processuali ovvero delle relative eccezioni, ma quello delle modalità provvisorie di svolgimento delle udienze civili, per il periodo successivo alla sospensione, ma pur sempre soggetto a limitazioni, data l'esigenza di contenere i contatti ravvicinati fra le persone.

In concreto, le modalità possibili sono due.

La prima è quella che prevede lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti (e quindi, la maggior parte di esse) mediante lo scambio e il deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice (art. 83, comma 6°, lett. h), d.l. n. 18/20). Un miglioramento in via di approvazione dovrebbe meglio definire le tipologie di udienza assoggettabili a questo percorso.

La seconda è quella che, invece, prevede lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza – così la norma – deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità del collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà; di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale (art. 83, comma 6°, lett. f), d.l. n. 18/20).

Nella consapevolezza che si tratta di definizioni approssimative, chiamerei le prime “udienze telematiche” e le seconde “udienze da remoto”.

Il tema che si pone e che sta suscitando vari interventi è duplice: se queste modalità siano compatibili con il giusto processo, previsto dalla Carta costituzionale all'art. 111, e se possano immaginarsi, in futuro, come modalità stabili, esclusive o alternative, di gestione della giustizia civile.

Merita un richiamo, ad esempio, il comunicato emesso il 10 aprile 2020 dall'esecutivo di Magistratura democratica, in cui si legge, fra l'altro: “Tuttavia, rite-

niamo necessario ribadire che una volta cessata la situazione di emergenza – e mettendo in conto come anche per la giustizia, al pari di altri settori della vita del paese, si tratterà di un processo graduale – occorrerà tornare alla “normalità” e, con essa, alla pienezza di tutte quelle regole processuali che non sono neutre, essendo state previste dal legislatore in funzione dell’effettività del diritto di difesa e del ruolo di garanzia della giurisdizione. Da questo punto di vista, l’udienza da remoto e la trattazione scritta nel processo civile rischiano di vanificare i positivi risultati della trattazione effettiva dei processi in udienza, a partire da un tasso di definizione conciliativa molto elevato”.

2. Per affrontare, sia pure in modo sommario ed informale, questo tema, credo siano necessarie alcune premesse.

La prima è che altro è fare funzionare la giustizia, per quanto possibile, nella situazione di distanziamento sociale imposta dall’emergenza sanitaria, e altro è trapiantare soluzioni provvisorie in una stabile forma di governo del processo civile.

La seconda è che non si deve diffidare delle soluzioni sempre più avanzate che la tecnologia propone: certo, occorre valutarle e pesarne l’efficacia, ma senza escluderne a priori l’impiego.

La terza è che una valutazione più compiuta si potrà dare sulla base dell’esperienza concreta.

La quarta è che in nessun caso non vi può essere perfetta identità fra l’udienza tradizionale, con la presenza fisica del giudice e dei difensori e i vari possibili surrogati che – necessariamente – danno qualcosa di meno. Insomma, deve comunque essere chiaro che l’udienza telematica e l’udienza da remoto non sono la stessa cosa dell’udienza prevista dal codice.

Quest’ultimo profilo è quello su cui vale la pena spendere qualche parola. Vale a dire: qualcosa di meno, ma quanto di meno ?

La risposta non può essere identica per le due diverse formule.

L’udienza telematica finisce per essere una razionalizzazione di un modo inferiore (seppure, spesso imposto dalle necessità pratiche) di gestire le udienze civili. Se i difensori delle parti si presentano a verbalizzare le rispettive istanze e il giudice, senza alcun dialogo, decide di riservare la decisione (quale che sia) fuori udienza, è chiaro che, in qualche misura, si può affermare che poco cambia. Il codice, però, prevede altro: si pensi alle ipotesi di un percorso di conciliazione, ovvero la (per quanto negletta) richiesta di chiarimenti e individuazione dei punti

fondamentali della controversia, ex art. 183, comma 4°, c.p.c. Si aggiunga che i difensori vengono privati del potere di replicare alle istanze (in ipotesi, nuove e inammissibili) della controparte.

Il difetto dell'udienza telematica, quindi, è soprattutto quello di ingessare il processo nelle contrapposizioni delle parti, limitando sia il reciproco diritto di replica, sia il ruolo attivo e propositivo del giudice. Si ha, quindi, un oggettivo impoverimento della trattazione, lontano dai migliori modelli europei.

Diverso è il profilo dell'udienza da remoto. Dando per scontato che i sistemi di collegamento funzionino (e funzionino ugualmente bene per tutte le parti; mettendole sullo stesso piano comunicativo), si realizza una forma di com-presenza, che sembra rispettare i crismi dell'oralità. In realtà, il rapporto che si svolge sulla piattaforma informatica non consente la stessa immediatezza (per usare, non a caso, una delle tre parole d'ordine chiovendiane) di quello che si svolge nella prosimità fisica e anche le modalità di direzione dell'udienza sembrano segnare una sensibile differenza con quelle comuni.

In effetti, le piattaforme oggi in uso sono strutturalmente più adatte ad un dialogo fra pari, che non ad una situazione in cui vi è pur sempre un *iudex* che opera *super partes*. Probabilmente, potranno avere maggiore utilità in sedi come la mediazione o la negoziazione assistita.

Quindi, sia pure con riserva di riflettere meglio sulle disposizioni che si stanno attuando e sulle loro applicazioni pratiche, credo che si possa pervenire ad una conclusione certa: l'udienza telematica e l'udienza da remoto non assicurano lo stesso livello di contraddittorio di quelle che si svolgono in presenza fisica. Ne è consapevole lo stesso legislatore, che, non a caso, si preoccupa che le nuove modalità di udienza permettano di "salvaguardare il contraddittorio": una cura che non avrebbe senso, se non si temesse il contrario.

3. A questo punto, però, occorre chiedersi se e quanto dell'esperienza che si va formando nella situazione di emergenza epidemiologica possa sopravvivere al momento dell'auspicato ritorno ad una sufficiente normalità, seppure circondata dalle opportune cautele.

La tecnologia impoverisce fatalmente i rapporti umani: eppure, dalla tecnologia non si torna indietro.

In tutta franchezza dubito che le nuove modalità, una volta sperimentate, vengano messe in soffitta. Mi permetto, quindi, di avanzare due proposte per regolarne l'impiego.

La prima è che si dovrà trattare, senza eccezioni, di modalità alternative all'udienza in presenza del giudice e dei difensori. Riterrei grave che per determinate materie l'una o l'altra modalità venisse imposta come esclusiva. Invece, la facoltà di scelta può trasformarsi in un positivo elemento di flessibilità, in relazione alla peculiarità dei singoli casi.

La seconda è che il loro impiego non dovrà essere imposto dal giudice, ma dovrà essere condiviso, nel singolo caso, da tutte le parti. Lo strumento può essere semplicemente il seguente: ove il giudice disponga la trattazione mediante udienza telematica o da remoto, qualunque parte potrà opporsi e ottenere la trattazione in presenza. Per converso, le parti potranno chiedere consensualmente al giudice di adottare l'una o l'altra modalità e il giudice sarà libero di accettare o no l'istanza.

Il contraddittorio è un valore costituzionale e non lo si può diminuire in nessun caso. Certo, talora lo si può comprimere, ma dando sempre alle parti la possibilità di riespanderlo.

Una norma che può aiutare, seppure collocata in un contesto diverso, è l'art. 823, comma 1°, in tema di arbitrato. Il lodo può essere deliberato a distanza, secondo prassi ampiamente diffuse specie in sede internazionale, ma ciascun arbitro può chiedere che sia invece deliberato in conferenza personale. Lo stesso meccanismo potrebbe essere applicato alle udienze telematiche o da remoto, affidando a ogni singola parte il diritto di avanzare la relativa richiesta.

In definitiva. Non si deve temere la tecnologia, ma occorre non farsi dominare dalla tecnologia. La ricerca di un corretto equilibrio è indispensabile, per garantire la civiltà del processo.

6. La tutela cautelare in arbitrato

La riforma apre per la prima volta il codice di procedura civile alla tutela cautelare in arbitrato. A conferma del lungo dibattito che ha preparato la soluzione della legge delega, riporto brani di un intervento che ho svolto a Roma nel dicembre 2012, pubblicato integralmente con il titolo "Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri", in *Rivista dell'arbitrato*, 2013, p. 329 ss.

1. Mi sembra utile dedicare le riflessioni di questa relazione non tanto alle modalità con cui il giudice dello Stato si occupa dei profili cautelari collegati alle

controversie devolute agli arbitri, ma piuttosto all'aspetto che concettualmente precede: vale a dire, fino a che punto questo ausilio sia necessario e fino a che punto, invece, le misure cautelari e urgenti possano essere emesse dagli arbitri. Il tema dei rapporti fra l'arbitrato e la tutela cautelare, da questo punto di vista, richiede di essere introdotto da alcune premesse, volte a impostarlo sul piano della razionalità. Queste premesse conducono ad affermare che il potere di emettere misure cautelari è un elemento naturale della tutela arbitrale e che, quindi, la nota impostazione restrittiva dell'ordinamento italiano non discende necessariamente dalla struttura dell'arbitrato, ma rappresenta anzi un'isola di arretratezza.

Prima di tutto, è opportuno rammentare che la tutela cautelare è un elemento essenziale di qualunque forma di tutela giurisdizionale. Senza la possibilità di fare precedere o accompagnare l'accertamento di merito da misure urgenti, la protezione dei diritti manca del fondamentale requisito dell'effettività. L'affermazione può oggi apparire perfino ovvia, ma non è bene dimenticare le sentenze della Corte costituzionale, nel quadro italiano, e della Corte di giustizia, in quello europeo, che ne hanno sancito il cammino.

In secondo luogo, occorre dare atto che è legittimo parlare di giurisdizione arbitrale, come forma di giustizia privata che si pone al fianco di quella statale per la tutela dei diritti e i cui esiti ottengono nel nostro sistema, parificazione a quelli della giustizia dello Stato. Certo, l'arbitrato non è un monolite, ma piuttosto un complesso e variegato arcipelago, forgiato in mille modi diversi dalla libera volontà delle parti. Ciò non toglie, però, che l'arbitrato sia oggi uno dei percorsi possibili per conseguire un risultato equivalente – per ricordare l'espressione della Consulta – alla tutela giurisdizionale pubblica.

Incrociando queste due premesse, ne deriva che la tutela cautelare deve poter trovare spazio nell'ambito della giurisdizione arbitrale.

Questo assunto è confortato da almeno tre ragioni di congruità. Intanto, la libera decisione delle parti di sottoporre la controversia al giudizio degli arbitri postula che identica adesione debba essere riconosciuta ad eventuali provvedimenti provvisori emessi dal giudice privato. Alla base dell'istituto arbitrale e del suo corretto e proficuo funzionamento, in definitiva, sta un atto di fiducia: i contraenti ritengono che il lavoro degli arbitri darà un risultato complessivamente più credibile di quello del magistrato. Ciò che vale per il risultato finale del procedimento, non può non valere anche per le eventuali statuizioni intermedie.

Poi, la scelta di sottrarre la questione alla giurisdizione dello Stato suppone che gli arbitri possano disporre in piena autonomia di tutti gli strumenti decisorii e siano obbligati il meno possibile a richiedere l'aiuto del giudice. Se ciò è vero per l'arbitrato interno, lo è molto di più per quello transnazionale, in cui il ricorso alla giurisdizione di uno Stato rischia di alterare l'equilibrio di parità fra le parti. È appena il caso di notare che l'ausilio del giudice è sempre arma a doppio taglio, visto che da un lato conferisce efficacia alle scelte degli arbitri, ma dall'altro inserisce elementi estranei ad un percorso che le parti hanno voluto restasse nella sfera privata.

La terza ragione di congruità consiste nel sempre più vasto riconoscimento che gli ordinamenti offrono ai poteri cautelari dell'arbitro. Mi limito ad un elenco incompleto di paesi appartenenti al nostro stesso mondo europeo occidentale, in cui – in forme e modalità non identiche – gli arbitri sono autorizzati a emettere pronunce cautelari: dalla Svizzera alla Germania, dalla Francia alla Spagna al Regno Unito.

Infine, e se possibile ancora più persuasivo del riferimento agli ordinamenti di singoli paesi, è l'indirizzo assunto dalla legge modello Uncitral, come modificata nel 2006. Non è certo questa la sede per un commento analitico di questo testo: mi è sufficiente ricordare che l'art. 17 pone la facoltà per gli arbitri di emanare misure urgenti come la regola e correlativamente costruisce la relativa esclusione come un'eccezione.

2. Se le motivazioni razionali appena esposte inducono a ritenere che gli arbitri possano normalmente emettere misure cautelari, occorre però prendere in esame le due più importanti obiezioni, per così dire, strutturali, che sfidano la stessa possibilità di provvedimenti urgenti dotati di una qualche efficacia in sede arbitrale.

La prima riguarda il caso, del tutto comune, in cui la necessità di misure urgenti sorga per una delle parti prima di avere portato la controversia dinanzi al giudice, statale o privato che sia. Ora, mentre nel caso della giurisdizione dello Stato, specifiche regole di competenza individuano comunque un organo giudiziario abilitato a concedere, se ne sussistono i presupposti, le misure cautelari *ante causam*, quando si parla di arbitrato ci si trova di fronte all'impossibilità di chiedere un qualsiasi provvedimento prima che il collegio si costituisca. Si potrebbe quindi immaginare che il potere cautelare degli arbitri sia comunque limitato al caso, non irrilevante ma pur sempre meno pressante, delle misure urgenti in corso di lite.

Senonché, questo problema ha avuto soluzione nel contesto dell'arbitrato amministrato. Infatti, le istituzioni di arbitrato realizzano una situazione di continuità nell'offerta di tutela, ovviamente sconosciuta all'arbitrato *ad hoc* e possono ipotizzare formule che garantiscono le parti, in qualche modo in analogia a ciò che accade dinanzi alla giurisdizione dello Stato.

In primo luogo, mi fa piacere citare il regolamento dell'Associazione italiana di arbitrato. Un apposito Comitato permanente di intervento ha il potere di adottare, su istanza di parte, i provvedimenti d'urgenza richiesti dalle parti e che il tribunale arbitrale può emettere, secondo un'altra apposita norma del regolamento. L'elemento decisivo è proprio il carattere permanente del Comitato, al quale, dunque, ci si può rivolgere a prescindere dai tempi di costituzione del collegio arbitrale che giudicherà nel merito.

Una soluzione analoga è presentata dalle regole di arbitrato della Camera di commercio internazionale. Qui lo strumento è individuato nella figura dell'*emergency arbitrator*, al quale possono essere presentate le domande di misure urgenti "that cannot await the constitution of an arbitral tribunal".

Come si vede, e sia pure nel contesto di arbitrati amministrati, la difficoltà di individuare un soggetto abilitato a dare provvedimenti cautelari *ante causam* può essere superata.

La seconda obiezione va al cuore del problema. La ragione storica dell'esclusione dei poteri cautelari in capo agli arbitri stava nell'identificazione fra il potere di dare un comando e il potere di farlo eseguire, nella prospettiva che i due aspetti non potessero che darsi o negarsi insieme. Oggi, è chiara la distinzione fra poteri dichiarativi e profili esecutivi nell'arbitrato. Tuttavia, se si può ammettere – come ovunque nel mondo si ammette – che gli arbitri siano in grado di emanare misure urgenti, è però pacifico che la mancanza del potere di *imperium* dei privati che formano il collegio è impedimento per l'attuazione, se non spontanea, di tali provvedimenti, quando non si tratti di misure *self-executing* e sia quindi necessario l'uso della coazione.

D'altra parte, è pur vero che l'ordinamento positivo conosce situazioni in cui il potere di emettere misure cautelari è separato da quello di eseguirle. Basti pensare alla normazione processuale europea, secondo cui la misura cautelare può essere disposta dal giudice di un paese, privo del potere di eseguirla, che appartiene a quello di un altro paese. Voglio dire che se la ragione per escludere il potere cautelare degli arbitri fosse quella della loro carenza di *imperium*, si potrebbe facilmente obiettare che già esistono fattispecie normative note che separano il compito dichiarativo da quello esecutivo della misura cautelare. Ovviamente, occorre un

meccanismo (previsto nei regolamenti europei) che permetta poi di tradurre la pronuncia in coazione.

Ora, l'ausilio statale all'arbitrato viene in gioco quando l'ordinamento giuridico si pone a disposizione delle parti, per supplire alla carenza di potere degli arbitri. Le soluzioni, a livello comparatistico, sono molteplici. Basterà qui citare, ancora una volta, la legge modello. Nel quadro dei rapporti fra giustizia arbitrale e giustizia statale, l'art. 17 H prescrive che, sia pure a date condizioni, le misure cautelari disposte dagli arbitri siano riconosciute come vincolanti ed eseguite nell'ordinamento competente, a prescindere dal paese in cui sono state emesse. Come si vede, gli strumenti non mancano.

3. Rispetto ad un quadro razionale e comparatistico pienamente aperto all'idea che gli arbitri possano dare misure cautelari, il sistema italiano rappresenta un'eccezione: una sorta di isola antica, che contribuisce a rendere il nostro paese luogo non particolarmente attrattivo per i *litigators* internazionali.

L'art. 818 c.p.c., mentre conferma che gli arbitri rituali non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, lascia però aperta una porta al cambiamento, perché, nel testo successivo alla riforma del 2006, aggiunge l'inciso "salva diversa disposizione di legge". In effetti, rispetto alla totale chiusura precedente, si danno oggi almeno tre eccezioni: una esplicita, una indiretta e una implicita, sulla quale mi soffermerò più a lungo.

L'eccezione esplicita (alla cui esistenza si deve, ad avviso di molti, l'introduzione della locuzione sopra citata) è data dall'art. 35, comma 5°, del d.lgs. n. 5 del 2003 in tema di arbitrato societario. Come è ben noto, la disposizione conferisce agli arbitri societari il potere di sospendere le delibere assembleari oggetto di impugnazione. Che si tratti di una misura cautelare, non vi è alcun dubbio. Certo, si tratta di un provvedimento *self-executing*, che non richiede una successiva coazione e che realizza l'interesse del richiedente, nel senso che, paralizzando gli effetti della delibera impugnata fino al lodo, consente all'impugnante di non mettere in pratica, legittimamente, i contenuti pregiudizievoli della decisione. Ad esempio, se è sospesa una delibera di aumento del capitale sociale, la minoranza dissenziente potrà evitare di versare le somme deliberate, senza incorrere in profili di decadenza. Piuttosto, il vero problema pratico è quello della necessità, in base alle norme vigenti, di attendere la nomina dell'arbitro o del collegio da parte della *appointing authority*: il che spesso può indurre a rivolgersi invece al giudice ordinario, prima dell'avvio del procedimento arbitrale.

In ogni caso, si tratta di una certa rottura del precedente monolitismo italiano: si tratta di capire se è una eccezione isolata o la punta avanzata di un nuovo atteggiamento.

Una seconda eccezione indiretta è quella che deriva dall'art. 669-*duodecies* c.p.c. La norma sembra piana, laddove attribuisce al giudice (statuale) che ha emesso la misura cautelare la competenza ad esercitare il controllo sull'attuazione, provvedendo con ordinanza quando sorgono difficoltà. Tuttavia, essa conclude rilevando che "ogni altra questione" (evidentemente, riferita all'attuazione e alle sue modalità) va proposta al giudice del merito, che, per definizione, nel caso che ci occupa, è l'arbitro.

Non è un caso che in dottrina, guardando al problema nella prospettiva della carenza assoluta di poteri cautelari degli arbitri, l'inciso della norma desti perplessità: e, in quell'ottica, a ragion veduta, perché è chiaro che qualcosa (sebbene sia incerto che cosa) dell'attuazione del cautelare spetta a chi, come gli arbitri, non ha il potere di concederli.

Mi pare condivisibile, ad esempio, la posizione che assegna agli arbitri la cognizione delle questioni sul *quomodo* dell'esecuzione. E, in ogni caso, si tratta di una sia pur modesta breccia rispetto alla chiusura dell'art. 818 c.p.c.

Vi è poi una terza eccezione implicita, collegata all'art. 832 c.p.c. Al riguardo, prima di tutto, occorre dare atto che nella prassi concreta si è diffuso il fenomeno di regolamenti di arbitrato, emanati da importanti istituzioni arbitrali, che permettono agli arbitri di disporre misure cautelari. Paradigmatico (e modello per altri regolamenti) è il regolamento della Camera arbitrale di Milano, che, all'art. 22, comma 2°, afferma che "il Tribunale Arbitrale può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento". È evidente che norme di questo tipo non ambiscono ad applicarsi solo ai rari casi in cui un procedimento arbitrale sia regolato da norme procedurali non italiane, ma hanno una forte vocazione espansiva. È anche chiaro che, da sole, queste norme non possono superare il divieto dell'art. 818: ma il discorso si colora diversamente, a mio avviso, se si legge l'art. 832 c.p.c.

Il nuovo art. 832 del codice di rito, introdotto con la riforma del 2006 e quindi coevo alla modifica permissiva apportata all'art. 818, ammette che il patto di arbitrato possa fare rinvio ad un regolamento arbitrale precostituito e che "se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione di arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo".

Una lettura strettamente aderente al testo conferma che, se invece l'istituzione amministra l'arbitrato, si può derogare a tutti "i precedenti capi". Fra i precedenti capi del titolo VIII del codice figura anche l'art. 818, che, dunque, può essere reso oggetto di deroga.

Ora, l'art. 832 è una disposizione di legge, sia pure aperta, attraverso il meccanismo del rinvio, a fonti diverse e non legislative come i regolamenti, la cui capacità di incidere sulle regole comuni dell'arbitrato si fonda proprio su questo richiamo del codice. Ne segue che l'ultimo comma dell'art. 832 c.p.c. fonda una terza, importante ed implicita, eccezione al divieto di emissione di misure cautelari da parte degli arbitri.

Si deve notare che è solo il riferimento dell'ultimo comma dell'art. 832 che permette la deroga. Il semplice potere delle parti e degli arbitri di fissare le modalità di funzionamento del processo arbitrale, sancito dall'art. 816-*bis*, comma 1°, c.p.c., pur offrendo ampi spazi all'autonomia privata, non può superare il divieto dell'art. 818.

Ancora, è opportuno rilevare che la deroga si ricollega al fatto che l'istituzione decida o no di amministrare l'arbitrato. Bisogna distinguere, quindi, fra l'arbitrato amministrato vero e proprio, in cui la struttura organizzativa dell'istituzione è pienamente coinvolta, e l'arbitrato meramente regolamentato, in cui le parti costruiscono un arbitrato *ad hoc*, governato però, sotto il profilo procedurale, dal richiamo ad un regolamento precostituito. È solo nel primo dei due casi che la deroga all'art. 818 appare ipotizzabile.

4. Non sono poche le obiezioni che possono sorgere di fronte alla proposta interpretativa appena illustrata.

Prima di tutto, si può pensare che le diverse disposizioni di legge, a cui si riferisce l'ultima parte dell'art. 818, possano essere solo norme che esplicitamente affermano il potere cautelare in capo agli arbitri: in pratica, dunque, il solo art. 35, comma 5°, d.lgs. n. 5 del 2003. A questo rilievo, si può rispondere che la legge governa le situazioni sia in modo diretto, che mediante rinvio ad altre fonti sublegislative. Nessuno imponeva al legislatore di scrivere il nuovo art. 832 c.p.c., tanto più che il fenomeno dell'arbitrato amministrato si reggeva anche in precedenza, sulla sola base dell'autonomia privata.

In secondo luogo, si può eccepire che, in questo modo, si introduce una non giustificata differenza fra l'arbitrato amministrato e l'arbitrato *ad hoc*. Il rilievo è certamente vero, ma occorre dire che ciò fa parte delle scelte politiche del legi-

slatore. La riforma del 2006 ha segnato un'opzione a favore delle forme di arbitrato più simili alla giurisdizione dello Stato, nella logica del coinvolgimento del fenomeno arbitrale sul fronte della progressiva deflazione del carico di lavoro dei giudici togati (tanto che si potrebbe perfino parlare, oltre che di ausilio del giudice all'arbitrato, di ausilio dell'arbitrato al giudice). Al di là dei dibattiti dottrinali, l'arbitrato rituale è stato preferito a quello irrituale, con una serie di maggiori vantaggi per le parti che scelgono il primo rispetto al secondo; allo stesso modo, l'arbitrato "da legge" e l'arbitrato amministrato sono stati preferiti al comune arbitrato *ad hoc*. Quindi, nessuna sorpresa se le parti di un arbitrato amministrato possono avvalersi di strumenti più forti (come la tutela cautelare) rispetto a coloro che hanno scelto un arbitrato *ad hoc*.

Una terza obiezione, di indubbio peso, concerne la struttura dell'art. 832 e fa leva sul quinto comma della norma. I regolamenti arbitrali, si osserva, non potrebbero in alcun modo derogare al divieto dell'art. 818, perché essi possono soltanto integrare le regole del codice per l'arbitrato rituale. Infatti, in tema di motivi di incompatibilità, il quinto comma precisa che ne possono soltanto essere aggiunti di nuovi, ma che non possono essere eliminati quelli stabiliti dall'art. 815 c.p.c. La dizione del comma in oggetto, secondo cui "il regolamento può prevedere ulteriori casi di sostituzione e ricusazione degli arbitri *in aggiunta* a quelli previsti dalla legge", sembra confortare questa lettura.

In realtà, a me sembra che questa lettura commetta un errore logico: cerchi, cioè, di dimostrare la propria tesi (l'art. 832 non è in grado di derogare ai precedenti capi del titolo VIII) partendo esattamente dal postulato, secondo cui il codice non è derogabile tramite il rinvio a regolamenti arbitrali. La norma può essere letta in modo plausibile prendendola per ciò che dice: e quindi, che i regolamenti possono derogare al codice, in base al comma 6°, ma che per quanto concerne i casi di sostituzione e ricusazione degli arbitri, tale deroga può avvenire solo in una direzione (quella di aumentare questi casi) e non della direzione opposta (quella di diminuirli). Non è un caso che le fonti dell'arbitrato transnazionale, e in primo luogo la legge modello, si distinguano dal diritto italiano dell'arbitrato sia perché ammettono il potere cautelare degli arbitri, sia perché sono molto ampie nei casi di ricusazione degli arbitri, collegati di solito a clausole aperte.

Un'ulteriore obiezione è poi la seguente. Ammettere la derogabilità delle norme di codice sull'arbitrato rituale potrebbe comportare rischi inaccettabili, a motivo che – in linea teorica – i regolamenti arbitrali potrebbero violare princi-

pi essenziali, come quelli del contraddittorio o dell'imparzialità degli arbitri. In proposito, osservo che, in primo luogo, il problema è puramente scolastico: non esistono regolamenti arbitrali privi di garanzie e, se esistessero, sarebbero destinati a pieno insuccesso, perché nessuna parte vi si affiderebbe. In secondo luogo, sul piano teorico, le garanzie essenziali dell'arbitrato sono le stesse che la Costituzione prevede per la giustizia dello Stato e che vengono necessariamente veicolate su ogni procedimento arbitrale che aspiri ad un lodo omologabile. Quindi, è chiaro che le deroghe consentite dall'art. 832 c.p.c. non potrebbero mai limitare ciò che gli artt. 24 e 111 cost. prevedono per la giurisdizione pubblica, estensibile a quella privata.

Come si vede, la proposta interpretativa qui suggerita non sembra incontrare obiezioni insuperabili. La forza della sua plausibilità, tuttavia, si appoggia sul piano di una lettura evolutiva del codice, come cercherò di mettere in luce.

5. Anche qualora si ritenga che gli spazi consentiti alla facoltà di emettere provvedimenti cautelari in capo agli arbitri siano ampliabili, fino ai limiti proposti, resta pur sempre vero che si tratterebbe di un avanzamento ancora modesto, nella direzione indicata dalla ricostruzione razionale e fatta propria sul piano internazionale da molti ordinamenti e dalla legge modello.

Non solo, infatti, rimarrebbero esclusi gli arbitrati *ad hoc*; non solo sarebbe possibile chiedere misure cautelari *ante causam* solo qualora le istituzioni di arbitrato prevedano strumenti stabili, sul tipo dei comitati di emergenza (il che non sempre avviene); ma, soprattutto, mancherebbe comunque una norma che permettesse alla parte interessata di ottenere l'esecutorietà del provvedimento cautelare concesso, nel caso in cui non si trattasse di una misura *self-executing* o non vi fosse un adempimento spontaneo della controparte.

Ora, non è forse inutile esaminare quali siano le forme di tutela cautelare che potrebbero essere accordate dagli arbitri, se il quadro di riferimento normativo fosse diverso da quello italiano. L'art. 17 della legge modello Uncitral ne prevede quattro, che vanno dal mantenimento dello *status quo* a misure di protezione preventiva della procedura arbitrale, fino alla conservazione dei mezzi di prova. Non è facile immaginare che queste misure possano essere attuate senza la cooperazione volontaria della controparte o di terzi. Certo, l'inosservanza delle disposizioni degli arbitri può pregiudicare a vari livelli l'esito della decisione finale, a svantaggio della parte riottosa, ma si tratterebbe pur sempre di un effetto indiretto ed obliquo.

Occorre quindi domandarsi se, nel quadro italiano, si possa ammettere una lettura dell'art. 825 c.p.c., che permetta l'attribuzione di un *exequatur* non solo al lodo, ma anche ad eventuali misure cautelari concesse dagli arbitri: esattamente come accade nella legge modello.

Non si tratterebbe, sulla carta, di una soluzione impossibile, nel senso che dove sta il più (l'omologazione del lodo) sta anche il meno (e quindi l'esecutorietà di un provvedimento che cautela o anticipa gli effetti del futuro lodo). Tuttavia, se il divieto di cui all'art. 818 c.p.c. può in qualche misura essere superato sul piano dichiarativo, dato che la norma apre alle "diverse disposizioni di legge", non si può dire altrettanto per la disposizione di cui all'art. 825. Qui, sul mero piano della legge ordinaria, non mi pare che si possa proporre seriamente alcuna interpretazione evolutiva. La questione, pertanto, deve essere ripresentata sul terreno di una riflessione costituzionalmente orientata.

6. Nel frattempo, occorre prendere atto che la tutela cautelare e anticipatoria collegata ad una controversia demandata agli arbitri deve trovare, nell'ordinamento italiano, uno sbocco del tutto prevalente nell'intervento del giudice dello Stato.

Queste mie annotazioni sono volte, come anticipavo, all'obiettivo di verificare la tenuta dei limiti tradizionali al potere cautelare degli arbitri e quindi non mi soffermerò in questa sede sui molti problemi di coordinamento fra la dimensione cautelare dinanzi al giudice ordinario e il procedimento arbitrale.

Un breve passaggio, tuttavia, deve essere dedicato ad un aspetto che rischiava, secondo talune letture, non solo di essere escluso dalla tutela cautelare dinanzi agli arbitri, ma perfino di essere privato di quella davanti al giudice. Mi riferisco al profilo dell'accertamento tecnico preventivo, che correva il pericolo di rimanere un obiettivo impossibile se la controversia di merito era governata da un patto di arbitrato.

La problematica è stata risolta, come ben noto, dalla sentenza n. 26 del 28 gennaio 2010 della Corte costituzionale. La Consulta ha raggiunto l'obiettivo dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., nella parte in cui, escludendo l'applicazione dell'art. 669-*quinqüies* c.p.c. ai provvedimenti di istruzione preventiva, impedisce, in caso di patto di arbitrato o di procedimento arbitrale pendente, la proposizione della domanda di accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito.

La decisione della Corte va certamente approvata, anche se mi sembrano condivisibili i rilievi di chi, in dottrina, ha rilevato che al medesimo risultato si sarebbe

potuto pervenire anche per via interpretativa, senza dover necessariamente ricorrere allo scrutinio di costituzionalità.

Ai fini della riflessione odierna, è però utile soprattutto raccogliere uno spunto che si trova nella motivazione della Consulta. I giudici costituzionali fondano la loro decisione su un profilo di ragionevolezza, nel senso che non sussiste alcuna giustificazione per una diversa disciplina normativa, con riguardo all'arbitrato, fra i provvedimenti di istruzione preventiva e le altre misure cautelari. Oltre a questo, essi rilevano che l'impossibilità di espletare l'accertamento tecnico preventivo nelle controversie devolute ad arbitri compromette il diritto alla prova, con conseguente pregiudizio per il diritto di difesa e, pertanto, violazione dell'art. 24 cost.

La Corte costituzionale utilizza, quindi, la carta fondamentale come misura delle garanzie che devono essere riconosciute non solo, com'è ovvio, alla giurisdizione dello Stato, ma anche alla giurisdizione privata: anche se la ricaduta è un potenziamento dell'ausilio statale all'arbitrato (e se in un passaggio la sentenza richiama, senza commentarlo, il divieto previsto dall'art. 818), vi è un'indicazione di metodo che non è inutile raccogliere.

Ciò che vale per l'accertamento tecnico preventivo non vale invece per la consulenza tecnica preventiva *ante causam*, di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. Infatti, questo recente istituto non ha natura cautelare e costituisce una forma di collegamento con la controversia di merito, rispetto alla quale ha il compito di raggiungere, se possibile, un esito conciliativo e, in ogni caso, l'acquisizione di materiale istruttorio. Ora, non ho dubbi sul fatto che un ricorso per consulenza tecnica preventiva sia inammissibile se proposto dinanzi a giudice privo di giurisdizione, proprio perché la conciliazione o le prove sono quelle che si potrebbero (e dovrebbero) comunque ottenere dinanzi al giudice del merito. Ne segue che se la controversia è devoluta ad arbitri, l'istituto è inapplicabile: saranno gli arbitri (e non il giudice ordinario), che ne hanno il potere, a tentare la conciliazione fra le parti ovvero a disporre la consulenza tecnica.

Detto in altre parole. La scissione di compiti fra giudici dello Stato e arbitri in relazione alle misure cautelari ha senso, in tanto in quanto si ammetta che i provvedimenti urgenti escono (totalmente o, come cerco di dimostrare, con qualche eccezione) dalla sfera di potere del giudice privato. La conciliazione e la consulenza tecnica sono invece territori che certo appartengono alla giurisdizione arbitrale, con la conseguenza che, una volta che le parti abbiano optato per l'arbitrato, il loro esperimento si deve svolgere all'interno del procedimento arbitrale e non fuori di esso.

7. Le riflessioni condotte fino a questo momento mettono in luce due risultati.

In primo luogo, il divieto per gli arbitri di emettere provvedimenti cautelari pone l'ordinamento italiano in una condizione di obiettivo isolamento dalle grandi tendenze internazionali.

In secondo luogo, alcune ipotesi interpretative volte a restringere l'ambito di operatività del divieto, sono certamente possibili. Tuttavia, nella migliore delle ipotesi, esse spostano il confine, ma non possono forzare oltre misura le norme.

Il momento, mi sembra, è quello di una larga condivisione culturale dell'opportunità di superamento del divieto: una condivisione che può contare, però, solo su strumenti imperfetti.

In queste situazioni, l'atteso arrivo di una modifica legislativa non esime l'interprete a cercare, *de iure condito*, di aprire una via fondata su di una lettura costituzionalmente orientata delle norme, nella consapevolezza che il testo della Carta repubblicana è suscettibile di essere oggetto di un'ermeneutica che tiene conto delle mutate esigenze sociali ed economiche.

In particolare, mi pare che debba essere opportunamente valorizzato il richiamo dell'art. 111, comma 2°, cost., al principio della ragionevole durata.

Intanto, va osservato che ragionevole durata non significa banalmente minore estensione temporale dei processi, ma anche e soprattutto ragionevole distribuzione delle scarse risorse della giurisdizione pubblica. È riduttivo pensare al criterio della ragionevole durata soltanto come ad una forma di misurazione del tempo dei processi, anche se questo aspetto indubbiamente sussiste. A mio avviso, la portata di questo principio si gioca soprattutto nell'ottica del *case management*, dedicando ad ogni caso le energie effettivamente necessarie a deciderlo, ma non altre.

Inoltre, tutte le norme ordinarie devono essere lette e vagliate alla luce di questo principio costituzionale. Non posso approfondire qui il punto, ma è certo che sono ammissibili riletture che vanno molto a fondo: si pensi a come le sezioni unite della Cassazione hanno reimpostato l'art. 37 c.p.c.

Nel caso che ci occupa, la ragionevole durata dei processi civile dinanzi alla giurisdizione dello Stato suppone che i giudici statuali non siano gravati di compiti che possono essere svolti da altri soggetti, come gli arbitri. Uno di questi compiti è l'emanazione di misure cautelari in controversie che le parti hanno liberamente compromesso in arbitri, su diritti disponibili. Perciò, l'art. 111 cost. mi sembra un'utile chiave interpretativa, non fino al punto di dare luogo ad una radicale incostituzionalità dell'art. 818 c.p.c., ma nel senso di legittimare e rendere preferi-

bili le letture delle norme vigenti che favoriscono il potere cautelare degli arbitri, rispetto a quelle che lo negano.

Così, il richiamo al principio della ragionevole durata può essere l'elemento decisivo a favore di una lettura dell'art. 832 c.p.c., nel senso di ritenere che il suo ultimo comma sia una "diversa disposizione di legge", che permetta ai regolamenti delle istituzioni di arbitrato di attribuire poteri cautelari agli arbitri.

Così pure, la norma costituzionale potrebbe fondare, a mio avviso, una lettura (seppure qui più fortemente manipolatrice) dell'art. 825, comma 1°, nel senso di ritenere omologabile non solo il lodo, ma anche una misura cautelare o anticipatoria disposta da arbitri dotati di questo potere, ai sensi dell'art. 832 c.p.c.

Sono pienamente consapevole che a questi esiti può portare solo una forte determinazione degli organi giudiziari chiamati a concorrervi. A chi, su un piano più formale, obiettasse che si tratta di soluzioni praticabili solo *de iure condendo*, offro, conclusivamente, due ulteriori spunti.

Il primo è che in nome della ragionevole durata si sono date letture del codice di rito decisamente più invasive di quelle da me proposte. Senza scendere nei dettagli, basterebbe rileggere la pregevole sintesi di un attento studioso per rendersi conto che, come egli sottolinea, l'applicazione del principio di ragionevole durata ha dato luogo ad una vera rivoluzione, giacché, nell'ottica di politica del diritto della Corte di cassazione, l'art. 111 cost. impone all'interprete un nuovo approccio che verifichi le soluzioni in rapporto al loro impatto obiettivo sulla realizzazione dell'obiettivo costituzionale.

Il secondo è che l'art. 81 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea prospetta come obiettivi della cooperazione giudiziaria in materia civile sia l'accesso alla giustizia che il potenziamento delle misure alternative di risoluzione delle liti. Non è questo un argomento decisivo, ma certo è un segnale di tendenze culturali di cui un giudice italiano non può che tenere conto.

I problemi restano, ma la direzione è chiara e la strada è tracciata.

7. La relazione della commissione Luiso

In data 24 maggio, il prof. Francesco Paolo Luiso, presidente dell'apposita commissione, ha inviato la relazione conclusiva alla Ministra Marta Cartabia. Riproduco la parte generale di questo testo, disponibile sul sito del Ministero della Giustizia.

Lucca, 24 maggio 2021

Signora Ministra, in conformità al decreto ministeriale 12 marzo 2021, con il quale è stata costituita presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia la Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti allo stesso alternativi, Le rassego la presente relazione unitamente all'articolato contenente le proposte approvate dalla Commissione, frutto dell'impegno profuso da tutti i relativi componenti, nonché del prezioso ausilio dei componenti del Comitato scientifico e dei funzionari dell'Ufficio Legislativo.

§ 1. Il decreto di nomina affida alla Commissione il compito di proporre interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, al fine di ridurre i tempi dei processi e ottenere una miglior efficienza dell'amministrazione della giustizia. Nell'adempimento del compito affidatole, la Commissione è partita dall'individuazione di quali siano le funzioni che non sono costituzionalmente proprie della magistratura, per individuare possibili aree in cui gli interventi, attualmente affidati alla magistratura, possano essere deferiti ad altri soggetti, liberando quindi la magistratura da compiti non necessari. In questa ottica, è assorbente la considerazione che solo la giurisdizione contenziosa o, secondo altra formula, dichiarativa, non può ex articolo 102 Cost. essere assegnata a soggetti diversi dalla magistratura. Al contrario, la tutela esecutiva ben può essere espletata anche dalla Pubblica Amministrazione – come dimostrano alcune procedure concorsuali attualmente esistenti – ferma rimanendo ovviamente la possibilità di rivolgersi alla giurisdizione contenziosa ove, nel corso del processo esecutivo, sorgano contestazioni relative alle attività ivi compiute. In questa direzione si è proposto di consentire al giudice dell'espropriazione immobiliare l'affidamento al delegato alla vendita di compiti ulteriori, analoghi a quelli che caratterizzano il curatore delle procedure concorsuali. Si è poi previsto che il giudice dell'esecuzione possa concedere la tutela esecutiva ex articolo 614-bis c.p.c., laddove il titolo esecutivo non sia un provvedimento di condanna. Sul punto ritorneremo nel § 4. Analoga considerazione riguarda la giurisdizione volontaria, che solo per ragioni di opportunità è affidata alla magistratura. In questa direzione, si è proposta una norma di legge delega volta a trasferire alle amministrazioni interessate o ai notai le funzioni di volontaria giurisdizione, attualmente assegnate al giudice civile e al giudice minorile, se prive di collegamento con l'esercizio della giurisdizione.

§ 2. Nel quadro di una compiuta riforma della giustizia, non è possibile prescindere dai profili strettamente organizzativi. In questa prospettiva, l'ufficio per il processo costituisce un tassello fondamentale per aiutare il giudice che dovrà poi decidere la controversia a svolgere in modo più efficiente tutto il lavoro preparatorio alla decisione

stessa. Si tratta, come dice lo stesso nome, dell'ufficio "per il processo" e non dell'ufficio "del giudice", denominazione che evoca una impropria funzione di "assistente", figura che non esiste più neppure a livello universitario. Proprio per questa ragione, la Commissione ha stabilito che l'ufficio per il processo sia costituito anche presso le corti di appello e la Corte di cassazione, ovviamente con le caratteristiche consone a questi due diversi gradi di giudizio.

§ 3. Nell'ambito delle funzioni giurisdizionalmente necessarie, la Commissione ha fatto propria la constatazione dell'equivalenza degli effetti, rispetto alla sentenza, del lodo arbitrale (articolo 824-bis c.p.c.) nonché, recuperando principi ben noti fin dal diritto romano e solo nel secolo scorso andati perduti, del contratto volto alla risoluzione della controversia. Si è quindi rafforzata la appetibilità della via arbitrale, garantendo una maggior affidabilità degli arbitri come decidenti terzi ed imparziali, ed attribuendo all'arbitro – ove così abbiano stabilito le parti – il potere di pronunciare provvedimenti cautelari. L'altro strumento equivalente, nei suoi effetti, alla giurisdizione contenziosa è l'accordo negoziale, la cui conclusione è favorita dalla mediazione e dalla negoziazione assistita. Con riferimento alla mediazione, diversi sono i suggerimenti volti sia ad incentivarne l'utilizzazione sia a favorire il raggiungimento dell'accordo. Nella prima direzione vanno gli incentivi fiscali ed economici, l'estensione ragionata delle fattispecie di mediazione obbligatoria e il potenziamento della mediazione demandata dal giudice. Nella seconda direzione la semplificazione della procedura di mediazione e le previsioni volte a favorire la partecipazione ad essa della Pubblica Amministrazione. La negoziazione assistita in materia di famiglia è stata estesa a fattispecie prima irragionevolmente escluse, come ad esempio gli accordi relativi ai figli minori nati fuori dal matrimonio.

§ 4. Passando ora ad esaminare gli interventi relativi al processo civile dichiarativo, la Commissione ha preliminarmente individuato quelli che, a suo avviso, costituiscono i relativi "tempi morti". Si sono previste, dunque, due ipotesi alternative di modifica della fase iniziale del processo, volte ad evitare che la prima udienza si esaurisca nella concessione dei termini di 3 cui all'articolo 183 c.p.c. Si è poi ristrutturata la fase decisoria, anche in questo caso per evitare passaggi inutili come una udienza finalizzata solo alla precisazione delle conclusioni. Si è estesa anche al contumace la regola per cui la mancata contestazione rende i fatti allegati dalla controparte non bisognosi di essere provati. In materia di appello, si è eliminato il meccanismo di cui agli articoli 348-bis ss. c.p.c., stabilendo che le ipotesi di rigetto immediato per manifesta inammissibilità o infondatezza dell'impugnazione siano comunque pronunciate con sentenza ricorribile in Cassazione, eliminando così tutti i problemi

processuali che sorgono per la possibilità di impugnare in Cassazione, per vizi suoi propri, l'ordinanza di cui all'articolo 348-ter c.p.c. Si è poi reintrodotta la figura del consigliere istruttore, prevista del codice di procedura civile del 1942 ed eliminata dalla riforma del 1998, riservando al collegio la decisione, che nel suo iter è stata uniformata a quanto previsto per il giudizio di primo grado. Infine, è stata introdotta una norma di delega volta a rivedere le fattispecie di rinvio dal giudice di appello al giudice di primo grado. Gli interventi relativi alla Corte di cassazione hanno riguardato essenzialmente la fusione della sesta sezione nelle sezioni ordinarie, attribuendo a queste ultime i compiti ora previsti per la sesta, evitando quindi il passaggio dalla sesta alla sezione ordinaria, ed unificando così i procedimenti decisorii. L'altra importante novità riguarda l'istituzione del c.d. rinvio pregiudiziale, in virtù del quale si potrà ottenere – a fronte di una questione di diritto nuova, sia di diritto sostanziale che processuale, e suscettibile di riproporsi in numerosi altri casi – una immediata pronuncia della Cassazione, evitando così che si debbano attendere anni prima di avere una linea interpretativa definita su tale questione. Si consideri, ad esempio, che per ottenere una prima sentenza della Cassazione sull'individuazione del soggetto onerato di promuovere la mediazione in sede di opposizione a decreto ingiuntivo sono stati necessari quasi sei anni, e definire patchwork la giurisprudenza di merito medio tempore apparsa è un mero eufemismo.

§ 5. Sono poi state introdotte alcune novità volte ad evitare un superfluo ricorso al processo dichiarativo. Di una di esse si è già trattato nel § 1, ove si è accennato alla possibilità che il giudice dell'esecuzione conceda la tutela esecutiva ex articolo 614-bis c.p.c., laddove il titolo esecutivo non sia un provvedimento di condanna. Nel regime vigente, infatti, essendo la pronuncia di tale provvedimento esecutivo (irrazionalmente) affidata al giudice della cognizione, in presenza di un titolo esecutivo stragiudiziale (ad esempio, un lodo o un accordo negoziale) occorre promuovere un processo dichiarativo al solo fine di ottenere un provvedimento che deve essere ascritto alla giurisdizione esecutiva. L'altra novità prevista dalla Commissione riguarda l'introduzione di un procedimento sommario non cautelare e senza efficacia di giudicato, al fine di consentire la creazione di un titolo esecutivo anche al di fuori dei casi in cui è utilizzabile il procedimento per ingiunzione.

§ 6. Vi è poi un ultimo intervento, che in realtà costituisce un *prius* logico e cronologico di tutto quanto sopra, sia pur sommariamente, esposto. I magistrati professionali addetti al civile sono poco più di tremila. Non è possibile immaginare che la giustizia civile di sessanta milioni di persone possa essere affidata ad un magistrato ogni ventimila soggetti. D'altro canto, è di un'evidenza cartesiana che il collo di bottiglia del

processo dichiarativo è la sentenza. Qualunque miglioramento relativo al processo non sarà mai in grado di consentire al tribunale di far fronte alla domanda di giustizia. Occorre, dunque, sgravare il carico dei tribunali aumentando in modo rilevante la competenza dei giudici di pace; ciò che porterà anche ad una diminuzione del carico delle corti di appello. La Commissione ha quindi suggerito due interventi: uno immediato, volto ad elevare la competenza per valore del giudice di pace; uno affidato ad una norma di delega, volto a stabilire se alcune delle competenze per materia del pretore, trasferite in blocco al tribunale in occasione della riforma del 1998, possano essere assegnate al giudice di pace ovvero tramutate in competenza per valore. Oggi, infatti, siamo in una situazione in virtù della quale una controversia per il pagamento di un canone di locazione di mille euro deve essere proposta al tribunale.

§ 7. Infine, la Commissione, consapevole della situazione caotica relativa alle controversie in materia di persone e famiglia, nonché della mancata sussistenza in sede processuale di quell'uguaglianza dei figli realizzata invece sul piano sostanziale, ha proposto interventi immediati che hanno ad oggetto la razionalizzazione del riparto delle competenze fra tribunale ordinario e tribunale per i minori, incidendo sull'articolo 38 disp. att. c.c., nonché l'istituzione di un controllo giurisdizionale, attualmente assente, sui provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 403 c.c. In una dimensione più generale, si è prevista una delega volta, da un lato, a istituire un procedimento unitario per tutte le controversie in materia di persone e famiglia, sia pur ovviamente differenziato a seconda dell'oggetto del processo (diritti disponibili, diritti indisponibili, interessi del minore o dell'incapace); dall'altro lato, a istituire finalmente quel tribunale per le famiglie che consenta di realizzare, congiuntamente, sia la specializzazione del giudice, sia quella giustizia di prossimità, che in questa materia è irrinunciabile.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021
per i tipi di Bononia University Press