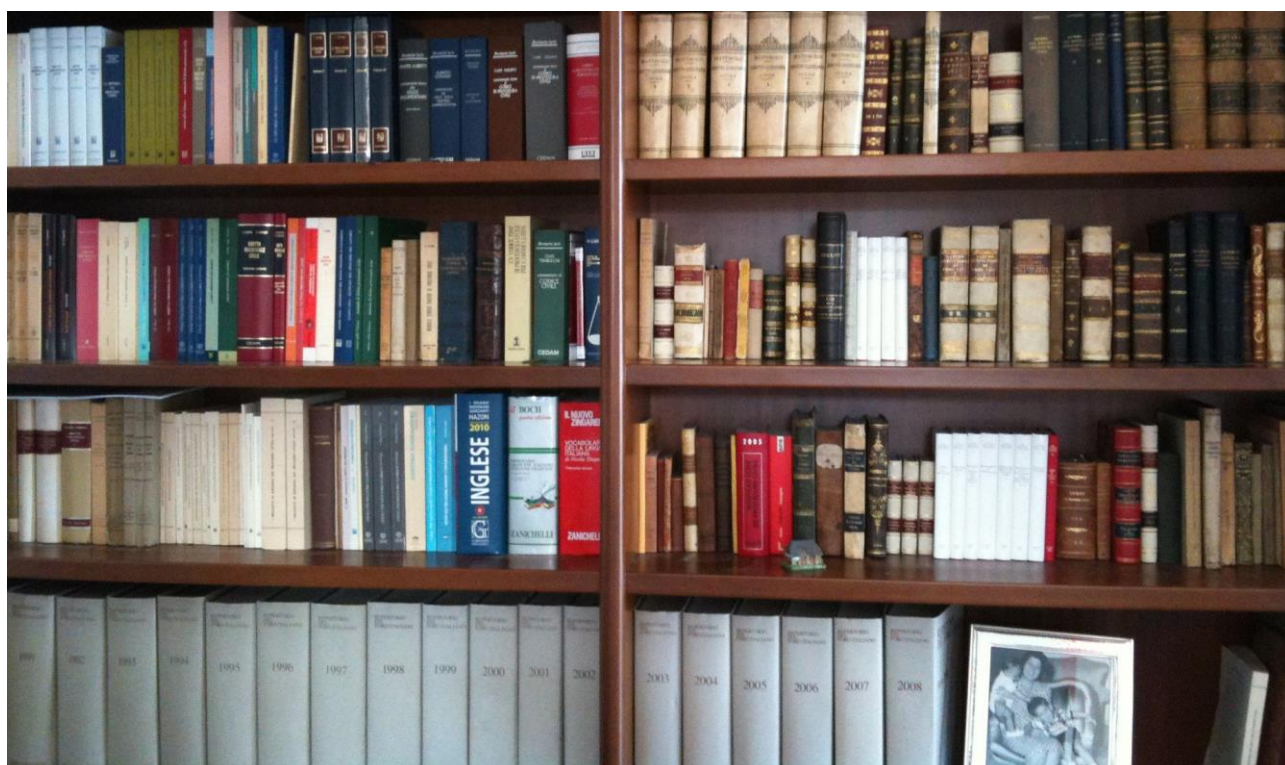


IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE ITALIANO E COMPARATO



Rivista trimestrale – open access

DIRETTORE RESPONSABILE:

Prof. Ferruccio Auletta

COMITATO EDITORIALE:

Prof. Gian Paolo Califano - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Renato Nazzini

Prof. Nicola Rascio - Prof. Fabio Santangeli

COMITATO SCIENTIFICO:

Prof. Giovanni Verde - Prof. Francesco Astone - Prof. Giampiero Balena

Prof. Paolo Biavati - Prof. Salvatore Boccagna - Prof. Ulisse Corea

Prof. Giuseppe della Pietra - Prof. Pascale Deumier - Prof. Pietro Franzina

Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Silvia Izzo Prof. Giovanni Leone - Prof. Antonio Marzocco

Prof. Roberta Metafora - Prof. Giorgio Giuseppe Poli - Prof. Giovanni Raiti

Prof. Jean-François van Drooghenbroeck - Prof. Ignazio Zingales

COMITATO DI VALUTAZIONE:

Dottore Eduardo Campese (Consigliere presso la Prima sezione civile della Corte di cassazione)
Professore Bruno Capponi (Università Luiss "Guido Carli")
Professore Domenico Dalfino (Università degli studi di Bari Aldo Moro)
Professore Claudio De Fiores (Università degli studi della Campania, L. Vanvitelli)
Dottore Stanislao De Matteis (Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione)
Professore Francesco De Santis (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professoressa Ludovica Decimo (Università degli studi di Sassari)
Professore Romolo Donzelli (Università di Macerata)
Professore Federico Ferraris (Università degli studi di Milano – Bicocca)
Professore Giuseppe Finocchiaro (Università degli studi di Brescia)
Professoressa Maria Francesca Ghirga (Università degli studi dell'Insubria)
Professore Andrea Graziosi (Università degli studi di Ferrara)
Professore Albert Henke (Università degli studi di Milano)
Professore Luigi Iannicelli (Università degli studi di Salerno)
Professore Gianpaolo Impagnatiello (Università di Foggia)
Professoressa Rita Lombardi (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professoressa Concetta Marino (Università degli studi di Catania)
Professore Jordi Nieva-Fenoll (Universitat de Barcelona)
Professoressa Ilaria Pagni (Università degli studi di Firenze)
Professoressa Silvia Rusciano (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Raffaele Santoro (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Dottore Marcello Sinisi (Presidente di sezione presso il Tribunale di Napoli)
Professore Marcello Stella (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Michele Vanzetti (Università degli studi di Milano)
Professoressa (aggregata) Valeria Verde (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Professore Alberto Villa (Università degli studi di Milano Bicocca)
Professore Alberto Villata (Università degli studi di Milano – Bicocca)
Dottore Sergio Zeuli (Consigliere di Stato presso la VII sezione del Consiglio)

REDAZIONE:

Capo redazione: Dott.ssa Valentina Capasso
Dott. Fabrizio De Vita
Dott. Luigi Rosario Luongo
Dott.ssa Federica Pinto
Dott.ssa Antonella Raganati
Dott.ssa Paola Chiara Ruggieri



SERGIO MENCHINI

Intervento su “Manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile”

L'a. interviene alla tavola rotonda su “Manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile”.

The author contributes to the panel discussion on 'Manuals and materials for teaching civil procedural law'.

Preliminarmente, debbo ringraziare gli amici che hanno voluto invitarmi a questo tavolo di riflessione; il mio pensiero va, in particolare, a Ferruccio Auletta, il quale, immagino, sarà frastornato e combattuto, come capita sempre quando si fanno scelte di vita: da un lato, i ricordi e l'amarezza di lasciare questo Ateneo e questa città; dall'altro lato, la curiosità e le motivazioni per il nuovo percorso presso la Luiss.

Le considerazioni svolte da chi mi ha preceduto mi impongono di abbandonare l'ordine di argomenti che mi ero prefissato di seguire, per evitare inutili e fastidiose ripetizioni.

La prima domanda che mi sono posto, quando ho cominciato a coltivare l'idea e l'ambizione di scrivere il Manuale, è stata di individuare i soggetti ai quali intendessi rivolgermi.

Mi sono dato una duplice risposta: non deve essere un'opera pensata per esperti del diritto (avvocati e magistrati); al contrario, i miei interlocutori sono gli studenti che si accingono ad affrontare una materia complessa come il diritto processuale civile.

La scelta è fondamentale, perché, in ragione della risposta a questa domanda, il Manuale deve avere e ha contenuti diversi, metodo espositivo differente e anche approfondimenti differenti; diceva, giustamente, Giampiero Balena, poco fa, che se il Manuale è rivolto anche agli operatori del diritto non può non avere un arricchimento, sia pure essenziale, di note e indicazioni bibliografiche.

La mia opinione, come ho già detto, è che il Manuale debba essere rivolto agli studenti; ho pensato a quegli studenti che hanno seguito, per molti anni, i miei corsi nelle varie università in cui ho avuto l'onore di insegnare.

Subito dopo, però, si presenta un altro interrogativo: chi sono questi studenti, per quali percorsi essi debbono essere preparati?

Poiché il diritto processuale civile è materia del Corso di laurea magistrale in giurisprudenza, io debbo preparare giovani che dovranno essere formati per fare gli avvocati o i magistrati.

Certo, non tutti gli studenti percorreranno queste carriere; molti andranno a operare nelle aziende o nella pubblica amministrazione, per cui il bagaglio di nozioni di questi ultimi non dovrà essere così ampio e approfondito come quello dei primi.

Tuttavia, e questo è certamente un limite del nostro sistema universitario che non prevede percorsi differenziati, io debbo porre le basi per la preparazione di professionisti del diritto.

Un terzo nodo, ancora, deve essere sciolto: con quale approfondimento devono essere trattati gli istituti? E, ancora, è necessaria una trattazione, nei limiti del possibile, completa oppure pochi o tanti istituti possono essere tralasciati?

Il mio pensiero è che il nostro dovere è dare, quasi imporre, ai nostri ragazzi una formazione che sia, per quanto siamo capaci, la più approfondita, la più completa e la più articolata possibile; dobbiamo fare comprendere loro la problematicità della nostra materia; lo studente deve conoscere i principi generali del diritto processuale civile, deve saper ricostruire il sistema, deve saper collegare gli istituti.

Di conseguenza, il Manuale deve essere strutturato in modo tale da fare conseguire questi obiettivi possibilmente a tutti gli studenti.

Da qui, anche la necessità di uno sforzo di chiarezza e di sinteticità, pur nella consapevolezza della complessità della materia.

Mi rendo conto che questo metodo finisce per determinare un Manuale che sembra essere rivolto soprattutto a coloro che sono più motivati; però, insisto nel dire che noi abbiamo l'obbligo istituzionale di formare studenti in grado di affrontare i problemi, possedendo le nozioni di carattere istituzionale e sapendone fare adeguata applicazione.

Certo, non debbono mancare gli esempi e devono essere fornite anche indicazioni sugli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali; ciò deve avvenire, tuttavia, all'interno di un ragionamento che resta ancorato alla teoria generale e ai principi.

Ricordo il mio maestro Giovanni Fabbrini incentrava il suo Corso sul primo libro del codice e sulla Parte generale, sottolineando come colui che possiede la teoria generale farà poca fatica ad applicarla al caso concreto.

Forse è per questo, o anche per questo, che reputo la Parte generale il cuore della nostra materia, anche e soprattutto a livello di insegnamento universitario; ciò, fatti salvi, naturalmente, gli approfondimenti che debbono essere svolti nello studio parti speciali

Un'ultima considerazione: non ho mai pensato che noi dovessimo incentrare il nostro insegnamento sulle specifiche e spesso mutevoli regole di procedura; ho sempre pensato, invece, che il nostro dovere fosse di far cogliere agli studenti la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, non senza trascurare, e questo riguardo il ricordo va a Franco Cipriani, che, per avere una giusta decisione, è necessario un giusto processo.

Questi ultimi sono, secondo me, sono i perni essenziali dell'insegnamento del diritto processuale civile e, quindi, del Manuale, anche in un'epoca in cui le certezze sembrano disperdersi nel mare, per me incomprensibile, delle riforme del codice di rito.

Sergio Menchini

Ordinario dell'Università degli Studi di Pisa

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCleC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



IDA D'AMBROSIO

La garanzia fideiussoria dovuta dal costruttore e la tutela giurisdizionale riconosciuta per il suo mancato rilascio o la sua mancata consegna: un'ipotesi di nullità di protezione

L'articolo, muovendo dalla ratio e dai caratteri peculiari della fideiussione dovuta dal costruttore, analizza i profili della tutela giurisdizionale accordata al solo acquirente nel caso di mancato rilascio e consegna della garanzia fideiussoria, nell'ambito di una ricostruzione della fattispecie in termini di nullità di protezione.

La riflessione si concentra sull'utilità dello strumento della nullità relativa nella fattispecie esaminata, fino a giungere all'individuazione di rimedi alternativi più opportuni, per poi affrontare il problema dell'azionabilità della nullità relativa successivamente all'acquisto della proprietà dell'immobile ultimato.

The article, starting from the rationale and the peculiar characteristics of the surety bond owed by the builder, analyses the profiles of the jurisdictional protection granted to the purchaser alone in the case of failure to issue and deliver the surety bond, in the context of a reconstruction of the case in terms of a nullity of protection.

The discussion focuses on the usefulness of the instrument of relative nullity in the case under consideration, leading to the identification of more appropriate alternative remedies, and then addresses the issue of the actionability of relative nullity subsequent to the acquisition of ownership of the completed property.

Sommario: 1. La fideiussione dovuta dal costruttore. 2. La fattispecie della nullità di protezione: dalla natura giuridica all'interesse tutelato. 3. L'azione di nullità per il mancato rilascio e la mancata consegna della garanzia fideiussoria da parte del costruttore. 4. Il problema dell'azionabilità della nullità relativa successivamente all'acquisto della proprietà dell'immobile ultimato.

1. La fideiussione dovuta dal costruttore

Nella prassi, frequentemente, si ricorre alla vendita di unità immobiliari prima della loro stessa costruzione o ultimazione, con il pagamento immediato di un acconto sul prezzo: tale meccanismo rappresenta uno strumento di finanziamento delle imprese costruttrici, in aggiunta al ricorso all'indebitamento bancario. La parte residua di prezzo viene poi pagata in più rate scadenzate secondo lo stato di avanzamento lavori, ed infine il saldo al momento della consegna dell'immobile (o della stipula del contratto definitivo)¹.

Una simile operazione economica può essere realizzata ricorrendo indifferentemente a più figure che si prestano al medesimo risultato. Lo strumento più comunemente impiegato è

¹ C.M. D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, I, p. 911 ss.

quello del contratto preliminare, ma effetti analoghi si possono realizzare anche mediante la vendita obbligatoria, il leasing immobiliare, ecc. Ciò che conta è che l'effetto traslativo dell'immobile sia differito rispetto al momento del pagamento dell'acconto. Infatti, è proprio nella scissione temporale fra la corresponsione dell'acconto ed il momento della definitiva traslazione della proprietà dell'immobile in capo all'acquirente che si concretizza l'operazione di finanziamento in favore del costruttore e, al tempo stesso, il rischio per l'acquirente di vedere non realizzato l'immobile acquistato, con conseguente perdita dell'acconto corrisposto.

In numerosi casi, infatti, il livello di indebitamento delle imprese di costruzione diviene insostenibile, trascinando nella situazione di crisi o, spesso, nella massa dei creditori chirografari, anche gli acquirenti di immobili. È evidente, quindi, come in tale contesto il pregiudizio dell'interesse dell'acquirente, che consegue alla situazione di indebitamento delle imprese di costruzione, vada anche a confliggere con l'interesse, costituzionalmente garantito (art. 47 comma 2 Cost.), all'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione².

A tutela dell'acquirente di immobili da costruire, quale parte debole del rapporto contrattuale, è intervenuto il decreto legislativo n. 122 del 20 giugno 2005³, che ha colmato una lacuna assai grave del nostro ordinamento: sin dagli anni Settanta, infatti, si era avvertita l'esigenza di tutela, ma non si era mai approdati ad una soluzione legislativa⁴.

Tra gli strumenti di tutela previsti dal suddetto decreto, l'art. 2 prevede l'obbligo del costruttore di consegnare all'acquirente una fideiussione nel caso in cui venga stipulato un contratto che non produca il trasferimento immediato della proprietà od altro diritto reale di godimento su di un immobile da costruire⁵. Il contenuto della fideiussione è in parte previsto

² In proposito, correttamente osserva F. DI MARZIO, *Crisi di impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 33, che le nuove regole, costituendo attuazione di un precetto costituzionale, devono essere interpretate e applicate "sulla base della scelta assiologica espressa nella Carta costituzionale", secondo l'indirizzo metodologico elaborato dalla dottrina più sensibile alla rilettura costituzionale del diritto civile. Cfr. anche N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004, p. 47 ss.

³ Il d.lg. n. 122/2005 è stata oggetto di una prima modifica ad opera del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, con la l. 23 maggio 2014, n. 80. Successivamente, con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lg. 12 gennaio 2019, n. 14) sono state ulteriormente rafforzate le garanzie previste dal D.lg. 122/2005 in favore degli acquirenti di un immobile da costruire.

⁴ Gli unici interventi di favore in materia sono stati l'introduzione della possibilità di trascrivere il contratto preliminare, ex art. 2645 bis cc. (che non realizza però alcuna tutela in relazione al fallimento del promettente venditore), ed il riconoscimento a favore del promissario acquirente, ex art. 2775 bis cc., di un privilegio speciale sull'immobile oggetto del preliminare, in caso di mancata esecuzione del preliminare trascritto.

⁵ Cfr. in generale A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122). Appendice La compravendita*, 4 a ed., Torino, 2005, p. 20 ss.; G. PETRELLI, *Gli acquisti degli immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 101 ss.; ID, *Tutela di acquirente di immobile da costruire: le novità del D. Lgs. n. 14/2019*, in *Notariato*, 2019, III, p. 355 ss.; ID, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 287 ss.; L. LUPI, *La garanzia fideiussoria alla luce del decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122*, in *Vita notar.*, 2006, III, p. 1619 ss.; F. D'AMBROSIO, *Fideiussione e vincoli di contenuto negli immobili da costruire*, in *Contratti*, 2006, VI, p. 605 ss.; ID, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e fallimento*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, II, p. 171 ss.; G. VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili*

dall'art. 3 del suddetto decreto⁶ e in parte dal decreto del Ministero della Giustizia del 6 giugno 2022, n. 125⁷.

La garanzia deve essere rilasciata da un'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria o da un'impresa di assicurazioni autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni.

Essa deve essere *“di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento”*⁸.

da costruire: soggetti, oggetto, atti, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 105 ss.; F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie nella nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire (d.lgs. n. 122/2005)*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 487 ss.; A. LUMINOSO, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, in *Rivista Giuridica Sarda*, 2006, p. 191 ss.; G. FINOCCHIARO, *Le forme di tutela degli acquirenti degli immobili da costruire nelle esecuzioni individuale e concorsuale*, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 2006, p. 123 ss.; C. CARUSO, *La fideiussione a garanzia del pagamento del prezzo di acquisto dell'immobile*, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 2006, p. 135 ss.; G. RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, p. 433 ss.; S. TONDO, *Tutela per gli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1249 ss.; G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 319 ss.; R. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente, dopo il d. lg. 20 giugno 2005 n. 122*, Milano, 2005; P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2007; S. CARDARELLI, *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Milano, 2009; E.M. SIRONI, *Immobili da costruire: le nuove tutele degli acquirenti dopo il D.Lgs. n. 14/2019*, in *Notariato*, 2019, p. 630 ss.

⁶ L'art. 3 contiene le seguenti disposizioni:

La fideiussione è rilasciata da una banca o da un'impresa esercente le assicurazioni; essa deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi di cui al comma 2 o, nel caso di inadempimento all'obbligo assicurativo di cui all'articolo 4, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata.

La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile e deve essere escutibile, verificatesi le condizioni di cui al comma 3, a richiesta scritta dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Il mancato pagamento del premio o della commissione non è opponibile all'acquirente.

Il fideiussore è tenuto a pagare l'importo dovuto entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di cui al comma 4. Qualora la restituzione degli importi oggetto di fideiussione non sia eseguita entro il suddetto termine, il fideiussore è tenuto a rimborsare all'acquirente le spese da quest'ultimo effettivamente sostenute e strettamente necessarie per conseguire la detta restituzione, oltre i relativi interessi.

L'efficacia della fideiussione cessa nel momento in cui il fideiussore riceve dal costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione il quale contenga la menzione di cui all'articolo 4, comma 1-quater.

⁷ Pubblicato nella G.U. del 24 agosto 2022.

⁸ L'art. 3 del d.lgs. 122/2005 aggiunge che sono escluse dalla copertura della fideiussione *“le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia”*: la regola non interessa l'erogazione all'acquirente di un mutuo al momento del trasferimento della proprietà, con il quale pagare una frazione del prezzo pattuito, perché in tale caso la fideiussione si estingue, ma interessa le somme erogate e versate al costruttore dal mutuante prima dell'atto di trasferimento, in genere garantite dall'iscrizione di ipoteca sull'edificio in costruzione nell'eccezionale ipotesi disciplinata dall'art. 2825 bis c.c.

La fideiussione offre una tutela di tipo obbligatorio, in quanto mira essenzialmente a garantire all'acquirente o al promissario acquirente la restituzione delle somme versate (o di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso)⁹.

Essa è prevista ed è imposta solo per gli acconti che il promissario acquirente versi fino al momento del trasferimento definitivo. Non copre, pertanto, il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento dell'obbligazione relativa al trasferimento della proprietà del bene in costruzione; gli importi eventualmente dovuti dal costruttore per effetto di una clausola penale; l'obbligo di corrispondere in caso di caparra confirmatoria il doppio della stessa; le somme da pagarsi per il ritardo nella consegna dell'immobile; i difetti della materia; la violazione di norme del capitolato; i vizi e la difformità dell'opera.

Il fine perseguito dal legislatore è quello di assicurare un'equa ed adeguata tutela dei diritti dell'acquirente di un immobile da costruire, prevedendo, in caso di crisi del venditore-costruttore, la sollecita restituzione di quanto versato al costruttore con l'esclusione del beneficio di preventiva escussione del debitore principale, evitando in tal modo le lunghe attese derivanti dallo svolgersi di procedimenti di carattere esecutivo e concorsuale dell'imprenditore¹⁰.

La tutela trova applicazione solo nel caso in cui il contratto abbia per oggetto un immobile per il quale sia già stato richiesto il permesso di costruire, o sia stata presentata una pratica in sostituzione del permesso, e la cui costruzione versi in uno stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità. Il contratto, ai sensi dell'art. 6 del decreto 122/2005¹¹, deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata a pena di nullità.

In caso di modifiche al contratto (per le quali si impone sempre il requisito formale dell'atto pubblico o autenticato a pena di nullità), che comportino variazioni degli elementi della garanzia, il costruttore deve consegnare una nuova fideiussione. L'inadempimento provoca la nullità (relativa) della modifica contrattuale, ma non comporta la nullità (relativa) del contratto originario, cosicché l'acquirente può attenersi all'iniziale regolamento pattizio.

L'art. 3 del decreto 122/2005 chiarisce che la fideiussione può essere consegnata all'acquirente all'atto della stipula del contratto obbligatorio ovvero in un momento precedente: ciò pare difficilmente armonizzabile con la prassi delle compagnie di assicurazione perché la garanzia andrebbe emessa a favore di un determinato beneficiario, il c.d. acquirente, prima della formazione di un qualunque vincolo contrattuale con il

⁹ È evidente che la fideiussione non sarà dovuta nel caso in cui non venga effettuato alcun pagamento o non sia dato alcun corrispettivo da parte dell'acquirente o del promissario acquirente del bene futuro, prima del trasferimento della proprietà del bene.

¹⁰ Cfr. A. FERRUCCI, C. FERRENTINO e S. UTTIERI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2020, p. 162. V. in giurisprudenza Trib. Firenze, 25 novembre 2014, in *Arch. Loc.*, 2015, p. 545.

¹¹ Modificato dal d.lgs. d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

costruttore¹². Peraltro, la consegna successiva alla stipulazione del contratto esplica, per così dire, efficacia sanante. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha deciso che in questo caso la proposizione della domanda di nullità di un contratto preliminare per mancata consegna della fideiussione, senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente alla cui tutela è preposta la nullità relativa, costituisce abuso del diritto e non può essere accolta¹³.

I presupposti di escussione della garanzia sono due, tra loro alternativi, e sono la situazione di crisi¹⁴ in cui incorre il costruttore e l'inadempimento, da parte del costruttore, dell'obbligo assicurativo previsto dall'art. 4 del d.lgs. 122/2005, cioè dell'obbligo di fornire all'acquirente, in sede di atto definitivo, l'assicurazione decennale postuma, conforme al modello standard¹⁵. In questo caso l'escussione della garanzia presuppone l'esercizio del recesso da parte dell'acquirente, in quanto la consapevole stipulazione dell'atto traslativo da parte sua in assenza di consegna dell'assicurazione decennale costituisce rinuncia ad avvalersi della fideiussione¹⁶.

In caso di mancata consegna della fideiussione, oppure di non conformità della fideiussione al modello standard approvato con D.M. 125/2022, l'art. 2 del d.lgs. 122/2005 commina la nullità del contratto. La fattispecie integra un'ipotesi di nullità di protezione: l'art. 2, infatti, recita testualmente che la nullità del contratto *“può essere fatta valere unicamente dall'acquirente.*

¹² Cfr. A. CHIANALE, *Il modello standard di fideiussione del costruttore (d.m. 125/2022)*, in *Rivista di Diritto Bancario*, Fasc. I, 2023, p. 206.

¹³ V. Cass. 18 settembre 2020, n. 19510, in *Corr. Giur.*, 2021, p. 786 ss., con nota di L. MEZZASOMA, *La nullità di protezione tra violazione di obblighi di legge e abuso del diritto*, che osserva non trattarsi di convalida del contratto nullo, mancando una specifica norma di legge, come richiesto dall'art. 1423 c.c., ma di applicazione dei “principi di buona fede nell'esecuzione del contratto, al fine di evitare che lo strumento si presti a forme di abuso, che consentano al promittente acquirente di sciogliersi dal vincolo contrattuale con il pretesto del mancato rilascio della fideiussione” (nel caso viene accolta la domanda perché la fideiussione, consegnata dopo la stipula del contratto, era comunque di ammontare insufficiente); per converso Cass. 12 luglio 2022, n. 21966, in *Contratti*, 2022, p. 629 ss., con nota di D. BALBINO, *L'abuso del diritto nella disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, giudica che è proponibile l'azione di nullità se prima della consegna tardiva della fideiussione si è verificata una situazione di crisi prevista dalla legge (nel caso concreto, dove l'immobile non era stato ultimato, la concessione da parte del costruttore di ipoteca volontaria sull'immobile promesso e il pignoramento subito su altri immobili non rientrano tra le situazioni di crisi e sul punto dovrà giudicare la corte di rinvio). Entrambe le regole sono proposte da S. PAGLIANTINI, *I tratti diafani della nullità contrattuale in Cassazione: a proposito della rinuncia preventiva al gravame e di nullità parziale ope iudicis*, in *Contratti*, 2012, p. 848 s.

¹⁴ La situazione di crisi si verifica, secondo la legge, in una delle seguenti ipotesi: trascrizione di un pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa relativi al costruttore; presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo del costruttore; pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria del costruttore.

¹⁵ Approvato con d.m. 20 luglio 2022, n. 154, in G.U. del 21 ottobre 2022, n. 247.

¹⁶ Cfr. A. CHIANALE, cit., p. 208, il quale aggiunge che *ciò non equivale alla rinuncia a ricevere la fideiussione, posto che i diritti attribuiti dal d.lgs. 122/2005 all'acquirente non possono essere oggetto di rinuncia e che ogni clausola contraria è nulla e deve intendersi come non apposta (art. 5, comma 1 bis): v. R. CALANDRINO, L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 66 ss.

2. La fattispecie della nullità di protezione: dalla natura giuridica all'interesse tutelato

Con il termine “nullità di protezione” si intende fare riferimento ad alcune fattispecie normative, spesso dettate da sollecitazioni comunitarie, che stabiliscono determinate nullità allo scopo di proteggere un singolo contraente (solitamente consumatore oppure cliente)¹⁷. Si afferma anche che questa categoria ricorre nelle ipotesi in cui la nullità viene comminata per l'inosservanza di norme poste a tutela del contraente che versi secondo la legge in condizione di debolezza nei confronti della controparte contrattuale¹⁸. Dunque, la nullità di protezione ha lo scopo di tutelare l'interesse di un determinato soggetto che ha nel contratto il ruolo di contraente debole. L'avere circoscritto la tutela dell'interesse, con lo strumento della nullità negoziale, a vantaggio di una sola parte ha spesso determinato anche un restringimento della usuale disciplina codicistica prevista per le nullità negoziali: anziché ammettere l'impugnabilità generalizzata dell'atto nullo, il legislatore ha previsto un'impugnabilità limitata, riservata soltanto ai soggetti portatori degli interessi salvaguardati dalla norma. Ciò significa che l'altro contraente (vale a dire colui che appartiene alla categoria di soggetti non protetti dalla norma stessa) non può far valere la nullità con una propria azione in giudizio. Si comprende come questa caratteristica della c.d. nullità di protezione abbia indotto la dottrina a porsi tutta una serie di domande: si tratta di vera nullità? In caso affermativo, deve parlarsi di nullità eccezionale, che deroga fortemente alle norme codicistiche sulla nullità e che, come tale, respinge l'utilizzabilità dell'interpretazione per analogia, oppure la reiterazione di leggi in materia deve far pensare non a norme eccezionali, bensì a norme espressione di un principio generale diverso e distinto rispetto alla disciplina codicistica? Di fronte a queste domande la dottrina si è dovuta interrogare anche sul problema se i principi finora recepiti sul piano dogmatico in materia di nullità dovessero essere essi stessi rivisti, talvolta affermando, di fronte al forte impatto della normativa comunitaria, che le norme del codice in materia non potevano continuare ad essere interpretate desumendo da esse una serie di principi immodificabili. In precedenza, il paradigma codicistico veniva ritenuto unico strumento di confronto per incasellare le nuove nullità che la legislazione specialistica andava esprimendo. L'invalidità, afferma un autorevole studioso¹⁹, mentre in precedenza era riscontrata e rapportata all'unicità normativa, che faceva da unico parametro di riferimento, ora è mutata in tanti schemi astratti cui bisogna rapportare i singoli negozi: non si ha una nullità sola, da riscontrare in concreto analizzando la fattispecie, ma si hanno tante distinte tipologie di nullità. Ciò deriva dal fatto che la nullità è raccordata all'interesse negoziato e ritagliata in sintonia con questo: tante figure distinte di nullità quanti sono i tipi di

¹⁷ In tal senso A. DI MAJO, *Le nullità nuove*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Tomo VII, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, p. 129.

¹⁸ G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 868.

¹⁹ Così N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 361 ss.

interesse da salvaguardare. Occorre sottolineare, afferma nella sostanza questa dottrina, che si tratta di nullità collegate al tipo di interesse tutelato, anche di carattere personale, e talvolta derivanti anche da circostanze ultronee rispetto all'atto posto in essere.

In questo quadro si tiene conto non soltanto del contratto, ma anche del comportamento che ruota intorno al contratto. L'invalidità, cioè, può incidere anche su vizi di ordine comportamentale anteriori o successivi all'atto, incidendo talvolta più sugli effetti dell'atto che sulla sua struttura.

Caratteristica essenziale della nullità di protezione è certamente quella di attribuire la legittimazione a farla valere in giudizio esclusivamente ad una sola parte contraente: si parla in tal caso di nullità relativa, contrapposta alla nullità assoluta disciplinata dal codice civile. Questa caratteristica della nullità relativa in un primo tempo ha posto in crisi la dottrina, che vedeva nella nullità relativa²⁰ il superamento di uno dei cardini della disciplina codicistica sulla nullità: l'interesse pubblico generale afferente alla nullità assoluta contrapposto all'interesse particolare di un determinato soggetto o di una determinata categoria afferente alla nullità relativa; la legittimazione a proporre l'azione di nullità riconosciuta a chiunque ne avesse interesse, anziché una legittimazione riservata soltanto a determinati soggetti. Alcuni Autori o si sono limitati a valutare la nullità relativa alla stessa stregua dell'annullabilità²¹ oppure hanno posto in discussione l'impianto stesso della disciplina codicistica, giudicato ormai come sistema da rivedere o addirittura da valutare come disciplina residuale nell'ambito della legislazione che andava sovrapponendosi su impulso della normativa comunitaria. E la dottrina ha continuato nei suoi approfondimenti talvolta parlando di nullità eccezionale, cioè di nullità costituente eccezione alla regola codicistica sulla nullità assoluta, talaltra affermando che non di nullità eccezionale doveva parlarsi, bensì di nullità speciale, cioè di una tipologia distinta dalla nullità codicistica ma essa stessa costituente sistema, e come tale suscettibile di applicazione analogica²². Trattasi di una materia ancora ben lontana da una sistemazione

²⁰ Soprattutto nella nullità relativa definita tale dalla giurisprudenza, quando ancora il legislatore non si era avventurato a disciplinarla ampiamente su impulso del diritto comunitario: si pensi alla nullità relativa qualificata come tale in materia di beni culturali, quando peraltro il testo legislativo esistente parlava e parla tuttora di nullità semplicemente, non di nullità relativa: cfr. Cass. 17 giugno 1967, n. 1429, in *Foro it.*, 1967, I, 2381, la quale afferma che soltanto allo Stato, e non anche ai privati, spetta la facoltà di far valere la nullità di pieno diritto ex art. 61 legge 1089 del 1939; Cass. Sez. Un. 15 maggio 1971, n. 1440, in *Foro it.*, 1971, I, 2829, la quale afferma che l'acquirente del bene vincolato non perde la titolarità del diritto di proprietà acquistato con la convenzione nulla; Cass. 14 febbraio 1975, n. 590, in *Foro it.*, 1975, I, 1107, la quale nell'affermare che si tratta di nullità relativa, precisa che per impedirla occorra la "previa denuncia"; Cass., Sez. Un., 24 novembre 1989, n. 5070; Cass. 12 giugno 1990, n. 5688; Cass. 26 aprile 1991, n. 4559; Cass. 12 ottobre 1998, n. 10083, in *Foro it.*, 1999, I, 126.

²¹ In tal senso G. BONFIGLIO, cit., pp. 861 e ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di) *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 2; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 12 ss.; T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 384; A. DI MAJO, *La nullità*, in A. DI MAJO, G.B. FERRI e M. FRANZONI (a cura di) *Il contratto in generale* in M. BESSONE (diretto da) *Tratt. Dir. Priv.*, XIII, 7, Torino, 2002, p. 54 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto annullabile*, in A. DI MAJO, G.B. FERRI e M. FRANZONI (a cura di) *Il contratto in generale* in M. BESSONE (diretto da) *Tratt. Dir. Priv.*, XIII, 7, Torino, 2002.

²² In tal senso G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 202 ss.

organica definitiva e che lascia aperte ancora una serie di questioni. Il primo interrogativo concerne l'interesse protetto dalla norma che contempla la nullità di protezione. Si tratta di sapere se queste norme intendano tutelare esclusivamente l'interesse della categoria di soggetti espressamente previsti, oppure se, ferma restando questa tutela, la norma intenda salvaguardare anche un interesse più ampio. E a questo quesito si risponde in dottrina affermativamente, cioè nel senso che al di là dell'interesse proprio dei soggetti a favore dei quali è stata espressamente prevista la legittimazione ad agire in giudizio per far dichiarare la nullità, esiste un altro interesse di portata più generale che la norma intende salvaguardare²³. E si parla in tal caso di efficienza del mercato, oppure di un interesse della legge al traffico giuridico²⁴.

Il secondo dubbio che si pone è se, allorché il legislatore ha previsto la legittimazione di una sola parte negoziale, debba, pur nel silenzio della legge, riconoscersi la possibilità che la nullità sia rilevata d'ufficio dal giudice. La dottrina è dell'avviso che l'ammettere la competenza d'ufficio del giudice non snatura la norma che prevede la legittimazione in capo ad una sola delle parti negoziali, come del resto si desume da qualche norma che espressamente prevede la legittimazione di una sola parte e contemporaneamente la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice²⁵ e come deve affermarsi nel quadro di un discorso che deve pur attribuire una qualche valenza al concetto di nullità introdotto dal legislatore²⁶. Ancorché, poi, si affermi che il giudice, pur competente a rilevare d'ufficio l'esistenza della nullità, non dovrebbe svolgere il suo ruolo in danno del contraente favorito: pertanto si ammette che il rilievo d'ufficio possa avvenire soltanto a vantaggio della parte favorita e non a suo danno²⁷. Si osserva che la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità non deve essere

²³ In tal senso G. BONFIGLIO, cit., p. 894, il quale afferma che "la soluzione coerente con il sistema è quella di ammettere la rilevanza d'ufficio di una nullità che, benché ispirata alla finalità di protezione di una parte, non trascuri di perseguire un interesse a carattere pubblico.

²⁴ A. GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 276 ss., il quale afferma che "il legislatore non può rimanere indifferente all'inefficienza che sorpresa, disinformazione, abusi, producono" per il mercato. E conclude affermando "e questo è un interesse generale, espressione dell'ordine pubblico di direzione e non della sola protezione di una parte".

²⁵ Cfr. art. 36, comma 3 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, il quale dispone che la nullità "opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

²⁶ G. BONFIGLIO, cit., p. 875, il quale afferma che "a parte il profilo della legittimazione attiva, sotto tutti gli altri profili di disciplina la nullità relativa si comporta come quella assoluta". V. anche G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 293, il quale sottilmente distingue affermando che "altro è il potere-dovere del giudice di rilevare la nullità (anche in forza di elementi dedotti in giudizio dal non legittimato), altro il caso in cui la carenza di legittimazione conduca a una pronuncia di inammissibilità dell'esame del merito".

²⁷ V. in questo senso G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, op. cit., p. 244; A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *Riv. Studi e Materiali CNN*, 2/2005, p. 1607 ss., per i quali ancorché si tratti di nullità relativa che può essere fatta valere solo dall'acquirente, tuttavia deve ritenersi che sia rilevabile d'ufficio da parte del giudice, anche se "è necessario temperare gli obiettivi di tutela dell'interesse pubblico con le esigenze di protezione concreta del singolo contraente", per cui la

applicata rigidamente e indipendentemente da ogni valutazione legata alla concretezza del caso²⁸. La regola dell'art. 1421 c.c. deve essere letta anche alla luce di quanto prescrive il codice di procedura civile, per cui la nullità dovrà essere rilevata solo se risulti dagli atti acquisiti in giudizio (115 c.p.c.) e senza violare il principio della domanda (99 c.p.c.) e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (112 c.p.c.). In quest'ottica il giudice deve conformare il suo intervento officioso all'effettivo e concreto interesse del consumatore.

Ogni qualvolta si evidenzi nel processo un interesse della parte protetta a non far valere la nullità, il giudice non potrebbe rilevarla²⁹. Circa il modo in cui debba emergere, nel processo, l'interesse del contraente debole all'efficacia del contratto, appare condivisibile la posizione di chi ritiene necessaria una valutazione caso per caso, non senza precisare che il giudice deve, avvalendosi del potere-dovere di cui all'art. 183, comma 3, c.p.c., provocare il contraddittorio delle parti sulla questione della nullità relativa, al fine di far emergere eventualmente il suddetto interesse³⁰.

3. L'azione di nullità per il mancato rilascio e la mancata consegna della garanzia fideiussoria da parte del costruttore

Le riflessioni di cui sopra in merito alla nullità di protezione possono essere estese anche ai contratti relativi ad immobili da costruire³¹. Anche in questa materia coesistono, infatti, da un lato, le esigenze di tutela dell'interesse dell'acquirente persona fisica e, dall'altro, le esigenze di tutela dell'interesse al corretto funzionamento del mercato immobiliare, al fine di evitare vere e proprie emergenze sociali, quali quelle provocate negli ultimi anni dai ripetuti fallimenti di imprese costruttrici³².

Ed anche qui l'interesse del mercato è protetto in via riflessa, quale conseguenza della protezione accordata all'acquirente. Con la conseguenza che il rilievo d'ufficio della nullità non può che operare a favore dell'acquirente e deve quindi essere precluso ogni qualvolta possa

rilevabilità d'ufficio dovrebbe comunque ammettersi nel solo interesse del soggetto tutelato; G. RIZZI, *Decreto Legislativo 122/2005: La garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, in *Riv. Studi e Materiali*, 2/2005, p. 1033 ss.; G. PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 481.

²⁸ S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 169 ss.

²⁹ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 66 ss.; G. BONFIGLIO, cit., p. 896 ss.; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 688 ss.; Pret. Bologna 4 gennaio 1999, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 600, con nota adesiva di G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*.

³⁰ S. MONTICELLI, cit., pp. 689 ss.

³¹ In senso dubitativo, G. DE NOVA, *La garanzia fideiussoria del costruttore all'acquirente per la restituzione*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 3; A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *Riv. Studi e Materiali CNN*, 2/2005, p. 1607 ss.

³² Nel corso dei lavori preparatori della legge n. 210/2004, si era evidenziato, in base alle statistiche Istat, che 200.000 famiglie erano rimaste vittime di fallimenti immobiliari negli ultimi dieci anni.

risultare contrario agli interessi del medesimo. Un terzo aspetto, peraltro poco approfondito, appare la sorte, in termini di effetti giuridici, di queste nullità, nella fase di passaggio tra la nascita del contratto e l'eventuale sentenza che, su impulso di parte, ne accerti la nullità. Il contratto o la clausola nulla, prima dell'azione in giudizio della parte legittimata, ha effetto fra le parti o quantomeno limitatamente alla parte cui non è stata attribuita la legittimazione ad agire? Questo appare un punto ancora oscuro nelle riflessioni dottrinali. Una dottrina afferma che soltanto la sentenza accertativa della nullità determina il venir meno degli effetti contrattuali sanzionati con la nullità relativa³³.

Secondo tale orientamento, dunque, *nel caso del contratto avente ad oggetto un immobile da costruire, deve ritenersi che, nonostante la nullità relativa, il contratto stesso produca tutti i suoi effetti obbligatori e, una volta giunti alla fine dell'iter, anche gli effetti reali (traslativi o costitutivi), se nel frattempo l'acquirente non ne ha fatto valere la nullità; mentre se tale nullità viene fatta valere successivamente, si avrà la rimozione, con efficacia retroattiva, di tale effetto traslativo, proprio come avviene nel caso del contratto annullabile*³⁴.

In effetti caratteristica della nullità relativa è quella di attribuire al solo soggetto interessato il compito di decidere se far valere l'esistente nullità oppure se rinunciare ad agire in giudizio per farla dichiarare, nell'ipotesi che egli trovi più comodo tacere per evitare che sia posto nel nulla l'intero contratto o comunque per evitare che l'intera operazione posta in campo abbia per lui risvolti negativi.

Eppure, giocando fortemente sul rilievo che la legittimazione all'azione di nullità è soltanto di una parte negoziale, si è affermato che la sorte del negozio appartiene a questo soggetto, per la salvaguardia di un suo interesse particolarmente protetto dal legislatore, per cui la nullità rappresenta una sorta di strumento improprio offerto in mano ad un determinato soggetto negoziale, cui spetta la facoltà di utilizzazione e quindi indirettamente cui spetta di stabilire se una determinata clausola vietata possa o meno comparire nel negozio posto in essere³⁵.

E sulla stessa linea si pone l'osservazione che talvolta il legislatore, nello stabilire la nullità di una determinata clausola negoziale, ha espressamente fatto salvo l'intero negozio (è il caso dell'art. 36, primo comma del codice del consumo, il quale dispone che *"le clausole considerate vessatorie... sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto"*), il che conferma che lo stesso legislatore dà per scontato che l'interesse da tutelare va visto in chiave

³³ G. PETRELLI, cit., p. 246, il quale testualmente afferma che *la sentenza con la quale il giudice, accogliendo la domanda del contraente debole, "dichiara" nullo il contratto è, in realtà, una sentenza costitutiva*. E chiama a sostegno G. GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 1999, pp. 1332 ss.: quest'ultima Autrice, infatti, afferma che la nullità relativa costituisce una via intermedia, un *tertium genus* tra nullità assoluta e annullabilità, con le caratteristiche della prima (nullità assoluta), ma a legittimazione limitata. In senso contrario peraltro G. BONFIGLIO, cit., p. 902.

³⁴ G. PETRELLI, cit., p. 246.

³⁵ G. COSU, *Il compito del notaio alla luce delle recenti norme in tema di nullità di protezione*, in *Riv. Studi e Materiali CNN*, 1/2006, pp. 85 ss.

globale e non in chiave separata, evidenziando in tal modo indirettamente la differenziata flessibilità del concetto di nullità.

Si comprende agevolmente come queste discussioni dottrinali sono testimonianza di una sostanziale incertezza interpretativa nel classificare fattispecie di invalidità che, imposte nel nostro ordinamento per effetto di trasposizione integrale di normative comunitarie, dettate su impulso di diversi ordinamenti giuridici, stentano a trovare un adeguato spazio sistematico nel diritto italiano. Nell'ipotesi prospettata dall'art. 2 del d.lgs. 122/2005 (mancanza della garanzia fideiussoria), il rimedio della *nullità relativa* può risultare inutile.

La mancanza della garanzia fideiussoria rende nullo il contratto principale³⁶. Tale nullità è a legittimazione riservata (nullità relativa): può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, nel cui interesse la sanzione invalidante è posta³⁷.

È possibile presagire, però, l'inutilità di tale rimedio. Infatti, alla declaratoria di nullità del contratto seguirebbe semplicemente il diritto dell'acquirente al rimborso delle somme fino a quel momento versate. Questi, pertanto, verrebbe a trovarsi in una posizione pressoché identica a quella che la legge tende invece a scongiurare, cioè quando, verificatasi la situazione di «crisi», il costruttore non è più in grado di ultimare l'immobile ed il credito dell'acquirente si risolve nel diritto alla ripetizione degli acconti già corrisposti. In entrambi i casi, l'effettiva realizzazione del credito, a causa della mancanza della garanzia fideiussoria, è rimessa alla solvibilità dell'imprenditore. Conseguenza che il d.lgs. n. 122/05 offre all'acquirente una tutela efficiente a condizione che questi deduca la nullità del contratto in un tempo in cui il patrimonio del costruttore è ancora capiente; se invece, come appare verosimile, l'acquirente riterrà di avvalersi del rimedio posto a suo favore solo quando sono già manifesti i primi segni della crisi dell'imprenditore ed è incombente il definitivo fallimento dell'operazione edilizia, è probabile che alla dichiarazione di nullità del contratto non possa fare materialmente seguito alcun utile effetto restitutorio. È pur vero che questa nullità a legittimazione riservata finisce col configurare una sorta di *ius poenitendi*, sebbene realizzato attraverso l'impiego di uno strumento improprio, in quanto, in caso di mancanza della garanzia fideiussoria, l'acquirente

³⁶ Poiché al costruttore è fatto obbligo non solo di «procurare» la fideiussione, ma anche di «consegnarla» all'acquirente, occorre domandarsi se la nullità si produca anche nel caso in cui, stipulata un'adeguata garanzia, una copia del relativo contratto non venga materialmente consegnata al beneficiario. In tali circostanze, tuttavia, è difficile ravvisare un effettivo pregiudizio per l'interesse dell'acquirente, specialmente se la fideiussione è comunque esistente e l'acquirente è stato messo nelle condizioni di conoscerne il contenuto e di poterla escutere. Del resto, gli estremi del contratto accessorio devono essere indicati nel preliminare e l'acquirente potrà in ogni caso avvalersi della garanzia, pur senza possederne una copia.

³⁷ G. PETRELLI, cit., p. 244. La nullità in esame, pur assolvendo alla finalità di proteggere le ragioni dell'acquirente, non può essere interamente accostata alle «nullità di protezione» di cui all'art. 36 del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206); da queste, infatti, si differenzia in quanto non può essere rilevata d'ufficio dal giudice e perché colpisce l'intero contratto e non già le sole clausole sfavorevoli per l'acquirente. Di contrario avviso F. DI MARZIO, cit., p. 44 ss., secondo cui la disposizione in esame «introduce un'ennesima figura di nullità protettiva», in quanto posta a protezione immediata dell'interesse della parte debole del contratto e a tutela solamente mediata dell'interesse generale; pertanto, non esclude che la nullità possa essere anche rilevata d'ufficio dal giudice, quando ciò produce vantaggi per l'acquirente.

resta in facoltà di caducare in qualsiasi momento il vincolo contrattuale, deducendone la nullità. Ma, a ben vedere, tale eventualità non dovrebbe intimorire l'imprenditore sull'orlo della crisi: dalla nullità del contratto deriverebbe *in primis* l'effetto immediato della libera disponibilità dell'immobile – che il costruttore potrà quindi alienare a terzi, così reperendo rapidamente liquidità – salvo poi il diritto dell'acquirente a recuperare, con le difficoltà anzidette, gli acconti già versati. L'azione di nullità, quindi, potrebbe rivelarsi controproducente per lo stesso acquirente che, ponendo nel nulla il contratto, perde ogni diritto sull'immobile e converte le proprie pretese in un credito restitutorio di incerto realizzo. L'inadeguatezza del rimedio dipende, probabilmente, dall'inopportuna trasposizione al caso di specie delle usuali tecniche di tutela del contraente debole. Ma la protezione degli interessi di quest'ultimo può essere efficacemente realizzata mediante una serie di nullità di protezione soltanto se il «problema» è costituito da squilibri di natura giuridico-economica nel contenuto del contratto o da asimmetrie informative. In questo caso, invece, la tutela del contraente debole si attua imponendo al costruttore l'obbligo – inusuale nei rapporti fra privati – di stipulare un negozio accessorio a garanzia dell'adempimento di quello principale. È di tutta evidenza che, all'inosservanza di quest'obbligo, la declaratoria di nullità del contratto principale costituisce una soluzione non congruente³⁸. Sarebbe stato più opportuno approntare un rimedio specifico, quale avrebbe potuto essere la previsione di un apposito fondo di garanzia³⁹ o dell'obbligo per il costruttore di accantonare gli acconti versati dall'acquirente fino al definitivo trasferimento della proprietà.

Stante l'imprescrittibilità del regime di nullità, si è ipotizzato che questa potrebbe essere fatta valere dall'acquirente in qualsiasi momento e, in ipotesi, anche dopo la verifica dell'effetto traslativo reale, fatto salvo il caso in cui in cui questo si realizzi per mezzo di un contratto definitivo che si sostituisce a quello preliminare nullo. Ma ciò potrebbe condurre a risultati iniqui, consentendo all'acquirente di far valere il vizio anche dopo essere entrato nella piena titolarità del diritto dominicale sull'immobile, cioè allorquando la garanzia fideiussoria, nella specie mancante, avrebbe comunque finito di esplicare i propri effetti protettivi. Appare dunque preferibile ritenere che, verificatosi l'effetto traslativo, l'acquirente non può più far valere la nullità del contratto, difettando di interesse ad agire in giudizio⁴⁰.

³⁸ Osserva invece F. DI MARZIO, op. ult. cit., p. 45, che la peculiarità del fatto che la nullità dipende da un dato estrinseco al contratto (la mancanza della fideiussione) si stempera se posta a raffronto con altre ipotesi previste dal nuovo diritto dei contratti, quali la nullità delle intese anticoncorrenziali o del contratto concluso con abuso della propria posizione dominante o sfruttamento dell'altrui dipendenza economica.

³⁹ L'acquirente sprovvisto di polizza fideiussoria non può avvalersi del «Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire» di cui all'art. 12 d.lgs. n. 122/05, giacché, ai fini dell'accesso alle prestazioni del fondo, devono risultare nei confronti del costruttore, a seguito della sua insolvenza, procedure implicanti una situazione di crisi non concluse in epoca antecedente al 31 dicembre 1993 né aperte in data successiva a quella di emanazione dello stesso d.lgs. n. 122/05. Si tratta, quindi, di un istituto di portata meramente transitoria.

⁴⁰ G. PETRELLI, cit., p. 263; A. RE e G. SCALITI, cit., p. 59.

Considerata la parziale inutilità del rimedio invalidante e considerato che il venditore è obbligato *ex lege* a contrarre la garanzia fideiussoria, potrebbe essere interessante verificare se all'acquirente competa anche la tutela in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c.; se, in altri termini, questi possa – anziché far valere la nullità del contratto – pretendere che il costruttore stipuli la fideiussione in suo favore. La percorribilità di questa soluzione appare tuttavia ostacolata dalla circostanza che la garanzia di cui l'acquirente chiederebbe la costituzione coattiva deve essere prestata da un soggetto terzo ed indeterminato (purché risponda ai requisiti soggettivi di cui all'art. 3 d.lgs. n. 122/05), certamente estraneo al rapporto processuale e non obbligato, né obbligabile, a prestare il proprio consenso.

Semmai, potrebbe essere meno arduo percorrere la via dell'azione per risarcimento danni (per inadempimento) per equivalente, anziché in forma specifica. In particolare, considerato che il danno conseguente il mancato rilascio della polizza fideiussoria si concretizza solo quando si avverano le condizioni che ne avrebbero consentito l'escussione – cioè se e quando l'imprenditore entra in «crisi» – l'acquirente che, senza rinunciare all'immobile e quindi senza dedurre la nullità del contratto, intenda cautelarsi contro i maggiori rischi derivanti dal fatto di non poter fare affidamento sulla garanzia di cui all'art. 2 d.lgs. n. 122/05, potrà tentare di ottenere un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* che imponga al costruttore l'accantonamento degli acconti man mano riscossi ovvero il loro sequestro conservativo⁴¹. In altri termini, l'acquirente potrebbe tutelarsi contro il danno conseguente alla mancata prestazione della garanzia, cioè la possibile perdita di quanto anticipato al venditore, nel momento in cui si verifica la crisi del costruttore, tentando di ottenere, in pendenza del giudizio di risarcimento danni per l'equivalente, il rilascio di un provvedimento d'urgenza⁴². Va però evidenziato che tale tesi sembra non considerare che «la crisi del costruttore» può essere incompatibile con le suddette cautele (basti pensare che lo stato di crisi può essere anche l'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale che preclude le azioni cautelari) e poi omette di chiarire quando sarebbe possibile chiedere l'uno o l'altro rimedio processuale.

4. Il problema dell'azionabilità della nullità relativa successivamente all'acquisto della proprietà dell'immobile ultimato

⁴¹ L'alternativa fra i due rimedi processuali (provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* e sequestro conservativo) non è priva di conseguenze pratiche. Infatti, ai sensi del sesto comma dell'art. 669-*octies* c.p.c., nel secondo caso, ma non nel primo, occorrerebbe instaurare il giudizio di merito volto ad accertare l'effettiva esistenza del credito cautelato; senonché detto credito – cioè il diritto alla restituzione degli acconti versati – sorge solo al verificarsi della «crisi» del costruttore, cioè in un momento futuro ed ipotetico.

⁴² In tal senso C. D'ARRIGO, cit., p. 939.

Secondo l'orientamento prevalente l'azione di nullità, anche se relativa, deve ritenersi imprescrittibile⁴³. Non si ritiene, quindi, applicabile il termine ordinario di prescrizione, non reputandosi a tal fine rilevanti l'efficacia provvisoria del negozio relativamente nullo o la natura costitutiva dell'azione di nullità relativa.

In ogni caso, è certo che nell'attuale sistema normativo non vi è apparentemente alcuna preclusione all'esperimento dell'azione di nullità, ad opera dell'acquirente, successivamente al momento in cui sia stata da lui conseguita la proprietà del fabbricato, ultimato ed agibile. Non si può non evidenziare, tuttavia, che in tal caso l'azione di nullità appare iniqua, in quanto si va a sacrificare l'interesse del costruttore e, soprattutto, quello della successiva circolazione immobiliare, pur in assenza della fideiussione, quando l'interesse fondamentale dell'acquirente è stato ormai soddisfatto⁴⁴. A conclusioni analoghe può peraltro giungersi sulla base dei principi generali e, in particolare, prendendo in considerazione l'istituto della convalida tacita del contratto ex art. 1444, comma 2, c.c., che deve ritenersi analogicamente applicabile alla nullità relativa del contratto. Premesso che per convalida tacita si intende qualsiasi comportamento negoziale incompatibile con la volontà di avvalersi dell'azione di nullità, in conformità all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, l'accettazione in consegna del fabbricato, una volta che lo stesso sia ultimato, o l'esecuzione della prestazione dell'acquirente, titolare dell'azione di nullità, sono certamente idonei ad integrare il comportamento suddetto. Ne consegue che nella stragrande maggioranza dei casi, a seguito del trasferimento della proprietà del fabbricato di cui è stata ultimata la costruzione, e a maggior ragione in conseguenza dell'eventuale rivendita a terzi, la nullità relativa dovrà ritenersi sanata per effetto della convalida tacita ad opera dell'acquirente⁴⁵.

Peraltro, anche senza considerare l'effetto di convalida tacita, l'azione di nullità non potrà essere esercitata nel suddetto caso, in quanto vi osta la mancanza dell'interesse ad agire dell'acquirente, ex art. 100 c.p.c.: quest'ultimo, come chiarito dalla giurisprudenza, "consiste nell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice⁴⁶", ed esige la "prova, da parte dell'attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno

⁴³ Nel senso dell'imprescrittibilità, con riguardo alla nullità prevista dall'art. 2, comma 1, del decreto 122/2005, vedi F. CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 5. In tal senso G. BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L. 210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in *Riv. not.*, 2005, p. 736 ss.

In ordine alle nullità relative in genere, per l'imprescrittibilità cfr. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 103; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 77.

⁴⁴ Sul punto, in senso critico, A. PAOLINI e A. RUOTOLO, cit., p. 1607 ss.

⁴⁵ Cfr. G. PETRELLI, cit., p. 262.

⁴⁶ Cass. 28 luglio 2004, n. 14194, in *Foro it.*, voce *Procedimento civile*, n. 168; Cass. 25 febbraio 2002, n. 2721, in *Foro it.*, voce *Procedimento civile*, n. 142.

alla propria sfera giuridica”⁴⁷; o ancora, “interesse attuale e concreto ad evitare un pregiudizio patrimoniale”⁴⁸. Ancora più chiaramente, si è precisato che l’interesse ad agire sussiste solo “quando vi sia bisogno della tutela di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo e l’intervento richiesto al giudice sia necessario per rendere concreta ed effettiva la protezione accordata dall’ordinamento all’interesse sostanziale leso o minacciato; non basta quindi un interesse di mero fatto o un interesse generico all’attuazione della legge o ad un’astratta affermazione di principio o che si ricollegli a fatti eventuali o ipotetici, ma deve trattarsi di un interesse concreto e determinato di carattere giuridico”⁴⁹.

Per quanto concerne l’azione di nullità relativa, alla quale è legittimato il solo contraente debole, l’interesse ad agire può essere quindi individuato in quello ad ottenere l’effetto “costitutivo”⁵⁰ della pronuncia di nullità, e quindi la caducazione retroattiva del contratto e dei suoi effetti allorché vi sia stata lesione della posizione giuridica del soggetto legittimato e conseguente sacrificio dell’interesse tutelato dalle norme imperative: ottenendo viceversa la pronuncia di nullità, il contraente debole conseguirebbe una tutela di tipo ripristinatorio nel caso in cui il contratto non è stato idoneo a soddisfare l’interesse primario al quale era rivolto⁵¹. A tal fine la giurisprudenza ha correttamente affermato che deve essere attuale “il rapporto di utilità corrente tra la lesione di un diritto, che è stata affermata, e il provvedimento di tutela giurisdizionale che viene domandato”; e che “l’attualità di una concreta lesione del diritto e di un conseguente danno, subito da colui che agisce in giudizio, va riguardata con riferimento non già al momento in cui l’atto, che si assume nullo, sia stato posto in essere, ma al momento in cui si propone la domanda”⁵².

Alla luce di tale interpretazione, la nullità relativa derivante dall’articolo 2 del d.lgs. 122/2005 non può essere invocata dopo il trasferimento della proprietà del fabbricato ultimato. Questo perché accogliere una richiesta di nullità non porterebbe alcun beneficio nella sfera giuridica dell’acquirente e non gli eviterebbe alcun danno patrimoniale: al contrario, il contratto ha già

⁴⁷ Cass. 15 aprile 2002, n. 5420, in *Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 485; Cass. 7 gennaio 2002, n. 88, in *Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 486; Cass. 17 marzo 1981, n. 1553, in *Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 256.

⁴⁸ Trib. Napoli 31 ottobre 1991, in *Società*, 1992, p. 679, con nota di V. SALAFIA, *Chiarezza del bilancio: documenti allegati e chiarimenti in assemblea*.

⁴⁹ Trib. Napoli 10 novembre 1997, in *Società*, 1998, p. 447.

⁵⁰ La sentenza che pronuncia la nullità relativa è di natura costitutiva, a differenza della declaratoria di nullità assoluta che ha natura dichiarativa e di mero accertamento. In quest’ultimo caso, come in genere per tutte le azioni di mero accertamento, l’interesse ad agire è invece rappresentato dall’eliminazione dell’incertezza in ordine all’esistenza ed alla validità del negozio nullo: E. FABIANI, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 545 ss. (ove anche una completa rassegna giurisprudenziale in tema di interesse ad agire); L. MONTESANO, *Appunti sull’interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 253; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 167; Cass. 9 marzo 1982, n. 1475, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 3108.

⁵¹ G. PETRELLI, cit., p. 263 e 264.

⁵² Cass. 9 marzo 1982, n. 1475, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 3109 e 3110.

soddisfatto il suo obiettivo principale, ossia il conseguimento della proprietà del fabbricato completato. Inoltre, un'eventuale azione legale dell'acquirente, che ha già accettato la prestazione del costruttore, non sarebbe accompagnata da un interesse concreto ad agire e potrebbe addirittura configurare un comportamento contrario ai propri precedenti, chiaramente inammissibile.

Per quanto riguarda la possibilità di rilevare d'ufficio la nullità relativa, si è notato che ciò può avvenire solo se funzionale alla protezione degli interessi dell'acquirente, rendendo sostanzialmente improponibile il rilievo d'ufficio una volta che l'obiettivo del contratto sia stato raggiunto.

In conclusione, non vi è una preclusione testuale all'azione di nullità per effetto del conseguimento della proprietà, ma nella pratica l'azione di nullità sarà preclusa a causa della convalida tacita del contratto nullo e per mancanza di interesse ad agire dell'acquirente, che determina la conseguente preclusione anche del rilievo d'ufficio della nullità.

Ida D'Ambrosio

Ricercatrice in Diritto dell'Economia presso l'Università Giustino Fortunato



BRUNO SASSANI

La Rivista *Judicium*

L'a. interviene alla tavola rotonda su "Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile".

The author contributes to the panel discussion on Identity, complementarity and relevancy of editorial sources of civil procedural law'.

Grazie a tutti gli Amici napoletani. Per me è un ritorno: insegnavo in un'altra delle Facoltà partenopee ma a lungo ho fatto parte delle commissioni di esame del professor Verde, proprio qui "*a Mezzocannone*". Ricordi che si risvegliano.

Judicium. Prodotto eterogeneo, ci vuol poco a capirlo: un *freak* rispetto alle Riviste che ci illustra e celebra stamane, che conosciamo e leggiamo. La cosa importante, però, è che *Judicium* nasce senza programmazione: senza piani, senza comitati scientifici, senza progetti, in libertà, trova miracolosamente la sua autoregolamentazione. Fondamentalmente una scommessa vinta.

Due parole sulla storia di questa scommessa: all'estero mi ero imbattuto nell'insegnamento universitario assistito da internet. In Italia eravamo agli albori, e iniziando il mio corso di procedura a Tor Vergata, ho cominciato a servirmi di una sorta di manuale *online*, riuscendovi con l'aiuto di un innovativo editore napoletano (*Scriptaweb*: il nome è un programma) che mi permise di evitare la piattezza del *blog*, elaborando un prodotto di una certa raffinatezza: non quindi dispense rovesciate su uno schermo ma impaginazioni esemplari e ipertesti (si cliccava e veniva fuori il testo dell'articolo, e poi segnalibri, evidenziatori, addirittura test di autovalutazione). Avanguardia, ma avanguardia zoppa perché purtroppo a quell'epoca per collegarti dovevi usare ancora il modem di mamma, a casa. C'era una linea telefonica soltanto e se la usavi per consultare il manuale di procedura, nessun altro in famiglia telefonava. Di qui il ricorso al *print-on-demand*: il sistema funzionava con questi limiti.

In questo contesto di luci ed ombre affiora l'idea di provare a vedere se può funzionare un'esposizione *online* della nostra storica mercanzia fatta di saggistica di vario livello, giurisprudenza e relativi commenti (Ferruccio se lo ricorderà: eravamo a Campobasso, nel 2002 mi pare, quando abbiamo cominciato ad articolare la possibilità di scaricare *online* "pensieri vaganti": di chi? Mah, ci siamo detti: di chi vorrà partecipare all'impresa. Si ricorderà anche che la *cover page* – una *Lettera 22 Olivetti* – era *design* casalingo di mia sorella).

Chi c'era? Siamo partiti in quattro gatti: con Ferruccio, Francesco Luiso, Roberta Tiscini, Mauro Bove, Bruno Capponi (ma mi piace ricordare anche persone oggi presenti in sala Antonella Raganati e Rita Lombardi, Elena D'Alessandro e Gianni Giacalone). Alcuni di loro avevano un precedente: le mitiche riunioni della redazione di *Giustizia civile* che si tenevano alla fine degli anni Novanta (nell'avversione di altri condirettori: regola d'oro è non disturbare facendo di più e con entusiasmo chi si limita a svolgere le proprie funzioni). Si era così creata una piccola

collettività ben disposta a fare qualcosa. Partecipavano vari magistrati (Gianni Giacalone se lo ricorda bene) che venivano alle riunioni con le loro sentenze, e molti ragazzi che scoprivano con sorpresa l'esistenza di un'arte della "massimazione". Persone che si divertivano: perché allora non affacciarsi all'*online*? Nessuno pensava lontanamente di fare concorrenza a riviste storiche come la *Processuale* e la *Trimestrale*, ma forse si poteva almeno evitare il peggio che si pagava aspettando (non l'anno attuale ma) i sei o nove mesi della pubblicazione delle sentenze e delle loro annotazioni. Se c'è una sentenza che ci piace, o che non ci piace, se c'è una sentenza che merita di essere conosciuta, la pubblichiamo e la commentiamo subito, ma proprio subito! Uno dei primi *scoop* fu addirittura la decisione dell'Antitrust americano di condanna di Microsoft: ne parlavano i giornali, l'abbiamo cercata *online* e pubblicata per esteso. È da questo impulso che nasce *Judicium*.

Il piano tecnico? Se non ci fosse stata Silvia Izzo non avremmo combinato nulla (apro una parentesi: Silvia, tra l'altro, negli anni ci ha rimesso di tasca sua: sapete che ogni tanto i siti spariscono, perché ci si è dimenticati di pagare un certo balzello annuale? A Pisa c'è un apposito ente esattore, non so in nome di che: bene Silvia ha provveduto per anni al ripristino del sito *Judicium* che ogni tanto misteriosamente spariva. Bruno Capponi mi chiamava alle 8 del mattino: "È sparito *Judicium*"! Poi Silvia rimediava in serata recuperando credenziali e versando il balzello: il sito riappariva il giorno dopo e ... io resto ancora debitore di Silvia). Silvia Izzo comunque è la prima caporedattrice e segretaria di redazione, è lei che materialmente infila nello schermo quel che disordinatamente mi arriva. Tutto, come si vede, funzionava in maniera molto, molto artigianale: senza nomi di direttori, senza comitati scientifici, si autorealizzava l'attività di un piccolo gruppo mosso da curiosità, amicizia e piacere di scrivere. Col tempo, la palla di neve diventa inaspettatamente valanga: il successo è spontaneo, l'iniziativa si è allargata in maniera indipendente ed autonoma. Da parte mia, nella sostanza, non ho fatto altro che raccogliere una risposta collettiva.

Questo va a merito della nostra piccola collettività. Ad un certo momento, ai ragazzi del gruppo originario cominciano ad aggiungersi processualisti di nome: già dal 2005 troviamo scritti di (sono i primi a venirmi in mente, mi scuso di inevitabili dimenticanze) Giovanni Verde, Giuseppe Tarzia, Federico Carpi, Andrea Proto Pisani (pensate: Andrea, che non usa nemmeno la macchina da scrivere, a favore delle sue penne colorate, già una ventina di anni fa lasciava qualcosa su *Judicium*). All'epoca si trattava di un fenomeno quasi impensabile, ma questa presenza di nomi rassicuranti (timida all'inizio, poi sempre più normale) ha spinto i giovani che in qualche modo volevano avvicinarsi alla vita accademica, o anche solo volevano confrontarsi con gli studi processualistici: tra vecchi e giovani *Judicium* ha fatto da collante.

Sento di dover esser grato alla collettività dei processualisti che si è riconosciuta in *Judicium*, e che ha fatto sì che non soffrisse mai di scarsità di contributi. Ad un certo momento, dopo tanti anni, è arrivato il conferimento della c.d. "*classe A*" (forse non tutti sanno che la "*classe A*" era stata richiesta per la più tradizionale Rivista omonima inserita ad un certo momento

nel sito su iniziativa dell'editore Pacini, che negli ultimi anni ha rilevato lo sforzo editoriale. Ma il giudizio dell'*Anvur* è stato globale e ha investito il sito *online*: ce l'hanno data e ce la teniamo). La classe A ha fatto sì che molti colleghi bussassero alla porta per l'urgenza di far pubblicare gli allievi. Ottima cosa, ma va detto che l'incremento dei contributi successivo al passaggio in classe A non è tale da ascrivere alla promozione un ruolo decisivo rispetto al panorama che si era già stabilizzato in precedenza. Qualcuno non avrebbe evidentemente pubblicato su *Judicium* perché non avrebbe soddisfatto i bisogni burocratici di cui si è parlato tanto stamattina, ma l'aumento non è stato rivoluzionario. Oggi siamo a picchi di circa 2000 accessi in dati giorni, il che, fatte le debite proporzioni, è una cosa quasi da sito pornografico: se contiamo gli abbonati delle Riviste cartacee, e li compariamo a questi accessi, il numero è nettamente soverchiante. Certo, siti come *Altalex* (o *Filodiritto* o tanti altri degnissimi siti) "fanno" più accessi di *Judicium*, ma si può stabilire un rapporto tra questi e *Judicium*? Fuori dalla modalità online (fuori cioè dal fatto di essere tutti *website* di diritto e di seguire l'attualità) è difficile stabilire un rapporto. Si ha a che fare più che altro con "vetrine di informazione", informazione essenzialmente volta alla presentazione delle novità legislative e giurisprudenziali ed appoggiata su commenti di natura prevalentemente esegetica che non mi sentirei di definire "scientifici" nel senso pieno del termine. Nessuno di essi ha lo spirito di *Judicium*, al quale ci si avvicina nella consapevolezza che si troverà qualcosa che inevitabilmente supera la mera segnalazione.

Col tempo, il flusso autoalimentato è fuoriuscito anche dal diritto processuale civile, perché *Judicium* ospita contributi di diritto civile, diritto pubblico, diritto amministrativo; pubblica anche contributi in lingua straniera, ed ha una particolarità: centinaia di accessi vengono dall'America latina. Abbiamo un grande mercato: l'italiano è lingua perdente rispetto ad altre lingue, all'inglese soprattutto, ma per l'America latina gli italiani e la letteratura giuridica italiana sono ancora un mito. Chiunque di noi ha fatto un convegno in Brasile o in Argentina sa con quali tappeti rossi siamo ricevuti: si può parlare in Italiano, ci ascoltano con grande interesse e senza traduttore. Come ci accorgiamo di questo vasto pubblico latinoamericano? Innanzitutto dagli orari, grazie a *software* che registrano gli orari di accesso: se qualcuno si collega alle 3 di notte, è molto probabile che stia dall'altra parte dell'Oceano. È difficile che qualcuno lo faccia a quell'ora dall'Italia. Poi ci sono i suffissi degli indirizzi e scopriamo che il numero di partecipanti dall'America latina è enorme.

L'aspetto organizzativo di questa passione faticosa, ad un certo momento è passato da Silvia Izzo a Paola Licci che, debbo ricordare, si è fatta in quattro quando Silvia ha avuto troppo da fare e ha lasciato a Paola il compito di *editor*. L'impresa poi, come detto, ad un certo momento ha avuto bisogno di un supporto: è entrato l'editore Pacini, con l'idea di una rivista cartacea con lo stesso nome, con tutti i rischi connessi perché, come si può ben capire, il sito rischia di cannibalizzare la Rivista. È un problema che ci si pone spesso e che dobbiamo ancora affrontare a fondo. Con un editore che, giustamente, vuol comportarsi da editore e con le

esigenze delle classificazioni Anvur sono poi arrivati il Comitato Editoriale, i Comitati scientifici ecc. Cari amici, credetemi: tutto ciò è, sostanzialmente, sovrastruttura. La Rivista la fa la collettività. Una collettività spontanea, non io e non i miei autorevoli colleghi.

Bruno Sassani
Emerito dell'Università di Roma Tor Vergata

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCleC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



DAVIDE CASTAGNO

Audience de règlement amiable (ARA) e césure du procès (CP): due recenti riforme francesi verso un processo “modulare”

Lo scritto intende illustrare due istituti processuali da poco introdotti in Francia al fine di incentivare ulteriormente una cultura di risoluzione delle liti alternativa al giudizio. Benché tra loro profondamente diversi, *audience de règlement amiable* (ARA) e *césure du procès* (CP) ambiscono entrambi allo sviluppo di un sistema di giustizia plurale e versatile, capace di adattarsi maggiormente ai bisogni delle parti. Dopo aver passato in rassegna le caratteristiche essenziali dei due istituti, i loro punti di forza e le potenziali criticità, l’A. si interroga infine sul loro possibile impiego anche nel processo civile italiano.

The text aims to illustrate two procedural institutes recently introduced in France with the aim of further promoting a culture of dispute resolution alternative to litigation. Although different from each other, *audience de règlement amiable* (ARA) and *césure du procès* (CP) both aspire to the development of a plural and versatile justice system, capable of adapting more closely to the needs of the parties involved. After reviewing the essential characteristics of the two institutes, their strengths, and potential criticisms, the author finally reflects on their possible implementation in the Italian civil process.

Sommario: 1. Premessa: genesi di una riforma condivisa – 2. La *audience de règlement amiable* (ARA): origine dell’istituto – 2.1. Ambito di applicazione – 2.2. La decisione di procedere in ARA – 2.3. Il giudice dell’ARA – 2.4. Lo svolgimento dell’ARA – 2.5. Esito dell’ARA e risvolti processuali – 3. La *césure du procès* (CP): aspirazioni e ispirazioni – 3.1. Forma della domanda e decisione del giudice – 3.2. Sentenza parziale e prosecuzione del procedimento – 4. Osservazioni conclusive: *regards croisés*

1. Premessa: genesi di una riforma condivisa

Con l’idea di mettere la giustizia al “*cœur du débat citoyen*”, il 18 ottobre 2021 il presidente francese Emmanuel Macron avviava a Poitiers i c.d. “Stati generali della giustizia”. Si è trattato di una delle più grandi consultazioni nazionali, volta a permettere al maggior numero di persone, cittadini e professionisti, di esprimersi sulla propria esperienza con il sistema giustizia, civile e penale, e di avanzare delle proposte di riforma¹.

Conclusasi la prima fase del progetto, nel dicembre 2021, i risultati delle consultazioni effettuate (oltre un milione) sono stati oggetto dei lavori di sette diversi *ateliers thématiques*, formati da professionisti incaricati di formulare delle proposte di intervento². In parallelo,

¹ Per maggiori informazioni v. www.participation-citoyenne.gouv.fr e www.justice.gouv.fr.

² Queste, in particolare, le sette aree tematiche: *justice civile* ; *justice pénale* ; *justice économique et sociale* ; *justice de protection* ; *prison et réinsertion* ; *missions et statuts* ; *pilotage des organisations*.

cinquanta cittadini di età e provenienza diversa hanno preso parte ai c.d. “ateliers délibératifs”, nei quali si sono approfonditi i vari argomenti di dibattito.

I lavori dei due ateliers sono quindi confluiti in un atelier de convergence, nel quale si è deciso di concentrare la discussione su dodici proposte considerate prioritarie. Tra queste, in particolare, figurava la necessità di “favorire le procedure alternative ai tribunali nella materia civile”³.

Le proposte finali sono state vagliate e sviluppate dal Comitato degli Stati generali, che nel luglio 2022 ha presentato al Ministro della giustizia la sua relazione conclusiva dal titolo “Rendre justice aux citoyens”⁴. Tra i punti nodali della relazione, per quanto di interesse, si menzionava la ridefinizione del “perimetro di azione” del giudice civile, mediante una profonda riflessione sul “valore aggiunto” del suo intervento e sul ruolo da riconoscere ai diversi modi di risoluzione della controversia alternativi al giudizio⁵.

Il 5 gennaio 2023, in seguito ai risultati di questa riflessione condivisa, il Ministro della giustizia presentava un Piano di azione con sessanta misure per rendere la giustizia più efficace, tra cui l’aumento delle risorse umane e finanziarie, la riorganizzazione degli uffici giudiziari e la semplificazione e modernizzazione del processo penale. Nel settore civile, inoltre, facevano la loro comparsa due “misure innovative” finalizzate a favorire una soluzione della lite alternativa a quella giudiziale, vale a dire la *audience de règlement amiable* (ARA) e la *césure du procès* (CP).

Tali misure sono state infine introdotte nel codice di procedura civile per opera del *Décret n° 2023-686* del 29 luglio 2023, recante “*mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire*”, e si applicano alle controversie introdotte a partire dal 1° novembre 2023⁶.

2. La *audience de règlement amiable* (ARA): origine dell’istituto

Contenuta nei nuovi articoli da 774-1 a 774-4 del *Code de procédure civile* (d’ora in avanti, CPC), la disciplina della *audience de règlement amiable* prevede che il giudice investito di una lite, avente ad oggetto diritti disponibili, possa rimettere le parti ad un’apposita udienza detta

³ V. *Etats généraux de la Justice. Compte rendu des ateliers de convergence. 31 janvier 2022, Partie 1 : Présentation de l’atelier de convergence*, in www.justice.gouv.fr, p. 4.

⁴ V. *Rendre justice aux citoyens, Rapport du comité des États généraux de la justice, Avril 2022*, in www.justice.gouv.fr. Sul tema v. inoltre M. LARTIGUE, *Procédure civile : les grands axes de la politique de l’amiable lancée par la Chancellerie*, in *Gaz. Pal.*, 31 gennaio 2023, n° 3, p. 3.

⁵ In particolare, si legge nel rapporto: «Face à une demande de justice quasi infinie et des ressources de plus en plus contraintes, il convient de donner à chacun la capacité de conduire et de participer le plus possible au règlement de son litige. Les modes de résolution amiable doivent ainsi être encouragés et développés afin de permettre aux citoyens de devenir acteurs du règlement du conflit et parties prenantes de la solution, favorisant le caractère durable de celle-ci, sans pour autant démultiplier les missions du juge en lui conférant un rôle supplémentaire de conciliation» (p. 107).

⁶ *Audience de règlement amiable e césure du procès* si applicano anche alle collettività d’oltremare di Wallis e Futuna in virtù dell’art. 1757 CPC.

di “*règlement amiable*”. Tale udienza, che si svolge davanti a un giudice diverso da quello precedente, è finalizzata a cercare una risoluzione consensuale della controversia, mediante “il confronto equilibrato” dei diversi punti di vista, la valutazione dei bisogni, delle posizioni e degli interessi delle parti in causa e la comprensione dei principi giuridici applicabili alla controversia.

L’istituto, di dichiarata ispirazione canadese, e in particolare del Québec, risente altresì dell’influenza belga⁷. Conosciuto in entrambi i paesi con l’acronimo di CRA, nel primo caso il riferimento è alla *conférence de règlement amiable*, mentre nel secondo alle *chambres de règlement à l’amiable*.

In Québec, la *conférences de règlement amiable* si sviluppa sul finire degli anni ’90 grazie all’attività di alcuni magistrati – e in particolare a quella di Louise Otis, giudice alla *Cour d’appel* – che per far fronte all’eccessivo numero di domande avviò per prima una sorta di mediazione giudiziale in seno alla corte⁸. Il progetto, che ebbe un largo successo tra il 1997 e il 1998, a partire dagli anni 2000 fu esteso anche alla *Cour supérieure* (che nel sistema giudiziario del Québec è un tribunale di primo grado) e poi inserito all’interno del codice di procedura civile (agli artt. 151-14 ss.) nel 2002 (v. *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, LQ 2002, c 7). Confermata nel nuovo codice di procedura civile del 2016 (v. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, LQ 2014, c 1), la *conférence de règlement amiable* è applicabile sia ai procedimenti in primo grado di competenza della *Cour du Québec* e della *Cour supérieure* (ai sensi degli artt. 161 ss.) sia ai procedimenti d’impugnazione davanti alla *Cour d’appel* (in virtù dell’art. 367), fermo restando in entrambi i casi il necessario consenso delle parti in causa⁹. Per i procedimenti di valore inferiore a 100.000 \$ di competenza della *Cour du Québec*, infine, a partire dal 30 giugno 2023 lo svolgimento di una *conférence de règlement amiable* preliminare al giudizio è divenuto obbligatorio, a prescindere dalla volontà delle parti (così infatti dispone il nuovo art. 535-12, introdotto dalla *Loi visant à améliorer l’efficacité et l’accessibilité de la justice, notamment en favorisant la médiation et l’arbitrage et en simplifiant la procédure civile à la Cour du Québec*, LQ 2023, c 3)¹⁰.

⁷ V. É. DUPONT-MORETTI, *Plan sur les États généraux de la justice, Discours*, 5 janv. 2023, in www.vie-publique.fr.

⁸ Cfr. L. OTIS, *Canada (Québec), Premier système de justice médiatoire intégré*, in *Panorama du médiation du monde, La médiation, langage universel de règlement de conflits, Premières assises internationales de la médiation judiciaire (Actes du colloque de Paris des 16 et 17 octobre 2009)*, a cura di B. Brenneur, in www.observatoire-des-mediations.org, p. 178 s.

⁹ Il criterio di riparto della competenza dei due tribunali di primo grado si basa principalmente sul valore economico della causa. Di norma, la *Cour du Québec* è infatti competente per le cause di valore inferiore a 75.000 \$ mentre la *Cour supérieure* per quelle di valore superiore a 100.000 \$. Per le cause di valore compreso tra 75.000,00 \$ e 99.999,99 \$, infine, sussiste una competenza concorrente tra le due corti, che possono essere adite indifferentemente a discrezione del ricorrente.

¹⁰ Sul tema, v. J.-F. ROBERGE, *L’évolution de l’amiable au Québec et la conciliation par le juge*, in *La conciliation par le juge: vers quels horizons ?*, Actes de la journée du 30 mars 2023, a cura di L. Mayer e J.-F. Roberge, in *JCP G*, 2023, *supp. au n° 24*, p. 31 ss.; S.K. MORIN, *Regards croisés sur la proposition d’Audience de règlement amiable en droit français et la Conférence de règlement à l’amiable du droit québécois*, in www.village-justice.com, 2023; P. BELIVEAU, *La Conférence de Règlement à l’Amiable (CRA) au Québec et la médiation dans le domaine judiciaire en France. Réflexions sur de possibles convergences*, in

In Belgio, invece, le *chambres de règlement à l'amiable* sono state introdotte nel 2013, con applicazione limitata alle controversie familiari (v. *Loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse du 30 juillet 2013*)¹¹. Ai sensi dell'art. 76 del *Code Judiciaire* (per come modificato nel 2014 dalla *Loi portant modification et coordination de diverses lois en matière de Justice*, d'ora in poi CJ), il *Tribunal de la famille*, che costituisce una sottosezione del *Tribunal de la famille et de la jeunesse*, a sua volta sezione del *Tribunal de première instance*, è infatti composto da una *chambre de la famille* e da una *chambre de règlement à l'amiable*. A tale organo, costituito da un giudice unico appositamente formato in materia di mediazione, le parti potevano rivolgersi direttamente o su invito del giudice investito del ricorso giudiziale, al fine di tentare una conciliazione alternativa alla soluzione contenziosa (v. art. 731 CJ previgente). In seguito alla formale introduzione della conciliazione tra i compiti del giudice, avvenuta nel 2018¹², altri tribunali hanno deciso di dotarsi in via autonoma di una *chambre de règlement à l'amiable*¹³. Dallo scorso gennaio, infine, la *Loi portant dispositions diverses en matière civile et judiciaire*, del 19 dicembre 2023, ha previsto l'istituzione delle *chambres de règlement à l'amiable*, in via generalizzata, anche per il *Tribunal civil* (art. 76 CJ), per il *Tribunal du travail* (art. 81 CJ), per il *Tribunal de l'entreprise* (art. 84 CJ), nonché per la *Cour d'appel* (art. 101 CJ) e per la *Cour du travail*, competente per i giudizi di appello in materia di lavoro (art. 104 CJ).

2.1. Ambito di applicazione

In Francia, ove il diverso acronimo dell'istituto è dipeso dal fatto che il termine "CRA" era già in uso per indicare i *centres de rétention administrative*, l'introduzione della *audience de règlement amiable* è stata da subito considerata come un tentativo di far riemergere la funzione conciliativa del giudice, normativamente prevista dall'art. 21 CPC ("*il entre dans la*

www.anm-mediation.com, 2022; M. LEMELIN, *Le procès, c'est forcément un gagnant et un perdant ; ce que vise la conférence de règlement à l'amiable, ce sont deux gagnants !*, *Entretien avec François Rolland*, in *Négociations*, 2017/2, n° 28, p. 151 ss.

¹¹ Cfr. D. PIRE, *La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse*, in *Act. dr. fam.*, 2013/9, p. 183 s.; A.-M. BOUDART e C. VANDER STOCK, *La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies*, *ivi*, 2014/6, p. 174 ss.; J.-P. MASSON, *La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse*, in *J.T.*, 2014/11, n° 6555, p. 181 ss.

¹² Ai sensi dell'art. 731, 1° comma, CJ, per come modificato dalla *Loi portant modification et coordination de diverses lois en matière de Justice du 24 mai 2018*, "*Il entre dans la mission du juge de concilier les parties*". Sul tema v. B. INGHELS, *La conciliation par le juge en droit belge*, in *La conciliation par le juge: vers quels horizons ?*, cit., p. 37 ss., nonché D. MOUGENOT, *La conciliation devant le juge de paix*, in *Les dossiers du journal des juges de paix et de police, Les modes amiable de règlement de conflits*, 2021, n° 32, La Charte, Bruxelles, p. 5 ss.

¹³ È il caso, ad esempio, del *Tribunal de l'entreprise Francophone de Bruxelles* e della *Cour d'appel de Bruxelles*, che hanno istituito le rispettive *chambres de règlement à l'amiable* nel settembre 2020, o del *Tribunal de première instance francophone de Bruxelles*, che nel settembre 2023 ha inaugurato una *chambre de règlement amiable des litiges fiscaux* (c.d. "CRA-F"). Per ulteriori dettagli v. www.tribunaux-rechtbanken.be.

mission du juge de concilier les parties”)¹⁴. Tale funzione, scarsamente applicata nelle aule di giustizia, nel corso degli anni è stata infatti via via delegata a soggetti esterni alla magistratura, come conciliatori, mediatori e avvocati, a vantaggio dell’altra, più nobile funzione del giudice, ugualmente prevista dal codice di rito: *trancher le litige conformément aux règles de droit* (art. 12 CPC)¹⁵.

Nonostante l’obiettivo ambizioso, l’applicazione del nuovo istituto, almeno in questa prima fase, è però limitata ai soli procedimenti contenziosi che si svolgono davanti al *Tribunal judiciaire*. Data la sua collocazione, nel Capitolo 4 del sotto-Titolo I (*Dispositions communes*) del Titolo I (*Dispositions particulières au tribunal judiciaire*) del Libro II (*Dispositions particulières à chaque juridiction*), non è infatti possibile farne applicazione davanti alla *Cour d’appel* (disciplinata nel titolo VI del libro II), ma neanche nei procedimenti di competenza del *Tribunal de commerce* (disciplinato nel titolo III del libro II), nella giurisdizione in materia *prud’homale* (disciplinata nel titolo IV del libro II) e davanti al *Tribunal paritaire de baux ruraux* (disciplinato nel titolo V del libro II)¹⁶.

D’altro canto, e ancora, la *audience de règlement amiable* sembra destinata a trovare applicazione solo in caso di procedura scritta ordinaria, nella quale le parti hanno meno occasioni di contatto con il giudice, mentre risulta più difficile ipotizzare il suo impiego in caso

¹⁴ Introdotta nel codice di rito nel 1975 (*Décret n° 75-1123*), la funzione conciliativa del giudice è così descritta da Gérard Cornu, suo promotore: «*la conciliation [...] constitue, pour le juge, à tout moment, une mission (c’est-à-dire tout à la fois un pouvoir et un devoir), une vocation naturelle, inhérente à son office*» (v. G. CORNU, *L’élaboration du code de procédure civile*, in *RHFD*, 1995, n° 16, p. 254). Sulla storia dell’art. 21 CPC, cfr. B. BERNABE, *À la source du pouvoir modérateur du juge. Notice sur les origines de l’article 21 du Code de procédure civile*, in *Le juge dans l’histoire : entre création et interprétation du droit, Actes des Journées Internationales de la Société d’Histoire du Droit, Ljubljana, 5-8 Juin 2014*, Pravniki, 2016, p. 107 ss.

¹⁵ In questa prospettiva, si consideri che il *Décret n°78-381* del 20 marzo 1978 ha dapprima istituito la figura dei conciliatori di giustizia, incaricati di facilitare una soluzione amichevole della controversia “*en dehors de toute procédure judiciaire*”. In seguito, la *Loi n° 95-125* dell’8 febbraio 1995 ha permesso al giudice, con l’accordo delle parti, di rinviare queste ultime davanti a un conciliatore o un mediatore, per cercare una soluzione conciliativa della lite. Da ultimo, con il *Décret n° 2022-245* del 25 febbraio 2022, il legislatore francese ha introdotto il potere del giudice di rinviare le parti in mediazione, a prescindere dal loro consenso (art. 127-1 CPC). In generale, sul tema, cfr. J. POUMAREDE, *La conciliation, la mal-aimée des juges*, in *Cah. just.*, 2013, n° 1, p. 127 ss., nonché B. BERNABE, *L’obsolescence programmée du juge ? Propos liminaires sur l’irruption de la justice amiable dans la justice judiciaire*, in *JCP G*, 2018, *L’obsolescence programmée du juge ? Justice judiciaire, justice amiable, justice numérique*, ENM, 5 octobre 2018, suppl. au n° 51, p. 16 ss. Per un esempio virtuoso di conciliazione giudiziaria ex art. 21 CPC v. invece S. GABORIAU, *La conciliation par le juge en France: un rendez-vous manqué ?*, in *La conciliation par le juge: vers quels horizons ?*, cit., p. 15, spec. 19 ss.

¹⁶ Sul tema v. F. VERT e B. GORCHS-GELZER, *L’audience de règlement amiable : quelles avancées pour l’office conciliatoire du juge ?*, in *www.actu-juridique.fr*, 6 aprile 2023, §2, secondo cui, da questo punto di vista, la riforma manca di “*ambition et de vision d’ensemble*”. In favore di un’estensione dell’istituto a tutti i contenziosi di natura civile v. anche D. GANANCIA, I. COPÉ-BESSIS e B. RÉGENT, *ARA, quelle place pour la médiation ?*, in *AJ fam.*, 2023, p. 551. Per i procedimenti di competenza del *Conseil de prud’homme*, in ogni caso, un tentativo di conciliazione è già appositamente disciplinato agli artt. R1454-1 del *Code du travail* ed anche davanti al *Tribunal paritaire de baux ruraux* un tentativo di conciliazione obbligatorio è ugualmente previsto dall’art. 887 CPC, benché delegabile dal giudice ad un conciliatore esterno.

di procedura orale, ove il tentativo di conciliazione giudiziale è già autonomamente disciplinato agli artt. da 820 a 826 CPC¹⁷.

Ai sensi del nuovo art. 836-2 CPC, infine, la *audience de règlement amiable* è esperibile anche in caso di *référé*, ovvero in materia cautelare, ma solo quando la competenza appartiene al presidente del *Tribunal judiciaire* o al *Juge des contentieux de la protection*, che opera in ambito consumeristico¹⁸. In questo caso, come si legge nella circolare applicativa di accompagnamento al *Décret n° 2023-686*, la previsione della *audience de règlement amiable* risponde all'esigenza di evitare alle parti i tempi di lunghe e costose consulenze tecniche, che sovente costituiscono l'unica misura cautelare disposta dal giudice prima dell'inizio del giudizio di merito¹⁹.

2.2. La decisione di procedere in ARA

Ai sensi dell'art. 774-1 CPC, il giudice investito della causa può decidere di rinviare le parti alla *audience de règlement amiable* su richiesta delle parti stesse oppure d'ufficio, dopo aver sollevato il contraddittorio sul punto. La circostanza che la norma richieda al giudice di "*recueillir leur avis*", lascia peraltro intendere che il giudice abbia il potere di disporre lo svolgimento della *audience de règlement amiable* a prescindere dal consenso delle parti, che

¹⁷ Sul punto v. C. BLERY, *L'audience de règlement amiable devant le tribunal judiciaire : nouvel outil pour le juge et les parties*, in *Gaz. Pal.*, 7 novembre 2023, n° 36, p. 35, spec. 36, la quale osserva come in caso di procedura orale la *audience de règlement amiable* finisca per rappresentare un duplicato della conciliazione giudiziale (delegabile anch'essa ad un conciliatore ai sensi dell'art. 821 CPC).

¹⁸ Restano pertanto esclusi, ad esempio, i procedimenti cautelari di competenza del presidente del *Tribunal du commerce* o del *Juge aux affaires familiales* (JAF).

¹⁹ V. *Circulaire de mise en œuvre, dans les procédures judiciaires civiles, de la politique publique de l'amiable: présentation des décrets n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire et n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile*, 17 octobre 2023, in www.justice.gouv.fr, p. 5. Per un commento alla Circolare v. inoltre C. BLERY, *La politique publique de l'amiable : après les décrets, la circulaire (1re partie)*, in *Dalloz actualité*, 14 novembre 2023, nonché S. AMRANI-MEKKI, *ARA et césure, mode d'emploi*, in *Gaz. Pal.*, 7 novembre 2023, n° 36, p. 34.

non si rivela necessario²⁰. L'unico limite, da questo punto di vista, è dato dalla natura disponibile della controversia, non potendo formarsi alcun accordo su diritti indisponibili²¹.

A livello formale, la decisione di rinviare le parti in *audience de règlement amiable* rappresenta una misura meramente ordinatoria, che non priva il giudice del potere di decidere la controversia e non mette fine al processo pendente, determinandone però l'interruzione ai sensi dell'art. 369 CPC. Per questo motivo, la decisione di procedere con la *audience de règlement amiable* determina altresì l'interruzione del termine di perenzione dell'istanza di cui all'art. 386 CPC²², che ai sensi dell'art. 392 CPC ricomincia a decorrere dalla prima udienza davanti al giudice investito della causa, in seguito alla conclusione della *audience de règlement amiable*²³. Trattandosi di un provvedimento di *administration judiciaire*, la decisione del giudice di rinviare le parti in *audience de règlement amiable*, così come quella di non rinviarle in seguito alla loro richiesta, non è infine suscettibile di alcuna impugnazione, in base al disposto dell'art. 537 CPC, salvo forse il limite dell'eccesso di potere²⁴.

Quanto all'arco temporale in cui può essere disposta la *audience de règlement amiable*, esso spazia dalla *audience d'orientation* (art. 776 CPC), e dunque dalla fase veramente iniziale del processo, per opera del presidente, a tutto il corso dell'istruzione (art. 785 CPC), davanti al

²⁰ In questo senso v. anche S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends - Audience de règlement amiable et césure du procès*, in JCP G, 2023, n° 37, doct. 1040, §7, nonché G. MAUGAIN, *Audience de règlement amiable et césure du procès : entre conviction et déception*, in *Dalloz actualité*, 18 settembre 2023. Poiché non viene precisato né il modo in cui le parti devono esprimersi sulla proposta del giudice né il modo in cui loro stesse possono richiedere al giudice la *audience de règlement amiable*, si ritiene che ciò possa avvenire con ogni strumento utile e dunque anche oralmente in sede di udienza (v. N. FRICERO, *Nouveaux circuits procéduraux devant le tribunal judiciaire : audience de règlement amiable et césure du procès*, in *Procédures*, 2023, n° 10, p. 5, spec. 6). In caso di proposta del giudice, pare inoltre ragionevole che quest'ultimo fissi alle parti un termine per la risposta, decorso il quale la loro opinione può considerarsi in senso sfavorevole alla *audience de règlement amiable* (v. H. CROZE, *Essai de recensement des « actes de procédure » créés dans le cadre de l'audience de règlement amiable par le décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023*, in *Procédures*, 2023, n° 10, p. 34, spec. 35).

²¹ Per questa ragione, osserva C. BLÉRY, *L'audience de règlement amiable devant le tribunal judiciaire*, cit., p. 36, benché il preambolo del decreto parli di due nuovi meccanismi "facoltativi", ciò non è corretto riguardo alla *audience de règlement amiable*, che può essere imposta dal giudice. Quest'ultimo, tuttavia, dovrebbe guardarsi bene dal rinviare le parti in *audience de règlement amiable* quando almeno una delle due abbia espresso un parere negativo al suo svolgimento, posto che in tal caso il raggiungimento di un accordo si prefigura difficile in partenza.

²² In base a tale disposizione, si consideri infatti che nel processo civile francese la domanda è perenta se nessuna delle parti compie atti d'impulso processuale per oltre due anni.

²³ A tal proposito, col provvedimento che dispone la *audience de règlement amiable*, il giudice può già prevedere un'udienza successiva, per permettere alle parti la riassunzione del giudizio davanti a sé ai sensi dell'art. 373 CPC o per cancellare la causa dal ruolo, nel caso in cui le parti non si siano attivate dei termini previsti dal giudice in seguito al raggiungimento di un accordo. Tale soluzione, come osserva N. FRICERO, *Nouveaux circuits procéduraux devant le tribunal judiciaire*, cit., p. 6, è certamente apprezzabile, poiché permette alle parti un tempo di "sereno dialogo" in sede di *audience de règlement amiable*, durante il quale il "duello giudiziario" deve fermarsi e tutti gli atti e le decisioni eventualmente assunti si hanno per non avvenuti, ai sensi dell'art. 372 CPC.

²⁴ Così infatti secondo una certa giurisprudenza, tra cui di recente v. Cass. Civ., ch. 2^{me}, 23 mars 2023, n° 21-13093 e Cass. Civ., ch. 2^{me}, 16 décembre 2021, n° 19-26.243, in *Dalloz actualité*, 17 gennaio 2022, con nota di N. HOFFSCHIR, *Le recours pour excès de pouvoir s'infiltrer dans les mesures d'administration judiciaire*.

giudice istruttore. Anche in seguito alla chiusura della fase istruttoria, inoltre, il tribunale può revocare l'ordinanza di chiusura dell'istruzione e rinviare le parti al giudice istruttore affinché disponga l'esperimento della *audience de règlement amiable* (art. 803 CPC)²⁵.

2.3. Il giudice dell'ARA

Circa il giudice incaricato della *audience de règlement amiable*, l'art. 774-1 CPC ha cura di precisare che tale udienza dev'essere tenuta da un giudice diverso da quello precedente, il quale neppure può far parte, in seguito, del collegio che decide la causa²⁶. La ragione di tale scelta risiede anzitutto nella volontà di garantire maggiormente l'imparzialità dell'ufficio, evitando che il giudice che ha già espresso le proprie opinioni in sede di *audience de règlement amiable* sia lo stesso che decide poi la causa nel merito²⁷. Inoltre, quantomeno in questa prima fase, la scelta è altresì dipesa dalla volontà di mantenere chiaramente distinte le due figure, benché la funzione conciliativa, come abbiamo visto, appartenga ai compiti del giudice francese ex art. 21 CPC²⁸.

Considerate le limitazioni in termini di organico della magistratura, la *Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, per come modificata dall'art. 8 della *Loi organique n° 2023-1058 du 20 novembre 2023 relative à l'ouverture, à la modernisation et à la responsabilité du corps judiciaire*, ha quindi disposto che possano svolgere la funzione di giudice della *audience de règlement amiable* anche i magistrati "temporanei" di cui all'art. 41-10 (c.d. *magistrats exerçant à titre temporaire*, MTT), nonché i magistrati onorari di cui all'art. 41-25. Ciò, secondo il legislatore della riforma, dovrebbe permettere di supplire in parte alla carenza del personale, che rappresenta un serio ostacolo allo sviluppo del nuovo istituto, specialmente nei piccoli tribunali²⁹. Si tratta, in ogni caso, di

²⁵ Come non manca di rilevare G. MAUGAIN, *Audience de règlement amiable et césure du procès*, cit., il successo dell'istituto sembra tuttavia destinato ad essere direttamente proporzionale alla tempestività con cui le parti saranno rinviate in *audience de règlement amiable*.

²⁶ Per questa ragione, il presidente del Tribunale è tenuto a stabilire all'inizio di ciascun anno giudiziario i magistrati addetti all'ufficio della *audience de règlement amiable*, ai sensi dell'art. L121-3 del *Code de l'organisation judiciaire* (COJ).

²⁷ Sul tema cfr. P. GIRAUD, *La conciliation par le juge français : quelle place pour les garanties fondamentales du procès ?*, in *La conciliation par le juge: vers quels horizons ?*, cit., p. 28 ss.

²⁸ In questo senso v. S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §8, la quale osserva altresì che il *Conseil National de Barreaux* (CNB), a questo proposito, aveva proposto che la *audience de règlement amiable* fosse affidata ad avvocati e avvocati onorari mediatori, al posto dei magistrati (v. CNB, *La césure du procès civil et l'audience de règlement amiable*, in www.avocatparis.org). Nel senso che «le système aurait sans doute encore plus de chances d'être un succès si le juge qui tient l'ARA était le juge saisi du litige» v. tuttavia C. BLERY, *L'audience de règlement amiable devant le tribunal judiciaire*, cit., p. 36.

²⁹ Sul punto v. ancora S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §12. Nello stesso senso si era inoltre espressa la *Union Syndicale des Magistrats* (USM), secondo cui «la mise en œuvre de telles procédures, qui s'inscrivent dans le projet du garde des Sceaux d'une vaste politique de l'amiable, nécessite un temps considérable, donc des effectifs de magistrats (même MTT et magistrats honoraires) et de greffiers dont nous ne disposerons

soggetti riconducibili al novero della magistratura, a differenza di quanto avveniva ad esempio in passato per le *justices de paix*, ove il c.d. “*juge de paix*”, a discapito del nome, non era un magistrato³⁰.

Quel che è certo, come non si è mancato di rilevare tra i primi commentatori, è che i magistrati addetti alla *audience de règlement amiable*, quali che siano, avranno bisogno di un’apposita formazione, ciò che renderà il nuovo istituto non immediatamente fruibile su larga scala³¹.

2.4. Lo svolgimento dell’ARA

La convocazione alla *audience de règlement amiable* avviene per opera del cancelliere, con ogni possibile mezzo previsto dalla legge, e deve precisare la necessità che le parti compaiano personalmente³². Queste ultime devono inoltre essere assistite dal proprio avvocato, a meno che a ciò non siano dispensate dalla legge nel procedimento contenzioso, nel qual caso l’assistenza del difensore è facoltativa. La durata dell’udienza è rimessa all’apprezzamento del giudice incaricato della stessa, benché la circolare applicativa suggerisca di non oltrepassare la giornata³³. La circostanza che il giudice della *audience de règlement amiable*, ove necessario, possa recarsi sui luoghi interessati per valutare i fatti (v. *infra* par. 2.4) sembra tuttavia implicitamente ammettere la possibilità di uno o più rinvii, seppur le disposizioni codicistiche si riferiscano esclusivamente “alla” *audience*³⁴.

Ai sensi dell’art. 774-3, 6° comma, CPC, tutto ciò che è detto, scritto o fatto nel corso della *audience de règlement amiable*, che si svolge in camera di consiglio e senza la presenza del

ni à court ni à moyen terme» (v. *L’USM consultée par le DACS sur 2 projets de réforme en matière civile : ARA et césure du procès civil*, 9 marzo 2023, in www.union-syndicale-magistrats.org).

³⁰ Incaricate di risolvere alcune controversie in maniera “conciliativa” e istituite nel periodo rivoluzionario (per opera della *Loi des 16-24 août 1970*), le *justices de paix* sono state soppresse nel 1958 (per opera della *Ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l’organisation judiciaire*). Per un raffronto tra la *audience de règlement amiable* e il previgente *juge de la paix*, cfr. L. MAYER, *La future audience de règlement amiable, ultime avatar de la longue quête vers un idéal de conciliation par le juge*, in *La conciliation par le juge: vers quels horizons ?*, cit., p. 12 s., la quale sottolinea come il tratto essenziale del nuovo istituto risieda proprio nel fatto che la conciliazione sia pur sempre demandata ad un giudice, benché diverso da quello precedente. Dello stesso avviso anche G. MAUGAIN, *Audience de règlement amiable et césure du procès*, cit., secondo cui tale soluzione ha il merito di non privare la parti del loro “senso” di giustizia.

³¹ Cfr. D. GANANCIA, I. COPE-BESSIS e B. REGENT, *ARA, quelle place pour la médiation ?*, cit. Sulla questione v. anche S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §12, per la quale «la pratique consistant à faire des stages en Belgique pour « vivre » l’Ara et mieux se figurer son fonctionnement est une excellente voie même s’il est difficile de la reproduire pour le plus grand nombre».

³² Tale precisazione, come osserva S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §10, sembra escludere la possibilità che la convocazione possa avvenire in forma orale. Nello stesso senso v. anche H. CROZE, *Essai de recensement des « actes de procédure »*, cit., p. 35.

³³ V. *Circulaire de mise en œuvre, dans les procédures judiciaires civiles, de la politique publique de l’amiable*, cit., p. 8.

³⁴ In questo senso v. anche E. VERGES, *L’audience de règlement amiable et la césure du procès civil : deux nouvelles procédures au service de la « politique de l’amiable »*, in *Lexbase La lettre juridique*, 2023, n° 956, §I.B, nonché H. CROZE, *Essai de recensement des « actes de procédure »*, cit., p. 35, secondo cui «il s’agit en réalité plus d’une procédure de règlement amiable que d’une simple audience».

cancelliere, è soggetto al dovere di confidenzialità. Si tratta di un principio cardine del nuovo istituto, che può essere derogato soltanto su accordo delle parti o nei due casi espressamente contemplati al successivo comma 7° ovvero: a) sussistenza di ragioni imperative di ordine pubblico o motivi legati alla protezione del superiore interesse del minore o all'integrità fisica o psicologica della persona; b) situazioni in cui la rivelazione dell'esistenza o la divulgazione del contenuto dell'accordo sono necessarie per la sua realizzazione o esecuzione. In caso di violazione dell'obbligo di confidenzialità, in assenza di un'espressa disposizione, si ritiene possibile fare applicazione delle regole elaborate dalla giurisprudenza in materia di mediazione. Di conseguenza, gli atti eventualmente prodotti in giudizio dovranno essere esclusi dal dibattito, mentre gli atti processuali che ne riproducono il contenuto potranno essere dichiarati nulli, ferma restando, in ogni caso, la responsabilità disciplinare dell'avvocato³⁵.

Circa l'attività che, in concreto, il giudice è chiamato a svolgere, l'art. 774-2 CPC dispone che la *audience de règlement amiable* debba svolgersi mediante "il confronto equilibrato" dei diversi punti di vista, la valutazione dei bisogni, delle posizioni e degli interessi delle parti in causa, nonché la comprensione dei principi giuridici applicabili alla controversia³⁶. Ne emerge con tutta evidenza il ruolo "ibrido" del giudice incaricato della *audience de règlement amiable*, chiamato a svolgere attività proprie della conciliazione e della mediazione (confrontare i punti di vista, valutare i bisogni, le posizioni e gli interessi delle parti), ma facilitando al tempo stesso la comprensione del quadro giuridico entro cui si inserisce il caso di specie³⁷. In questa prospettiva, secondo i primi commentatori, i magistrati addetti alla *audience de règlement amiable* non dovrebbero dunque esimersi dallo spiegare alle parti la fondatezza di una determinata argomentazione, il valore che si può attribuire a un certo mezzo di prova o i vantaggi di una soluzione negoziata della lite rispetto a una decisione di puro diritto, pur senza pregiudicare l'esito del loro possibile accordo³⁸. Nulla sembra impedire, inoltre, che la funzione

³⁵ Sul punto, v. ancora *Circulaire de mise en œuvre, dans les procédures judiciaires civiles, de la politique publique de l'amiable*, cit., p. 10, nonché Cass. Civ., Ch. 2^{me}, 9 juin 2022, n° 19-21.798 e CA Paris, pôle 4 - ch. 9, 8 oct. 2020, n° 17/15973.

³⁶ Come osserva C. BLÉRY, *L'audience de règlement amiable devant le tribunal judiciaire*, cit., p. 35, l'art. 774-2 CPC disciplina per la prima volta in modo specifico come si deve procedere al tentativo di conciliazione, non esistendo alcuna norma analoga in materia di mediazione, conciliazione o procedura partecipativa.

³⁷ Cfr. E. VERGES, *L'audience de règlement amiable et la césure du procès civil*, cit., §I, nonché N. FRICERO, *Nouveaux circuits procéduraux devant le tribunal judiciaire*, cit., p. 5, che parla a questo proposito di "*conciliation augmentée, teintée de médiation*". L'espressione "*super-conciliation*" è invece impiegata da K. LECLERE VUE e H. MOUTARDIER, *Un renouveau de l'amiable dans le procès civil : l'audience de règlement amiable et la césure du procès*, in *AJ fam.*, 2023/11, p. 542.

³⁸ Così in particolare C. BERGERE-MESTRINARO, *Le point de vue du magistrat*, in *Les modes amiables de résolution des différends*, a cura di L. Mayer, D. Chesneau-Moukarzel e C. Bergère-Mestrinaro, in *Gaz. Pal.*, 25 luglio 2023, n° 25, p. 61, spec. 64, secondo cui «*il est certain que les garanties procédurales attachées au procès équitable imposent que le juge de l'ARA demeure parfaitement impartial*», ma «*un juge impartial ne veut pas dire un juge apathique*».

conciliativa del giudice si spinga sino a dettare alle parti i termini stessi di un possibile accordo, proprio in considerazione del quadro giuridico di riferimento³⁹.

Data la sua estraneità al procedimento contenzioso, l'art. 774-2 CPC precisa ancora che il giudice incaricato della *audience de règlement amiable* può prendere conoscenza degli atti di causa e delle conclusioni delle parti: attività necessaria per permettergli una miglior comprensione dell'oggetto della controversia e dei principi di diritto applicabili. Il giudice può inoltre svolgere ogni constatazione, valutazione, apprezzamento o ricostruzione dei fatti che stima necessarie, anche recandosi sui luoghi interessati⁴⁰. Lo stesso giudice determina infine le condizioni in cui si svolge l'udienza e può decidere di sentire le parti separatamente (c.d. "caucus") e dunque anche in assenza di contraddittorio⁴¹.

2.5. Esito dell'ARA e risvolti processuali

Tra i poteri del giudice della *audience de règlement amiable* rientra quello di mettere fine al procedimento in qualsiasi momento, qualora egli si accorga che non sussistono (più) le condizioni per tentare ulteriormente la conciliazione. Anche in questo caso, la decisione del giudice costituisce una misura meramente ordinatoria, che non necessita di motivazione e che non è suscettibile di impugnazione.

Per contro, qualora il tentativo di conciliazione vada a buon fine, può accadere che le parti giungano ad un accordo già nel corso della *audience de règlement amiable*. In tal caso, esse possono formalizzare il loro accordo nel processo verbale sottoscritto dal giudice della *audience de règlement amiable*, dalle parti e dal cancelliere, che vi può apporre la formula esecutiva⁴². Nel caso in cui le parti giungano invece ad un accordo una volta conclusa la *audience de règlement amiable*, e dunque al di fuori di essa, oppure scelgano di formalizzare l'intervenuta conciliazione in seguito, esse potranno ugualmente chiedere al cancelliere di attribuire efficacia esecutiva all'accordo ai sensi dell'art. 1568 CPC, se sottoscritto da entrambi gli avvocati, oppure chiedere la sua omologazione al giudice del procedimento contenzioso ai

³⁹ Sul punto v. anche S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §11.

⁴⁰ Benché non sia espressamente previsto il potere del giudice di disporre una consulenza tecnica, nulla impedisce che le parti si accordino sulla nomina di un consulente ai sensi dell'art. 1546-3 CPC. Sul punto v. E. VERGES, *L'audience de règlement amiable et la césure du procès civil*, cit., §I.B.

⁴¹ Tale possibilità, completamente rimessa alla discrezionalità del giudice, in un processo fondato sul contraddittorio delle parti rappresenta un vero e proprio "*changement radical de culture*", come osserva N. FRICERO, *Nouveaux circuits procéduraux devant le tribunal judiciaire*, cit., p. 6, la quale non manca però di rilevare che analoga possibilità era già contemplata nella giurisdizione *prud'homale*, ai sensi dell'art. L1454-1 *Code du travail*, per la c.d. "*aparté*".

⁴² Per questo motivo il cancelliere, che come abbiamo visto non prende parte alla camera di consiglio, deve comunque essere disponibile per tutto il corso della *audience de règlement amiable*.

sensi dell'art. 131 CPC. In entrambi i casi, l'accordo sarà munito di forza esecutiva ai sensi dell'art. 111-3, comma 3°, del *Code des procédures civiles d'exécution* (CPC exéc.)⁴³.

Sia in caso di insuccesso che in caso di successo, una volta conclusa la *audience de règlement amiable* è infine necessario riattivare il processo pendente, precedentemente interrotto dalla decisione del giudice di rinviare le parti in *audience de règlement amiable*. A tal proposito, dispone l'art. 774-4 CPC, il giudice della *audience de règlement amiable*, che non può mettere fine al procedimento contenzioso, è tenuto ad informare il giudice rimettente della conclusione della *audience de règlement amiable* e a trasmettergli, se del caso, il processo verbale contenente l'accordo. Spetta quindi alle parti riattivare il procedimento interrotto ai sensi dell'art. 373 CPC. Nel caso in cui ciò non avvenga, sarà invece il giudice procedente a fissare un'apposita udienza e a convocare le parti davanti a sé⁴⁴. A questo punto, se le parti non compaiono neppure a tale udienza, il giudice cancella la causa dal ruolo ai sensi dell'art. 381 CPC e il processo si estingue. Qualora invece le parti compaiano, esse sono invitate a formulare un'istanza di riassunzione, che a seconda dei casi potrà essere accompagnata da una richiesta di omologazione dell'intervenuto accordo o da un'istanza di rinuncia per sopravvenuta carenza di interesse. Diversamente, il processo riprende il suo *iter* ordinario, dal punto in cui si era interrotto, sino alla sua conclusione⁴⁵.

3. La *césure du procès* (CP): aspirazioni e ispirazioni

Il secondo strumento introdotto dal menzionato *Décret n° 2023-686* è la *césure du procès* (CP), che di per sé non è un metodo di risoluzione della lite alternativo al contenzioso⁴⁶. Estrapolata dal contesto della riforma in cui si inserisce, la tecnica della *césure* consiste infatti nel permettere al giudice, su istanza di entrambe le parti, di decidere in un primo momento soltanto alcune delle domande di cui è investito, adottando per esse una sentenza parziale.

Generalmente riconducibile a ragioni di economia processuale, tale tecnica si ritrova anche nell'ordinamento tedesco, ove si possono ricordare gli esempi della *Teilurteil* (letteralmente

⁴³ Quanto alla possibilità di impugnare tali accordi, v. N. FRICERO, *Nouveaux circuits procéduraux devant le tribunal judiciaire*, cit., p. 7. Sulla possibilità di contestare la validità degli accordi in sede esecutiva v. invece T. GOJON-BETHAN, C. ROTH, J. GUILLEMIN e A. LÉON, *L'exécution de l'amiable, Ateliers de voies d'exécution*, in *Gaz. Pal.*, 31 gennaio 2023, n° 3, p. 43 ss.

⁴⁴ Come si ricorderà, tale udienza può anche essere fissata dal giudice con il provvedimento che dispone lo svolgimento della *audience de règlement amiable* (v. retro par. 2.2, nota 23). Da tale udienza, ai sensi del novellato art. 392, 4° comma, CPC, comincia a decorre un nuovo termine di perenzione ex art. 386 CPC.

⁴⁵ Nel caso in cui le parti abbiano raggiunto un accordo soltanto parziale, l'oggetto della controversia potrebbe però subire un mutamento rispetto alle pretese originarie.

⁴⁶ A livello nominale, si tenga presente che il termine *césure du procès* era già presente nel codice di procedura civile francese, benché con finalità eminentemente sanzionatorie nei confronti dell'avvocato che non compie determinati atti di procedura nei termini previsti. Il *Décret n°2019-1333* dell'11 dicembre 2019 aveva infatti introdotto tale *césure du procès* all'art. 800 CPC, in base al quale «*si l'un des avocats n'a pas accompli les actes de la procédure dans le délai imparti, le juge peut ordonner la clôture à son égard, d'office ou à la demande d'une autre partie, sauf, en ce dernier cas, la possibilité pour le juge de refuser par ordonnance motivée non susceptible de recours*».

“sentenza parziale”) e della *Grundurteil* (letteralmente “sentenza provvisoria sul motivo”), da cui traggono ispirazione anche le nostre sentenze parziali, non definitive e di condanna generica (v. *infra* par. 4)⁴⁷. Anche nel processo civile francese, del resto, a partire dagli artt. 480, 544 e 606 CPC dottrina e giurisprudenza hanno concettualizzato la categoria dei c.d. “*jugements mixtes*” (letteralmente “sentenze miste”), con cui il giudice decide soltanto alcune delle domande proposte, ordinando per le rimanenti ulteriori misure istruttorie o provvisorie⁴⁸.

Per comprendere la diversa *ratio* del nuovo istituto, tuttavia, bisogna guardare ad esso da una differente prospettiva, considerando in particolare il contesto della riforma in cui si inserisce. Tale chiave di lettura è infatti espressamente suggerita dal preambolo (c.d. “*notice*”) del decreto che introduce la *césure*, il quale, nel descriverne i tratti essenziali, precisa che «*les parties peuvent tirer les conséquences du jugement partiel sur leurs autres prétentions, notamment en recourant à une médiation ou une conciliation de justice*». Benché tale possibilità non sia poi riproposta in alcuna delle disposizioni codicistiche, l’idea che le parti, in seguito alla sentenza parziale, addivengano ad un accordo sulle restanti pretese è dunque ciò a cui ambisce il nuovo istituto, quantomeno nelle intenzioni del legislatore⁴⁹. Del resto, in questi termini si esprimeva anche il menzionato rapporto conclusivo degli Stati generali (v. *retro* par. 1), in base al quale con l’introduzione della *césure du procès* si sarebbe permesso al giudice di decidere subito alcune questioni, condizionanti la risoluzione della controversia, per poi rinviare le parti a negoziare il “*surplus*” mediante uno dei diversi strumenti di composizione amichevole della lite⁵⁰.

⁴⁷ Nel primo caso, ai sensi del §301 ZPO, il giudice può pronunciare una sentenza parziale quando reputa che parte della controversia sia decidibile autonomamente. La decisione è considerata definitiva ed è suscettibile di impugnazione, a condizione che nel frattempo sia resa una decisione anche sulla restante parte della controversia. Nel caso del giudizio provvisorio di cui al §304 ZPO, invece, quando sono in discussione sia il fondamento che l’importo di una certa pretesa, il tribunale può prendere una decisione preliminare sul solo fondamento presupposto. Tale decisione, pur non essendo definitiva, può essere impugnata come se lo fosse.

⁴⁸ Dispone l’art. 840 CPC che «*le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal [...] a, dès son prononcé, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’il tranche*». Quanto agli artt. 544 e 606 CPC, essi prevedono rispettivamente la possibilità di appellare e ricorrere in cassazione le sentenze «*qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d’instruction ou une mesure provisoire*». In argomento v. M. DOUCHY-OUUDOT, *Fasc. 900-50 : Jugement avant dire droit*, in *Encyclopédies JCI. Procédure civile*, 6 agosto 2022 (agg. 11 settembre 2023).

⁴⁹ In senso critico, a tal proposito, v. G. MAUGAIN, *Audience de règlement amiable et césure du procès*, cit., secondo cui la *césure* risultante dal testo di legge, rispetto a quanto previsto dai progetti di riforma, risulta non solo “*beaucoup moins ambitieuse*”, ma addirittura “*inaboutie*”.

⁵⁰ V. *Rendre justice aux citoyens, Rapport du comité des États généraux de la justice*, cit., p. 180. Si consideri, peraltro, che il ricorso a tale procedura era stato ugualmente suggerito dal gruppo di lavoro incaricato, nel 2021, di proporre misure per la riduzione dell’arretrato nel contenzioso civile ed anche in quel caso esso figurava strettamente collegato alla mediazione, come emerge chiaramente dal testo della Raccomandazione n. 18: “*Expérimenter la césure du procès civil ou la médiation intégrée*” (v. *Rapport du groupe de travail en charge de proposer des mesures visant à la résorption des stocks, mars 2021*, in www.justice.gouv.fr, p. 9). Del pari, la *césure* era stata prefigurata dai redattori del Rapporto del 2018 dedicato al miglioramento e alla semplificazione della procedura civile, nel paragrafo dedicato ai modi per favorire il ricorso a strumenti

In questa prospettiva, pertanto, il riferimento comparatistico più pertinente risulta quello della *deelgeschillenprocedure* (letteralmente “procedura di contenzioso parziale”), introdotta nel 2010 nel codice di procedura civile olandese (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) e ugualmente richiamata dal ministro della giustizia francese nel suo discorso di presentazione, insieme ai modelli tedeschi⁵¹. Tale istituto, nelle controversie in materia di danni alla persona, consente infatti alle parti, singolarmente o collettivamente ed anche prima che la causa sia pendente in via principale, di chiedere al giudice di decidere uno o più aspetti della lite la cui soluzione può contribuire alla conclusione di un accordo transattivo⁵². Il giudice, se ritiene che la decisione richiesta non possa contribuire sufficientemente alla conclusione di tale accordo, respinge la domanda, altrimenti si pronuncia con efficacia vincolante per le parti e per il giudice stesso, in caso di successivo processo. Se le parti non raggiungono un accordo in seguito alla decisione parziale, esse possono quindi appellare tale decisione entro tre mesi dalla prima udienza del procedimento instaurato per la restante parte di controversia – o, se la decisione è successiva, entro tre mesi dalla data della sua pronuncia – oppure unitamente alla sentenza finale⁵³.

di risoluzione delle controversie alternativi al processo (v. F. AGOSTINI e N. MOLFESSIS, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, in *Chantiers de la justice*, janv. 2018, in www.justice.gouv.fr, p. 26).

⁵¹ V. É. DUPONT-MORETTI, *Plan sur les États généraux de la justice*, cit., secondo cui tale strumento permette «aux Pays Bas de traiter deux fois plus de contentieux en deux fois moins de temps». Introdotto dalla legge del 17 dicembre 2009 (*Staatsblad* 2010, 221), l’istituto è disciplinato nel Titolo 17 del codice (*Titel 17. Van rechtspleging in deelgeschillen betreffende letsel- en overlijdensschade*), agli artt. 1019w-1019cc.

⁵² La pratica di rivolgersi ad un terzo per facilitare la soluzione negoziale della lite in tali controversie, in cui la parte danneggiante è spesso rappresentata dalla compagnia di assicurazione, era stata precedentemente introdotta come regola di auto-condotta nel *Code of Conduct Treatment Injury* (*Gedragcode Behandeling Letselschade* - GBL) del 2006, promosso e coordinato dal *Personal Injury Council* (*De Letselschade Raad*). In base alle *rule* 10, in particolare, nel caso in cui le trattative per raggiungere un accordo fossero durate oltre tre anni, le parti erano libere di ricorrere ad un terzo in grado di aiutarle a superare lo stallo. La *rule* è stata modificata nel 2012, con la riforma del codice, e precisa ora che la scelta di rivolgersi ad un terzo, ivi incluso il giudice della *deelgeschillenprocedure*, andrebbe presa preferibilmente di comune accordo (cfr. *Code of Conduct for Handling Personal Injury Claims* - GBL, 2012, in www.deletselschaderaad.nl, p. 47 ss.). Per un approfondimento sull’argomento v. A. DE ROO e R. JAGTENBERG, *Mediation on trial: a review of Dutch court judgments*, in *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2017, IV, p. 27, spec. 39 s.; M. WESSELINK, *De deelgeschillenprocedure: Kan procederen onderhandelen stimuleren?*, *Universiteit van Amsterdam*, 2016; A.F. COLLIGNON-SMIT SIBINGA, *De deelgeschillenprocedure*, Wolters Kluwer, 2019.

⁵³ In Francia, una pratica analoga, di origine pretoria, era già in uso presso alcune sezioni specializzate, come quella competente in materia di proprietà intellettuale del *Tribunal judiciaire* di Parigi. Davanti a tale sezione, infatti, non è infrequente che il tribunale giudichi in prima battuta soltanto sulla validità del prodotto intellettuale (marchio, brevetto, etc....) e sulla sua contraffazione, ordinando se del caso la cessazione di quest’ultima e le conseguenti misure ripristinatorie. Quindi, dopo aver concesso un’eventuale provvisoria, il giudice invita le parti a cercare una soluzione negoziale circa la determinazione e la liquidazione del pregiudizio effettivamente derivante dalla contraffazione. Nel caso in cui tale tentativo fallisca, le parti possono adire nuovamente il tribunale perché giudichi anche sulla restante parte della controversia ovvero sul *quantum*. Per un approfondimento sul tema v. N. SABOTIER, *État de la gestion des procédures civiles : la « césure »*, in *Etats généraux de la justice civile - Réflexions à partir du Rapport Sauvé - Colloque du 15 septembre 2022*, in *JCP G*, 2022, *supp. au n° 41*, p. 92 ss. D’altro canto, sempre in Francia, in materia di famiglia va ricordata l’esperienza della c.d. “*médiation post-sentencielle*”, sviluppata dalla prassi giudiziaria in base all’art. 373-2-10 del *Code civil*. A partire da tale disposizione – ai sensi

3.1. Forma della domanda e decisione del giudice

Introdotta agli artt. da 807-1 a 807-3 CPC, e dunque utilizzabile soltanto in caso di procedura scritta ordinaria davanti al *Tribunal judiciaire*, la disciplina francese della *césure du procès* prevede che in qualsiasi momento della fase istruttoria le parti possano chiedere al *juge de la mise en état* (JME) la chiusura parziale dell'istruzione e l'immediata decisione su una o più questioni. Ciò, in particolare, con un atto sottoscritto congiuntamente dai rispettivi avvocati (c.d. "*acte contresigné par avocat*"), nel quale le parti devono precisare su quali parti della controversia intendono richiedere la *césure*, a condizione che vi siano delle parti scindibili e decidibili in maniera autonoma dalle altre. Poiché il testo dell'art. 807-1 CPC parla di "*prétentions*", termine con cui nel processo francese si indica l'oggetto della domanda⁵⁴ e che si differenzia sia dalla domanda in sé, atto del processo con cui il giudice è investito di una o più *prétentions*, sia dai *moyens*, con cui le parti intendono dimostrare la fondatezza delle rispettive *prétentions*, si ritiene che non possano costituire oggetto di *césure* le questioni meramente processuali⁵⁵.

Essenziale, dunque, è l'esplicito accordo delle parti, elemento da cui emerge la logica collaborativa che informa l'istituto, come si verifica anche per la *procédure participative aux fins de mise en état* di cui all'art. 1546-1 CPC, con cui le parti possono decidere di sottoporre al giudice la (sola) decisione di una controversia già istruita di comune accordo. Come in quel caso, tuttavia, la necessità che la richiesta sia subordinata al consenso di entrambe le parti rischia di disincentivare fortemente il ricorso al nuovo strumento⁵⁶.

della quale, al fine di facilitare la ricerca di un esercizio consensuale dell'autorità parentale tra i genitori, il giudice può proporre loro di ricorrere a un mediatore e procedere lui stesso alla sua designazione, anche nel provvedimento che statuisce in maniera definitiva sulla modalità di esercizio dell'autorità parentale – talune corti hanno infatti iniziato a disporre mediazioni in sede decisoria anche su aspetti differenti dall'autorità parentale. Per un esempio recente v. V. EGEE, *Mise en œuvre d'une médiation « post-sentencielle » en droit des régimes matrimoniaux*, in *Dr. famille*, 2023, n° 12, comm. 165. In generale, sull'argomento, v. inoltre F. VERT e H. DEGHANI-AZAR, *La médiation post-sentencielle : un dispositif pour l'efficacité de la justice*, in *Dalloz actualité*, 7 ottobre 2021. Sulla possibilità di applicare la *césure du procès* alle controversie in materia di famiglia v. infine K. LECLERE VUE e H. MOUTARDIER, *Un renouveau de l'amiable dans le procès civil*, cit.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 4 CPC «*l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties*».

⁵⁵ In questi termini, seppur in maniera dubitativa, v. L. MAYER, *La césure, nouveau mécanisme de rationalisation de l'instance*, in *Gaz. Pal.*, 7 novembre 2023, n° 36, p. 39, spec. 42. Trattandosi di una decisione giudiziale, non vi sono invece limiti relativi all'oggetto della controversia suscettibile di *césure*, a differenza di quanto abbiamo visto in materia di *audience de règlement amiable*. Considerata la finalità dello strumento, ci sembra tuttavia che condizione per la sua praticabilità sia la disponibilità dell'oggetto della restante parte di controversia, non oggetto di *césure*.

⁵⁶ Per quest motivo, secondo L. MAYER, *La césure, nouveau mécanisme de rationalisation de l'instance*, cit., p. 40 s., sarebbe stato forse più opportuno permettere al giudice di superare un rifiuto ingiustificato, proveniente da una delle parti, in caso di richiesta dell'altra. Sul punto v. anche S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §15, nonché E. VERGÈS, *L'audience de règlement amiable et la césure du procès civil*, cit., §II.C, per il quale l'accordo delle parti costituisce un limite significativo allo sviluppo dell'istituto, in maniera non dissimile da quanto si è verificato in relazione alla *procédure participative*. In questa prospettiva, prosegue l'A., può infatti immaginarsi che «*l'échec durable de la procédure participative augure un avenir très incertain à la césure du procès*».

Benché al giudice non sia consentito disporre d'ufficio la *césure du procès*, egli non è però vincolato dalla richiesta congiunta delle parti, potendo rifiutarla ove la reputi non opportuna rispetto alle esigenze della "*bonne administration de la justice*", come nell'ipotesi in cui la causa risulti prontamente decidibile in maniera unitaria⁵⁷. Se il giudice decide invece di accogliere l'istanza, con ordinanza stabilisce la chiusura parziale dell'istruzione e rimette la causa in decisione – con o senza udienza di discussione, a seconda dei casi – limitatamente alle pretese indicate dalle parti nell'istanza stessa, che dev'essere allegata all'ordinanza⁵⁸.

L'ordinanza del giudice, sia che disponga sia che neghi la *césure du procès*, non è motivata e non è in alcun modo impugnabile ai sensi dell'art. 798 CPC, salvo anche in questo caso il limite dell'eccesso di potere (v. *retro* par. 2.2).

3.2. Sentenza parziale e prosecuzione del procedimento

Sulla parte di controversia rimessa in decisione, il tribunale decide con sentenza, che può essere munita di provvisoria esecutività ai sensi dell'art. 807-2 CPC, ma che non lo è di diritto⁵⁹. Tale sentenza può essere impugnata con l'appello immediato ai sensi dell'art. 544 CPC, nel quale figura ora la nuova categoria dei "*jugements partiels*", che si aggiunge a quella dei menzionati "*jugements mixtes*" (o "*interlocutoires*")⁶⁰. Al fine di non rallentare eccessivamente il procedimento, si è però previsto che all'appello si applichi la c.d. "*procédure à bref délais*" di cui all'art. 905 CPC (a tal fine appositamente integrato di un nuovo numero 6), vale a dire una procedura più snella e rapida rispetto a quella ordinaria⁶¹. Si tratta di una soluzione di compromesso, derivante, da un lato, dall'impossibilità di negare alle parti la possibilità di impugnare la decisione parziale del giudice e, dall'altro, dall'esigenza di favorire il più possibile

⁵⁷ In questa prospettiva, risulta dunque essenziale che nel momento in cui il giudice è investito della richiesta egli possieda già una sufficiente conoscenza del fascicolo, come sottolineano anche S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §4 ; N. SABOTIER, *État de la gestion des procédures civiles*, cit., p. 94 e L. MAYER, *La césure, nouveau mécanisme de rationalisation de l'instance*, cit., p. 41. Nulla sembra peraltro impedire che sia il giudice stesso a suggerire alle parti l'opportunità di richiedere la *césure*, in base alle caratteristiche della controversia; né che il giudice le inviti a discutere sul perimetro entro cui delimitare la *césure* da loro richiesta, modificandola ove necessario. Per contro, dal tenore letterale della disposizione si evince che al giudice non è consentito modificare d'ufficio la richiesta delle parti.

⁵⁸ A meno che le parti non si accordino per procedere in assenza di udienza ai sensi dell'art. L212-5-1 COJ, dispone l'art. 807-1 CPC che "*la date de la clôture partielle doit être aussi proche que possible de celle fixée pour les plaidoiries*". Per le rimanenti pretese, la fase istruttoria prosegue secondo le regole ordinarie.

⁵⁹ Invero, il fatto che la decisione parziale riguardi di norma l'*an debeat* rende le ipotesi di provvisoria esecutività piuttosto marginali, come sottolinea anche E. VERGÈS, *L'audience de règlement amiable et la césure du procès civil*, cit., §II.D.

⁶⁰ Sull'opportunità della nuova figura di "sentenza parziale", v. L. MAYER, *La césure, nouveau mécanisme de rationalisation de l'instance*, cit., p. 42.

⁶¹ In base all'art. 905-1 CPC, in caso di appello à *bref délais* l'appellante deve notificare il proprio appello alla controparte entro dieci giorni dal ricevimento dell'avviso di fissazione di udienza a pena di inammissibilità dell'appello. Dalla stessa data, ai sensi dell'art. 905-2 CPC, l'appellante dispone di un mese per rimettere le proprie conclusioni alla corte, a pena di decadenza. Dalla notificazione delle conclusioni dell'appellante, l'appellato dispone infine a sua volta di un ulteriore mese per presentare le proprie conclusioni o proporre appello incidentale, a pena di irricevibilità.

la soluzione amichevole della restante parte di controversia, finalità a cui come abbiamo visto ambisce in maniera prevalente il nuovo istituto. Per questo motivo, in effetti, il progetto originario prevedeva un appello differito sulla decisione parziale, non esperibile prima che fossero trascorsi tre mesi, al fine di agevolare medio termine la formazione di un accordo tra le parti. Ciò aveva tuttavia suscitato la ferma opposizione del *Conseil National de Barreaux*, secondo cui in tal modo si finiva per alterare l'equilibrio negoziale tra le parti stesse, «*l'une pouvant agiter la menace d'un appel différé pour contraindre l'autre à accepter sa propre indemnisation et retarder ainsi l'issue de la procédure*»⁶².

Nel caso in cui le parti tentino la soluzione negoziale e giungano effettivamente ad un accordo, questo potrà essere infine omologato dal giudice davanti a cui pende la fase istruttoria per la restante parte di controversia, ai sensi dell'art. 785 CPC⁶³. Nel caso in cui le parti decidano invece di proseguire sul binario contenzioso, il procedimento riprenderà il suo corso ordinario e il giudice si pronuncerà sulle rimanenti pretese delle parti tenendo in considerazione la decisione parziale, che avrà nel frattempo maturato l'effetto di cosa giudicata⁶⁴. Ciò, in particolare, dal momento che ai sensi dell'art. 807-3 CPC il giudice non può dichiarare conclusa l'istruzione sulla porzione di controversia non oggetto di *césure* sino a che la decisione parziale non sia più suscettibile di impugnazione, per decorso del termine o per intervenuta definizione dell'appello, così evitandosi il rischio di decisioni contrastanti.

4. Osservazioni conclusive: *regards croisés*

Audience de règlement amiable e *césure du procès*, quest'ultima per come declinata dal legislatore della riforma, costituiscono senz'altro due strumenti espressivi di un nuovo modo di approcciarsi al processo civile.

Invero, il fatto che la composizione della controversia, in certi casi, possa essere gestita in maniera più efficiente fuori dal processo non rappresenta una novità. In Francia, come nel

⁶² V. CNB, *La césure du procès civil et l'audience de règlement amiable*, cit., nonché S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §19.

⁶³ Si tenga presente che la *césure* non sospende infatti di per sé il processo. Sul punto cfr. L. MAYER, *La césure, nouveau mécanisme de rationalisation de l'instance*, cit., p. 42, nonché E. VERGÈS, *L'audience de règlement amiable et la césure du procès civil*, cit., §II.D, che parla a tal proposito di una “*mise en sommeil*” della restante parte del procedimento, che formalmente non è sospeso. Invero, come osserva l'A., una decisione di sospensione ex art. 377 CPC potrebbe però essere sollecitata dalle parti al fine di evitare la perenzione di cui all'art. 386 CPC (v. *retro* par. 2.2), in attesa della decisione parziale. Sostiene invece che in caso di *césure du procès* l'istituto della perenzione non sia *tout court* applicabile N. FRICERO, *Nouveaux circuits procéduraux devant le tribunal judiciaire*, cit., p. 8. Secondo l'A., infatti, alla nuova categoria del *jugement partiel* dovrebbe pacificamente applicarsi quanto ritenuto dalla *Cour de cassation* (v. *Cour de Cassation*, Ch. Civ. 3, 14 octobre 1992, n° 90-21.096) in materia di *jugement mixte*, ovvero che la decisione parziale costituisca un “*tout indivisible*” con la decisione finale, di modo che «*l'instance, tout entière, échappe à la péremption*».

⁶⁴ Nessun dubbio sul fatto che la decisione parziale sia idonea al giudicato, dal momento che ai sensi dell'art. 807-2 CPC “*le jugement partiel tranche dans son dispositif les seules prétentions faisant l'objet de la clôture partielle*”. Sul punto v. anche L. MAYER, *La césure, nouveau mécanisme de rationalisation de l'instance*, cit., p. 42.

nostro ordinamento, il ricorso a metodi di risoluzione della lite alternativi al giudizio è ormai una realtà consolidata e talvolta persino imposta dal legislatore, prima di rivolgersi al giudice⁶⁵. Ciò che caratterizza i nuovi istituti, tuttavia, è l'idea che tali metodi non debbano più essere considerati in "alternativa", ma piuttosto in "alternanza" al processo, in base al principio di proporzionalità processuale⁶⁶. Si tratta, per dirla in altre parole, di proporre un nuovo sistema processuale, pluralista e integrato, in cui diversi attori interagiscono tra loro al fine di individuare il "modulo" più appropriato per soddisfare le esigenze delle parti, secondo l'idea di una giustizia "adattata" ai bisogni di queste ultime⁶⁷. Epicentro di tale sistema è il giudice, che da mero esperto della legge, da applicare secondo schemi rigidi e predeterminati, diviene il vero e proprio fulcro della procedura, capace di empatia e perciò in grado di orientare le parti verso il modulo più adatto per la composizione della loro controversia, anche attraverso la sua scomposizione⁶⁸.

⁶⁵ In Francia, l'obbligo di un tentativo preliminare di conciliazione, mediazione o negoziazione assistita, a scelta delle parti, è previsto a pena di irricevibilità per tutte le controversie di valore inferiore a 5.000,00 euro o in materia di apposizione di termini e liti di vicinato. Così dispone infatti l'art. 750-1 CPC in applicazione dell'art. 4 della *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, per come modificato dalla *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*. La norma, annullata dal *Conseil d'État* perché eccessivamente indeterminata ove permetteva di derogare al tentativo preliminare in caso di indisponibilità di conciliatori giudiziari tale da comportare l'organizzazione del primo incontro di conciliazione in tempi "manifestamente eccessivi" (v. *Conseil d'État*, 6^{ème} - 5^{ème} chambres réunies, 22 sept. 2022, n° 436939), è stata reintrodotta per opera del menzionato *Décret n° 2023-686* del 29 luglio 2023, che quantifica ora il ritardo della conciliazione in misura superiore a tre mesi. Sul tema, v. C. BLERY, *L'article 750-1 du Code de procédure civile ou le phénix de l'amiable préalable obligatoire - À propos du décret n° 2023-357, du 11 mai 2023*, in *Lexbase Contentieux et Recouvrement*, 2023, n° 2.

⁶⁶ Sul concetto di "proporzionalità procedurale", secondo cui le risorse del sistema giustizia non debbono essere impegnate che nella misura strettamente necessaria per quanto indispensabile alla risoluzione della controversia, v. in particolare S. Amrani-Mekki, *Proportionnalité procédurale, Ateliers de procédure civile 2023*, in *Gaz. Pal.*, 25 luglio 2023, n° 25, p. 52 ss.

⁶⁷ In questi termini v. anche S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends*, cit., §1: «l'amiable n'est plus présenté comme une alternative au juge étatique, un mode de gestion des flux mais bien comme un mode adapté de résolution du différend qui est partie intégrante de l'office du juge et doit s'articuler avec les procédures judiciaires. [...] Cette adaptation de la procédure aux besoins des justiciables rompt avec la linéarité de la procédure devenue tubulaire. [...] La politique de l'amiable s'inscrit alors dans une procédure faite de pas de côté, de ruptures, d'allers et retours qui révèle la réalité du contentieux au lieu de la gommer derrière une production en chaîne mécanique et en série. C'est la reconnaissance de procédures modulables». Sul concetto di "système pluriel de justice" v. anche L. CADIEU, *La médiation, une justice sans juge ?*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, Parigi, 2019, p. 65 ss., nonché C. CHAINAIS, *Quels principes directeurs pour les modes amiables de résolution des différends ? Contribution à la construction d'un système global de justice plurielle*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, Parigi, 2023, p. 265 ss.

⁶⁸ Cfr. B. BERNABE, *Les modes amiables de résolution des différends et l'office du juge - La tierce voie*, in *Le traitement juridictionnel des modes amiables de résolution des différends (MARD) en matière civile*, in *RJA*, 2014, n° 2, p. 10, spec. 16, nonché F. OST, *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice*, in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, a cura di P. Gérard, F. Ost e M. Van de Kerchove, Bruxelles, 2019, p. 1 ss., spec. §88, che parla a tal proposito di un passaggio dal "giudice-arbitro" al "giudice-allenatore": «c'est précisément le passage de la judicature à la magistrature qui s'opère lorsque, dans une société post-industrielle, le juge-entraîneur tend à se substituer au juge-arbitre. Du juge-entraîneur on attend désormais, aux termes du modèle normatif-technocratique, qu'il participe à la réalisation de politiques déterminées et assure, pour ce faire, le meilleur règlement des intérêts concernés».

Due novità processuali, dunque, che affondano le radici nella c.d. “*culture de l’amiable*” e che fanno perciò della riforma francese una riforma anzitutto culturale, improntata a favorire il più possibile il dialogo tra i protagonisti del processo e a dare nuova linfa all’attività del giudice⁶⁹. In questa prospettiva, sorge naturale domandarsi in che misura *audience de règlement amiable* e *césure du procès* siano strumenti importabili – se non già attuabili – anche nel nostro processo civile, dove pure la “cultura della decisione” sembra cedere il passo con frequenza sempre maggiore a quella del “riconoscimento del bisogno della persona”⁷⁰.

La risposta a tale interrogativo appare più semplice in relazione all’istituto della *césure du procès*, la quale, avulsa dal contesto in cui si inserisce, consiste di per sé nella parziale definizione del giudizio e nella sua prosecuzione davanti al medesimo giudice. La stessa cosa, infatti, avviene in caso di condanna generica ex art. 278, comma 1, c.p.c., ai sensi del quale quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il giudice, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione. Inoltre, è più in generale, si consideri che ai sensi dell’art. 277, comma 2, c.p.c. il giudice, quando decide la causa, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria una ulteriore istruzione e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza. Anche in questa situazione, pertanto, se il giudice non dispone la separazione delle cause, pronunciandosi cioè in maniera definitiva su alcune delle domande cumulate, dopo la prima sentenza il processo prosegue per quanto non oggetto di definizione parziale, esattamente come avviene in caso di *césure*⁷¹.

⁶⁹ Cfr. R. DECOUT-PAOLINI, *Défense et illustration d’un changement de culture en matière d’amiable*, in *La conciliation par le juge: vers quels horizons ?*, cit., p. 8 ss.

⁷⁰ L’espressione è di G.N. NARDO, *La conciliazione giudiziale nel sistema della tutela dei diritti*, in *DPCleC*, 2024, I, p. 116, spec. 120. In senso analogo v. anche M.F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, I, p. 45, spec. 59 ss., secondo cui «fare Giustizia oggi non significa più solo tendere ad una sentenza che sia giusta, nel senso di attributiva di torti o ragioni, secondo la logica avversariale, ma significa anche utilizzare quegli strumenti che il sistema offre e che vengono ricondotti alla c.d. giustizia complementare, o alternativa o ancora consensuale». La Riforma Cartabia del processo civile (d.lg. n. 149/2022) sembra peraltro confermare questo *trend*. Si consideri, ad esempio, che in base al riformato art. 5 *quinquies* d.lg. n. 28/2010 il magistrato è tenuto a curare la propria formazione ed il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura. Inoltre, ai fini della valutazione di professionalità (ex art. 11 d.lg. n. 160/2006), la frequentazione di tali seminari e corsi, nonché il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato. Su questo e altri aspetti della riforma volti a favorire la centralità del momento negoziale all’interno del processo v. infine R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie*, Relazione presentata al XXXIV Convegno nazionale dell’AISPC “La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione”, Napoli, 22-23 settembre 2023, in www.aispc.it, p. 10 ss.

⁷¹ La distinzione tra sentenze parzialmente definitive e non definitive è un tema ampiamente discusso in dottrina e giurisprudenza, in particolar modo in seguito alla novella dell’art. 279, comma 2, c.p.c. operata dalla l. n. 581/1950. In base alla riformata disposizione, infatti, il giudice pronuncia sentenza, tra gli altri casi, sia quando decide questioni di merito senza definire il giudizio, impartendo distinti provvedimenti per l’ulteriore istruzione della causa (n. 4), sia quando decide solo

Sino al momento della decisione parziale, pertanto, entrambe le ipotesi non si discostano significativamente dalla *césure du procès*, fatta eccezione per il fatto che quest'ultima presuppone la richiesta congiunta delle parti, trattandosi di un istituto finalizzato non soltanto

alcune delle cause fino a quel momento riunite, disponendo con distinti provvedimenti la separazione delle altre e la loro ulteriore istruzione, quando vi sia istanza di tutte le parti oppure quando la continuazione della riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo, ai sensi degli artt. 103, comma 2, e 104, comma 2, c.p.c. (n. 5). La stessa riforma ha inoltre assoggettato al regime della riserva di impugnazione di cui all'art. 340 c.p.c. le sentenze di cui al n. 4 dell'art. 279, comma 2, c.p.c., ma non quelle di cui al n. 5, contro cui è esperibile il solo appello immediato. Ne è scaturito un annoso dibattito tra i sostenitori della tesi c.d. "sostanzialista" e quelli della tesi c.d. "formalista". In base alla prima, in estrema sintesi, la previsione dell'art. 279, comma 2, n. 4, c.p.c. non può riferirsi alla sentenza che decide solo alcune delle domande proposte a norma dell'art. 277, comma 2, c.p.c., giacché essa discorre di "questioni" e non di "domande". Per contro, secondo i sostenitori della tesi formalista, l'art. 279, comma 2, n. 4, c.p.c. va interpretato in senso sistematico e non letterale, dovendosi cioè intendere il termine "questioni" come "domande", con conseguente possibilità di sentenze non definitive su domande ai sensi dell'art. 277, comma 2, c.p.c. In questa prospettiva, la distinzione tra sentenza non definitiva e definitiva deve dunque fondarsi esclusivamente sull'esistenza (o meno) di un provvedimento espresso di separazione, il quale presuppone requisiti diversi da quelli previsti dal secondo comma dell'art. 277 c.p.c. per la decisione parziale. In quest'ultimo senso si sono espresse anche le sezioni unite, che in più occasioni hanno ribadito l'orientamento secondo cui «ai fini dell'individuazione della natura definitiva o non definitiva di una sentenza che abbia deciso su una delle domande cumulativamente proposte tra le stesse parti, deve aversi riguardo agli indici di carattere formale desumibili dal contenuto intrinseco della stessa sentenza, quali la separazione della causa e la liquidazione delle spese di lite in relazione alla causa decisa»: cfr. Cass., sez. un., 1° marzo 1990, n. 1577, in *Corr. giur.*, 1990, p. 701, con nota di V. Carbone, *Definitività e non definitività della sentenza*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 766, con nota di F. Rota, *Sentenza non definitiva e cumulo di domande*; in *Giur. it.*, 1991, I, p. 842, con nota di B. Sassani; Cass., sez. un., 8 ottobre 1999, n. 711, in *Corr. giur.*, 2000, V, p. 642, con nota di C. Consolo, *Postilla su un dibattito seducente, ma ormai maturo, se non estenuante quanto alle non definitive su domande*; Cass., sez. un., 8 ottobre 1999, n. 712, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 63, con nota di G.P. Califano, *In tema di sentenza non definitiva e di riserva di impugnazione*; Cass., sez. un., 28 aprile 2011, n. 9441 e, da ultimo, Cass., sez. un., 19 aprile 2021, n. 10242, in *Foro it.*, 2021, I, c. 3237, con nota di G.P. Califano, *Quando anche gli indici formali destano equivoco circa la natura e il regime della sentenza pronunciata tra le stesse parti su una o più delle domande cumulate*; *ib.*, c. 3243, con nota di C. Perago, *Le sezioni unite e l'esercizio della funzione nomofilattica in tema di sentenza non definitiva*; in *Judicium on line*, 20 aprile 2021, con nota di S. Rusciano, *La qualificazione della sentenza non definitiva ai fini dell'impugnazione: il diritto all'impugnazione come criterio ermeneutico privilegiato in caso di ambiguità*; in *Riv. dir. proc.*, 2022, II, p. 773, con nota di B. Limongi, *Sui criteri distintivi fra sentenze definitive e non definitive*. Numerosi sono naturalmente gli autori che hanno contribuito al dibattito, tra cui v. M. BOVE, *Sentenze non definitive e riserva di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, II, p. 415 ss.; G.P. CALIFANO, *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli, 1996, p. 27 ss.; C.M. CEA, *Sentenze definitive e non definitive: una «querelle» interminabile*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 480 ss.; A. CERINO CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 249 ss.; A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile* (voce), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 262 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. II, *Il procedimento*, Padova, 1985, p. 709 ss.; G. COSTANTINO, *Ancora sulla distinzione tra sentenze definitive e non definitive riservabili*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2469 ss.; V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 213 ss.; E. FABIANI, *Sulla distinzione tra sentenze definitive e non definitive*, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2147 ss.; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, *ivi*, 1976, p. 257 ss.; E.T. LIEBMAN, *Figure e forme della rimessione della causa al collegio*, *ivi*, 1951, p. 299 ss.; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, p. 348 ss.; M. MONTANARI, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, I, p. 392 ss.; L. MONTESANO, *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, *ivi*, 1969, p. 579 ss.; A. PROTO PISANI, *Litisconsorzio facoltativo e separazione di cause*, *ivi*, 1968, p. 136 ss.; S. SATTA, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951, p. 24 ss. Per una panoramica sull'evoluzione normativa in materia v. inoltre G.P. CALIFANO, *La riserva di impugnazione delle sentenze non definitive o parziali dal 1950 ad oggi*, in *Foro nap.*, 2019, III, p. 541 ss., nonché *Id.*, *Premesse (sulla legislazione moderna) per uno studio sulle sentenze non definitive e parziali*, in *Judicium online*, 10 gennaio 2020.

a obiettivi di economia processuale⁷². Quanto alla possibilità che in seguito alla prima decisione le parti raggiungano una soluzione amichevole sulla rimanente parte di controversia, tale evenienza, fortemente auspicata dal legislatore d'oltralpe, ci sembra ugualmente praticabile *de iure condito* anche nel nostro processo. Ciò, in particolare, sia per volontà delle parti stesse, sia su invito del giudice, che potrebbe ad esempio demandare la mediazione ai sensi del riformato art. 5 *quater* d.lg. n. 28/2010 nel processo che segue alla prima decisione oppure formulare in quella sede una proposta conciliativa ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c.⁷³. Diversa è invece la situazione per quanto riguarda la *audience de règlement amiable*, i cui istituti più prossimi sono la mediazione demandata dal giudice e il tentativo di conciliazione praticabile dal giudice stesso. La circostanza che entrambi tali strumenti siano presenti anche nel processo francese, tuttavia, è di per sé indicativa del fatto che né l'una né l'altro siano equiparabili alla *audience de règlement amiable*. Rispetto alla mediazione demandata di cui all'art. 5 *quater* d.lg. n. 28/2010, infatti, l'istituto transalpino si differenzia anzitutto per il fatto di essere presieduto da un giudice e dunque da un soggetto facente parte dell'ordinamento giudiziario, ciò che ha il pregio di non deludere le "aspettative" di giustizia delle parti. Per questo motivo, inoltre, in sede di *audience de règlement amiable* gli aspetti di diritto della controversia sembrano rivestire maggior rilevanza rispetto a quanto normalmente avviene in sede di mediazione, come lascia intendere anche il riferimento ai "principi giuridici applicabili" contenuto nell'art. 774-2 CPC. Non ultimo, siccome parte integrante del sistema giudiziario, il

⁷² Invero, nell'ipotesi in cui l'attore, dopo aver richiesto la condanna specifica al risarcimento del danno (sull'*an* e sul *quantum*), decida di limitare quel giudizio alla sola condanna generica, rinviando la liquidazione ad un separato processo, secondo la prevalente giurisprudenza è necessaria l'adesione della controparte ovvero la mancata opposizione del convenuto. In questo senso cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un., 23 aprile 1986, n. 2859, in *Foro it.*, 1986, 1, c. 1533, con nota di A. PROTO PISANI e in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 543, con nota di E. MERLIN, *Rimessione anticipata della causa al collegio, preclusione di deduzioni probatorie e rigetto della domanda ex art. 2697 c.c.*; Cass., sez. un., 13 febbraio 1997, n. 1324, in *Corr. giur.*, 1998, p. 712, con nota di G. SCARSELLI, *Considerazioni sulla condanna generica (nella evoluzione giurisprudenziale dopo la riforma)*; Cass., sez. II, 24 settembre 2014, n. 20127; Cass., sez. I, 7 settembre 2017, n. 20894. Si tratta tuttavia di un'ipotesi differente da quella contemplata all'art. 278 c.p.c., posto che in tal caso l'istanza dell'attore è equiparabile ad una rinuncia agli atti e la decisione parziale, a fronte della separazione dei giudizi, è da considerarsi definitiva. Sul tema v. anche V. ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano, 1961, p. 251 s.; L. MONTESANO, *Sulla condanna generica*, Milano, 1962, p. 566 s.; E. MERLIN, *Condanna generica e opposizione del convenuto alla liquidazione del quantum in separato giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 207, spec. 211; nonché, più di recente, G.P. CALIFANO, *La sentenza di condanna generica e la provvisoria*, in *DPCleC*, 2022, I, p. 83, spec. 85 ss. e M. VANZETTI, *La condanna generica*, Milano, 2021, p. 175 ss. e 202 ss., per la quale dev'essere comunque sempre consentito al convenuto di interloquire sull'istanza attorea, come dimostra la discrezionalità riconosciuta in capo al giudice dall'art. 278 c.p.c., secondo cui quest'ultimo "può" limitarsi a pronunciare la condanna generica. In favore del consenso o quantomeno del mancato dissenso del convenuto v. anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione*, XIV ed., Milano, 2023, p. 210.

⁷³ Un possibile limite al raggiungimento di una soluzione amichevole, invero, potrebbe forse ravvisarsi nel caso in cui, trattandosi di sentenza di condanna generica o non definitiva, la parte soccombente abbia fatto la riserva di appello di cui all'art. 340 c.p.c. Come non si è mancato di evidenziare nel corso dei lavori preparatori alla riforma francese (v. *retro* par. 3.2), ciò potrebbe infatti ostacolare il raggiungimento di un accordo tra le parti nella misura in cui quella che ha fatto la riserva utilizzi tale "minaccia" per imporre condizioni a sé più favorevoli, avvantaggiandosi sul piano negoziale.

procedimento di *audience de règlement amiable* non comporta un ulteriore esborso economico per le parti, chiamate invece a sostenere i costi dell'organismo di mediazione in caso di mediazione demandata.

D'altro canto, la circostanza che il giudice della *audience de règlement amiable* sia diverso da quello investito del procedimento fa sì che l'istituto neppure sia paragonabile al tentativo di conciliazione di cui all'art. 185 c.p.c., che è svolto invece dal medesimo giudice procedente. Tale circostanza, come abbiamo visto, ha infatti contribuito all'insuccesso della conciliazione giudiziale nell'ordinamento francese e non è priva di risvolti anche nel nostro processo, dove pure il rischio di una "anticipazione" del giudizio sovente dissuade le parti dal richiedere al giudice di tentare la conciliazione⁷⁴. Per contro, la diversità del magistrato che presiede la *audience de règlement amiable* fa risultare lo strumento maggiormente neutro e perciò, almeno in teoria, più appetibile alle parti, libere di confrontarsi con il giudice senza il timore di influenzare in tal modo l'esito della causa.

Ciò non toglie, in ogni caso, che una sorta di conciliazione giudiziale "demandata" ad altro giudice, analogamente a quanto avviene con la *audience de règlement amiable*, possa praticarsi anche nell'attuale cornice processuale, seppur forzando in parte il dato normativo. È quanto accade ormai da tempo, ad esempio, nel c.d. "rito partecipativo", inaugurato dalla IX sezione del Tribunale di Milano in materia di famiglia. Nel contesto antecedente alla Riforma Cartabia, che come noto ha introdotto agli artt. 473 *bis* ss. c.p.c. un nuovo procedimento unitario in materia di persone, minorenni e famiglie, tale rito ambiva in particolare ad eliminare le differenze procedurali esistenti a seconda che si trattasse di regolare la gestione di figli nati nel o fuori dal matrimonio. In quest'ultimo caso, infatti, dovendosi applicare il rito camerale ai sensi del previgente art. 38 disp. att. c.p.c., la legge non prevedeva alcun tentativo di conciliazione, diversamente da quanto si verificava invece nel corso della prima udienza davanti al presidente del Tribunale per le cause di separazione o divorzio, ai sensi degli artt. 708 c.p.c. e 4 l. n. 898/1970. Per questo motivo, con due decreti del 31 maggio e del 4 novembre 2013, il Tribunale ha ritenuto di sperimentare un tentativo preliminare di conciliazione, in analogia a quanto avviene nel rito della separazione e del divorzio, e di delegare tale tentativo ad un giudice onorario di tribunale (GOT), con remissione degli atti al collegio all'esito. Valutato «l'interesse primario del minore e ritenuto che la soluzione

⁷⁴ In questo senso v. anche S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, I, p. 20, spec. 35. che parla di «intuibili riflessi inibitori sulla "spontaneità" delle parti nello svelare informazioni che potrebbero minare la loro posizione giuridica, ed al contempo effetti negativi sulla "percepita" imparzialità del ruolo negoziale del giudice». In quest'ottica, si consideri altresì che quando il legislatore del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con rilevanti modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, ha introdotto l'art. 185 *bis* c.p.c., ha avuto cura di precisare che la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice, ciò che secondo M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, p. 127, evidenzia, piuttosto che attenuare, le preoccupazioni circa le possibili ricadute che la proposizione della proposta possano avere rispetto alla terzietà e imparzialità del giudice che l'ha formulata, almeno per quanto riguarda la percezione delle parti.

condivisa dei genitori sia idonea a risolvere in modo stabile e tendenzialmente definitivo il conflitto», al giudice delegato è attribuita la facoltà di suggerire ai genitori elementi per una composizione condivisa della lite, tenendo conto dei principi di diritto pacifici nella giurisprudenza di legittimità nonché in quella della stessa sezione⁷⁵.

A partire da tale esperienza, si consideri peraltro che anche la VII sezione del Tribunale di Milano ha sperimentato un procedimento analogo, quando nell'estate del 2012 circa 850 cause in materia di appalti pubblici e privati – tutte caratterizzate da un tasso di complessità tale da richiedere, nella maggior parte dei casi, l'esperimento di lunghe e costose consulenze tecniche – si aggiunsero a quelle già pendenti. A fronte di tale situazione, si ritenne infatti di avviare un "percorso proattivo di conciliazione giudiziale" sulla base degli artt. 117 e 185 c.p.c. e di affidare parimenti tale percorso a un giudice onorario, già mediatore professionista e formatore certificato, diverso da quello a cui era stata affidata la causa. Dopo un attento studio del fascicolo, il ruolo del GOT era quello di far emergere le reali esigenze e gli obiettivi delle parti, aiutandole ad instaurare un dialogo costruttivo al fine di raggiungere un accordo negoziale, talvolta suggerito dallo stesso magistrato onorario facendo uso dell'art. 185 *bis* c.p.c.⁷⁶.

Anche in assenza di una disciplina *ad hoc*, dunque, *audience de règlement amiable* e *césure du procès* risultano due strumenti già praticabili nel nostro processo civile: nel primo caso, con una forte dose di "creatività" da parte del giudice, mentre, nel secondo, mediante un utilizzo sinergico degli istituti già normati dal legislatore. Quanto all'opportunità di una formale "*transplantation*" di *audience de règlement amiable* e *césure du procès* a livello codicistico, saranno la frequenza con cui oltralpe si farà utilizzo dei nuovi strumenti ed il numero di conciliazioni raggiunte grazie ad essi ad influenzare verosimilmente le future scelte del nostro legislatore processuale.

Davide Castagno
Ricercatore dell'Università di Torino

⁷⁵ Sul tema v. G. BUFFONE e G. SERVETTI, *Il rito partecipativo: un invito a «partecipare» per creare legami nuovi piuttosto che distruggere quelli vecchi*, in *Questione Giustizia*, 13 giugno 2014, nonché G. SERVETTI, *Procedimenti in materia di esercizio della potestà genitoriale da parte di genitori di figli minori nati fuori dal matrimonio*, *ib.*, e C. CECI, *Più rito partecipativo*, in *La Stampa*, 13 marzo 2014. Tale pratica risulta peraltro applicata anche dal Tribunale di Cremona (v. I. MARINI, *Il rito partecipativo: l'esperienza innovativa del Tribunale di Cremona*, 12 febbraio 2014, in www.ca.milano.giustizia.it) e, più recentemente, dal Tribunale di Roma (v. C. FOSSATI, *Il rito partecipativo sbarca a Roma. Tribunale di Roma*, 8 marzo 2022, 15 aprile 2022, in www.osservatoriofamiglia.it).

⁷⁶ Sul punto v. M.G. FIORI, *La conciliazione giudiziale ed il giudice mediatore, nell'ambito del processo civile per una giustizia come servizio pubblico*, in *La giustizia sostenibile. Scritti vari*, a cura di M. Marinaro, vol. VI, Aprilia, 2014, p. 73, spec. 78 ss., ove si riportano anche alcuni casi conclusi con successo.



MAURO BOVE

Modifiche processuali per le liti di lavoro nella riforma Cartabia*

L'autore ripercorre le modifiche che la riforma Cartabia ha messo a punto per le controversie di lavoro. Descritte le nuove norme sul rito dei licenziamenti, ci si sofferma con maggiore approfondimento sulla possibile conciliazione delle liti nel percorso dato dalla negoziazione assistita, anche in confronto agli altri strumenti stragiudiziali previsti dalla legge. Si conclude, quindi, accennando ad altri aspetti, tra i quali in particolare la compatibilità col rito del lavoro della sostituzione dell'udienza col deposito di note scritte.

The Author analyzes the changes to the Labour Law Procedure introduced by the "Cartabia Reform of law". First, he examines the new rules on dismissal process. Then he deepens the topic of the possible conciliation of the dispute in the within of the assisted negotiation and the other extrajudicial instruments regulated by the law. Finally, he analyses other questions, including in particular if, in the Labour Law Procedure, it's possible to replace trial hearing with written notes

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le controversie relative ai licenziamenti. – 3. La negoziazione assistita. – 4. Coordinamenti o adeguamenti a modifiche intervenute nel processo dichiarativo ordinario. – 5. Norme di carattere generale interessanti per le liti di lavoro: udienze da remoto e cartolari nel processo del lavoro.

1.Introduzione

Diverse sono le modifiche che la c.d. riforma Cartabia ha apportato in materia di liti di lavoro. Alcune sono specificamente riferite alle controversie di lavoro, altre sono anche riferite a tale settore, ma rappresentano modifiche di coordinamento o al più adeguamenti consequenziali a modifiche apportate al processo dichiarativo ordinario, altre infine derivano da cambiamenti di carattere più generale, che si ripercuotono sulla giustizia del lavoro, ma senza che il legislatore lo abbia esplicitato.

2. Le controversie relative ai licenziamenti

Partendo dal primo insieme di modifiche, distinguiamo gli interventi che hanno toccato le controversie relative ai licenziamenti da quelle hanno riguardato la negoziazione assistita.

Nel primo ambito abbiamo nel codice di procedura civile tre norme nuove: 1) l'art. 441-*bis* sulle controversie in materia di licenziamento con richiesta di reintegra nel posto di lavoro, 2)

* Scritto tratto da un seminario tenuto ad Arezzo il 19 aprile 2024, nell'ambito di un corso su *Il diritto del lavoro e i suoi "protagonisti"* organizzato dagli Avvocati Lavoro Toscana.

l'art. 441-ter in merito alle controversie di licenziamento di soci di cooperativa, 3) l'art. 441-quater per le controversie sui licenziamenti discriminatori.

In queste previsioni si vuole, per un verso, rivalutare il rito del lavoro e, per altro verso, viste le dispute precedenti, trovare delle semplificazioni procedurali in situazioni discutibili nelle quali potevano emergere competenze dubbie e pluralità di riti possibili.

Partendo dall'osservazione dell'art. 441-bis c.p.c.¹, è evidente come in esso si superi la situazione caleidoscopica precedente per cui al fine dell'impugnativa dei licenziamenti il lavoratore doveva: 1) proporre ricorso secondo il rito Fornero per liti attinenti a rapporti nati prima del 7 marzo 2015, 2) proporre ricorso secondo il rito del lavoro per liti relative a rapporti sorti dopo il 7 marzo 2015, con applicazione delle tutele del *Jobs Act* (d.lgs. n. 23/2015).

Con la nuova norma si abroga il rito Fornero², per cui sono assoggettate al rito del lavoro tutte le cause in materia di licenziamento, sia che venga richiesta la tutela reale fornita dalla reintegra sia che venga richiesta la tutela per equivalente.

A prescindere dalla bontà o meno della fattura di quello che era il c.d. rito Fornero, e, quindi, a prescindere dai dubbi interpretativi che suscitava o dalla sua efficacia in concreto, con questa scelta il legislatore ha preferito fondarsi su un'idea che a me pare condivisibile. Ossia: se in certi casi il sistema esige una particolare efficienza, una rapidità di soluzione che è anche possibile ottenere in virtù del tipo di conflitto, l'obiettivo non si raggiunge prevedendo un rito diverso da quello che potremmo definire come "normale", quanto piuttosto organizzando il lavoro in modo diverso.

Ovviamente di questa scelta l'interprete deve solo prendere atto. A me resta solo da aggiungere che, se forse il risultato di un lavoro efficiente dipende (anche) dal tipo di rito, qui quello del lavoro appunto, che è generalmente ritenuto un buon rito, io credo, piuttosto che in prospettiva quell'idea di fondo dovrebbe essere sposata sempre. Invero, a me sembra che, uscendo dal settore delle cause di lavoro, sia del tutto irragionevole l'opinione, da tempo accreditata dalla dottrina e dal legislatore, secondo la quale si dovrebbero celebrare riti diversi a seconda del tipo di controversia. In particolare credo che sia del tutto irragionevole disciplinare due riti diversi, a seconda della semplicità o meno della lite, perché in concreto il tempo necessario per giungere alla decisione, rimanendo all'interno di un solo tipo di percorso, può essere più o meno lungo in base al lavoro da svolgere. Insomma, la distinzione

¹ Vedi LUISO, *Il nuovo processo civile*, Milano 2023, 254-255; D. DE SANTIS, *Il processo del lavoro e l'impugnazione del licenziamento*, in *La riforma del processo civile* a cura di Dalfino, Padova 2022, p. 347 ss.; POLISENO, *I giudizi di impugnazione dei licenziamenti dopo la riforma Cartabia*, in *Il giusto processo civile 2023*, p. 1111 ss.; MENGALI, *Controversie relative ai licenziamenti*, in *Il processo civile dopo la riforma* a cura di Cecchella, Bologna 2023, p. 205 ss.; MOLINARO, *Le controversie in materia di lavoro*, in *Manuale breve della riforma Cartabia* a cura di Passanante, Milano 2024, p. 209 ss.

² Sul quale molto è stato scritto: basti qui il rinvio alla panoramica generale in TRISORIO LIUZZI, DALFINO, *Manuale del processo del lavoro*, Bari 2021, p. 243 ss. ed ivi citazioni.

tra rito ordinario secondo gli articoli 163 ss. c.p.c. e rito semplificato secondo gli articoli 281-*decies* ss. c.p.c. è solo fonte di complicazioni, senza avere alcuna base razionale.

Tornando all'art. 441-*bis* c.p.c., si rileva come in esso siano previste due disposizioni specifiche da applicare quando l'impugnativa del licenziamento mette in gioco la reintegra³. Insomma, è vero che le cause di licenziamento sono tutte trattate e decise secondo il rito del lavoro. Ma quando in esse è in gioco la tutela specifica (la reintegra) emergono le seguenti previsioni particolari.

La prima: il giudice, letto il ricorso, può ridurre i tempi del procedimento fino alla metà. Fermo restando che il convenuto deve conoscere della domanda 20 giorni prima dell'udienza, è possibile che egli debba costituirsi 5 giorni prima di essa. Così il convenuto può avere 15 giorni per preparare l'atto e non i 20 giorni previsti dall'art. 416 c.p.c.

La seconda: le impugnative di licenziamento che mettono in gioco la reintegra sono trattate e decise in una corsia preferenziale, con giorni riservati nel calendario delle udienze. A questa previsione si collega pure l'art. 144-*quinquies* disp. att. c.p.c., che vorrebbe dare effettività a quella preferenza e che si collega alle normative sulla gestione degli uffici giudiziari con le quali si vorrebbe favorire l'efficienza organizzativa, a prescindere dalle norme che disciplinano propriamente i percorsi processuali.

Vedremo con l'esperienza quanto un simile approccio sarà funzionale all'obiettivo. Certo è che, in astratto, esso suscita delle perplessità.

In primo luogo sul suo campo di applicazione, rilevando come, se questa corsia preferenziale dovrebbe valere solo per le domande che richiedono la reintegra, potrebbe sempre emergere il problema a fronte di quelle domande che tale reintegra richiedono in modo strumentale. Né si possono dimenticare le domande dipendenti da quella di reintegra, per le quali dovrebbe pur rimanere l'esigenza della corsia preferenziale. Inoltre, non si vede quale possa essere l'eventuale conseguenza per il caso che tutte le misure organizzativo-gestionali non siano rispettate.

Pertanto, se è vero che con tali previsioni si vorrebbe anche sfavorire l'accesso alla tutela cautelare *ante causam* (ad esempio per via dell'art. 700 c.p.c.), vista la celerità della trattazione, è anche vero che in nulla è cambiata l'azione cautelare in questa materia, né nei suoi presupposti né nelle forme, tra le quali si ricordi la possibilità di ottenere il provvedimento anticipatorio di reintegra *inaudita altera parte*.

Quindi che l'auspicio si realizzi è tutto da vedere! Mentre più probabile è che, dovendo assicurare la corsia preferenziale a queste cause, le altre ritardino.

Resta una particolare attenzione per le domande ulteriori dell'attore ovvero riconvenzionali del convenuto, oltre che per quelle da e verso terzi interventori. Cade lo sfavore precedente,

³ A tal proposito si accenna al fatto che di recente C. Cost. 22 febbraio 2024 n. 22, in *Guida al diritto*, 2024, fasc. 10, 34, ha allargato la possibilità della reintegra intervenendo sull'art. 2, comma, del d.lgs. n. 23/2015 (il c.d. *Jobs act*).

peraltro espresso con una disposizione che aveva dato motivi di dubbio, dato che si parlava di una impossibile identità di fatti, ed indotto a proporre una chiave di lettura ampliativa, che rendeva ammissibili almeno le domande conseguenti alla cessazione del rapporto di lavoro. Oltretutto, poteva anche essere dubbia la sorte delle domande connesse non ammesse, perché, se per le riconvenzionali si prevedeva la separazione⁴, per quelle ulteriori (rispetto alla domanda di reintegra) proposte dall'attore sembrava che il giudice dovesse disporre il rigetto in rito⁵. L'interpretazione ragionevole per cui al più per le domande connesse si dovesse disporre sempre la separazione e non certo il rigetto (sia per le riconvenzionali sia per le ulteriori domande proposte dall'attore) è stata ora esplicitata nell'art. 441-*bis*, comma 4, c.p.c. Infine, come accadeva già prima alla luce di quella ragionevole interpretazione, è ovviamente lasciata al giudice la valutazione in ordine al se mantenere il simultaneo processo ovvero separare le cause, valutazione per la quale conta il tipo di connessione tra cause, come in generale si ritiene alla luce dei principi vigenti per il simultaneo processo dichiarativo. Per cui il cumulo sarà da preferire in caso di connessioni per subordinazione, alternatività o pregiudizialità-dipendenza, ipotesi nelle quali il simultaneo processo è strumento di coordinamento tra le decisioni, mentre la separazione sarà ipotizzabile per situazioni avvicinabili ai casi che rientrano nell'art. 103 o nell'art. 104 c.p.c., norme nelle quali appunto di separabilità si parla, in quanto il simultaneo processo risponde solo ad una esigenza di economia processuale.

Venendo all'art. 441-*ter* c.p.c., qui si prevede che causa associativa e causa di lavoro possano essere cumulate di fronte al giudice del lavoro col rito del lavoro. La norma interviene in un settore nel quale emerge un vero ginepraio di problematiche sostanziali e processuali, alle quali posso ora fare solo qualche rapido cenno⁶.

Sul piano sostanziale si tenga presente che abbiamo due rapporti giuridici, quello associativo e quello di lavoro, collegati negozialmente in termini unilaterali⁷. Ossia, almeno secondo l'opinione comune, abbiamo che il rapporto associativo è pregiudiziale a quello di lavoro, per cui questo cade se cade quello (art. 9 della legge n. 30/2003), mentre la caduta del rapporto di lavoro non implica necessariamente la caduta del rapporto associativo, per cui potrebbe anche rimanere in vita il rapporto associativo nonostante la cessazione del rapporto di lavoro.

⁴ Vedi l'art. 1, comma 56, nella legge n. 92 del 2012.

⁵ Nel medesimo luogo normativo vedi il comma 51.

⁶ Tra precedenti normative ed attuale riforma si vedano: LUISO, *op. cit.*, p. 256-257; BUONCRISTIANI, *Esclusione o licenziamento del socio lavoratore di cooperativa?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 1331 ss.; Id, *Estromissione del socio lavoratore: come la disciplina sostanziale cerca di plasmare quella processuale e viceversa*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*; D. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 350 ss.; POLISENO, *op. cit.*, p. 1124 ss.; MENGALI, *Profili processuali in tema di esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa dopo l'intervento delle sezioni unite*, in *Il giusto processo civile* 2019, p. 219 ss.; Id, *Controversie relative ai licenziamenti* cit., p. 219 ss.; MOLINARO, *op. cit.*, p. 217 ss.

⁷ La c.d. teoria dualistica viene affermata con legge n. 142/2001.

Insomma, almeno così sembrerebbe dal punto di vista della cessazione dei rapporti, si può rimanere soci senza più essere dipendenti, ma non si può rimanere dipendenti dopo che non si è più soci.

Pertanto, sempre sul piano sostanziale, si tenga presente che le ragioni che portano alla cessazione dell'uno non sono necessariamente le stesse che portano alla cessazione dell'altro: è possibile, ma non è detto! Oltretutto, dovrebbe aversi che l'atto che comporta la cessazione dell'uno sia formalmente diverso dall'atto che comporta la cessazione dell'altro, non solo nelle eventuali motivazioni, ma anche nei rispettivi regimi giuridici.

La delibera di esclusione del socio è cosa diversa dall'atto di licenziamento. Si pensi solo al profilo della reazione da parte dell'interessato: la delibera di esclusione del socio è disciplinata dall'art. 2533 c.c., dalla cui lettura si ricava sia quando si può adottarla sia come la si impugna, mentre l'atto di licenziamento è impugnabile nel duplice termine decadenziale, il primo di 60 gg. per l'impugnazione stragiudiziale ed il secondo di successivi 180 gg. per la domanda giudiziale o arbitrale o l'accesso ad un percorso negoziale disciplinato.

Prima della riforma Cartabia da questo quadro derivava la possibilità di una distinzione anche dal punto di vista dei percorsi processuali da seguire, dovendo, almeno in linea di principio, "naturalmente" attribuirsi al giudice del lavoro la causa di licenziamento ed al tribunale delle imprese la causa associativa, fatta salva la costruzione di spazi per un simultaneo processo che coordinasse anche le decisioni, soprattutto in caso di atti estintivi fondati sullo stesso motivo, simultaneo processo da attrarre al giudice del lavoro.

Oggi, alla luce della norma in commento, mi sembra che questi spazi siano più sicuri e la preferenza è data al giudice del lavoro e al rito del lavoro. Ma è anche vero che il caleidoscopio delle possibilità, anche dal punto di vista delle tutele, resti variegato, perché nel caso concreto la vicenda che coinvolge il socio-lavoratore può presentarsi in modi diversi.

Sia concesso un rapido accenno.

Potrebbe esservi solo un atto di licenziamento oppure solo un atto di esclusione del socio. Oppure potrebbero esservi due atti, uno di esclusione ed uno di licenziamento, assunti in modi formalmente diversi ovvero assunti con un solo atto o almeno comunicati con un solo atto.

Se vi è un solo atto, sia formalmente sia giuridicamente, l'interessato impugnerà quello.

Se c'è solo l'atto di licenziamento e non anche la delibera di esclusione, s'impugna l'atto di licenziamento nel suddetto doppio termine e la causa si celebra di fronte al giudice del lavoro col rito del lavoro, potendo il giudice decidere anche, al limite, su questioni attinenti al rapporto associativo. In questo contesto processuale sul piano sostanziale dovremmo individuare due conseguenze. La prima: la tutela del lavoratore in quanto tale dipende dalla situazione, ossia dalla disciplina legale in quel caso, per cui potrebbe aversi la reintegra ovvero solo il risarcimento dei danni. La seconda: rispetto al rapporto associativo, bisogna vedere se l'estinzione del rapporto di lavoro implichi necessariamente anche l'estinzione del rapporto associativo, cosa che può accadere o meno in base alla legge ed allo statuto.

E se abbiamo solo l'atto di esclusione del socio, senza licenziamento formale, dal quale deriva anche la cessazione del rapporto di lavoro, sul piano processuale l'art. 441-ter c.p.c. individua la competenza ed il rito del giudice del lavoro. Ma, azzardo come ipotesi forse astratta, si potrebbe anche ritenere che ciò sia una possibilità e non una necessità, ossia che resti all'interessato la scelta tra il rito del lavoro ed il rito ordinario di fronte al tribunale delle imprese. Peraltro la causa associativa potrebbe avere motivazioni che attengono solo al rapporto sociale.

Comunque in questo ambito potrebbe emergere una ridda di problemi, tra i quali mi limito a individuarne un paio.

Se il socio è escluso per motivi che nulla hanno a che fare col rapporto di lavoro, ad esempio per mancati pagamenti di quote ex art. 2531 c.c. o in virtù di liquidazione giudiziale visto l'art. 2288 c.c., perché mai ciò dovrebbe far venir meno anche il rapporto di lavoro? Certo, si dirà, ciò accade in virtù del principio sopra visto della dipendenza sostanziale del rapporto di lavoro da quello associativo. Ma, francamente, non so quanto ciò sia ragionevole, per cui, pur rispettando il dettato normativo, che a me pare assurdo nel suo automatismo, non vedo perché le regole statutarie non potrebbe derogarvi.

Inoltre, se l'esclusione è dettata da un motivo che incide anche nel rapporto di lavoro, potremmo avere una diminuzione di garanzie nell'*iter* dell'atto risolutivo, posto che ad esempio la delibera di esclusione non prevede un previo contraddittorio. Però, da questo punto di vista, c'è anche di rilevare come, a vantaggio dell'escluso, abbiamo che, annullata la delibera di esclusione, egli rientra sia nella compagine sociale sia nel posto di lavoro.

Se ci sono sia il licenziamento sia l'esclusione dalla società (anche ipotizzando che le due determinazioni giuridiche siano assunte formalmente con un solo atto o almeno comunicate con un solo atto), il lavoratore ha un ventaglio di scelte possibili.

Innanzitutto egli può impugnare solo il licenziamento, fermo restando che in tal caso non potrebbe ottenere la reintegra, ma al più il risarcimento del danno sulla base di un accertamento incidentale dell'illegittimità della delibera di esclusione. Invero se non è socio egli non può essere dipendente, perché il rapporto associativo è fatto costitutivo e pregiudiziale del rapporto di lavoro. Ovviamente tutto ciò seguendo l'opinione comune, che, ripeto, stride con l'idea per cui non si capisce la ragione che dovrebbe imporre ad una cooperativa di avere solo lavoratori che siano anche soci.

In secondo luogo egli può proporre opposizione alla sola delibera di esclusione, per cui, guardando al merito, in caso di vittoria si avrà certamente la ricostituzione del rapporto sociale, mentre è dubbio che ne consegua anche la ricostituzione del rapporto di lavoro, mancando l'impugnazione del licenziamento (si ricordi ancora che in teoria si può essere soci e non lavoratori). In tal caso, visto il nuovo art. 441-ter c.p.c., la causa è incardinabile di fronte al giudice del lavoro secondo il rito lavoro e non di fronte al tribunale delle imprese secondo il

rito ordinario. Insomma, il fatto che non sia impugnato il licenziamento, ma solo l'atto di esclusione del socio, porta sempre il giudice del lavoro a decidere sul rapporto associativo.

Ma anche in riferimento a tale ipotesi non vedo la ragione che dovrebbe impedire all'interessato di scegliere la strada del tribunale delle imprese col rito ordinario. Certo, forse in pratica è improbabile che si faccia una simile scelta. Però in astratto resta il fatto che qui l'interessato propone un'opposizione alla delibera della società, atto che può "naturalmente" essere rivolto al tribunale delle imprese secondo il rito ordinario. Si ripete: dalla lettura che potremmo definire "secca" dell'art. 441-ter c.p.c. sembrerebbe doversi escludere la scelta, in virtù dell'idea per cui la causa associativa e la causa di lavoro si intrecciano e la legge, in ragione di un simile intreccio, semplifica il quadro rinviando semplicemente al rito e al giudice del lavoro. Ma resta il dubbio che questa semplificazione sia anche un'imposizione.

In terzo luogo l'interessato può con un solo ricorso (ma nel rispetto di tutti i termini) impugnare sia la delibera di esclusione dalla società sia il licenziamento, caso in cui si ha un solo processo di fronte al giudice del lavoro con rito del lavoro.

Infine, l'interessato potrebbe impugnare entrambi gli atti con due domande formalmente diverse, sempre nel rispetto dei diversi termini. In tal caso si dovrebbe procedere alla riunione di fronte al giudice del lavoro che seguirà il rito del lavoro: sia che le due domande siano state proposte entrambe di fronte al giudice del lavoro (cosa che dovrebbe oggi essere "naturale" visto l'art. 441-ter c.p.c.) sia che la domanda sulla causa di lavoro sia stata proposta di fronte al giudice del lavoro e quella associativa di fronte al tribunale delle imprese.

L'alternativa al simultaneo processo sarebbe la sospensione ex art. 295 c.p.c. della causa di lavoro (impugnativa del licenziamento) in attesa della definizione della causa sociale (opposizione alla delibera di esclusione).

Quanto all'art. 441-quater c.p.c., accade che la stessa vicenda illecita possa essere denunciata dall'interessato seguendo percorsi diversi: quelli specificamente previsti nelle leggi speciali di riferimento ovvero quello generale del lavoro. La norma citata lascia la possibilità di scelta, ma fissa il principio per cui *electa una via non datur recursus ad alteram*⁸.

Il primo problema applicativo che si pone riguarda l'esito del processo irritualmente iniziato per secondo col rito diverso da quello scelto per instaurare prima la stessa causa: si avrà una chiusura in rito per inammissibilità o una chiusura per litispendenza ai sensi dell'art. 39 c.p.c.? Francamente a me sembra possibile sposare la seconda soluzione, che consente di accedere alla forma ed al regime del provvedimento con cui si dichiara la litispendenza.

In secondo luogo, quanto al presupposto applicativo della disposizione, c'è da precisare come, per aversi la stessa causa, sia anche necessario che ad agire due volte sia lo stesso soggetto legittimato. Ora, se l'impugnativa per nullità del licenziamento discriminatorio secondo il rito del lavoro è a disposizione del singolo lavoratore licenziato, le azioni di cui all'art. 28 del d.lgs.

⁸ LUIO, *op. cit.*, p. 259.

n. 150/2011 e all'art. 38 del codice delle pari opportunità possono essere esercitate: quella sia dal singolo sia da un ente collettivo legittimato e questa sia dal singolo sia dalla consigliera o consigliere di parità competente. Ma, allora, l'eventuale azione dell'ente o del/la consigliere/a non può sottrarre la successiva azione individuale al singolo con la sua conseguente scelta del rito che preferisce.

Infine, quanto al dubbio in ordine all'applicabilità di eventuali regole particolari sull'onere della prova dettate nei riti speciali, io credo che sia ragionevole estenderla anche all'eventualità che sia celebrato il rito del lavoro⁹.

3. La negoziazione assistita

Novellando la legge n. 162 del 2014, si favorisce un ulteriore percorso stragiudiziale per la conciliazione della lite prima del processo inserendo un art. 2-ter per la negoziazione assistita nelle controversie di lavoro, senza che ciò costituisca condizione di procedibilità¹⁰. Resta esclusa la mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, perché non è stato modificato l'art. 23 di questo articolato. La Commissione Luiso aveva avanzato una diversa proposta, ma essa non è stata accolta, per cui nelle liti di lavoro è utilizzabile la negoziazione assistita, ma non la mediazione. La cosa sfugge alla mia capacità di comprensione, ma questa è la scelta del legislatore!

Siamo in presenza di un percorso del tutto garantito dagli avvocati. Mentre prima, almeno a quanto di solito si dice¹¹, gli accordi erano fatti in concreto dagli avvocati e poi "portati" in sede protetta, per il fatto che la legge non riconosceva all'assistenza degli avvocati la dignità di assurgere a quella protezione a cui rinvia l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., oggi si fa cadere il velo dell'ipocrisia e si riconosce direttamente quella dignità prima negata¹².

Ovviamente restano salvi gli altri percorsi già esistenti, ancorché la modifica faccia (incomprensibilmente) esplicito riferimento al solo canale dato dall'art. 412-ter c.p.c. Insomma, per i percorsi esistenti nulla cambia, restando i quattro canali¹³ che esistevano e

⁹ Nello stesso senso MOLINARO, *op. cit.*, p. 220.

¹⁰ Su questa modifica vedi variamente: D. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 361 ss.; VOZA, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *La nuova "giustizia complementare"*, in *Gli speciali del Foro it.* a cura di Dalfino, 2023, p. 380 ss.; Id, *La conciliazione sindacale e la negoziazione assistita in materia di lavoro: false amiche o false nemiche?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it – 469/2023; LICCI, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro*, in LDE 2023; SCARPELLI, *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro: i dubbi dei sindacati e il tema della serietà delle transazioni sui diritti dei lavoratori*, in www.wikilabour.it; DI NUNZIO, *Negoziare assistita nelle controversie di lavoro: una nuova possibilità prima del contenzioso*, in LDE 2023; MOROTTI, *Negoziare assistita: istruttoria stragiudiziale, nuovi ambiti, incentivi*, in *Manuale breve della riforma Cartabia cit.*, p. 209 ss.

¹¹ Fra i tanti vedi GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, p. 205 ss., spec. 210-211.

¹² Per il concetto di sede protetta in questo contesto non sono necessarie citazioni: basti il solo rinvio a CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano 1989, p. 984 ss., spec. 1002.

¹³ Se vuoi BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, p. 125 ss.

continuano ad esistere per giungere ad un accordo come definizione della lite di lavoro, che possa godere della protezione di cui all'art. 2113, comma 4, c.c.¹⁴.

Su di essi nulla è il caso di ricordare in questa sede, se non ripescare un dubbio che potrebbe emergere anche a fronte della negoziazione assistita, nell'ambito della quale emergerà un problema analogo. Mi riferisco alla disputa sulla conciliazione in sede sindacale, in ordine alla quale si confrontano due opinioni. Secondo alcuni essa è protetta sia che avvenga nelle sedi e secondo le modalità predeterminate nei contratti sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative sia che avvenga comunque nelle sedi sindacali, ma senza che vi siano regole predeterminate. Secondo altri, invece, la protezione si ha solo quando vi sono quelle regole predeterminate, come sembrerebbe esigere l'art. 412-ter c.p.c.¹⁵.

A me sembra che la soluzione più ragionevole sia quella che si ispira alla necessità di un'assistenza effettiva¹⁶, per cui, se è questa che conta al fine di attuare la logica di istituire sedi protette di negoziazione, ossia l'esigenza di ritrovare un equilibrio tra posizioni normalmente squilibrate all'origine, per stabilire se abbiamo o meno una sede protetta bisogna vedere in concreto se vi sia stata un'effettiva assistenza sindacale. È inutile avere regole predeterminate in CCL se poi in concreto esse non sono rispettate o lo sono solo in apparenza ed è buona cosa una conciliazione sindacalmente assistita con efficienza, anche se non vi erano regole predeterminate nei CCL.

Venendo all'osservazione del nuovo strumento, si ricorda come in esso emergano due possibili accordi: il primo di carattere strumentale ed il secondo, se il percorso riesce, di carattere sostanziale. Con quello si fonda il percorso, avendo come contenuto, fra l'altro, l'impegno a «cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia» (art. 2 della legge). Con questo, invece, si pone la norma sostanziale concreta che presiederà alle future relazioni dei litiganti, norma non imposta da un terzo (il giudice o l'arbitro), ma trovata e scelta dagli stessi interessati.

L'accordo strumentale è stimolato da un invito¹⁷ che una parte rivolge all'altra di aderire ad una convenzione di negoziazione assistita, atto firmato dall'interessato con certificazione del

¹⁴ Ossia il tentativo di fronte: 1) alle commissioni presso la direzione provinciale del lavoro (al quale dovrebbe equipararsi quello di fronte agli organismi degli enti di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003), 2) ad organismi sindacali a prescindere dalla precostituzione di procedure di conciliazione in sede di contratto collettivo (art. 411, comma 3, c.p.c.), 3) ad organismi sindacali secondo modalità precostituite nei contratti collettivi (art. 412-ter c.p.c.), 4) al giudice del lavoro.

¹⁵ In quest'ultimo senso anche da ultimo Trib. Roma 8 maggio 2019 n. 4354.

¹⁶ Vedi ad esempio GHEZZI, *op. cit.*, p. 208-209.

¹⁷ Che ha già l'effetto di interrompere il termine di prescrizione del diritto in gioco o impedire una decadenza: vedi l'art. 8 della normativa. A tal proposito va rispettata la previsione di cui all'art. 2, comma 2, lettera b) della legge, ai sensi del quale nell'invito va precisato l'oggetto della controversia, perché, invero, se non si individua un diritto soggettivo non si saprebbe a quale situazione giuridica poter collegare i detti effetti. Però è anche vero che poi la procedura successiva non è vincolata a quell'oggetto, ben potendo le parti trovare un accordo andando oltre i suoi limiti.

suo avvocato (art. 4, comma 2)¹⁸. Se l'invito va a buon fine per l'adesione dell'altra parte, l'accordo strumentale per svolgere la negoziazione assistita su un dato oggetto è ancora firmato dalle parti con certificazione degli avvocati (art. 2, comma 6).

Successivamente, durante il percorso, sono gli avvocati ad aiutare le parti, per un verso a cercare soluzioni negoziali convenienti e, per altro verso, a svolgere la loro ricerca senza dimenticare la lettura giuridica della vicenda, tantomeno l'eventuale operatività di norme inderogabili. Poi, se il percorso giunge alla meta sperata dell'accordo sostanziale sono ovviamente sempre le parti a siglarlo, ma con gli avvocati che svolgono il doppio ruolo di certificatori delle loro firme e i guardiani a fronte della vigenza di norme inderogabili. Persino in caso di fallimento sono sempre gli avvocati a certificare la dichiarazione di mancato accordo¹⁹.

Questo percorso, si legge esplicitamente nell'art. 2-ter della legge, non è condizione di procedibilità. Però resta la previsione generale di cui all'art. 3 della medesima legge, in virtù della quale la pretesa in giudizio di somme fino a 50.000 euro deve essere preceduta dalla negoziazione assistita a prescindere dal titolo giuridico di essa. Quindi sembrerebbe che anche il titolo dato da un contratto di lavoro possa rendere applicabile la norma, dopo che nell'art. 2, comma 2, lett. b) è stato espunto il divieto in generale di utilizzabilità di tale istituto in materia di lavoro.

La domanda è: la norma specifica contenuta nell'art. 2-ter sulla materia di lavoro è speciale solo per alcune peculiarità strutturali che in essa sono previste oppure è, per così dire, speciale in tutto e per tutto? Di fronte a tale domanda si potrebbero seguire due linee interpretative. In base ad una prima lettura si potrebbe così ragionare: la linea di confine tra negoziazione obbligatoria e non obbligatoria è data dalla norma generale contenuta nell'art. 3, prevedendo l'art. 2-ter alcune caratteristiche della negoziazione di lavoro, quali la presenza di almeno un avvocato per parte²⁰, ai quali può aggiungersi anche l'assistenza di consulenti del lavoro,

¹⁸ Per la stipulazione della convenzione strumentale il CNF ha adottato uno specifico modello, in attuazione dell'art. 2, comma 7-bis della legge, sul quale vedi ZUMPANO, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro e la convenzione predisposta dal Consiglio Nazionale Forense*, in LDE 2023.

¹⁹ Che sembra essere il momento da cui ricomincia a decorre un termine di decadenza o prescrizione, visto l'art. 8 della legge. Peraltro, si potrebbe dubitare di questa affermazione ove il percorso duri più del termine pattuito per esso, ipotesi in cui si potrebbe ritenere che i termini sostanziali ricomincino a decorrere alla scadenza del termine che le parti si sono date per la negoziazione assistita (al massimo 3 mesi più eventuali 30 giorni: art. 2, comma 2, lettera a) della legge). È certo che questo termine conta processualmente quando la negoziazione assistita è condizione di procedibilità, nel senso che allo scadere di esso la domanda diventa procedibile in giudizio. Però si potrebbe ritenere che quel termine conti anche per il nuovo inizio dei termini sostanziali relativi al diritto soggettivo in gioco. Altro è che, poi, le parti continuino il percorso e magari trovino un accordo pur dopo la scadenza del termine pattuito. Si tenga poi presente che la disciplina di questi effetti è diversa a seconda che si segua la strada dell'art. 410 c.p.c. ovvero della negoziazione assistita, perché in quella l'iniziativa interrompe senza sospendere il termine di prescrizione e si limita a sospendere il termine di decadenza. L'invito alla negoziazione, invece, interrompe e sospende il termine di prescrizione ed azzera il termine di decadenza.

²⁰ Questa previsione è qui esplicita, per cui è certo che non sia possibile l'assistenza di un solo avvocato. Invero, l'esclusione di un percorso in cui vi sia un solo avvocato per entrambe le parti non è prevista da una disposizione generale, dovendola

nonché la necessità della trasmissione dell'accordo alle commissioni di certificazione. Insomma, si potrebbe concludere, il citato art. 2-ter è dettato per dare alla negoziazione di lavoro queste caratteristiche, a prescindere, poi, dal fatto che essa sia obbligatoria o facoltativa.

Ma si potrebbe dire: l'art. 2-ter è norma speciale in misura maggiore, anche se non totale e completa, per cui essa, guardando ad altre norme della stessa legge, mette sì fuori gioco l'art. 3, ma non anche altre disposizioni, quali quelle che attengono agli obblighi di cooperazione, all'efficacia di titolo esecutivo dell'accordo o agli effetti su prescrizione e decadenza.

Io direi che vale questa seconda interpretazione, soprattutto per il dato che emerge nell'art. 2-ter, quando si precisa «senza che ciò costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Tale specificazione esclude l'applicabilità dell'art. 3 e consente anche di mettere fuori gioco solo ed unicamente l'art. 3, lasciando l'ovvia applicabilità di altre norme, perché in caso contrario sarebbero emersi seri problemi.

Dell'applicabilità di alcune norme della legge in parola abbiamo già detto sopra, in riferimento alla stipula dell'accordo strumentale, sugli effetti in relazione a prescrizione e decadenza nonché sull'efficacia di titolo esecutivo dell'accordo finale. A quelle se ne aggiungano altre: così quella che, sempre in riferimento all'accordo strumentale, esige la forma scritta *ad substantiam* (art. 2, comma 4), quella che prevede la possibilità della forma telematica (art. 2-bis), nonché le disposizioni che prevedono una sorta di istruttoria stragiudiziale (articoli 4-bis e 4-ter).

Tuttavia, fatta l'importante precisazione per cui qui non può pretendersi l'applicazione dell'art. 3, non ci si può neanche limitare a dire che sia espunta ogni forma di obbligo, se solo si leggono le norme vigenti con un po' di attenzione.

Mi riferisco a quanto è previsto nell'art. 4 della legge sulla negoziazione assistita, che impone un obbligo di cooperazione sanzionato in capo a colui che riceve l'invito a stipulare la convenzione di negoziazione assistita, aspetto che certamente manca nell'ambito dell'art. 410 c.p.c.

Così, leggendo insieme l'art. 2-ter e l'art. 4, si può dire: è vero che la legge non costruisce la negoziazione assistita come condizione di procedibilità nelle controversie di lavoro, con la conseguenza che chi vuole agire in giudizio non deve previamente passare da un percorso negoziale, ma è anche vero che, se una parte lo sceglie, invitando l'altra a stipulare l'accordo strumentale al fine di incardinare il percorso che in caso di successo arriverà all'accordo sostanziale, l'altra parte nella posizione di invitata deve senz'altro rispondere e magari anche

ricavare solo dalla modifica della rubrica dell'art. 2, in cui oggi si legge «*Convenzione di negoziazione assistita da avvocati*», mentre prima vi si leggeva «*Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati*». Quindi la disciplina per le liti non di lavoro potrebbe essere dubbia (sul problema vedi, per tutti, DELUCA, *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione (e nella negoziazione assistita)*, in *La riforma del processo civile* cit., p. 243 ss., spec. 253-254), anche considerando il fatto che l'art. 2, comma 5, della legge continua a parlare di convenzione conclusa da uno o più avvocati.

rispondere adesivamente, perché in caso contrario rischia una sanzione economica nel successivo processo e magari anche la possibilità che il giudice valuti il suo comportamento non collaborativo come argomento di prova²¹.

Insomma, il legislatore, se esclude una obbligatorietà *hard*, secondo il paradigma della condizione di procedibilità, tuttavia non disdegna di costruire una sorta di obbligatorietà *soft* in caso di opzione di una parte in tal senso. Soluzione, questa, che è pensata, non certo per le liti di lavoro, ma in generale come caratteristica dello strumento in questione, caratteristica che non credo possa cadere per le liti di lavoro ritenendo non applicabile ad esse il citato art. 4 in virtù della specialità dell'art. 2-ter.

Se le cose stanno così, l'applicazione dell'art. 4 nella nostra materia può comportare qualche complicazione, anche considerando il fatto che per le liti di lavoro vi sono più sedi possibili di trattativa. Ed allora sorge la domanda: come si coordinano tra loro queste sedi?

In mancanza di norme di coordinamento sembra che quei percorsi possano convivere ossia che, ad esempio, una parte possa invitare l'altra alla negoziazione dopo che magari sia stato percorso il cammino sindacale ovvero quello amministrativo senza successo, percorso che poteva anche essere stato iniziato da controparte. Ora, se questi percorsi sono tutti facoltativi, ossia nessuno di essi è condizione di procedibilità dell'azione in giudizio, è anche vero che, come accennato sopra, la normativa sulla negoziazione assistita, a differenza delle altre, prevede un obbligo di cooperazione per la parte invitata. Allora bisogna interpretare la normativa con un po' di prudenza, sia pur partendo dal presupposto che il citato art. 4 si applichi alla materia lavoristica.

Facciamo il caso che il lavoratore usi il percorso sindacale o quello amministrativo, al quale il datore non coopera o che comunque fallisce. Se a seguito di questa vicenda potrebbe il datore fare la mossa di attivare l'invito per la negoziazione assistita e se pure in tale eventualità si deve ritenere applicabile il detto art. 4, è anche vero, a me sembra, che tale disposizione debba essere applicata in tutte le sue parti ed in coordinamento con lo spirito della legge sulla negoziazione assistita, fortemente improntata al principio di buona fede e lealtà (art. 2). Ed, allora, è evidente come un giudice statale, investito dopo il fallimento di ogni trattativa stragiudiziale, deve utilizzare il potere discrezionale che l'art. 4 gli attribuisce utilizzando il verbo "può" proprio alla luce del detto principio di buona fede e così giustificare l'eventuale mancata cooperazione da parte del lavoratore che non abbia risposto all'invito alla negoziazione a causa del fatto che un altro percorso di possibile trattativa era già stato provato. Insomma, ed in definitiva, io credo che non si possa escludere in astratto l'applicabilità dell'art. 4 della legge n. 162/2014 alle liti di lavoro. Ma credo anche che esso vada utilizzato con

²¹ La possibilità di subire anche questa "sanzione" può essere discutibile, perché essa non è richiamata nel citato art. 4. Tuttavia io credo che sia qui estendibile la previsione che è esplicitata nella disciplina della mediazione (oggi all'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010): vedi il mio *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Il giusto processo civile* 2017, p. 31 ss., spec. 66.

prudenza. La quale cosa non significa ipotizzare che l'obbligo di cooperazione sia, sempre in astratto, da imporre solo al datore, in ipotesi invitato alla negoziazione, e non anche al lavoratore che dovesse trovarsi nella stessa situazione. Però è anche vero che il giudice deve essere prudente nel valutare il caso concreto al fine di applicare quella parte della norma in cui si dice che la mancata risposta o il rifiuto «può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96, primo, secondo e terzo comma, e 642, primo comma, del codice di procedura civile»²².

Guardando, ora, all'esito positivo del percorso, come ho già accennato sopra qui accade che l'assistenza degli avvocati diventa ora in grado di assicurare un'ulteriore sede protetta, nell'ambito della quale è possibile negoziare validamente le liti di lavoro, senza il rischio dell'invalidazione di cui all'art. 2113 c.c.

Su questa disposizione, sulla quale sono scorsi fiumi d'inchiostro, mettiamo, sia pur rapidamente, qualche punto fermo.

Il primo: l'art. 2113 c.c. non tocca l'eventuale impugnabilità del contratto per vizi tipici del contratto, che lo possano rendere nullo o annullabile.

Il secondo: detta norma non si occupa di diritti indisponibili, per i quali resta il fatto che non è possibile negoziare, a prescindere dalla sede, che sia protetta o meno. Invero, un contratto col quale si disponesse di un diritto indisponibile sarebbe radicalmente nullo. Così l'art. 2113 c.c. si riferisce a negoziazioni su diritti disponibili, ancorché derivanti dalla concretizzazione di norme inderogabili. Solo che nella materia lavoristica la negoziabilità, come del resto l'arbitrabilità, esige percorsi particolari²³.

Con la riforma Cartabia si è aggiunto il percorso della negoziazione, non libera, ma assistita dagli avvocati. Cerchiamo di comprendere la doverosa struttura di questo percorso, affinché esso possa assurgere al rango di quella sede protetta di cui all'art. 2113, comma 4, c.c. e, quindi, di capire poi i limiti di tale protezione, riprendendo il rilievo sopra fatto secondo cui l'art. 2113 c.c. non tocca lo spazio delle generali impugnative negoziali.

Innanzitutto, si noti come l'art. 2-ter della legge precisi che possono aggiungersi, eventualmente, nell'assistenza consulenti del lavoro.

Su tale previsione io credo che valgano le seguenti affermazioni: 1) i consulenti del lavoro possono aggiungersi, ma non sostituire gli avvocati²⁴; 2) per essi non valgono direttamente i commi 1 e 2 dell'art. 9 della legge n. 162/2014, ma dovrebbe sopperire il loro codice deontologico per imporre loro la riservatezza²⁵; 3) in ogni caso vale anche per loro il comma 3

²² Conformemente Voza, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro* cit., p. 389.

²³ Per fare un paragone, problemi non molto diversi emergono, ad esempio, nella materia di famiglia, sulla quale rinvio, se vuoi, ai miei scritti: *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 891 ss. e *Impiego della ricchezza nella famiglia e arbitrato*, in *Riv. arbitrato* 2023, p. 525 ss.

²⁴ MOROTTI, *op. cit.*, p. 309-310; DELUCA, *op. cit.*, p. 254.

²⁵ Peralto è anche ipotizzabile la stesura di un impegno negoziale in tal senso.

del medesimo art. 9, per cui i consulenti del lavoro che abbiano assistito al percorso non possono essere chiamati a deporre nell'eventuale giudizio successivo; 4) essi non hanno poteri di certificazione né devono firmare l'invito alla negoziazione assistita o l'accordo strumentale al fine di intraprendere il percorso né, ancora, l'accordo finale, in caso di successo, ovvero la dichiarazione di mancato accordo, in caso di insuccesso.

Stabilita quindi l'essenzialità della sola assistenza degli avvocati, si pone il problema del regime giuridico di un accordo raggiunto senza gli avvocati o con l'assistenza di un solo avvocato.

La risposta dovrebbe essere semplice se si tiene presente come la garanzia del riequilibrio tra parti che si ritengono squilibrate in partenza stia proprio e solo nell'assistenza dei loro avvocati, i quali, fra l'altro, sono anche coloro i quali garantiscono che l'atto di normazione concreta non sia posto in violazione di norme inderogabili, fermo restando che comunque un'impugnativa per nullità, a causa di una simile violazione, non è esclusa dalla loro certificazione.

Ed allora a me sembra evidente come l'assenza di quella assistenza degradi il percorso a sede non protetta mettendo così capo, in ipotesi, ad un contratto invalidabile secondo i primi commi dell'art. 2113 c.c.

Su questo punto è bene insistere, anche anticipando una riflessione sul principio per cui l'art. 2113 c.c. non esclude certo la normale impugnativa per nullità del contratto, data, visto l'art. 1418 c.c., anche dalla violazione di norma inderogabile. Ora, la norma che qui impone l'assistenza degli avvocati è certamente una norma inderogabile. Però da ciò non si può, a mio parere, conseguire che la sua violazione comporti la nullità del contratto, in ipotesi raggiunto, ai sensi dell'art. 1418 c.c., perché, se essa attiene alla costituzione della c.d. sede protetta, se ne deve ricavare che la sua violazione causi la mancanza, appunto, di una tale sede. Insomma la norma in parola, vista la sua funzione, rientra nello spettro applicativo dell'art. 2113 c.c. e non dell'art. 1418 c.c.

Pertanto, si deve aggiungere, è anche necessario che quella assistenza sia effettiva. Qui emerge un altro aspetto delicato, che forse potrebbe essere fonte in futuro di dubbi applicativi.

In astratto il discorso è chiaro: se sta agli avvocati assistere e garantire dal rischio della disparità, essi devono avere, a questo fine, un ruolo attivo nella trattativa, non limitandosi alla certificazione finale. Essi dovrebbero garantire la serietà del riequilibrio, anche a causa delle norme sulla loro responsabilità professionale nonché delle norme deontologiche²⁶.

Insomma, anche nella negoziazione assistita per la materia lavoristica deve valere quanto ormai è già stato fissato per altre conciliazioni siglate in sede protetta, in particolare per quella svolta in sede sindacale, in riferimento alla quale, riprendendo le parole della Corte di cassazione, si è detto: «*Per il combinato disposto degli artt. 2113 cod. civ. e 410, 411 cod. proc. civ., le rinunzie e transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da*

²⁶ Può essere, invece, dubbia un'eventuale responsabilità penale in virtù dell'art. 380 c.p., dato che siamo al di fuori di un contesto processuale.

disposizioni inderogabili della legge o di contratti collettivi, contenute in verbali di conciliazione sindacale, non sono impugnabili ex art. 2113, commi 2 e 3, cod. civ., solo a condizione che l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali sia stata effettiva, consentendo al lavoratore di sapere a quale diritto rinuncia ed in che misura, e, nel caso di transazione, a condizione che dall'atto si evinca la "res dubia" oggetto della lite (in atto o potenziale) e le "reciproche concessioni" in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 c.c.»²⁷.

Ma come un simile principio di "assistenza effettiva"²⁸ possa declinarsi in concreto è cosa che potrebbe essere assai dubbia. Oltretutto qui, non avendo tecnicamente una mediazione, non c'è un terzo che possa fornire garanzie, diciamo così, istituzionali, date, per un verso, dalla sua posizione di terzietà e indipendenza rispetto agli interessi in gioco e, per altro verso, dalla necessaria preparazione sulle tecniche di contrattazione applicate alla soluzione dei conflitti, che dovrebbe essere assicurata dagli obblighi formativi imposti dall'ordinamento. Insomma, nel contesto sotto osservazione non entra in gioco una persona che istituzionalmente dovrebbe essere in grado di elevare il dialogo tra le parti, portandolo dal piano del conflitto tipico del giudizio che guarda alla vittoria su un diritto litigioso ad un piano di incontro che guardi alla composizione degli interessi economici ed umani.

Qui abbiamo due avvocati l'uno di fronte all'altro. E, se dobbiamo fare i conti col fatto che in materia di lavoro la negoziazione in sé tra le parti non può funzionare, mentre essa funziona solo se è protetta ossia assistita in modo effettivo, non credo che nella prassi ci si potrà accontentare dell'elemento formale dato dalla presenza degli avvocati, al fine di veder costituita quella sede protetta che fa scattare l'assolvimento dall'invalidazione dell'accordo ai sensi dell'art. 2113 c.c. Sarà necessario qualcosa di più del dato formale, qualcosa che la prassi applicativa dovrà individuare.

Insomma, è vero che l'ordinamento ha concesso agli avvocati il potere della trattativa in materia di lavoro, ma è anche vero che, attraverso la necessità di applicare in concreto il principio dell'effettività dell'assistenza, i giudici statali avranno uno strumento per verificare nei casi concreti l'eventuale invalidabilità degli accordi conclusi.

Tornando, poi, al problema della convivenza con le ordinarie impugnative negoziali, è bene precisare ancor meglio, sia pur succintamente, il senso dell'art. 2113 c.c., quindi, in particolare, la distinzione tra norma inderogabile e diritto indisponibile.

L'inderogabilità è qualità della norma giuridica e consiste nel fatto che i privati non possono metterla fuori gioco con un accordo, perché il legislatore esige la sua concretizzazione²⁹. La sua presenza non impedisce un contratto né un arbitrato, ma esige solo che in entrambe le attività

²⁷ Cass. 23 ottobre 2013 n. 24024, in *Giur. it.*, 2014, p. 921 ss., con nota di PIOVESANA, *Conciliazione sindacale ed effettività dell'assistenza prestata al lavoratore*, in cui si ha una sintesi del dibattito sulla questione.

²⁸ Sul problema vedi, ad esempio, VOZA, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro* cit., p. 383-384.

²⁹ Concetto di carattere generale, che incide anche oltre il diritto privato, sul quale risali a BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht und verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Acp* (40), 1881, p. 1 ss.

essa sia applicata. Ove un contratto non la rispetti esso è giuridicamente nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c.

L'indisponibilità è qualità di un diritto soggettivo esistente, quindi nato per il verificarsi della sua fattispecie. Essa impedisce l'arbitrato ed anche il contratto, a prescindere dalla costruzione di condizioni o percorsi particolari. I diritti indisponibili non sono negoziabili neanche ipotizzando sedi protette, perché in caso contrario si negherebbe la loro natura ed il negozio che ne disponga è anch'esso nullo.

L'art. 2113 c.c. non demolisce né indebolisce alcuno di questi principi, occupandosi esso di diritti disponibili che tuttavia siano frutto della concretizzazione di norme inderogabili. Nella convivenza tra norma inderogabile e diritto disponibile si deve tenere presente che, se quella non può essere oggetto di negozio, questo invece può esserlo, perché non è da escludere la disponibilità di un diritto.

Ma su tale disponibilità il legislatore può utilizzare schemi di gioco diversi.

È possibile che del diritto semplicemente le parti possano disporre. Così, ad esempio, se è vero che la norma sul diritto agli utili nel diritto commerciale è indisponibile, mentre il diritto agli utili una volta nato è disponibile, poi su tale diritto le parti possono negoziare liberamente.

Ma è anche possibile, invece, che la disponibilità debba essere giocata in certi "modi". Così, ad esempio, se il diritto al divorzio nasce per una data ed indisponibile fattispecie di legge, di esso poi, una volta nato, si può disporre, ma solo all'interno di certi percorsi. E ciò accade anche per diversi diritti nella materia lavoristica, per la quale si costruiscono quelle che abbiamo visto essere le "sedi protette".

Insomma, quando abbiamo a che fare con diritti nati, sempre che essi siano disponibili, la legge può scegliere: se lasciare ai privati la possibilità di negoziare come vogliono oppure imporre loro condizioni e percorsi. Questa seconda scelta è fatta per i diritti del lavoratore, che vanno negoziati in sedi protette, altrimenti il negozio è annullabile.

Altro è, però, che la fattispecie contrattuale sia contraria a norma inderogabile: qui siamo fuori dall'ambito applicativo dell'art. 2113 c.c., perché, disciplinandosi assetti per il futuro, non si dispone di un diritto nato, per cui in realtà si stipula un contratto nullo, appunto in virtù dell'art. 1418 c.c.

Insisto: l'art. 2113 c.c. si riferisce a diritti disponibili né esso mette fuori gioco l'impugnativa di nullità per violazione di norme imperative o l'impugnativa per annullabilità in caso di vizi della volontà. Se quei diritti sono negoziati fuori dalle sedi protette, il negozio è annullabile per questa ragione. Se i diritti sono negoziati nelle sedi protette, allora il negozio non è annullabile per questa ragione. Ma esso resta nullo se posto in violazione di una norma inderogabile, ossia se non dispone di diritti nati, ma, disponendo di diritti futuri non ancora nati, esso in realtà pretenderebbe di mettere fuori gioco norme imperative. Come, del resto, resta annullabile se affetto da un vizio del volere.

Residua, qualche dubbio.

Il primo: come va applicato il comma 2 dell'art. 2-ter della legge in commento, in virtù del quale a cura di una parte l'accordo deve essere trasmesso entro 10 giorni ad uno degli organismi di certificazione? A parte il fatto che una simile previsione sembra sottrarre agli avvocati quella fiducia che l'istituto invece doveva loro riconoscere, qui il punto è stabilire la valenza giuridica di una simile attività.

Certo la norma non è derogabile. Ma ciò implica qualche conseguenza ove la trasmissione non dovesse aversi? Magari in termini di efficacia o esecutività dell'accordo? E poi la commissione cosa deve fare: un controllo ad esempio per gli aspetti contributivi e fiscali? Ed ancora possiamo dire che vi è libertà di scegliere il tipo di ente e la sua collocazione territoriale?

Io spero che il rischio insito in tutte queste domande sarà sminuito nella prassi, in particolare perché mi sembrerebbe difficile ipotizzare invalidazioni o altro, mentre certamente il ruolo di questi organismi può avere un valore di monitoraggio.

Altro dubbio è la possibilità di attivare in questa sede la c.d. istruzione stragiudiziale. Ma francamente non vedo cosa potrebbe impedirlo, per cui credo che gli articoli 4-bis e 4-ter siano utilizzabili, se le parti si esprimono in tal senso nell'ambito della convenzione per la negoziazione assistita³⁰.

Piuttosto, penso che i dubbi riguardino, più in generale, l'istituto in sé, anche perché le relative previsioni sono un po' farraginose. Tuttavia, se si tratta di acquisire dati che possano rendere più probabile il successo della trattativa, non vedo perché non si possa svolgere un'attività in tal senso al di fuori delle regole date. In verità queste regole servono al fine di rendere possibile la spendita delle dichiarazioni raccolte in sede processuale, per cui esse guardano all'eventualità di un insuccesso del percorso. Ma le parti, se non voglio assumere questa prospettiva e vogliono anche garantire del tutto il principio di riservatezza, fanno bene a non usare lo strumento della legge.

Infine, prima di concludere il discorso, si accenni ad un rapidissimo confronto con altri percorsi stragiudiziali.

Se guardiamo alla fase iniziale³¹, abbiamo visto che quello qui in commento può far emergere un rischio, perché, se è vero che si tratta di percorsi che sono tutti facoltativi, è anche vero che, ricevuto l'invito, la parte è del tutto libera di non aderire in sede di art. 410 c.p.c., mentre può essere sanzionata la sua mancata cooperazione in sede di negoziazione assistita. Ma, ripeto, se i giudici saranno prudenti il rischio sarà relativo.

Guardando, poi, allo svolgimento del fenomeno io credo che la negoziazione assistita dagli avvocati potrebbe avere dei vantaggi.

³⁰ Al più si può dubitare del fatto che l'opzione sia possibile in un momento successivo. Ma anche su questo aspetto io sarei liberale.

³¹ Sulle differenti discipline relative a prescrizione e decadenza torna alla nota 20.

Intanto il vantaggio dato dal fatto, forse discutibile ma da segnalare, che nella negoziazione assistita vi è la possibilità di svolgere un genere di attività istruttoria i cui frutti sono spendibili nel successivo processo ove il percorso fallisca³².

In secondo luogo, guardando al fallimento del percorso, emerge che in sede di tentativo di cui all'art. 410 c.p.c. si deve avere una proposta (art. 411 c.p.c.), la cui mancata accettazione può essere sanzionata, mentre nella negoziazione assistita non si ha niente di tutto ciò, cosa che potrebbe essere vantaggiosa.

Oltretutto quest'ultimo elemento rinvia anche ad un altro aspetto dato dal fatto che, se per la negoziazione assistita è garantita la riservatezza, nella sede costruita dall'art. 410 c.p.c. questa garanzia non si ha ed anzi l'art. 411 c.p.c. prevede la produzione in giudizio di verbali e memorie, come se si fosse svolto un processo in chiave minore.

Inoltre, in caso di esito positivo, se i verbali hanno sempre la stabilità garantita dalla sussistenza di una sede protetta e sono titoli esecutivi, bisogna però dire che, mentre per il verbale costruito nella sede di cui all'art. 410 c.p.c. ci vuole un passaggio dal giudice e per quello raggiunto in sede sindacale addirittura è necessario un doppio deposito (art. 411 c.p.c.)³³, per il verbale in sede di negoziazione assistita basta, invece, la garanzia degli avvocati ed inoltre abbiamo anche un titolo per iscrivere ipoteca (art. 5 della legge).

Insomma e per finire, se vi sono più percorsi possibili per cercare di trovare un accordo con cui si eviti il processo, quello oggi proposto dalla riforma Cartabia ha forse più vantaggi che svantaggi.

4.Coordinamenti o adeguamenti a modifiche intervenute nel processo dichiarativo ordinario

In questa area abbiamo pochissimi cambiamenti che qui merita solo segnalare, senza approfondimenti.

Innanzitutto è stato modificato l'art. 430 c.p.c., eliminando il riferimento ad un termine di 15 giorni, che era in contraddizione con l'art. 429 c.p.c., nel quale si prevedeva e si prevede ancora, in caso di scissione tra lettura del dispositivo in udienza e deposito della motivazione un termine non superiore a 60 giorni. Oggi l'art. 430 c.p.c. si limita a dire che in questo secondo modulo la sentenza è depositata fuori udienza ed il cancelliere ne dà immediata comunicazione alle parti.

Quindi per il giudizio d'appello abbiamo due modifiche.

³² Sui modelli stranieri di ispirazione, ancorché diversi tra di loro, ossia la *discovery* nordamericana e la *procédure participative* francese vedi, fra tutti, FICCARELLI, *Istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati. Nuova sfida culturale per il legislatore italiano e metodi complementari di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, p. 503 ss.

³³ Presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una parte o per il tramite di un'associazione sindacale e poi presso il giudice a cura del direttore o di un suo delegato (dopo averne accertatane l'autenticità), avendosi l'*exequatur* solo in presenza anche dell'istanza della parte interessata.

La prima, riguardante l'atto d'appello, ha toccato l'art. 434 c.p.c., prevendendosi, come per l'appello ordinario (art. 342 c.p.c.), la sanzione dell'inammissibilità per difetto di chiarezza, sinteticità e specificità. Su questa previsione molto ci sarebbe da dire, ma nulla di specificamente riferito al rito del lavoro. C'è solo da ricordare che la scelta del legislatore è stata assai criticata dalla dottrina e sembra, dalla lettura del c.d. "Correttivo" nelle bozze che stanno circolando, che si voglia ritornare in una certa misura indietro. In particolare, sempre da brogliacci ufficiosamente in circolazione, sembra che il comma 1 dell'art. 434 c.p.c. dovrà essere nel seguente tenore: ««Il ricorso deve contenere le indicazioni prescritte dall'articolo 414 e deve essere motivato in modo chiaro, sintetico e specifico. Per ciascuno dei motivi, a pena di inammissibilità, l'appello deve individuare lo specifico capo della decisione impugnato e in relazione a questo deve indicare:

- 1) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado;
- 2) le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.»

Se così sarà, ne verrà fuori una previsione nella quale in realtà la necessità di quei requisiti sarà mantenuta, eliminandosi piuttosto la sanzione dell'inammissibilità in caso di loro difetto. Di conseguenza l'interprete si troverà di fronte a due nuovi problemi. In primo luogo si dovrà tracciare la linea di confine tra questo tipo di difetto e quelli che invece determineranno l'inammissibilità dell'appello. In secondo luogo si dovrà individuare la sanzione da collegare alla carenza di chiarezza, sinteticità e specificità, probabilmente da ravvisare nella nullità dell'atto, la quale, a differenza dell'inammissibilità, è sanabile.

Insomma, ne verrà fuori un altro pasticcio per sopportare i tanti mal di pancia di un legislatore che poteva mantenersi ancorato alla semplice formula della necessità dei c.d. "motivi specifici" a pena d'inammissibilità.

Col secondo intervento si modifica del tutto l'art. 436-*bis* c.p.c., che, se prima disciplinava quel filtro che era previsto anche nel rito ordinario, oggi, venuto meno questo istituto già nella sua sede principale, viene meno anche nel rito del lavoro. Ora, leggendo il novellato art. 436-*bis* c.p.c. insieme all'art. 437 c.p.c., abbiamo due modalità di decisione.

In entrambi i casi la sentenza è pronunciata in udienza. Ma nel modulo più rapido (legato ai casi di "facilità", perché l'appello è: improcedibile, inammissibile, manifestamente fondato o infondato ovvero poco complesso o urgente) abbiamo in udienza la lettura sia del dispositivo sia della motivazione, mentre nel modulo di cui all'art. 437 c.p.c. abbiamo la lettura del dispositivo in udienze a poi il deposito della motivazione.

5. Norme di carattere generale interessanti per le liti di lavoro: udienze da remoto e cartolari nel processo del lavoro

In questa area interessa l'osservazione degli articoli 127-*bis* e *ter* c.p.c., che, essendo norme di carattere generale, ben potrebbero applicarsi, almeno in astratto, anche al rito lavoro. Il problema è verificare quanto questa ipotesi astratta possa diventare concreta³⁴.

L'art. 127-*bis* c.p.c. prevede la possibilità di sostituire l'udienza in presenza con quella da remoto, se l'ufficio ha tutte le dotazioni tecniche necessarie. In astratto essa è da escludere solo quando si devono assumere testimoni e comunque nella salvaguardia del contraddittorio. Sta al giudice scegliere, pur nell'opposizione delle parti, ipotesi nella quale è sempre il giudice ad avere la valutazione finale, sempre alla luce del rispetto del contraddittorio, che potrebbe anche consigliare di svolgere l'udienza in forma mista, avendo magari una parte in presenza e l'altra da remoto.

Ben diversa è la struttura della c.d. udienza cartolare di cui all'art. 127-*ter* c.p.c., nella quale sparisce l'oralità ed il confronto diretto tra le parti, sostituiti da uno scambio di note scritte. Quindi, sempre strutturalmente, non abbiamo la fissazione di una data dell'udienza in senso proprio³⁵ (ma si veda l'ultimo comma dell'art. 127-*ter*, per cui la data di scadenza del termine di almeno 15 giorni³⁶ assegnato dal giudice alle parti per lo scambio di note scritte è la data dell'udienza non formalmente celebrata come tale), né la stesura di un verbale di udienza.

Insomma, più che una diversa forma dell'udienza (come accade in quella da remoto), qui abbiamo la sostituzione dell'udienza con un meccanismo che ne fa le veci (anche se la doppia inerzia delle parti provoca quella stessa ipotesi di estinzione di cui tratta l'art. 309 c.p.c. per il caso della diserzione a due udienze in sequenza: vedi il comma 4 dell'art. 127-*ter* c.p.c.). Del resto, l'art. 127, comma 3, c.p.c. si esprime chiaramente in questo senso, prevedendo che, se il collegamento audiovisivo a distanza rappresenta un diverso modo di svolgere l'udienza, il deposito di note scritte, invece, rappresenta un'alternativa all'udienza, ossia un modo per compiere le attività che si potrebbero svolgere in udienza sostitutivo di questa.

³⁴ Sul tema si è sollevata un'accesa discussione, per la quale vedi variamente: D. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 356 ss.; CARBONE, *In difesa dell'udienza cartolare*, in www.questionegiustizia.it 2023; COLOSIMO, *Trattazione dell'udienza e impugnazione dei licenziamenti*, in LDE 2023, fasc. 2; SORDI, *In difesa del processo del lavoro: perché la trattazione scritta è incompatibile con il rito lavoro*, in *Giustiziavivile.com* 2023, n. 1; RICCHEZZA, *L'art. 127-ter c.p.c. ed il processo del lavoro: alla ricerca di soluzioni "salvifiche"*, in www.dirittoigiustiziacostruzione.it, p. 5; ALLIERI, *Le nuove disposizioni in materia di processo del lavoro*, in *Giustizia insieme*; MOLINARO, *op. cit.*, p. 212 ss.

³⁵ Il provvedimento del giudice può fissare fin dall'origine il meccanismo sostitutivo, ed allora non abbiamo una fissazione di udienza in senso proprio, ovvero sostituire (poi) l'udienza già fissata (prima) col modo cartolare. In questo secondo caso la sostituzione potrebbe di fatto operare per rinviare la causa.

³⁶ Dovrebbero coordinarsi il termine entro il quale le parti sono chiamate a depositare le note scritte col termine di 5 giorni entro il quale ciascuna parte costituita può opporsi al provvedimento del giudice, opposizione che lascia al giudice 5 giorni successivi per rispondere. Quindi il giudice nel suo provvedimento dovrebbe calcolare il tempo di questo possibile "incidente oppositivo": 5 giorni per opporsi più 5 giorni per rispondere all'opposizione. Quindi il giudice dovrebbe dare alle parti almeno 25 giorni per il deposito delle note scritte, da calcolare sottraendo 10 giorni (5 + 5) e così attribuendo 15 giorni effettivi e pieni, successivamente decorrenti, nei quali le parti, ove il giudice confermi la c.d. cartolare, possano redigere e depositare le note scritte.

E, allora, se dalla lettura delle due norme sopra citate emerge che il limite sia sempre lo stesso, ossia che i meccanismi in esse previsti certamente non sono utilizzabili quando, ad esempio, si tratta di assumere un testimone, essendo per il resto sempre utilizzabili, in realtà in riferimento alla c.d. “cartolare” bisogna porsi qualche dubbio in più, visto che con essa non si ha propriamente un’udienza né certamente un confronto orale e diretto tra le parti.

È indubbiamente non ipotizzabile la sostituzione cartolare delle udienze istruttorie. Se, quando si tratta di assumere testimoni l’esclusione è prevista *per tabulas* nell’art. 127-ter c.p.c., direi che la medesima esclusione sia predicabile anche quando si tratta di assumere dichiarazioni formalizzate di parte, per interrogatorio formale o deferimento di giuramento, visto che le note scritte sono attività degli avvocati, contenenti istanze e conclusioni.

Pertanto, dovrebbe essere ritenuta incompatibile la sostituzione cartolare con lo svolgimento di attività che esigono il confronto diretto e orale tra le parti: si pensi all’interrogatorio libero delle parti o al tentativo di conciliazione condotto dal giudice. E, si badi, se qui emerge un’incompatibilità (che nei detti casi non mi sembra che sia smentita nella bozza di “Correttivo” che circola ufficiosamente), di ciò non può dimenticarsi il giudice anche a fronte di una richiesta congiunta delle parti. È vero che tale richiesta congiunta sembrerebbe vincolare il giudice (art. 127-ter, comma 1, ultimo inciso). Ma è anche vero che, visto l’art. 127 c.p.c. (ed anche l’art. 175 c.p.c.), spetta sempre al giudice il potere di direzione e quindi di controllo della funzionalità di ciò che si fa nel processo, con la conseguenza che il giudice non può essere vincolato ad una richiesta congiunta delle parti per svolgere un’attività secondo forme non funzionali e, quindi, non ragionevoli.

Insomma, dal punto di vista della sostituzione cartolare l’accordo tra le parti (opposizione congiunta) può vincolare il giudice in negativo e non anche, almeno non sempre, in positivo: con esso si può imporre al giudice di non operare la sostituzione e celebrare l’udienza, ma esso non può, si ripete almeno non sempre, imporre al giudice di operare la sostituzione e non celebrare l’udienza, perché, nonostante la richiesta congiunta, il giudice ha il potere di celebrare l’udienza in quanto ritiene che la sostituzione cartolare sia incompatibile con l’attività da compiere nell’udienza.

Sulla base di questi principi diventa in generale difficile ipotizzare l’applicazione dell’art. 127-ter c.p.c. nel rito del lavoro, visti i principi di oralità, concentrazione ed immediatezza tipici di questo rito.

Pertanto, la difficoltà emerge anche più in particolare guardando alla disciplina degli snodi principali del processo del lavoro.

La sostituzione cartolare dell’udienza ex art. 420 c.p.c. sembra difficilmente ipotizzabile alla luce delle attività che in essa devono svolgersi. Inoltre, una simile opzione sembra impedita anche dalla disciplina della costituzione del convenuto, da farsi con deposito di memoria 10 giorni prima dell’udienza fissata dal giudice con decreto ex art. 415 c.p.c. (che insieme al ricorso è notificato al convenuto), perché non si capirebbe quando il giudice dovrebbe disporre

detta sostituzione. Se la disponesse nel decreto ex art. 415 c.p.c., avremmo una possibilità di opposizione ex art. 127-ter, comma 2, c.p.c. solo da parte dell'attore, in quanto il convenuto non è ancora costituito. Se la disponesse dopo la scadenza del termine di cui all'art. 416 c.p.c., quindi dopo la costituzione del convenuto, il giudice dovrebbe sostituire la data dell'udienza già fissata con i termini dell'attività in sostituzione, in pratica inventando una sorta di spostamento in avanti dell'udienza ex art. 420 c.p.c., che non sta nelle norme.

Guardando alla fine del processo del lavoro, dovrebbe essere ritenuta incompatibile la sostituzione cartolare quando la legge esige propriamente un'udienza magari pubblica (art. 128 c.p.c.): così, visto l'art. 429 c.p.c., l'udienza in cui si discute la causa e poi si pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo ed anche della motivazione, salvo scissione e così successivo deposito della motivazione.

Tuttavia, mi sembra che una posizione rigorosa come quella appena accennata non potrà reggere a lungo. Così, guardando a quella bozza di "Correttivo" che ufficiosamente circolare³⁷

³⁷ L'art. 127-ter c.p.c. dovrebbe subire le seguenti modifiche:

Al comma 1 si aggiunge in fondo: «L'udienza non può essere sostituita quando la presenza personale delle parti è prescritta dalla legge o disposta dal giudice» (così si chiarisce che non si può fare la c.d. cartolare quando ci devono essere le parti personalmente al fine di un dialogo, per un interrogatorio libero o un tentativo di conciliazione). Al comma 2 dopo il primo periodo si aggiunge: «Nel caso previsto dall'articolo 128, se una delle parti si oppone il giudice revoca il provvedimento e fissa l'udienza pubblica» (così è chiarito che l'udienza pubblica è derogabile, ma anche che basta l'opposizione di una parte per renderla necessaria; la previsione dovrebbe semplificare la fase decisoria). Al comma 5 in fondo si aggiunge: «Il provvedimento depositato entro il giorno successivo alla scadenza del termine si considera letto in udienza» (si risolve l'incompatibilità della forma cartolare con quelle disposizioni che prevedono la lettura del dispositivo in udienza). Nella relazione si legge: «L'intervento correttivo si propone di risolvere le questioni sorte in ordine alla possibilità di sostituire l'udienza di discussione della causa con il deposito di note scritte e, più in generale, alla sua compatibilità con il rito del lavoro e con le udienze che, anche nel rito ordinario, richiedono la comparizione personale delle parti ai fini di un'interlocuzione col giudice. La scelta è caduta su una soluzione mediana che, per un verso, valorizza l'impiego virtuoso della disposizione di cui all'art. 127-ter c.p.c. tutte le volte in cui la trattazione della causa in udienza appesantisce senza una concreta utilità la singola vicenda processuale e, più in generale, la gestione delle udienze e del ruolo del giudice; per altro verso, è chiarito che la trattazione in udienza è obbligatoria e, dunque, insostituibile, nei casi in cui l'effettiva interlocuzione tra le parti e delle parti col giudice risulta necessaria – specialmente in presenza di un'espressa previsione di legge (artt. 117, 185 e 185-bis) – alla formazione del libero convincimento dell'organo giudicante, al pieno esercizio del diritto di difesa oppure alla definizione per via conciliativa della lite. Il fatto che, ai sensi delle disposizioni ora indicate, il giudice possa disporre in ogni momento la presenza personale delle parti costituisce peraltro una delle principali espressioni del potere generale del giudice di direzione del processo, previsto in via generale dall'articolo 175 del codice di procedura civile. In questa ottica, si è ritenuto opportuno ribadire tale facoltà che non è superata dai principi di delega della legge n. 206 del 2021, che con essa devono essere armonizzati.

Si è poi voluto dare prevalenza, in nome delle garanzie e del diritto di difesa, all'interesse alla base della previsione di cui all'articolo 128 secondo cui l'udienza in cui si discute la causa è pubblica a pena di nullità, prevedendo esplicitamente la possibilità della sua sostituzione con la trattazione scritta (di grande utilità nei casi, ricorrenti nella pratica, in cui le parti non hanno interesse ad una effettiva illustrazione orale delle questioni controverse) ma disponendo che in questo caso sia sufficiente l'opposizione anche di una sola delle parti perché il giudice revochi il provvedimento e disponga la celebrazione della pubblica udienza (nel regime ordinario, viceversa, il giudice è vincolato alle indicazioni delle parti solo in caso di loro istanza congiunta). Per quanto concerne, più nel dettaglio, il rito del lavoro, per il quale una lettura rigorosa del combinato disposto degli artt. 420 e 128 osterebbe alla sostituzione dell'udienza con la trattazione scritta ai sensi dell'art. 127-ter, si è scelto di considerare, in senso contrario, il dato esperienziale in base al quale l'udienza di cui all'art. 420, che in virtù dei principi di immediatezza, oralità e concentrazione dovrebbe condensare in una sola udienza l'intera vicenda

si accolgono interpretazioni più indulgenti. In particolare si esplicita la possibilità di sostituire l'udienza di discussione con lo scambio cartolare, salva l'opposizione anche di una sola parte. Insomma, il giudice è vincolato a celebrare l'udienza pubblica, non solo quando lo richiedono congiuntamente tutte le parti, ma anche se solo una parte ne fa richiesta.

Inoltre, si prevede anche che il provvedimento depositato il giorno successivo alla scadenza del termine per le note scritte valga come lettura in udienza, scegliendo così di sminuire la funzione dell'udienza pubblica tradizionale per la discussione, soluzione che potrebbe anche essere ragionevole, visto che quella discussione è spesso ininfluente, perché, visto il meccanismo decisorio, il giudice arriva a quella udienza con la sentenza già in tasca³⁸. Ed anzi, avendo un giorno di tempo, forse il contenuto delle note scritte potrebbe anche influenzare un po' di più il giudice.

Mauro Bove

Ordinario dell'Università degli Studi di Perugia

processuale, si snoda invece in una fase introduttiva, nella quale si esperisce il tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi del primo comma, una fase istruttoria e una fase decisoria, alle quali sono destinate due o più udienze. Le disposizioni di cui si è detto troveranno quindi applicazione in relazione al segmento decisorio. Infine, si è risolta l'inconciliabilità pratica della sostituzione ex art. 127-ter c.p.c. dell'udienza di discussione, nei casi in cui questa richiede la lettura del dispositivo in udienza, con la possibilità delle parti di depositare note scritte fino al termine di quello stesso giorno: è stato perciò aggiunto un periodo all'ultimo comma dell'art. 127-ter c.p.c., in virtù del quale il provvedimento depositato entro il giorno successivo alla scadenza del termine si considera letto in udienza.

Non si è viceversa ritenuto necessario apportare un'ulteriore correzione volta a prevedere che nel revocare il provvedimento che ordina la trattazione scritta il giudice possa disporre che l'udienza si svolga mediante collegamenti audiovisivi a distanza, in quanto si è ritenuto che tale possibilità sia già contemplata dalla attuale previsione, ai sensi della quale in caso di opposizione il giudice «provvede»; espressione che non pone un'alternativa secca tra il rigetto dell'opposizione e la celebrazione dell'udienza in presenza, ma consente anche la soluzione intermedia rappresentata dall'udienza «da remoto». Quindi, collegato all'art. 127-ter si aggiunge al comma 1 dell'art. 428: «*Il giudice può altresì disporre la sostituzione dell'udienza ai sensi dell'articolo 127-ter, salvo che una delle parti si opponga*». Vedi ancora la relazione: «la modifica dell'articolo 128, infine, si rende necessaria per assicurare la coerenza e sistematicità dell'intervento correttivo appena esposto, prevedendo che il giudice può disporre la sostituzione dell'udienza pubblica, salvo che una delle parti si opponga. Tale intervento è del resto rispettoso della delega conferita dall'articolo 1, comma 17, lettera m) della legge 26 novembre 2021, n. 206. La possibilità di sostituire le udienze con il deposito telematico di note scritte va necessariamente coordinata con i principi generali che governano il processo civile proprio al fine di evitare le incertezze applicative sorte nell'applicazione della disciplina emergenziale, prima, e della disciplina di cui alla riforma del 2022, poi».

³⁸ Su questi meccanismi vedi, se vuoi, Bove, *La decisione nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 2016, p. 721 ss., spec. 727 ss.



GUIDOMARIA DE CESARE

Il nuovo rito unitario in materia di persone, minorenni e famiglie ad un anno dall'entrata in vigore

Ad un anno dall'entrata in vigore, il nuovo rito unitario in materia di persone, minorenni e famiglia pare aver dato buona prova di sé, tanto da indurre il legislatore del venturo correttivo ad estenderne l'ambito applicativo anche alle «alle domande di risarcimento del danno conseguente a violazione dei doveri familiari», con risultati non del tutto congrui rispetto agli obiettivi della riforma se si considera che la necessaria collegialità può incidere negativamente sull'organizzazione dei ruoli giudiziari e sull'abbattimento dell'arretrato. Il saggio propone una panoramica sulle più importanti innovazioni del *corpus* normativo dedicato al rito famiglia, senza trascurare i primi interventi giurisprudenziali che ne hanno razionalizzato taluni aspetti.

After one year, the new unitary procedure in matters of persons, minors and the family seems to have proved its worth, inducing the legislator of the forthcoming amendment to extend its scope of application also to «claims for compensation for damages resulting from violation of family duties», with results that are not entirely congruous with the objectives of the reform if one considers that the necessary collegiality may negatively affect the organization of judicial roles and the reduction of the backlog. The essay offers an overview of the most important innovations dedicated to family proceedings, without neglecting the case-law analysis that rationalized certain aspects.

Sommario: 1. Introduzione al nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie. – 2. Situazione giuridica globale del soggetto che presta la tutela: i poteri del giudice nel nuovo processo di famiglia. – 3. L'interesse del minore e gli obblighi a carico del giudice. – 3.1. I provvedimenti temporanei e urgenti: il problema della decisorietà. – 4. I poteri del pubblico ministero. – 5. Situazione giuridica globale del minore tra parte in senso sostanziale e in senso processuale. – 6. La posizione giuridica globale delle parti: il giudice competente. – 7. Gli atti introduttivi. – 8. Il nuovo rito unificato in materia di separazione e divorzio. – 9. Il giudizio d'appello. – 10. La fase di attuazione dei provvedimenti condannatori: il pagamento diretto del terzo. – 11. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione al nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie

Il d.lgs. n. 149 del 2022 ha tradotto i *cahiers des doléances* del ceto forense nella completa revisione del diritto processuale di famiglia¹. In precedenza, i procedimenti relativi alla famiglia erano sottoposti a riti tra loro diversificati, costruiti sul modello del processo camerale. La

¹ F. CECCHHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di Claudio Cecchella, Bologna 2023, p. 251 ss.; G. COSTANTINO, *Questioni di coordinamento tra il nuovo «procedimento unificato» e altre forme di tutela giurisdizionale delle persone, dei minorenni e delle famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, p. 169 ss., spec. p. 171.

necessità di riordinare il processo di famiglia è stata avvertita da quella dottrina che, a proposito della situazione preesistente, ha evidenziato l'irragionevole «*diaspora dei riti*»² nonostante l'unicità della materia, senz'altro foriera di discriminazioni e di dubbi di legittimità costituzionale, quantomeno sul piano della certezza del diritto³. Il caotico quadro normativo risultava aggravato dalla problematica ripartizione tra Tribunale ordinario, giudice tutelare e Tribunale per i minorenni. Nell'ottica della semplificazione della giustizia civile, la riforma ha introdotto, a partire dal 28 febbraio 2023, un rito unitario di famiglia, mentre a partire dal 17 ottobre 2024 entreranno in vigore le norme sul Tribunale delle persone, dei minori e delle famiglie⁴. In disparte il venturo Tribunale delle persone, il d.lgs. n. 149 del 2022 dedica un intero *corpus* normativo al rito unitario di famiglia⁵; più di settanta articoli che ridisegnano, talora in discontinuità rispetto alla previgente normativa, le posizioni giuridiche globali delle *personae dramatis* del diritto di famiglia. In particolare, la riforma ha inciso tanto sui poteri del giudice che del pubblico ministero, manifestando un non celato *favor* per torsioni *lato sensu*

² F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 253; F. CECHELLA, *Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in www.Questionegiustizia.it.

³ F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 254.

⁴ Come auspicato anzitempo da L. Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna 2010, p. 237 che già discorreva di «*rito processuale familiare*».

⁵ L'art. 473bis c.p.c. sancisce che il nuovo rito unificato si applica «ai procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni». Pertanto, le regole dettate dagli artt. 473bis e ss. si applica nelle controversie relative allo *status* di coniuge e, quindi, all'impugnazione del matrimonio per violazione degli artt. 84, 86, 87 e 88 c.c., all'impugnazione del matrimonio o dell'unione civile per la sussistenza di un precedente vincolo, ai sensi dell'art. 124 c.c., all'azione di annullamento del matrimonio per violenza o per errore, ai sensi dell'art. 122 c.c., all'azione di simulazione del matrimonio, ai sensi dell'art. 123 c.c.; alle azioni di nullità dell'unione civile, ai sensi dell'art. 1, commi 4, 5 e 6, l. n. 76/ 2016, all'azione di annullamento di cui al comma 7 dello stesso articolo. Il nuovo procedimento «unificato» regola anche i «procedimenti di separazione, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile e di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nonché di modifica delle relative condizioni», per i quali, tuttavia, sono dettate regole particolari dagli artt. 473-bis.47 ss. c.p.c.; a tutte le controversie relative allo stato di filiazione; in particolare, al reclamo dello stato di figlio, di cui agli artt. 239 e 249 c.c., all'azione di disconoscimento di paternità di cui all'art. 244 c.c., all'azione di contestazione dello stato di figlio di cui all'art. 248 c.c., alla opposizione al rifiuto al riconoscimento, ai sensi dell'art. 250 cod. civ., all'inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia legittima di uno dei genitori di cui all'art. 252 c.c., all'impugnazione del riconoscimento di cui agli artt. 263 ss. c.c., alla dichiarazione giudiziale di paternità di cui agli artt. 269 ss. c.c. In queste ipotesi, l'applicazione delle nuove regole processuali è determinata dalla circostanza che si tratta di controversie sullo *status*. Il nuovo procedimento unificato sullo «*stato delle persone*» dovrebbe applicarsi anche ai procedimenti contenziosi in materia di adozione dei maggiorenni di cui agli artt. 291 ss. c.c., mentre espressamente esclusi dall'ambito di applicazione i procedimenti in materia di adozione dei minorenni. L'art. 473-bis c.p.c. sottrae espressamente all'applicazione del nuovo procedimento i «procedimenti volti alla dichiarazione di adottabilità, dei procedimenti di adozione di minori di età» ed i «procedimenti attribuiti alla competenza delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea», i quali rimangono disciplinati da regole *ad hoc*. Inoltre, è ragionevole supporre che il nuovo procedimento unificato si applichi anche alla liquidazione dell'indennità in favore del coniuge di buona fede, ai sensi dell'art. 129 bis c.c., in ragione del nesso di pregiudizialità-dipendenza rispetto alla controversia sullo *status*. Peraltro, l'art. 473bis c.p.c. è stato interessato dal correttivo alla riforma Cartabia del 6 marzo 2024; in particolare, è previsto un allargamento dell'ambito di applicazione del nuovo rito «alle domande di risarcimento del danno conseguente a violazione dei doveri familiari».

inquisitorie, in deroga al modello semi-dispositivo di tutela giurisdizionale dei diritti⁶; inoltre, particolare attenzione è stata data agli oneri di allegazione delle parti, alla differenziazione delle preclusioni processuali in ragione della posizione giuridica azionata e al sistema delle impugnazioni; infine, alla posizione del minore sono dedicate una pluralità di disposizioni, a sottolinearne la centralità nel nuovo rito. Non è prevista, invece, una norma *ad hoc* sul figlio maggiorenne non autosufficiente che non sia portatore di *handicap*, quantunque una disciplina espressa sarebbe stata quantomai opportuna alla luce delle difficoltà giurisprudenziali nel ricostruirne la posizione processuale⁷ e, in particolare, il riparto dell'onere della prova nel giudizio di modificazione dell'assegno di mantenimento⁸.

Merita un cenno la collocazione topografica del nuovo *corpus* normativo.

La scelta di collocarlo in chiusura del libro II – dedicato al processo di cognizione – piuttosto che nel libro IV – dedicato ai procedimenti speciali⁹ – esprime l'intenzione del legislatore di assicurare una tutela piena e non sommaria alle delicate situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo in materia di famiglia, stato e capacità delle persone. Non si tratta, dunque, di un processo a cognizione sommaria poiché superficiale¹⁰ né di un processo sommario di cognizione ma di un processo a cognizione piena le cui deviazioni rispetto al processo ordinario di cognizione sono giustificate dalla specialità delle posizioni giuridiche coinvolte¹¹, non diversamente dal rito del lavoro. La scelta di introdurre regole speciali sulla cognizione, sull'attuazione e sulla tutela cautelare nel contenzioso di famiglia è pienamente condivisibile. Per dirla con le parole di autorevole dottrina, «*la struttura del processo deve essere in funzione della qualità della lite*¹²» siccome le liti «*sono diverse l'una dall'altra come le malattie: [...]*

⁶ F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 255.

⁷ Su cui v. G. RAITI, *La tutela processuale del figlio maggiorenne in bilico fra istanze di autonomia e protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 22, p. 173 ss.

⁸ Secondo Cass. 14 agosto 2020, n. 17183, ord. edita in *Fam. e dir.*, 2020, p. 1015 ss., con nota di DANOVI, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza della prova: si inverte l'onus probandi?*; in *Giur. it.*, 2021, 4, p. 827 ss., con nota di D'AURIA, *Sui limiti al mantenimento del figlio maggiorenne economicamente non indipendente, «è onere del richiedente provare non solo la mancanza di indipendenza economica — che è la precondizione del diritto — ma anche di avere curato, con ogni possibile impegno, la propria preparazione professionale o tecnica e di avere, con pari impegno, operato nella ricerca di un lavoro».*

⁹ Benché secondo C. MANDRIOLI & A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, Torino 2017, p. 2, la collocazione della maggior parte dei riti speciali nell'ultimo libro del codice non avrebbe alcuna importanza sistematica. Non può tuttavia negarsi che i procedimenti affastellati nel libro IV presentino le caratteristiche della sommarietà della cognizione ovvero deroghe più o meno vistose al principio del contraddittorio. Proprio per questo la collocazione del nuovo processo di famiglia nel libro II ci pare significativa.

¹⁰ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1965 (ristampa), p. 202.

¹¹ Sull'opportunità della tutela giurisdizionale differenziata in ragione della particolarità delle situazioni giuridiche tutelate cfr. il classico studio di A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 9, 1973, c. 205 ss.; nonché Id, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2021, p. 543 ss.; nel contenzioso in materia di minori, persone e famiglia cfr. F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 253.

¹² F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova 1939, p. 398.

*alcun medico penserebbe a prescrivere per tutti i malati lo stesso metodo di cura*¹³», donde l'opportunità di differenziare i poteri del giudice e gli oneri in capo alle parti a seconda delle posizioni giuridiche sostanziali sottese alla lite. La scelta di introdurre un rito a cognizione piena diversificato in materia di famiglia e di persone non è in linea con gli *slogan* della «ragionevole durata» e «dello smaltimento dell'arretrato» che hanno accompagnato la riforma. Rispetto al primo, può dubitarsi che il nuovo rito, almeno per come foggiano, possa ridurre i tempi medi di definizione della lite¹⁴. Rispetto al secondo, invece, l'idea che il contenzioso civile debba essere “smaltito” non pare accolta dal legislatore della riforma del diritto processuale di famiglia. L'etimo del verbo “smaltire” si fa risalire al gotico «*smaltjan*» che corrisponde pressappoco al nostro “fluidificare”¹⁵. Che la giustizia civile debba essere “fluidificata” e, dunque, resa più celere per accrescere la competitività complessiva del Paese¹⁶, non è certo un mistero. Resta da verificare se la logica della fluidificazione si attagli ad ogni situazione giuridica soggettiva coinvolta nel processo. La riforma del diritto processuale di famiglia depone in senso contrario: il nuovo rito, attraverso il rafforzamento delle garanzie procedurali e il riconoscimento al giudice di forti poteri ispettivi, cui corrispondono un aumento dei tempi e dei costi complessivi della lite, è un buon esempio di tutela giurisdizionale differenziata in ragione della particolarità delle posizioni giuridiche soggettive ad esso sottese: nel processo di famiglia, l'*amor veritatis* prevale sulla logica della fluidificazione della giustizia che ha accompagnato la riforma.

La ricostruzione che segue delle posizioni dei soggetti coinvolti nel contenzioso familiare vuole essere un primo sguardo sulla riforma del diritto processuale di famiglia¹⁷.

2. Situazione giuridica globale del soggetto che presta la tutela: i poteri del giudice nel nuovo processo di famiglia

A dispetto della tendenza legislativa orientata verso lo smantellamento della competenza collegiale¹⁸, nel nuovo procedimento unitario di famiglia viene salvaguardata la riserva di collegialità. Il legislatore delegato ha previsto che la trattazione e l'istruzione possano essere delegate a uno dei componenti del collegio, non diversamente da quanto già previsto in

¹³ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958, p. 156.

¹⁴ V. *infra* § 4.

¹⁵ <https://www.treccani.it/vocabolario/smaltire/>.

¹⁶ Sul rapporto tra competitività del sistema economico e tempi medi di definizione dei giudizi civili cfr. A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, 2017, p. 242 ss. ove si legge che «la soluzione tecnica che meglio coniuga accelerazione ed efficienza consiste, secondo le ricerche comparatistiche, nel principio di proporzionalità, secondo il quale le forme e le tempistiche del processo debbono assai largamente dipendere dalla valutazione discrezionale e revocabile del giudice intorno al grado di complessità di ogni specifica causa».

¹⁷ Cui *adde* la dettagliata analisi di F. TOMMASEO, *Nuove regole per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 3, 2023, p. 288 ss.

¹⁸ D. BUONCRISTIANI, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 23; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino 2023, p. 141.

materia di separazione e divorzio, ma non ai giudici onorari¹⁹. L'idea di confermare la c.d. collegialità imperfetta²⁰, nella quale solo la decisione è collegiale ma non anche la trattazione, appare condivisibile. Invero, una sistema nel quale tanto la trattazione quanto la fase decisoria siano di spettanza del collegio implicherebbe insostenibili costi di amministrazione, i quali non sarebbero affatto compensati dalla diminuzione dei costi di errore²¹. Infatti, alla collegialità imperfetta non possono essere additati i lunghi tempi di definizione della lite siccome non è responsabile né dei tempi della fase istruttoria, né del c.d. collo di bottiglia ovvero del lasso di tempo che va dalla chiusura dell'istruttoria alla rimessione della causa al collegio, atteso che tale *impasse* dipende sovente dal carico di lavoro del giudice istruttore, chiamato poi alla redazione della sentenza. Talché, la scelta di non sacrificare la collegialità e le correlate garanzie, quali la maggior ponderazione della sentenza o la riduzione del rischio di parzialità del giudicante, sull'ara della semplificazione è pienamente condivisibile²².

Ciò premesso, l'art. 473 bis. 2 contiene «una summa delle attività che il giudice può compiere a tutela del minore²³». L'ordine di elencazione dei poteri del giudice segue lo sviluppo del processo: nella fase di trattazione è accordato il potere di nominare il curatore speciale del minore e, dunque, di integrare il contraddittorio nei suoi confronti ai sensi dell'art. 102 c.p.c.²⁴, come sembra deporre la lettera del nuovo art. 473 bis. 8²⁵; in fase istruttoria, non diversamente da quanto previsto dall'art. 421 c.p.c. per le controversie laburistiche, il giudice può disporre i mezzi di prova al di fuori dei limiti previsti dal Codice civile. Alla posizione di oggettiva debolezza in cui versa il minore fa da contraltare sul piano processuale il riconoscimento al giudice di forti poteri istruttori, in deroga rispetto al modello semidispositivo di tutela giurisdizionale dei diritti, i quali devono essere esercitati nel rispetto del principio del

¹⁹ F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 258.

²⁰ G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 684.

²¹ Secondo l'impostazione giuseconomica, è possibile concepire il processo civile come «un canale di comunicazione tra le parti e lo Stato-giudice per ridurre l'asimmetria informativa e, in ultima istanza, per aggiudicare il diritto» (così testualmente Ivo T. GICO Jr, *Analisi economica del processo civile*, Indaiatuba, 2021, p. 35). La corretta applicazione della legge sostanziale aumenta il benessere sociale, mentre ogni decisione che si discosta dal diritto impone un costo alla società. Questi costi, derivanti dall'errore di aggiudicazione, sono i cc.dd. costi di errore. La minimizzazione dei suddetti costi è possibile attraverso l'investimento nel processo e, in particolare, nelle attività istruttorie, le quali consentono di ridurre l'asimmetria informativa tra giudice e parti affinché il primo possa risolvere correttamente la controversia secondo diritto. Tuttavia, com'è intuitivo, per garantire che il giudice acquisisca tali informazioni è necessario sostenere dei costi: trattasi dei cc.dd. costi di amministrazione. Di talché, le due *species* di costi messe in evidenza sono in reciproca interazione: maggiori sono gli investimenti nel processo, minori sono i costi complessivi per l'errore di aggiudicazione. Senonché, più si investe nel processo, più il sistema sarà complesso e dispendioso in termini di tempo e di risorse, con conseguente aumento dei costi di amministrazione e pericolo di congestione.

²² *Contra* D. Buon cristiani, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 20.

²³ C. BRIGUGLIO, *Giudice e pubblico ministero*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa 2023, p. 760.

²⁴ Già prima della riforma a favore della natura di litisconsorte necessario del curatore del minore, con conseguente obbligo per il giudice d'appello di rimessione al primo giudice ex art. 354 c.p.c. in caso di pretermissione, cfr. Cass. 15 febbraio 2022, n. 4994 in *DeJure*.

²⁵ V. *Infra* § 5.

contraddittorio. Pertanto, è ragionevole ritenere che ove il giudice si avvalga dei poteri istruttori riconosciutigli dall'art. 473 bis.2 c.p.c., questi debba assegnare un termine perentorio alle parti per dedurre in merito ovvero per richiedere l'ammissione di prova contraria, non diversamente da quanto sancito dall'art. 183, comma 5, c.p.c..

Il secondo comma dell'art. 473 bis.2 c.p.c. prevede, a fronte di richieste di contributo economico, il potere del giudice di ordinare d'ufficio l'integrazione della documentazione depositata dalle parti, nonché di disporre esibizioni e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, avvalendosi se del caso della polizia tributaria. L'attribuzione di poteri quasi polizieschi di indagine patrimoniale, i quali invero erano già previsti dall'art. 337 *ter* c.c. in materia di separazione e divorzio, è foriera di violare il principio di imparzialità del giudice; talché, la disposizione di indagini patrimoniali dovrebbe essere utilizzata per vincere dubbi istruttori solo dopo l'assunzione delle prove indicate dalle parti e non già per supplire ad una totale carenza di deduzioni probatorie, in deroga all'ordinario criterio di riparto dell'onere della prova *ex art.* 2697 c.c.

Ancor più soverchia è la deroga al modello semidispositivo se si guarda al potere del giudice di adottare nell'interesse del minore «*i provvedimenti più opportuni in deroga all'art. 112*». La norma interferisce direttamente con la regola della disponibilità dell'oggetto del processo, introducendo un'insolita pronuncia d'ufficio²⁶; tuttavia, l'indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive sottese al processo di famiglia e, specialmente, l'interesse del minore, ne giustificano una torsione inquisitoria. Benché il riferimento ai «*ai provvedimenti più opportuni*» sia sintomatico di una certa atipicità, deve ritenersi che il giudice non possa prescindere dall'effettiva allegazione delle parti nel pronunciare *ultra petita*. La norma infatti deroga al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, non anche all'onere dell'allegazione.

Il legislatore delegato, all'art. 473bis. 49, ha avuto cura di precisare che, in caso di trattazione congiunta delle domande di separazione e divorzio, il giudice nel pronunciare la sentenza, deve assicurare l'autonomia dei diversi capi della sentenza e può modulare nel tempo la decorrenza dei diversi contributi economici eventualmente previsti. Quest'ultima previsione è destinata a trovare applicazione in caso di attribuzione o modifica dell'assegno di mantenimento e di quello divorzile, sì da evitare possibili sovrapposizioni foriere di indebite locupletazioni. La stessa giurisprudenza ha affermato che, mentre gli effetti del capo condannatorio relativo all'assegno di mantenimento decorrono dal momento della proposizione della domanda di separazione²⁷, quelli dell'assegno divorzile, di regola, decorrono dal passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, benché l'art. 4, comma 4, della L. n. 898 del 1970 preveda che

²⁶ A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino 2023, p. 141.

²⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 5 febbraio 2018, n. 2687; Cass. 30 ottobre 2017, n. 25802.

anch'esso possa decorrere dalla data della domanda di divorzio²⁸. Se non si vuole riconoscere all'art. 473bis 49 un'efficacia meramente ricognitiva del previgente *acquis* giurisprudenziale, può ritenersi che il legislatore abbia voluto attribuire al giudice il potere di modulare nel tempo gli effetti della propria pronuncia per adeguarne l'effetto pratico all'interesse delle parti, non diversamente da altre disposizioni che esprimono la medesima tendenza legislativa²⁹. Pertanto, il giudice potrà far decorrere gli effetti della condanna al pagamento dell'assegno di mantenimento dal momento della proposizione della domanda giudiziale³⁰ ovvero dal momento della cessazione della convivenza, da intendersi come fatto costitutivo del diritto di credito fondato sulla violazione del dovere di convivenza e di solidarietà familiare; del pari, potrà far decorrere la condanna al pagamento dell'assegno divorzile dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di separazione ovvero da un momento posteriore, come quello del passaggio in giudicato della sentenza sullo *status*, sì da realizzare un efficace bilanciamento tra le posizioni antagoniste degli ex coniugi. Inoltre, non è da escludersi che il giudice possa risolutivamente condizionare il capo condannatorio al pagamento di contributi economici all'avveramento di un certo evento, come, ad esempio, l'aver trovato un impiego stabile, nell'ottica di responsabilizzazione delle parti.

3. L'interesse del minore e gli obblighi a carico del giudice

Il nuovo *corpus* normativo ha sistematizzato e coerenzializzato la frammentaria e disorganica disciplina del diritto del minore dodicenne (o anche di età inferiore ove capace di discernimento) di essere ascoltato nei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti nel suo interesse. Al diritto "di far sentire la propria voce" del minore fa da contraltare l'obbligo per il giudice di procedere all'ascolto³¹, salvi i casi in cui sia in contrasto con l'interesse del fanciullo o manifestamente superfluo³². L'art. 473bis. 4 c.p.c. dà continuità

²⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 17 settembre 2020, n. 19330.

²⁹ Basti pensare all'art. 136, comma 3, del D.P.R. 115 del 2002, il quale accorda al giudice che dispone la revoca del gratuito patrocinio il potere di modulare nel tempo gli effetti della stessa. Sul tema cfr. V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti*, Napoli 2020, *passim*.

³⁰ G. RAITI, *op. cit.*, p. 177, secondo cui «il riconoscere natura cognitorio-accertativa, piuttosto che costituiva, al provvedimento giurisdizionale che disponga il mantenimento ha, peraltro, un rilevante e concreto risvolto applicativo: in ragione del momento dal quale decorrono gli effetti del riconoscimento; dovendosi normalmente far rimontare gli effetti accertativi di una pretesa alla data di genesi del diritto accertato e quella degli effetti costitutivi, in specie quando si trattasse di tutela costitutiva non necessaria, come sarebbe nel nostro caso (non potendo evidentemente escludersi che le parti ottemperino consensualmente all'obbligo), alla data di proposizione della domanda».

³¹ F. MOLINARO, *Ascolto del minore* (artt. 473-bis.4, 473-bis.5, 473-bis.6), in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 772; per una panoramica sull'istituto dell'ascolto del minore nel nuovo rito cfr. L. QUERZOLA, «Ora il diritto è un fatto essenzialmente spirituale (...): l'ascolto del minore nel rito familiare riformato», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2023, p. 47 ss.; per la tesi secondo cui l'ascolto non è un mezzo di prova in senso stretto v. ancora Id., *L'audizione del minore alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali e del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1335 ss., spec. p. 1348.

³² Mutuando le parole di autorevole dottrina, «ascoltare non significa udire il figlio ma sentirne le ragioni per parteciparlo alle decisioni che lo riguardano. L'ascolto presuppone allora che il figlio sia informato dei problemi e che se ne discuta, che si attui

a quell'orientamento giurisprudenziale³³ che qualifica il minore come parte in senso sostanziale del processo, coerentemente con il principio di civiltà giuridica secondo cui non è possibile incidere sulla sfera individuale di un soggetto senza garantirgli il diritto di partecipare attivamente al procedimento nei suoi confronti³⁴. L'ascolto non è un mero atto istruttorio ma un obbligo a carico del giudice, derogabile previo atto motivato in una serie di ipotesi tassativamente individuate dalla legge. Talché, il giudice è tenuto a derogarvi ogniqualvolta da questo discendano conseguenze sfavorevoli, atteso che la funzione dell'istituto è quella di assicurare il superiore interesse del minore. Inoltre, in caso di domanda congiunta di separazione o divorzio, ex art. 473bis. 51 c.p.c., non è previsto l'obbligo di ascolto del minore; tuttavia, può ipotizzarsi che il giudice relatore, al quale la legge accorda il potere di chiedere alle parti i «*chiarimenti necessari*», possa disporre l'ascolto del minore allorquando dubiti della omologabilità dell'accordo, piuttosto che rigettare allo stato degli atti come altresì imposto dall'art. art. 473bis. 51, comma 2, c.p.c.³⁵

L'art. 473bis. 4 c.p.c., pur prevedendo l'obbligo per il giudice di sentire il minore, non indica le conseguenze processuali cui andrebbe incontro l'organo giudicante ove non vi procedesse fuori dalle ipotesi consentite dalla legge. La soluzione non può che essere in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale³⁶ secondo cui il mancato ascolto del minore, fuori dalle ipotesi consentite dalla legge, viola il principio del contraddittorio, donde la nullità della sentenza o del procedimento³⁷.

L'art. 473bis. 5 c.p.c. ha avuto premura di proceduralizzare le modalità dell'audizione. Il legislatore, a superamento del dubbio ermeneutico alimentato dalla oscura formulazione dell'art. 336 bis c.p.c., ha preso posizione sul c.d. ascolto delegato a favore del principio di immediatezza: gli esperti o gli ausiliari potranno prendere parte all'attività ove il giudice lo

cioè quella reciproca comunicazione che vuol dire dialogo» (così C. M. BIANCA, *Diritto civile – la famiglia*, II, Milano 2014, p. 339).

³³ Cfr. Cass., 23 giugno 2022, n. 20323, in DeJure; Cass., 30 luglio 2020, n.16410, in DeJure.

³⁴ In dottrina cfr. R. DONZELLI, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, 31 gennaio 2022, in www.judicium.it; M. RUSSO, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2022, p. 649; G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 1257.

³⁵ M. A. LUPOI, *Procedimento su domanda congiunta (art. 473bis. 51)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 889.

³⁶ Si allude al *leading case* Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238 con note di DANOVI, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415 ss.; Graziosi, *Ebbene sì, il minore ha il diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 364 ss.; da ultimo, nello stesso senso, v. Cass., 02 settembre 2021, n. 23804 e Cass., 25 gennaio 2021, n.1474, entrambe in DeJure.

³⁷ Cfr. Cass., 24 maggio 2018, n. 12957 secondo cui «L'audizione del minore, capace di discernimento, costituisce adempimento previsto a pena di nullità, in relazione al quale incombe sul giudice un obbligo di specifica e circostanziata motivazione, [...] l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda, mentre la consulenza è indagine che prende in considerazione una serie di fattori quali, in primo luogo, la personalità, la capacità di accudimento e di educazione dei genitori e la relazione in essere con il figlio». Da ult., nello stesso senso, cfr. Cass., 9 agosto 2023, n. 24226.

ritenga necessario, ma non potranno condurre personalmente l'ascolto del minore³⁸. La stessa norma, dopo aver individuato l'organo deputato all'ascolto, ne precisa le modalità. La riforma ha attinto a piene mani dal Protocollo del Tribunale di Milano con l'unica differenza che l'audizione può avvenire anche «*anche in luoghi diversi dal Tribunale*» allorquando il contatto con le aule di giustizia potrebbe arrecare un pregiudizio allo sviluppo psico-fisico del minore³⁹. Particolarmente significativo è l'obbligo, racchiuso nell'art. 473bis. 6 c.p.c., a carico del giudice di sentire il minore ove questi rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori ovvero dalle allegazioni emergano condotte di un genitore «*tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e significativo tra il minore e l'altro genitore*» o con gli ascendenti. È noto che il minore ha diritto alla bi-genitorialità⁴⁰ ossia a mantenere rapporti adeguati con entrambi i genitori nonostante la crisi coniugale. Tuttavia, tale diritto non può risolversi in un pregiudizio per il minore allorquando egli rifiuti di mantenere rapporti con il genitore ovvero siano accertati comportamenti gravemente pregiudizievoli di quest'ultimo nei suoi confronti. La gravità della situazione che spinge il minore a rifiutare di incontrare il genitore trova sul piano processuale adeguata risposta: il giudice, assunte sommarie informazioni, è tenuto ad ascoltare con sollecitudine il minore e, ove necessario, dispone l'abbreviazione dei termini processuali⁴¹. L'art. 473bis. 6 c.p.c. non precisa quali provvedimenti il giudice possa adottare una volta accertato che il diritto alla bigenitorialità possa recare un nocumento al minore. Attesa la centralità dell'interesse del minore nel nuovo processo di famiglia, appare ragionevole riconoscere al giudice il potere di disporre «*i provvedimenti opportuni*», anche in deroga al principio racchiuso nell'art. 112 c.p.c., il cui contenuto è rimesso ad una valutazione del caso concreto.

3.1. I provvedimenti temporanei e urgenti: il problema della decisorietà

La regola di comportamento da tenere nei rapporti familiari non può attendere l'esaurimento del giudizio di merito, bensì deve essere definita *in limine litis*. Il nuovo art. 473bis. 22 c.p.c. coglie tale profilo e accorda al giudice, qualora non riesca la conciliazione, il potere di rendere con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti in via incidentale nelle controversie sulla crisi della famiglia, nell'interesse delle parti e dei figli. L'ordinanza ha efficacia ultrattiva – in linea di continuità con il previgente art. 189 disp. att. c.p.c. – è titolo esecutivo, nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Inoltre, l'art. 473bis. 15 c.p.c. introduce l'ammissibilità di una misura provvisoria *inaudita altera parte*, qualora la convocazione delle parti potrebbe pregiudicarne l'attuazione. La

³⁸ F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 289.

³⁹ F. MOLINARO, *loc. cit.*, p. 773.

⁴⁰ Su cui v. F. DANOVI, *Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore (per un definitivo rifiuto della sindrome di alienazione parentale)*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 920.

⁴¹ F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 288.

norma colma la lacuna del recente passato che induceva il ricorrente a tentare la via del provvedimento d'urgenza nell'intervallo tra il depositato il ricorso e l'udienza presidenziale.

La giurisprudenza ha chiarito che i provvedimenti indifferibili, disciplinati dall'art. 473 bis.15 non possono essere emessi *ante causam* e, dunque, vanno considerati alla stregua di cautelari in corso di causa, per un duplice ordine di motivi: a) in primo luogo, l'argomento topografico depone nel senso che un provvedimento indifferibile *ante causam* non possa essere richiesto dal momento che l'art. 473 bis. 15 c.p.c. è inserito immediatamente dopo la disposizione sul ricorso introduttivo, presupponendo così la pendenza della lite; b) manca inoltre una disposizione che regoli la fase *ante causam* analoga all'art. 669 ter c.p.c. per il rito cautelare, che disciplina la competenza a valutare tali domande proposte prima dell'inizio del giudizio di merito⁴². Tuttavia, qualora sia irreversibilmente a rischio l'interesse del minore – come nel caso di allegazione di abusi sessuali – il rigore delle forme ben potrebbe essere sacrificato, rendendosi analogicamente applicabili gli artt. 669-ter e 669-sexies, comma 2, c.p.c.

Il riferimento contenuto nell'art. 473bis. 22 c.p.c. all'interesse dei figli ha indotto parte della giurisprudenza ad ammettere la pronuncia di provvedimenti temporanei e urgenti anche in caso di declinatoria di competenza. Così, ad esempio, Trib. Pordenone, 11 agosto 2023, ha affermato che il riferimento all'interesse dei figli «*impone di non lasciare vuoti di tutela nel tempo necessario a riassumere il processo. Tale potere del Giudice ben si evince dalla lettura dell'art. 473 bis.2 che permette al Giudice di adottare i provvedimenti opportuni anche in deroga all'art. 112. I provvedimenti così adottati sopravviveranno fino al sopravvenire delle decisioni del Tribunale competente che potrà revocarli, modificarli o confermarli*». Per converso, Corte App. Firenze, 9 aprile 2024, in accoglimento del reclamo, ha escluso che il giudice dichiaratosi incompetente nel procedimento di separazione possa pronunciare i provvedimenti temporanei e urgenti. Tale soluzione era, infatti, sostenibile sotto il previgente regime, dal momento che nella fase presidenziale era comunque ammessa la possibilità di pronunciare provvedimenti interinali e ciò in ragione dell'assenza di potestà decisoria al Presidente, che era tenuto a rimettere la causa al collegio⁴³.

La novità più importante introdotta dal legislatore della riforma rispetto ai provvedimenti temporanei e urgenti riguarda il rapporto fra revoca, modifica e reclamo. Nel recente passato gli artt. 708 e 709 c.p.c. sembravano consentire la modificabilità e/o revocabilità dei suddetti provvedimenti *ad libitum*, dal momento che il legislatore non subordinava il riesame ad alcuna condizione. L'art. 473bis. 23 c.p.c., invece, consente la revoca e la modifica solo in presenza di «*fatti sopravvenuti*» oppure in caso di «*nuovi accertamenti istruttori*». Questi ultimi, oltre a riaprire i termini difensivi delle parti, ai sensi dell'art. 473bis. 19, comma 2, c.p.c., consentono

⁴² Cfr. Trib. Gorizia, 22 febbraio 2024; Trib. Verona, 13 luglio 2023; Trib. Roma, 22 luglio 2023. Nello stesso senso, C. COSTABILE, *È possibile richiedere l'emissione ante causam di provvedimenti indifferibili ex art. 473-bis.15 c.p.c.?*, in IUS, 3, 13 luglio 2023.

⁴³ V., per. es., Trib. Messina, 29 marzo 2013.

un adattamento dei provvedimenti temporanei alla nuova situazione di fatto oppure al convincimento del giudice maturato all'esito dell'istruttoria.

A prescindere dalla sopravvenienza, il successivo art. 473bis. 24 c.p.c. ammette il reclamo avverso i provvedimenti provvisori pronunciati in udienza entro dieci giorni dalla stessa ovvero entro il medesimo termine decorrente dalla comunicazione o notificazione se pronunciati fuori udienza⁴⁴.

La giurisprudenza di merito tende ad escludere che siano reclamabili anche i provvedimenti indifferibili, pronunciati *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 473bis. 15 c.p.c., dal momento che sono destinati ad essere assorbiti in quelli *ex art.* 473bis. 22 c.p.c.⁴⁵. Tuttavia, la Cassazione, adita su rinvio pregiudiziale, ha ammesso il reclamo, da proporsi dinanzi alla Corte d'Appello, esclusivamente nell'ipotesi in cui il contenuto dell'ordinanza di conferma, modifica o revoca dei provvedimenti indifferibili resi coincida con quello dei provvedimenti di cui all'art. 473bis. 24 c.p.c. ovvero quando questi introducano limitazioni alla responsabilità genitoriale ovvero prevedano sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori, ovvero ne dispongano l'affidamento a soggetti diversi dai genitori⁴⁶.

Peraltro, tale interpretazione è destinata ad essere superata dal correttivo alla riforma Cartabia. La bozza di decreto ha implementato l'art. 473bis. 15 c.p.c., aggiungendovi un secondo comma, in base al quale la decisione di conferma, modifica o revoca del decreto in questione assume, la forma dell'ordinanza ed è reclamabile «*solo unitamente a quella prevista dall'art. 473 bis. 22*». La norma sembra, dunque, escludere la reclamabilità del decreto di cui all'art. 473bis. 15 c.p.c., nonché dell'ordinanza adottata a contraddittorio posticipato. In altri termini, il correttivo dovrebbe risolvere la questione con una soluzione salomonica quale la reclamabilità dei provvedimenti indifferibili solo unitamente a quella dei provvedimenti provvisori e urgenti emessi all'esito della prima udienza di comparizione, ovviamente nella misura in cui i provvedimenti indifferibili non siano già stati revocati in quella sede oppure sostituiti dall'ordinanza del giudice delegato.

Si è prevista una disciplina del reclamo ben diversa da quella prevista per il procedimento cautelare uniforme *ex art.* 669-terdecies c.p.c.⁴⁷. L'ultimo comma dell'art. 473bis. 24 c.p.c. ammette, come anticipato, il ricorso per cassazione contro i provvedimenti temporanei che incidono sulla responsabilità genitoriale o, più generalmente, sul rapporto genitoriale, mentre

⁴⁴ Condivisibilmente secondo Corte App. Bologna, 18 aprile 2024, l'art. 473bis. 24, comma 1, c.p.c. è norma di stretta interpretazione, con l'implicazione che è inammissibile il reclamo promosso avverso il provvedimento con il quale il Tribunale per i Minorenni disponeva che i competenti Servizi sociali effettuassero una valutazione sulla capacità genitoriale.

⁴⁵ Cfr. Corte App. Brescia, 11 ottobre 2023; nonché Trib. Lecce, 12 settembre 2023, con nota di A. NASCOSI, *Procedimento civile - Sulla reclamabilità dei provvedimenti indifferibili: la parola alla Cassazione*, in NGCC, n. 1, 2024, p. 50 ss., che ha rimesso, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., la questione alla Suprema Corte.

⁴⁶ Così Cass., 30 aprile 2024, n. 11688.

⁴⁷ F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 283.

un'interpretazione *a contrario* veicola il convincimento per cui la garanzia del riesame in sede di legittimità debba negarsi rispetto ai provvedimenti aventi ad oggetto contributi economici. La norma si inserisce in un acceso dibattito circa la decisorietà dei provvedimenti interinali *de potestate*, caldeggiando una soluzione minoritaria⁴⁸. Pare, dunque, che l'ammissibilità del ricorso in sede di legittimità, più che sulla decisorietà del provvedimento, attesa la sua inidoneità al giudicato, sia fondata sulla natura personale del diritto provvisoriamente tutelato⁴⁹. Trattasi di soluzione, per vero, esclusa dalla giurisprudenza antecedente la riforma⁵⁰, la quale si è espressa contro la retroattività dell'art. 473bis. 24, comma 5, c.p.c., affermandone la natura di norma «*non suscettibile di applicazione anticipata né di orientare in senso convergente l'interpretazione della legge previgente*⁵¹».

4. I poteri del pubblico ministero

Il d.lgs. n. 149 del 2022 ha introdotto un'apposita disposizione sulla figura del pubblico ministero in considerazione della notevole rilevanza che la figura assumerà nell'istituendo Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie⁵². Il nuovo art. 473bis. 3 è sintomatico degli interessi di rilievo pubblicistico coinvolti nel processo di famiglia: sono riconosciuti al pubblico

⁴⁸V. F. CECHELLA, *Il giudice di legittimità apre all'impugnazione dei provvedimenti provvisori nelle controversie di famiglia e minorili*, in *Il giusto proc. civ.*, 2020, p. 217 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. 19 settembre 2023, n. 26820; Cass., 17 aprile 2017, n. 10777.

⁴⁹ F. CECHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglia*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2023, p. 1091 ss. spec. p. 1117.

⁵⁰ Cfr. Cass., sez. un., 25 luglio 2023, n. 22423, la quale aveva escluso, per il periodo precedente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 149 del 2023, la decisorietà dei provvedimenti temporanei e urgenti *de potestate*, dal momento che essi, pur incidendo su diritti soggettivi, sono privi dell'attitudine al giudicato, pur *rebus sic stantibus*, «essendo destinati ad essere assorbiti nella sentenza conclusiva del grado di giudizio e, comunque, revocabili e modificabili in ogni tempo per una nuova e diversa valutazione delle circostanze di fatto preesistenti o per il sopravvenire di nuove circostanze». Sul tema v. B. LIMONGI, *Le Sezioni Unite sulla «decisorietà di fatto» e il ricorso straordinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2024, p. 270 ss., nonché la *Postilla* di R. TISCINI, *ivi*, p. 289 ss.; A. ARCERI, *La «decisorietà di fatto» al vaglio della Cassazione*, in *Fam. dir.*, 4, 2024, p. 418 ss.

⁵¹ Cfr. Cass., 9 aprile 2024, n. 9442, la quale sembra aver accolto una suggestione di R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in www.judicium.it, 13 aprile 2023, p. 14-15, secondo cui «I provvedimenti temporanei ed urgenti appena indicati saranno reclamabili de plano ai sensi dell'art. 473 bis.24, comma 1, c.p.c. e la decisione resa dalla corte d'appello sarà soggetta a ricorso per cassazione qualora presenti i caratteri previsti dal secondo comma della medesima norma. È questa una soluzione che, come visto, pare ineludibile. La corretta individuazione di tali caratteri, peraltro, è tutt'altro che agevole, come già evidenziato. A tal riguardo, si potrebbe ritenere che il ricorso per cassazione sia ammissibile allorché vengano disposti o siano richiesti: - la sospensione della responsabilità genitoriale o una sua sostanziale limitazione a carico anche di solo uno dei genitori; - l'affidamento extrafamiliare; - l'affidamento esclusivo o superesclusivo; - un regime di frequentazione che incida significativamente sul diritto del minore alla bigenitorialità (ad esempio nel caso in cui si autorizzi il genitore collocatario al cambio di residenza, allontanando il minore dall'altro genitore, o in ogni caso in cui, al di là della qualificazione formale della decisione, di fatto la determinazione giudiziale assegni ad un genitore una posizione di assoluta prevalenza nell'esercizio del potere-dovere di istruire, educare ed assistere moralmente i figli)».

⁵² C. BRIGUGLIO, *loc. cit.*, p. 764; v. anche F. DANOVI, *Il processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2023, p. 467 ss., spec. 474.

ministero forti poteri inquisitori di assunzione delle informazioni e degli atti utili all'esercizio dell'azione civile, anche avvalendosi della polizia giudiziaria e dei servizi sociali, sanitari e assistenziali. La formulazione della norma veicola il convincimento secondo cui tali poteri si collocano in una fase antecedente alla pendenza della lite. In altri termini, l'art. 473bis. 3 attribuisce al pubblico ministero dei poteri ispettivi che completano il ventaglio degli strumenti riconosciutigli a norma degli artt. 69 e ss. c.p.c.. Talché, i primi rappresentano un completamento dei secondi in ragione delle occasioni di interferenza della figura del pubblico ministero nel processo di famiglia. La *ratio* è quella di rafforzare le modalità di esercizio dell'azione civile attraverso il conferimento di poteri ispettivi che meglio possono orientare l'operato del pubblico ministero.

Il secondo comma dell'art. 473bis. 3 c.p.c. consente al pubblico ministero di avvalersi di un'ampia platea di soggetti ausiliari. L'opportunità di tale intervento normativo è ben sottolineata dalla Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 149 del 2022⁵³ ove si legge che non sono tanto le esigenze deflative del contenzioso familiare a giustificare il conferimenti di siffatti poteri ispettivi – e diversamente non potrebbe essere, posto che all'aumentare delle allegazioni e delle richieste istruttorie corrisponde *naturaliter* un aumento dei costi di amministrazione e, dunque, dei tempi del processo – quanto, invece, l'esigenza di collaborazione istruttoria tra i vari organi degli uffici giudiziari per massimizzare la corretta applicazione della legge sostanziale, sì da ridurre i costi di errore.

I poteri ispettivi elencati all'art. 473bis.3 c.p.c. sono strumentali alla proposizione del ricorso, il cui potere di impulso è stato fatto oggetto di una norma *ad hoc*. L'art. 473bis.13 c.p.c. disciplina con cura la forma che il ricorso proposto dal pubblico ministero deve rivestire. È onere del pubblico ministero versare *in actis* quanto è emerso dalle indagini ispettive; in questo modo si garantisce alle parti di prendere visione del materiale istruttorio su cui il pubblico ministero fonda la propria richiesta e di dedurre in merito. Inoltre, è ragionevole ritenere che le preclusioni assertive che la legge prevede per le parti private non si estendano al pubblico ministero, in considerazione dell'impossibilità per quest'ultimo di acquisire preventivamente tutti gli elementi necessari⁵⁴.

5. Situazione giuridica globale del minore tra parte in senso sostanziale e in senso processuale

La centralità del *best interest of child* ha indotto il legislatore della riforma ad un completo riordino della posizione giuridica globale di quest'ultimo. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale degli ultimi anni ha evidenziato che il diritto “di far sentire la propria voce” talora è insufficiente, in quanto il minore potrebbe venire a trovarsi in una posizione di conflitto

⁵³ Relazione illustrativa, p. 56.

⁵⁴ M. A. LUPOLI, *la forma della domanda* (artt. 473bis. 12 e 473bis 13), in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 801.

di interessi⁵⁵, effettivo o potenziale, con i genitori ovvero con i soggetti che ne abbiano la rappresentanza legale. Tale eventualità è avvertita anche a livello sovranazionale, tant'è che la Convenzione di Strasburgo del 1996, agli artt. 5 lett. b) e 9, sancisce l'obbligo per il giudice di nominare un rappresentante del minore quando la sua posizione non possa essere adeguatamente tutelata dai soggetti che ne hanno la rappresentanza legale⁵⁶. L'estraneità della figura del rappresentante speciale del minore al nostro sistema è stata foriera di porsi in insanabile contrasto con il diritto convenzionale; senonché, la giurisprudenza ha colmato in via interpretativa la lacuna attraverso la figura del curatore speciale ex art. 78 c.p.c., quando la conflittualità tra i genitori sia talmente marcata da far sorgere il sospetto che la posizione del figlio minore possa essere strumentalizzata a sostegno delle proprie tesi⁵⁷. In altri termini, la giurisprudenza ha fatto ricorso alla figura del curatore speciale in caso di conflitto di interessi tale da far sorgere il dubbio sulla idoneità del genitore a curare gli interessi del minore. La nomina del curatore speciale implica un mutamento nella posizione del minore nel processo, il quale, da mera parte in senso sostanziale, la quale non partecipa al procedimento, benché gli effetti della decisione si producano nella sua sfera giuridica, in parte in senso formale o processuale, titolare di una specifica *legitimitatio ad causam* in tutti quei casi in cui la decisione giudiziale possa incidere sullo *status*. Peraltro, attesa la rilevanza degli interessi in gioco, la Corte costituzionale⁵⁸ ha riconosciuto al giudice il potere di nomina d'ufficio del curatore speciale del minore, previo accertamento del conflitto di interessi con i soggetti che ne hanno la rappresentanza legale.

Il sempre più frequente utilizzo nella pratica dell'art. 78 c.p.c. ha spinto il legislatore ad un meditato riassetto della disposizione. La l. n. 209 del 2021 ha positivizzato l'*acquis* giurisprudenziale intorno al potere officioso del giudice, *sub poena nullitatis*, di nomina del curatore speciale del minore in caso di accertato conflitto d'interessi con i genitori⁵⁹, nel caso in cui il p.m. abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i coniugi, o quando uno di essi abbia chiesto la decadenza dell'altro o, ancora, quando ne faccia richiesta il minore quattordicenne. La rigidità delle ipotesi previste dall'art. 78 c.p.c. è smussata dalla clausola elastica di chiusura prevista dall'u.c., secondo cui il giudice può nominare il curatore speciale del minore quando i genitori appaiano per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentarne gli interessi. La riforma dell'art. 78 c.p.c. è stata fagocitata dal nuovo rito in

⁵⁵ F. DANOVÌ, *Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 181.

⁵⁶ G. O. CESARO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la figura del curatore speciale del minore*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 937.

⁵⁷ F. MOLINARO, *loc. cit.*, p. 780.

⁵⁸ Cfr. Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83 con nota di Ferruccio, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 545 ss.

⁵⁹ G. O. CESARO, *L'estensione e la valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli artt. 78 e 80 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 52.

materia di famiglie e traslata negli artt. 473bis. 7 e 8 c.p.c., i quali dettano una disciplina più organica ed esauriente.

L'art. 473bis 7 c.p.c., ovviando alla naturale incapacità processuale del minore, gli riconosce attraverso l'interposizione del rappresentante quella tutela che «*l'ordinamento si prefigge come indispensabile obiettivo*⁶⁰». La nuova disposizione, a differenza dell'art. 78 c.p.c., prende in considerazione sia la figura del tutore che del curatore speciale del minore, in ragione della differente funzione e dei differenti obblighi delle due figure. Invero, l'art. 473bis 7 c.p.c. consente la nomina del tutore al minore in occasione della sospensione o della decadenza dalla responsabilità di entrambi i genitori; la nomina del tutore completa la tutela apprestata al minore con i provvedimenti *de potestate*. L'opportunità della differenziazione delle due figure si giustifica tenendo conto dell'esigenza di maggior tutela del minore in caso di sospensione o decadenza dalla responsabilità di entrambi i genitori; infatti, il tutore, diversamente dal curatore, ha i medesimi poteri dei genitori ed è soggetto a maggiori obblighi, fra tutti quello di redigere l'inventario dei beni del pupillo ex art. 362 c.c.⁶¹. Per il resto la norma si limita a riprodurre le ipotesi già previste dall'art. 78 c.p.c. in cui il giudice può nominare, anche d'ufficio, il curatore speciale del minore «*a pena di nullità degli atti del procedimento*». Si ritiene che il decreto di nomina del curatore del minore non sia impugnabile, in ragione della natura meramente strumentale dello stesso⁶².

L'obbligo di nominare il curatore *sub poena nullitatis* deve essere interpretato nel senso che, nelle ipotesi tassativamente previste, il minore è litisconsorte necessario ex art. 102 c.p.c.⁶³. La norma, dunque, cristallizza l'opportunità del "cambio di cappello" del minore – da parte in senso sostanziale a parte in senso processuale – allorché il diritto di ascolto sia insufficiente ad assicurarne la piena tutela.

Tuttavia, un'analisi più approfondita dell'art. 473bis. 8 consente di coglierne le criticità. È prevista la possibilità per il minore quattordicenne di richiedere *sua sponte* la nomina del curatore. Tale previsione pone qualche problema in ordine alle modalità con cui il minore possa presentare la richiesta⁶⁴. Non pare verosimile che la richiesta debba provenire dai soggetti che ne hanno la legale rappresentanza, ovvero i genitori, i quali versano in una

⁶⁰ F. MOLINARO, *loc. cit.*, 782; F. DANOVÌ, *Il curatore speciale del minore quale (ulteriore) raccordo tra il giudice minorile e il giudice ordinario*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 697.

⁶¹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2015, 136; v. anche M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma 2022, 144; R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino 2015, p. 53.

⁶² Cfr. Corte App. Milano, 8 maggio 2023, decreto.

⁶³ Così espressamente F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 276, secondo cui «*il richiamo alla nullità, non deve ritenersi richiamo alla mera nullità formale degli atti, piuttosto ad una nullità extra formale, inquadrabile nell'ambito della carenza dei presupposti processuali, in particolare del litisconsorzio necessario*». Da ult., in giurisprudenza Cass., 20 aprile 2023, n. 10666, in *Onelegale*, ove la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti del minore è sorta in grado d'appello, donde la cassazione con rinvio e la rimessione a detta fase processuale.

⁶⁴ F. MOLINARO, *loc. cit.*, p. 785; F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 275.

situazione conflittuale; parimenti, è improbabile che la richiesta possa prevenire dal minore stesso in ragione del *deficit* di maturità e della scarsa attitudine relazionale con gli uffici pubblici. La norma potrebbe avere una qualche utilità pratica se coordinata con il diritto all'ascolto: il giudice potrebbe procedere d'ufficio alla nomina del curatore ove tale esigenza sia emersa in sede di audizione.

Del pari, appare problematica l'ipotesi prevista dall'art. 473bis 8, comma 2, c.p.c. nella misura in cui attribuisce al giudice il potere di nominare il curatore speciale quando i genitori appaiono «per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore». L'uso dell'avverbio “temporaneamente” depone nel senso di una conflittualità transeunte, la quale fa sorgere il ragionevole dubbio circa l'idoneità dei genitori a rappresentare il *best interest of child*. Senonché, tale formula elastica stride con la qualificazione in termine di litisconsorte necessario del minore allorquando sia nominato il curatore speciale. Infatti, la posizione di litisconsorte necessario, quando è imposta da ragioni di diritto sostanziale più che di diritto processuale⁶⁵, rimane tale per tutto il corso del processo e non pare possa essere risolutivamente condizionata al mutamento dello stato di fatto. Talché, ove il giudice ometta di nominare il curatore e integrare il contraddittorio nei suoi confronti in caso di temporanea inadeguatezza dei genitori a rappresentare gli interessi del minore, il giudice di appello dovrebbe rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., quantanche nelle more la situazione conflittuale dovesse essere venuta meno. Per evitare l'inflazione delle contestazioni strumentali della violazione della regola di integrazione del contraddittorio, deve praticarsi una lettura della disposizione conforme a quell'orientamento giurisprudenziale che limita il ricorso alla carta estrema della distruzione processuale della violazione del contraddittorio solo quando vi sia un pregiudizio effettivo per il litisconsorte pretermesso⁶⁶. Pertanto, ove il ricorso in appello contenga la sola censura in merito alla violazione dell'art. 102 c.p.c., quantunque la situazione rappresentata nell'art. 473bis 8, comma 2, c.p.c. sia nelle more venuta meno, il giudice dell'impugnazione deve dichiarare inammissibile l'impugnazione

⁶⁵ Sul fondamento del litisconsorzio necessario si rinvia alle pagine classiche di G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 1077 ss., ove si distinguono i casi espressamente regolati dalla legge rispetto ai quali «il *preconcetto esplicito della legge deve osservarsi qualunque sia la natura del diritto controverso*» e, la ben più problematica ipotesi, dei casi non regolati dalla legge rispetto ai quali si impone l'esigenza di integrare il contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso quando la sentenza pronunciata a contraddittorio non integro «*perda ogni utilità pratica*». Talora, la necessità del litisconsorzio è imposta da mere ragioni di opportunità processuale (cfr. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., ristampa, Napoli 2018, p. 87; nonché E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, ristampa, Milano 1992, p. 50). Non pare, tuttavia, potersi ricondurre in quest'ultima categoria il litisconsorzio necessario nei confronti del minore imposto dall'art. 473bis 8 c.p.c. siccome i provvedimenti pronunciati nell'interesse della prole incidono sulla sua sfera giuridica. Talché, sono ragioni di diritto sostanziale che impongono la necessità del litisconsorzio.

⁶⁶ Cfr, da ult., Cass., 1° dicembre 2021, n. 37847; Cass., 16 gennaio 2020, n. 800, con nota di Fanelli in www.judicium.it, Cass., 16 gennaio 2020, n. 800: *il giudice “può ordinare” l'integrazione del contraddittorio*; Cass., 25 luglio 2019, n. 20152, in *DeJure*, la quale ha ritenuto recessiva la regola sull'integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c. rispetto al principio della ragionevole durata del processo.

ove non siano state formulate altre censure di merito. Tale lettura, in un'ottica sistematica, è avallata dalla ricezione nel corpo dell'art. 101, comma 2, c.p.c. della teoria del pregiudizio effettivo, secondo cui la denuncia di vizi fondati sulla pretesa violazione del principio del contraddittorio non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione⁶⁷. La nuova formulazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. depone nel senso della conservazione delle attività già compiute e a maggior ragione della sentenza, la quale è assistita da una presunzione di validità superabile attraverso la prova della concreta offensività della violazione, sulla base di prevalenti esigenze di economia processuale e ragionevole durata del processo⁶⁸.

A chiusura dell'analisi sulla posizione giuridica globale del minore, riveste indubbio rilievo la disposizione dell'art. 473bis. 9 c.p.c. nella misura in cui estende il diritto all'ascolto e la disciplina sulla nomina del curatore speciale ai figli maggiorenni portatori di *handicap* grave. Tale estensione va salutata con favore siccome il rafforzamento della tutela dei soggetti bisognosi di assistenza, talora carente sul piano sostanziale, trova ora una specifica disposizione sul piano processuale, idonea ad inverare il principio di non discriminazione⁶⁹.

6. La posizione giuridica globale delle parti: il giudice competente

Nel procedimento unitario di famiglia, il legislatore ha modificato i criteri di riparto della competenza territoriale⁷⁰. Si è passati da una concezione "adultocentrica", per cui la competenza territoriale si determinava in base al luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi o, in mancanza, secondo la regola generale del *forum rei*, ad una fondata sulla «residenza abituale» del minore che potrebbe definirsi "pupillocentrica". Invero, tale innovazione trova consolidati precedenti nel diritto internazionale ed europeo; infatti, tanto i Regolamenti 2003/2201 CE e 2019/1111 UE quanto la Convenzione della Aja del 1980, localizzano la competenza giurisdizionale attraverso il criterio della residenza abituale⁷¹ del minore secondo il principio di prossimità, sì da garantire uno stretto collegamento tra giudice

⁶⁷ Su cui v. R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020; v. anche V. CAPASSO, *La violazione del contraddittorio come fonte di nullità assolute e l'incompatibilità del rilievo officioso del vizio con il principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2021, p. 605 ss.; M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective le préjudice effective?*, in www.ildirittoprocessualecivile.it, 4, 2022, p. 385 ss.; ma sul tema v. già L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, II, Milano, 1923, p. 815.

⁶⁸ Sulla nuova formulazione dell'art. 101 c.p.c. v. C. DELLE DONNE, *Principio del contraddittorio* (art. 101), in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 65, ove ne viene sottolineata la ricaduta dirompente «in modo potenzialmente illimitato e non prevedibile sui processi [...] sia in punto di rilievo endoprocessuale delle nullità derivanti dal vulnus al contraddittorio che di impugnazione per nullità della sentenza per lo stesso motivo».

⁶⁹ F. MOLINARO, *loc. cit.*, p. 789.

⁷⁰ F. TOMMASEO, *op. cit.*, p. 292.

⁷¹ Su cui sia concesso un rinvio a G. DE CESARE, *Le Sezioni unite tornano sulla residenza abituale in materia matrimoniale dopo Brexit*, in *Giur. it.*, 2, 2024, p. 318 ss.

e minore⁷². La legge delega, all'art. 23, comma 1 lett. d), indicava una definizione di «residenza abituale» corrispondente «*al luogo in cui si trova di fatto il centro della sua vita al momento della proposizione della domanda*». Il legislatore delegato non ha tradotto in norma di legge il criterio contenuto nella delega. Se, da un lato, è vero che la definizione di residenza abituale in ambito internazionale ed europeo rifiuta concezioni astratte e generalizzanti, dall'altro, tenuto conto dell'importanza e della mole del contenzioso familiare nazionale, sarebbe stato opportuno offrire all'interprete criteri di localizzazione della stessa funzionali ad evitare la sollevazione di eccezioni di incompetenza per territorio meramente dilatorie⁷³.

Il criterio di individuazione del giudice competente per territorio basato sulla prossimità tra giudice e minore è rafforzato dalla deroga al principio della *perpetuatio iurisdictionis*. In linea con quanto previsto dall'art. 413, comma 3, c.p.c. per il rito del lavoro, l'art. 473bis 11 c.p.c. specifica che se il minore è stato trasferito senza autorizzazione e non è decorso un anno, è competente il tribunale del luogo dell'ultima residenza abituale del minore prima del trasferimento. Si avverte la preoccupazione del legislatore di evitare che la sottrazione non autorizzata del minore, con conseguente spostamento della residenza abituale, possa incentivare fenomeni di *forum shopping*.

Talché, il mutamento dello stato di fatto, estraneo al rapporto sostanziale oggetto del processo⁷⁴, antecedente alla proposizione della domanda non rileva. La scelta del legislatore, per prevenire abusi da parte dei genitori, è quella di prorogare la competenza territoriale per un periodo ritenuto congruo; in questo modo, si evita che il genitore possa strumentalizzare il minore al fine di scegliere un foro "più favorevole". Peraltro, anche tale innovazione trova un ascendente nella normativa eurounitaria sulla giurisdizione in caso di sottrazione internazionale del minore⁷⁵, la quale prevede un'analoga regola di proroga della competenza giurisdizionale.

Particolarmente problematico è il riferimento al trasferimento non autorizzato. Non opera la proroga della competenza per territorio allorquando il trasferimento sia attuativo di un preventivo accordo fra i genitori; a fronte dell'eccezione di incompetenza sollevata dal resistente, l'onere della prova dell'accordo grava sul ricorrente che ha proposto la domanda dinanzi al giudice del luogo della nuova residenza abituale del minore. Dell'accordo deve essere data una prova rigorosa e univoca (ma non per questo è esclusa la prova per presunzioni) da parte di chi lo deduce, specificamente nel caso in cui il trasferimento avvenga in una situazione di crisi della relazione fra i genitori, cui non ha fatto seguito l'instaurazione

⁷² M. A. LUPOI, *Il procedimento (art. 473bis. 11)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 795.

⁷³ *Contra* M. A. LUPOI, *ult. loc. cit.*, 796, secondo cui, trattandosi di un criterio di fatto, deve essere valutato in concreto, senza vincoli normativi.

⁷⁴ R. ORIANI, *La «perpetuatio iurisdictionis»*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 35 ss., spec. c. 40.

⁷⁵ M. A. LUPOI, *La crisi matrimoniale e genitoriale nello spazio di giustizia europeo*, Pisa, 2022, p. 49 ss.; in giurisprudenza, Cass., 27 aprile 2022, n. 13176.

di un procedimento di separazione o divorzio davanti al giudice competente in base alla residenza abituale del minore ma, al contrario, il procedimento è stato instaurato davanti al giudice del luogo in cui il minore è stato trasferito⁷⁶.

Nei procedimenti che non riguardano la situazione di un minore, si applicano le disposizioni generali di cui agli artt. 18 ss. c.p.c., salvo che queste non siano derogate dalla sezione II del capo III del titolo dedicato al nuovo processo di famiglia.

7. Gli atti introduttivi

Esaurita la trattazione delle rilevanti novità in tema di presupposti processuali e, segnatamente, in tema di competenza per territorio, può procedersi all'analisi degli atti introduttivi. L'art. 473bis. 12 c.p.c. si occupa dei requisiti di forma-contenuto dell'atto introduttivo del nuovo procedimento unitario di famiglia. Il libello introduttivo deve rivestire la forma del ricorso. È confermata la regola per cui, in materia di diritto di famiglia, il primo contatto procedimentale avviene tra il ricorrente e il giudice. Rispetto al contenuto tipico del ricorso, la norma elenca con maggior acribia i requisiti tipici di tale atto. Degne di nota sono le indicazioni contenute alle lettere e) ed f), secondo cui il ricorso deve contenere: la chiara e sintetica esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda si fonda, con le relative conclusioni; l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e dei documenti che offre in comunicazione. Inoltre, il ricorso deve indicare l'esistenza di altri procedimenti aventi a oggetto, in tutto o in parte, le medesime domande o domande ad esse connesse. Sul piano dell'onere delle produzioni documentali, la norma, in caso di domande di contributo economico o in presenza di figli minori, prescrive l'allegazione: a) delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; b) della documentazione attestante la titolarità di diritti reali su beni immobili e beni mobili registrati, nonché di quote sociali; c) degli estratti conto dei rapporti bancari e finanziari relativi agli ultimi tre anni.

Particolarmente significativo è il richiamo alla sinteticità dell'atto introduttivo⁷⁷.

Invero, la lett. e) prescrive l'obbligo di sinteticità ma non ricollega alla sua violazione alcuna sanzione. Non pare, tuttavia, verosimile che il legislatore abbia introdotto una norma *minus quam perfecta* in ragione della positivizzazione anche in seno al libro I, dedicato ai Principi, del dovere di sinteticità degli atti, benché l'art. 46, comma 5, disp. att. c.p.c. sancisca che dalla violazione del suddetto non possa derivare l'invalidità dell'atto⁷⁸. Talché, le conseguenze dell'eventuale violazione vanno ricavate attraverso un'interpretazione sistematica. Talora, il principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali, oggi espressamente codificato all'art.

⁷⁶ Cass., 27 aprile 2022, n. 13176.

⁷⁷ Secondo M. A. LUPOI, *la forma della domanda (artt. 473bis. 12 e 473bis 13)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 798, quello di sinteticità è un principio di «*ardua attuazione in un processo retto da stringenti preclusioni e nel quale è addirittura possibile cumulare, in un unico procedimento, la domanda di separazione e quella di divorzio*».

⁷⁸ A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 23.

121 c.p.c., è stato associato all'obbligo di verità delle parti⁷⁹, in termini di collaborazione per contenere la durata del processo, facilitando lo studio del fascicolo da parte del giudice, in ossequio al principio costituzionale della ragionevole durata. Secondo tale impostazione, la violazione del dovere in esame, oltre ad incidere sul riparto delle spese processuali ai sensi degli artt. 92 e 96 c.p.c., in ragione della violazione del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., consentirebbe l'applicazione del nuovo art. 473bis 18 c.p.c., il quale ricollega alla violazione del "galateo processuale" e, segnatamente, del dovere di leale collaborazione, la possibilità per il giudice di trarne argomenti di prova. Senonché, l'art. art. 473bis 18 c.p.c. ricollega le suddette sanzioni alle informazioni o produzioni «inesatte o incomplete»⁸⁰. Pertanto, in assenza di una norma che ricollegghi espressamente alla violazione del dovere di sinteticità una sanzione sul piano processuale, è preferibile l'interpretazione per cui non ogni violazione del dovere di sinteticità comporta una allegazione inesatta o imperfetta, donde l'inapplicabilità degli artt. 96, comma 1, e 116 c.p.c.⁸¹. Pare, dunque, che le uniche sanzioni ricollegabili alla violazione del dovere di sinteticità, fuori dalle ipotesi in cui condizioni l'affidabilità o la completezza delle allegazioni ai sensi dell'artt. 573bis.18, siano solo quelle previste dagli artt. 92 e 96, comma 3, c.p.c. ovvero la ripetizione delle spese eccessive o superflue e il pagamento di una somma equitativamente determinata a favore della controparte⁸². Inoltre, in assenza di un'esplicita previsione di legge, deve, dunque, escludersi che la prolissità possa essere causa di inammissibilità del ricorso; infatti, già la stessa proposta della Commissione Luiso aveva escluso la sanzione dell'inammissibilità per violazione del dovere di cui all'art. 121 c.p.c.⁸³; parimenti, deve escludersi che alla violazione della sinteticità dell'atto segua la sanzione della irricevibilità o inutilizzabilità totale o parziale dell'atto, in guisa dell'art. 13 *ter*, comma 4, disp. att. c.p.a.. Inoltre, merita di essere segnalata la disposizione programmatica di cui all'art. 46, comma 5, disp. att. c.p.c., la quale rimette ad un successivo

⁷⁹ M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018, p. 353 ss., spec. 384; v. anche G. CANALE, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1025 ss, spec. p. 1033.

⁸⁰ Per un inquadramento generale dell'art. 473bis. 18 c.p.c. rispetto al generale dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. cfr. M. A. LUPOI, *Dovere di leale collaborazione (artt. 473bis. 18)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 809; M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 49.

⁸¹ In assenza di un'esplicita previsione, è più prudente escludere che il giudice possa ricavare argomenti di prova dalla violazione del dovere di sinteticità attesa la loro idoneità a dare piena prova del fatto. Per l'opinione secondo cui gli argomenti di prova sono idonei *ex se* a fondare il giudizio sul fatto v. M. TARUFFO, *Considerazioni sulla prova per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2010, p. 1165 e ss., poi in *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, p. 227 e ss., spec. 241, ove si sottolinea l'analogia strutturale tra l'argomento di prova e la presunzione semplice: quanto più l'inferenza costruita sull'argomento di prova è grave e precisa, tanto più potrà essere posta anche da sola a fondamento della decisione in fatto.

⁸² Così F. DANOVÌ, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 843.

⁸³ Si legge infatti nelle *Proposte normative e note illustrative* della Commissione Luiso del 24 maggio 2021, consultabili sul sito www.giustiziainsieme.it, p. 32, che l'obiettivo di rendere più celere ed efficiente il processo civile può essere raggiunto attraverso la «previsione secondo cui, per quanto riguarda gli atti di parte, la violazione di tale principio non possa comportare sanzioni di invalidità o di inammissibilità dell'atto, ma possa essere presa in considerazione dal giudice solo ai fini della liquidazione delle spese giudiziali».

decreto ministeriale la fissazione dei limiti dimensionali degli atti difensivi. Peraltro, ove tale decreto dovesse espressamente comminare la sanzione dell'inammissibilità o dell'inutilizzabilità dell'atto inutilmente prolisso, tale previsione si porrebbe in soverchio contrasto con la riserva di legge assoluta in materia processuale sancito dall'art. 111, comma 1, Cost.⁸⁴.

Anche la lett. f) induce a qualche più approfondita riflessione. La formulazione della norma porta ad escludere che il ricorrente debba indicare i mezzi di prova a pena di decadenza siccome l'art. 473bis. 17 c.p.c. demanda tale attività alla memoria con cui l'attore risponde alle contestazioni del convenuto, comminando espressamente la sanzione della decadenza. Meno chiara appare la previsione di cui al secondo comma, *sub* lett. b), dell'obbligo di *disclosure* patrimoniale limitatamente alla titolarità di diritti reali e quote societarie, posto che tali informazioni possono essere ottenute da chiunque dalla consultazione dei registri pubblici. L'utilità pratica di tale previsione si riduce alle ipotesi di provvedimento cautelare richiesto *inaudita altera parte* nella fase introduttiva del giudizio⁸⁵.

Infine, l'u.c. dell'art. 473bis.12 prevede che nei procedimenti relativi ai minori, al ricorso è allegato un piano genitoriale che indica gli impegni e le attività quotidiane dei figli relative alla scuola, al percorso educativo, alle attività extrascolastiche, alle frequentazioni abituali e alle vacanze normalmente godute. La finalità dell'istituto del piano genitoriale è quella di fornire *ex ante* al giudice importanti dettagli sulla *Lebenswelt* del fanciullo di cui si dovrà tener conto in fase decisoria. Anche in questo caso, la norma non ricollega alcuna sanzione alla mancata allegazione del piano genitoriale. Deve escludersi la sanzione della nullità dell'atto introduttivo siccome non espressamente comminata dalla legge. Tuttavia, in una prospettiva che, coerentemente con lo spirito guida della riforma, valorizza la centralità del minore nel nuovo rito di famiglia, può ritenersi applicabile l'art. 473bis 18 c.p.c., nella parte in cui consente al giudice, in caso di lacunosità delle allegazioni, di applicare le sanzioni previste dagli artt. 92, comma 1, e 96, nonché di trarre argomenti di prova. Non è escluso, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 473bis 50 c.p.c., che la mancata allegazione del piano genitoriale in fase introduttiva possa essere colmata *ex officio* dal giudice attraverso la formulazione di una proposta di piano genitoriale da sottoporre al vaglio delle parti.

Rispetto alla fase introduttiva, senz'altro degna di nota è la novità introdotta dall'art. 473bis. 49 c.p.c. che consente il cumulo della domanda di separazione e di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio in un unico processo. È noto che l'ordinamento italiano subordinava la domanda di divorzio al decorso di un certo periodo di tempo dalla comparazione dei coniugi avanti al Presidente del Tribunale e al passaggio in giudicato della sentenza di separazione. Le parti dovevano, dunque, sostenere i costi di due diversi

⁸⁴ M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt.96, 118, 121, 210, 213)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 56.

⁸⁵ M. A. LUPOLI, *la forma della domanda (artt. 473bis. 12 e 473bis 13)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 799.

procedimenti, quantunque entrambi finalizzati alla risoluzione definitiva della crisi coniugale. A questa inefficienza il legislatore delegato ha posto rimedio non già attraverso l'(auspicabile) abrogazione della separazione, bensì consentendo la contemporanea proposizione delle due domande in via di cumulo subordinato. Talché, la domanda di divorzio è subordinata al previo decorso del termine previsto dalla legge e al passaggio in giudicato della sentenza parziale di separazione. Da un punto di analisi economica del processo, l'unità del procedimento di separazione e divorzio – rafforzata dalle previsioni in materia di connessione e riunione che consentono di riunire dinanzi ad un unico giudice le due domande qualora siano proposte separatamente – produce un notevole effetto deflativo del contenzioso in ragione non solo della concentrazione dell'istruttoria su questioni comuni, ma anche rispetto alla fase di gravame giacché l'impugnazione della sentenza resa su procedimenti riuniti produrrà un unico giudizio d'appello o di cassazione in luogo di due⁸⁶.

L'utilità pratica della nuova previsione si saggia anche sul terreno del contenzioso matrimoniale *cross border*⁸⁷. La giurisprudenza ha sostenuto con orientamento costante che non vi sia litispendenza tra un procedimento italiano di separazione ed uno straniero di divorzio, con la conseguenza che la parte interessata ad una regolamentazione delle crisi coniugale da parte del giudice italiano deve soggiacere agli effetti della sentenza di divorzio pronunciata dal giudice straniero⁸⁸. Il nuovo art. 473bis. 49 c.p.c., nella misura in cui anticipa la litispendenza della domanda di divorzio al momento del deposito di quella di separazione, consente di evitare la sospensione del giudizio di separazione italiano, disposta ai sensi dell'art. 7, comma 3, L. n. 218 del 1995, ove il giudice ritenga che la sentenza straniera possa produrre effetti nell'ordinamento interno, nonché la soccombenza al giudicato straniero di divorzio qualora le domande cumulate siano state proposte prima di quella di divorzio dinanzi al giudice straniero.

Il cumulo deve avvenire sin dagli «atti introduttivi». Tuttavia, è ragionevole ritenere l'espressione «atti introduttivi» possa essere interpretata nel senso come «primi atti difensivi», compresa la prima memoria ex art. 473bis. 17 c.p.c.. Il cumulo implica la necessità per le parti di formulare sin da subito tutte le domande relative alla pronuncia di divorzio e in particolare l'eventuale richiesta dell'assegno divorzile, con conseguenti produzioni documentali e allegazioni probatorie, posto che rispetto ai diritti disponibili il nuovo rito unificato conosce preclusioni assertive ed istruttorie non dissimili dal rito ordinario.

⁸⁶ Commissione Luiso, *Proposte normative*, cit., p. 124; M. A. LUPOI, *Cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (art.473bis.49 c.p.c.)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 887

⁸⁷ Cfr. C. PERARO, *La litispendenza internazionale in materia matrimoniale, anche alla luce della "riforma Cartabia"*, in *Fam. dir.*, 4, 2024, p. 410 ss., spec. p. 418

⁸⁸ Cass., 04 febbraio 2021, n. 2654, in *DeJure*; Cass., 20 luglio 2001, n. 9884, in *Fam. dir.*, 2001, 649; per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Como, 24 gennaio 2017, ord., in *Ilfamiliarista.it* con nota di R. Rossi.

Il ricorso è depositato telematicamente nella cancelleria del giudice competente insieme ai documenti allegati. Da questo momento si determina la litispendenza. Nei successivi tre giorni, il Presidente del Tribunale designa il relatore al quale può delegare la trattazione del procedimento e fissa l'udienza di prima comparizione delle parti. Nello stesso decreto il Presidente assegna il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire almeno trenta giorni prima dell'udienza. Rispetto al precedente rito camerale, il termine di costituzione del convenuto viene notevolmente allontanato rispetto alla prima udienza al fine di consentire il deposito delle memorie integrative di cui all'art. 473-bis.17 c.p.c.. Tra il giorno del deposito del ricorso e l'udienza non devono intercorrere più di novanta giorni (centoventi in caso di atto da notificare all'estero). Trattasi, tuttavia, di termine ordinatorio. Il ricorso e il decreto devono essere notificati al resistente a cura del ricorrente, con la specificazione che tra la notifica del ricorso e la data di udienza deve intercorrere un termine non inferiore a sessanti giorni liberi (novanta in caso di atto da notificare all'estero). Dall'analisi dell'art. 473bis.14 c.p.c. emerge che il termine minimo a difesa garantito al resistente è di soli trenta giorni, con conseguente rischio di compressione del diritto alla difesa. La costituzione tardiva comporta la decadenza di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c.. Il decreto presidenziale deve, da un lato, rendere il resistente edotto di tali decadenze, dall'altro, contenere l'avvertimento che la difesa tecnica è obbligatoria e che la parte, sussistendone i presupposti di legge, può presentare istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato; inoltre, deve informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare⁸⁹, istituto appositamente introdotto dalla riforma per incentivare la risoluzione stragiudiziale della crisi familiare, in conformità alla tendenza legislativa di fornire, negli atti di parte e nei provvedimenti, tutte le informazioni utili a colmare l'eventuale asimmetria informativa tra le parti.

Il resistente si costituisce depositando la comparsa di risposta che, oltre agli elementi previsti per il rito ordinario ex art. 167 c.p.c., deve contenere quelli specifici previsti dall'art. 473bis.12 c.p.c. per il ricorso introduttivo. Tuttavia, a norma dell'art. 473bis 14, la costituzione tardiva non comporta decadenze rispetto alle domande relative ai diritti indisponibili.

8. Il nuovo rito unificato in materia di separazione e divorzio

La fase processuale che segue al ricorso introduttivo e al deposito della comparsa di risposta è costruita sul calco del nuovo procedimento ordinario di cognizione. Le parti possono depositare un'articolata serie di memorie tra la scadenza del termine di costituzione del

⁸⁹ Sul *favor* per la mediazione familiare cfr. A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 144.; F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 289 secondo cui la riforma supera opportunamente la generale retrosia dei giudici ad affidare la composizione della crisi familiare ad un esperto. Peraltro, la riforma ha optato per l'introduzione di una professione non ordinistica: ad oggi non esiste un ordinamento professionale dei mediatori familiari, né questi devono superare un esame di stato per essere iscritti all'albo. I mediatori familiari sono iscritti ad associazioni private e l'abilitazione consegue al superamento degli esami imposti dal regolamento interno di esse.

convenuto e la prima udienza. L'art. 473bis. 17 c.p.c. prevede che il ricorrente debba depositare entro venti giorni prima dell'udienza e, dunque, di norma entro dieci giorni dopo la costituzione del convenuto, una memoria di contenuto non dissimile dalle abrogate memorie ex art. 183, comma 6, c.p.c. nn. 1) e 2). La norma precisa che qualora il convenuto abbia formulato domande di contributo economico, nello stesso termine l'attore debba depositare tutta la documentazione in materia reddituale, sul presupposto che non l'abbia già fatto unitamente al deposito del ricorso.

Entro dieci giorni dalla data di udienza e, dunque, dieci giorni dopo il deposito della prima memoria da parte del ricorrente, è previsto il deposito da parte del resistente di un'ulteriore memoria con cui, a pena di decadenza, può precisare e modificare le domande già proposte, proporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dall'attore con la prima memoria, nonché indicare mezzi di prova e produrre documenti, anche a prova contraria.

Infine, entro cinque giorni dalla data di udienza e, dunque, cinque giorni dopo il deposito della seconda memoria da parte del resistente, il ricorrente può depositare un'ultima memoria per le sole indicazioni di prova contraria rispetto alle richieste di mezzi di prova formulate nella precedente memoria dalla controparte.

L'intento della riforma è quello di perimetrare il *thema probandum* e il *tema decidendum* già alla prima udienza, così da consentire al giudice di decidere prontamente la causa ove non sia necessario svolgere attività istruttoria⁹⁰. Tuttavia, l'estrema accelerazione dei termini processuali è gravida di conseguenze sul piano pratico: quelli previsti dall'art. 473bis. 17 c.p.c. sono a termini c.d. "a ritroso"; di talché, qualora il *dies ad quem* coincida con un giorno festivo o con il sabato, la relativa scadenza deve essere arretrata e non avanzata. E ciò, se si considera la sincope dei termini per depositare le memorie difensiva, può porsi in contrasto con il diritto alla difesa⁹¹.

Esaurite le attività preparatorie, le parti devono comparire personalmente alla prima udienza di cui all'art. 473bis.21 Il collegio o, più frequentemente, il giudice delegato devono verificare la regolarità del contraddittorio e pronunciare, se necessario, i provvedimenti opportuni. Diversamente da quanto previsto per il procedimento ordinario, le verifiche preliminari vengono svolte in udienza e non dopo il deposito della comparsa di costituzione del convenuto. L'art. 473bis.21 vuole evitare, diversamente dall'abrogato art. 707 c.p.c., che la *mors litis* dipenda dalla volontà unilaterale del ricorrente: se questi non compare in udienza o rinuncia, il convenuto costituito può chiedere che si prosegua in sua assenza, in caso contrario il processo di estingue.

⁹⁰ R. LOMBARDI, *La riforma dei procedimenti di separazione e di divorzio nella legge delega n. 206/2021*, in www.ildirittoprocessualecivile.it, p. 280 ss., spec. p. 282.

⁹¹ M. A. LUPOI, *Ulteriori difese (art. 473bis 17)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 807.

Esauritesi le attività preliminari, il giudice tenta la conciliazione, la quale deve essere “motivata” siccome il giudice dispone di tutto il materiale istruttorio documentale necessario per comporre la lite. Si ritiene, in assenza di apposita previsione, che l’accordo così raggiunto debba essere omologato dal Tribunale con sentenza. Ove, invece, la conciliazione non riesca, il giudice adotta con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti di cui all’art. 473bis. 22 c.p.c.. Con la stessa ordinanza, il giudice provvede sulle richieste istruttorie e predispone il calendario del processo, fissando nei successivi novanta giorni (termine ordinatorio) l’udienza di assunzione delle prove ammesse. Ove, invece, sia possibile decidere allo stato degli atti, il giudice delegato invita le parti a precisare le conclusioni e nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un’udienza successiva dispone la discussione orale della causa all’esito della quale rimette al collegio per la decisione.

Per ragioni acceleratorie, è stata confermata la regola secondo cui contro la sentenza parziale che decide sullo *status* non è ammessa riserva di impugnazione ma solo appello immediato. La previsione è ragionevole se si considera che tendenzialmente solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza sullo *status* è possibile mettere in esecuzione il capo condannatorio relativo all’assegno di mantenimento o a quello divorzile. L’ammissibilità della riserva avrebbe posticipato ad un momento ancora successivo la possibilità di ottenere coattivamente il pagamento degli assegni, con grave pregiudizio per il beneficiario.

Se, invece, viene svolta attività istruttoria, l’art.473bis 28 c.p.c. prevede tutt’altra regolamentazione della fase decisoria. Tale distinguo tiene conto della circostanza che all’esito dell’assunzione delle prove costituenti non è prevista una apposita udienza in cui le parti possano discutere nel contraddittorio gli esiti dell’istruttoria. Il legislatore ha, dunque, attinto alla formulazione dell’art. 190 c.p.c. prima dalla legge n. 353 del 1990, recuperando il sistema delle comparse conclusionali e di replica. Il giudice, esaurita l’istruzione, fissa davanti a sé l’udienza di rimessione in decisione e assegna alle parti: a) un termine non superiore a sessanta giorni prima dell’udienza per il deposito di note scritte di precisazione delle conclusioni; b) un termine non superiore a trenta giorni prima dell’udienza per il deposito delle comparse conclusionali; c) un termine non superiore a quindici giorni prima della stessa udienza per il deposito delle memorie di replica. Se è apprezzabile la scelta di differenziare la fase decisoria a seconda dello svolgimento o meno di attività istruttoria, non è chiaro perché la comparsa conclusionale e le repliche devono essere depositate con così tanto anticipo rispetto all’udienza stessa. Rispetto all’abrogato procedimento di separazione e divorzio, la riforma ha anticipato rispetto all’udienza di precisazione delle conclusioni il deposito delle comparse conclusionali⁹². La nuova udienza di rimessione della causa al collegio che, invero, ha riesumato l’antica udienza di spedizione in decisione, abrogata dalla legge n. 353 del 1990, non

⁹² M. A. LUPOLI, *La decisione* (artt. 473bis 28 e 473bis 29), in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 831.

pare di alcuna utilità, se non quella di consentire al giudice delegato di organizzare meglio il proprio lavoro⁹³.

La sentenza che compone la crisi familiare, anche dopo il passaggio in giudicato, è suscettibile di revisione al di fuori del sistema dei mezzi straordinari di impugnazione. Tale regola è confermata dal nuovo art. 473bis.29 c.p.c., secondo cui «qualora sopravvengano giustificati motivi, le parti possono in ogni tempo chiedere la revisione dei provvedimenti a tutela dei minori e in materia di contributi economici». La norma va letta nel senso che non tutti i capi della sentenza sono suscettibili di revisione; talché, oltre ai capi sullo stato delle persone, anche quelli produttivi di effetti istantanei, come quelli relativi agli accordi patrimoniali tra i coniugi, non possono essere modificati siccome producono effetti irreversibili, non soggetti alle sopravvenienze. Rispetto ai capi che, invece, regolano situazioni durevoli nel tempo, alla regola della impermeabilità del giudicato rispetto alle sopravvenienze, in ragione del meccanismo di sganciamento della fattispecie giuridica, accertata con sentenza passata in giudicato, dalla sua fonte originaria⁹⁴, si sostituisce quella del giudicato *rebus sic stantibus*. Sul piano dogmatico, il potere delle parti di chiedere la revisione è così giustificabile: la sentenza che accerta il diritto al pagamento dei contributi economici è determinativa, nel senso che determina o modifica il contenuto o un elemento di un rapporto già esistente i cui effetti si proiettano nel tempo⁹⁵. Le strutture temporali delle situazioni giuridiche di vantaggio nei rapporti di durata, ovvero nei rapporti ad esecuzione continuata, sono soggette a mutamenti siccome il giudicato sostanziale rende incontrovertibile l'esistenza (o l'inesistenza) della situazione giuridica soggettiva con riferimento ad un dato referente temporale, impedendo che l'accertamento compiuto possa essere contestato sulla base di elementi già esistenti, i quali sono ricompresi nella preclusione del dedotto e del deducibile. La sopravvenienza di giustificati motivi cui allude l'art. 473bis.29 c.p.c. coincide con i nuovi fatti giuridici rilevanti.

Si considerano posteriori i fatti posteriori all'ultima parentesi utile per dedurli nel processo, ossia, qualora non sia stata svolta istruttoria, l'udienza di precisazione delle conclusioni e di discussione ex art. 473bis.22 c.p.c., mentre, ove il giudice abbia assunto prove *costituende*, l'udienza di rimessione della causa al collegio ex art. 473bis.29 c.p.c.

Si considerano, invece, rilevanti i fatti posteriori al referente temporale coperto dall'autorità del giudicato rilevante per l'esistenza del diritto o per il suo modo di essere. L'esatta perimetrazione della nozione di rilevanza consente di selezionare tra i fatti sopravvenuti quelli in grado di incidere sull'irretrattabilità della cosa giudicata; deve trattarsi di fatti che: a) producono effetti costitutivi, modificativi o estintivi del diritto accertato nella sentenza; b) influiscono sulla motivazione del giudice tale da inficiarne la logicità e la congruenza (nuovi

⁹³ Secondo F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 297, tale udienza consentirebbe di tenere il processo aggiornato alle circostanze fattuali sopravvenute in prossimità della decisione.

⁹⁴ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, p. 250 ss.

⁹⁵ G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 195.

elementi probatori⁹⁶). Infine, opportunamente l'art. 473bis.29 c.p.c. prevede che le richieste di revisione sono assoggettate al rito unitario della famiglia e non ad un procedimento *ad hoc*.

9. Il giudizio d'appello.

La riforma ha modificato il giudizio d'appello in materia di appello, da un lato, rinviando alle norme dell'appello ordinario, dall'altro, introducendo significative differenze in ragione della particolarità delle situazioni giuridiche soggettive sottese al processo di famiglia.

Se infatti l'appello ordinario ha natura di *revisio prioris instantiae* – per cui i «motivi specifici» di appello perimetrano l'oggetto del giudizio di impugnazione – e non di *novum iudicium*, quello in materia di famiglia ha natura bifronte a seconda che il capo di sentenza impugnato afferisca a diritti disponibili o indisponibili. Il rinvio all'appello ordinario segna una cesura netta rispetto all'abrogato art. 4, comma 15, della legge n. 898 del 1970, il quale prevedeva l'applicabilità del rito camerale attraverso il rinvio agli artt. 737 ss. c.p.c.. È stato chiarito dalla giurisprudenza⁹⁷, che a tale rito camerale non si applicassero le norme sul processo ordinario; talché, il giudizio d'appello, sotto il regime normativo oggi abrogato, aveva natura di *novum iudicium* ovvero di gravame puro⁹⁸, teso alla generica censura dell'ingiustizia della sentenza. Era, dunque, possibile richiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova ovvero formulare domande nuove. Nel nuovo rito tale assetto è stato razionalizzato e adeguato alle esigenze di un processo civile che deve soddisfare celermente la domanda di giustizia degli utenti.

L'art. 473bis. 30 c.p.c. rinvia all'art. 342 c.p.c.: gli oneri formali che l'atto d'appello deve soddisfare sono i medesimi previsti per l'appello ordinario, benché il procedimento vada introdotto con ricorso e non con citazione. Alla luce della nuova formulazione dell'art. 342 c.p.c., l'atto di appello in materia di persone, minorenni e famiglia dovrà contenere le indicazioni prescritti dall'art. 163 c.p.c. È evidente il difetto di coordinamento, posto che l'art. 163 c.p.c. non governa la fase introduttiva del processo di famiglia. Pertanto, è ragionevole interpretare il rinvio interno come all'art. 473bis.11 c.p.c. ovvero alla norma che disciplina il ricorso introduttivo del giudizio in materia di famiglia. Inoltre, l'appello deve essere motivato e per ciascuno dei motivi deve indicare, a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico: 1) il capo della decisione di primo grado che viene impugnato; 2) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado; 3) le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Il successivo art. 473bis. 31 c.p.c., in conformità alle regole prescritte per il giudizio di primo grado, sancisce che il Presidente, depositato il ricorso in cancelleria, nei cinque giorni successivi, nomina il relatore, fissa l'udienza di comparizione e trattazione e il termine entro il

⁹⁶ F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 297.

⁹⁷ *Ex plurimis*, Cass., 12 ottobre 2022, n. 29865; Cass., 30 novembre 2020, n. 27234, in *DeJure*.

⁹⁸ Nozione questa che risale a P. CALAMANDREI, *Vizi delle sentenze e mezzi di gravame*, in *Studi di dir. proc.*, I, Padova, 1930, p. 193.

quale l'appellante debba provvedere alla notificazione del ricorso e del decreto all'appellato. Tra la data dell'udienza e quella della notificazione deve intercorrere un termine non inferiore a novanta giorni.

Particolarmente significativa è la previsione del quarto comma dell'art. 473bis. 31 c.p.c., la quale, attribuisce al Presidente «*inediti poteri officiosi e di impulso*⁹⁹», consentendogli di acquisire d'ufficio le relazioni aggiornate dei servizi socioassistenziali e sanitari e di ordinare alle parti di depositare tutta la documentazione reddituale e patrimoniale aggiornata. Anche questa norma si inserisce nel filone che attenua la natura dispositiva del processo di famiglia, avallandone una torsione *lato sensu* inquisitoria, funzionale ad una più corretta attuazione delle leggi sostanziali¹⁰⁰.

L'appellato, ricevuta la notifica del ricorso e del decreto, deve costituirsi entro trenta giorni prima dell'udienza, depositando comparsa di costituzione e risposta nella quale può, a pena di decadenza, proporre appello incidentale. Il secondo comma dell'art. 473bis.32 c.p.c., a differenza dell'appello ordinario, prevede che l'appellante possa depositare una memoria di replica, sino a venti giorni prima dell'udienza, e che l'appellato possa replicare depositando ulteriore memoria difensiva fino a dieci giorni prima dell'udienza. L'obiettivo di questa disposizione, conformemente allo spirito della riforma del diritto processuale di famiglia, è di consentire che si arrivi alla prima udienza dell'appello con il *thema decidendum* e il *thema probandum* già compiutamente perimetrati. Pertanto, non è più ammessa la costituzione tempestiva dell'appellato alla prima udienza.

È, inoltre, espressamente previsto l'intervento del pubblico ministero nel giudizio di appello. L'art. 473bis.33 c.p.c. sancisce che il pubblico ministero interveniente deposita le proprie conclusioni almeno dieci giorni prima dell'udienza. La norma va coordinata con l'art. 70 c.p.c. ovvero con la norma che prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, *sub poena nullitatis*. Talché, non sarà necessario, bensì solo facoltativo, l'intervento del pubblico ministero in un giudizio di appello rispetto ad una sentenza di separazione personale censurata limitatamente ai capi relativi ai rapporti patrimoniali.

Instauratosi il contraddittorio ed esaurite le attività preparatorie, si giunge alla prima udienza tendenzialmente con l'oggetto del giudizio di appello debitamente perimetrato: la logica è sempre quella delle *cards on the table*. La trattazione dell'appello, ai sensi dell'art. 473bis. 34 c.p.c. è collegiale. Tale scelta spiega perché la norma faccia riferimento al giudice relatore e non all'istruttore. All'esito della discussione o dopo l'esaurimento dell'eventuale istruttoria, il collegio trattiene la causa in decisione assegnando, se richiesto dalle parti, termine per note

⁹⁹ V. SPERATI, *L'appello* (artt. 473bis. 30, 473bis. 31, 473bis. 32, 473bis. 33, 473bis.34, 473bis. 35 c.p.c.), in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 838.

¹⁰⁰ V. *supra* § 2.

difensive. La sentenza è pubblicata – ma il termine è ordinatorio – nei sessanta giorni successivi alla rimessione in decisione.

La norma centrale del nuovo giudizio di appello è l'art. 437bis. 35 c.p.c., la quale differenzia il regime delle preclusioni in appello a seconda che il capo censurato riguardi diritti disponibili o meno.

La norma introduce una significativa differenza rispetto all'appello ordinario ovvero la possibilità di formulare in appello domande ed eccezioni nuove, nonché di richiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova con riferimento ai diritti indisponibili.

Senonché, attesa l'estrema genericità dell'espressione, sarebbe stata opportuna una precisazione (se non un'individuazione) dei diritti indisponibili, la cui ambiguità potrebbe essere foriera di problemi applicativi. In particolare, la rigida formulazione dell'art. 437bis. 35 c.p.c. non tiene conto delle particolarità dei diritti relativamente disponibili, non regolamentabili in via negoziale, che vengono in rilievo nel contenzioso familiare. Il divieto dei *nova* rispetto ai diritti economici del coniuge debole sul piano reddituale può essere temperato attraverso la previsione contenuta nell'437bis.2 c.p.c. nella parte in cui autorizza il giudice ad «ordinare l'integrazione della documentazione». La norma schiude la prospettiva per il giudice di appello, nell'ambito delle domande afferenti a diritti economici, di ammettere prove «indispensabili» per la decisione, sulla falsariga dell'art. 437 c.p.c.¹⁰¹. Soluzione quest'ultima senz'altro apprezzabile sul piano dell'economia processuale e della deflazione del contenzioso siccome evita di onerare il coniuge economicamente debole di instaurare un nuovo procedimento di revisione, ex art. 473bis.29 c.p.c., per produrre le nuove prove a suffragio della propria pretesa.

10. La fase di attuazione dei provvedimenti condannatori: il pagamento diretto del terzo

Il principio della tutela giurisdizionale differenziata in ragione delle peculiarità delle situazioni giuridiche soggettive tutelate informa anche la nuova disciplina dell'attuazione dei provvedimenti in materia di famiglia. Vale la pena notare che la sezione III è intitolata «dell'attuazione dei provvedimenti»; l'utilizzo del termine attuazione, in guisa dell'art. 669 *duodecies* in materia cautelare, non è casuale: il legislatore ha voluto sottolineare la distanza della fase attuativa dei provvedimenti in materia di famiglia rispetto all'espropriazione forzata¹⁰². La particolare delicatezza della fase attuativa ha imposto un riordino della materia, nonché l'introduzione di disposizioni *ad hoc* per assicurare «tutto quello e proprio quello» che il provvedimento del giudice ha accertato e riconosciuto.

¹⁰¹ Così F. CECCHHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 299.

¹⁰² Parla di «processo esecutivo speciale» A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 158; F. CECCHHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 300.

Merita di essere menzionato il nuovo art. 473bis. 37 c.p.c., il quale ha armonizzato le tutele già esistenti tese a garantire al percettore di un contributo economico, per sé o per la prole, con carattere di periodicità, il pagamento da parte del *debitor debitoris*. Già l'art. 156 c.c. conosceva la figura dell'ordine di pagamento (giudiziale) nei confronti del terzo. Il nuovo art. 473bis. 37 c.p.c. è una generalizzazione dell'art. 8 della l. n. 898 del 1970, il quale prevedeva, limitatamente all'assegno divorzile, il pagamento diretto del terzo. Dal punto di vista procedimentale, il creditore cui spetta la corresponsione di un assegno a carattere periodico, dopo la costituzione in mora del debitore inadempiente per un periodo di almeno trenta giorni, può notificare il provvedimento di condanna ovvero l'accordo di negoziazione assistita (che, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 162 del 2014, produce i medesimi effetti del provvedimento condannatorio) ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al soggetto obbligato, con la richiesta di versagli direttamente le somme dovute, previa comunicazione al debitore inadempiente. L'intera procedura è stragiudiziale, benché ricordi la sequenza procedimentale prodromica all'azione esecutiva¹⁰³.

Il terzo, ricevuto il provvedimento, è tenuto al pagamento dell'assegno dal mese successivo a quello in cui è stata effettuata la notificazione. L'effetto è quello di un acollo cumulativo *ex lege*¹⁰⁴, in forza del quale il *debitor debitoris* assume il debito senza effetto novativo ovvero senza liberazione del debitore originario fintanto che non adempia¹⁰⁵. Talché, il provvedimento non assolve alla medesima funzione del titolo esecutivo, bensì consente di evitare che il costo dell'inadempimento dell'obbligato principale resti definitivamente a carico del creditore. Ciò conferma l'assoluta estraneità dell'istituto rispetto al pignoramento presso terzi. Inoltre, nel caso in cui il terzo decida di non adempiere spontaneamente, il creditore ha azione esecutiva diretta e, dunque, non secondo le forme di cui agli artt. 543 ss. c.p.c., nei confronti del terzo. Peraltro, qualora il credito dell'obbligato risulti già pignorato al momento della notificazione del provvedimento o dell'accordo di negoziazione assistiti, le controversie distributive sono decise dal giudice dell'esecuzione, il quale «*tiene conto anche della natura e delle finalità dell'assegno*».

La norma introduce un potere di graduazione dell'ordine di soddisfazione dei creditori concorrenti. Il giudice dell'esecuzione potrebbe accordare preferenza al credito di mantenimento piuttosto che ad altro creditore chirografario anteriore. Non è chiaro se la norma consenta al giudice dell'esecuzione di derogare alle cause legittime di prelazione e

¹⁰³ Per le prime applicazioni, v. Trib. Bologna, 12 luglio 2023; nonché Trib. Foggia, 19 settembre 2023, che ne ha confermato la natura stragiudiziale.

¹⁰⁴ Tale qualificazione è in linea con la costruzione dogmatica dell'istituto proposta da P. RESCIGNO, *Studi sull'acollo*, Milano 1958, p. 251 secondo cui l'esistenza di «*collegamenti tra rapporti economici distinti*» è tratto distintivo dell'acollo cumulativo *ex lege*.

¹⁰⁵ F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 303.

all'ordine dei privilegi¹⁰⁶. Se si legge la disposizione dell'art. 473bis.37, comma 3, c.p.c. nel prisma del superiore interesse del minore, non è da escludersi che l'esperienza giurisprudenziale possa giungere a ritenere prevalente il credito per il mantenimento del minore rispetto ai crediti assistiti da causa legittima di prelazione o da privilegio.

Per converso, qualora il credito non sia già stato pignorato da altro creditore, l'avente diritto al contributo gode di una sorta di «prelazione processuale *ex lege*¹⁰⁷»: la notifica dell'atto stragiudiziale al terzo di data certa anteriore al pignoramento impedisce che dell'assegnazione del credito possano giovare i creditori concorrenti, atteso che l'art. 473bis.37 c.p.c. non ammette alcuna forma di intervento nella procedura stragiudiziale.

Il successivo art. 473bis. 38 c.p.c. prevede per l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento del minore e per la soluzione delle controversie in ordine alla responsabilità genitoriale la competenza del giudice del procedimento in corso oppure, se non pende alcun procedimento, che sia competente il giudice che ha emesso il provvedimento. Parimenti, secondo la più recente lettura giurisprudenziale, qualora il ricorso abbia ad oggetto esclusivamente l'individuazione di strumenti idonei ad attuare il provvedimento sull'affidamento è comunque competente, in composizione monocratica, lo stesso giudice che lo ha emesso, così che il giudice della cognizione mantenga uno stretto controllo sulla fase attuativa, secondo una prospettiva affine a quella prevista per il procedimento cautelare uniforme dall'art. 669-duodecies c.p.c.¹⁰⁸.

11. Considerazioni conclusive

Benché sia stato foggato un nuovo rito speciale costruito sul calco del processo ordinario di cognizione, l'obiettivo di accrescere la certezza del diritto in ordine alle forme processuali può considerarsi raggiunto. Lo smantellamento dei riti camerali e l'unificazione dell'intero diritto processuale di famiglia in un *corpus* unitario, differenziato a seconda della particolarità della situazione giuridica sostanziale azionata, è operazione apprezzabile in linea con le direttive della tutela giurisdizionale differenziata.

Inoltre, ha indubbio pregio la scelta, che abbiamo definito "pupillocentrica", di fare del minore il centro tolemaico del nuovo rito unificato, sia per quanto concerne la competenza sia per il governo del contraddittorio. Resta da capire se sia sufficiente al conseguimento di finalità deflative la possibilità di cumulare nel medesimo procedimento le domande di separazione e di divorzio. Peraltro, la Corte di cassazione, adita con rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.¹⁰⁹, ha acconsentito alla cumulabilità nel medesimo procedimento della domanda di

¹⁰⁶ Lo esclude F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 304.

¹⁰⁷ Così F. CECHELLA, *Il processo civile dopo la riforma*, cit., p. 304.

¹⁰⁸ Cfr. Trib. Minorenni Emilia-Romagna, 26 ottobre 2023.

¹⁰⁹ Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, in Fam. dir., 1, 2024, p. 13 ss con nota adesiva di DANOVI, *La Cassazione conferma l'ammissibilità del cumulo di separazione e divorzio su domanda congiunta*; in NGCC, 1, 2024, p. 213 ss., con nota perplessa

separazione con quella di divorzio consensuale, benché l'art. 47-bis. 49 ammetta il cumulo con riferimento al solo giudizio contenzioso. La tesi contraria osservava, dal punto di vista sistematico, che il cumulo è incompatibile con la natura di procedimento di volontaria giurisdizione che si attribuisce alla separazione con domanda congiunta, dal momento che la volontaria giurisdizione non ammette pronuncia di sentenza non definitiva sullo *status coniugalis*. Per converso, la tesi favorevole all'estensione del processo cumulativo anche ai procedimenti introdotti con domanda di separazione consensuale ha obiettato che la compatibilità strutturale del cumulo con un determinato procedimento deve essere vista in concreto e non certo sulla base della qualificazione astratta della natura di tale procedimento; inoltre, anche il procedimento a domanda congiunta è ormai interamente definito con sentenza (art. 473-bis. 5, comma 4, c.p.c.), con la conseguente possibilità di applicare l'art. 279 c.p.c., pronunciando sentenza non definitiva o anche definitiva su una delle domande congiunte di separazione e divorzio¹¹⁰. Peraltro, il nuovo art. 473-bis 49 c.p.c., nella parte in cui favorisce il *simultaneus processus* attraverso il cumulo condizionato *ex lege*, esprime un principio generale favorevole al risparmio di risorse processuali e all'armonia degli accertamenti, anche in assenza di connessione oggettiva, come nelle ipotesi previste dagli artt. 10, comma 2, e 104 c.p.c. In termini più generali, la soluzione adottata dalla Cassazione in sede di nomofilachia preventiva si lascia apprezzare dal momento che il cumulo consente di anticipare gli effetti della domanda di divorzio al momento del deposito di quella di separazione, evitando dunque la sospensione del giudizio italiano di separazione in ragione della pendenza di un giudizio di divorzio all'estero¹¹¹.

Peraltro, l'idea che il cumulo favorisca il *simultaneus processus* e, conseguentemente, un risparmio di risorse processuali implica anche che possa riconoscersi alle parti che nel corso del procedimento contenzioso si determinino alla conciliazione, spontaneamente o su impulso del giudice, di ampliare l'ambito dell'accordo oltre i limiti delle originarie domande e quindi anche alle questioni inerenti allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio¹¹².

di QUADRI, *Riflessioni sul dibattito relativo alla soluzione offerta dalla Cassazione circa il cumulo di domande congiunte di separazione personale e divorzio*, il quale paventa il rischio che l'ammissibilità del cumulo incentivi condotte opportunistiche a danno del coniuge economicamente debole; con nota critica di CECHELLA, *Sul cumulo della domanda condivisa di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Giur. it.*, 3, 2024, p. 577 ss., il quale evidenzia il rischio di una sostanziale disapplicazione dell'art. 160 cod. civ., nella parte in cui sanziona con la nullità i patti riguardanti gli effetti personali e patrimoniali del divorzio presi anticipatamente in sede di separazione.

¹¹⁰ Per una sintesi del dibattito, G. ALEMANNI, *Rinvio pregiudiziale ex art 363 -bis c.p.c. sul cumulo consensuale delle domande di separazione e divorzio*, in www.judicium.it, 23 settembre 2023, p. 1 ss.

¹¹¹ V. *supra* § 7.

¹¹² Cfr. in tal senso Trib. Verona, 3 aprile 2024.

In ogni caso, nonostante l'apprezzabile intervento nomofilattico, sarebbe forse stato meglio abrogare il giudizio di separazione e concentrare in un'unica domanda la richiesta di risoluzione della crisi familiare, come in Francia o nei paesi dell'est Europa¹¹³.

Desta, invece, qualche perplessità il differimento al 17 ottobre 2024 dell'entrata in vigore delle norme sul Tribunale delle persone, dei minori e delle famiglie. Invero, nella vigenza del regime transitorio, l'art. 38 disp. att. c.c., la cui abrogazione era salutata con favore dai pratici, desta ancora ad oggi qualche perplessità. L'intervento legislativo, veicolato dalla legge n. 206 del 2021, si pone in linea di continuità con quell'orientamento giurisprudenziale per cui qualunque procedimento introdotto dinanzi al Tribunale ordinario attrae la causa *de potestate* instaurata dinanzi al Tribunale per i minorenni, a prescindere dalla prevenzione.

Il legislatore ha dunque scelto di sacrificare *medio tempore* il principio della *perpetuatio iurisdictionis* in favore dell'armonia tra giudicati. Tale soluzione presta il fianco a due ordini di critiche: da un lato, incentiva fenomeni di *forum shopping*, potendo una parte proporre una domanda dinanzi al Tribunale ordinario al solo scopo di esautorare la competenza del Tribunale per i minorenni; dall'altro, svuota di significato la differenziazione di competenza tra Tribunale per i minorenni e Tribunale ordinario, la quale pare oggi il retaggio di un regime normativo superato.

Se la novella dell'art. 38 disp. att. c.c. intende garantire il coordinamento tra le decisioni e l'armonia tra giudicati, può osservarsi che il mezzo non è proporzionato rispetto allo scopo siccome sarebbe stata sufficiente, nonché più opportuna, l'immediata entrata in vigore del Tribunale unico, oppure differire l'entrata in vigore della riforma del diritto processuale di famiglia per dar modo agli operatori di metabolizzarla.

Guidomaria De Cesare
Dottorando

¹¹³ A. SPADAFORA, *La crisi familiare nel limbo della separazione: essere o non essere?*, in *Dir. Fam. pers.*, 2, 2021, p. 180, secondo cui «È di ogni evidenza come, nel torno degli ultimi anni, l'istituto della separazione sia andato incontro, anche nell'ambito della nostra realtà ordinamentale, ad un processo di rivisitazione ex lege che ha finito per eroderne, in modo significativo, la rilevanza, anche sotto l'aspetto della funzione ad esso tradizionalmente demandata»; sul tema v. anche F. CIPRIANI, *Abrogazione della separazione coniugale?*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1997, p. 1103 ss.



GIULIO NICOLA NARDO

La composizione della crisi di impresa tra autonomia negoziale e poteri decisorii del giudice

Il tema della presente indagine tenta di fornire un contributo alla annosa e delicata questione del rapporto tra autonomia negoziale e poteri decisorii del giudice, evidenziando come se ai fini della composizione della crisi di impresa la tendenza del legislatore nazionale e sovranazionale va sempre più orientandosi verso una degiurisdizionalizzazione, non di meno non può sostenersi che il ruolo del giudice sia secondario per la utile gestione della crisi di impresa, la quale può trovare soluzione solo se accedendo al beneficio di qualche procedura concorsuale consente di raggiungere il duplice traguardo della tutela del ceto creditorio e, al contempo, la soluzione della crisi di impresa insieme alla ragionevole e possibile tutela dei livelli occupazionali, così evidenziando la doppia anima di quelle procedure che hanno questa finalità.

The investigation attempts to provide a contribution to the age-old and delicate question of the relationship between negotiating autonomy and the judge's decision-making powers, highlighting how if, for the purposes of settling the business crisis, the tendency of the national and supranational legislator is increasingly moving towards a dejurisdictionalization, nevertheless it cannot be argued that the role of the judge is secondary for the useful management of the business crisis, which can only find a solution if by accessing the benefit of some insolvency procedure it allows the dual goal of protection of the creditor class and at the same time the solution to the business crisis together with the reasonable and possible protection of employment levels, thus highlighting the double soul of those procedures that have this purpose

Sommario: 1. – Introduzione. 2.- Autonomia negoziale e potere del giudice tra processo e negozio. 3. – *Segue*: nel concordato preventivo in continuità. 4. – *Segue*: nella composizione negoziata della crisi di impresa. 5. - Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La riforma delle procedure concorsuali con l'introduzione del c.d. codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ha accresciuto ancora di più l'interesse ad approfondire il delicato rapporto tra l'autonomia negoziale dell'imprenditore che accede al beneficio delle procedure di soluzione della crisi di impresa¹ e il potere-dovere di intervento del giudice non solo ai fini del

¹ Nella ristrutturazione della crisi di impresa, l'autonomia negoziale si riferisce alla capacità delle parti coinvolte (ad esempio, il debitore e i creditori) di negoziare accordi per risolvere la situazione finanziaria problematica dell'impresa. Questi accordi possono includere piani di ristrutturazione del debito, riduzioni dei tassi di interesse, estensioni dei termini di pagamento o altri meccanismi per ridurre il carico finanziario dell'impresa e consentirle di tornare alla solidità finanziaria. Tuttavia, l'autonomia negoziale delle parti può essere limitata dalle leggi e dai regolamenti che disciplinano la ristrutturazione delle

controllo di regolarità (*id est*: legalità) della procedura cui l'imprenditore chiede di poter accedere, ma anche dell'accordo negoziale che interviene tra l'imprenditore debitore ed i suoi creditori.

Scopo del presente lavoro è quello di tentare di fornire un contributo per individuare il perimetro entro il quale autonomia negoziale e potere decisorio del giudice - aspetto del più ampio e complesso rapporto tra negozio² e processo³ - si articolano, senza alcuna commistione di ruoli e finalità ma, evidentemente, accomunate, laddove sussistono le condizioni ed i presupposti di legge, per favorire il virtuoso percorso dell'utile gestione della crisi di impresa che, nel salvaguardare quest'ultima e allo stesso tempo i lavoratori occupati, non di meno fornisca una soddisfacente e realistica prospettiva di soddisfazione dei crediti.

crisi d'impresa. In molti paesi, ci sono procedure legali specifiche per la ristrutturazione delle imprese in difficoltà, come ad esempio la procedura di concordato preventivo in Italia o il *Chapter 11* negli Stati Uniti. Queste procedure possono prevedere l'intervento di un giudice che supervisiona il processo e può avere il potere di approvare o respingere gli accordi raggiunti dalle parti. Il potere del giudice nella ristrutturazione della crisi di impresa dipende dalle leggi e dalle normative del paese in questione. Sul tema, per ora come prime indicazioni, V. ZANICHELLI, *Il giudice nella ristrutturazione*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 1 ss.; ; L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Dirittodellacrisi.it*, 4 febbraio 2022, p. 8 ss. È evidente che nella composizione negoziata della crisi non dovrebbe configurarsi un problema d'intervento del giudice in un procedimento che: a) non è una procedura concorsuale; b) può concludersi, ai sensi dell'art. 11 del d.l. 118, con vari esiti, alcuni dei quali corrispondono all'apertura di una procedura concorsuale, che può anche essere il fallimento, ora la liquidazione giudiziale (art. 11, co. 3, lett. c). In alcuni sistemi legali, il giudice ha un ruolo attivo nel facilitare i negoziati tra le parti e nel garantire che gli interessi di tutte le parti interessate siano adeguatamente rappresentati. In altri casi, il giudice può avere un ruolo più limitato, intervenendo solo per approvare o respingere gli accordi proposti dalle parti. In generale, l'obiettivo del coinvolgimento del giudice nella ristrutturazione della crisi di impresa è quello di garantire un equilibrio tra gli interessi dei creditori e del debitore e di facilitare il raggiungimento di soluzioni che consentano all'impresa di continuare le proprie attività in modo.

² Nota è la definizione di negozio giuridico quale dichiarazione di volontà con la quale vengono enunciati gli effetti perseguiti ed alla quale l'ordinamento giuridico ricollega effetti giuridici conformi al risultato voluto. L'analisi di tale istituto non può prescindere dalla lettura dell'opera di E. BETTI *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., Napoli, 1969; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ed. Napoli, 1989; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Milano, 2002; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 2004; L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 2001. L'ampia letteratura sul tema riporta inevitabilmente ai lavori di F. GALGANO, *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in AA. VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali- il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 75. 2 Così E. ROPPO, *Negozio giuridico, stato, società civile. Sui rapporti tra teoria del negozio e teoria dell'atto amministrativo* in *"Categorie giuridiche e rapporti sociali - il problema del negozio giuridico"*, AA. VV., a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 212 3 Cfr. V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998; anche *Enciclopedia del diritto*, sub voce: *Negozio Giuridico (Teoria del)*, Roma, 1988 e G.B. FERRI, *Digesto delle discipline privatistiche*, voce: *Negozio giuridico*, Torino, 1995. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, vol.1, 1990, p. 15 ss; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2008.

³Fornire un'indicazione della letteratura, anche solo di massima, sullo studio del processo, rimane un compito eccessivamente oneroso e per tale motivo si evita di appesantire la presente nota. In ogni caso, si segnala F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941; ID, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. Carnelutti, NAPOLI, 1958; G. CHIOVENDA, *Principii del processo civile italiano*, Napoli, 1923; P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, 1957; G. MONTELEONE, *Scritti sul processo civile*, Roma, 2012, pp 1 ss ; per una lettura "diversa " si segnala il saggio dal quale emerge il travaglio di G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, Soveria Mannelli (CZ) 2021.

Per vero, la questione è se in tale direzione trattandosi di tutela di diritti (di credito) disponibili, l'autonomia negoziale vada preferita rispetto alla portata dell'intervento decisorio del giudice o se, viceversa, la tutela del credito, percorrendo la via giurisdizionale che ha natura pubblica, impone di non relegare ad un ruolo secondario il giudice delegato alla procedura e, più in generale, il tribunale.

E' noto che la nuova prospettiva della gestione della crisi d'impresa derivante già dalle riforme del diritto concorsuale iniziate nel 2005 e completate con il cd. decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169, è fortemente privatistica o negoziale, essendo stati rideterminati ruoli e funzioni degli organi fallimentari, con il notevole ampliamento dei poteri anche gestori del curatore e quelli autorizzatori del comitato dei creditori e, correlativamente, la riduzione dei poteri del giudice delegato e del tribunale:⁴ in effetti, l'impostazione ideologica di fondo della stagione delle riforme è consistita, da un lato, nell'avere additato la giurisdizione in sé come fattore anticompetitivo e come uno dei principali motivi di rallentamento della procedura concorsuale e dei tentativi di ripresa e rilancio produttivo e finanziario delle imprese;⁵ dall'altro, nella valorizzazione (spesso portata alle estreme conseguenze) dell'autonomia negoziale (a volte sostanzialmente coincidente con la volontà della maggioranza dei crediti e neppure dei creditori) e degli accordi tra privati, cioè nel contratto quale strumento privilegiato di regolazione delle relazioni commerciali della crisi d'impresa. Ciò in quanto si riteneva che gli attori della crisi (debitore e soprattutto i creditori) sono i migliori arbitri e tutori dei loro interessi e della *par condicio*, mentre non possono attribuirsi a un'autorità pubblica poteri inquisitori sul regolare andamento delle imprese.⁶

Ai fini di una corretta impostazione del tema di indagine, occorre distinguere se l'obiettivo della ristrutturazione sia il debito oppure l'impresa: in questo secondo caso, la compressione dei diritti dei creditori è una soluzione subottimale; ma poiché le operazioni sottostanti sono complesse e sono coinvolte tante categorie di soggetti, è necessaria la cooperazione fra tutti gli interessati, che non sono solo i creditori (lavoratori, acquirenti, finanziatori, fornitori, erario, Inps, etc.). E' lo stesso concetto di collaborazione-cooperazione che, sotto il presidio

⁴ Sul punto, si rinvia a G. MINUTOLI, *Art. 25 l.f.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2006, p. 199-201, con ampi riferimenti dottrinali.

⁵ Opinione, questa, di grande impatto emotivo e certamente di difficile confutazione, ove si considerino le comuni lungaggini delle procedure concorsuali (con il conseguente contenzioso ex legge Pinto sulla ragionevole durata dei processi) e le inefficienze delle stesse sotto il profilo dei costi e delle percentuali di recupero dei crediti (si veda v., tra i tanti studi, D. MASCIANDARO - F. RIOLO (a cura di), *Crisi d'impresa e risanamento – Ruolo delle banche e prospettive di riforma*, Milano, 1997), ma che dimentica – senza voler rimpiangere un passato ormai alle spalle – come negli ultimi anni si erano diffuse prassi virtuose (sia nella fase prefallimentare che in sede gestionale e della liquidazione dell'attivo), le quali hanno dimostrato come la presenza attiva e responsabile del giudice delegato sia tutt'altro che di ostacolo alla ragionevole durata del processo fallimentare, potendo egli costituire fattore di stimolo e di controllo rispetto ai curatori, oltretutto strumento imprescindibile di garanzia.

⁶ S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 42; A. JORIO, *Le crisi d'impresa - Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Judica e Zatti, Milano, 2000, p.244; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 54.

delle clausole di buona fede e correttezza, deve sorreggere le trattative funzionali a qualsiasi strumento di regolazione della crisi, atteso che l'unico limite normativo è l'assenza di pregiudizio rispetto alla Liquidazione giudiziale. Dunque i creditori nel loro insieme sono una categoria fittizia e superata (la famosa comunità della perdita) ed occorre distinguere tra le varie categorie quelle meritevoli di considerazione *ex lege*.

È esperienza ormai acquisita e diffusa anche in altri ordinamenti, quella secondo la quale, in relazione al momento attuativo dei diritti, la via della tutela giurisdizionale non sempre ha in sé la capacità di assicurare la piena realizzazione degli interessi protetti, impedita o messa in pericolo da condotte antigiuridiche. La questione ha certamente a che vedere con le ormai conclamate e quasi endemiche inefficienze del nostro apparato giurisdizionale, ma un'analisi del fenomeno non può esaurirsi nella considerazione di esse e tanto meno può trovare, sul piano della ricostruzione teorica e della individuazione di strumenti alternativi, risposte che siano dettate dalla limitata esigenza di porre rimedio a distorsioni patologiche causate da più o meno durevoli contingenze (che possono perfino determinare contesti emergenziali rispetto ai quali ogni soluzione rischia di essere costruita sull'eccezionalità), laddove, per contro, si appalesa sempre più viva la necessità di inquadrare ed approfondire i fattori storici, sociali e culturali che segnano il nostro tempo al fine di rinvenire soluzioni di carattere generale e adeguate all'interno del sistema, alla luce della complessità di esso.

Come noto il sistema della responsabilità patrimoniale non coincide necessariamente con l'azione esecutiva - o, più in generale, con quella concorsuale - e all'inadempimento non si può porre rimedio esclusivamente con l'esecuzione forzata (singola o concorsuale) giurisdizionale, esistendo altre forme di soddisfazione del credito che nascono proprio dall'autonomia negoziale e nello specifico dal volontario e negoziato adempimento dell'obbligazione pecuniaria e, ancora di più, quando questa si inserisce nell'opportunità di accedere a strumenti di composizione e della crisi di impresa del debitore imprenditore.

Secondo un comune pensiero la statualità dell'esecuzione forzata è tutta di carattere normativo e il diritto dello Stato può avocare a sé e ai propri organi esecutivi tale prerogativa, come può lasciarla, in misura più o meno stringente, al potere privato, permettendo all'autonomia l'attribuzione al creditore di un potere unilaterale di modificare la realtà giuridica, sì da attingere unilateralmente utilità nel patrimonio del debitore in funzione soddisfattiva.

Occorre pertanto prendere coscienza di una scissione logica tra l'astratta attingibilità dell'utilità, a prescindere dalla condotta del debitore, e le modalità concrete con cui essa avviene nonché di delineare forme obbligatorie la cui attuazione forzata non sia necessariamente affidata all'intermediazione del processo statale, con la conseguenza che i poteri di apprensione diretta in capo al creditore contribuiscono precisamente a connotare, nel senso di una più intensa appartenenza, alcune categorie di obbligazione.

In tale contesto si inserisce il mai sopito problema del rapporto tra diritto e giustizia, la quale ultima non è una specifica regola morale ma il precetto supremo dell'etica della convivenza umana, e cioè il perseguimento della migliore soluzione dei conflitti di interesse.⁷

Il codice della crisi attraverso la previsione di alcune procedure - quali la composizione negoziata della crisi, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo in continuità aziendale - prevede il meccanismo per la sistemazione, da un lato, dei rapporti obbligatori che sorgono dai rapporti commerciali tra imprenditori (i c.d. "rapporti pendenti") e, dall'altro, per assicurare che il percorso virtuoso prescelto, dato dalla procedura concorsuale cui si accede - è garantito dalla mediazione giurisdizionale del giudice, dalla fase della apertura e fino alla sua conclusione, per la soluzione della crisi della impresa.

Per definire meglio il perimetro di azione della autonomia negoziale occorre dunque valutare quale sia appunto

- i) la portata della autonomia negoziale che il legislatore riconosce all'imprenditore nella predisposizione della proposta di soddisfazione dei crediti che questi, al netto delle procedure prescelte, rivolge ai propri creditori.
- ii) il rapporto tra la suddetta autonomia e il rispetto delle norme che riguardano, per esempio, l'ordine dei privilegi previsto dal codice e dalle leggi speciali.
- iii) il criterio di formazione delle classi dei creditori e dunque la oscillazione tra possibile preferenza di trattamento dei crediti (ossia la autonomia negoziale) e legittima collocazione dei creditori per omogeneità economica e giuridica (rispetto della legge e potere di intervento del giudice).
- iv) l'intervento integrativo e sostitutivo del giudice sul contenuto della proposta del debitore in funzione di garanzia dell'esatta osservanza delle norme e, più in generale, degli scopi propri del processo sia nella fase di ammissione alla procedura richiesta sia in fase di omologazione.

Le diverse interpretazioni fornite anche dalla giurisprudenza, alcune condivisibili, altre meno, impongono un'analisi sistematica oltre che una ricostruzione dei vari istituti.

Il tema della tutela giurisdizionale dei diritti, anche fuori dal processo ha ciclicamente costituito oggetto di approfondimento da parte della dottrina, la quale tende a ricondurre i problemi a due ambiti concettualmente segnati, a loro volta, dal ricorso a due categorie note allo strumentario del civilista: quella della autotutela privata - che anche attraverso la composizione negoziata della crisi di impresa trova piena attuazione - e quella della effettività della tutela che, per vero, dovrebbe essere maggiormente garantita dalla c.d. mediazione giurisdizionale, ossia dalla presenza del giudice.

⁷ Sul concetto di giustizia, v. C. PERELMAN, *La giustizia*, (trad.it.) Torino, 1959; R. ZIPPELIUS, *Einführung in das Recht*, München, 1974, 32; E. OPOCHER, *Analisi dell'idea di giustizia*, Milano, 1977.

Si tratta di due concetti dai connotati non ancora ben definiti, che hanno suscitato e continuano a suscitare un vivace dibattito, talora perfino sulla stessa perdurante utilità di essi, anche alla luce della obiettiva difficoltà di ricondurre a unità le molte questioni che essi evocano.

La disciplina delle procedure concorsuali di carattere strettamente liquidatorio assegna al giudice quella che potrebbe definirsi giurisdizione esecutiva, che assicura la effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, mentre quando si tratta di strumenti giuridici volti al superamento della crisi d'impresa mediante la sua ristrutturazione, il ruolo del giudice subisce un significativo mutamento, che per certi aspetti può leggersi quale demansionamento delle sue funzioni e del suo ruolo in pendenza delle procedure concorsuali *latu sensu*, per altri aspetti modifica del perimetro di intervento orientata verso una funzione comunque diversa rispetto a quella della precedente legge fallimentare.

In tale direzione è evidente come il codice della crisi abbia ancora di più rimarcato questa scelta anche se non può certo sostenersi che con esso si sia compiuta quella degiurisdizionalizzazione delle procedure concorsuali per alcuni aspetti condivisibile e quasi inevitabile, per altri non meno rilevanti, molto meno, posto che il giudice anche con la nuova normativa rimane un organo che per diversi aspetti è dirimente per il buon esito della procedura.

Si tratta evidentemente di un piano sul quale l'idea di effettività e quella di efficienza della tutela dei diritti vengono a sovrapporsi nella prospettiva di consentire, attraverso la piena attuazione degli interessi protetti, proprio il migliore e più consono sfruttamento delle utilità, in linea con aspettative, bisogni e finalità tanto del soggetto titolare del diritto di credito, ossia del creditore, quanto del mercato nel suo complesso, e ciò nell'ottica dell'imprenditore.

È in questo contesto che il principio di effettività delle tutele, inteso, però, non più come diritto al processo ma come fattore costitutivo della coesistenzialità tra responsabilità e credito e della equivalenza funzionale tra esecuzione forzata e spontaneo adempimento, costituisce l'ineludibile sostrato della necessaria indagine in ordine alla disponibilità della disciplina della responsabilità patrimoniale, vuoi con riferimento alla misura di essa, vuoi con riferimento alle modalità di soddisfacimento dell'interesse, entrambi profili rispetto ai quali la tradizione tende a escludere che sia consentito all'autonomia derogare allo statuto normativo della responsabilità patrimoniale.

Per vero, l'evoluzione del sistema normativo contenuto nel codice della crisi schiude la strada a soluzioni che non si limitano asetticamente a regolamentare la tutela giurisdizionale del credito, o meglio del diritto di credito, ma volgono lo sguardo, ovvero l'interesse verso soluzioni che favoriscono il raggiungimento di un comune orizzonte per il ceto creditorio e l'imprenditore: questo è dato dalla più utile gestione della crisi di impresa che, da un lato, garantisca la responsabilità patrimoniale del debitore e, dall'altro, assicuri ai creditori la migliore forma di soddisfazione del credito stesso attraverso l'accesso alla procedura più

conforme.

Ciò perché ormai è dato acquisito che il traguardo cui tendono il ceto creditorio e l'imprenditore non è affatto contrapposto ed in conflitto, laddove proprio attraverso le nuove misure introdotte dal codice si favorisce il raggiungimento di tale meta con piena soddisfazione degli (apparenti) contrapposti interessi.

Si tratta, infatti, di procedure o strumenti nei quali è dominante l'elemento negoziale ed il giudice cessa di esserne il motore per svolgere soprattutto una funzione di garante del rispetto dei limiti entro i quali legittimamente si esplica l'autonomia negoziale delle parti interessate. Nondimeno, anche in questo caso l'intervento del giudice si rivela quasi sempre d'importanza decisiva, nei principali momenti di emersione ed evidenziando come, se è vero che la ristrutturazione delle imprese in crisi è in teoria ipotizzabile anche senza l'intervento del giudice, senza quell'intervento essa il più delle volte non sarebbe realizzabile.

In tale contesto le diverse procedure si collocano su un piano sul quale l'idea di effettività e quella di efficienza della tutela dei diritti vengono a sovrapporsi nella prospettiva di consentire, attraverso la piena attuazione degli interessi protetti, proprio il migliore e più consono sfruttamento delle utilità, in linea con aspettative, bisogni e finalità tanto dell'imprenditore quanto del mercato nel suo complesso.

In ciò si trovano le ragioni profonde del dibattito intorno al ruolo del giudice e al funzionamento dei sistemi di tutela giurisdizionale nell'ambito delle riflessioni sulla competitività dei sistemi economici e sul miglioramento dei contesti nei quali si svolgono le attività economiche.

Come accennato, la procedura di composizione della crisi di impresa coniuga in sé, racchiudendoli, i due - apparentemente opposti - diritti: quello dell'imprenditore alla salvaguardia della propria impresa e quello del creditore della tutela del proprio credito.

L'orizzonte che però accomuna i due diritti è dato proprio dalla adeguata scelta della procedura più idonea a favorire il raggiungimento del suddetto (comune) traguardo che non evidenzia alcun ostacolo al raggiungimento degli obiettivi, sì diversi, ma che sostanzialmente percorrono il medesimo binario: ossia la migliore composizione della crisi in uno alla effettiva tutela dei diritti.

In tale ultimo verso la seppur favorita autonomia negoziale che trova la massima espressione nella parte "propositiva" deve fare il paio con l'intervento decisorio del giudice che pur non sostituendosi alla volontà concordata delle parti (debitore e creditore) in un certo senso la sorveglia e la indirizza verso la giusta direzione: quella del rispetto delle regole, mai dimenticando che qualsiasi procedura negoziale nel momento in cui accede ed avvia una procedura concorsuale assume natura pubblicistica e si apre un processo,⁸ in presenza di un

⁸ Per uno studio recente e sistematico dei rapporti tra procedimento e processo, richiamando l'illustre Maestro, Elio Fazzalari, si segnala l'opera a cura di M. ABBAMONTE, R. MARTINO, A. PANZAROLA, *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di*

giudice e nel rispetto delle norme processuali che sono poi quelle che regolamentano l'iter di certificazione della regolarità giuridica ed economica della procedura stessa favorendo il perseguimento dello scopo.

La questione dunque è quella di delineare con ragionevole condivisione di argomenti quale sia il perimetro entro il quale la seppur riconosciuta autonomia negoziale del debitore che accede alla diverse procedure di ristrutturazione della crisi di impresa abbia titolo per operare principalmente nella determinazione della domanda propositiva, ossia nell'elaborazione della proposta che egli rivolge al ceto creditorio, che ha una doppia anima, quella di negoziazione del debito e, non di meno, di gestione della crisi di impresa con l'evidente riflesso del mantenimento dei livelli occupazionali soprattutto in particolari procedure quale quella del concordato preventivo in continuità aziendale.

Il tema dell'autonomia negoziale e dei suoi limiti è di indubbia complessità ed involge una serie di profili, ma è di tutta evidenza come una sua più ragionata considerazione deve essere messa in conto per poter adeguatamente comprendere i nuovi meccanismi offerti all'imprenditore in crisi ed ai suoi creditori per superare una situazione, transitoria o irreversibile, di illiquidità.

E', insomma, necessario cercare di approfondire entro i confini della presente indagine in che limiti l'autonomia negoziale dei protagonisti della crisi d'impresa può esplicarsi e quali strumenti, civilistici e non, di controllo e di reazione giudiziaria possono attivarsi per la tutela di eventuali interessi pretermessi o pregiudicati.

L'apertura del legislatore verso forme di autonomia negoziale (*id est*: composizione negoziata) nella gestione della crisi di impresa non deve e non può ingannare, posto che anche il codice della crisi nell'assegnare certo un ruolo quasi dirimente all'imprenditore soprattutto nella prima fase della procedura cui chiede di accedere, non deve far dimenticare che, viceversa, la tendenza alla decontrattualizzazione della composizione della crisi trova conferma in alcune fasi della procedura che assegnano al giudice un ruolo affatto secondario, anzi per certi versi prevalente.⁹

interessi e risoluzione di conflitti, Casamassima (BA), 2022. Di seguito si riportano le note dei Curatori "A partire dalla metà del novecento, Elio Fazzalari ha compiuto significativi studi volti al superamento dello schema del "rapporto giuridico processuale" in cui in precedenza era stato organizzato il fenomeno giurisdizionale, giungendo ad enucleare una nozione pregnante di "processo". Il Maestro, pur inquadrando quest'ultimo fenomeno nello schema del procedimento, ne individua la peculiare caratteristica nel contraddittorio e lo configura come una struttura applicabile al di là del campo in cui storicamente si è originato (i.e., l'attività giurisdizionale). Secondo questa celebre dottrina, il processo rappresenta, in sostanza, una sottospecie del procedimento, da quest'ultimo differenziandosi, appunto, per la presenza del contraddittorio, e cioè per il suo carattere policentrico e per il correlato svolgimento dialettico che lo contraddistingue. Una volta collocato nella nozione di "procedimento" il baricentro del processo, quest'ultimo diventa una struttura che può essere posta al servizio anche di funzioni diverse dalla giurisdizione, in particolare della funzione legislativa ed amministrativa, nonché di attività riconducibili all'autonomia dei privati, tutte le volte in cui l'esercizio di quelle funzioni, o lo svolgimento di quelle attività, richieda la partecipazione al procedimento dei destinatari degli effetti dell'atto finale, su un piano di simmetrica parità.

⁹ Con la conseguenza che si tende a favorire il ricorso a strumenti della autonomia negoziale che impone un'indagine tra autonomia negoziale e eteronomia giudiziale e sulla idoneità degli accordi a fungere da fonti del diritto per quanto concerne

Per tale effetto l'idea per la quale con la recente riforma delle procedure concorsuali il nostro legislatore abbia quasi cristallizzato la scelta della degiurisdizionalizzazione delle procedure non coglie affatto nel segno della riforma che, al contrario, tende a coniugare - in alcuni casi con successo, in altri meno - il complesso e fondamentale rapporto tra autonomia negoziale e potere decisorio del giudice.

2. Autonomia negoziale e potere del giudice tra processo e negozio.

Il rapporto tra autonomia negoziale e potere del giudice, consegna all'interprete una questione di non facile e, tanto meno, univoca soluzione¹⁰ anche perché sullo sfondo si agitano delicate questioni di portata più generale: il rapporto tra diritto ed economia e quello tra autonomia privata e ruolo del giudice nelle vicende economiche, questioni delicatissime e di insidiosa soluzione anche per l'evidente rapporto tra tutela dei diritti ed economia di impresa che, come noto, ha rilievi pubblicistici, confermati anche dalle norme del codice civile e dalle leggi speciali che disciplinano le società commerciali.

Per vero, il rapporto tra economia e diritto, quando si guarda al mondo dell'impresa sembra sempre più orientato verso forme di ri-privatizzazione del diritto civile per effetto del fenomeno della globalizzazione.¹¹

Non è questa certamente la sede per affrontare il rilevante e complesso tema della valenza dell'autonomia privata e del principio della libertà di contratto, codificato nell'art. 1322 c.c., se non nei limiti strettamente necessari a porre alcuni punti fermi che potranno essere utili nel prosieguo della trattazione.

E', infatti, opportuno chiarire sin dall'inizio che la tanto esaltata libertà negoziale incontra già nel suo campo d'elezione strettamente civilistico limiti e controlli per nulla secondari, sì da mettere in crisi lo stesso dogma tradizionale della signoria della volontà delle parti, tenendo conto dell'evoluzione che lo stesso concetto di contratto ha subito nel corso degli ultimi anni sia in dottrina che in giurisprudenza.¹²

ad esempio la formazione delle classi dei creditori nel concordato preventivo. Sul tema, N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.* 2007, I, p. 727.

¹⁰ Si segnala il fondamentale saggio di I. PAGNI, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 349 ss.

¹¹ Così P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 156.

¹² Il principio in esame, pur fondamentale nell'economia dei rapporti giuridici, secondo autorevole, ma non pacifica, opinione¹², non risulta autonomamente garantito dalla Costituzione, se non indirettamente, quale strumento di esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà ex artt. 41 e 42 Cost. (nonché negli artt. 36, 37 e 40), norme nelle quali, lo si ricordi, è chiaro e forte il riferimento alla "utilità o funzione sociale" e a "fini sociali". Ed è interessante notare come nel corso del tempo questa clausola generale (che vale ad insinuare profili pubblicistici e solidaristici in istituti di impronta tradizionalmente privata) abbia subito una evoluzione, di pari passo con la tendenza dello Stato – già con un ruolo attivo di arbitro dell'economia – ad abbandonare un modello che vedeva la sovrapposizione ai meccanismi tipici del mercato di un modulo economico sostanzialmente dirigista, operante mediante imprese pubbliche sottratte alle leggi del mercato stesso. In sostanza, a partire dalla seconda metà degli anni '80, anche per effetto dell'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986, il

Anche nel sistema privatistico dei contratti, l'autonomia negoziale non è certo illimitata e senza controlli esterni. Sotto il primo profilo, è anzi noto che nella realtà sono sempre più diffusi i contratti standardizzati, nei quali si è giunti a configurare uno scambio senza accordo e, in sostanza, l'assenza del contratto stesso.¹³

Il secondo aspetto, poi, è di particolare delicatezza, perché riguarda il vaglio giurisdizionale sull'esplicazione dell'autonomia delle parti ed alla concreta individuazione di quel criterio di meritevolezza degli interessi perseguiti nel regolamento contrattuale previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c. e sul quale dottrina e giurisprudenza disputano da decenni.

Senza addentrarsi in approfondimenti non possibili in questa sede, viene da chiedersi se quel criterio abbia una sua autonomia o vada intercettato con riferimento ad altre norme, ad esempio gli artt. 1343 (causa del negozio), 1344 (negozio in frode alla legge) e 1345 c.c. (motivo illecito, unico e determinante).¹⁴

In ogni caso, attraverso la causa può esercitarsi un vaglio giudiziale di liceità ex art. 1343 c.c. che, come è stato osservato, dalla struttura del singolo negozio si estende sino a toccare i suoi risultati economici e giuridici.¹⁵ Proprio la causa (quale elemento essenziale del contratto, da intendersi come funzione economico-individuale)¹⁶ si prospetta come strumento di accertamento, per l'interprete, della generale conformità a legge dell'attività negoziale posta effettivamente in essere, della quale va accertata la conformità ai parametri normativi degli artt. 1343 c.c., in tema di causa illecita, e 1322, comma 2, c.c., inerente il giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi dei soggetti contraenti secondo l'ordinamento giuridico.¹⁷

primato del mercato sul ruolo dello Stato ha cominciato a emergere anche a livello di interpretazione costituzionale, spostando la logica dell'intervento pubblico dalla funzione programmatica a quella di rimozione degli ostacoli frapposti al funzionamento corretto ed ottimale del mercato. Siffatta mancanza di diretta copertura costituzionale dell'autonomia privata, ove sussistente, e la necessità che la libertà di contratto venga normativamente limitata per armonizzarla con l'utilità sociale ed i valori della persona costituzionalmente protetti, comporta solo che la discrezionalità legislativa incontra comunque l'ordinario limite del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.

¹³ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347-364; G. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 128.

¹⁴ Sul punto, v. G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 128-132.

¹⁵ F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008; nonché ID., *Errore, violenza, dolo, azione di annullamento*, in P. Cendon, *I contratti in generale*, VI, Torino, 2000, p. 240 ss.; A.G. ANNUNZIATA, *Gli angusti confini dell'autonomia privata*, www.altalex.it, 25.6.2008.

¹⁶ Per tale definizione, v. la fondamentale Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. not.*, 2007, n. 1, Milano, parte II, p. 184.

¹⁷ Cass. 19 febbraio 2000 n. 1898, *Giust. civ.* 2001, I, 2481, in fattispecie in cui una società aveva, contemporaneamente e presso la stessa banca, depositato delle somme di danaro su un libretto al portatore ed aperto un conto corrente. Sopravvenuto il concordato preventivo della società, la banca aveva proceduto alla compensazione tra l'attivo del deposito e lo scoperto del conto corrente. Il giudice di merito aveva dichiarato legittima la compensazione, qualificando il rapporto come un negozio fiduciario, comprendente la pattuizione della compensazione stessa. La S.C., nell'enunciare il massimato principio di diritto, ha cassato la sentenza impugnata per avere omesso di accertare la conformità di un siffatto contratto ai parametri di liceità e meritevolezza previsti dalle citate disposizioni normative.

In tale contesto occorre chiedersi, anche ai fini dell'analisi del diritto concorsuale "privatizzato", se esista un principio generale di sindacabilità giurisdizionale del programma negoziale stabilito dalle parti o se l'equilibrio contrattuale è rilevante solo nelle ipotesi previste normativamente e quali sono gli strumenti di tutela, eliminatori o correttivi ed integrativi.¹⁸

Quanto a quest'ultimo aspetto, i meccanismi di reazione potrebbero essere quelli tradizionali del diritto civile inerenti i vizi della volontà (errore, dolo e violenza) o le ipotesi di contratto concluso a condizioni inique in stato di pericolo noto alla controparte (art. 1447 c.c.) e di contratto concluso in stato di bisogno, del quale l'altra parte ha approfittato per ottenere una prestazione di valore superiore di oltre la metà al valore della controprestazione (art. 1448). Tuttavia, va detto che nella realtà le questioni di maggior problematicità attengono all'eventuale squilibrio contrattuale che derivi, oltreché da una diversa posizione di forza iniziale, da un difetto di informazione o comunicazione inerente l'oggetto ed il contenuto dell'affare, in violazione della clausola della buona fede.¹⁹

Qui entra in gioco un altro principio, quello di integrazione del contratto ex art. 1374 c.c., per il quale accanto alle determinazioni pattizie, il contenuto dell'accordo può essere determinato, in via cogente o suppletiva, da fonti eteronome, come la legge o gli usi o ancora l'equità. Tra tali fonti un posto preminente occupa, appunto, la buona fede, quale regola di condotta richiamata più volte dal codice, che esprime e rappresenta uno dei principi portanti del nostro ordinamento, con valore di ordine pubblico ed un fondamento etico idoneo a colorare di valenza solidaristica ex art. 2 Cost. sia la fase delle trattative che dell'interpretazione e dell'esecuzione del rapporto contrattuale, nel senso della lealtà del comportamento e di imposizione di un obbligo di salvaguardia.²⁰

In effetti, la giurisprudenza di legittimità si è sempre più distinta per un impiego della clausola della buona fede anche in funzione integrativa del contratto, la cui violazione, comunque, non comporta alcuna invalidità del contratto, ma è solo fonte di responsabilità per i danni cagionati alla controparte.²¹

¹⁸ V. R. TOMMASINI (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007.

¹⁹ Cfr., sul punto, A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 555-578.

²⁰ V. sinteticamente M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 499-501, nonché G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I.

²¹ E' stato così affermato che l'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà si aggiunge agli obblighi convenzionali quale impegno di solidarietà ex art. 2 cost., imponendosi a ciascuna parte l'adozione di comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (v., da ultimo, Cass. 13 luglio 2007, n. 15669; analogamente, per Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462 la buona fede oggettiva o correttezza si concreta in un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio).

Come noto economia e diritto sono due aree sempre più strette al punto che è consueto analizzare i fenomeni giuridici con gli strumenti dell'analisi economica del diritto.²² E' quasi ineluttabile che l'idea del diritto - in particolare del diritto della impresa - come etica delle regole preesistenti ai fenomeni che sono deputate a governare sia destinata a subire decisamente l'influenza dell'economia quale conseguenza di un' esigenza di adeguamento delle regole ad una realtà effettuale sempre più in divenire con una rapidità evolutiva che non consente riflessioni meditate e spesso conduce a modificazioni del diritto commerciale sull'onda dell'emergenza.²³

Anche lo stesso concetto di mercato (*rectius*: l'economia di mercato) non può di per sé evocare l'assenza di regole, ma un vero e proprio regime giuridico,²⁴ posto che, come è stato condivisibilmente osservato, il diritto conforma i vari regimi di produzione e circolazione dei beni, costituendoli come fatti giuridici: sicché il mercato è il proprio e determinato contenuto di norme, le quali, di volta in volta, lo prevedono e disciplinano con riguardo ad un certo bene o ad una certa categoria di beni.²⁵

E' evidente come il codice della crisi e prima ancora la legislazione che è intervenuta - seppur a macchia di leopardo - sulle procedure concorsuali ci ha consegnato un sistema nel quale il valore dell'autonomia negoziale dell'imprenditore è chiaro e ben strutturato: per vero, ne sono confermate le diverse norme che attribuiscono all'imprenditore un ampio potere di formulare ai creditori una proposta di pagamento diversificata e frutto anche di una diversa valutazione e conseguente differenziato trattamento dei crediti.

Ciò avviene, per esempio, sia nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, come nel piano di risanamento e, non di meno, nella redazione della proposta di concordato preventivo, soprattutto in continuità aziendale.

Le norme di riferimento chiaramente confermano come le diverse procedure di composizione della crisi di impresa attribuiscono all'imprenditore un potere di condurre la trattativa (tipicamente contrattuale) con i propri creditori cercando di armonizzare gli apparenti contrapposti interessi,²⁶ quelli del ceto creditori ad un pronto soddisfacimento del proprio

²² M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, in *Modelli e tecniche del processo civile*, collana diretta da G. Arieta e F. De Santis, Torino, 2009, p. 4 ss.; nota 4 in cui si segnala nella sterminata letteratura sul tema, P. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 309, spec. 316.

²³ V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 181; G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.* 2004, p. 847; L. LANFRANCHI, *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corriere giur.*, 2007, p. 850.

²⁴ N. IRTI, *op. cit.*, 10 ss.; BELVEDERE, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ N. IRTI, *op. cit.*, in BELVEDERE, *Confini attuali, op. cit.*, p. 166. Si veda anche l'interessante riflessione di A. GALASSO - G. PALMIERI, *Persona e mercato*, in *La magistratura*, 2008, I, pp. 168-183.

²⁶ Non può non porsi fortemente il problema della tutela di tutti i creditori e del rispetto dell'ordine di priorità, osservando, ad esempio, che è ben difficile l'equilibrio tra attuazione della responsabilità patrimoniale e massimizzazione dell'oggetto su cui essa si attua, posto che un'attuazione rigorosa degli artt. 2740 e 2741 c.c. rischia di distruggere quello che si vorrebbe distribuire tra i creditori. Si aggiungano i rischi di una prospettiva meramente privatistica della gestione della crisi, poiché,

credito e quello dell'imprenditore debitore di garantire - proprio attraverso l'accesso alle diverse procedure - l'atteso soddisfacimento e al contempo il superamento della crisi di impresa.

Nel rapporto tra economia e diritto, etica e diritto e dunque tra economia (nel senso che qui interessa di impresa) ed etica, occorre chiarire il rapporto tra etica e mercato²⁷ evidenziando come tali nozioni non devono essere considerate tra loro incompatibili o collidenti,²⁸ in un'ottica per la quale il mercato non possa essere solo soggetto alla autoregolamentazione - che funziona solo in ragione di determinati rapporti - ma impone anche una eteroregolamentazione allorché i soggetti del mercato e soprattutto gli interessi protetti sono diversi da quelli che vi operano come imprese.²⁹

Con la conseguenza che l'eccessivo potenziamento dell'autonomia privata intesa come autoregolamentazione dei rapporti tra impresa e creditori, non può favorire il pericolo che un eccessivo investimento sulle scelte dei privati possa condurre a soluzioni paradossalmente meno avanzate, quasi che un eccesso ad un'autonomia possa corrispondere in negativo una sorta di anomia sociale.³⁰

La questione, proprio per l'indubbia interferenza di settori ordinamentali e normativi diversi e sovente non comunicativi, necessita di ulteriori specificazioni ed integrazioni, posto che in questi anni, nel contesto del complesso e stimolante rapporto tra diritto ed economia,³¹ parte della dottrina non ha mancato di esaltare la prevalenza delle ragioni e delle regole del mercato (concetto, quest'ultimo, non a caso strettamente collegato alla nozione di autonomia privata³²) e la logica conseguenza della scelta cd. negoziale e della privatizzazione della gestione della crisi dell'impresa, sottolineando, tra l'altro, che, quando il capitale di rischio sia stato interamente perduto (come accade nei momenti di rilevante crisi finanziaria dell'impresa) i creditori dell'imprenditore sono di fatto soci senza diritti e poteri: ne deriva che uno dei più

come è stato felicemente sintetizzato: a) la correttezza del negoziato tra le parti postula una simmetria e veridicità informativa difficilmente rinvenibile nella prassi; b) lo stesso negoziato non è idoneo a rappresentare e tutelare interessi superindividuali o pubblici (quali il mantenimento di livelli occupazionali o di determinati poli produttivi) o interessi contrattualmente deboli; c) viene esaltato il ruolo, sovente gravido di insidie per il progressivo coinvolgimento nella gestione imprenditoriale, delle *merchant banks* e delle banche creditrici. Senza dire delle conseguenze penali in caso di fallimento dei piani di ristrutturazione, sotto il profilo della bancarotta o del ricorso abusivo al credito.

²⁷ P. SCHLESINGER, *I mercati neri*, in Riv. dir. civ. 1999, p. 187 che evidenzia come si assiste ad un abuso del termine mercato senza che questo corrisponda ad una univoca nozione.

²⁸ Ciò perché il mercato deve corrispondere ad una idea di legalità astretta tra i sintagmi regole per il mercato e mercato delle regole, così M. FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *Il Fall.*, 2008, p.7 ss.

²⁹ Così G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p.26 per il quale nessun contrattualismo anche il più equilibrato può solo governare i conflitti; per i riflessi concorsuali, G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)* in *il Fall.* 2008, p.1052.

³⁰ Ancora M. FABIANI, *op.ult.cit.*, p.8 ss.

³¹ Sul quale v., *ex multis*, F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, pp.189-205.

³² A. BELVEDERE, *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p.9.

importanti obiettivi delle procedure di insolvenza è quello di trasferire il controllo dell'impresa dall'imprenditore alla categoria di soggetti che, loro malgrado, forniscono il capitale di rischio e procurare loro - di per sé non coordinati o strutturati né coesi - strumenti per l'organizzazione di quel controllo, al fine di poter esercitare i poteri che spettano agli investitori.³³

In tale contesto è di tutta evidenza come i creditori sono i veri interessati alla migliore gestione e realizzazione del patrimonio dell'impresa debitrice, sicché è naturale quel processo di trasferimento, con l'aumento dei poteri anche gestori degli stessi e l'arretramento della giurisdizione,³⁴ derivandone in linea di principio anche minori costi gestionali.³⁵

Dunque ampia ed ampiamente articolata è l'autonomia negoziale dell'imprenditore nella formulazione della proposta in termini di falcidia dei crediti chirografari e privilegiati, così come i tempi di pagamento e le modalità dello stesso, laddove, con riferimento alla falcidia, i crediti chirografari possono subire una riduzione seppur nel rispetto della "causa" della proposta, per come interpretata dalla giurisprudenza, mentre quelli in privilegio possono legittimamente subire una falcidia in ragione dell'incapienza del patrimonio del debitore siano in privilegio generale - quindi con garanzia sull'intero patrimonio - siano essi in ragione di privilegi speciali immobiliari (es: ipoteca) o su beni mobili (pegno).

Parimenti, le modalità di pagamento possono essere diversificate anche in relazione ai crediti privilegiati, seppur il ritardato pagamento impone come giusto contrappeso il pagamento degli interessi ma, in ogni caso, la strutturazione della proposta - si ripete tipicamente negoziale - si svolge tutta in quella fase delle trattative che precede qualsiasi accordo tra le parti: e in tale direzione nessun potere decisorio del giudice è legittimato ad intervenire anche solo per integrare il contenuto dell'accordo, salvo come si dirà in seguito, quello che doverosamente consente - anzi impone - al giudice di intervenire per allineare il contenuto negoziale al rispetto delle norme che comunque disciplinano tale fase.

Va poi detto che la complessità delle crisi di imprese medie e grandi, con la costellazione di interessi anche estranei al ceto creditorio propriamente detto (come la tutela dei lavoratori e il mantenimento dei livelli occupazionali o le scelte strategiche di rilevanza nazionale o le

³³ Cfr. l'interessante ed articolato studio di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p.23 ss., p.50 ss. nonché p.200 ss., al quale si rinvia per una molteplicità di stimolanti suggestioni e riflessioni interdisciplinari, anche in una prospettiva comparatistica con la scelta negoziale del *Chapter 11* statunitense e dell'*Insolvenzplan* tedesco. Sulla critica alla versione neo-liberista dell'economia, che chiede allo Stato ed al diritto di restringersi al minimo, provvedendo, tra l'altro, alla garanzia dei patti liberamente convenuti, v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 1998.

³⁴ L. STANGHELLINI, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in Fall., 2006, p.377-378; D.L.BIANCO *Le scelte dell'aziendalista tra luci, ombre e speranze nella nuova legge fallimentare*, in S.AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna-Roma, 2008, p.619, il quale plaude alla riforma laddove ha riconosciuto al debitore, ai creditori e ai professionisti ruoli di autonomia in assenza di un controllo dell'autorità giudiziaria sull'economicità delle scelte operate.

³⁵ In realtà, è di tutta evidenza che le soluzioni concordate stragiudizialmente, se non gravano finanziariamente sulla collettività, costano assai alle parti, in termini di consulenti, esperti ed altro: v. L. STANGHELLINI, *op.cit.*, p. 307.

esigenze dell'indotto) difficilmente può essere affrontata solo nel contesto di procedure concorsuali tradizionali, inidonee allo scopo.³⁶

Se queste esigenze sono del tutto legittime e reali e gli scenari che ne conseguono sembrerebbero prospettare lunghi periodi di efficienza e di competitività, la realtà può essere ben diversa e più monotona, non fosse altro (a prescindere degli altri rilevanti profili di cui si dirà di qui a poco) perché la maggior parte delle situazioni di crisi riguarda piccole imprese (che costituiscono il tessuto connettivo della nostra economia), nelle quali, anche per le scarse o nulle risorse ricavabili, i creditori non hanno un grosso interesse ad impegnarsi (sicché, ad esempio, il comitato dei creditori mal funziona). Ed in effetti, la stessa dottrina prima citata non può non porsi fortemente il problema della tutela di tutti i creditori e del rispetto dell'ordine di priorità, osservando, ad esempio, che è ben difficile l'equilibrio tra attuazione della responsabilità patrimoniale e massimizzazione dell'oggetto su cui essa si attua, posto che un'attuazione rigorosa degli artt. 2740 e 2741 c.c. rischia di distruggere quello che si vorrebbe distribuire tra i creditori.³⁷

Si aggiungano i rischi di una prospettiva meramente privatistica della gestione della crisi, poiché, come è stato ben sintetizzato:³⁸ *i)* la correttezza del negoziato tra le parti postula una simmetria e veridicità informativa difficilmente rinvenibile nella prassi; *ii)* lo stesso negoziato non è idoneo a rappresentare e tutelare interessi superindividuali o pubblici (quali il mantenimento di livelli occupazionali o di determinati poli produttivi) o interessi contrattualmente deboli; *iii)* viene esaltato il ruolo, sovente gravido di insidie per il progressivo coinvolgimento nella gestione imprenditoriale, delle *merchant banks* e delle banche creditrici. Senza dire delle conseguenze penali in caso di fallimento dei piani di ristrutturazione, sotto il profilo della bancarotta o del ricorso abusivo al credito.

Il ruolo del giudice in pendenza delle procedure concorsuali in Italia è un tema da lungo tempo dibattuto ed oggetto soprattutto di continui interventi interpretativi da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità.

E' noto come la legge fallimentare assegnava al giudice il ruolo dirimente in ogni procedura concorsuale, anche per effetto che quella legge era essenzialmente focalizzata sul fallimento, quale strumento necessario per eliminare dal mercato imprese ormai divenute inefficienti, con qualche - per vero assai modeste - aperture in ipotesi di un possibile

³⁶ In tal senso, d'accordo, con R. VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, in *Il fall.* 2003, p. 933, ss., che osserva come non è un caso che la legge fallimentare è entrata in crisi quando, nel corso degli anni '70, alle procedure concorsuali si sono voluti attribuire scopi di risanamento che le erano estranei, mentre si sono creati (e negli ultimi anni moltiplicati) procedimenti di impronta più prettamente amministrativistica per le grandi imprese in crisi.

³⁷ L. STANGHELLINI, *op.cit.*, p.59-60. Si aggiunga che un sistema basato sulla contrattazione delle parti può dare origine a ritardi e tentativi da parte dei creditori più bassi nella gerarchia di "estorcere" concessioni da coloro che hanno più da perdere dal ritardo: sicché si giustifica lo strumento del *cram down*, attribuendo al giudice il potere di imporre il piano concordato e di superare, a determinate condizioni, la mancata approvazione di una o più classi (*op. cit.*, p.202).

³⁸ R. VIVALDI, *op. cit.*, p.935.

salvataggio di imprese in difficoltà finanziarie, economiche o patrimoniali, prevedendosi le due procedure dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo per garanzia, che non casualmente venivano definite quali procedure concorsuali minori, e che nella realtà erano diventate alquanto marginali o, non di rado, quale anticamera della dichiarazione di fallimento, utili a diluire gli effetti nel tempo.

Si parlava infatti spesso, a tal riguardo, di un uso alternativo di queste procedure concorsuali minori, finalizzate non tanto a favorire il superamento della crisi d'impresa quanto a servire come ammortizzatore sociale per attenuare l'impatto negativo sui livelli occupazionali del prossimo fallimento e della conseguente liquidazione dell'azienda. Erano però pur sempre la liquidazione dei beni aziendali e la ripartizione del ricavato tra i creditori - secondo ben definite regole concorsuali - a costituire l'oggetto principale della disciplina, la quale perciò poteva in larga parte essere considerata come una particolare forma di esecuzione forzata, con speciali connotazioni dovute al suo oggetto ed alla già accennata esigenza di assicurare la *par condicio creditorum*.

Per vero, l'esecuzione forzata si colloca a pieno titolo nell'ambito della giurisdizione - giurisdizione esecutiva, che affianca quella di cognizione - giacché essa è strumento di tutela e realizzazione effettiva dei diritti, cui naturalmente è preposto un giudice per garantire che nell'esercizio della forza di cui lo Stato dispone ci si mantenga entro il rigoroso confine tracciato dalla legge.

Da qui, in tal genere di procedure, la preminenza del ruolo del giudice, la cui funzione in ambito fallimentare finiva però per estendersi anche ad una serie di attività di carattere prettamente gestorio, rese sovente inevitabili dall'essere la liquidazione il più delle volte riferita non a singoli beni ma ad intere aziende o rami di esse.

Nel tempo l'impianto normativo si è modificato già dalla riforma inaugurata dal D.L. n. 35 del 2005, convertito con la legge n. 80 dello stesso anno,³⁹ ed in un contesto generale più incline a favorire una visione liberista, in ambito economico, ed a dare maggior spazio all'autoregolamentazione degli interessi privati, in ambito giuridico, si è andata sempre più affermando l'idea che fosse necessario ridimensionare in qualche misura il ruolo del giudice, considerato talvolta più come un intralcio ed un fattore d'inefficienza nelle dinamiche del mercato che come una garanzia del loro corretto funzionamento.

Nello specifico settore delle procedure concorsuali, poi, si è cominciato a dubitare dell'opportunità di attribuire al giudice competenze gestorie e si è diffusa l'opinione che sarebbe stato preferibile sopprimerle, quelle competenze, o almeno maggiormente

³⁹ Come va ricordato come ha fatto poi seguito una nutrita serie di ulteriori provvedimenti normativi all'insegna dell'urgenza, non sempre coerenti l'un con l'altro, che hanno interessato la legge fallimentare del 1942 sin quasi alla vigilia della sua abrogazione.

circoscriverle, giacché in questo campo si richiede una professionalità manageriale di cui normalmente il giudice non dispone.

Meglio, perciò, riservargli una mera funzione di garanzia e di risoluzione dei conflitti eventualmente insorgenti nell'ambito delle diverse procedure concorsuali.

Il passaggio dall'una all'altra impostazione non è stato, tuttavia, né semplice né lineare ed ha presentato non poche criticità, anche perché, nel medesimo tempo, i connotati prevalentemente liquidatori del diritto concorsuale si sono andati nettamente attenuando in favore di una visione volta a privilegiare procedure la cui principale finalità non è più la liquidazione bensì la ristrutturazione aziendale delle imprese in crisi.

L'importanza di questa mutata prospettiva, che ha caratterizzato l'evoluzione del diritto europeo prima ancora di quello nazionale, è sin troppo evidente da dover essere sottolineata, essendo sufficiente ricordare quanto all'ordinamento italiano, che nell'originaria versione della legge fallimentare si rinveniva una ben specifica definizione dello stato d'insolvenza ma la parola "crisi" non era mai neppure menzionata (il termine "crisi" fa la sua comparsa nella disciplina del concordato preventivo solo a seguito delle modifiche apportate dal citato D.L. n. 35 del 2005).

Oggi, invece, quell'espressione figura addirittura nello stesso titolo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora innanzi designato, per brevità, semplicemente come il Codice), entrato integralmente in vigore nel luglio del 2022.

La crisi, che è oggetto della prima delle definizioni contenute nell'art. 2 di tale codice, si colloca in una fase logicamente e cronologicamente antecedente rispetto alla eventuale insolvenza, ed il legislatore ha trasferito su questa fase la sua prevalente attenzione allo scopo di fornire agli operatori strumenti giuridici volti il più possibile ad impedire che la crisi degeneri in insolvenza (nonché, ove tuttavia l'insolvenza si manifesti, a cercare di evitare che essa divenga irreversibile).

Tutto ciò provoca un radicale mutamento nella connotazione delle procedure concorsuali e nelle fasi ad esse prodromiche della vita delle imprese, che si potrebbe riassumere nella formula:meno processo e più negozio.

Se la liquidazione forzata del patrimonio dell'insolvente appartiene, come già detto, al mondo dei processi esecutivi, gli strumenti attraverso cui si cerca invece di risanare un'impresa in crisi, preservando o recuperando la continuità aziendale, si collocano piuttosto nell'area negoziale, perché alla realizzazione di un tale risultato concorrono di regola le convergenti volontà dei soggetti a vario titolo interessati. Più che i principi propri del diritto processuale, o comunque accanto ad essi, vengono perciò in primo piano i criteri ispiratori del diritto civile dei contratti. È facile allora intendere come il maggior rilievo assunto in questo campo dai profili negoziali si rifletta anche sul ruolo del giudice.

Se è al giudice che compete la guida del processo, nel negozio sono invece le parti ad essere le principali protagoniste.

È dunque in questa cornice, così profondamente mutata e per molti aspetti anche assai più complessa, che si deve collocare l'interrogativo rispetto ad uno dei temi del presente contributo, ossia quale sia oggi il ruolo del giudice nelle procedure di ristrutturazione delle imprese in crisi ed in relazione agli strumenti che a tale scopo il legislatore predispone.

Per tentare di rispondere in modo esauriente a questo interrogativo occorrerebbe procedere ad un'analisi minuta di un'ampia serie di disposizioni previste nel Codice, che in molti diversi contesti prevedono varie forme di intervento giudiziale, magari limitando l'attenzione su alcune procedure più significative, e nello specifico prevalentemente su alcuni aspetti più significativi del ruolo del giudice, nella procedura di concordato preventivo in continuità, che tra le diverse procedure concorsuali è forse quella nella quale in modo più emblematico si manifesta lo scopo di recuperare la funzionalità di un'impresa in crisi evitandone la liquidazione, e nel percorso della composizione negoziata della crisi, che indubbiamente rappresenta una delle innovazioni di maggior rilievo nel rinnovato panorama normativo qui in esame.

Tutto ciò con una necessaria precisazione: il recupero dell'autonomia privata nell'ambito delle procedure concorsuali privatizzate, conseguenti alle riforme del biennio 2005-2007, non comporta per nulla la sottrazione dell'area della negozialità concorsuale a qualsiasi controllo giurisdizionale diverso da quello meramente formale o notarile che pure parte della dottrina propugna. Al contrario se, come si è visto, anche nel suo campo d'elezione dei contratti prettamente civilistici l'autonomia negoziale incontra limiti e vincoli che, soprattutto negli ultimi anni, sono finalizzati a ricercare una tendenziale giustizia contrattuale (pur con le cautele che tale ultimo concetto impone), a maggior ragione ciò vale nell'ambito concorsuale, nel quale entrano in gioco interessi quanto meno super-individuali. Il che, evidentemente non significa recuperare un ormai improbabile ruolo attivo della giurisdizione (il vecchio giudice delegato – gestore), sostitutivo della regolamentazione pattizia, ma entrare nel vivo della libertà negoziale, per consentirne una piena e consapevole esplicazione su basi tendenzialmente paritarie e conformi a legge.

In sostanza, come bene è stato evidenziato, la negozialità e le regole di diritto privato possono considerarsi maggiormente idonee a disciplinare proficuamente la crisi d'impresa, ritenendo le parti capaci di autoregolarsi in quel settore, a condizione che l'autonomia privata non si traduca in assenza di regole, giustificando la legge del più forte:⁴⁰ infatti, nell'ambito dell'annosa competizione tra economia e diritto, che vede prevalere le esigenze della prima, è chiaro che affidando il governo della crisi d'impresa al c.d. mercato non sono i creditori in quanto tali ad avere più potere, ma sono talune classi di creditori quelle più strutturate e forti, che possono avere il sopravvento e come questo coincida con l'idea di una seria tutela del

⁴⁰ In tal senso G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 302.

credito é tutto da dimostrare, non potendo il diritto essere piegato per sostenere l'economia quando ciò crei un *vulnus* alle ragioni di tutti.⁴¹

3. *Segue: nel concordato preventivo in continuità aziendale.*

Nota è la contrapposizione tra una visione essenzialmente negoziale di alcune procedure concorsuali come, per esempio, il concordato preventivo, tesa a valorizzare principalmente il ruolo dell'autonomia privata - senza dubbio nella fase introduttiva riferita alla c.d. domanda di concordato - ed una concezione che ne privilegia invece gli aspetti processuali e sottolinea l'indispensabilità di strumenti di eterotutela, come tali dotati di una maggiore coloratura pubblicistica.

In tal senso emblematici sono i contrasti alimentati in giurisprudenza in ordine al potere-dovere del giudice non solo di controllare che la procedura si svolga nel rispetto delle regole per essa stabilite [è il c.d. controllo di legalità] ma anche di sindacare la fattibilità giuridica [ed economica?] dei piani di concordato, ossia la loro idoneità a realizzarne gli scopi.⁴²

Il sistema attuale del codice della crisi assegna al giudice un ruolo più strutturato ed incisivo molto evidente ad esempio nel giudizio di omologazione,⁴³ in cui egli ha il potere di valutare ed intervenire nella analisi di fattibilità economica del piano.⁴⁴

La ritualità di una proposta di concordato dipende dalla sua conformità alle regole con cui il legislatore ne ha delineato i caratteri fondamentali ed i requisiti indispensabili di forma, e

⁴¹ M. FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *Fall.*, 2008, p.5. Si segnalano le riflessioni critiche svolte da G. MINUTOLI, *Autonomia privata e ruolo del professionista negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall. e crisi d'impresa*, 2008, V, p. 447 ss. nonché da L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, p. 620 s. e G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 26.

⁴² Quei contrasti non furono del tutto sopiti neppure con l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione (sentenza 1521/2013) che esclude la possibilità del giudice di sindacare la convenienza della proposta concordataria, riconoscendogli però il compito di vagliare se questa fosse in concreto priva della sua "causa negoziale", consistente nella regolazione e nel superamento della crisi dell'imprenditore mediante almeno un minimo soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

⁴³ Sul tema del giudizio di omologazione, si rinvia al lavoro di G. CARMELLINO, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, Napoli, 2018, p. 1 ss e, sul tema del giudizio di omologazione nel concordato preventivo, p. 145 ss.

⁴⁴ Anche nei lunghi e tormentati lavori che hanno preceduto l'entrata in vigore dell'odierno Codice si sono registrate oscillazioni e dissensi a questo proposito. Il progetto di legge elaborato dalla prima commissione ministeriale incaricata di questo compito al principio del 2015 aveva inteso seguire l'indirizzo tracciato dalle Sezioni unite, poi però disatteso dal Legislatore con la legge delega n. 155/2017, sulla scorta della quale gli artt. 47, comma 1, e 48, comma 3, del Codice, emanato col d. lgs. n. 14 del 2019, inizialmente stabilirono che il tribunale dovesse anche vagliare la fattibilità economica del piano di concordato. Nella versione definitiva dello stesso Codice, rielaborato dal D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, per recepire la direttiva 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 (c.d. direttiva *Insolvency*), l'art. 47, comma 1, demanda ora invece al tribunale di verificare, in fase di apertura del procedimento, quando si tratta di concordato liquidatorio, la "ammissibilità della proposta" e la "fattibilità del piano", non più però in chiave economica bensì intesa come "non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati". In caso di concordato in continuità aziendale, il vaglio preventivo del tribunale deve invece investire la "ritualità della proposta" e che il piano non sia "manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali". Si torna così ad un'impostazione molto simile a quella cui si erano ispirate le Sezioni unite nella citata sentenza del 2013.

dunque dal rispetto delle norme che delimitano anche il perimetro entro il quale la proposta medesima, o meglio il contenuto della stessa, possa ragionevolmente evolversi e assumere una chiara volontà dell'imprenditore che questi manifesta al ceto creditorio volendo, parimenti, accedere al beneficio di una delle procedure concorsuali regolamentate proprio dal codice della crisi.

La manifesta inidoneità del piano a realizzare le sue funzioni essenziali non implica una valutazione di maggiore o minore probabilità di successo, che saranno i creditori a stimare, bensì un giudizio di assoluta inesistenza di qualsiasi possibilità di successo, che rende perciò in concreto impossibile l'oggetto stesso della proposta concordataria. Altrimenti detto, il giudice conserva il suo ruolo naturale di controllore della correttezza dello svolgimento del processo, ossia delle regole del processo, che si riferisce anche alla regolare formazione del consenso dei creditori, espresso sulla base di un'adeguata informazione ed esente da possibili elementi di frode.⁴⁵

Oltre tale limite però il giudice non può e non deve andare, essendogli preclusa in questa fase, una valutazione del merito della proposta concordataria, che compete unicamente ai creditori in ossequio all'autonomia negoziale, che evidentemente si svolgerà entro precise regole procedurali il cui rispetto deve essere garantito proprio dal giudice, salvo che, come detto, l'evidente inattuabilità del piano su cui la proposta si regge, non renda quest'ultima del tutto inammissibile.⁴⁶

E' proprio grazie a questa dinamica che può sostenersi la mancanza nel giudizio di omologazione di una esternalizzazione della tutela, in cui il ruolo del giudice viene ricollocato nell'orbita della tutela giurisdizionale dei diritti, e dunque per la soluzione del conflitto.

Quando però la procedura abbia avuto corso, la proposta sia stata approvata dai creditori con le prescritte maggioranze e si passi alla fase dell'omologazione, i poteri d'ingerenza del giudice nelle dinamiche della ristrutturazione aziendale prevista da un concordato in continuità possono assumere assai maggior rilievo. Ai controlli di carattere ancora essenzialmente procedimentale elencati dall'art. 112, comma 1, lett. a), b), c), d) ed e), si accompagna, con specifico riguardo al concordato in continuità aziendale,

- i) la verifica del complesso sistema di distribuzione tra i creditori dell'eventuale valore di liquidazione e
- ii) di quello che si prevede deriverà dal protrarsi dell'attività dell'impresa (art. cit. comma 2). Su queste regole di distribuzione occorre evidenziare quanto stabilito dalla successiva lett. f) del primo comma dell'articolo citato, secondo la quale il tribunale deve anche verificare che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino

⁴⁵ I. PAGNI, *Il controllo del tribunale e a tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, p.1092.

⁴⁶ G. CARMELLINO, *op.cit.*, p. 156 ss, anche nelle note 560 ss.

ingiustamente gli interessi dei creditori. Una formula, questa, che per il concordato in continuità aziendale sembra implicare una valutazione più estesa e penetrante sulla fattibilità del piano, rispetto a quella consistente nel giudizio di non manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, di cui prima s'è detto, la quale viene poi richiamata dalla successiva lett. g) del medesimo comma con riferimento ad ogni tipo di concordato.

Evidente dunque che la scelta della continuità aziendale schiude la via ad un controllo più strutturato del giudice, ma mai il giudice potrà modificare la proposta,⁴⁷ posto che nel concordato esiste una base negoziale che esprime una sfera di autonomia privata che non può essere intaccata pena il rischio che la regolamentazione contrattuale voluta dalle parti subisca una non richiesta né voluta indebita integrazione della volontà comune delle parti - imprenditore e creditori.

In ogni caso, solo nella pratica applicazione di questa nuova normativa si comprenderà davvero quale sia la portata di tale valutazione e l'ampiezza dei poteri che il giudice eserciterà nel compierla.

Resta però comunque fermo che neppure in sede di omologazione il giudice è chiamato d'ufficio a valutare la convenienza della proposta e del piano di concordato, rimessa al giudizio dei creditori. Tuttavia, se la convenienza è contestata da un creditore opponente, al tribunale tocca un delicato giudizio di comparazione, dovendosi stabilire se il credito dell'opponente risulterà comunque soddisfatto in misura non inferiore di quel che accadrebbe in caso di liquidazione giudiziale (art. cit. comma, 3).

Non sembrerebbe potersi escludere che questo giudizio comparativo, in parte controfattuale, in molti casi finisca per comportare un ampliamento della sfera di valutazione rimessa al giudice, sino a comprendervi anche profili attinenti alla convenienza della proposta concordataria, per poterla commisurare ai presumibili risultati dell'alternativa liquidatoria.

Per vero, la ragione della portata del controllo del giudice in sede di giudizio di omologazione è data dalla non secondaria circostanza che il controllo eteronomo è volto a garantire la legalità tanto delle situazioni dei creditori coinvolti quanto di quello estranei.

Ciò perché il giudizio di omologazione tende anche al controllo ed alla tutela della minoranza dei creditori dissenzienti, ossia di quelli che non hanno approvato la proposta e contro la stessa hanno proposto opposizione all'omologazione: e la ragione del controllo giudiziario è data proprio in tale direzione, ossia a garanzia della genuinità della formazione del vincolo negoziale che determina legittimamente la forzatura del concordato nei confronti della minoranza dei creditori: è la regola degli effetti del decreto di omologazione ed il rapporto con il concordato approvato dalla maggioranza dei creditori.

Potrebbe sostenersi che il ruolo del tribunale nel giudizio di omologazione più che costituire

⁴⁷ I. PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Trattato diretto da V. Buonocore e A. Bassi, Milano, 2010, p.598 ss.

una *condicio iuris* di efficacia della soluzione negoziale della crisi di impresa,⁴⁸ rimanga centrale ai fini del conferimento di efficacia vincolante alla proposta accettata, sintomatico dell'insopprimibile ruolo di garanzia degli interessi in gioco, anche superindividuali.⁴⁹

In altre parole la riconciliazione del controllo giudiziale con la privatizzazione della gestione della crisi, non implica la cancellazione del primo ma soltanto la eliminazione di ogni controllo officioso, nella riconosciuta possibilità⁵⁰ agli interessati di richiedere l'intervento del giudice che decide in posizione di terzietà.

Merita poi di essere richiamata, a tal proposito, anche un'ulteriore disposizione, inserita *in extremis* nel testo del Codice, ossia l' art. 53, comma 5 *bis* (introdotto esercitando un'opzione consentita al legislatore nazionale dall'art. 16, par. 4, comma 2, della direttiva *Insolvency*), ove è previsto che, in caso di reclamo contro la sentenza di omologazione di un concordato preventivo in continuità aziendale, il giudice d'appello, pur accogliendo il reclamo, potrebbe nondimeno confermare l'omologazione se valuti che l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori sia prevalente rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno. Si chiede qui al giudice di compiere un delicato bilanciamento di interessi contrapposti, tra i quali viene in rilievo anche l'interesse dei lavoratori al mantenimento in attività dell'azienda, che evidenzia come si tratti di una valutazione che va ben oltre il giudizio di convenienza di cui prima si parlava, perché qui la convenienza deve essere considerata da una pluralità di punti di vista, corrispondenti ai diversi interessi in gioco: l'interesse dei lavoratori, che potrebbe in questo caso prevalere su quello del singolo creditore opponente, pur restando subvalente rispetto all'interesse generale della massa dei creditori, perché l'art. 84, comma 2, afferma che il concordato in continuità aziendale "tutela l'interesse dei creditori" e solo "nella misura del possibile" preserva anche i posti di lavoro; l'interesse, appunto, dei creditori in quanto comunità organizzata, retta al proprio interno dal principio maggioritario, pur con l'adattamento derivante dalla suddivisione in classi, la quale però qui non sembra venire in rilievo dal momento che è solo l'interesse comune all'intera massa a poter prevalere su quello del singolo creditore che si sia fondatamente opposto all'omologazione; ed, infine, l'interesse personale di quest'ultimo, cui si appresta una tutela risarcitoria, in luogo della tutela reale, ma ovviamente in misura non eccedente quella che gli sarebbe spettata in caso di mancata omologazione del concordato ed apertura di una procedura di liquidazione giudiziale.

Si tratta, nel complesso, di valutazioni pur sempre affidate a criteri piuttosto elastici e non è escluso che anche in futuro l'intervento del giudice in questa materia si manifesterà con

⁴⁸ Per vero, efficacemente sostenuto da M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, in Commentario Scialoja- Branca, , Bologna, Roma, 2014, p.1688

⁴⁹ Così Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *il Fall.*, 2012, p. 142.; I. PAGNI, *Del controllo del tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento)*, in *Corr. giur.*, 2013, p.641.

⁵⁰ G. BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti delle valutazioni del giudice)*, in *Fall.*, 2006, p.1072.

intensità variabile, a seconda della maggiore o minore propensione dei singoli tribunali ad estendere la portata del loro sindacato: e qui la mai sopita tendenza dei giudici di merito a non essere relegati ad attori non protagonisti nella gestione delle procedure concorsuali è rimessa alle (non sempre) prudenti valutazioni dei vari tribunali.

Non va poi sottovalutata l'importanza dell'intervento del giudice nella concessione di misure cautelari e protettive di cui agli artt. 54 e segg. del Codice, spesso decisive per la realizzazione del piano, nell'accordare le quali non è indicato che il giudice debba vagliare la fattibilità (e tanto meno la convenienza per i creditori) del piano di concordato, ma è presumibile che egli tenga conto delle maggiori o minori probabilità di successo di detto piano. Anche sotto questo profilo, dunque, è evidente il ruolo non secondario del giudice, potendo egli invece, in realtà, condizionare fortemente l'esito della prospettata ristrutturazione aziendale con valutazioni che sarebbe davvero riduttivo considerare di natura meramente formale.

In tale direzione è evidente che il pendolo tra autonomia negoziale e potere decisorio del giudice oscilla verso il secondo laddove presupposto, per vero inevitabile, per la concessione delle misure cautelari e protettive richieste è la compiuta analisi da parte del giudice dell'esistenza dei presupposti oltre che di diritto senza dubbio anche di fatto che giustifichino la concessione di tali misure così invasive, e dunque la necessità di accertare compiutamente ogni valutazione.

Con la logica conseguenza che il dibattito intorno alla prevalenza o meno della autonomia negoziale rispetto al ruolo del giudice e viceversa, non trova univoca soluzione posto che la dinamica della composizione della crisi, al netto della procedura prescelta apre la strada, talora, alla volontà negoziale delle parti, talaltra al potere decisione del giudice che integra, completa e a volte sostituisce il contenuto dell'accordo.

4. Segue : la composizione negoziata della crisi di impresa.

La previsione all'interno del codice della crisi di utili strumenti di composizione della crisi impone però che a prevenire l'insolvenza si intervenga in tempi utili attraverso un sistema di allerta che favorisca un tempestivo, se non precoce, rilevamento dei sintomi di crisi che, se non immediatamente fronteggiati, potrebbero compromettere ogni reale possibilità di ristrutturazione finalizzata al mantenimento o al recupero della continuità aziendale.⁵¹

⁵¹ Le Misure urgenti in materia di crisi di impresa e risanamento aziendale recate dal D.L. n. 118/2021 (c.d. "Decreto Pagni"), convertito con modificazioni dalla L. n. 147/2021, hanno suscitato nutrita attenzione da parte della dottrina. Il Decreto Pagni è sembrato inaugurare una nuova (e speriamo anche decisiva) fase di quel cantiere di riforme aperto da troppo tempo, che parrebbe destinato a radicare anche un rilevante "*cambio di cultura*" nel diritto della crisi d'impresa, e non solo nella sua dimensione emergenziale (lo schema di decreto legislativo di modifica al Codice della crisi in circolazione sembra oggi suffragare questa ipotesi). La composizione negoziata appare come uno snodo determinante di tale processo: fulcro logico e innovativo del Decreto Pagni, essa sembra poggiare, solidamente, su una riflessione dottrinarina avviata, anche a livello internazionale, ben prima della pandemia; riflessione che, nell'ordinamento unionale, è culminata, come a tutti noto, a

La necessità di adottare tecniche di *early warning* era ben avvertita già nella Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza ed è stata poi ancor più fortemente ribadita nella già citata Direttiva *Insolvency*. Il legislatore italiano, con la citata legge delega n. 155 del 2017, ha inteso recepire queste sollecitazioni prefigurando un apposito sistema di allerta, volto appunto a far emergere tempestivamente gli eventuali sintomi di crisi dell'impresa, accompagnato da uno strumento di composizione assistita per favorire la ricerca della via più adatta ad impedire la sopravveniente insolvenza.⁵²

Nel Codice gli strumenti di *early warning* sono stati per diversi aspetti modificati, rispetto alla previsione iniziale, ed alla composizione assistita si è sostituita la composizione negoziata della crisi, con l'intento di tracciare un percorso di risanamento aziendale più agevolmente

seguito di un lungo e non semplice *iter* [6] (fatto anche di compromessi e di parziali annacquamenti delle soluzioni inizialmente proposte), nell'approvazione della direttiva "*Insolvency*". Per un'analisi dell'impianto concettuale su cui si fonda la Direttiva n. 2019/1023 si rinvia, tra i tanti, a A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, II, p. 201 ss.; L. STANGHELLINI, *La prososta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, n. 8-9/2017, p. 875 ss.; L. STANGHELLINI-R. MOKAL-C.G. PAULUS-I. TIRADO, *Best practices in Europe Reructuring Contratualised Distreess Resolution in the Shadow of the Law*, Milano, 2018; P. VELLA, *La prima direttiva europea su ristrutturazione ed insolvenza*, in *Foro it*, 2019, V, c. 423 ss. e Id., *I quadri di ristrutturazione preventiva nella direttiva UE 2019/1023 e nel diritto sostanziale*, in *Fallimento*, 2020, p. 1033 ss. Sul recepimento della direttiva in altri Paesi europei cfr., da ultimo, C.G. PAULUS—R. VAN GALEN, *L'attuazione della direttiva Insolvency nell'esperienza dei Paesi Bassi e Germania*, in *Dir. crisi*, 14 febbraio 2022.

⁵² L'istituto in questione è stato oggetto di ampi commenti nonché di interventi della giurisprudenza di merito e legittimità che hanno alimentato il dibattito evidenziando criticità e prassi anche virtuose. Assai chiara, sul punto, è la stessa Relazione illustrativa del decreto, che espressamente qualifica la composizione negoziata come un "nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà, di tipo negoziale e stragiudiziale, sottolineando anche il fatto che tale preferenza verso l'iniziativa di parte e la scelta di rimedi – almeno in prima battuta – di tipo esclusivamente "negoziale" (a meno che non sia lo stesso imprenditore in difficoltà a richiedere interventi protettivi e riequilibrativi al Tribunale appariva congrua alla situazione di insolvenza diffusa per cause soprattutto esogene che si intendeva affrontare. Come è stato ben evidenziato, "in queste circostanze lo strumento negoziale è [stato ritenuto] quello più adatto anche perché non è imperniato sulla contrapposizione tra debitore e creditori, ma piuttosto sulla ricerca congiunta di una risposta adeguata al problema che affligge tutti cercando di puntare alla conservazione della relazione economica. L'accordo si proietta oltre la soluzione del debito. Sempre secondo la Relazione, in una dimensione quasi di ottimo paretiano, la Composizione dovrebbe far sì che attraverso "il risanamento dell'impresa [si garantisca] il ripristino delle sue capacità solutorie [ciò che] rappresenta per tutti i creditori la migliore alternativa rispetto alla gestione della crisi in sede concorsuale". Nella composizione negoziata la salvaguardia della continuità aziendale diventa non più "valore-mezzo" (di tutela degli interessi del ceto creditorio), ma "valore-fine", ossia valore tutelato in sé. Occorre tuttavia segnalare che in occasione della conversione in legge sono state introdotte alcune modifiche al testo governativo che appaiono, almeno in parte, distoniche rispetto al resto dell'articolato. Così, S. LEUZZI, *Profili evolutivi del valore della continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, op.cit. In dottrina, si segnalano, V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 2021; A. GHEDINI—M.L. RUSSOTTO, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, ivi, 2021; V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) codice della crisi*, ivi, 2022; F. SANTANGELI, *Le finalità della composizione negoziata per la soluzione delle crisi di impresa*, ivi, 2022; ID, *Il codice della crisi di impresa e della insolvenza*, a cura di F. SANTANGELI, Milano, 2023; S. ROSSETTI, *Presupposti e condizioni per l'accesso alla composizione negoziata. Il valore perseguibile: il risanamento della impresa*, in *Diritto della crisi*, 2023; M. ZONCA - J. FOSSATI, *I limiti di accesso alla CNC in presenza di un ricorso per la apertura della liquidazione giudiziale*, ivi, 2024.

percorribile per l'imprenditore in crisi e di eliminare alcuni aspetti che avrebbero potuto intimidirlo inducendolo a non intraprendere tempestivamente quel percorso.

Va segnalato che, sin da principio, si è (almeno apparentemente) imposta l'idea che questa fase precoce di analisi e di contrasto alla crisi dovesse avere carattere non solo riservato, ma anche stragiudiziale.

Il vero fulcro logico della nuova composizione negoziata sembra essere quello della risanabilità che, evidentemente, si predica del (e inerisce al) l'impresa in sé, obiettivamente considerata.⁵³

La risanabilità dell'impresa costituisce, infatti, il primo e indefettibile presupposto-requisito che deve ricorrere perché si possa accedere alla composizione (dovendo essere ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa): su di essa sono stati costruiti tanto l'onere probatorio gravante sull'impresa (art. 3, 2° comma, e art. 7, 2° comma, lett. e) quanto il mandato conferito all'esperto, che fin dalla prima audizione è tenuto a "valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento"; soprattutto, da essa dipende l'esito stesso della "procedura"⁵⁴, posto che l'istanza deve essere archiviata de plano laddove un tale risultato non sia ragionevolmente perseguibile (art. 5, 5° comma).

Per vero, la nuova composizione negoziata appare ancor più chiaramente preordinata a dare priorità al salvataggio dell'impresa (nel senso sopra precisato), tutelando cioè in via diretta la continuità aziendale, ed in questo supera, piuttosto nettamente, l'assetto di interessi definito, sul punto, dal Codice.⁵⁵

Infatti – come validamente osservato – mentre il Codice ha sposato in sostanza un'impostazione qualificabile come *creditor-oriented*, nel Decreto la filosofia della *business rescue* (e della salvaguardia della continuità aziendale che ne è il corollario) è stata indubbiamente privilegiata, imprimendo alla Composizione, con la complicità della contingenza pandemica, un orientamento più nettamente *debtor-oriented*.⁵⁶ Condivisibile è il tentativo svolto autorevolmente per accreditare questo risultato anche attraverso un diverso percorso logico-argomentativo, che valorizza la composizione negoziata quale momento e strumento per la costituzione di una "comunità"

⁵³ I. PAGNI - M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., p. 18 ss. e N. ABRIANI, *Concordato preventivo e ristrutturazione dell'impresa dopo il D.L. n. 118/2021: Que reste-t-il?*, in *Dir. crisi*, 16 febbraio 2022. In termini più generali, sulla centralità di tale concetto nel nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza si veda A. MAFFEI ALBERTI, Prefazione, in AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi*, a cura di Ambrosini, Torino, 2021.

⁵⁴ La tesi che la composizione negoziata non sia, infatti, in senso proprio, una procedura concorsuale v. S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., in partic. p. 11 ss. e ora, quasi a mo' di "interpretazione autentica", I. PAGNI-M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Dir. crisi*, 2021. p. 9.

⁵⁵ S. LEUZZI, *op.cit.* Sul punto si veda anche A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!* in *Diritto della crisi*, 21.10.2021.

⁵⁶ S. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del CCI: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, cit.; sul punto si veda anche A. JORIO, *op. ult.loc. cit.*

di interessi intorno alla vicenda di crisi, richiamando i doveri di solidarietà che la Costituzione impone all'interno della comunità sociale; doveri che potrebbero allora giocare un ruolo rilevante anche nella più piccola "comunità" che la crisi dell'impresa inevitabilmente crea e costituisce, in termini anche di relazioni e rapporti giuridici.⁵⁷ In questo senso la composizione, proprio per la sua spiccata "negozialità", mediata in prima battuta dall'esperto (e ove necessario, in seconda battuta, dall'intervento protettivo o riequilibrativo dei rapporti affidato al giudice), consentirebbe di pervenire più agevolmente ad una soluzione di risanamento e salvataggio dell'impresa, in grado di distribuire gli oneri e i sacrifici a ciò necessari, in modo bilanciato, su tutte le parti in causa.

Questo carattere è oggi rafforzato dal fatto che la segnalazione dei sintomi di crisi da parte degli organi di vigilanza dell'impresa e di alcuni creditori qualificati è destinata ad innestare un dialogo che si svolge unicamente tra i segnalanti ed i gestori dell'impresa stessa, e sono solo questi ultimi poi a decidere se avvalersi o meno della composizione negoziata, ove ricorrano le condizioni previste dall'art. 12 del Codice, senza che il giudice debba essere chiamato in causa.

E' prevista invece una nuova figura, quella dell'esperto, ed è lui che si presenta, sotto molti aspetti, come il vero *dominus* della composizione negoziata, nel cui ambito svolge al tempo stesso la funzione di facilitatore di possibili accordi tra debitore e creditori e di vigile controllore della correttezza dei comportamenti delle parti interessate. L'esperto però non è di nomina giudiziale (al presidente della sezione del tribunale specializzata in materia di imprese spetta solo la designazione di uno dei tre componenti la commissione, istituita presso la camera di commercio, cui tocca la nomina dell'esperto), egli non opera sotto il controllo di un giudice e non può considerarsi un suo ausiliario.

Per vero, la composizione negoziata manifesta l'intento di affidare la possibile risoluzione della crisi all'autonomia negoziale dei soggetti interessati, anziché al giudice per l'effetto il pendolo tra negozio e processo oscilla verso il primo.

Anche in questo ambito, però, il ruolo del giudice potrebbe risultare - e nella maggior parte dei casi presumibilmente risulterà - per nulla marginale.

Al giudice, come già s'è detto, non spetta decidere se vi siano o meno le concrete possibilità di risanamento dell'impresa, che costituiscono il necessario presupposto della composizione negoziata, ma è pur sempre a lui che occorre rivolgersi se si vogliono ottenere misure protettive o cautelari, che si rivelano quasi sempre indispensabili per il buon esito

⁵⁷ M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, cit., per il quale tutti dobbiamo maturare la consapevolezza che risolvere la crisi di una impresa è un modo per accrescere le risorse del nostro Paese e questa consapevolezza, da sola, esprime un principio di solidarietà; se non ci sono valori da salvare, una scelta solidale è quella di evitare distruzione di ricchezza, mentre se un valore è ancora presente, una scelta solidale è dare fiato alla prosecuzione dell'attività d'impresa, non già per una sterile e fittizia solidarietà occupazionale, ma per favorire una creazione di ricchezza in grado di spalmarsi su più attori.

dell'iniziativa; restano pure affidate al giudice le eventuali decisioni di conferma, revoca o riduzione della durata di tali misure (artt. 18 e 19 del Codice).

Parimenti, è ancora al Tribunale che spetta, se richiesto, autorizzare il debitore sia a contrarre finanziamenti prededucibili sia a trasferire a terzi l'azienda o rami di essa (art. 22). Inoltre, il Tribunale interviene anche nell'eventuale rinegoziazione dei contratti di durata resi eccessivamente onerosi a causa dell'epidemia da Covid-19 (art. 10, comma 2, del D.L. n. 118 del 2021), quando l'esperto abbia invano sollecitato le parti a rivedere secondo buona fede il contenuto del contratto in corso, rideterminandolo d'autorità secondo criteri equitativi.

Nel pronunciare tali provvedimenti è inevitabile che il giudice si interroghi anche sulle concrete possibilità di risanamento dell'impresa e sull'idoneità dei mezzi prescelti per realizzarla.

Ciò appare evidente per le autorizzazioni del Tribunale a contrarre finanziamenti ed a trasferire l'azienda, che il citato art. 22 subordina alla verifica della funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, riferita quest'ultima ai singoli atti per i quali è chiesta l'autorizzazione ma che, inevitabilmente, comporta anche una più generale valutazione dell'esistenza di quelle ragionevoli prospettive di risanamento dell'impresa da cui l'utilità stessa della negoziazione assistita dipende e la cui eventuale mancanza non potrebbe non riflettersi sulla funzionalità degli atti di cui è richiesta l'autorizzazione. Anche nelle altre situazioni sopra descritte, nelle quali è previsto l'intervento del giudice nella fase di composizione negoziata della crisi, è difficile immaginare che possa davvero prescindere da una preliminare valutazione dell'effettiva sussistenza dei requisiti occorrenti per intraprendere e svolgere quel tipo di percorso negoziale. Non è pensabile che un Tribunale pronunci provvedimenti cautelari o protettivi, capaci di incidere significativamente su diritti ed interessi dei soggetti coinvolti, senza verificare l'esistenza delle condizioni preliminari indispensabili per il raggiungimento del fine ultimo cui tendono la composizione negoziata ed i provvedimenti ad essa strumentali.

Significativo al riguardo è che l'art. 19, comma 4, del Codice non soltanto prescriva che in questi casi l'esperto sia chiamato ad esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste, ma preveda altresì la possibilità per il giudice di avvalersi di un ausiliario (ovviamente da non confondere con l'esperto appena menzionato) soprattutto per supportarlo in valutazioni di tipo aziendalistico.

Insomma, pare che neppure il carattere stragiudiziale che si è inteso assegnare alla composizione negoziata della crisi debba essere troppo enfatizzato, o almeno occorrerebbe precisare che si tratta di un carattere non certo assoluto, ma destinato non di rado a coniugarsi con la possibilità di interventi giudiziali tutt'altro che marginali e, probabilmente, per nulla rari.

5. Considerazioni conclusive

A conclusione della presente indagine, potrebbe affermarsi che il recupero dell'autonomia privata nell'ambito delle procedure concorsuali privatizzate, conseguenti alle riforme del biennio 2005-2007 e fino al codice della crisi, non comporta per nulla la sottrazione dell'area della negozialità concorsuale a qualsiasi controllo giurisdizionale diverso da quello meramente formale o notarile.

Al contrario, se, come si è visto, anche nel suo campo d'elezione dei contratti prettamente civilistici l'autonomia negoziale incontra limiti e vincoli che, soprattutto negli ultimi anni, sono finalizzati a ricercare una tendenziale giustizia contrattuale (pur con le cautele che tale ultimo concetto impone), a maggior ragione ciò vale nell'ambito concorsuale, nel quale entrano in gioco interessi quanto meno superindividuali.

Il che, evidentemente, non significa recuperare un ormai improbabile ruolo attivo della giurisdizione (il vecchio giudice delegato - gestore), sostitutivo della regolamentazione pattizia, ma entrare nel vivo della libertà negoziale, per consentirne una piena e consapevole esplicazione su basi tendenzialmente paritarie e conformi a legge.

In sostanza, come bene è stato evidenziato, la negozialità e le regole di diritto privato possono considerarsi maggiormente idonee a disciplinare proficuamente la crisi d'impresa, ritenendo le parti capaci di autoregolamentarsi in quel settore, a condizione che l'autonomia privata non si traduca in assenza di regole, giustificando la legge del più forte.⁵⁸

Infatti, come detto, nell'ambito dell'annosa competizione tra economia e diritto, che vede prevalere le esigenze della prima, è chiaro che affidando il governo della crisi d'impresa al c.d. mercato non sono i creditori in quanto tali ad avere più potere, ma sono talune classi di creditori quelle più strutturate e forti, che possono avere il sopravvento e come questo coincida con l'idea di una seria tutela del credito è tutto da dimostrare, non potendo il diritto essere piegato per sostenere l'economia quando ciò crei un *vulnus* alle ragioni di tutti.⁵⁹

Occorre chiedersi come la giurisdizione debba operare, nell'ambito dell'alternativa tra giudice "facilitatore" e giudice "stabilizzatore",⁶⁰ cioè tra un soggetto istituzionale che segue e promuove dall'esterno, in modo informale o formale, la fase delle trattative prodromiche all'accordo tra debitore e creditori o che si limita a svolgere (anche o solo) una funzione di consolidamento giuridico (o stabilizzazione che dir si voglia) dell'accordo stesso, in nome dell'ordinamento statuale, dandogli, così, una forza cogente che altrimenti non avrebbe (si

⁵⁸In tal senso G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p.302.

⁵⁹M. FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *il Fall.*, 2008, p.5. V. anche le riflessioni critiche svolte da G. MINUTOLI, *Autonomia privata e ruolo del professionista negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall. & crisi d'impresa*, 2008, V, p. 447 ss., nonché da L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, p.620 s. e G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p.26.

⁶⁰ L.STANGHELLINI, *op. cit.*, p.314 s.

pensi all'omologazione del concordato o a quella degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l.f.*).

Tentando poi di rispondere all'interrogativo iniziale, si può sostenere che l'evoluzione dell'ordinamento italiano si è orientata, in via di principio, anche sulla scorta di sollecitazioni derivanti dalla normativa sovranazionale europea, a consentire la ristrutturazione di imprese in crisi, almeno a certe condizioni, senza l'intervento del giudice, ma che, senza quell'intervento, la ristrutturazione spesso non sarebbe realisticamente ipotizzabile.

L'effettiva incidenza della presenza attiva del giudice in tal genere di vicende è ovviamente variabile, come variabili sono le fattispecie normative e le situazioni concrete in cui essa può manifestarsi. Da molte parti si auspica che essa sia il più possibile contenuta, alla luce del generale maggior favore mostrato dai legislatori europeo e nazionale per gli strumenti di ristrutturazione, che si vorrebbero rimessi al libero gioco della volontà negoziale delle parti e rispetto ai quali il giudice dovrebbe fungere solo da garante della legalità.

Almeno entro certi limiti, l'intervento giudiziale continua però a rivelarsi indispensabile in situazioni di questo tipo, per due ragioni di fondo: perché non può farsi a meno di un controllo di legalità, che però quasi mai è svincolato dalla necessità di bilanciare interessi diversi, talora concomitanti ma più spesso conflittuali, ed è in ultima analisi al giudice, per la sua naturale e particolarmente spiccata caratteristica di imparzialità, che quel bilanciamento finisce per esser affidato; ed, inoltre, perché tra i diversi interessi di cui occorre tener conto ve ne sono anche di quelli che fanno capo a soggetti terzi, o comunque non dotati di adeguati strumenti di autotutela, per i quali quindi è imprescindibile la garanzia di un controllo giudiziale che non sia di mera legittimità formale.

Perché ciò avvenga in modo fisiologico, evitando che l'intervento del giudice si risolva in un fattore d'imprevedibilità e, quindi, d'inefficienza degli strumenti volti a favorire la ristrutturazione aziendale ed a scongiurare la dispersione dei valori dell'impresa, o che quell'intervento sia comunque avvertito come tale, sarebbe però indispensabile assicurare un più elevato grado di specializzazione dei magistrati chiamati ad occuparsi di questa materia.⁶¹

A ciò va ad aggiungersi la non secondaria circostanza per la quale dalla ricostruzione del rapporto di responsabilità patrimoniale - anche dell'imprenditore - in termini sostanziali, invece che processuali, consegue che le limitazioni convenzionali della responsabilità configurerebbero una parziale rinuncia del creditore proprio a quella situazione sostanziale evocata come "garanzia generica", venendo così meno, con la negazione della natura processuale della responsabilità patrimoniale, ogni argomento per dubitare che l'autonomia negoziale possa disporre dello statuto della responsabilità patrimoniale e che risulti

⁶¹ L'impulso che anche a tal riguardo proviene dal diritto sovranazionale europeo e dal confronto con la realtà di altri Paesi comparabili al nostro avrebbe dovuto spingere ad interventi normativi in questa direzione. Lo si era infatti previsto nel corso dei lavori da cui è scaturito il Codice e nella citata legge delega del 2017, ma non se ne è fatto poi praticamente nulla.

definitivamente infranto il tabù del monopolio statale dell'esecuzione forzata, e più in generale di quella concorsuale, così confermando che la oscillazione del pendolo tra negozio e processo, dunque tra autonomia negoziale e poteri del giudice nelle procedure di composizione della crisi di impresa, trova nel codice una soluzione quasi di ragionevole (?) compromesso che coniuga non senza difficoltà interpretative e di prassi applicativa il difficile rapporto tra la volontà dell'imprenditore e la decisione del giudice, entro il delicato e talora ristretto perimetro in cui si muovono la libertà delle parti (imprenditore e creditori) e potere del giudice nella composizione della crisi di impresa.

Giulio Nicola Nardo
Associato dell'Università della Calabria



FABIO SAVINO

Un nuovo modello definitorio: le ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto della domanda. Tra tanti interrogativi e un possibile argomento per l'estensione del reclamo quale rimedio contro i provvedimenti sommari non cautelari.

L'analisi parte dalla disciplina delle neo-introdotte ordinanze di accoglimento e rigetto della domanda disciplinate dagli art. 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c. Muovendo dall'esame delle caratteristiche e dal loro possibile inquadramento sotto il profilo strutturale e funzionale, si sofferma sui molteplici aspetti controversi e sulla scelta del legislatore di individuare il rimedio impugnatorio nel reclamo cautelare. L'indagine evidenzia, da un lato, le possibili asimmetrie e, dall'altro, il possibile sbocco ermeneutico del richiamo all'art. 669-*terdecies* c.p.c., quale possibile fondamento dell'estensione del reclamo, come rimedio utilizzabile anche per i provvedimenti sommari non cautelari.

The analysis starts from the regulation of the newly introduced orders for acceptance and rejection of the application governed by the art. 183-*ter* and 183-*quater* c.p.c. Starting from the examination of the characteristics and their possible classification from a structural and functional point of view, it focuses on the many controversial aspects and on the legislator's choice to identify the appeal remedy in the precautionary complaint. The investigation highlights, on the one hand, the possible asymmetries and, on the other, the possible hermeneutic outcome of the reference to the art. 669-*terdecies* c.p.c., as a possible basis for the extension of the complaint, as a remedy that can also be used for non-precautionary summary measures.

Sommario: 1. Qualche considerazione preliminare sulle nuove ordinanze definitive: dall'idea della Commissione Luiso alla previsione degli articoli 183-*ter* c.p.c. e 183-*quater* c.p.c. – 2. L'ordinanza di accoglimento della domanda – 2.1. Il possibile inquadramento funzionale e strutturale dell'ordinanza di accoglimento della domanda – 3. L'ordinanza di rigetto della domanda – 3.1 La possibile funzione dell'ordinanza di rigetto – 4. Il rimedio impugnatorio comune ad entrambe le ordinanze: il reclamo ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. – 5. Osservazioni finali: il richiamo alla disciplina dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. quale possibile supporto per l'estensione dell'ambito applicativo del reclamo cautelare

1. Qualche considerazione preliminare sulle nuove ordinanze definitive: dall'idea della Commissione Luiso alla previsione degli articoli 183-*ter* c.p.c. e 183-*quater* c.p.c.

Un dato probabilmente esprime più di ogni altro il motivo per cui processo civile italiano sia tutt'altro che efficiente.

In Italia, la durata media di una controversia civile è stimata in 850 giorni, ovvero quasi il triplo di quanto avviene in Francia e Spagna, ove si riduce rispettivamente in 347 e 330 giorni, e più del doppio rispetto alla Germania, ove aumenta di poco a 409 giorni¹.

Tuttavia, non è solo l'eccessiva durata del processo ad incidere negativamente sul sistema produttivo complessivamente inteso.

Esistono, infatti, molteplici interrelazioni tra il funzionamento del sistema giudiziario di un determinato paese e l'efficienza e la competitività del suo sistema produttivo, al punto che il primo finirebbe per spostarsi dalla tradizionale funzione di asse servente alla tutela dei diritti, per collocarsi ad un livello più propriamente (macro)economico, come uno dei possibili fattori di attrattività per gli investimenti esteri e per le nuove attività di impresa².

In tale prospettiva, si inserisce l'affermazione secondo cui una tutela rapida ed efficace dei diritti di credito, del diritto di proprietà e del rispetto dei contratti sia elemento essenziale per il buon funzionamento delle economie di mercato: un sistema che assicuri una tutela rapida ed efficace dei diritti determina una valutazione positiva dell'impatto del sistema giudiziario sull'economia ed è in grado di generare un incremento della fiducia per attrarre gli investimenti verso il paese.

Pertanto, se la tutela dei diritti di proprietà (anche intellettuale) si rileva efficace, gli incentivi al risparmio, all'investimento e all'avvio di nuove attività d'impresa, e all'espansione di quelle esistenti potranno risultare maggiori, con riflessi positivi sulle prospettive di crescita nel medio-lungo periodo del paese.

¹ Si pensi che nell'ultimo report della Banca Mondiale, l'Italia si colloca al 122° posto su 190 Paesi nella classifica che considera costi e tempo delle controversie civili. Il report 2021 della Commissione Europea assegna al nostro Paese uno degli ultimi posti in rapporto alla durata ed al numero di processi civili pendenti. Si veda al riguardo, EUROPEAN COMMISSION, *The 2021. EU justice*, in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/eu_justice_scoreboard_2021.pdf.

² Annualmente, la Banca Mondiale fornisce agli investitori commerciali una classifica che considera tempi e costi di risoluzione delle controversie giudiziarie di natura commerciale, tanto che nel report del 2020, *Doing business in 2020*, in www.worldbank.org, p. 33 si legge che "le riforme giudiziarie improntate alla qualità, alla velocità e all'accesso al sistema giudiziario favoriscono la produttività e lo sviluppo economico", influenzando direttamente sulla produttività delle imprese.

Ed allora, non sorprende che l'ultima riforma del processo civile³ portata a compimento con il d.lg. 10 ottobre 2022 n. 149⁴ avesse l'obiettivo primario di migliorare l'efficienza del sistema giudiziario, nel tentativo di pervenire ad una riduzione della durata del processo.

Volendo sintetizzare le direttrici degli interventi di riforma che hanno interessato il processo di cognizione, può rilevarsi come esse tendano, per un verso, alla semplificazione dell'attività processuale nell'ottica della razionalizzazione e speditezza e, per altro verso, all'aumento della

³ Va qui ricordato come il profilo dell'efficienza del sistema giudiziario costituisse una delle sezioni del Piano Nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) presentato nel 2021 alla Commissione Europea. Esso aveva tra i propri obiettivi quello di conseguire una diminuzione del tempo medio di definizione dei procedimenti e, più nello specifico, di ridurre nella misura del 40% entro giugno 2026 i tempi di trattazione dei procedimenti contenziosi civili e commerciali rispetto al 2019, in modo da abbattere la complessiva durata del procedimento civile per i tre gradi di giudizio dalla media di 2512 giorni a 1507 giorni, oltre alla riduzione del contenzioso arretrato nella misura del 65% per i tribunali e del 55% per le corti d'appello, entro la fine del corrente anno e nella misura del 90% nei tribunali e nelle corti d'appello entro giugno 2026. Il PNRR prefigurava 4 livelli di azione attraverso cui: a) favorire il ricorso agli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, ADR (*Alternative dispute resolution*) con la previsione del rafforzamento delle garanzie di imparzialità dell'arbitro, dell'estensione dell'ambito applicativo della negoziazione assistita e della mediazione e l'introduzione di incentivi economici e fiscali per favorirne l'uso; b) programmare una riforma del processo che contrasti le più evidenti disfunzioni registrate nelle prassi applicative, da attuarsi non mediante una modifica radicale dell'impianto, bensì attraverso un intervento selettivo che consideri un rispettoso utilizzo del calendario del processo e comunque una più efficace gestione della fase istruttoria, una più accentuata digitalizzazione del processo, e quanto all'appello, un potenziamento del filtro di ammissibilità e la previsione di delegare la gestione delle udienze e l'assunzione dei mezzi di nuovi mezzi di prova a un solo consigliere, e ancora quanto al giudizio di Cassazione, la valorizzazione dei principi di sinteticità ed autosufficienza degli atti di parte, la realizzazione della definizione mediante la pronuncia in camera di consiglio, la valorizzazione del ruolo nomofilattico mediante l'introduzione del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di merito; c) prevedere interventi che garantiscano la semplificazione delle forme e dei tempi del processo esecutivo attraverso l'abrogazione della formula esecutiva, la generale riduzione nell'espropriazione forzata immobiliare dei termini per il deposito della certificazione ipocatastale, il potenziamento della delega al professionista e con specifici interventi in tema di custodia e liberazione dell'immobile pignorato, con l'introduzione del meccanismo della vendita diretta del bene pignorato da parte del debitore ed ancora, quanto all'espropriazione mobiliare presso terzi con una semplificazione della procedura, e con l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di imporre la misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.; d) intervenire nel settore del contenzioso della famiglia per sciogliere problemi legati alla presenza di organi giudiziari diversi ed individuare un rito unitario per i procedimenti di separazione, divorzio e per quelli relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli nati al di fuori del matrimonio.

⁴ Come noto, il percorso di riforma era stato avviato dal disegno di legge n. 1662 recante la "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie" oggetto del lavoro della Commissione ministeriale ed oggetto, altresì di successivi emendamenti, tra cui in particolare il maxiemendamento del governo composto di un unico articolo di 44 commi, che porterà alla legge 26 novembre 2021 n. 206, entrata in vigore il 24 dicembre 2021 di delega al Governo per la riforma del processo civile, da attuarsi entro un anno dall'entrata in vigore, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali. Gli obiettivi indicati nella legge delega erano quelli di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile da realizzarsi anche per altro verso, ovvero mediante la modifica di disposizioni sostanziali e processuali in materia di diritto di famiglia, esecuzione forzata e accertamento dello stato di cittadinanza. In data 28 settembre 2022 è stato definitivamente approvato definitivamente il testo del decreto legislativo poi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 17 ottobre 2022, ovvero il d.lg. n. 149 del 10 ottobre 2022.

possibilità di adattare il processo alla complessità della causa, in funzione del principio di proporzionalità⁵.

Così, appaiono coerenti con gli obiettivi di semplificazione, concentrazione ed effettività della tutela per la ragionevole durata, le modifiche alla struttura del processo ordinario di cognizione, sia nel giudizio di primo grado⁶, che in quello di impugnazione⁷, la previsione dell'unificazione dei riti contenziosi in materia di persone, minorenni e famiglia⁸, le innovazioni al processo esecutivo⁹, quelle in tema di digitalizzazione¹⁰ ed organizzazione del processo¹¹, nonché quelle relative alle procedure alternative di risoluzione delle controversie ed in particolare quelle di mediazione e negoziazione assistita¹², senza trascurare, infine, le novità nel giudizio arbitrale¹³.

Più allineata alla valorizzazione del principio di proporzionalità, nell'ottica di adeguare l'articolazione del processo alla complessità della causa, può essere valutata l'introduzione del rito semplificato di cognizione previsto per le cause più semplici¹⁴.

⁵ Sul punto, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206, Torino, 2023, p. 6 ss.

⁶ Si pensi all'obbligo di fissare il calendario del processo alla prima udienza o la sostituzione dell'udienza di precisazione delle conclusioni con le memorie scritte.

⁷ Si pensi alla figura del consigliere istruttore o alla modifica della disciplina dei filtri di ammissibilità, alla modifica della definizione dei ricorsi per cassazione inammissibili, improcedibili o manifestamente fondati o infondati o, ancora, all'introduzione del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di merito.

⁸ Chiaramente il riferimento è all'introduzione del Tribunale delle persone, dei minorenni e delle famiglie.

⁹ Qui il riferimento è alla abolizione della formula esecutiva, al nuovo istituto della vendita diretta ad istanza del debitore e al potenziamento della delega della vendita forzata al professionista.

¹⁰ E' stato generalizzato l'obbligo di deposito telematico degli atti processuali ed è stata introdotta la possibilità di tenere le udienze da remoto, o mediante trattazione scritta con lo scambio di note.

¹¹ Il riferimento è all'ufficio per il processo per il quale sono state ordinate le funzioni con l'autonomo d. lg. n. 151/2022 per affinare l'attività ed il lavoro preparatorio della decisione.

¹² Quanto alla mediazione, sono stati introdotti specifici incentivi fiscali a sostegno della procedura, ne è stato esteso l'obbligo come condizione di procedibilità della domanda alla controversie con oggetto i rapporti di durata ed è stata rafforzata quella demandata dal giudice. Quanto alla negoziazione assistita, essa è stata estesa anche alle controversie di lavoro ed è stata prevista la possibilità di esperire attività istruttoria nel corso della procedura con l'acquisizione di dichiarazioni di testi, nonché di dichiarazioni confessionarie.

¹³ Qui si è provveduto al rafforzamento dell'imparzialità ed indipendenza degli arbitri e si è eliminato il divieto di pronunciare misure cautelari nei casi in cui le parti abbiano espresso una volontà in tal senso.

¹⁴ Ciò ha dato luogo alla abrogazione degli articoli 702-bis, ter e quater che prevedevano il procedimento sommario di cognizione e sostanzialmente e alla trasposizione nel secondo libro, mediante l'introduzione del rito semplificato.

Una valutazione in parte distinta meritano invece le ordinanze di accoglimento e rigetto della domanda, introdotte agli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c.¹⁵ che paiono intercettare entrambe le direttrici della riforma e di cui *prima facie* non può che colpire la massima aspirazione deflattiva di provocare la chiusura anticipata del processo.

Sebbene maggiormente funzionali all'idea di graduazione dell'attività processuale, esse ben si adeguano anche all'obiettivo di concentrazione e semplificazione del processo, soprattutto in rapporto alla esigenza di ridurre la possibile durata, provocandone la chiusura anticipata¹⁶.

Con tali provvedimenti, approdano nel processo civile due nuove tipologie di ordinanze che nelle più ottimistiche previsioni dovrebbero definirlo più rapidamente, chiudendolo senza attendere la pronuncia della sentenza, pur senza essere idonee a determinare la formazione del giudicato.

Per delineare il possibile inquadramento, tanto a livello strutturale, quanto a livello funzionale, si rivela utile ricordare l'*iter* che ne ha segnato l'introduzione, culminato poi nelle nuove disposizioni degli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c. che palesano un distacco alquanto

¹⁵ In argomento, si sono già registrati numerosi contributi tra cui: A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206, op. cit.*, p. 55 ss.; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 84 ss.; G.P. CALIFANO, *Le nuove ordinanze decisorie di cui agli artt. 183-ter e quater, c.p.c.*, in questa rivista, 2023, p. 268 ss.; B. CAPPONI, *Sulla nuova ordinanza di rigetto – 183 quater c.p.c.*, in *Foro it.*, 2022, V, p. 299 ss.; ID., *Sulla nuova ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)*, in www.judicium.it; A. D'ADDAZIO, *Ordinanze di accoglimento e di rigetto (artt. 183-ter, 183-quater c.p.c.)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, p. 312 ss.; G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze "divinatorie" nella delega del processo civile*, in questa rivista, 2022, p. 246 ss.; L. GALANTI, *Le nuove ordinanze definitorie del giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. e civ.*, 2023, p. 947 ss.; M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 390 ss.; F. GIGLIOTTI, *Le c.d. ordinanze definitorie. Prime riflessioni*, in www.questionegiustizia.it; S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 613 ss.; R. METAFORA, *Le nuove ordinanze di manifesta fondatezza ed infondatezza introdotte dalla riforma del processo civile*, in *Giustizia Civile.com* del 12 gennaio 2023; A.R. MINGOLLA, *I provvedimenti provvisori*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023, p. 121 ss.; R. PEZZELLA, *Riforma del processo civile: le ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto della domanda*, in ilProcessocivile.com del 15 novembre 2022; G. SCARSELLI, *I punti salienti della riforma del processo civile di cui al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, in www.giustiziainsieme.it, 8 ss.; M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in questa rivista, 2023, p. 241 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Le nuove ordinanze definitorie (art. 183 ter e 183 quater c.p.c.)*, in *Foro it., Gli speciali*, 2022, 4, p. 105 ss.; D. TURRONI, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – La definizione anticipata del giudizio – artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.*, in *Giur.it.*, 2023, p. 454 ss.

¹⁶ Tuttavia, è evidente per come sono state congegnate che le due ordinanze provvisorie non possano determinare a monte, o meglio in fase di ingresso, una riduzione del numero dei processi, posto che esse vengono pronunciate nel corso del giudizio ordinario che devia verso un possibile snodo sommario, abbandonando appunto i binari della cognizione piena. Sul punto si rinvia compiutamente ai successivi § 2; 2.1; 3 e 3.1.

netto, rispetto all'idea originaria avanzata dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Luiso¹⁷ e da cui, peraltro, già la legge delega¹⁸ si era allontanata.

Si ricorderà, come la Commissione ministeriale avesse indicato tra le novità funzionali alla semplificazione e accelerazione del processo la possibile introduzione di un (nuovo) procedimento sommario non cautelare, utilizzabile al di là dei casi del procedimento per ingiunzione, regolato secondo il modello dell'art. 669-sexies c.p.c. e volto ad ottenere un provvedimento esecutivo, reclamabile, ma inidoneo al giudicato.

A tal fine, aveva ipotizzato l'inserimento del nuovo capo III – *bis* del libro IV del codice di rito denominato "Ordinanza di condanna con riserva"¹⁹.

Si sarebbe trattato di un provvedimento anticipatorio affrancato dal requisito dell'urgenza, plasmato tendenzialmente sul modello del *référé provision* francese ed ottenibile tanto in via principale, ovvero autonomamente e prima dell'inizio del processo, quanto nel corso del giudizio di primo grado²⁰.

¹⁷ E' la commissione istituita con il d.m. 12 marzo 2021 per provvedere a "«a. alla stesura di un documento nel quale siano delineate, anche mediante la prospettazione di alternative, le misure più idonee ad assicurare maggiore efficienza al processo civile e agli strumenti ad esso alternativi; b. alla formulazione di proposte di possibili emendamenti al disegno di legge delega AS 1662, anche tenendo conto di quanto già elaborato dagli uffici tecnici del Ministero della giustizia»".

¹⁸ Tra i vari commenti alla legge delega si vedano: P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021, p. 34 ss.; S. BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in questa rivista, 2022, p. 268 ss.; G. COSTANTINO, *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Bari, 2022, p. 180 ss.; R. TISCINI, *Nuove proposte di tutela sommaria tra il progetto Luiso e il suo "brutto anatrocchio"*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2021, 5, p. 1217 ss.; ID., *Impressioni a caldo sulla sommarietà nel progetto di riforma Luiso, in attesa che il caldo estivo ne chiarisca gli esiti*, in www.judicium.it; G. TOMBOLINI, *Note "a caldo" sulla nuova legge delega di riforma della giustizia civile*, in www.judicium.it.

¹⁹ Si immaginava che: "1) prima dell'inizio del processo di cognizione e nel corso del giudizio di primo grado, con riferimento alle controversie di competenza del tribunale in materia di diritti disponibili, il giudice possa, su istanza di parte, pronunciare ordinanza provvisoria di accoglimento, in tutto o in parte, della domanda proposta, nel caso i cui i fatti costitutivi siano provati e le difese del convenuto appaiano manifestamente infondate; 2) l'ordinanza di accoglimento sia reclamabile ai sensi dell'art. 669 terdecies del codice di procedura civile e non acquisti mai efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., né possa avere autorità in altri processi; 3) per la pronuncia prima dell'inizio del processo, si utilizzi il procedimento di cui all'art. 669 sexies, primo comma, c.p.c. e sia prevista anche la liquidazione delle spese giudiziali".

²⁰ Nel nostro ordinamento un possibile modello assimilabile all'idea della Commissione Luiso si poteva rinvenire nell'abrogato rito sommario di cognizione per le controversie societarie di cui all'art. 19 d.lg. n. 5 del 2003, mentre oltre confine può rilevarsi una certa assonanza oltre che con il citato modello del *référé provision* francese, anche con il *summary judgment* inglese. Su tale profilo, si veda M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, op. cit., p. 244 ss. Per uno specifico approfondimento della procedura per *référé* si veda per tutti, J.V. D'AMICO, *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio. Profili di comparazione italo-francese*, Napoli, 2018, p. 1 ss. e specificamente per il *référé provision*, p. 170 ss.

L'emendamento del governo Draghi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII ha allontanato la legge delega²¹ dal proposito originario, al punto che il legislatore delegato all'art. 1 comma 5 lettere o), p) e q) ha previsto due ordinanze (sommarie) da inserire nella trama del processo di cognizione di primo grado in composizione monocratica nei giudizi aventi ad oggetto diritti disponibili²²: una prima provvisoria di accoglimento della domanda ed una seconda speculare e simmetrica provvisoria di rigetto²³.

Dunque, non più un provvedimento contenzioso sommario svincolato dall'urgenza e dal *periculum in mora* che poteva essere pronunciato, oltre che nel processo di cognizione già instaurato (con funzione anticipatoria), anche nell'ambito di un procedimento *ad hoc* ed autonomo per offrire alle parti una tutela alternativa a quella dichiarativa²⁴, ma in una luce decisamente meno innovativa, solo un nuovo modello decisorio allineato (almeno tendenzialmente) agli obiettivi fissati dalla legge delega.

²¹ Si tratta naturalmente della legge 26 novembre 2021, n. 206, di "*Delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione 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*" avente i noti obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo nel perseguimento dell'effettività della tutela giurisdizionale.

²² In particolare, l'art. 1 comma 5 lettera o) prevedeva che nel corso del giudizio di primo grado, nelle controversie di competenza del tribunale che hanno ad oggetto diritti disponibili: 1) il giudice possa, su istanza di parte, pronunciare ordinanza provvisoria di accoglimento provvisoriamente esecutiva, in tutto o in parte, della domanda proposta, quando i fatti costitutivi sono provati e le difese del convenuto appaiono manifestamente infondate; 2) l'ordinanza di accoglimento sia reclamabile ai sensi dell'art. 669 *terdecies* del codice di procedura civile e non acquisti efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 del codice civile, né possa avere autorità in altri processi; 3) in caso di accoglimento del reclamo, il procedimento di merito prosegua davanti ad un magistrato diverso appartenente al medesimo ufficio. Alla lettera p) del medesimo art. 1 comma 5, si prevedeva che nel corso del giudizio di primo grado nelle controversie di competenza del tribunale in materia disponibili: 1) all'esito della prima udienza di comparizione delle parti e di trattazione il giudice possa, su istanza di parte, pronunciare ordinanza provvisoria di rigetto della domanda proposta, quando quest'ultima è manifestamente infondata, ovvero se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito dall'art. 163, terzo comma numero 3 del codice di procedura civile, ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4 del predetto terzo comma; 2) l'ordinanza di cui al numero 1) sia reclamabile ai sensi dell'art. 669 *terdecies* del codice di procedura civile e non acquisti efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 del codice civile, né possa avere autorità in altri processi; 3) in caso di accoglimento del reclamo, il procedimento prosegua davanti a un magistrato diverso appartenente al medesimo ufficio. Infine, la successiva lettera q) imponeva di coordinare la disciplina dell'art. 164, quarto, quinto e sesto comma, del codice di procedura civile con quanto previsto al numero 1) della lettera p).

²³ Si noti che la Commissione ministeriale non aveva ipotizzato l'introduzione del simmetrico provvedimento di rigetto della domanda.

²⁴ Al riguardo, si veda S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 615 secondo cui "*con la Riforma Cartabia, è stata perduta, ancora una volta, l'occasione per dotare il nostro ordinamento di un provvedimento contenzioso sommario svincolato dall'urgenza e dal periculum in mora, senza efficacia di giudicato*".

Seppur da subito oggetto di perplessità da parte della dottrina²⁵, e poi comunque con qualche ulteriore accorgimento nel decreto attuativo²⁶, le linee tracciate dalla legge delega hanno trovato sostanziale conferma, tanto che il d.lg. n. 149/2022 ha inserito le due ordinanze provvisorie nel titolo I del Libro II, quindi tra le disposizioni che disciplinano il procedimento dinanzi al tribunale e più in particolare tra le previsioni dedicate all'istruzione della causa, creando un nuovo modello decisorio del processo di cognizione, collocato a ridosso dei classici provvedimenti anticipatori di condanna degli articoli 186-*bis*, 186-*ter* e 186-*quater* c.p.c. che tuttavia rispondono a finalità evidentemente diverse²⁷.

2. L'ordinanza di accoglimento della domanda.

L'art. 183-*ter* c.p.c. rubricato "Ordinanza di accoglimento della domanda" detta la disciplina del primo provvedimento definitorio di nuovo conio e dispone che: *"Nelle controversie di competenza del tribunale aventi ad oggetto diritti disponibili il giudice, su istanza di parte, nel corso del giudizio di primo grado può pronunciare ordinanza di accoglimento della domanda quando i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate. In caso di pluralità di domande l'ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrono per tutte. L'ordinanza di accoglimento è provvisoriamente esecutiva, è reclamabile ai sensi dell'art. 669-terdecies e non acquista efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 del codice civile, né la sua autorità può essere invocata in altri processi. Con la stessa ordinanza il giudice liquida le spese di lite. L'ordinanza di cui al secondo comma, se non è reclamata o se il reclamo è respinto, definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile. In*

²⁵ Al riguardo, è stato osservato che se la causa è matura per la decisione, l'obiettivo di semplificazione e razionalizzazione non è diversamente (e meglio) raggiungibile, se non definendo la lite (con la sentenza), senza lasciare aperta la possibilità che la parte possa instaurare un nuovo giudizio per ottenere una pronuncia idonea al giudicato, così neutralizzando del tutto l'effetto della chiusura anticipata tramite l'ordinanza. In tal senso, v. G. COSTANTINO, *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, op.cit.*, p. 181 che parla di "defatiganti giochi di pazienza". Inoltre, si è rilevato che non si comprenderebbe il motivo per cui nelle ipotesi previste per l'emanazione dell'ordinanza provvisoria il giudice per chiudere il processo dovrebbe preferirla alla sentenza. V. in tal senso, G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze "divinatorie" nella delega del processo civile, op.cit.*, p. 252 ss.;

²⁶ Il riferimento è in particolare all'introduzione dell'ordinanza di provvisoria di rigetto, su cui per tutti, si veda ancora G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze "divinatorie" nella delega del processo civile, op. cit.*, p. 252 ss. secondo cui "per pura simmetria con l'ordinanza di accoglimento, si è accordato un rimedio che intascherà vieppiù i ruoli giudiziari, senza beneficio alcuno per il diritto della parte".

²⁷ Sul rapporto tra i provvedimenti anticipatori di condanna e la nuova ordinanza di accoglimento di cui all'art. 183 *ter* c.p.c. si veda B. CAPPONI, *Sulla nuova ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)*, in www.judicium.it secondo cui "l'esistenza di provvedimenti anticipatori di anteriore concezione finisce per tradursi in un criterio di lettura e inquadramento dei nuovi strumenti, posto che tutti sono destinati a convivere nel medesimo contesto". Ne sottolinea la diversità F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile, op. cit.*, p. 85, secondo cui "l'ordinanza di accoglimento della domanda si distingue dalle ordinanze di cui agli artt. 186-*bis*, *ter* e *quater* perché non è destinata a risolvere la controversia, sibbene a fornire al richiedente solo un titolo esecutivo".

caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue innanzi a un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza reclamata".

Si è, dunque, a cospetto di un'ordinanza che permette una chiusura anticipata del processo nelle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili e limitatamente al giudizio di primo grado, allorquando la parte che voglia ottenerla ne abbia fatto istanza.

Dall'analisi del contenuto della disposizione, si desumono gli aspetti peculiari (e quelli controversi) che caratterizzano il nuovo provvedimento.

Anzitutto, l'*incipit* della norma ne traccia il perimetro applicativo: l'ordinanza può essere pronunciata nelle controversie di competenza del tribunale aventi ad oggetto diritti disponibili, nel corso del giudizio di primo grado.

Esemplificando il precetto normativo, emerge che il provvedimento può essere emanato sia nelle ipotesi in cui il tribunale giudichi in composizione monocratica, sia in quelle in cui giudichi in composizione collegiale²⁸ e, tanto nelle ipotesi di controversia trattata con il rito ordinario, quanto con il rito semplificato di cognizione²⁹.

Per contro, non può essere pronunciata nelle cause di competenza del giudice di pace, in quelle di competenza della Corte di appello in unico grado e nei giudizi di appello, anche in quelle ipotesi in cui la competenza per l'appello spetti al tribunale³⁰. Infine, non può trovare ingresso nelle controversie relative a diritti indisponibili³¹.

²⁸ La norma nulla precisa espressamente, sicché non pare corretto limitarne l'interpretazione alla sola ipotesi di decisione del tribunale in composizione monocratica. In tal senso, si vedano anche S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 616; M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, op. cit., p. 246; M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, op. cit., p. 397 ss.; L. Galanti, *Le nuove ordinanze definitive del giudizio di primo grado*, op. cit., p. 951.

²⁹ In tal senso, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, op. cit., p. 57; S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 617; M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, op. cit., p. 252.

³⁰ Ci si chiede se le ordinanze possano essere pronunciate in controversie assoggettate ad un rito speciale di cognizione come quello del lavoro o quello locatizio. Chi è orientato positivamente, muove dalla delimitazione ampia dell'ambito applicativo e cioè le controversie su diritti disponibili e ne sostiene la possibilità, purché la controversia assoggettata al rito speciale abbia ad oggetto per l'appunto diritti disponibili (in tal senso, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, op. cit., p. 57). Di diverso avviso, S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 617 per il quale gli articoli 183 *ter* e 183 *quater* sono inseriti tra le norme che disciplinano il procedimento ordinario di cognizione ed inoltre i riti speciali hanno istituti e regole proprie in funzione di accelerazione della tutela. Dello stesso avviso, più specificamente per il rito del lavoro anche M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, op. cit., p. 397.

³¹ Così F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, op. cit., p. 85. Sul punto, si veda anche S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 618 e p. 619 che ne sintetizza le possibili ragioni spiegando che "a) nei giudizi concernenti diritti indisponibili, di norma, è coinvolta la parte pubblica in quanto, anche laddove non sia attribuito al pubblico ministero il diritto di azione (art. 69 c.p.c.), l'intervento del pubblico ministero è obbligatorio (art. 70 c.p.c.); pertanto, l'istanza della parte non sarebbe sufficiente essendo richiesto il consenso o l'adesione del pubblico ministero; b) in ragione delle esigenze di ordine pubblico e degli interessi

Nel prevedere che l'ordinanza possa essere pronunciata nelle controversie pendenti dinanzi al tribunale aventi ad oggetto diritti disponibili, il legislatore aveva chiaramente pensato ad un applicazione a largo spettro e, dunque, con pochi limiti, peraltro non direttamente desumibili dalla norma stessa.

Tuttavia, l'ambito applicativo può ampliarsi e restringersi in ragione dell'efficacia (provvisoriamente) esecutiva dell'ordinanza riconosciuta dal comma 3 dell'art. 183-ter c.p.c. In ragione della *vis* esecutiva, il provvedimento si concilia con la gran parte delle obbligazioni e così con quelle di natura pecuniaria, con quelle di consegna o rilascio, intercettando, invero, il campo delle ordinanze anticipatorie di condanna di cui agli articoli 186-bis, ter e quater c.p.c. ed aprendo però anche agli obblighi di fare e di non fare, inclusi quelli incoercibili ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.³²

In direzione inversa, l'efficacia esecutiva restringe lo spettro applicativo dell'ordinanza. Difatti, se l'efficacia esecutiva del provvedimento lo rende sostanzialmente compatibile con tutti i diritti aventi ad oggetto ogni tipologia di prestazione, ed in linea generale con la tutela di condanna, il nuovo istituto appare incompatibile con la tutela di mero accertamento e con quella costitutiva³³.

La prima non può prescindere dal giudicato: un accertamento senza giudicato e, pertanto, non definitivo, instabile e provvisorio appare inconciliabile con l'esigenza di certezza che si impone a causa della contestazione del diritto, al punto da richiedere proprio una statuizione definitiva, stabile ed immutabile che può conseguire solo e soltanto al giudicato³⁴.

Quanto alla seconda, è il passaggio in giudicato della sentenza a determinare gli effetti giuridici costitutivi, modificativi ed estintivi, sicché data la complessa portata dei mutamenti giuridici nella sfera dei soggetti, l'ordinamento prevede che essi seguano solo all'accertamento

coinvolti, i diritti indisponibili (si pensi ai diritti di stato della persona) richiedono accertamenti definitivi e stabili, vale a dire muniti della forza del giudicato; c) nel processo e mediante l'attività processuale, le parti non possono realizzare una disciplina del diritto o dello stato non conforme alla normativa sostanziale; un accertamento sommario, quale è quello che sta a base delle ordinanze in esame, può produrre, assai più facilmente di un accertamento a cognizione piena ed esauriente, esiti che si discostano dall'effettivo modo di essere della vicenda sostanziale, per cui, tramite i provvedimenti sommari, potrebbe essere conseguito un risultato che le parti non potrebbero ottenere mediante atti di autonomia privata".

³² In tal senso e proprio sull'ultimo profilo, v. per tutti ancora G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze divinatorie*, op. cit., p. 248.

³³ Di questo avviso, G. COSTANTINO, *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021*, n. 206, op. cit., p. 181; G.P. CALIFANO, *Le nuove ordinanze decisorie di cui agli artt. 183-ter e quater, c.p.c.*, op. cit., p. 271; D. TURRONI, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – La definizione anticipata del giudizio – artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.*, op. cit., p. 457; A. D'ADDAZIO, *Ordinanze di accoglimento e di rigetto (artt. 183-ter, 183-quater c.p.c.)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, op. cit., p. 326. Di diverso avviso A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.Lgs. 10 ottobre 2022*, n. 149, in *attuazione della L. 26 novembre 2021*, n. 206, op. cit., p. 58, il quale non esclude la compatibilità con riguardo a domande di accertamento o costitutive purché aventi ad oggetto diritti disponibili.

³⁴ In tal senso, per tutti S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 619.

dell'esistenza dei presupposti previsti dalla norma di diritto sostanziale che sia definitivo e stabile³⁵.

Venendo ai presupposti per la pronuncia dell'ordinanza, occorre effettuare una preliminare distinzione.

Anzitutto, va rilevato come il provvedimento non possa mai essere pronunciato di ufficio, essendo richiesta l'istanza di parte³⁶ che, in caso di pluralità di domande, non solo deve provenire da tutte le parti, ma il provvedimento potrà essere reso solo ove i presupposti ricorrano per tutte le domande.

Per quanto non espressamente specificato, il giudice dovrà assicurare il contraddittorio e, pertanto, ove l'istanza sia proposta fuori udienza, è ipotizzabile che venga assegnato un termine per la notificazione alla controparte, al fine di assicurare la discussione sulla stessa, preferibilmente in una apposita udienza, o al limite mediante lo scambio di note scritte.

Quanto alla previsione per cui in caso di pluralità di domande la relativa istanza debba provenire da tutte le parti e i requisiti per la pronuncia sussistere per tutte le domande, emerge come il legislatore abbia pensato di rinsaldare la *ratio* dei provvedimenti di definire non solo anticipatamente, ma anche completamente il giudizio³⁷, volendo escludere che la chiusura del processo possa riguardare solo alcune delle domande formulate, lasciando proseguire la lite solo per la definizione delle altre.

Formulata l'istanza, il giudice deve provvedere accogliendo o rigettando la richiesta, nel senso che si deve escludere un vaglio ulteriore ed avente ad oggetto altre circostanze, al fine di pronunciare l'ordinanza, ovvero di rigettare la richiesta e di decidere così di non provocare la chiusura anticipata del processo, optando per la via ordinaria verso la sentenza³⁸.

Presupposto formale necessario l'istanza di parte, la norma delinea poi i requisiti più propriamente di contenuto per la pronuncia del nuovo provvedimento.

³⁵ In tal senso, ancora S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 620; ID., *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987, p. 158 ss.

³⁶ La norma non prevede una forma particolare per la richiesta e, pertanto, pare utilizzabile qualsiasi istanza idonea a far conseguire lo scopo di manifestare al giudice la volontà di ottenere il provvedimento definitivo.

³⁷ L'idea di accelerare, razionalizzare, semplificare e ridurre la durata ed il numero dei processi emerge nella sua incompiutezza e per quanto più nello specifico si dirà innanzi, si evidenzia già qui che la disciplina delle due ordinanze potrebbe comunque determinare solo una temporanea e non definitiva chiusura del processo, posto che le parti potrebbero introdurre un nuovo giudizio per ottenere una pronuncia sul rapporto idonea al giudicato e non limitata alla sola efficacia esecutiva e che di fatto si riveli condizionata dalla persuasione a non proseguire nell'accertamento, alla luce del contenuto della decisione contenuta nell'ordinanza provvisoria.

³⁸ In tal senso, si veda ancora G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze divinatorie nella delega sul processo civile*, op. cit., p. 248 per il quale il giudice sarebbe investito di un "potere-dovere di emanare l'ordinanza di accoglimento" escludendosi che "al ricorrere di requisiti validi per tutti, al giudice non p[uo]ssa essere lasciata la discrezionalità (sostanzialmente incontrollabile) di rendere o astenersi da un provvedimento cui la parte legittimamente aspira". Nello stesso senso, M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado* (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.), op. cit., p. 246.

L'ordinanza provvisoria accoglimento può essere emanata quando concorrono i seguenti presupposti: a) i fatti costitutivi siano provati; b) le difese della controparte appaiano manifestamente infondate.

Anzitutto, la previsione va correlata alla legittimazione a richiedere il provvedimento che nella specie non può che essere attribuita all'attore³⁹.

Poi, la disposizione impone una duplice e contemporanea valutazione probatoria scissa però su due livelli: quello dei fatti costitutivi della pretesa e quello dei fatti modificativi, impeditivi ed estintivi dedotti dal convenuto (dalla controparte).

Tuttavia, il vaglio differisce quanto al contenuto ed all'intensità: i fatti costitutivi devono essere provati, mentre quelli modificativi, impeditivi ed estintivi non sono assoggettati ad una delibazione di infondatezza *tout court*, dovendo il giudice apprezzarne solo la manifesta infondatezza, con un giudizio che *prima facie* può certamente connotarsi come più superficiale.

In tale prospettiva, l'indagine (probatoria) si trasferisce su piani sfalsati perché il giudice, per un verso, dovrà accertare la prova dei fatti costitutivi e, per l'altro, potrà accontentarsi di verificare solo la manifesta infondatezza dei fatti modificativi, impeditivi ed estintivi dedotti dalla controparte, dando vita ad una sorta di giudizio di verosimiglianza, più che ad un vero e completo accertamento di natura probatoria.

L'individuazione dei presupposti in tali termini si rivela idonea a mostrare il tipo di cognizione sulla cui base può essere pronunciata l'ordinanza provvisoria.

³⁹ Chiaramente, spetterà al convenuto in ipotesi di domanda riconvenzionale. Spetterà all'interventore nell'ipotesi di intervento principale e di intervento adesivo autonomo, mentre non pare possa formulare l'istanza l'interventore adesivo dipendente.

Si tratta di un tipo di cognizione sommaria⁴⁰, sia perché parziale, sia perché superficiale⁴¹. La superficialità della cognizione emerge in ragione del fatto che il provvedimento può essere reso ad istruttoria non completamente espletata⁴².

⁴⁰ Sul punto per tutti, si veda A. CARRATTA, *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 877 ss. Per una analisi del rapporto tra semplificazione e sommarizzazione nella cui scia si inseriscono i nuovi provvedimenti definitivi, si veda sempre dello stesso autore, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 449 ss. Qui vengono collocati su piani distinti la cognizione sommaria e la semplificazione processuale che restano accomunate dal dato della specialità, rispetto al modello a cognizione piena e che si coglie nella deviazione dalla struttura processuale del rito ordinario, per favorire una accelerazione della tutela giurisdizionale. La differenza andrebbe apprezzata con riguardo ai poteri delle parti e alle modalità di formazione del convincimento giudiziale. In estrema sintesi, il processo sarà semplificato, quando la semplificazione non incida sulle disposizioni sulle prove e sulla fase istruttoria che restano tali da consentire una cognizione piena. Il processo sarà invece semplificato sommario, sia quando il legislatore semplifica la modalità di formazione del convincimento, sia nelle ipotesi in cui il giudice sia autorizzato a farlo nell'esercizio del suo potere discrezionale ed in particolare, quando ad esempio il legislatore non gli abbia imposto prima di pronunciare la decisione il pieno contraddittorio tra le parti e la completa trattazione ed istruzione sui fatti di causa, secondo modalità predeterminate, o ancora, quando gli abbia attribuito la piena discrezionalità nella concreta articolazione della trattazione ed istruzione del procedimento, consentendogli di limitare o di escludere in capo alle parti quei poteri processuali che, sebbene non connessi al principio del contraddittorio, siano comunque funzionali all'accertamento completo dei fatti. Accede alla idea di semplificazione espressa da Carratta, anche P. BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Riv. trim. dir. proc. e civ.*, 2019, p. 1156. Il concetto di sommarietà può essere tuttavia declinato sotto vari profili: può riguardare il rito (si veda A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria, Note de iure condito e de iure condendo*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 333), l'accertamento del fatto (si veda L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 183; A. CARRATTA, *profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 236; L. LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2001, p. 483) ed anche gli effetti del provvedimento, ovvero il suo regime giuridico. Si veda ancora G. DELLA PIETRA, *Contributo allo studio del procedimento possessorio*, Torino, 2003 che distingue tra sommarietà nella cognizione, nell'istruzione e nella decisione. Per una disamina sulla molteplicità di significati di sommarietà v. anche A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria*, in *Foro it.*, 2007, V, p. 241 e A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. e civ.*, 2009, p. 143 ss.; G. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 481.

⁴¹ Si tratta dei classici canoni individuati da G. CHIOVENDA in, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 198 ss. Qui vale la pena ricordare in sintesi l'illustre ricostruzione. Chiovenda partiva dalla definizione di azioni sommarie come quelle che mirano ad un accertamento con prevalente funzione esecutiva. Su tale preliminare nozione, poggiava la distinzione tra accertamenti a cognizione incompleta, perché parziale che si riferisce a quei procedimenti in cui la cognizione è limitata solo ad alcuni elementi della fattispecie e quelli a cognizione incompleta, perché superficiale in cui il provvedimento conclusivo viene emesso senza la preventiva instaurazione del contraddittorio e la cognizione ordinaria sarebbe soltanto eventuale e su richiesta dell'interessato che aspira ad ottenere la completa definizione nel merito. Muovendo da tale elaborazione, la dottrina ha poi enucleato varie specificazioni, ipotizzando i procedimenti a cognizione oggettivamente parziale in cui la cognizione è incentrata solo su singoli elementi della fattispecie (v. A. RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in S. CHIARLONI - C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, Torino, 2005, p. 110), i procedimenti a cognizione sommaria in senso stretto in cui l'istruttoria è svolta sull'intera fattispecie (v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, voce *Procedimento di ingiunzione*, in *Enc. Dir. on line*, a cura di A. CARRATTA, 2012) i procedimenti in cui la cognizione è superficiale nel senso che per essa sono utilizzabili solo alcuni e specifici strumenti probatori (v. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 355 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968, p. 4 ss.; L. LANFRANCHI, *Riflessioni de iure condito e de iure condendo sulla tutela cognitiva ordinaria e sommaria*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, I, p. 269 ss.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di tutele differenziate nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 594 ss.; A. CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Napoli, 2012, p. 1 ss.; ID., *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir., Ann.*, X, op. cit., p. 659 ss.).

⁴² Si veda comunque *infra*, circa il momento del giudizio in cui può essere emessa l'ordinanza.

La parzialità si coglie in rapporto al differente vaglio probatorio a cui sono assoggettati i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi allegati dal convenuto che devono apparire manifestamente infondati, rispetto ai fatti costitutivi che, viceversa, devono risultare (pienamente) provati.

Guardando ai fatti costitutivi di cui è la richiesta la (completa) prova, è possibile declinare una serie di ipotesi⁴³: a) i fatti costitutivi sono sorretti da una prova precostituita, rispetto alla quale risultano pressoché assenti le difese del convenuto; b) i fatti costitutivi non sono specificamente contestati dal convenuto e, pertanto, sono non bisognevoli di prova⁴⁴; c) i fatti allegati dall'attore sono provati, mentre le istanze di prova contraria formulate dal convenuto sono inammissibili e/o irrilevanti.

In relazione all'altro requisito, ovvero la manifesta infondatezza delle difese della controparte, esso va inteso nel senso che i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi del diritto debbono apparire verosimilmente infondati e così ipoteticamente inidonei a contrastare la pretesa dell'istante, all'esito di un giudizio probabilistico compiuto allo stato degli atti⁴⁵.

Così, il presupposto pare avere come riferimento una palese infondatezza in diritto e nel merito⁴⁶ delle difese, cui si accompagna una possibile mancanza di prova, o perché i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi risultino appunto sforniti di prova, o perché la relativa richiesta di prova sia stata giudicata inammissibile e/o irrilevante e come tale rigettata, al punto che le difese sollevate si avviino ad una valutazione di manifesta infondatezza⁴⁷.

I presupposti per la pronuncia dell'ordinanza vanno guardati anche sotto un altro profilo, ovvero in relazione al momento in cui può essere emesso il provvedimento.

L'art. 183-ter c.p.c. si limita a prevedere la possibile pronuncia nel corso del giudizio di primo grado, senza ulteriormente circoscrivere il possibile momento iniziale e quello finale.

⁴³ Ne fornisce una completa e puntuale esemplificazione M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, op. cit., p. 253 ss.

⁴⁴ L'ipotesi intercetta evidentemente il campo dell'ordinanza di cui all'art. 186 bis c.p.c., ma con una portata applicativa decisamente più ampia, poiché non circoscritta al solo obbligo di pagamento di una somma di denaro, ma estesa anche ad altre tipologie di obbligazioni.

⁴⁵ Così S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 621 ss. Sul punto, si veda anche G. SCARSELLI, *Osservazioni al maxi emendamento 1662/S/XVIII di riforma al processo civile*, in www.giustiziainsieme.it, che oltre a valutare criticamente la previsione della manifesta infondatezza che lascerebbe eccessiva discrezionalità ritiene integrato il requisito, quando il convenuto non abbia fornito prova di almeno un fatto impeditivo, modificativo estintivo dei fatti costitutivi (già) provati dall'attore.

⁴⁶ Si veda in giurisprudenza, Cass. 27 gennaio 2022, n. 2516 che parla di manifesta infondatezza con riguardo al merito ed in particolare come di completa mancanza dei presupposti di fatto e di diritto.

⁴⁷ Osserva, B. CAPPONI, *Sulla nuova ordinanza di accoglimento (art. 183 ter c.p.c.)*, in www.judicium.it, come "sia ragionevole pensare che l'introduzione di una domanda riconvenzionale o una chiamata di terzo escludano in modo automatico l'applicabilità della norma".

Circa il primo, pare possibile individuarlo nell'udienza ex art. 183 c.p.c.⁴⁸, fermo restando che non si ravvedono elementi ostativi a che la relativa istanza venga già formulata nell'atto introduttivo⁴⁹.

Ciò verosimilmente potrà avvenire in tutte quelle ipotesi in cui i fatti costitutivi siano sorretti da una prova documentale e non necessitino di ulteriore prova, per cui si possa escludere lo svolgimento di attività di indagine finalizzata alla prova presupposto richiesto per la pronuncia del provvedimento⁵⁰.

Quanto al momento ultimo per emettere l'ordinanza, esso è quello di rimessione della causa in decisione.

Di certo, però, pare potersi escludere che a quel punto essendo il processo ormai prossimo alla chiusura ed avendone ormai sopportato la durata, l'attore opti per un provvedimento ad efficacia limitata, ovvero inidoneo al giudicato e formuli la richiesta dell'ordinanza provvisoria di accoglimento, preferendola all'ormai prossima pronuncia della sentenza.

Questo rilievo si pone come uno dei possibili nodi circa l'appetibilità del provvedimento, dal momento che considerando l'utilità conferita limitata alla (sola) efficacia esecutiva, senza attitudine al giudicato, l'attore potrà valutare la possibilità di richiedere l'ordinanza solo a monte del processo, allorquando rapporterà la convenienza maggiore tra la possibilità di conseguire un titolo esecutivo in tempi più rapidi senza dover sopportare l'intera durata del processo e la contemporanea rinuncia a conseguire un accertamento definitivo e non più discutibile, perché avente efficacia di giudicato.

Così non è difficile profetizzare che, ove la richiesta dell'attore non venga effettuata subito o nelle prime battute del processo, l'istanza difficilmente verrà formulata successivamente, poiché a quel punto verrà preferita la scelta di andare verso la chiusura complessiva del processo con una sentenza che sia definitiva ed idonea al giudicato.

E' il terzo comma dell'art. 183-ter c.p.c. a stabilire che l'ordinanza è provvisoriamente esecutiva, è reclamabile ai sensi dell'art. 669-terdecies, non acquista efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. e la sua autorità può essere invocata in altri processi.

Ora, al di là della poco comprensibile connotazione dell'efficacia esecutiva con l'avverbio provvisoriamente⁵¹ che sembrerebbe postulare una possibile revoca diversa dal reclamo,

⁴⁸ In tal senso, S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 622; M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, op. cit., p. 403, secondo cui il momento è successivo all'udienza dell'art. 183 c.p.c. e al compimento degli incumbenti ivi previsti; in particolare dopo lo svolgimento del tentativo di conciliazione.

⁴⁹ Secondo S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 622, l'istanza di parte può essere proposta nel corso del giudizio di primo grado "non prima, peraltro, che sia completata la fase introduttiva, con lo scambio delle memorie dell'art. 171-ter c.p.c."

⁵⁰ Così M.F. GHIRGA, *ibidem*.

⁵¹ Anche secondo F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, op. cit., p. 86 "la precisazione che l'esecutività è provvisoria non ha molto senso".

tuttavia non prevista, va rimarcato come l'utilità (unica) offerta dall'ordinanza sia che essa costituisca un titolo esecutivo.

Tuttavia, la legge non attribuisce gli ulteriori effetti della sentenza di condanna, non costituendo l'ordinanza provvisoria titolo per iscrivere ipoteca giudiziale, né trasformando la prescrizione da breve in ordinaria⁵².

Non costituisce titolo idoneo per iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del debitore in quanto la legge non le conferisce espressamente tale effetto che, ai sensi dell'art. 2818 c.c., è proprio della sentenza o di altri provvedimenti a cui la legge attribuisca appunto tale effetto⁵³.

Analogamente, l'ordinanza non determina la trasformazione della prescrizione da breve in ordinaria dal momento che l'art. 2953 c.c. attribuisce detto effetto soltanto alla sentenza passata in giudicato.

Così, se in via positiva la norma disegna l'efficacia esecutiva dell'ordinanza, in senso negativo ne completa l'individuazione degli effetti, escludendo espressamente che il provvedimento acquisti efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. e che la sua autorità possa essere invocata in altri processi (art. 337 comma 2 c.p.c.).

La previsione per come è congegnata fornisce spunti rilevanti per il possibile inquadramento dell'ordinanza.

Invero, l'inidoneità del provvedimento al giudicato porta con sé importanti conseguenze che incidono fortemente sulla funzione deflattiva su cui è essenzialmente, per non dire esclusivamente, imperniata l'ordinanza.

Il legislatore ha escluso che l'ordinanza abbia funzione dichiarativa, non facendo stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e gli aventi causa e ciò implica un depotenziamento tutt'altro che marginale dell'aspirazione della funzione deflattiva del provvedimento, posto che l'accertamento compiuto dal giudice in funzione del riconoscimento della tutela esecutiva non è definitivo ed immutabile e può essere rimesso in discussione in altro e futuro processo avente ad oggetto il medesimo rapporto.

In altri termini, si è solo a cospetto di un accertamento effettuato esclusivamente in funzione del titolo esecutivo⁵⁴.

⁵² In tal senso, per tutti S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 624; M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, op. cit., p. 399; G.P. CALIFANO, *Le nuove ordinanze "decisorie" di cui agli articoli 183-ter e quater c.p.c.*, op. cit., p. 273.

⁵³ Va però rilevato come, ove fosse definitivamente approvato lo schema di decreto legislativo recante le correzioni ed integrazioni al d.lg. n. 149/2022, approvato in esame preliminare dal Consiglio dei ministri il 15 febbraio 2024, l'ordinanza costituirebbe altresì titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

⁵⁴ Così per tutti, ancora S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 624 che efficacemente descrive l'ordinanza come un titolo esecutivo senza accertamento del credito.

Appare alquanto evidente che l'effetto deflattivo potrebbe essere interamente vanificato dal fatto che le parti del processo potrebbero agire in un nuovo processo di cognizione avente ad oggetto il medesimo rapporto: tanto l'attore che si scopra non soddisfatto dell'ordinanza solamente esecutiva potrà decidere di intraprendere un nuovo giudizio di cognizione per ottenere una decisione questa volta definitiva e con valenza di giudicato sul rapporto già oggetto della pronuncia provvisoria; quanto il convenuto potrà esperire una domanda di accertamento negativo, o un'azione per ottenere la restituzione di quanto corrisposto in adempimento dell'obbligazione.

Senza trascurare poi l'ipotesi in cui il debitore che subisca l'azione esecutiva in virtù dell'ordinanza provvisoria potrebbe reagire, proponendo una opposizione all'esecuzione con conseguenze circa l'operatività delle preclusioni e dei possibili motivi di opposizione da far valere⁵⁵.

Insomma, si configura una possibile libera riproponibilità della domanda già deliberata con la pronuncia provvisoria, senza alcuna preclusione e senza peraltro che si siano verificati mutamenti nelle circostanze o siano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto, ovvero richieste nuove circostanze ragioni di fatto, come avviene nella ipotesi di riproposizione della domanda cautelare rigettata regolata dall'art. 669-septies c.p.c.⁵⁶

⁵⁵ Rappresenta tale possibilità anche M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, op. cit., p. 406 e 407, la quale osserva che il problema potrebbe essere quello di attribuire all'ordinanza caratteristiche riconducibili al concetto di preclusione *pro iudicato* con un contenuto da considerarsi stabile e definitivo. Così, il soccombente si vedrebbe preclusa la possibilità di poter agire contro il provvedimento proponendo una opposizione all'esecuzione. Invero, prescindendo dalla possibilità di reclamare il provvedimento, in assenza di un accertamento vincolante, viene affermata la possibilità di proporre l'opposizione all'esecuzione per qualsiasi profilo di inesistenza del diritto, nonché di poter richiedere "la sospensione dell'esecuzione ex art. 624-bis, in presenza di nuove circostanze sopravvenute o di nuovi fatti o mezzi istruttori in precedenza non dedotti". Secondo G. BALENA, in *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2023, p. 273 l'opposizione all'esecuzione sarebbe ammissibile "perfino sulla base di eccezioni che (il convenuto) aveva formulato o avrebbe potuto formulare nel processo di cognizione". Pone, infine, il problema di delimitare il confine tra l'intervento del giudice dell'impugnazione e quello del giudice dell'opposizione all'esecuzione anche B. Capponi, *Sulla nuova ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)*, op. cit. che, partendo dalla considerazione secondo cui con riguardo all'ordinanza definitiva il giudice dell'impugnazione non esiste, offre una serie di ricostruzioni da cui deriva una differente ampiezza dei possibili motivi di opposizione all'esecuzione. Esse oscillano dall'idea del provvedimento condannatorio come titolo stragiudiziale con una possibile esperibilità dell'opposizione all'esecuzione pressoché senza limiti, a quella di provvedimento con una stabilità limitata di genere preclusivo (preclusione *pro iudicato*), ovvero all'idea di provvedimento stabile solo in quanto titolo esecutivo ed infine a quella secondo cui la competenza del giudice dell'impugnazione verrà qui assorbita dalla competenza del diverso giudice che potrebbe essere chiamato a conoscere del merito sottostante al provvedimento.

⁵⁶ Secondo M.F. GHIRGA, op. ult. cit., p. 406 "sembrerebbe trattarsi della stabilità dei provvedimenti cautelari anticipatori, i quali però godono di un complesso sistema di controlli, rappresentato non solo dal reclamo ex art. 669 terdecies, ma anche dalla revoca e/o modifica di cui all'art. 669-decies, e dalla possibilità di riproporre l'istanza, condizionata alla presenza di presupposti specifici dall'art. 669-septies, norme che, se coordinate correttamente tra loro, consentono di evitare duplicazioni e di razionalizzare il ricorso ai diversi strumenti, anche attraverso la ricostruzione delle censure e dei vizi, nonché delle nuove circostanze di fatto e di diritto che con gli stessi si possono invocare". Sul punto, si vedano anche L. GALANTI, *Le nuove ordinanze definitive del giudizio di primo grado*, in Riv. trim. dir e proc. civ., op. cit., p. 959; M.L. GUARNIERI, *Le ordinanze sommarie ex artt. 183-ter e 183-quater c.p.c. nella trama del giudizio a cognizione piena*, in www.judicium.it; R. TISCINI, *Nuove proposte di tutela*

2.1. Il possibile inquadramento funzionale e strutturale dell'ordinanza di accoglimento della domanda.

L'efficacia ed il regime dell'ordinanza provvisoria di accoglimento consentono di tracciare un possibile inquadramento, sia sotto il profilo funzionale, sia sotto quello strutturale.

Il profilo funzionale pare allineato alle finalità dell'ultima riforma del processo e, dunque, a quelle che sono le esigenze acceleratorie e di semplificazione⁵⁷.

In prima battuta, l'ottica è quella di favorire il deflazionamento del carico giudiziario, operando in direzione di una semplificazione dello svolgimento del processo per alleggerirlo e conformarlo alle meno impegnative esigenze di risoluzione delle controversie meno complesse e sganciando, altresì, il rito dalla fissità della cognizione piena, per adeguarlo appunto alla natura della controversia.

A valle della semplificazione, l'obiettivo è sempre quello di ridurre il numero dei processi pendenti, attraverso la chiusura anticipata che segue alla pronuncia dell'ordinanza.

Per tale via, l'ordinanza assume le vesti di un nuovo strumento definitorio della lite.

Tuttavia, l'obiettivo di alleggerire il carico degli uffici giudiziari attraverso una chiusura anticipata del processo che, partito nelle forme del rito ordinario, ne abbandona l'alveo originario per dirigersi verso una chiusura anticipata sigillata da un provvedimento sì definitivo, ma instabile in quanto inidoneo al giudicato, potrebbe essere vanificato, allorquando le parti non si accettino l'esito della pronuncia provvisoria.

Ed allora, sotto il profilo funzionale non è difficile scorgere la dimensione del filtro⁵⁸ sul modello tuttavia abrogato in appello e che si basava sulla ragionevole probabilità di accoglimento per quelle controversie il cui esito possa apparire piuttosto scontato dopo la fase introduttiva.

Va però considerato che la definizione della lite e il conseguente effetto deflattivo si realizzeranno solo nel caso in cui le parti abbiano accettato completamente il provvedimento definitorio, facendo prevalere quell'aspetto psicologico di dissuasione che si rivela ostativo alla volontà di ottenere un provvedimento non solo definitivo, ma soprattutto stabile e sempre valevole.

Insomma e senza troppo scomodare paralleli con categorie propriamente del diritto sostanziale, l'effetto deflattivo pare essere sospensivamente condizionato alla ulteriore scelta

sommatoria tra il progetto Luiso e il suo brutto anatroccolo, *op. cit.*, 5, p. 1239; A. D'ADDAZIO, *Ordinanze di accoglimento e di rigetto*, *op. cit.*, p. 323.

⁵⁷ Dalla relazione illustrativa al d.lg. 10 ottobre 2022 n. 149 emerge che "finalità acceleratorie e di semplificazione della decisione ha anche la legge delega... finalizzata ad introdurre un nuovo strumento definitorio della lite nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili".

⁵⁸ In tal senso, per tutti ancora G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze divinatorie*, *op. cit.*, p. 246. Nello stesso senso, R. TISCINI, *Nuove proposte di tutela sommatoria tra il progetto Luiso e il suo brutto anatroccolo*, *op. cit.*, p. 1234.

della parte di rinunciare all'accertamento pieno e definitivo, in favore di un accertamento instabile, ma certamente conseguibile in tempi più rapidi e comunque assistito da *vis* esecutiva.

Come anticipato, questo accertamento potrà essere rimesso in discussione tutte le volte in cui la parte non si accontenti della sola tutela offerta dal titolo esecutivo, ma aspiri ad una tutela di portata massima, espressa da un provvedimento avente efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. e che sia anche invocabile in altri processi (art. 337 comma 2 c.p.c.).

Tale ipotesi, affiancata peraltro dalla possibilità che pure potrebbe verificarsi che sia la parte obbligata ad agire in via di accertamento negativo, oppure ad opporsi all'esecuzione finirebbe chiaramente per annullare non solo quell'effetto acceleratorio e di semplificazione realizzatosi in via per così dire primaria con la pronuncia dell'ordinanza, ma soprattutto quell'effetto successivo di riduzione del numero di processi pendenti che costituisce uno dei massimi obiettivi dell'intervento del legislatore processuale.

Guardando alla struttura del provvedimento, occorre muovere dalla considerazione secondo cui esso realizza l'aspirazione della parte di munirsi di un titolo esecutivo più velocemente e comunque prima del tempo occorrente per completare il processo ordinario.

Così, il provvedimento può essere inserito nella categoria dogmatica dei provvedimenti sommari provvisori esecutivi: si tratta cioè di provvedimenti resi sulla base di una cognizione sommaria che producono la sola efficacia esecutiva e nulla più⁵⁹, lasciando per l'appunto inalterata per la parte la possibilità di esercitare nuovamente l'azione di cognizione diretta ad ottenere un accertamento con efficacia di giudicato del diritto soggettivo oggetto della tutela provvisoria e sommaria⁶⁰.

La possibile assimilazione dogmatica e strutturale del provvedimento definitorio ai provvedimenti sommari provvisori esecutivi fa sì che essi possano costituire non un vero e proprio strumento per la piena e completa realizzazione della tutela dei diritti, quanto una

⁵⁹ Al riguardo, si veda per tutti A. CARRATTA, *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, op. cit., p. 883. Una medesima ricostruzione è offerta da R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, p. 65 ss., secondo cui tali provvedimenti hanno la finalità di introdurre una autonoma azione svincolata da quella ordinaria e così per consentire una scelta in capo all'interessato non tanto in punto di rito, quanto in punto di effetti della decisione. Il modello pare coincidere con quello avanzato già da molto tempo ormai da A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 404; ID., voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.*, 1991, XXIV, p. 1 ss.;

⁶⁰ Così, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021 n. 206*, op. cit., p. 59. L'ordinanza viene assimilata ad un provvedimento cautelare anticipatorio senza che vi sia la necessità del *periculum in mora* da F.P. LUIO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, op. cit., p. 85. Nello stesso senso, si veda M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, op. cit., p. 399 secondo cui "resta il dubbio se il provvedimento non possa essere un provvedimento anticipatorio degli effetti della sentenza di merito, come nel caso di quelli previsti dall'art. 669-octies, sesto comma, e non solo della sentenza di condanna. Mi riferisco ai provvedimenti cautelari anticipatori introdotti dal legislatore con l'attenuazione della strumentalità nel 2005. L'assenza del requisito dell'urgenza, ma nello stesso tempo la piena cognizione dell'esistenza del diritto e la manifesta infondatezza delle difese proposte dovrebbero consentire di anticipare almeno gli effetti condannatori...".

opzione alternativa al modello di tutela ordinario che resta incontrovertibilmente l'unica via percorribile per conseguire il giudicato.

Insomma, l'ordinanza pare utile a soddisfare il precipuo ed esclusivo interesse della parte di dotarsi solo del titolo esecutivo funzionale all'inizio dell'esecuzione ed una accelerazione della tutela, nella consapevolezza che solo a certe condizioni si potrà conseguire il bene della vita oggetto della domanda, posto che quel provvedimento definitorio è comunque privo dell'autorità di cosa giudicata⁶¹.

3. L'ordinanza di rigetto della domanda.

Speculare e simmetrica al provvedimento regolato dall'art. 183-ter c.p.c., l'ordinanza di rigetto della domanda è regolamentata dall'art. 183-quater c.p.c. secondo cui: *“Nelle controversie di competenza del tribunale che hanno ad oggetto diritti disponibili, il giudice, su istanza di parte, nel corso del giudizio di primo grado, all'esito dell'udienza di cui all'art. 183, può pronunciare ordinanza di rigetto della domanda quando questa è manifestamente infondata, ovvero se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito di cui all'articolo 163, terzo comma, n. 3), e la nullità non è stata sanata o se, emesso l'ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda, persiste la mancanza dell'esposizione dei fatti di cui al numero 4), terzo comma del predetto articolo 163. In caso di pluralità di domande l'ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrano per tutte. L'ordinanza che accoglie l'istanza di cui al primo comma è reclamabile ai sensi dell'art. 669-tercies e non acquista efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 del codice civile, né la sua autorità può essere invocata in altri processi. Con la stessa ordinanza il giudice liquida le spese di lite. L'ordinanza di cui al secondo comma, se non è reclamata o se il reclamo è respinto, definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile. In caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue davanti a un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza reclamata”*.

Proprio in ragione della simmetria rispetto all'ordinanza provvisoria di accoglimento, la disciplina dell'ordinanza di rigetto presenta molti tratti comuni a quella che la precede.

Pertanto, verranno evidenziati solo gli aspetti peculiari, e soprattutto le differenze con il precedente provvedimento definitorio, sia per ciò che concerne i requisiti, sia relativamente alla funzione, restando qui esclusa la ripetizione dei tratti e dei presupposti comuni.

Pur essendo l'ambito applicativo delineato dall'art. 183-quater c.p.c. il medesimo di quello tratteggiato dall'art. 183-ter c.p.c., si possono tuttavia cogliere immediatamente due elementi di differenziazione.

Il primo riguarda la (apparente) diversa finalità dei due provvedimenti; il secondo circoscrive il momento *a quo* per la pronuncia del provvedimento.

⁶¹ Sul punto si veda anche A. BRIGUGLIO, *Avanti con l'ennesima riforma del rito civile purché sia solo (tutt'altro che decisiva ma) modestamente utile e non dannosa*, in [www. Giustiziacivile.com](http://www.Giustiziacivile.com), 28 giugno 2021.

Si è visto come l'ordinanza provvisoria di accoglimento offra all'attore una possibilità: accontentarsi dell'immediato accoglimento della domanda, ottenendo un titolo esecutivo immediatamente spendibile e rinunciando al contempo ad un titolo idoneo al giudicato, con la possibilità che il rapporto controverso venga rimesso in discussione in altro e successivo processo, con il conseguente venir meno dell'effetto deflattivo.

Prima facie, il provvedimento provvisorio di rigetto pare rispondere ad una esigenza diversa e forse ancor più spiccatamente deflattiva: disimpegnare il sistema processuale da quelle domande giudiziali che appaiano palesemente infondate, o che siano gravemente viziate, senza attendere tutto il corso del processo ed evitando così di impiegare inutilmente risorse ed organizzazione.

In sostanza, l'ordinanza mira a contenere e a razionalizzare l'impiego delle risorse assolvendo – ancor più marcatamente di quella di provvisorio accoglimento – alla funzione di filtro per l'accesso alla tutela giurisdizionale⁶².

Il secondo elemento differenziale si colloca a livello temporale, nel senso che diversamente dal provvedimento di provvisorio accoglimento per cui il dato normativo non contiene alcun riferimento che individui il momento in cui possa essere pronunciato, con l'ordinanza provvisoria di rigetto il legislatore ha identificato il momento a partire dal quale può essere pronunciato il provvedimento: solo dopo che si sia svolta l'udienza di cui all'art. 183⁶³.

I presupposti per la pronuncia del provvedimento provvisorio di rigetto si ricollegano a due ipotesi ontologicamente differenti.

Solo la prima, però, dà luogo ad una vera e propria ordinanza di merito, poiché il provvedimento viene in tale ipotesi pronunciato quando la domanda proposta dall'attore sia manifestamente infondata.

Come per l'ordinanza di accoglimento, la valutazione del giudice si fonda su un tipo di cognizione sommaria, perché superficiale, sia dei fatti costitutivi allegati dell'attore, sia dei fatti modificativi, impeditivi estintivi allegati dal convenuto.

Incrociando il requisito per la pronuncia con il riferimento temporale contenuto nell'art. 183-*quater* c.p.c., si ricava che la deliberazione può avvenire all'esito della prima udienza di comparizione delle parti, una volta fissato il *thema decidendum* e quello *probandum* all'esito di tutti i controlli preliminari, senza però escludersi che possa essere compiuto anche successivamente, ma in ogni caso necessariamente prima della rimessione della causa in decisione.

⁶² In tal senso sempre G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze divinatorie nella delega sul processo civile*, op. cit., p. 250; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021 n. 206*, op. cit., p. 60; R. TISCINI, *Nuove proposte di tutela sommaria tra il progetto Luiso e il suo brutto anatrocchio*, op. cit., p. 1234.

⁶³ Secondo F.P. LUIO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, op. cit., p. 89, lo scopo del richiamo non vale comunque ad escludere l'applicazione della norma in commento anche al rito semplificato.

Il secondo presupposto è di diversa natura e vale a connotare questa tipologia di ordinanza come un provvedimento di rigetto in rito della domanda⁶⁴ per un vizio della *editio actionis*.

In particolare, l'ordinanza può essere pronunciata allorquando manchi o sia incerto il requisito di cui all'art. 163 terzo comma n. 3 e la nullità non sia stata sanata ovvero se, emesso l'ordine di rinnovazione o integrazione della citazione, manchi ancora l'esposizione dei fatti di cui al numero 4), terzo comma dell'art. 163.

Si tratta dell'ipotesi in cui è incerta l'individuazione del diritto per cui è stata richiesta tutela giudiziale, nel senso che l'attore ha omissso di indicare l'oggetto o i fatti costitutivi della pretesa e il processo risulta da chiudersi in rito, non essendo possibile la pronuncia di merito. Gli aspetti controversi posti da questa previsione si palesano con una certa evidenza e si collocano anzitutto al livello del coordinamento con la disciplina dell'art. 164 c.p.c.⁶⁵ che, pur non essendo stato interessato direttamente dalla riforma Cartabia, deve essere coordinato con quanto introdotto a livello delle verifiche preliminari dell'art. 171-bis c.p.c.⁶⁶

Il giudice esegue le verifiche preliminari e quando occorre pronuncia i provvedimenti di cui all'art. 164 c.p.c. per vizi relativi alla *editio* o alla *vocatio*, ordinando la rinnovazione o l'integrazione dell'atto di citazione e, allo stesso modo, opera nella prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c., ove il vizio non sia stato rilevato durante le verifiche preliminari.

Quindi alla prima udienza ex art. 183 c.p.c., ovvero a quella successiva, si compie la verifica in ordine alla possibile sanatoria: se la nullità è relativa alla *vocatio in ius* e non è sanata, viene ordinata la cancellazione della causa dal ruolo e il processo viene dichiarato estinto; ove, invece, la nullità non sanata della citazione riguardi la *editio actionis*, ai sensi dell'art. 183-*quater* c.p.c. e su istanza di parte, può essere pronunciata l'ordinanza di rigetto della domanda.

⁶⁴ Così A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021 n. 206, op. cit.*, p. 60. Analogamente M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile, op. cit.*, p. 411.

⁶⁵ In argomento, per tutti G. DELLA PIETRA, *La patologia della domanda giudiziale*, Roma, 2012, p. 112 ss.; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto Processuale civile*, II, Torino, 2024, p. 19 ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2, Bologna, 2023, p. 12 ss. Il comma 4 dell'art. 164 c.p.c. descrive il vizio nel senso che è assolutamente incerta la cosa oggetto della domanda, ovvero manca l'esposizione dei fatti costituenti il titolo della domanda. I successivi commi individuano nella rinnovazione o nella integrazione della citazione la modalità della possibile sanatoria a seconda che il convenuto si sia costituito o meno, specificando, infine, gli effetti della sanatoria. La disciplina posta dall'art. 164 c.p.c. non prevedeva espressamente le conseguenze dell'omessa sanatoria dei vizi della *editio actionis* e la lacuna è stata colmata dalla giurisprudenza mediante l'applicazione di quanto previsto nell'ipotesi di nullità della citazione per vizi della *vocatio in ius*.

⁶⁶ Secondo la Relazione del Massimario della Corte di Cassazione con l'art. 183 *quater* c.p.c. il legislatore avrebbe voluto porre rimedio alla mancata previsione nell'art. 164 delle conseguenze della mancata rinnovazione dell'atto di citazione affetto da vizio dell'*editio actionis*, nel senso che l'ordinanza dell'art. 183 *quater* sarebbe stato lo strumento da usare in caso di mancata sanatoria per un vizio della *editio actionis*.

Questa tipologia di ordinanza di rigetto pare presentare irrilevanti tratti distintivi rispetto alla naturale definizione in rito del giudizio che qui è conseguenza di una istanza di parte e non già della cancellazione della causa dal ruolo⁶⁷.

Ma ulteriori profili di criticità possono cogliersi considerando che l'ordinanza di rigetto richiede come requisito formale l'istanza di parte, mentre il processo retto da domanda che presenta un vizio della *editio actionis* viene dichiarato estinto dopo che la causa sia stata cancellata dal ruolo e, dunque, senza che vi sia la necessità dell'istanza di parte, con conseguenze di non poco momento che derivano dal differente regime impugnatorio dei relativi provvedimenti, nel senso che mentre l'ordinanza dell'art. 183-*quater* c.p.c. è soltanto reclamabile, il provvedimento che estingue il processo è pronunciato con sentenza appellabile e poi anche ricorribile per cassazione, con una disparità sin troppo evidente⁶⁸.

Senza da ultimo tralasciare l'ulteriore profilo di dubbio derivante dalla previsione di inammissibilità dell'ordinanza, ove l'istanza non riguardi tutte le domande proposte, con il quasi ovvio interrogativo per cui il vizio dell'*editio actionis* ben potrebbe non riguardare tutte le domande oggetto dell'istanza.

Restano solo due ultimi aspetti: il primo attiene alla legittimazione nel senso che questa spetta a colui che assume la veste di convenuto rispetto alla domanda; il secondo attiene all'effetto del provvedimento che non costituisce titolo esecutivo e, al pari di quella di accoglimento, non ha efficacia di giudicato, né la sua autorità può essere invocata in altri processi.

3.1 La possibile funzione dell'ordinanza di rigetto.

Piuttosto limitati, sono qui gli aspetti da mettere in evidenza.

Dal punto di vista funzionale, l'ordinanza palesa con una certa evidenza l'intento del legislatore di favorire la chiusura del processo in tempi più rapidi, eliminando la pendenza di quei giudizi abusivi caratterizzati da domande strumentali e pretestuose che appaiano manifestamente infondate, evitando così uno spreco dell'attività giudiziaria e l'inutile impiego di risorse umane ed organizzative, con un auspicabile riduzione dei tempi del processo⁶⁹.

⁶⁷ Sul punto, si veda S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 628, secondo cui "la montagna ha partorito il topolino: la nuova ordinanza, come la vecchia, definisce in rito il giudizio; però, ciò avviene su istanza di parte e mediante non la cancellazione della causa dal ruolo e la dichiarazione di estinzione, ma un provvedimento di rigetto (in rito). Quali sono le differenze? Io non riesco a vederne, posto che, trattandosi di vizio inerente la *editio actionis*, nessun effetto è stato prodotto dalla citazione in ordine alla prescrizione del diritto, per cui il diverso regime non assume rilevanza rispetto all'effetto sospensivo della prescrizione che, ai sensi dell'art. 2945, comma 3°, c.c., viene meno se il processo è dichiarato estinto, mentre, stando alla giurisprudenza prevalente, permane se il processo è definito in rito".

⁶⁸ In tal senso, per tutti ancora S. MENCHINI, op. ult. cit., 629. Il ragionamento svolto pare però più propriamente correlato alla sola ipotesi in cui l'estinzione sia dichiarata con sentenza del collegio e non anche a quella di estinzione dichiarata con ordinanza dal giudice istruttore.

⁶⁹ In tal senso la Relazione illustrativa al d.lg. 10 ottobre 2022 n. 149.

In termini di effetti del provvedimento non può che farsi riferimento alla disciplina che viene somministrata in termini negativi dal secondo comma dell'art. 183-*quater* c.p.c. che esclude, come del resto l'art 183-*ter* c.p.c. per l'ordinanza di accoglimento, l'efficacia di giudicato ed altresì che l'autorità del provvedimento possa essere invocata in altri processi.

Essendo una ordinanza di solo rigetto essa, diversamente da quella di accoglimento, non ha efficacia esecutiva ed allora non pare difficile pronosticarne una modestissima se non del tutto nulla utilità, in ragione del fatto che a fronte della pronuncia provvisoria di rigetto sarà possibile sempre riproporre la medesima domanda, vanificando anche qui il possibile impatto deflattivo che potrebbe essere ostacolato solo dal blando effetto dissuasivo – psicologico di deterrenza nel riproporre una domanda già delibata da una pronuncia (pur provvisoria) di rigetto.

4. Il rimedio impugnatorio comune ad entrambe le ordinanze: il reclamo ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c.

Per entrambe le ordinanze, il legislatore ha individuato un comune rimedio: si tratta del reclamo cautelare ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c.

In particolare, l'art. 183-*ter* c.p.c. dispone che l'ordinanza di accoglimento sia reclamabile ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. e, analogamente, l'art. 183-*quater* c.p.c. prevede che (solo) l'ordinanza che accoglie l'istanza sia reclamabile, sempre ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. Entrambe le norme proseguono disponendo che l'ordinanza, se non è reclamata o se il reclamo è respinto, definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile, mentre in caso di accoglimento del reclamo, il giudizio proseguirà innanzi ad un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza reclamata.

Un primo aspetto merita di essere sottolineato: individuato il rimedio del reclamo, il legislatore ne ha posto un limite, nel senso che esso risulta proponibile solo avverso l'ordinanza che abbia accolto la relativa istanza, risultando preclusa la possibilità di impugnare il provvedimento di rigetto⁷⁰.

⁷⁰ La scelta sembra ricordare la previsione originaria della norma sul reclamo cautelare che non contemplava la possibilità di esperire il rimedio avverso le ordinanze che avevano negato la misura cautelare, tanto che la norma venne dichiarata incostituzionale dalla Consulta per lesione del principio di parità delle armi con la nota sentenza del 23 giugno 1994, n. 253. La si legge in *Foro.it.*, 1994 I, p. 2005 ss. con nota di B. CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*; con nota di G. ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. it.*, 1994, p. 409; con nota di F. TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 948 ss.; con nota di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata*, in *Giust. civ.*, 1995, p. 659 ss.; con nota di G. MAMMONE, *Incostituzionalità dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. e parità delle parti nel processo cautelare*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 669 ss.

Per quanto sia stata avanzata qualche perplessità in rapporto al principio della parità delle armi circa la scelta di limitare la possibilità di proporre reclamo avverso il solo provvedimento di accoglimento⁷¹, non paiono esservi ragioni tali da giustificare la previsione di un controllo anche sull'eventuale rigetto, posto che la reiezione dell'istanza non pregiudica colui che la richiede: il processo proseguirà sui binari ordinari verso la pronuncia di merito che sarà idonea a regolare stabilmente il rapporto tra le parti⁷².

Come emerge con chiarezza dalla lettura degli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c., le norme si limitano a richiamare l'art. 669-terdecies c.p.c. senza ulteriori aggiunte o specificazioni per cui se ne dovrebbe desumere un'applicazione integrale⁷³.

Eppure, a ben vedere, tale affermazione necessita di alcune precisazioni.

Se si guarda agli aspetti più propriamente procedurali delineati dalla norma, quali ad esempio quello relativo alla individuazione del termine per proporre il reclamo e quello della individuazione del giudice competente a decidere, non paiono sorgere particolari problemi interpretativi per confermarne l'applicazione integrale.

E la valutazione mantiene validità considerando più in generale che il richiamo operato dagli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c. all'art. 669-terdecies c.p.c. sia propriamente da riferirsi allo schema e al modello processuale regolato dal reclamo cautelare.

Questa totale coincidenza inizia a sfumare se si considerano altri profili non meno rilevanti emergenti dalla previsione di cui all'art. 669-terdecies c.p.c.

Anzitutto, osservando i possibili motivi deducibili col reclamo deriva una differente caratterizzazione dei due rimedi, poiché il reclamo esperibile avverso le ordinanze provvisorie si presenta come mero riesame dei presupposti per la concessione dell'ordinanza⁷⁴, tale da connotarlo come privo di quelle caratteristiche che potrebbero farlo ritenere un vero e proprio strumento impugnatorio.

Se si volesse considerare esclusivamente il dato letterale emergente dal secco rinvio operato dagli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c. all'art. 669-terdecies c.p.c., si dovrebbe ipotizzare che lo strumento di reazione alle ordinanze provvisorie sia alla stessa stregua del reclamo cautelare una vera e propria impugnazione avente natura devolutiva e sostitutiva⁷⁵. Però, tale idea non appare del tutto convincente.

⁷¹ In tal senso, M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, op. cit., p. 404.

⁷² Sono queste le ragioni indicate anche nella Relazione illustrativa.

⁷³ In tal senso A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021 n. 206*, op. cit., p. 59.

⁷⁴ Così F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, op. cit., p. 86.

⁷⁵ In tal senso, M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, op. cit., p. 404; M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, op. cit., p. 264.

Al riguardo, basta prendere in esame la disciplina dagli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c. dettata per il prosieguo del giudizio, all'esito dell'accoglimento del reclamo che pare mostrare una certa differenza tra i due rimedi.

Osservando più da vicino il reclamo cautelare, può registrarsi come l'idea che esso abbia natura impugnatoria sia maggioritaria in dottrina⁷⁶, sebbene non abbia carattere unanime⁷⁷. Il punto di partenza non può che essere l'ampiezza del contenuto del provvedimento sul reclamo e i limiti in relazione all'oggetto del controllo.

Occorre allora muovere dal comma 5° dell'art. 669-terdecies c.p.c. che prevede che il collegio convocate le parti pronuncia, non oltre venti giorni dal deposito del ricorso, ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare, nonché nei casi di reclamo contro il provvedimento di rigetto della domanda, concede la misura cautelare, qualora ne sussistano i presupposti.

Dunque, il giudice del reclamo può concedere la misura cautelare precedentemente negata e ciò conferma che egli sia dotato degli stessi poteri del giudice della cautela⁷⁸.

A tale conclusione si era già addivenuti⁷⁹ in ragione del potere riconosciuto al giudice del reclamo di confermare semplicemente il provvedimento cautelare o di revocarlo, eliminandone *ex tunc* gli effetti, ovvero ancora di modificarlo.

Eppure, la norma non precisa quali siano i motivi deducibili con il reclamo e quali siano i limiti al potere del giudice del reclamo.

Al riguardo, bisogna avere come riferimento il principio della domanda che è immanente anche quando si propone una domanda cautelare e che caratterizza allo stesso modo anche

⁷⁶ Tra i tanti in tal senso, S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in *Il processo civile di riforma in riforma: comunicazione di atti e intimazione ai testimoni, trattazione della causa, procedimenti cautelari possessori, istruzione preventiva, separazione e divorzio, disciplina transitoria*, a cura di C. CONSOLO - F.P. LUIO - S. MENCHINI, Milano, 2006, p. 94 ss.; A. CARRATTA, *Procedimento cautelare uniforme*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di A. CARRATTA, Bologna, 2013, p. 353 ss. e p. 370 ss.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 370; E. MERLIN, *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 414; S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, 1, a cura di S. CHIARLONI - C. CONSOLO, Torino 2005, p. 726 ss.; A. SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano, 1993, p. 639 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, in *Giur. it.*, 1994, p. 215 ss.; M. CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996, p. 95; F. Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, p. 100.

⁷⁷ Esclude la natura impugnatoria G. ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, I, Milano, 1995, p. 482 che ritiene la natura prosecutoria del rimedio. Sostiene poi la sola natura rescindente del reclamo G. BASILICO, *I rimedi nei confronti dei provvedimenti cautelari alla luce dei nuovi art. 669-decies e terdecies c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1994, p. 21.

⁷⁸ Si veda al riguardo, A. CARRATTA, *La fase del reclamo*, in AA.VV., *I procedimenti cautelari*, opera diretta da A. CARRATTA, Bologna, 2013, p. 355 ss., secondo cui la funzione del reclamo sarebbe quella di ottenere una nuova pronuncia sulla domanda cautelare da parte di un giudice diverso da quello che ha pronunciato il primo provvedimento, che opera in una composizione sempre collegiale, ancorchè talora nell'ambito dello stesso ufficio giudiziario.

⁷⁹ Così G. TARZIA, *Il provvedimento negativo – Il reclamo*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, Padova, 1993, p. 386.

la fase impugnatoria, nel senso che il giudice del reclamo controlla il provvedimento nei limiti in cui gli venga richiesto⁸⁰.

Il controllo può riguardare le condizioni di legittimità ed opportunità della misura cautelare che al di là della consueta catalogazione nella coppia di presupposti *fumus boni iuris* e *periculum in mora* possono estrinsecarsi secondo differenti modalità per le singole misure cautelari⁸¹.

Possono così farsi valere con il reclamo sia vizi inerenti il rito, sia censure relative all'ingiustizia del provvedimento.

Si consideri, ancora, che il comma 6° dell'art. 669-terdecies c.p.c. conferisce al giudice del reclamo il potere di sospendere l'esecuzione quando per motivi sopravvenuti il provvedimento arrechi un grave danno.

Da tale previsione si era affermata la possibilità che anche fatti sopravvenuti potessero essere addotti a sostegno del reclamo⁸², tanto che il comma 4° dell'art. 669-terdecies c.p.c. prevede che le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbano essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento e vada ammessa anche la possibilità di allegare fatti preesistenti non dedotti prima e di fornire la prova di fatti allegati ma non sufficientemente provati⁸³.

In tale prospettiva, allora, il reclamo cautelare non appare finalizzato solo al controllo degli *errores in procedendo* e di quelli *in iudicando* eventualmente compiuti dal giudice della cautela, ma favorisce un ampio e quasi illimitato riesame del provvedimento, mostrandosi potenzialmente rivolto sia agli elementi di fatto, sia a quelli di diritto già considerati, sia a quelli eventualmente ritenuti assorbiti ed ancora a quelli non dedotti prima o anche non provati.

Tale ampiezza mostra la natura devolutiva e sostitutiva⁸⁴ del rimedio, poiché il procedimento di reclamo viene definito con una nuova decisione sulla domanda cautelare⁸⁵.

Ciò vale ad escluderne la struttura rescindente come caratteristica esclusiva, dal momento che la decisione assunta potrà confermare, modificare o revocare il provvedimento sottoposto a riesame.

⁸⁰ Sul punto, si veda G. Tarzia, *Il provvedimento negativo – Il reclamo, in Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, *op. cit.*, p. 397; C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1993, p. 193; A. CARRATTA, *La fase del reclamo*, in AA.VV., *I procedimenti cautelari*, opera diretta da A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 388.

⁸¹ In tal senso, M.F. GHIRGA, *Il reclamo cautelare, in Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2015, p. 542.

⁸² Per tutti v. G. TARZIA – A. SALETTI, *voce Processo cautelare*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento V, 2001, p. 854.

⁸³ In tal G. TARZIA – A. SALETTI, *ibidem*.

⁸⁴ In tal senso E. MERLIN, *voce Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIV, 1996, p. 415; G. ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2005, p. 420; C. CONSOLO, in C. CONSOLO – F.P. LUIO – B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 719; F. CORSINI, *Il reclamo cautelare, op. cit.*, p. 123; A. CARRATTA, *La fase del reclamo, op. cit.*, p. 385.

⁸⁵ Così G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it, p. 9; A. CARRATTA, *La fase del reclamo, op. cit.*, p. 385; G. Balena, *La disciplina del procedimento cautelare uniforme*, in G. BALENA – M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 358.

Secondo una ricostruzione parzialmente differente, si tratterebbe tuttavia di un provvedimento a carattere sostitutivo non propriamente impugnatorio⁸⁶ che dà luogo ad un riesame della domanda cautelare nel suo complesso e non del solo provvedimento, esclusa ogni possibilità di rimessione al primo giudice come disposto dal comma 4° dell'art. 669-terdecies c.p.c.

Ora, gli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c. contemplano la reclamabilità dell'ordinanza ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c.

Le norme, cioè, prevedono il richiamo ad un rimedio che sulla base degli elementi qui seppur sinteticamente offerti appare prevalentemente qualificabile come una impugnazione avente natura devolutiva e sostitutiva.

Ed allora, anche in relazione al profilo impugnatorio delle ordinanze provvisorie si profila un ulteriore elemento di perplessità.

Esso può cogliersi considerando il rapporto tra la natura di impugnazione devolutiva e sostitutiva del reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c. e la disciplina fissata dagli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c., volta a regolare la prosecuzione del giudizio dinanzi ad un giudice diverso da quello che ha pronunciato l'ordinanza provvisoria che sia stata impugnata con il reclamo, e proprio nel caso di accoglimento dello stesso.

Emerge con una certa evidenza come il rimedio esperibile avverso le ordinanze provvisorie sia caratterizzato dalla sola funzione rescindente, non essendo individuabile alcun effetto sostitutivo.

Il rimedio, cioè, realizza la sola necessità di eliminare l'ordinanza provvisoria e di dettare la regola per il raccordo e la prosecuzione del giudizio dinanzi ad altro giudice che non si sia già espresso sulla valutazione di fondatezza o manifesta infondatezza della pretesa.

⁸⁶ In via di principio, è la natura non decisoria e provvisoria dei provvedimenti cautelari ad escluderne l'impugnabilità, su si veda anche, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2024, p. 310. La natura non impugnatoria del reclamo sarebbe esclusa caratterizzandosi esso come mezzo di controllo rotatorio che non è un grado superiore di giudizio, ma un semplice trasferimento *ex lege* al giudice del reclamo degli stessi poteri appartenenti al primo giudice nell'ambito di un fenomeno di prosecuzione dell'unitario giudizio cautelare (in tal senso G. ARIETA-F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, 04, p. 398 ss. e p. 405). In questa ricostruzione, il reclamo sarebbe allora distinto dai mezzi di impugnazione non solo perché si dirige contro provvedimenti che non hanno attitudine alla cosa giudicata, ma anche perché i motivi che giustificerebbero il reclamo possono sempre essere fatti valere, in mancanza del reclamo stesso, nel corso del processo a cognizione piena. Diversamente, la natura impugnatoria potrebbe radicarsi nella struttura del subprocedimento che introduce una domanda di riesame davanti ad un giudice che, benché appartenente allo stesso ufficio giudiziario, è diverso da quello che ha pronunciato il provvedimento e ciò emerge anche dalla disposizione che esclude che del collegio possa fare parte il giudice monocratico *a quo*. D'altra parte, è però certo che si tratti di una impugnazione diversa da quelle elencate nell'art. 323 c.p.c. e che riguardano le sentenze, idonee al giudicato. Dunque, il reclamo non sarebbe assimilabile ai mezzi di impugnazione e segnatamente all'appello e neppure all'omologo istituto dei procedimenti camerali non contenziosi; la sua funzione sarebbe quindi quella di permettere il riesame e/o la revisione del ricorso da parte di un giudice diverso e superiore rispetto a quello che ha pronunciato in prima istanza.

Invero, la funzione esclusivamente rescindente del rimedio è una diretta conseguenza dei motivi deducibili con il reclamo che si ricollegano esclusivamente all'assenza dei presupposti enucleati dagli art. 183-*ter* c.p.c. e 183-*quater* c.p.c. per la pronuncia dell'ordinanza provvisoria⁸⁷.

Ed allora, individuata questa possibile asimmetria, nonostante il richiamo diretto operato dagli art. 183-*ter* c.p.c. e 183-*quater* c.p.c. all'art. 669-*terdecies* c.p.c., si può però affermare che il rinvio operato debba intendersi come riferito esclusivamente al procedimento applicabile, nel senso che con tale previsione il legislatore abbia voluto rendere applicabile il procedimento del reclamo come disciplinato dall'art. 669-*terdecies* c.p.c. al rimedio esperibile avverso le ordinanze provvisorie, senza considerare appieno la differente funzione dei due "reclami".

Di conseguenza, risulterà applicabile la stretta disciplina regolatrice del procedimento: anzitutto quella relativa alla competenza⁸⁸, poi quella relativa alla individuazione del termine per proporre il reclamo⁸⁹, nonché quella fissata dal comma 4° dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., in tema di sospensione dell'esecuzione del provvedimento.

Ma non è ancora tutto, poiché un ulteriore profilo di perplessità si addensa anche con riguardo alla disciplina del procedimento.

Il riferimento è al tema delle nuove allegazioni e delle nuove prove.

Nell'ambito del reclamo cautelare è consentito allegare nuovi fatti e produrre nuove prove.

Tale possibilità è supportata anche dal comma 3° dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., secondo cui il giudice non solo esaminerà tutto l'oggetto del primo grado cautelare, ma anche le circostanze e i motivi sopravvenuti, compresi i fatti preesistenti ma non dedotti che devono essere proposti nel procedimento di reclamo.

⁸⁷ Potrà così costituire motivo di reclamo la contestazione dei presupposti per la pronuncia del provvedimento, nel senso della mancanza di prova dei fatti costitutivi del diritto, ovvero della possibile fondatezza delle difese del convenuto, o ancora, l'ipotesi in cui il provvedimento provvisorio pronunciato abbia ad oggetto diritti indisponibili. Quanto all'ordinanza provvisoria di rigetto, oltre al profilo della possibile contestazione dei requisiti e dunque relativamente al profilo probatorio dei fatti allegati, potrebbe rilevare la contestazione del vizio non sanato dell'*editio actionis*. Inoltre, ulteriore motivo di reclamo comune ad entrambe le ordinanze è quando si contesti, in caso di pluralità di domande proposte, che sussistano i requisiti per tutte le domande formulate. Da ultimo e più strettamente riferiti al rito, possono configurarsi quei motivi volti a contestare l'assenza o il difetto di un contraddittorio pieno e regolare, ovvero ma solo per l'ordinanza provvisoria di rigetto, che essa sia stata pronunciata anteriormente all'esito dell'udienza di cui all'art. 183, come espressamente prevede l'art. 183 *quater* c.p.c.

⁸⁸ Naturalmente, la competenza sarà del tribunale in composizione collegiale, ove l'ordinanza provvisoria di accoglimento o di rigetto sia stata pronunciata dal tribunale in composizione monocratica e pur non essendo espressamente regolata l'ipotesi di ordinanza provvisoria emessa dal tribunale in composizione collegiale, se ne dovrebbe concludere che la competenza sia sempre del tribunale in composizione collegiale ed in particolare di altra sezione del medesimo tribunale, ovvero il tribunale più vicino per l'ipotesi in cui si tratti di tribunale che non abbia più sezioni.

⁸⁹ Si tratta del termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza o dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore.

Analoga possibilità va radicalmente esclusa considerando il reclamo esperibile avverso le ordinanze provvisorie.

Qui nuove allegazioni in fatto e nuove prove non possono essere consentite, posto che diversamente ragionando ed ammettendo sostanzialmente senza limite alcuno nuove allegazioni e nuove prove si determinerebbe un agile superamento delle preclusioni (già) maturate nel processo di cognizione⁹⁰.

Da ultimo, va ricordato come la disciplina del procedimento torni del tutto allineata quanto al provvedimento che definisce il procedimento.

Si tratta di un'ordinanza che non è ulteriormente impugnabile, nemmeno con il ricorso straordinario per cassazione, trattandosi di provvedimento non definitivo e non decisorio⁹¹.

5. Osservazioni finali: il richiamo alla disciplina dell'art. 669-terdecies c.p.c. quale possibile supporto per l'estensione dell'ambito applicativo del reclamo cautelare.

L'analisi condotta ha cercato di evidenziare gli aspetti peculiari delle neo-introdotte ordinanze definitorie e di fornire un possibile inquadramento dal punto di vista funzionale e da quello ontologico.

Rispetto a tale ultimo profilo, mentre l'ordinanza di accoglimento può essere collocata nella categoria dogmatica dei provvedimenti sommari esecutivi, quella provvisoria di rigetto mostra più marcatamente la dimensione del "filtro" ed appare come un possibile strumento finalizzato ad eliminare la pendenza di quei giudizi abusivi che si caratterizzano per la proposizione di domande strumentali e pretestuose.

In tale percorso, non si è mancato di mettere in rilievo i molteplici aspetti controversi della disciplina ed in particolare di rilevare come l'inattitudine al giudicato dei provvedimenti finisca per condizionare la loro funzione deflattiva, sino ad annullarla del tutto, laddove le parti non si accontentino del provvedimento provvisorio.

Tale evenienza si avrà allorché l'effetto dissuasivo prodotto dalla statuizione non convinca in via definitiva le parti ad accettare il contenuto della pronuncia provvisoria e non si produrrà così quella sorta di acquiescenza psicologica⁹², idonea ad escludere ogni possibile ed ulteriore discussione (giudiziale) sul rapporto oggetto della statuizione provvisoria.

⁹⁰ In tal senso, per tutti S. MENCHINI, *Le norme sul nuovo processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, op. cit., p. 623. Di diverso avviso e dunque per l'ammissibilità delle nuove prove sembrerebbero essere orientati M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, op. cit., p. 265 ed anche R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, op. cit., p. 104 e ss. Un possibile temperamento potrebbe però operare quelle per tutte quelle prove già richieste nel corso del giudizio e valutate dal giudice istruttore.

⁹¹ Così per tutti, ancora S. MENCHINI, op. ult. cit., p. 623.

⁹² L'espressione particolarmente efficace è di F. AULETTA in, *Diritto giudiziario civile*, Bologna, 2023, p. 145 ss.

L'indagine si è poi completata con l'esame del profilo impugnatorio.

Partendo dalla disamina di quanto previsto dagli articoli 183-*ter* c.p.c. e 183-*quater* c.p.c. che sanciscono la reclamabilità delle ordinanze ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., si è tentato di evidenziare possibili asimmetrie collegate alla diversa funzione (sostanzialmente) esplicata dal reclamo avverso le ordinanze definitive, rispetto a quello cautelare.

Più nello specifico, mentre il primo si caratterizza per una esclusiva funzione rescindente, il secondo presenta i tratti propri di una impugnazione devolutiva e sostitutiva.

Eppure, a fronte di tale ipotetica disarmonia, è proprio la previsione della reclamabilità delle ordinanze provvisorie ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. a costituire uno degli aspetti di rilievo da cui trarre spunti a favore della possibile estensione dell'operatività del reclamo cautelare, oltre i confini tracciati dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. ed in particolare, in una prospettiva più specificamente rivolta ai provvedimenti sommari non cautelari idonei ad incidere sulla situazione sostanziale delle parti.

Ciò perché si tratta di un rimedio a critica libera che permette un controllo sia sulla validità, sia sulla giustizia della decisione impugnata con una durata compatibile con le esigenze di celerità dei provvedimenti sommari.

L'idea era invalsa già da tempo sia in dottrina⁹³ e, peraltro, aveva registrato già ad inizio secolo taluni interventi del legislatore orientati proprio in tale direzione⁹⁴.

⁹³ In tal senso, F. CIPRIANI – M.G. CIVININI – A. PROTO Pisani, *Una strategia per la giustizia civile nella quattordicesima legislatura*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 81, paragrafo 4, lett. g): “estendere il reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. a tutti i provvedimenti sommari o anticipatori non cautelari ma destinati ad incidere sulla situazione sostanziale delle parti”. Si vedano anche i pareri resi da R. CAPONI ed E. MERLIN in *Corr. giur.*, 2005, p. 705 ss. sulla questione se, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo, sia ammissibile un rimedio di tipo impugnatorio avverso l’ordinanza che abbia concesso l’esecuzione provvisoria ai sensi dell’art. 648, comma 1 c.p.c. Entrambi gli studiosi ammettono la reclamabilità ai sensi dell’art. 669 terdecies c.p.c., pur muovendo le rispettive indagini da prospettive differenti. In particolare, R. Caponi indaga non solo dal punto di vista della legislazione ordinaria, ma anche dal punto di vista della garanzia del giusto processo ed afferma la funzione cautelare del provvedimento di cui all’art. 648 comma 1 c.p.c. Sostiene la reclamabilità del provvedimento senza la quale verrebbe meno la ragionevolezza del sistema e non si potrebbe non sollevare la questione di legittimità costituzionale proprio in relazione all’art. 648 comma 1 c.p.c. che dovrebbe essere dichiarato incostituzionale “nella parte in cui non prevede l’ammissibilità del reclamo ai sensi dell’art. 669-terdecies c.p.c. avverso l’ordinanza che abbia provveduto sull’istanza di esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 Cost. (estendendo il discorso a tutto il settore della tutela sommaria non cautelare, con una corrispondente questione di legittimità costituzionale dovrebbe essere bersagliato direttamente l’art. 669-quaterdecies c.p.c.)”. Seppur diversamente articolato, approda alle medesime conclusioni, il parere reso da E. MERLIN. La studiosa partendo, dalla previsione dell’art. 669 quaterdecies c.p.c. e dal tenore letterale della norma che potrebbe fondare l’esclusione della disciplina del rito cautelare uniforme alle disposizioni del codice di rito, nega tuttavia che l’osservazione abbia carattere dirimente, ed indaga il tema della natura del provvedimento di cui all’art. 648 comma 1 c.p.c., escludendone la natura cautelare, per poi aderire all’opinione secondo cui la disciplina di cui agli articoli 669 bis e ss. c.p.c. contiene principi generali cui occorre riferirsi per colmare eventuali lacune della disciplina dei procedimenti sommari non cautelari, con la possibilità di una eventuale applicazione analogica di singole norme. Così, E. MERLIN approccia il diverso piano “dell’equivalenza delle garanzie” e tenuto conto di chiari giudizi di valore attinti anche dal canone costituzionale del giusto processo giunge ad affermare come il nodo centrale non sia più la presenza effettiva di un procedimento cautelare, ma la presenza di un provvedimento che per essere basato su di una cognizione sommaria – superficiale analoga a quella dei provvedimenti cautelari ed essere atto ad anticipare, al pari degli stessi, l’esecuzione forzata prima che il diritto sia pienamente accertato, sia caratterizzato dalla stessa potenziale pericolosità per la sfera del destinatario. Affermata, così, l’equiparabilità del grado di pericolosità del provvedimento a quello delle misure cautelari, secondo l’autrice sorge l’insopprimibile esigenza di equivalenza delle garanzie che determina l’abbandono di una logica meramente formale finalizzata alla verifica della sussistenza dei presupposti strettamente cautelari per affermare l’identità di funzione tra il provvedimento dell’art. 648 c.p.c. e le misure cautelari ed estendere in via interpretativa il rimedio dell’art. 669 terdecies c.p.c. all’ordinanza dell’art. 648 c.p.c.. A sostegno, di tale opzione, viene citata anche l’estensione del rimedio del reclamo ai provvedimenti temporanei in materia possessoria che hanno natura sommaria superficiale e solo latamente cautelare. La conclusione è quella per cui si riconosca l’art. 669 terdecies c.p.c. non come una neutra articolazione del procedimento cautelare, quanto come una vera e propria garanzia collegata all’intrinseca pericolosità del provvedimento, rispetto alla quale non assume rilievo che il decreto ingiuntivo sia un provvedimento sommario con vocazione alla definitività e al giudicato, mentre pur potendo rilevare la previsione dell’art. 648 c.p.c., secondo cui l’ordinanza stessa non sia impugnabile e pur non potendosi escludere che il reclamo ai sensi dell’art. 669 terdecies c.p.c. sia una forma di impugnazione, l’art. 648 c.p.c. non si configura come una disposizione contraria alla reclamabilità, tale per cui vi sia un limite insuperabile con percorsi ermeneutici. Infine, viene rilevato come ove si conferisse valore insormontabile alla non impugnabilità prevista dall’art. 648 c.p.c. non resterebbe che coltivare il dubbio circa la legittimità costituzionale relativamente alla possibile violazione degli articoli 24 comma 2 Cost., del principio di uguaglianza dell’art. 3 per irragionevole disparità di disciplina di situazioni processualmente analoghe e tale ipotesi però dovrebbe essere una (mera) eventualità conseguente alla impossibilità di estendere il reclamo per via interpretativa. Sempre in dottrina, si veda ancora N. RASCIO, *Note sull’impiego del reclamo (in luogo dell’appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 955 ss. in cui viene fornita una panoramica su alcune tipologie di reclami ed in particolare su quello cautelare e su quello camerale per ricostruirne la devoluzione automatica piena come caratteristica naturale e comune, tale da poter fondare una duplice prospettiva di

Si tratta di una opzione che poi è agevolmente rinvenibile in molti altri settori: si pensi, anzitutto, alla materia possessoria ai sensi regolata dall'art. 703 c.p.c. ed in particolare alle modifiche apportate dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005 n. 80.

Si consideri, ancora, il settore dell'istruzione preventiva⁹⁵ e quello della consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi⁹⁶.

Ancora e guardando al processo esecutivo, può aversi riguardo all'ordinanza di sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 624 comma 2 c.p.c. come novellato dalla riforma del 2005 e ai provvedimenti sulla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo pronunciati dal giudice dell'opposizione pre-esecutiva⁹⁷.

impiego in alternativa all'appello. Per una panoramica sul reclamo nel fallimento, oggi liquidazione giudiziale nel codice della crisi di impresa si veda ancora N. RASCIO, *Brevi note sul sistema dei rimedi avverso il provvedimento che dichiara, o meno, il fallimento (ovvero, nel c.c.i., l'apertura della liquidazione giudiziale)*, in questa rivista, 2021, p. 273 ss. e per i riferimenti anteriori all'entrata in vigore della codice della crisi di impresa si veda sempre N. RASCIO, *L'efficacia devolutiva del reclamo avverso la sentenza di fallimento: un risultato precluso dal sistema e dalla lettera della legge*, in *Il Fallimento*, 5, 2010, p. 584 ss., ove si mettono in comparazione l'oggetto e l'ambito della cognizione in vari reclami tra cui quello cautelare e si rileva il carattere devolutivo naturale in altri reclami contemplati dall'ordinamento, mentre lo si esclude per l'impugnazione avverso la sentenza di fallimento.

⁹⁴ Si vedano in tal senso ad esempio l'art. 736 bis comma 4 c.p.c. in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari, nonché l'art. 19 dell'abrogato d.lg. 5 del 2003 in tema di procedimento sommario di cognizione nel rito societario.

⁹⁵ Il riferimento è a Corte Cost., 6 maggio 2008 n. 144. La Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., gli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c., nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza volta a provocare l'assunzione di testimoni, ovvero l'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale. La si può leggere in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 247 e ss., con nota di F. FERRARI, *La reclamabilità del diniego di istruzione preventiva* e P. LICCI, *Istruzione preventiva e reclamo: una soluzione che ancora non convince*. Per ulteriori commenti alla sentenza si vedano anche C. DELLE DONNE, *La Consulta ammette il reclamo contro i provvedimenti di diniego dell'istruzione preventiva ma non contro quelli di accoglimento: è vera parità delle armi?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2256; A.A. ROMANO, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1072; G. DELUCA, *Sul reclamo avverso i provvedimenti d'istruzione preventiva*, in *Giust. proc. civ.*, 2008, p. 907.

⁹⁶ Si tratta della recentissima Corte Cost., 24 ottobre 2023, n. 202, su cui si vedano anche le brevi osservazioni di F. P. LUISO, *Una sentenza buona, ma insufficiente*, in *www.judicum.it*. Con la pronuncia, sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi – in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. – gli artt. 669-*quaterdecies* e 695 c.p.c., nella parte in cui non consentono di utilizzare lo strumento del reclamo, previsto dall'art. 669-*terdecies* c.p.c., avverso il provvedimento che rigetta (anche per ragioni di inammissibilità) il ricorso per la nomina del consulente tecnico preventivo ai fini della composizione della lite di cui all'art. 696-bis del medesimo codice, poiché l'esclusione della reclamabilità priva definitivamente e irragionevolmente la parte di una importante facoltà processuale diretta alla possibile composizione della lite, in ingiustificata distonia con la reclamabilità del rigetto delle istanze di istruzione preventiva.

⁹⁷ Sul punto Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19889, che afferma la reclamabilità, ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., dell'ordinanza con cui il giudice dell'opposizione all'esecuzione, proposta ai sensi dell'art. 615, 1° comma, c.p.c. prima che questa sia iniziata, decide sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo. Si vedano sul punto i commenti di L. SALVANESCHI, *Il reclamo sul provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ex art. 615, comma 1°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1619 ss. e in *Giur. it.*, 2019, p. 2410 ss., i commenti di R. CONTE, *Sezioni Unite e reclamabilità dell'ordinanza ex art. 615, 1° comma c.p.c.* e G. FELLONI, *Reclamabilità della decisione sulla sospensiva in sede di opposizione a precetto*. Inoltre, si vedano ancora i commenti di R. METAFORA, *La natura lato sensu cautelare della sospensione pre-esecutiva e la sua reclamabilità*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 217 ss. ed il dibattito, *A più voci sulla reclamabilità del provvedimento di sospensione*

Molto recentemente poi è stata anche affermata la reclamabilità dell'ordinanza che abbia rigettato la richiesta di sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c., in funzione di una riconosciuta natura cautelare del provvedimento⁹⁸. Ora gli sviluppi delle riforme legislative del processo civile nell'ultimo ventennio, la giurisprudenza costituzionale e soprattutto l'ultima riforma che ha introdotto le ordinanze provvisorie degli articoli 183-ter c.p.c. e 183-quater c.p.c. avverso cui è ammissibile il rimedio di cui all'art. 669-terdecies c.p.c. sembrano potersi considerare indici dimostrativi piuttosto univoci della possibile volontà di attribuire maggior ampiezza applicativa al reclamo cautelare, configurandolo come uno strumento di portata (più) estesa, utilizzabile oltre il limite dell'art. 669-quaterdecies c.p.c. ed in particolare anche quale rimedio contro i provvedimenti sommari esecutivi non cautelari che siano tali da incidere sulla situazione sostanziale delle parti.

Di certo, la tendenza all'estensione dell'operatività del reclamo deve confrontarsi con un argomento latamente ermeneutico, come quello costituito dall'esclusione del rimedio in ipotesi in cui, viceversa, sia possibile rinvenire una funzione cautelare più marcata⁹⁹, oltre che con la considerazione che tale possibilità possa dar vita ad una frammentazione del sistema generale dell'inibitoria¹⁰⁰.

Però, l'ostacolo maggiore, seppur non insormontabile, resta l'assenza di un'espressa copertura normativa, nel senso della mancanza di una previsione che contempli la possibilità di utilizzare il rimedio del reclamo secondo lo schema procedimentale declinato dall'art. 669-terdecies c.p.c., oltre il limite tracciato dall'art. 669-quaterdecies c.p.c. in tutte quelle ipotesi che intercettino il campo dei provvedimenti sommari e siano tali da incidere sulla situazione sostanziale delle parti.

La prospettiva (ermeneutica) utile a supportare validamente la possibile estensione dell'applicabilità del rimedio non potrà evidentemente che essere quella della "garanzia del

dell'efficacia esecutiva del titolo pronunciato dal giudice dell'opposizione a precetto (note a Cass. s.u. 23 luglio 2019, n. 19889), di B. CAPPONI, M. CIRULLI, M. FARINA, G. MONTELEONE, S. SCIRPO, E. FABIANI, M.L. GUARNIERI, in Rass. Esec. Forz., 2019, p. 729 ss.

⁹⁸ Si tratta di una pronuncia del Tribunale Roma, 29 dicembre 2023. Si veda al riguardo il breve commento di P. Licci, *Brevi note sulla reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza ex art. 649 c.p.c.*, in www.judicium.it. Il Tribunale di Roma valorizza i punti di contatto esistenti tra i due provvedimenti, rilevando come in entrambi i casi del reclamo sia utilizzabile lo schema processuale dovendosi verificare la sussistenza dei presupposti per la pronuncia dell'ordinanza provvisoria e per la sospensione della esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo, senza alcun riferimento ai motivi e alla portata sostitutiva della decisione.

⁹⁹ Il riferimento immediato, effettuato peraltro anche dalla sentenza del Tribunale di Roma citata alla nota che precede, è all'inibitoria in appello regolata dall'art. 283 c.p.c. Come noto, la riforma Cartabia ha inciso sia modificando i presupposti, con l'aggiunta del *fumus* (nel senso di impugnazione manifestamente fondata) al *periculum in mora* (pregiudizio grave ed irreparabile), sia prevedendo che in caso di rigetto dell'istanza questa possa essere riproposta nel corso del giudizio di appello se si verificano mutamenti delle circostanze successivi alla proposizione dell'impugnazione. Tuttavia, non è stata introdotta la previsione del reclamo per procedere al controllo da effettuarsi dinanzi ad un giudice diverso sul provvedimento che abbia concesso o negato la sospensiva.

¹⁰⁰ La considerazione è di P. LICCI, *Brevi note sulla reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza ex art. 649 c.p.c.*, op. cit., che parla della possibilità di alimentare "sottosistemi", citando l'argomento di Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19889.

*giusto processo (art. 111 Cost.), come sintesi relazionale immediatamente precettiva delle garanzie costituzionali del processo civile, in particolare del diritto di azione e di difesa (art. 24 Cost.)*¹⁰¹, nonché quella della “*equivalenza delle garanzie*”¹⁰² e in tale direzione si potrà fondare l’estensione del rimedio anche ai provvedimenti sommari esecutivi non cautelari, in attesa che il legislatore in un prossimo intervento normativo recepisca a livello positivo quella tendenza ad allargarne le maglie dell’utilizzo, introducendo una espressa previsione in tal senso¹⁰³, che doti la fattispecie anche di copertura normativa, considerando la fondatezza degli sforzi ermeneutici effettuati per supportare l’estensione del rimedio, ovvero procedendo ad apportare una modifica all’ambito applicativo delineato dalla norma di chiusura del procedimento cautelare uniforme.

Fabio Savino

Ricercatore dell’Università degli studi di Napoli Parthenope

¹⁰¹ Così testualmente R. CAPONI nel parere reso, *Sulla reclamabilità delle ordinanze sulla provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo ex art. 648 c.p.c., op. cit.*, p. 705.

¹⁰² L’espressione è riportata da E. MERLIN nel parere reso, *Sulla reclamabilità delle ordinanze sulla provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo ex art. 648 c.p.c., op. cit.*, p. 712. Ivi ed al riguardo, si riportano anche le osservazioni di A. PROTO PISANI, in *Dieci anni di riforme per la giustizia civile*, in *Giur.it.*, 2000, p. 1770, secondo cui “*la previsione della garanzia del reclamo innanzi ad un giudice collegiale dei provvedimenti che abbiano concesso o respinto la domanda cautelare, fa apparire sempre più abnorme, irragionevole in riferimento agli artt. 3 e 24, 2 comma, Cost., la irreclamabilità dei provvedimenti sommari emanabili nel corso del processo a cognizione piena, che pur non essendo qualificabili come cautelari sono al pari di questi destinati ad incidere sulla realtà extraprocessuale: penso alle ordinanze ex art. 708, 3 comma, 186 bis, 186 ter (se esecutive), 423, 1 e 2 comma, 648, 665 c.p.c.*”.

¹⁰³ Un tale inserimento ben si sarebbe potuto realizzare anche nell’ultima riforma del processo civile considerando che con essa il legislatore ha adottato quasi tutte le prassi processuali procedendo a codificare gli approdi della giurisprudenza a vario livello. Sulla tecnica adottata dal legislatore dell’ultima riforma, si veda per tutti, G. DELLA PIETRA, *Le «pampuglie» nella delega e nello schema di decreto legislativo per l’efficienza del processo civile*, in questa *Rivista*, 2022, p. 339 ss.



VALENTINA CAPASSO

Open data of judicial decision in comparative perspective: towards a reshaping of source theory?*

Adottando una prospettiva comparata, l'autrice esplora le ricadute *teoriche*, in punto di teoria delle fonti del diritto, di un fenomeno eminentemente *pratico*, ovvero la messa a disposizione online gratuita delle decisioni di merito.

Adopting a comparative perspective, the author explores the *theoretical* repercussions, in terms of the theory of the sources of law, of an eminently *practical* phenomenon, namely the free online availability of trial Courts' decisions.

Table of contents: 1. Introduction – 2. Supreme courts' common tendency to extend their powers – 3. Open data as a vehicle of legal transplant – 4. Trial courts' jurisprudence vs. Supreme Court jurisprudence

1. Introduction

The convergence of civil and common law models is a classic theme of comparative law, so that it seems difficult to imagine anything to add to the extensive literature on the subject. What is changing today, however, is the perspective from which the same phenomenon can be viewed, thanks to the advent and development of artificial intelligence. This is the link connecting three very different systems such as the Chinese, French and Italian ones, which, at different times, have experienced an innovation that promises to change – and is already changing – the theory of the sources of law: the open data of judicial decisions. Such an initiative, firstly adopted in China, without too much resonance in Europe, has soon been replicated in France – whose legislative events, also in terms of certain debatable choices, have already been much discussed – and, finally, in Italy, where, since 14 December 2023, all the decisions rendered by the trial courts since 2016 are freely accessible by the public.

Now, the availability of such a vast amount of material poses several challenges and promises multiple developments, with certainly different meanings and implications, also due to the constitutional and legal structure of each Country. However, what the three experiences have in common is – on the one hand – the historic (formal) rejection of the theory of binding precedent, which now contrasts with the sudden visibility of lower Courts jurisprudence that has so far remained hidden, and – on the other hand, and consequently – the need to redefine the relationships among such massive jurisprudence with the decisions of the Supreme Courts.

* The text replicates, with the addition of essential bibliographical references, the lecture given at the Joint AIDC/DPCE Young Scholars Conference “*Itineraries of Legal Comparison. New Issues and New Perspectives*”, Link Campus University, Rome, May 16-17, 2024.

2. Supreme courts' common tendency to extend their powers

The Chinese legal system, on the one hand, and the Italian and French ones, on the other, could not appear more different, and in many respects they do are, starting with their respective constitutional foundations: the separation of powers, currently enshrined by most European Constitutions, is not provided for in the Chinese one. There, by contrast, all powers are concentrated in the National People's Congress (NPC), and the only possible distinction is that between functions, each of which, in principle, is exclusively attributed to a different organ, but still under the control of the NPC (and, ultimately, of the Communist Party). The judiciary is not understood as separate and independent order or power, as it is in Italy and in France, but as an administrative articulation, rigidly hierarchised and globally accountable to the NPC: moreover, the Basic Law does not even contemplate a specific term for 'the Judiciary', but merely regulates 'the Courts'; and, although Art. 126 Const. states that each of them «exercise[s] judicial power independently, in accordance with the provisions of law, and not subject to interference by any administrative organ, public organization or individual»¹, the subsequent provisions place each level of jurisdiction under the «supervision» of the higher ones, and even the Supreme People's Court (SPC) – albeit defined by Art. 127, para. 1, Const, as «the highest judicial organ» of the State – is accountable to Congress and its Standing Committee (Art. 128 Const.).

Against this background, the SPC has over time slowly attempted to increase its powers, at least in the area of interpretation, but the formal rule remains that of the subordination of the judge to the law: not only as a corollary of the authoritarian state, but also (and, perhaps, even before that) as it corresponds to the centuries-old Chinese tradition, in which the doctrine of *stare decisis* has never had any citizenship².

¹ On the notion and historical developments of judicial independence in China, see, among others, R. PEERENBOOM, *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumptions*, in ID. (ed.), *Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, 2010, p. 69 ff.; C. MUGELLI, *Judicial Independence in China: A Comparative Perspective*, in *Acta Juridica Hungarica*, 2013, p. 40 ff.; L. FENG, *The Future of Judicial Independence in China*, in H. P. LEE - M. PITTARD (eds.), *Asia-Pacific Judiciaries. Independence, Impartiality and Integrity*, Cambridge, 2017, p. 81 ff.; Z. YANRONG, *The Way to Understand the Nature and Extent of Judicial Independence in China*, in *Asian Journal of Law and Society*, 2019, p. 131 ff.

² B. AHL, *Retaining Judicial Professionalism: The New Guiding Cases Mechanism of the Supreme People's Court*, in *The China Quarterly*, 2014, p. 122.

It is true that official compilations of «cases of general legal effect» have been found since imperial times (cfr. C. XINGLIANG, *China's Guiding Case System. A Study on the Mechanisms of Rule Formation*, in *Peking University Law Journal*, 2014, p. 238 ss.; THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Chinese Common Law? Guiding Cases and Judicial Reform*, in *Harvard Law Review*, 2016, p. 2215 s.); but the phenomenon is easily explained by the concentration of all powers in the head of the Emperor (J. DENG, *The Guiding Case System in China's Mainland*, in *Frontiers of Law in China*, 2015, p. 452), whose will – regardless of the form in which it was expressed – always had identical efficacy: thus, once it was manifested as a decision in an individual case

From this angle, similarities begin to emerge, in at least two respects: firstly, the idea of jurisprudence as a source of law has long been denied in both Italy and France too, also by virtue of the normative datum. Indeed, not only both systems do not formally contemplate jurisprudence as a source of law, but article 5 of the French Civil Code expressly prohibits the so-called *arrêts de règlement*, that is, a decision of general application; and such a prohibition is also easily derived from article 101, para. 2, of the Italian Constitution, which has already been recalled to argue that giving a single judgement a normative role would end up eliminating any difference between judge and law³.

However – and we come to the second similarity –, the existence of these limitations did not prevent French and Italian Supreme Courts to take on, more and more explicitly, a normative role. There are many indications of this trend, but it will suffice here to recall, on the one hand, the doctrine of living law, which originated in Italy but was subsequently adopted by the French *Conseil Constitutionnel*⁴, which implies the recognition that the law in force is not the *law tout court*, but the *law as interpreted*; on the other hand, the phenomenon of the temporal modulation of judgements' effects, which reveals the appropriation by the Supreme Courts of a function traditionally entrusted to the legislature, namely that of determining the *dies a quo* of application of a law⁵.

If these few remarks seem to be enough to show the commonality of the trend, it is common ground that the progressive use of artificial intelligence in the judicial sector constitutes a global phenomenon too; hence, the opportunity – if not the necessity – to assess how the use of AI tools has impacted, or may impact, the evolution of source theory, although – as stressed – already underway.

(*li*) and included in a compilation, «the case that was the basis of this *li* was gradually forgotten. In this sense, ancient Chinese case law was actually [...] a system for the extinction of precedent» (C. XINGLIANG, *China's Guiding Case System*, *supra*, p. 244).

³ G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 18.

⁴ It is not by chance that French Constitutional Court statement following which «any litigant has the right to challenge the constitutionality of the effective meaning that a consistent interpretation of case law confers to a legal provision» (Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC and 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC) appeared shortly after the publication of the article by G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité*, in *Constitutions*, 2010, p. 9 ff. On Conseil Constitutionnel's reception of the Italian doctrine of living law see N. MAZIAU, *Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité*, in *Rec. Dalloz*, 2011, p. 529 ss.

⁵ I have dealt with the subject extensively in V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti. La modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia ultra partes ed effettività della tutela*, Napoli, 2020.

3. Open data as a vehicle of legal transplant

Firstly, the use of artificial intelligence can speed up change. This seems to have been the case in China: here, if the legal and political background explains the extreme caution over time adopted by SPC while promoting precedent's valorisation, things changed with the beginning of the new millennium, when the Court embarked on a real policy of endorsing case law, as part of a broader reform promoted by the Court itself through a series of Five-Year Plans. To that purpose, an initial step was the selection of the so-called guiding cases⁶, i.e. judgments (from any Court) deciding matters of special importance, which are outlined, summarised and then published, with an obligation for subsequent judges (not to follow, but) to quote them⁷. This already constitutes a first expansion of the Court's control, which, as a Court of appeal, is instead able to review only a very small part of the litigation. In fact, although Chinese judicial system is articulated on four levels of Courts⁸, parties are normally only allowed one appeal⁹. Consequently, «a large amount of cases stop in the Intermediate People's Court»¹⁰, effectively preventing the SPC from exercising effective supervision over the jurisprudential development¹¹. By selecting guiding cases, therefore, the SPC ends up exercising its review even in matters in which it could not ordinarily intervene.

But, as noted, «[w]hile the guiding-cases mechanism has brought certain case-law elements into the Chinese legal system, more significant changes in that direction have been effectuated by the prevalent use of algorithms in courts»¹². Indeed, the scope of the Five Years

⁶ As J. DENG, *Should the Common Law System Be Intelligentized?: A Case Study of China's Same Type Case Reference System*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2019, p. 223 ff., reminds, «[i]n 1985, China's highest court, the Supreme People's Court of China (SPCC) began to publish "typical cases" [...] in its official publication, the Gazette of SPCC.1 Since then, there have been debates about whether or not to adopt "precedent" into China's legal system. Against some resistance, SPCC has made consistent efforts to increase the role of prior cases in China's legal system, leading to the establishment of the guiding case system in 2010».

⁷ When detecting an analogy between their case and a guiding case, subsequent judges must refer (*canzhao*) to the latter (Art. 9 Detailed Implementing Rules on the "Provisions of the Supreme People's Court Concerning Work on Case Guidance", 2015) and mention it in their reasoning, but cannot use it as the basis for adjudication (Art. 10 Detailed Implementing Rules on the "Provisions of the Supreme People's Court Concerning Work on Case Guidance", 2015).

⁸ Starting with the lowest grade, the Basic People's Courts, the Intermediate People's Courts, the High People's Courts and, at the highest degree, the Supreme People's Court.

⁹ M. ZHANG, *Pushing the Envelope: Application of Guiding Cases in Chinese Courts and Development of Case Law in China*, in *Washington International Law Journal*, 2017, p. 295.

¹⁰ J. DENG, *The Guiding Case System*, *supra* note 2, p. 461.

¹¹ The phenomenon is not limited to China. For UK, see, e.g., UK, G. DREWRY- L. BLOM-COOPER- C. BLAKE, *The Court of Appeal*, Oxford, 2007, noting (in the back cover) that «the Court of Appeal [...] occup[ies] its crucial position as, to all intents and purposes, the court of last resort — indeed, a supreme court — for most civil appellants».

¹² G.G. ZHENG, *China's Grand Design of People's Smart Courts*, in *Asian Journal of Law and Society*, 2020, p. 570.

plans has always been larger than the just mentioned one¹³: in particular, among the reforms aimed at digitising the judicial system, the establishment of a national database of published judicial opinions, together with the implementation of software programs that make it possible to interconnect all Courts and to search and compare precedents, made it possible the establishment of the so-called Like-Cases Recommendation System (LCRS) or Same Type Case Reference system (STCR). Based on machine learning, the system is «composed of a series of systems that work together to ensure judges adhere to prior decisions made by their own courts (or superior courts) on cases that are similar to the case before them»¹⁴. Such a system has already been read «as a system of horizontal precedent». And, even if «this is not to say that China is adopting stare decisis», since «LCRS is enhanced by statistic algorithms to find regularities in cases, rather than a mechanism to follow the ratio decidendi of preciously decided cases»¹⁵, a strong pressure towards case-law conformity is exerted by the overall system of judge accountability. Suffice here to mention that the Supreme People's Court Opinion on Implementing Judicial Accountability, issued in August 2017, provides that «judges deciding a case should conduct comprehensive search on all similar and related cases decided or deciding by the same court and generate a review report with the assistance from case handling platform, case files system, China Judicial Judgments Online, Faxin (Trust in Law), and Zhishen (intelligent trial)». And it seems fair to say that the use of such platforms to search for and mention precedent cases – as said, by now a duty for the judge – «is the stronger force moving Chinese courts towards a case-law system»¹⁶.

4. Trial courts' jurisprudence vs. Supreme Court jurisprudence

Whether or not one considers that the Chinese system may already be defined as a system of stare decisis, it has already been noted that it is based on horizontal precedent. This undoubtedly constitutes a distinguishing feature from the situation in continental Europe, where the relevant precedent (be it binding or persuasive) tends to be that of the Supreme Courts alone. The use of artificial intelligence, however, can also change the existing

¹³ For an overall description, see C.X. Zou, *Achievements and Prospects of Artificial Intelligence Judicature in China*, in *Chinese Studies*, 2022, 11, p. 197 ff.

¹⁴ J. DENG, *Should the Common Law System Be Intelligentized?: A Case Study of China's Same Type Case Reference System*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2019, p. 224.

¹⁵ G.G. ZHENG, *China's Grand Design*, *supra* note 12, p. 570. For a slightly different view, see J. DENG, *Should the Common Law System Be Intelligentized?: A Case Study of China's Same Type Case Reference System*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2019, p. 224-225. In the Author's opinion, «[u]nlike guiding cases, STCR aims to make prior cases binding, rather than quasi-binding, and thus, is a further step towards creating a type of common law in China».

¹⁶ G.G. ZHENG, *China's Grand Design*, *supra* note 12, p. 570.

framework: this is what is believed will happen in France and Italy, following the forthcoming full and free availability of inferior Courts case law.

Reflection on the subject has already started in France, where open data of judicial decisions was announced in 2016, although the liberalisation of first instance judgments is not yet complete¹⁷; here, in speculating on the consequences of algorithmic exploitation of this mass of data, a «hierarchical inversion» between trial Courts' jurisprudence and higher Courts' one has already been hypothesised, as a result of the «factual equalisation of court decisions processed by the machine»¹⁸. And, although French scholars have always understood, by the term «jurisprudence», exclusively that of the *Cour de cassation*, the most recent considerations about the impact of open data on source theory have led to the hypothesis of a broad notion of the term, including the decisions of the lower Courts¹⁹.

Similar considerations appear to be also applicable to the Italian landscape, where the introduction of the public database of trial Courts' judgments is recent²⁰. In both systems, in fact, it seems fair to acknowledge that the current, absolute pre-eminence of Supreme Courts jurisprudence derives only in part from legal reasons.

Of course, it is true that the Italian Constitutional Court is constant in ruling out the possibility that trial courts jurisprudence may be read as living law²¹, especially when conflicting opinions exist and/or in the absence of a ruling by the Court of Cassation²²; equally true is that the nomofilactic function is expressly assigned to the Court of Cassation by article 65 ord. giud. Moreover, it is very difficult to find Supreme Courts' rulings quoting decisions of the lower Courts.

However, in more than one case the Italian Constitutional Court emphasised trial Courts' jurisprudence²³; after all, the concept underlying the doctrine of living law is that the law is

¹⁷ For an up-to-date review of the successive steps of the reform, see P. DEUMIER, *L'effet de l'open data sur la jurisprudence des juges du fond*, in this Review, 2023, p. 684 ff.

¹⁸ A. LOUVARIS, *Présentation générale. La justice prédictive entre être et devoir être*, in ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION (dir.), *La justice prédictive. Actes du colloque du 12 Février 2018, organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine PSL*, Paris, 2018, p. 33 (free translation).

¹⁹ L. RICHIER, *Jurisprudence et intelligence artificielle : un compromis entre lutte et complémentarité*, in this Review, 2023, p. 675.

²⁰ Problems and perspectives of the new database are investigated by E. D'ALESSANDRO, *Ricerca, informazione e disseminazione in diritto processuale civile: la Banca Dati di Merito Pubblica (Obiettivo PNRR M1-C1 Riforma 1.8)*, in this Review, 2024, p. 333 ff.

²¹ Italian Constitutional Court, January 30th 2002, n. 1; April 5th 2012, n. 78.

²² Italian Constitutional Court, June 17th 2010, n. 217; March 12nd 2010, n. 98.

²³ Reference is made to the pronouncements mentioned in SALVATO (ed.), *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, February 2015, p. 8-9, note 20-24, also containing the citation of the relevant excerpts.

not given by the written text alone, but by the opinion developed by case law and doctrine as to the legal meaning to be attributed to a given legal provision. And, if one considers that the Supreme Courts only analyse a small percentage of the overall domestic litigation, it is evident that in the vast majority of cases it is the opinion of the lower Courts that will count in the end. In addition, it is possible to assume that, even before the open data, the Supreme Courts already were aware of trial Courts' case law: not only because it is often mentioned by the parties (or, if appropriate, by Attorneys General), but also because a part (however small) of such jurisprudence has already been made available for a few years now by private case law databases, and therefore already forms part of the results returned by the searches that it is reasonable to assume each judge performs in order to reach a solution to the case²⁴.

If one agrees with the remarks just made, it seems possible to consider that what has hitherto stood in the way of the valorisation of lower Courts' case law is not the legal inconceivability of its use for this purpose, but a mere matter of fact, that is the inadequacy of the available databases, as they are incomplete and chargeable. Consequently, it cannot be excluded that the future availability of such jurisprudence, thanks to the open data of judicial decisions, may end up enhancing lower Courts' role in the theory of the sources of law, if not actually showing a living law other than the one hitherto believed to be so.

As US studies show, in fact, private databases of trial Courts decisions often suffer from selection bias, which distorts the results of searches, leading the researcher – thus, also the Supreme Court judge – to erroneous conclusions about the state of lower Courts case law²⁵. But if this is true, and if it is true that living law is made by the majority practice of the Courts,

²⁴ The abovementioned assumption is confirmed by the few empirical works conducted so far: among them, it is worth mentioning the research on legal reasoning conducted by French scholars at the Université Lumière Lyon 3: see P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique*, Paris 2013. The study analysed the conclusions of the *avocats généraux* and the reports of the *conseillers rapporteurs* for the Court of Cassation, and the reports of the *rapporteurs publics* and *commissaires du gouvernement* for the Council of State, for 2009 (364 documents) and, for some indicators, also for 2008 (894 total documents), most of which unpublished: see P. DEUMIER, *Présentation*, in P. DEUMIER (dir.), *supra*, 3). In fact, while the Court of Cassation had already begun to publish them some years ago, in the guise of “external motivations” of its *arrêts* (F. DESCORPS DECLÈRE, *Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation*, in *Rec. Dalloz*, 2007, 2822 ff.), Council of State's *travaux préparatoires* remain internal working documents, not circulated to the public

²⁵ See, among others, A.A. REINERT, *Measuring selection bias in publicly available judicial opinions*, in *Rev. Litig.*, 2018, p. 255 ff.; K. CARLSON - M.A. LIVERMORE - D.N. ROCKMORE, *The Problem of Data Bias in the Pool of Published U.S. Appellate Court Opinions*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 2020, p. 224 ff.

I was not able to find similar studies conducted in the Countries under comparison. However, it seems worth mentioning the conference report delivered by S. HUBER, *Le style et la motivation des décisions ainsi que les rapports entre la Cour fédérale de justice allemande et la doctrine* during the conference *Cassation et révision : Quel avenir pour les juridictions suprémes ?*, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Luxembourg, April 4th 2019, making reference to an empirical study (of which I have not heard any more) trying to correlate the precedents quoted by the German Supreme Court and the databases used by judges.

one may wonder whether the advent of open data of trial Courts decisions will really constitute a disruptive phenomenon, capable of *changing the law*, or rather... the way to show what *the law already is*, even if we are not aware of it.

Valentina Capasso

Ricercatrice dell'Università di Napoli "Federico II"



GIUSEPPE MANCINO

Espropriazione presso terzi e allegazione completa del credito

Cass. Civ., sez. III, 2 maggio 2024, n. 11864

Nel procedimento di espropriazione presso terzi, se l'atto di pignoramento notificato non contiene la specifica quantificazione del credito pignorato, su istanza del creditore (ex art. 486 c.p.c.) si deve procedere all'accertamento endoesecutivo dell'obbligo del terzo, ai sensi dell'art. 549 c.p.c., anche in caso di non contestazione da parte del terzo pignorato rimasto silente, posto che il meccanismo della ficta confessio può operare solo quando l'allegazione del creditore consente la compiuta identificazione del preteso credito nei confronti del debitor debitoris.

Il presente lavoro si propone di approfondire la questione affrontata e risolta con sentenza n. 11864 del 2 maggio 2024 con la quale la Corte di Cassazione si è pronunciata per la prima volta sull'operatività del meccanismo della *ficta confessio* di cui all'art. 548 c.p.c. come novellato dalla legge n. 132/2015, ed in particolare con riguardo a quegli elementi minimi idonei a permettere la determinazione quantitativa e qualitativa del credito affermato e, dunque, il "riconoscimento implicito".

This work aims to investigate the issue addressed and resolved with sentence no. 11864 of 2 May 2024 through which the Court of Cassation ruled for the first time on the operation of the ficta confessio mechanism referred to in art. 548 c.p.c. as amended by law no. 132/2015, and in particular with regard to those minimum elements suitable to allow the quantitative and qualitative determination of the credit by affirmed and, therefore, the "implicit recognition".

Sommario: 1. La fattispecie; 2. Brevi premesse; 3. Segue: l'operatività del meccanismo di "non contestazione" in caso di mancata dichiarazione del terzo a seguito delle riforme del 2014 e del 2015; 4. La *ratio* sottesa al meccanismo di non contestazione ed i dubbi circa la sua applicabilità in caso di comunicazioni irrituali della dichiarazione di quantità del terzo; 5. Segue: i "requisiti minimi" ed i limiti della "*ficta confessio*" del terzo pignorato; 6. I mezzi di impugnazione dell'ordinanza emessa sulla scorta del "riconoscimento presunto" del credito; 7. Osservazioni conclusive.

1. La fattispecie

Dopo quasi dieci anni dall'ultima riforma che ha interessato l'istituto dell'espropriazione presso terzi, la Suprema Corte si è pronunciata sul tema dei requisiti minimi necessari affinché

la “*ficta confessio*” di cui all’art. 548 c.p.c. avvenga nel rispetto delle garanzie minime riconosciute al (presunto) *debitor debitoris*.

Inoltre, ha confermato l’orientamento giurisprudenziale¹, già noto, della possibilità per il terzo di eventualmente impugnare l’ordinanza di assegnazione ai sensi dell’art. 617 c.p.c. senza alcuna limitazione derivante dall’eventuale interpretazione restrittiva dell’art. 548, ultimo comma, c.p.c.

Ma procediamo per gradi.

Ai fini della nostra analisi, assume rilevanza, pur marginale, la situazione fattuale che ha dato luogo allo svolgimento del processo ed alla decisione in esame.

Invero, dei cinque motivi posti a fondamento del ricorso per cassazione solo due rilevano: con il primo il creditore lamentava un vizio di nullità della sentenza per violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. in relazione all’art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.; ed ancora, con il secondo, la falsa applicazione degli artt. 548, comma 2, e 617 c.p.c. in relazione all’art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

In particolare, il ricorrente affermava di aver prodotto prove documentali analitiche e specifiche. Al contrario il giudice del merito aveva ritenuta necessaria un’allegazione più puntuale, idonea a permettere la determinazione del “presunto” credito pignorato.

Con il secondo motivo elencato, il creditore riteneva inammissibile l’esperimento dell’opposizione ex art. 617 c.p.c. poiché il testo dell’art. 548, ultimo comma, c.p.c. prevede esplicitamente che: l’opposizione agli atti esecutivi è esperibile solo nel caso in cui il terzo dia prova di non aver avuto tempestiva conoscenza dell’ordinanza di assegnazione dei crediti per caso fortuito o per forza maggiore.

La Suprema Corte, nell’argomentare le ragioni della decisione, parte proprio da quest’ultimo motivo e conferma l’orientamento per cui: l’impugnazione dell’ordinanza di assegnazione dei crediti per “incolpevole” mancata conoscenza del terzo, costituisce un rimedio speciale che non preclude in alcun modo l’opposizione di cui all’art. 617 c.p.c. necessaria al fine di far valere vizi propri del provvedimento giudiziale e, dunque, anche i casi in cui questo si basi su un riconoscimento implicito non confacente alla realtà.

Sulla questione della necessaria specificità dell’oggetto del pignoramento ai fini dell’operatività del suddetto meccanismo della “*ficta confessio*”, la Corte ha altresì precisato che l’istanza del creditore non deve necessariamente indicare in modo analitico il rapporto di

¹ Cass., 19 maggio 2022, n. 16234: «*Nei pignoramenti presso terzi, l’opposizione agli atti esecutivi contro l’ordinanza di assegnazione è esperibile non solo nell’ipotesi di cui all’art. 548 c.p.c. ma anche per far valere vizi propri dell’atto. (Principio affermato con riguardo all’opposizione ex art. 617 c.p.c., proposta dal terzo pignorato avverso l’ordinanza di assegnazione ex art. 548 c.p.c. per far valere l’inesistenza del credito e la conseguente illegittimità, a fronte della mancata dichiarazione ex art. 547 c.p.c., dell’applicazione del meccanismo della “ficta confessio”, in luogo del procedimento di cui all’art. 549 c.p.c.)*».

cui si chiede l'accertamento, ma, come anche già affermato dal giudice delle leggi², la "non contestazione" non può ovviamente operare se l'indicazione del credito pignorato, contenuta nel libello, sia priva di quegli elementi minimi idonei a consentire al g.e. l'identificazione e la determinazione quantitativa del credito azionato. In tali casi, su domanda del creditore, si dovrà procedere all'accertamento dell'obbligo del terzo ex art. 549 c.p.c. e poi eventualmente all'assegnazione.

2. Brevi premesse

Al fine di comprendere a pieno la portata del provvedimento in esame e coglierne aspetti positivi e negativi, è necessario un breve *excursus* storico dei principali istituti coinvolti.

Prima della riforma del 2012³, la fattiva collaborazione del *debitor debitoris* aveva importanza predominante ai fini del positivo esito dell'espropriazione presso terzi. Infatti, per il creditore istante era sufficiente indicare in maniera generica, nell'atto di pignoramento, i crediti o i beni da espropriare.

L'oggetto del pignoramento si concretizzava successivamente, ma solo con l'eventuale dichiarazione positiva ex art. 547 c.p.c. Al contrario, in caso di inerzia del presunto *debitor debitoris* ovvero in caso di dichiarazione parzialmente positiva, il creditore procedente era obbligato ad introdurre un ordinario giudizio di cognizione finalizzato ad accertare l'*an* ed il *quantum* dei beni o crediti effettivamente dovuti dal terzo all'esecutato.

Con la legge del 24 dicembre 2012 n. 228, nell'ottica di accelerare le tempistiche dell'espropriazione in favore del creditore procedente e di evitare che la noncuranza del *debitor debitoris* potesse inficiare l'intero procedimento, si è provveduto a modificare gli artt. 548 e 549 c.p.c. stabilendo che in caso di mancata dichiarazione ex art. 547 c.p.c., il giudice dovrà rinviare ad una nuova udienza da comunicare al terzo almeno dieci giorni prima della

² Corte Cost., 10 luglio 2019, n. 172 con nota adesiva di F.P. Luiso, *La Consulta e l'art. 549 c.p.c.*, con postilla di B. CAPPONI, *Assegnazione senza accertamento*, in *Rass. esec.*, 2019, p. 1161 ss.; con nota critica di G. STASIO, *La costituzionalità del nuovo "accertamento" dell'obbligo del terzo, ovvero: come ho imparato a non preoccuparmi e ad amare la ragionevole durata del processo*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, p. 859 ss.; con nota adesiva di C. SPACCAPELO, *Pignoramento presso terzi la Consulta salva il nuovo art. 549 c.p.c.*, in *Giur. It.*, 2020, p. 1368 ss. Nell'occasione il Giudice delle leggi ha statuito in motivazione che «A seguito della novella del 2015, l'art. 549 cod. proc. civ. (intitolato appunto «Contestata dichiarazione del terzo») testualmente dispone ora che «se sulla dichiarazione sorgono contestazioni o se a seguito della mancata dichiarazione del terzo non è possibile l'esatta identificazione del credito o dei beni del debitore in possesso del terzo, il giudice dell'esecuzione su istanza di parte, provvede con ordinanza, compiuti i necessari accertamenti nel contraddittorio tra le parti e con il terzo. L'ordinanza produce effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione ed è impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617».

³ Il precedente testo dell'art. 548 c.p.c. introdotto con d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, recitava: «Se il terzo non comparisce all'udienza stabilita o, comparendo, rifiuta di fare la dichiarazione, o se intorno a questa sorgono contestazioni, il giudice, su istanza di parte, provvede all'istruzione della causa a norma del libro secondo».

stessa; qualora questi non compaia nuovamente, il rapporto sostanziale presupposto dal creditore tra il *debitor debitoris* e la *res pignorata*, purché specificamente individuato, si avrà come non contestato ed il g.e. provvederà a pronunziare ordinanza di assegnazione.

Diversamente, nel caso di “contestata dichiarazione” ovvero qualora non fosse possibile sulla base delle allegazioni del creditore procedere all’esatta identificazione del credito o dei beni del debitore in possesso del terzo⁴, si stabilì non fosse necessario aprire un nuovo giudizio a cognizione piena, piuttosto una “fase di accertamento” incidentale al processo di espropriazione e il g.e. «compiuti i necessari accertamenti nel contraddittorio tra le parti e con il terzo» provvedeva con ordinanza. L’ordinanza produttiva di «effetti ai fini del procedimento in corso e dell’esecuzione forzata [...] ed impugnabile nelle forme e nei termini di cui all’art. 617 c.p.c.».

In argomento, è evidente la completa inversione di rotta con cui, nell’occasione, si è innovato il sistema: in particolare con la previsione che la mancata dichiarazione del terzo non sia più “circostanza tale da impedire il perfezionamento del pignoramento per difetto di oggetto”; ma, al contrario, da considerare come riconoscimento implicito delle somme dovute (o dei beni)⁵. Probabilmente il legislatore, preoccupato di rispettare il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost., ha qui optato per l’eliminazione di fasi processuali ritenute non strettamente utili. Tuttavia, sarebbe stato opportuno, già nella prima formulazione del 2012, individuare gli elementi minimi necessari, al ricorrere dei quali, poteva ritenersi ammissibile il riconoscimento implicito del credito nel rispetto dei diritti del terzo e senza che a quest’ultimo derivasse alcun pregiudizio.

Molti furono i dubbi sollevati rispetto a tale novella, tanto che il legislatore si vide costretto ad intervenire con urgenza prima nel 2014⁶ e poi, ancora, nel 2015⁷. Infatti, la versione dell’art. 548 c.p.c. introdotta con la cosiddetta “legge di stabilità del 2013⁸” non prevedeva in capo al giudice l’onere di indicare nell’ordinanza di fissazione della nuova udienza le avvertenze

⁴ È pacifico che nella prassi il credito o i beni del debitore in possesso del terzo, vengano indicati nell’atto di pignoramento soltanto in modo generico. Se non altro ciò è più che plausibile in virtù del disposto normativo di cui all’art. 543 c.p.c. che esplicitamente ritiene sufficiente l’indicazione generica delle cose o somme dovute. Sul punto vi è giurisprudenza pacifica che estende, potenzialmente, all’intero importo che si accerti dovuto dal debitore esecutato sulla base dei fatti e del titolo dedotti in giudizio, non potendosi esigere dal creditore procedente, estraneo ai rapporti tra debitore e terzo, la conoscenza dei dati esatti concernenti tali somme o cose, prevedendo il sistema che tale genericità venga eliminata mediante la dichiarazione che il terzo è chiamato a rendere ai sensi dell’art. 547 c.p.c. Cass., 20 marzo 2014, n. 6518 in *DeJure.it*; In questo senso anche Cass., 24 maggio 2003, n. 8239.

⁵ Così E. D’ALESSANDRO, *Espropriazione presso terzi*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, a cura di F.P. Luiso, Torino, 2014, p. 76.

⁶ L. 10 novembre 2014 n. 162.

⁷ L. 6 agosto 2015 n. 132.

⁸ L. 24 dicembre 2012 n. 228.

minime rivolte al terzo, in grado di informarlo sulle conseguenze di un'ulteriore mancata dichiarazione o comparizione. Tale difetto considerato quale violazione dell'informativa minima a tutela del terzo (assicurata prima della riforma) fece sorgere dubbi di legittimità costituzionale⁹.

Inoltre, l'ordinanza di assegnazione ex art. 548 c.p.c. era potenzialmente in grado di rendere il terzo pignorato (che non fosse realmente *debitor debitoris*), debitore di una somma derivante da un rapporto a lui completamente estraneo e ciò per l'unica colpa di non aver tenuto una condotta attiva nell'ambito di un procedimento di espropriazione mobiliare di cui non era parte, al più "ausiliario".

Non a caso la dottrina ha definito il terzo «*la persona più di ogni altro degna di essere compianta nel nostro mondo giuridico*»¹⁰.

Le censure riguardavano la violazione degli artt. 2, 24 e 111 Cost.

In argomento si è pronunciata la Corte Costituzionale che ha però dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto all'art. 548 c.p.c. (e non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 549 c.p.c.¹¹).

Tuttavia, la Corte ha optato per tale decisione a seguito dell'attuazione del d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 162/2014 che ha previsto l'obbligo, già nell'atto di pignoramento, di avvisare il terzo delle potenziali conseguenze negative in caso di suo comportamento inerte rispetto alle prescrizioni di cui all'art. 547 c.p.c. (con ulteriore aggravio per il creditore), facendo, così, venir meno le ragioni poste a fondamento della questione di legittimità.

3. Segue: l'operatività del meccanismo di "non contestazione" in caso di mancata dichiarazione del terzo a seguito delle riforme del 2014 e del 2015

Le modifiche introdotte dalla legge del 24 dicembre 2012 n. 228, come visto, sollevarono non poche polemiche e dubbi circa la legittimità dei nuovi artt. 548 e 549 c.p.c.

⁹ A. SALETTI, *Espropriazione presso terzi*, in *Commentario del Codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2021, p. 228.

¹⁰ Cit. F. STEIN, *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, Tubinga, 1913, p. 24; traduzione di V. Colesanti, in *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, I, Milano, 1967, p. 1; A. Saletti, *o.u.c.*, p. 1.

¹¹ C. Cost., 10 luglio 2019, n. 172, v. *supra* nota n. 2.

In argomento, oltre a quanto detto nel precedente paragrafo, la dottrina maggioritaria riteneva altresì che il legislatore avesse utilizzato in modo erroneo il concetto di “non contestazione”¹², invero, fattispecie riferibile ad un comportamento posto in essere da una delle parti del processo, *ergo* non ascrivibile al terzo che ne è estraneo.

Per tutte queste ragioni si rese necessario un nuovo intervento “correttivo” del legislatore. Così con d.l. n. 132/2014 (convertito con modificazioni dalla legge n. 162/2014) e poi con d.l. n. 83/2015 (convertito dalla legge n. 132/2015), il meccanismo di “non contestazione”, *rectius* di riconoscimento implicito, è stato parzialmente modificato con la previsione di un onere di “allegazione specifica” in capo al creditore procedente.

Nella nuova formulazione, tutt’oggi vigente, il riconoscimento di cui all’art. 548 c.p.c., non trova applicazione qualora l’istante si limiti ad una generica indicazione dei beni o crediti (come consentito dall’art. 543 c.p.c) che ritiene di proprietà del debitore esecutato ed in possesso del terzo); è, dunque, necessario che il creditore provveda a delineare specificamente il rapporto sostanziale tra il terzo e la *res pignorata*, anche attraverso la produzione di prove documentali che siano idonee a consentire al g.e. di procedere ad una precisa identificazione, quantitativa e qualitativa, dei beni o crediti di proprietà dell’esecutato ed in possesso del terzo.

Il creditore che, a fronte della mancata dichiarazione, non riesca a produrre alcun tipo di allegazione dovrà fare istanza al g.e. affinché questo compia i necessari accertamenti e provveda con ordinanza.

Tuttavia, anche la nuova previsione non è stata particolarmente soddisfacente e, infatti, secondo la dottrina¹³ maggioritaria non ha fatto altro che appesantire la posizione del creditore procedente che si trova costretto, per vedere soddisfatti i propri diritti, a dover conoscere gli elementi caratterizzanti un rapporto instaurato tra terze parti (debitore e *debitor debitoris*). Inoltre, il legislatore non ha provveduto a specificare il contenuto minimo delle “allegazioni” richieste, probabilmente nel tentativo di rimettere tale determinazione alla elaborazione giurisprudenziale che, nondimeno, è tardata ad arrivare, e solo oggi dopo quasi dieci anni si è pronunciata in argomento.

¹² A. SALETTI, *Le novità dell’espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 13 s.; A. STORTO, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi* in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 49; A. M. SOLDI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, VIII, Padova, 2023, p. 1280 s.

¹³ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell’esecuzione civile*, V, Torino, 2017, p. 241 s.

4. La *ratio* sottesa al meccanismo di non contestazione ed i dubbi circa la sua applicabilità in caso di comunicazioni irrituali della dichiarazione di quantità del terzo

Il testo dell'art. 548 c.p.c. attualmente in vigore recita: *“Quando all’udienza il creditore dichiara di non aver ricevuto la dichiarazione, il giudice con ordinanza, fissa un’udienza successiva. L’ordinanza è notificata al terzo almeno dieci giorni prima della nuova udienza. Se questi non compare alla nuova udienza e, comparendo, rifiuta di fare la dichiarazione, il credito pignorato o il possesso del bene di appartenenza del debitore, nei termini indicati dal creditore, si considera non contestato [...]”*.

Ad una lettura superficiale sembrerebbe che il legislatore abbia voluto introdurre una sanzione indiretta a carico del terzo, il quale tenga una condotta omissiva nell’ambito di un procedimento ove gli è riservato un ruolo in grado di determinare, in senso positivo o negativo, l’esito dell’intera espropriazione, benché instaurato tra parti a lui (potenzialmente) estranee.

Tuttavia, la giusta interpretazione della norma è un’altra. Infatti, il legislatore ha previsto che il riconoscimento implicito si realizza allorquando sia fissata una nuova udienza -entro la quale poter rendere la dichiarazione ex art. 547 c.p.c.- di cui sia data conoscenza al terzo almeno dieci giorni prima, con l’avvertimento che l’ulteriore mancata comparizione assumerebbe una valenza ed un significato ben preciso, di ricognizione del proprio debito nei confronti del debitore esecutato.

Pertanto, evaso anche l’ulteriore termine della seconda udienza senza alcun riscontro da parte del terzo, il credito si considererà riconosciuto.

La volontà del legislatore, dunque, non è stata quella di introdurre una disposizione che “punisse” chi, anche inconsapevolmente¹⁴, non avesse prestato il proprio ausilio al g.e.

¹⁴ Basti pensare che il terzo pignorato potrebbe non essere un giurista e solo per questo non capire, se non con l’aiuto di un professionista (inevitabilmente a proprie spese), la reale portata di un atto di pignoramento che gli viene notificato e le conseguenze negative in caso di mancato riscontro.

Piuttosto, l'esigenza, cui la norma in esame tende a dare una risposta, è quella di evitare procedimenti di espropriazione inefficaci a causa dell'inerzia¹⁵ del terzo che, avvisato dell'importanza della sua funzione, insista nel tenere una condotta omissiva¹⁶.

5. Segue: i "requisiti minimi" ed i limiti della "*ficta confessio*" del terzo pignorato

A partire dalla riforma del 2012 si è assistito ad un inaspettato cambio di rotta del legislatore che ha accantonato le tradizionali garanzie riconosciute al terzo pignorato, considerato da sempre un mero «*ausiliario di giustizia*¹⁷», e gli ha riservato un trattamento, se vogliamo, anche peggiore rispetto al debitore; infatti, come già visto, il solo fatto di non rendere la dichiarazione (né entro la prima udienza né entro la seconda ex art. 548 c.p.c.), potenzialmente, lo espone al pericolo di divenire diretto destinatario di atti esecutivi ossia dell'ordinanza di assegnazione di crediti o di vendita di beni.

Tuttavia, perché ciò effettivamente possa avvenire devono ricorrere i presupposti di cui ai precedenti paragrafi ed ancora il creditore deve aver provveduto ad una allegazione che consenta al g.e. «*l'identificazione del credito o dei beni di appartenenza del debitore in possesso del terzo*». Ciononostante, il contenuto minimo di tale onere del creditore è sempre stato molto dubbio.

Alla Suprema Corte, con la pronuncia in esame, va riconosciuto il merito di aver finalmente provveduto a stabilire i requisiti minimi dell'allegazione richiesta ed i limiti della "*ficta confessio*" del terzo pignorato.

¹⁵ Al riguardo, nuovi dubbi sorgono a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione del 7 giugno 2023 n. 16005: "*La dichiarazione resa dal terzo pignorato ex art. 547 c.p.c. (nel testo modificato dal d.l. n. 132 del 2014 conv. con modif. dalla l.n.162 del 2014) deve essere resa al creditore pignorante con comunicazione formale - cioè, a mezzo lettera raccomandata o PEC - avendo la funzione, se positiva, di individuare il bene o il credito del debitore esecutato che forma oggetto dell'azione esecutiva; ne consegue che detta dichiarazione, qualora effettuata con mezzi diversi da quelli prescritti e inidonei a dimostrare immediatamente ed incontestabilmente la sua esistenza e il suo contenuto, è da considerarsi "tamquam non esset", dovendosi pertanto procedere, ai sensi dell'art. 548, comma 2, c.p.c., alla fissazione di apposita udienza, in esito alla quale, in mancanza di dichiarazione del terzo e alle ulteriori condizioni indicate dalla citata norma, il credito pignorato si ha per non contestato secondo il meccanismo della "ficta confessio". (Principio affermato con riferimento ad una dichiarazione resa dal terzo via telefax). Così la Suprema Corte estende l'ambito di operatività della *ficta confessio* anche ai casi di irrituale comunicazione della dichiarazione di quantità, ossia di mancato rispetto delle forme di cui all'art. 547 c.p.c. (lettera raccomandata a/r e posta elettronica certificata), nel caso in esame la dichiarazione di quantità era stata resa a mezzo telefax. Eppure, è evidente che nel caso *de quo*, il terzo abbia avuto una condotta positiva e manchi il requisito dell'inerzia che abbiamo assunto essere necessario. Sempre meno garantita, dunque, appare la posizione del terzo, il quale non solo è violato nel proprio diritto di difesa, ma ancor di più viene colpevolizzato di non tenere, ovvero di tenere in modo sbagliato una condotta che sia d'ausilio al giudice e, solo per questo, ordinato a pagare.*

¹⁶ In questo senso A. M. SOLDI, *op. cit.*, p. 1279.

¹⁷ Così G. TOTA, *Artt. 474-601*, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, VI, Torino, 2013, p. 856 s.

La decisione si inserisce nel solco già tracciato dal giudice delle leggi¹⁸ secondo cui “l’allegazione” prevista dal testo dell’art. 548 c.p.c. consiste nella specificazione della tipologia di rapporto intercorrente tra debitore esecutato e terzo, nonché nell’identificazione dell’entità massima del preteso credito ascrivibile al *debitor debitoris*. Orbene, qualora il creditore istante si limiti ad indicare genericamente il titolo costitutivo del rapporto presunto tra debitore e terzo, senza in alcun modo fornire prove a fondamento dello stesso ovvero elementi in grado di permettere la quantificazione dei crediti o l’individuazione dei beni in possesso del terzo, in alcun modo potrà trovare applicazione il meccanismo del tacito riconoscimento.

In tali ipotesi il g.e. non dovrà rinviare ad altra udienza ai sensi dell’art. 548 c.p.c., ma sarà onerato di richiedere al creditore istante o anche ai creditori intervenuti, ulteriori elementi che permettano di provare in concreto l’esistenza di tale rapporto.

Così la Suprema Corte ha provveduto a dare un significato concreto alle cosiddette “allegazioni” ex art. 548 c.p.c. riconducendole esplicitamente a tutti quegli elementi minimi che siano idonei a permettere al giudice dell’esecuzione la verifica dell’effettiva sussistenza del rapporto tra debitore e terzo, come affermato nell’atto di pignoramento, ed ancora a procedere alla relativa determinazione quantitativa del credito.

La pronuncia ha provveduto a rinvigorire tutte le cautele processuali tradizionalmente adottate a garanzia e tutela del terzo.

In buona sostanza, il giudice dell’esecuzione potrà procedere alla fissazione di una seconda udienza ex art. 548 c.p.c. soltanto nei casi in cui verifichi la completezza delle allegazioni suddette da parte del creditore.

Verificata l’idoneità delle allegazioni prodotte dall’istante e fissata una seconda udienza di comparizione ai sensi dell’art. 548 c.p.c., qualora anche in questo caso il terzo non dovesse rendere la dichiarazione opererà legittimamente il meccanismo della non contestazione ed il credito allegato dall’istante si dovrà considerare riconosciuto; il g.e. provvederà all’assegnazione o alla vendita con ordinanza emessa direttamente nei confronti del *debitor debitoris*.

Al contrario, nell’ipotesi in cui il creditore non sia in grado di produrre tali elementi di prova e quindi di rispettare i “requisiti minimi” menzionati, il giudice, sempre su istanza di parte, procederà all’accertamento dell’obbligo del terzo, ovvero, qualora il procedente non dovesse farne istanza, rigetterà l’istanza di assegnazione o di vendita con la conseguente estinzione del giudizio.

¹⁸ Corte Cost., 10 luglio 2019, n. 172, v. *supra* nota n. 2.

6. I mezzi di impugnazione dell'ordinanza emessa sulla scorta del "riconoscimento presunto" del credito

L'ordinanza di assegnazione di crediti o di vendita di beni in possesso del *debitor debitoris* che si fonda sul riconoscimento implicito del terzo e, dunque, su una *fictio iuris* può essere impugnata. Tuttavia, ancora una volta, il tenore letterale dell'art. 548, ultimo comma, c.p.c. potrebbe indurre in errore: *"Il terzo può impugnare nelle forme e nei termini di cui all'art. 617, l'ordinanza di assegnazione dei crediti adottata a norma del presente articolo, se prova di non aver avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notifica o per caso fortuito o forza maggiore"*. Così prevista la norma parrebbe ammettere il terzo a proporre avverso l'ordinanza di assegnazione l'opposizione ex art. 617 c.p.c. solo nell'ipotesi in cui egli dimostri di non aver avuto conoscenza della stessa per forza maggiore, caso fortuito ovvero per inesistenza della notifica.

In realtà, al testo della norma deve essere data un'interpretazione estensiva¹⁹: se l'opposizione agli atti esecutivi è concessa al *debitor debitoris* che abbia espresso e revocato la dichiarazione, a maggior ragione tale mezzo deve essere riconosciuto al terzo destinatario di un'ordinanza di assegnazione (o di vendita) fondata su una dichiarazione presunta, *rectius* tacita.

In argomento, la Corte di Cassazione con la pronuncia in esame, nel confermare un orientamento già diffuso e maggioritario²⁰, si è così espressa: *"la previsione di cui all'art. 548 c.p.c., comma 2, c.p.c., secondo cui l'ordinanza di assegnazione è impugnabile in caso di incolpevole mancata sua conoscenza, costituisce un rimedio speciale, che si aggiunge a quello generale di cui all'art. 617 c.p.c., utilizzabile per contestare vizi propri dell'ordinanza di assegnazione, e dunque lo stesso modo in cui il g.e. ha governato la disposizione sulla fictio confessio"*.

Orbene, non vi è dubbio che il terzo, in ogni caso, è legittimato a proporre opposizione agli atti esecutivi avverso il provvedimento di assegnazione, ciò sia per far valere ragioni di merito

¹⁹ A.M. SOLDI, *op. cit.*, p. 1290; cfr. A. SALETTI, *op. cit.*, p. 254 ss.; B. CAPPONI, *op. cit.*, p. 235 s.; F. RUSSO, *La tutela del terzo nel procedimento di espropriazione di crediti dopo la legge 24 dicembre 2012*, n. 228, in *Giusto proc. Civ.*, 2013, p. 868 ss.; G. MONTELEONE, *Semplificazioni e complicazioni nell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, p. 258 s.

²⁰ Vedi Cass., 25 febbraio 2016, n. 3712, che afferma il seguente principio di diritto: *"poiché l'ordinanza di assegnazione ai sensi dell'art. 553 c.p.c., anche se non idonea al giudicato, costituisce titolo esecutivo di formazione giudiziale che, munito di formula esecutiva, può essere a sua volta portato in esecuzione dal creditore assegnatario nei confronti del terzo pignorato e poiché tale ordinanza è di norma impugnabile esclusivamente per vizi suoi propri e soltanto con l'opposizione prevista dall'art. 617 c.p.c., la contestazione del credito oggetto di assegnazione per fatti anteriori alla pronuncia dell'ordinanza è fondata sull'erroneità della qualificazione come positiva della dichiarazione del terzo può essere fatta valere soltanto con l'impugnazione dell'ordinanza stessa ai sensi dell'art. 617 c.p.c., ed entro il termine di decadenza decorrente dalla conoscenza legale della medesima"*.

che di rito. Il *dies a quo* da cui decorre il termine perentorio di venti giorni per impugnare l'ordinanza coincide con quello della perfezionata notifica, *rectius* della conoscenza legale dell'ordinanza.

In argomento, deve essere altresì precisato che l'art. 548 c.p.c. è caratterizzato da un'altra imprecisione ove all'ultimo comma fa riferimento alla sola "*ordinanza di assegnazione dei crediti*" senza, tuttavia, fare menzione del caso in cui oggetto del pignoramento siano beni mobili. In argomento, la dottrina maggioritaria ritiene si tratti semplicemente di un *lapsus calami* del legislatore²¹.

7. Osservazioni conclusive

All'esito di questa breve disamina delle riforme che hanno riguardato il procedimento di espropriazione presso terzi, è facile comprendere come non sia possibile avere una visione univoca della pronuncia in esame che: da un lato ha una portata fondamentale per il *debitor debitoris*, dall'altro torna ad aggravare il ruolo del creditore.

Il testo della sentenza propone un'interpretazione puntuale della disciplina introdotta nel 2015 e tutt'oggi vigente, che non ha alcun merito se non quello di aver ripristinato garanzie a tutela del terzo già previste precedentemente.

Infatti, la pronuncia in parte colma gli errori commessi da un legislatore accecato dalla volontà di semplificare ed accorciare le tempistiche di recupero del credito, ma dall'altro torna a far dilatare il raggio temporale entro cui presumibilmente l'espropriazione dovrebbe concludersi ed ancora diminuisce drasticamente le possibilità di successo per l'istante in caso di mancata collaborazione del terzo.

Tuttavia, dobbiamo auspicare che si tratti della prima sentenza foriera di una serie di provvedimenti in grado di cristallizzare un orientamento giurisprudenziale e così di sopperire alle mancanze del legislatore.

In conclusione, l'odierna disciplina dell'espropriazione presso terzi desta qualche perplessità, ed a farne le spese è ancora una volta il creditore: in quanto titolare di una posizione processuale particolarmente gravosa²².

D'altra parte, sarebbe impossibile pensare che un singolo provvedimento della Suprema Corte possa ribaltare le sorti di una condizione disperante frutto di anni di riforme caratterizzate dall'unica necessità di raggiungere standard minimi di efficienza del processo senza, tuttavia,

²¹ A. M. SOLDI, *op. cit.*, p. 1289.

²² Anche per tutti gli adempimenti introdotti con D. lgs. 149/2022 aventi carattere perentorio. In argomento si rimanda a: A. SALETTI, *Novità nella fase introduttiva del pignoramento presso terzi*, in www.judicium.it, 2022; V. COLANDREA – E. MERCURIO, *Le novità della legge n. 206 del 2021 in tema di espropriazione forzata presso terzi*, in www.judicium.it, 2022.

avere contezza di quegli elementi minimi di una disciplina che vanno tenuti ben saldi al fine di assicurare un equilibrio generale²³.

Giuseppe Mancino
Dottore in Giurisprudenza

²³ B. CAPPONI, *op. cit.*, p. 241.



MARCELLO GABOARDI

Il procedimento semplificato di cognizione per scelta dell'attore: un *nonsense* processuale?

L'articolo esamina l'ambito di applicazione del nuovo procedimento semplificato di cognizione introdotto per scelta dell'attore, illustrandone i principali punti di criticità legati alla contrapposizione tra rito semplificato e istruzione non sommaria e al potere del giudice di disporre la conversione del rito ogniqualvolta la lite o l'istruzione probatoria risulti non sommaria.

The article examines the scope of the new «procedimento semplificato di cognizione» when it is introduced by the plaintiff's choice, illustrating the main points of criticism related to (i) the contrast between the simplified procedure and complex evidentiary proceedings, and (ii) the court's power to order the conversion of the procedure whenever the cause of action or evidentiary instruction appears to be non-summary.

Sommario: 1. Premessa: prime impressioni (e prime delusioni) a proposito del nuovo procedimento semplificato di cognizione – 2. Semplificazione del rito e pienezza della cognizione: l'inganno ottico della norma sull'ambito applicativo del rito semplificato – 3. L'assetto della cognizione civile e l'impatto (modesto) del rito semplificato: (i) l'introduzione del rito semplificato obbligatorio – 4. (*Segue*): (ii) l'introduzione del rito semplificato facoltativo e il suo rapporto con il rito ordinario – 5. Il rito semplificato facoltativo: un'ipotesi distonica in rapporto al rito ordinario. L'affidamento alla discrezionalità del giudice – 6. Conclusioni: rito semplificato, istruzione non sommaria e prospettive di correzione della riforma.

1. Premessa: prime impressioni (e prime delusioni) a proposito del nuovo procedimento semplificato di cognizione

Se si volesse condensare in poche parole l'impressione prodotta nell'interprete dalla disciplina del «procedimento semplificato di cognizione», introdotta dall'art. 3, comma 21, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, dovrebbe farsi ricorso all'abusata formula shakespeariana del *much ado about nothing*. Una simile impressione è giustificata, anzitutto, dal fatto che la modifica legislativa, pur ricevendo un certo risalto, non ha introdotto un nuovo rito di cognizione, ma ha semplicemente ricollocato nella più congrua *sedes materiae* del secondo libro del codice di rito la disciplina del «procedimento sommario di cognizione» contenuta negli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., le cui disposizioni, trasposte ora negli artt. 281-*decies* ss. c.p.c., sono state parzialmente innovate¹.

¹ Di «rafforzamento di un modello processuale già esistente» discorre, a pagina 8, anche la *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206* (consultabile in <https://www.gnewsonline.it/riforma-del-processo-civile-la-relazione-illustrativa/>). La stretta relazione intercorrente tra rito

Sotto alcuni aspetti, la novità legislativa poteva, a tutta prima e, soprattutto, alla luce di alcune precedenti proposte legislative², dare l'impressione che il nuovo rito avrebbe provocato un cambiamento notevole nella struttura della cognizione civile, quasi sovvertendo l'originaria posizione ancillare del rito sommario rispetto a quella del rito ordinario. D'altra parte, un tratto fondamentale della legge-delega (art. 1, comma 5, lettera n, l. 26 novembre 2021, n. 206) è stato quello di prescrivere l'obbligatorietà del nuovo rito in tutta una serie di ipotesi, che si sarebbero così dovute sottrarre necessariamente al governo del rito ordinario³. Nondimeno, l'attuazione della legge-delega, che pure ha coerentemente introdotto l'obbligatorietà del procedimento semplificato nelle ipotesi ivi tipizzate, ha deluso l'aspettativa di un reale sovvertimento nell'assetto della cognizione civile (o, forse, ha solo disvelato le modeste potenzialità dell'istituto rinnovato), consegnando all'interprete una disciplina che non solo suscita numerosi interrogativi e qualche seria perplessità, ma che, a ben vedere, assai poco innova rispetto all'assetto normativo previgente.

A mio parere, se ne può trarre una prima conferma proprio dalla previsione dell'art. 281-decies, comma 1, c.p.c., che apre il nuovo capo III-quater – dedicato, appunto, al «procedimento semplificato di cognizione» – del titolo I del secondo libro del codice e stabilisce, per l'appunto, l'*obbligo* di introdurre la causa nelle forme del rito semplificato ogni qualvolta, ricorrendo una delle quattro ipotesi previste dalla disposizione, la pronuncia sulla domanda richieda un apporto probatorio semplice, quantunque la domanda possa spettare

sommario e rito semplificato è ribadita anche dai primi commenti alla nuova disciplina, ai quali si farà più volte riferimento anche nel corso della presente analisi: v., in particolare, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, p. 76 ss.; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2023, p. 133 ss.; G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, Padova, 2022, 195 ss.; G.P. CALIFANO, *Il "rito semplificato" di cognizione davanti al tribunale e al giudice di pace*, Bologna, 2023, p. 6 ss.; R. TISCINI, *Commento all'art. 281-decies*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, p. 405 ss.; A. GIUSSANI, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 623 ss.; A. MOTTO, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *Judicium*, 2023, p. 1 ss.; M. CIRULLI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, 2023, p. 235 ss.

² Il richiamo è al disegno di legge-delega, approvato dalla Camera dei deputati in data 10 marzo 2016 e recante «disposizioni per l'efficienza del processo civile», secondo cui si sarebbe dovuta prevedere, *inter alia*, l'obbligatorietà del rito sommario – che già si proponeva di denominare come rito semplificato – «per le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, con esclusione dei procedimenti attualmente assoggettati al rito del lavoro» e l'esclusione del «potere del giudice di disporre il passaggio al rito ordinario», riservando al tribunale in composizione collegiale l'obbligatorietà del rito ordinario per le sole cause che ad esso assegnava l'art. 50-bis c.p.c. (v. art. 1, comma 2, lett. a, nn. 4-5, del disegno di legge-delega, che è consultabile in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00967078.pdf>).

³ Sulle disposizioni della legge-delega in punto di rito semplificato di cognizione, v. specialmente S. BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in questa *Rivista*, 2022, p. 25 ss. V. anche A. CARRATTA, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.*, 2023, p. 698.

anche alla competenza del tribunale in composizione collegiale⁴. Come si mostrerà nelle prossime pagine, le situazioni in cui l'oggetto della domanda può ritenersi semplice sul piano istruttorio vengono sostanzialmente a coincidere con quelle stesse situazioni che la prassi aveva già ammesso, con una certa regolarità, alla trattazione nelle forme del procedimento sommario di cognizione *ex artt. 702-bis ss. c.p.c.*, in quanto riconducibili entro l'ampia categoria delle cause che richiedevano un'istruzione probatoria soltanto «sommaria»⁵. Ecco allora che le implicazioni riposte nel nuovo obbligo di ricorrere al procedimento semplificato, lungi dal sovvertire il previgente assetto della cognizione civile, si riducono soltanto a quanto esplicitato nel novellato art. 183-bis c.p.c., che sancisce l'obbligo del tribunale (in luogo del mero potere assegnato dalla normativa previgente)⁶ di procedere alla conversione del rito ogni qualvolta la causa, che sia stata illegittimamente introdotta dall'attore nelle forme del rito ordinario, possa sussumersi in una delle ipotesi di manifesta semplicità istruttoria della domanda che sono prescritte dal menzionato art. 281-decies, comma 1, c.p.c. Ma è la previsione dell'art. 281-decies, comma 2, c.p.c. che merita una particolare attenzione, allorché si cerchi di valutare l'impatto della riforma del 2022 in punto di cognizione

⁴ In particolare, su questo aspetto, v. G.P. CALIFANO, *Il "rito semplificato" di cognizione*, cit., p. 6; R. TISCINI, *Commento all'art. 281-decies*, cit., p. 407.

⁵ Sull'ambito di applicazione del rito sommario degli artt. 702-bis ss. c.p.c. esiste ovviamente una bibliografia sterminata, che sarebbe impossibile e, a ben vedere, inutile menzionare diffusamente in questa sede. A sostegno del collegamento esistente tra il rito sommario e la cognizione di cause che esigono un'istruttoria soltanto sommaria pare, quindi, più utile richiamare qui gli approdi giurisprudenziali che hanno ricondotto la semplificazione delle forme processuali alla sommarietà delle esigenze di trattazione e istruzione della causa: v., in particolare, seppure con accenti diversi, Corte cost., 26 novembre 2020, n. 253, in *Foro it.*, 2021, I, c. 383 ss.; Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2022, n. 28975, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1745 ss.; Cass., 27 giugno 2018, n. 16893, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 829 ss.; Cass., 25 febbraio 2014, n. 4485, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1083 ss.; Cass., 14 maggio 2013, n. 11465, in *Mass. Foro it.*, 2013, p. 373. In dottrina, su questo peculiare aspetto, si può richiamare soprattutto A. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013, p. 266 ss.; F.P. LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1568 ss.; A. CARRATTA, *Le «condizioni di ammissibilità» del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 727 ss.; G. BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 324 ss.; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582 ss.

⁶ A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 149/2022, l'art. 183-bis c.p.c., come opportunamente segnalato, non prevede più che il giudice del rito ordinario, «valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre ... che si proceda» a norma dell'art. 702-ter c.p.c. nelle forme del rito sommario, ma stabilisce che, se ricorrono i presupposti di cui all'art. 281-decies, comma 1, c.p.c., «dispone ... la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato» (i corsivi sono dell'autore); con ciò pare evidente che si sia voluto enfatizzare, in rapporto soprattutto all'obbligatorietà del rito semplificato nei casi dell'art. 281-decies, comma 1, c.p.c., l'abrogazione di un potere discrezionale del giudice in merito alla decisione di mutamento del rito quando la causa esiga un'istruzione non sommaria. Sul punto v., in particolare, R. TISCINI, *Commento all'art. 183-bis*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 395 ss.; A. TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183-bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 490 ss.; G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 54 ss.; v. anche M. FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplici*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 812 ss. e, nell'ambito di una più ampia analisi, M. ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2017, p. 339 ss.

semplificata. Tale previsione attribuisce, infatti, all'attore la facoltà di ricorrere «sempre» al procedimento semplificato se la controversia spetta alla competenza del tribunale in composizione monocratica. Essa ha finito, dunque, per dare l'impressione, almeno a prima vista, che si attuasse un profondo cambiamento nella struttura del cognizione civile. Va rilevato, infatti, che una previsione come quella dell'art. 281-*decies*, comma 2, c.p.c. può avere un senso *solo se* la facoltà di ricorrere al rito semplificato si esprime nei casi in cui tale procedimento non sia reso necessario dalla legge; il che è come dire che l'attore può scegliere di ricorrere al rito semplificato anche quando la domanda non introduca una causa manifestamente semplice ai sensi dell'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c. Tutto ciò sembra conferire inevitabilmente un rilievo dominante al procedimento semplificato di cognizione, che guadagnerebbe spazio non solo rispetto all'ambito applicativo dell'abrogato procedimento sommario, ma anche rispetto allo stesso procedimento ordinario, a cui potrebbe negare, almeno astrattamente, l'importanza centrale che esso continua ad avere, non senza qualche ragione, in rapporto alla cognizione delle cause civili complesse sul piano istruttorio⁷.

Eppure, una tale conclusione, che è gravida di interrogativi ed incertezze, ma che è resa logicamente necessaria dalla lettura combinata delle due disposizioni (*id est* il comma 1 e il comma 2 dell'art. 281-*decies* c.p.c.), sembra essere contraddetta o, per lo meno, fortemente ridimensionata dalla successiva previsione dell'art. 281-*duodecies*, comma 1, c.p.c. Tale previsione, come si dirà, lascia sopravvivere, a dispetto di quanto poteva desumersi dalla lettera della legge-delega sul punto⁸, il potere del tribunale di convertire il rito non solo nei casi in cui la controversia, sebbene introdotta nelle forme del rito semplificato, non ricada in nessuna delle ipotesi che ne rendono obbligatoria la trattazione secondo tale rito *ex art.* 281-*decies*, comma 1, c.p.c., ma anche in ogni altra eventualità in cui – come prevedeva (quantunque in un contesto assai diverso) la precedente disposizione dell'art. 702-*ter*, comma 3, c.p.c. – la lite o la sua istruzione probatoria presentino un qualche grado di complessità. Ecco allora porsi un interrogativo inquietante: a cosa può servire la facoltà di avvalersi del procedimento semplificato nei casi in cui lo stesso non sia imposto dalla legge se è la legge stessa a pretendere dal giudice la conversione del rito a seguito della valutazione di

⁷ Sul rapporto tra cognizione secondo il rito ordinario e cognizione secondo il rito sommario v., in particolare, R. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis seg. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1115 ss. e, più recentemente, *Id.*, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1442 ss., in part. p. 1447, ove si suggerisce, a questo proposito, di «abbandonare l'idea di cogliere l'essenza della cognizione piena in una diversità logica dell'attività di conoscenza» e «fare leva piuttosto sulle diversità strutturali dei processi ... e/o sulle loro differenze funzionali».

⁸ V. *infra* le osservazioni svolte nel successivo paragrafo 2.

complessità della lite o dell'istruzione probatoria? L'inquietudine di un simile interrogativo nasce, come detto, dalla constatazione che, per conciliare logicamente i due commi di cui si compone l'art. 281-*decies* c.p.c., non v'è altra possibilità che quella di far coincidere l'ambito d'applicazione del procedimento semplificato facoltativo con l'area delle cause *non* manifestamente semplici sul piano istruttorio, che esulano dall'ambito d'applicazione del procedimento semplificato che possa dirsi obbligatorio.

È evidente che l'attribuzione al giudice del potere di convertire il rito anche quando *non sia obbligatorio (ma resti pur sempre possibile e legittimo)* proporre la domanda nelle forme del procedimento semplificato risponde principalmente alla finalità di salvaguardare il diritto di difesa del convenuto, che vedrebbe altrimenti pregiudicata la facoltà di prendere posizione sulla domanda avversaria e, in genere, di svolgere compiutamente le proprie istanze difensive se la cognizione di una vicenda sostanziale complessa si svolgesse, per scelta dell'attore, nelle forme del rito semplificato⁹. Nondimeno, è altrettanto evidente che l'attribuzione al giudice del potere di valutare nel caso concreto la congruità delle forme semplificate della cognizione rispetto al grado di complessità della causa o della sua istruzione, così da disporre la conversione del rito quando la causa o l'istruzione risulti effettivamente complessa, finisce per *vanificare* la scelta dell'attore di ricorrere al rito semplificato fuori dei casi (obbligatori) dettati dal comma 1 dell'art. 281-*decies* c.p.c. e, in tal modo, finisce anche per privare di senso e di reale utilità pratica la facoltà concessa dal comma 2 della medesima disposizione.

Ecco allora che, se si tralascia l'obbligatorietà del rito semplificato nei casi di manifesta semplicità della causa e la correlata necessità della conversione del rito (da ordinario in semplificato) al ricorrere d'uno di questi casi, l'impatto della nuova normativa pare essere destinato a rivelarsi assai tenue, non tanto perché l'esperienza pratica potrebbe far mostra di ignorarla, quanto perché, come si dirà, l'ambito d'applicazione del "nuovo" procedimento semplificato, a dispetto del vagheggiato rafforzamento del modello processuale¹⁰, si discosta solo marginalmente da quello del "vecchio" procedimento sommario.

⁹ Ma, come si dirà nel testo, è certo interesse anche dell'attore che non manchi al giudice un potere di conversione del rito in ragione delle difese svolte dal convenuto (soprattutto in via riconvenzionale), dal momento che esse rendono più complessa l'attività di trattazione e istruzione della causa originariamente introdotta dall'attore; la semplificazione delle forme processuali non rischia, dunque, di pregiudicare soltanto l'attività processuale del convenuto, il quale – per così dire – subisca la scelta del rito non ordinario da parte dell'attore, ma anche l'attività processuale dello stesso attore, allorché sia interessato – com'è usuale – a replicare alle allegazioni e istanze avversarie. Insomma: il rito semplificato, come si dirà, può rivelarsi inadatto sia per il *convenuto* che voglia ampliare l'oggetto del giudizio introdotto dall'attore rendendo la causa complessa, sia per l'*attore* medesimo che voglia impiegare i poteri del contraddittorio in funzione delle difese che abbia svolto il convenuto, indipendentemente dal fatto che esse abbiano o meno reso complessa la causa sul piano istruttorio.

¹⁰ V. *supra* nota 1.

2. Semplificazione del rito e pienezza della cognizione: l'inganno ottico della norma sull'ambito applicativo del rito semplificato

In tale prospettiva, lo scetticismo, che in occasione di ogni riforma processuale civile pare ormai quasi d'obbligo, non può che essere alimentato, con riguardo alle nuove disposizioni sul procedimento semplificato, da questa sorta di cortocircuito normativo, a cui si aggiunge un'ulteriore riflessione, dalla quale conviene invero prendere le mosse poiché costituisce, a ben vedere, la causa principale del cortocircuito stesso.

Vi è una profonda, naturale tensione tra la finalità che presiede all'attività di cognizione della causa e la forma – ancorché nuova o rinnovata – che contraddistingue il procedimento non ordinario¹¹. Come noto, la sommarietà o semplicità costituisce una qualifica che appartiene soltanto alle forme processuali, in quanto identifica la minore complessità e frequenza delle attività processuali attraverso cui si svolge soprattutto la trattazione della causa¹². Essa, al contrario, non attiene al grado di precisione e, per così dire, di diligenza con cui il giudice deve conoscere la causa e accertare la fondatezza o meno della domanda giudiziale alla luce delle allegazioni e delle prove fornite dalle parti. È affermazione comune, infatti, che la cognizione del giudice non possa mai essere sommaria o semplificata, ma sempre e soltanto piena, cioè massimamente precisa, completa, esaustiva; mentre si osserva che ciò che può semplificarsi è soltanto il procedimento, il contenitore formale entro cui le parti e il giudice cooperano per l'introduzione e la trattazione della causa e, quindi, per la progressiva rappresentazione della materia del contendere e l'acquisizione dei mezzi istruttori¹³.

La natura non ordinaria del procedimento non toglie, dunque, che l'attività cognitoria del giudice debba comunque soddisfare l'unico *standard* qualitativo esistente, che corrisponde appunto alla cognizione piena della materia del contendere. L'impiego di un tale *standard* qualitativo nel procedimento non ordinario deve scontare, tuttavia, il fatto che il giudice abbia

¹¹ Su questo aspetto v., in particolare, A. CARRATTA, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 449 ss.; R. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, cit., p. 1454, secondo cui i procedimenti a cognizione piena sono quelli in cui prevale «la funzione di accertare semplicemente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti»; sul punto, in una prospettiva ermeneutica più ampia, v. anche M. TARUFFO, *La complessità della complessità processuale*, in *Elementi per una definizione di complessità processuale*, a cura di A. Dondi, Milano, 2011, p. 179 ss.

¹² Sul punto v., specialmente, A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., p. 3 ss.

¹³ V. specialmente A. CARRATTA, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, cit., p. 454; M. FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplici*, cit., p. 819. Il dato interpretativo pare diffuso anche in giurisprudenza, ove si rimarca l'indipendenza del grado di conoscenza della *res in iudicium deducta* rispetto alla struttura formale del procedimento ogni qualvolta la legge richieda l'applicazione di una cognizione piena: v., *ex multis*, Cass., 10 maggio 2022, n. 14734, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1620 ss, secondo cui la discrezionalità del giudice nel decidere il mutamento del rito non può prescindere dalla valutazione di compatibilità della controversia – risultante dal complesso delle attività consentite dal contraddittorio – con un'istruttoria semplificata risultante da prove precostituite o da prove costituenti da assumersi con modalità deformalizzate.

a disposizione un quadro conoscitivo – in termini di allegazioni e risultanze probatorie – tendenzialmente inferiore rispetto a quello del procedimento ordinario. Una tale situazione consegue, infatti, inevitabilmente alla riduzione quantitativa e, in genere, alla semplificazione qualitativa degli atti di parte che, secondo la disciplina del procedimento non ordinario, sono idonei a introdurre nel processo tali allegazioni e prove.

Questa circostanza, per cui appunto la semplificazione del rito comporta una diminuzione quantitativa e qualitativa delle informazioni su cui si viene a fondare la cognizione della causa, implica logicamente che il rito semplificato sia riservato dall'ordinamento a quel genere di controversie che possono essere compiutamente decise sulla scorta di un numero contenuto di allegazioni e di prove; un genere, questo, che viene identificato naturalmente con la categoria delle controversie caratterizzate da un *thema probandum* alquanto semplice, vuoi perché i fatti allegati sono in qualche misura *self-explanatory* (in quanto notori oppure pacifici), vuoi perché i fatti sono accertabili mediante un'attività probatoria non complessa (in quanto meramente documentale o limitata all'acquisizione di poche prove costituenti)¹⁴. Nondimeno, la valutazione della semplicità del *thema probandum* va sempre calata nel contesto del contraddittorio processuale, il cui svolgimento può disattendere la previsione iniziale dell'attore che l'accertamento fattuale non sia complesso; infatti, nei casi in cui la complessità istruttoria della lite si manifesta per il tramite delle difese del convenuto, la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario si rivela ineludibile in quanto tutela anche l'interesse dello stesso attore – che aveva scelto il rito semplificato sulla scorta dell'oggetto della sua domanda – a conseguire la pienezza del contraddittorio sulle allegazioni e prove del convenuto¹⁵, mentre nei casi in cui la complessità istruttoria della lite si manifesta già in base alle allegazioni dell'attore si palesa immediatamente l'evidente inadeguatezza delle

¹⁴ Su questi aspetti v. ancora M. TARUFFO, *La complessità della complessità processuale*, cit., p. 185.

¹⁵ In dottrina l'esigenza di prevenire che il rito sommario si traduca in un limite all'esercizio del diritto di difesa del convenuto per effetto della scelta processuale dell'attore ha trovato espressione, specialmente, in A. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 235 ss.; F.P. LUIO, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1569; A. CARRATTA, *Le «condizioni di ammissibilità» del nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 730; G. BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., c. 326; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1585. Essa ha trovato, infine, un suo pieno consolidamento nell'arresto con cui il giudice costituzionale – in Corte cost., 26 novembre 2020, n. 253, cit. – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 702-ter, comma 2, c.p.c., stabilendo che, nonostante l'assenza nell'ordinamento di un diritto al *simultaneus processus* in capo alla parte convenuto nel procedimento sommario, la proposizione di una domanda riconvenzionale, soggetta a riserva di collegialità e legata a quella principale da un nesso di pregiudizialità, impone al giudice (non di dichiarare l'inammissibilità della domanda, ma) di «valutare le ragioni del convenuto a fronte di quelle dell'attore e, all'esito, mutare il rito indirizzando la cognizione delle due domande congiuntamente nello stesso processo secondo il rito ordinario».

forme processuali prescelte dall'attore medesimo¹⁶. Talché, in questi ultimi casi, la legge processuale *nemmeno dovrebbe offrire la possibilità di scegliere* un rito diverso da quello ordinario.

Ed ecco qui, allora, rivelarsi la causa del cortocircuito normativo prima menzionato con riguardo alla riforma del rito sommario che, come detto, sembra ammettere la possibilità di accedere alle forme del nuovo rito semplificato anche quando la causa non presenti – fin dall'inizio o a seguito dell'instaurazione del contraddittorio – quelle caratteristiche di semplicità probatoria che addirittura impongono il ricorso a tali forme processuali. E la causa di un tale fenomeno va ravvisata, a mio parere, in quello che potrebbe descriversi come una sorta di inganno ottico operato dalla previsione sull'ambito di applicazione del rito semplificato: l'art. 281-*decies* c.p.c. ricostruisce, infatti, l'ambito di applicazione di questo procedimento sulla scorta dell'attività processuale compiuta dall'attore, mentre la sua reale portata può percepirsi soltanto se la disposizione è colta nella dimensione che interessa il contraddittorio processuale nel suo complesso. In altri termini, la legge, a dispetto di come è stata scritta, non stabilisce propriamente un obbligo dell'attore di promuovere la causa nelle forme del rito semplificato quando ricorrono i casi dell'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c., ma stabilisce invece un obbligo del giudice di assicurare, mediante l'esercizio del potere di mutamento del rito, che la trattazione della causa¹⁷ si svolga necessariamente (i) nelle forme del rito semplificato quando essa, pur ricorrendo uno di quei casi, è stata introdotta nelle forme del rito ordinario (art. 183-*bis* c.p.c.) o (ii) nelle forme del rito ordinario quando essa, non ricorrendo nessuno di quei casi, è stata introdotta nelle forme del rito semplificato (art. 281-*duodecies*, comma 1, c.p.c.).

In questa prospettiva, sembra evidente che l'attore, pur quando ricorrono i casi dell'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c., rimane libero di proporre la propria domanda nelle forme del rito ordinario – vuoi perché egli ignora (anche colpevolmente) la complessità istruttoria della *res in iudicium deducta*, vuoi perché si prefigura che la stessa (originariamente semplice) divenga complessa a seguito delle difese avversarie –, mentre è per il giudice ineludibile la verifica

¹⁶ Sulla incompatibilità tra le forme sommarie o semplificate del procedimento e il carattere non sommario dell'istruzione probatoria, si rinvia alle indicazioni offerte *supra* alla nota 15.

¹⁷ Che la contrapposizione tra rito semplificato obbligatorio e rito semplificato facoltativo debba misurarsi non già sul piano delle modalità di esercizio del diritto attoreo di agire in giudizio, ma sul piano delle forme di trattazione della causa (e sia, pertanto, legato al potere di mutamento del rito – *ex* art. 281-*duodecies*, comma 1 o art. 183-*bis* c.p.c. – ad opera del giudice) sembra costituire un assunto ampiamente condiviso nella riflessione dottrinale successiva all'entrata in vigore della riforma del 2022: sul punto v., espressamente, G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 197; G.P. CALIFANO, *Il "rito semplificato" di cognizione*, cit., p. 10; R. TISCINI, *Commento all'art. 281-*decies**, cit., p. 408; v. anche M. CIRULLI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., p. 239 ss., che parla di «condizioni di trattabilità» a proposito dei requisiti che rendono obbligatorio o facoltativo il rito semplificato.

della complessità o meno dell'oggetto (non della sola domanda giudiziale, ma) della causa risultante dallo svolgimento del contraddittorio processuale. Ne consegue, in conclusione, che il procedimento semplificato va considerato obbligatorio – nei casi dell'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c. – non in rapporto al momento della proposizione della domanda, ma in rapporto al momento della trattazione della causa.

Ben inteso: quando l'attore ritenga che la domanda presenti una di quelle caratteristiche di semplicità istruttoria delineate nell'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c. e ritenga, inoltre, che non vi siano ragioni affinché il convenuto ne possa complicare l'oggetto, egli è onerato di intraprendere la causa nella forme del rito semplificato per quanto concerne le modalità di proposizione della domanda giudiziale e di instaurazione del rapporto processuale. Nondimeno, l'onere costituisce, come noto, una situazione soggettiva assai diversa dall'obbligo, in quanto pone un vincolo di necessità a carico del soggetto che non può dirsi assoluto e imperativo, essendo legato invece al rischio che, se tale vincolo di necessità non viene assolto, il soggetto incorre in una conseguenza pregiudizievole¹⁸. Una conseguenza, quest'ultima, che in rapporto all'onere di intraprendere la causa nelle forme del rito semplificato, viene a consistere nella pronuncia del provvedimento con cui il giudice disponga il mutamento del rito, imponendo all'attore il rispetto delle regole che governano lo svolgimento del contraddittorio nel rito ordinario¹⁹.

Ma se si sposta il baricentro della disciplina sull'ambito applicativo del procedimento semplificato dal comportamento processuale dell'attore al provvedimento del giudice sul rito che deve regolare le attività di trattazione della causa, se ne ricava anche che l'assegnazione all'attore di una facoltà di proporre «sempre» la domanda (*id est* anche quando il suo oggetto non è semplice sul piano istruttorio) nelle forme del rito semplificato (art. 281-*decies*, comma 2, c.p.c.) è solo un'altra falsa impressione di quell'inganno ottico di cui si è detto sopra. L'attore avrebbe avuto la facoltà di intraprendere la causa nelle forme processuali semplificate quand'anche la disposizione dell'art. 281-*decies*, comma 2, c.p.c. non gliene avesse fatto una formale attribuzione (il che, a tacer d'altro, è proprio quello che prevedeva l'art. 702-*bis*, comma 1, c.p.c. per l'abrogato rito sommario); di talché, impiegando tali forme per la proposizione della propria domanda quando il suo oggetto avesse richiesto un'istruzione non sommaria o tale tipo istruzione fosse richiesto in conseguenza delle difese avversarie, egli si

¹⁸ Sulla differenza tra obbligo e onere, anche in rapporto al compimento delle attività processuali, sono ancora illuminanti le parole di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 172 ss. ed E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 58 s.; più recentemente v. anche M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425 ss.

¹⁹ Sulle conseguenze – non necessariamente solo pregiudizievoli – che subisce l'attore in caso di mutamento del rito (da semplificato in ordinario) da parte del giudice ex art. 281-*duodecies*, comma 1, c.p.c., v. anche le osservazioni svolte *infra* nel successivo paragrafo 4.

sarebbe imbattuto nella conversione giudiziale del rito, nel quale il giudice avrebbe accertato l'inadeguatezza del rito semplificato scelto dall'attore per la trattazione della causa.

E qui si ripropone in tutta la sua evidenza il *punctum dolens* della nuova disciplina relativa al rito semplificato, dal momento che, a dispetto dell'argomentazione logica che vorrebbe l'istruzione non sommaria destinata soltanto al rito ordinario, l'art. 281-*decies*, comma 2, c.p.c. rende praticabile la possibilità che, nei casi di competenza del tribunale in composizione monocratica, essa sia destinata anche al rito semplificato.

3. L'assetto della cognizione civile e l'impatto (modesto) del rito semplificato: (i) l'introduzione del rito semplificato obbligatorio

L'analisi delle novità legislative riguardanti il *rito della cognizione civile* deve necessariamente emanciparsi da un certo abituale ossequio verso il rito ordinario in danno del rito sommario o semplificato²⁰. Questa forma di esaltazione del rito ordinario, che non raramente conduce la scienza e la prassi a riporre una scarsa fiducia nelle potenzialità di un rito non ordinario, può essere agevolmente compresa – ed è finanche banale ricordarlo – alla luce della nostra tradizione processuale civile, nella quale il fondamento teorico e l'impostazione normativa della moderna codificazione hanno assegnato al rito ordinario la funzione di disegnare il paradigma generale della tutela giurisdizionale e, in particolare, di quella cognitoria²¹. Nella nostra tradizione, il rito ordinario è venuto a costituire il modello che le forme processuali devono ricalcare per assicurare che una tutela cognitoria sia conseguita nel pieno rispetto delle garanzie del contraddittorio e della prova o, per meglio dire, nel maggior rispetto possibile di tali garanzie in rapporto alle esigenze con esse concorrenti.

Ed infatti, ogni regressione rispetto alla completezza di quel modello, pur essendo legittima in quanto autorizzata dalla legge, come nel caso dei numerosi riti sommari esistenti nel nostro ordinamento anche prima dell'introduzione degli abrogati artt. 702-*bis* ss. c.p.c.²², si è resa

²⁰ Come rilevato nel testo, sembra lecito affermare che l'attenzione riservata – nella teoria e nella prassi – alla *funzione paradigmatica* del rito cognitorio ordinario costituisce la conseguenza di una concezione della tutela giurisdizionale dichiarativa che, essendo proiettata verso la formazione della cosa giudicata e l'incontrovertibilità dell'accertamento giudiziale del diritto che naturalmente le si accompagna, si fonda sulla massima affermazione delle forme processuali, in quanto idonee ad assicurare l'emersione di quel *quid* di conoscenza fattuale della lite che possa tradursi in un accertamento giudiziale pieno della vicenda dedotta in giudizio. Su questi aspetti, che trascendono certamente i limiti del presente contributo, si rinvia, per tutti, a C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 2; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, p. 22 ss.

²¹ V. A. CARRATTA, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, cit., p. 453.

²² Sull'adozione del rito sommario, in funzione uniformatrice, ai procedimenti sulle specifiche materie regolate dal d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, v., con argomenti piuttosto uniformi, A. PROTO PISANI, *La riduzione e la semplificazione dei riti* (d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150). *Note introduttive*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 73 ss.; C. CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. n. 150/2011 di riordino (e relativa "semplificazione") dei riti speciali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 11 ss.; M. FABIANI,

possibile alla stregua di esigenze che, volta per volta, sono state giudicate concorrenti, se non addirittura superiori, rispetto a quelle sottese alla garanzia della pienezza del contraddittorio e del diritto alla prova in ogni fase del processo²³. Tra queste esigenze concorrenti o addirittura superiori, vi sono certo quelle alla ragionevole durata del processo e all'effettività della tutela giurisdizionale che, ormai, non giustificano più soltanto una tendenza a sommarizzare o semplificare il rito cognitorio *a livello normativo*, ma giustificano finanche soluzioni interpretative che, *a livello giurisprudenziale*, conducono, ad esempio, a formulazioni come quella del giudicato implicito sulla giurisdizione, che preclude la ricorribilità per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione ogni qualvolta tali motivi non siano stati adeguatamente censurati in appello quantunque nei confronti di una sentenza di primo grado relativa soltanto al merito (con conseguente interpretazione riduttiva dell'art. 37 c.p.c.)²⁴ o come quella che, più in generale e da più gran tempo, limita anche l'applicazione del principio della rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del processo dei vizi di nullità del procedimento o della sentenza entro i limiti della regola di conversione automatica del vizio di nullità della sentenza in motivi di impugnazione ordinaria (art. 161, comma 1, c.p.c.)²⁵.

L'idea di una regressione delle forme processuali rispetto al canone del rito ordinario, attuata dapprima col rito sommario e, infine, con l'introduzione del nuovo rito semplificato, allude esclusivamente ad un contenimento, appunto, delle forme che governano lo svolgimento del procedimento in rapporto alla garanzia del c.d. giusto processo (attuata essenzialmente per il tramite di un pieno riconoscimento, come detto, del diritto al contraddittorio e del diritto alla prova nelle loro molteplici declinazioni processuali)²⁶, senza intaccare invece la imprescindibile pienezza della cognizione della causa da parte del giudice, che ne caratterizza parimenti l'attività nel procedimento ordinario e in quello sommario o semplificato. Eppure,

Semplificazione dei riti: il modello sommario, in *Foro it.*, 2012, V, c. 202 ss.; M. BOVE, *Su alcune controversie regolate dal rito sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 975 ss.

²³ V. ancora A. CARRATTA, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, cit., p. 452. Sulle esigenze sottese al canone costituzionale della ragionevole durata del processo e sulla sua rinnovata attitudine a ridefinire la disciplina delle forme processuali, v. specialmente M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli 2010, p. 123 ss.

²⁴ Sul punto è qui sufficiente rammentare che, a seguito di Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1071 ss. e Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1452 ss., la teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione è stata recepita dalla riforma dell'art. 37 c.p.c. ad opera del d.lgs. n. 149/2022, secondo cui è espressamente limitata al «giudizio di primo grado» la rilevabilità, anche d'ufficio, del difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali.

²⁵ Per l'affermazione di questo principio di tema di pretermissione del litisconsorte necessario ex art. 102 c.p.c., di talché l'eccezione di mancata integrazione del contraddittorio, rigettata dal giudice di prime cure e non riproposta in appello dall'impugnante, non è riproponibile in sede di ricorso per cassazione in conseguenza della formazione del giudicato interno, v., *ex multis*, Cass., 3 giugno 2014, n. 12408, in *Guida dir.*, 2014, p. 69.

²⁶ Sulle molteplici declinazioni della garanzia del giusto processo

questa regressione delle forme processuali, se indubbiamente riduce l'impatto del rito ordinario sulla regolazione della cognizione civile, non riesce al contempo a trasformare il rito sommario o semplificato nel nuovo fulcro del sistema della giurisdizione cognitoria. In parte, ciò è dovuto al fatto che il rito ordinario sta sperimentando da tempo una sorta di progressiva sommarizzazione o semplificazione delle forme al suo interno: anche trascurando il fatto che l'art. 187, comma 1, c.p.c. consente l'immediata rimessione della causa in decisione ogni qualvolta la stessa risulti matura per la decisione senza bisogno di espletare l'acquisizione di mezzi istruttori, è innegabile che le riforme codicistiche succedutesi nel tempo hanno favorito una graduale semplificazione delle forme dello stesso rito ordinario, consentendo, ad esempio, che la decisione sia pronunciata a seguito di mera trattazione orale della causa (art. 281-*sexies* c.p.c.)²⁷ o per il tramite di provvedimenti anticipatori (rispetto al momento della rimessione della causa in decisione) e contraddistinti, oltre che da una certa precarietà degli effetti, da minori requisiti formali (artt. 186-*bis*-186-*quater* c.p.c. e, da ultimo, artt. 183-*ter*-183-*quater* c.p.c.)²⁸. La semplificazione del rito ordinario pare, dunque, essersi realizzata non tanto attraverso l'autonoma affermazione di un rito sommario o semplificato, ma attraverso la potenziale variabilità dell'assetto del rito ordinario stesso, non più chiuso entro un paradigma rigido ma aperto ad una geometria variabile delle forme processuali, resa possibile dalla sovrapposizione di modifiche normative in chiave puramente deflattiva.

Vero è, tuttavia che l'introduzione di una nuova disciplina sul procedimento semplificato di cognizione, ad opera del d.lgs. n. 149 del 2022, ha suggerito l'idea che quest'ultima tipologia di rito processuale dovesse assumere una nuova centralità nel riformato assetto della cognizione civile. Il dato normativo che ha promosso questa osservazione, come detto, è il nuovo art. 281-*decies* c.p.c., in cui è delineato l'ambito di applicazione del rito semplificato. A ben vedere, l'astratta idoneità del nuovo rito a travalicare i limiti applicativi del previgente rito sommario sembra potersi cogliere, in una certa misura, già nella *sedes* codicistica scelta per la nuova disciplina, a cui è destinato un nuovo capo – il capo III-*quater* – del titolo I del secondo libro del codice. Infatti, la nuova collocazione, in luogo di quella anacronistica degli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., che erano stati aggiunti alla disciplina dei vari ed eterogenei procedimenti speciali

²⁷ La modifica appare ancora più significativa se si considera che la riforma del 2022 ne ha ampliato le possibilità di applicazione, in base al nuovo art. 275-*bis* c.p.c., anche ai procedimenti che abbiano ad oggetto causa assegnate alla decisione del tribunale in composizione collegiale ex art. 50-*bis* c.p.c.: sul punto, per alcuni interessanti spunti svolti entro la cornice della più complessa problematica delle modalità di rimessione della causa in decisione risultanti dalle modifiche introdotte con la medesima riforma, v. C. BERNARDO, *La decisione della causa, in Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, cit., p. 209 ss., in part. p. 223 ss.

²⁸ Sulle implicazioni (spesso problematiche) delle nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto, in chiave deflattiva del processo, v., con accenti condivisibilmente critici, G. TRISORIO LIUZZI, *Le nuove ordinanze definitive (art. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in *La riforma del processo civile*, cit., p. 125 ss.

regolati nel quarto ed ultimo libro del codice, evidenzia correttamente la natura pienamente cognitoria e dichiarativa del rito semplificato; una natura, quest'ultima, che è comune al rito ordinario e che, ancor più, è comune, per l'evidente somiglianza dei modelli procedurali, al rito lavoristico, che trova anch'esso nel libro secondo del codice la sua propria naturale collocazione e che tende sempre più ad omogeneizzarsi con le forme del rito non ordinario²⁹. Ma è soprattutto la scelta legislativa tracciata nel menzionato art. 281-*decies* c.p.c. che sembra suggerire l'idea di una nuova centralità del rito semplificato; come si evince dall'impiego dell'indicativo presente come tempo verbale («il giudizio è *introdotto* nelle forme del procedimento semplificato») e dalla relazione illustrativa del d.lgs. n. 149 del 2022 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 19 ottobre 2022 (pag. 7-8)³⁰, la disposizione, al comma 1, prescrive, anzitutto, come *obbligatorio* il nuovo rito ogni qualvolta (i) i fatti di causa non siano controversi, (ii) la domanda sia fondata su prova documentale, (iii) sia di pronta soluzione o (iv) richieda un'istruzione non complessa. L'ambito di applicazione entro cui la legge impone il nuovo rito semplificato è, dunque, *formalmente* più ampio rispetto a quello entro cui, in precedenza, la parte poteva invece scegliere di adottare il rito sommario. In particolare, l'accesso al vecchio rito sommario era consentito e, al contempo, limitato dal combinato disposto degli artt. 702-*bis*, comma 1 e 702-*ter*, comma 3, c.p.c., a cui si è poi aggiunto, per effetto del d.l. n. 132 del 12 settembre 2014, anche l'art. 183-*bis* c.p.c.; la combinazione di queste tre disposizioni consentiva il ricorso al rito sommario – *senza tuttavia imporlo* – ogni qualvolta la causa spettasse alla decisione del tribunale in composizione monocratica (art. 50-*bis* c.p.c.) e presentasse un carattere non complesso o richiedesse una istruzione soltanto sommaria. Il numero di ipotesi in cui, come accennato, l'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c. impone oggi il ricorso al rito semplificato ne amplia formalmente l'originario ambito di rilevanza, anche se, a mio giudizio, questo dato formale non è sufficiente per qualificare il rito semplificato come il nuovo baricentro della cognizione civile riformata. Per rendersene conto, conviene prendere brevemente in esame le fattispecie tipizzate dalla nuova disposizione. Come accennato, le quattro situazioni nelle quali la causa, spettante alla competenza del tribunale in composizione monocratica o collegiale, dev'essere trattata obbligatoriamente nelle forme del rito semplificato erano già state ampiamente anticipate nella legge delega e sono state trasfuse, seppure con qualche significativa modifica, nella previsione di cui all'art. 3, comma 21, del d.lgs. n. 149 del 2022, recante *inter alia* la nuova disposizione dell'art. 281-*decies* c.p.c.

²⁹ Sui rapporti tra rito sommario (e semplificato) di cognizione e rito lavoristico, v. specialmente D. DALFINO, *Sull'inapplicabilità del nuovo procedimento sommario di cognizione alle cause di lavoro*, in *Foro it.*, 2009, p. 394 ss.

³⁰ La relazione illustrativa è consultabile in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/19/22A06017/sg>.

La prima di queste situazioni è descritta come quella in cui «i fatti di causa non sono controversi». La situazione, che è evidentemente assai più teorica che reale, era stata prevista in termini pressoché identici dalla legge delega (che ha scelto di imporre il rito semplificato ogni qualvolta «i fatti di causa siano tutti non controversi»): i «fatti di causa» vanno intesi come i fatti primari (o principali) della controversia (costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi) e possono ritenersi «non controversi» quando risultano pacifici per non essere stati contestati, secondo la regola dell'art. 115 c.p.c., o per essere stati espressamente riconosciuti, e cioè confessati³¹. La seconda situazione, evocata dall'art. 281-decies, comma 1, c.p.c., assume invece una dimensione più concreta, consistendo in quella situazione in cui una prova documentale, che non richiede pertanto un'attività di acquisizione nel corso del processo, costituisca il fondamento istruttorio della domanda nel caso concreto³². Alla luce delle differenze esistenti tra la previsione della legge delega (che si riferiva, con espressione più ampia, all'eventualità che «l'istruzione della causa si basi su prova documentale») e il testo del decreto legislativo delegato (che si riferisce, invece, all'ipotesi in cui sia «la domanda» ad essere «fondata su prova documentale»), pare corretto ritenere che, a dispetto della nuova e fuorviante³³ formulazione codicistica, il procedimento semplificato può dirsi obbligatorio ogni qualvolta sia documentale non solo la prova del fatto costitutivo della domanda, ma l'intera istruzione della causa. In tal modo, recuperando in via interpretativa la più felice e corretta formulazione impiegata dalla legge-delega, l'imposizione del rito semplificato per la trattazione della causa documentale viene affermata tenendo in considerazione il potere di allegazione dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi da parte del convenuto (o dei convenuti) che non richiedano l'acquisizione di prove costituenti.

La terza situazione che rende obbligatorio il rito semplificato ricorre quando «la domanda ... è di pronta soluzione», ossia quando la stessa si basa su circostanze che, senza essere pacifiche o documentalmente dimostrabili, richiedono un'attività istruttoria assai ridotta, come accade per i fatti notori o per i fatti immediatamente percepibili, la cui prova può essere acquisita direttamente in udienza³⁴. Del resto, il concetto è analogo a quello impiegato nell'art. 648

³¹ Su tale ipotesi di rito semplificato obbligatorio v., specialmente, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 77; G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 197; G.P. CALIFANO, *Il "rito semplificato" di cognizione*, cit., p. 7; R. TISCINI, *Commento all'art. 281-decies*, cit., p. 411; M. CIRULLI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 242 ss.

³² In relazione a questa seconda ipotesi v. ancora A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 77; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 134; G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 197; R. TISCINI, *Commento all'art. 281-decies*, cit., p. 412. V. anche A. GIUSSANI, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, cit., p. 639.

³³ Sull'inganno ottico operato dalla disposizione dell'art. 281-decies c.p.c., v. le osservazioni svolte *supra* al paragrafo 2.

³⁴ V. A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 77; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 136; G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 197; G.P. CALIFANO, *Il "rito semplificato" di cognizione*, cit., p. 7; R. TISCINI, *Commento all'art. 281-decies*, cit., p. 413.

c.p.c. per la concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo alla prima udienza dopo la proposizione dell'opposizione³⁵; e ciò è tanto più evidente solo che si consideri che quest'ultima disposizione, analogamente a quella dell'art. 281-*decies* c.p.c., richiama non solo il concetto di pronta soluzione dell'opposizione, ma anche quello in cui l'opposizione sia fondata su prova scritta (cioè documentale). Infine, la quarta ed ultima situazione prevista nel comma 1 dell'art. 281-*decies* c.p.c. è individuata, mediante una sorta di clausola di chiusura, in quella in cui l'istruzione richiesta per la cognizione della domanda sia «non complessa»: si allude qui allo stesso concetto con cui, in virtù della l. n. 69 del 18 giugno 2009, gli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., e in particolare l'art. 702-*ter*, comma 3, c.p.c., consentivano al giudice di convertire il rito sommario in ordinario quando ritenesse che per la causa fosse necessaria, appunto, «un'istruzione non sommaria». Il carattere sommario (o non complesso) dell'istruzione probatoria è un concetto difficile da definire, anzitutto, perché è strettamente legato alle peculiarità dei singoli casi (difficilmente generalizzabili) e, poi, perché nel nuovo art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c. il caso dell'istruzione non complessa rischia di sovrapporsi e, quindi, confondersi con quelli già contemplati dalla disposizione, che coincidono con casi in cui l'istruzione probatoria è chiaramente non complessa³⁶. Nondimeno, quest'ultimo caso di procedimento semplificato obbligatorio va identificato, per così dire, *per sottrazione*: esso è il caso in cui la semplicità dell'istruzione non dipende né dal fatto che le circostanze di causa non sono controverse, né dal fatto che la prova della domanda è documentale o di pronta soluzione. Le situazioni che in tal modo finiscono per residuare non sono obiettivamente molte, come appare evidente se si considera che la stessa giurisprudenza sul rito sommario annoverava tra i casi di istruzione sommaria soprattutto quelli della prova documentale o di pronta soluzione, rimanendone esclusi solo quelli in cui era necessaria una significativa attività di acquisizione di prove costituenti.

In questa prospettiva, va rilevato che, se è vero che, nelle ipotesi previste nella nuova disposizione, il rito semplificato è obbligatorio per legge (e non più solo eventuale) ed è altrettanto vero che l'obbligo di ricorrere al nuovo rito sussiste, in assenza di espresse limitazioni di legge, anche quando la causa, ricadendo in una di tali ipotesi, spetta alla

³⁵ Con riguardo all'esperienza giurisprudenziale formatasi sull'art. 648 c.p.c., v. specialmente, R. CONTE, *Considerazioni sulla revoca della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ex artt. 648 e 649 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 288 ss.; v. anche Trib. Milano, 1 ottobre 1991, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 598 ss., con nota di A. GUARNIERI, *Sui presupposti per la concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ex art. 648, 1° e 2° comma c.p.c.*

³⁶ Sulle valutazioni che sono funzionali all'apprezzamento del carattere sommario o non sommario dell'istruzione probatoria nel procedimento sommario di cognizione v., M.A. LUPOI, *Sommario (ma non troppo)*, in *Judicium*, 2010, p. 20 ss., ove ampi riferimenti di giurisprudenza e prassi; ma v. anche G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 112 ss.; S. MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1031.

decisione del tribunale in composizione collegiale (e non più solo alla decisione del tribunale in composizione monocratica, com'era previsto in precedenza dall'art. 702-*bis*, comma 1, c.p.c.), nondimeno le ipotesi contemplate dal comma 1 dell'art. 281-*decies* c.p.c. costituiscono, a ben vedere, null'altro che una *specificazione* di quanto era già desumibile dalle norme precedenti. Ed infatti, sia l'art. 702-*ter*, comma 3, c.p.c., laddove imponeva la conversione del rito sommario in ordinario ogni qualvolta il giudice, tenuto conto delle difese svolte dalle parti, ritenesse indispensabile «un'istruzione non sommaria», sia l'art. 183-*bis* c.p.c., laddove imponeva, secondo uno schema equivalente anche se diametralmente opposto al precedente, la conversione del rito ordinario in sommario tenuto conto della «complessità della lite e dell'istruzione probatoria» esprimevano una categoria generale che comprendeva *in nuce* tutte e quattro le ipotesi previste oggi dall'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c. Le applicazioni giurisprudenziali in tema di ammissione del rito sommario hanno ampiamente dimostrato che l'accesso a forme processuali semplificate, quantunque circoscritto alle cause di competenza del tribunale monocratico, era assicurato a tipologie di controversie che si contraddistinguevano, volta per volta, (i) per una dimensione puramente giuridica (in assenza di contrapposizione sui fatti di causa), (ii) per una rilevanza istruttoria puramente documentale dipendente dal fatto che l'accertamento cognitorio fosse stato preceduto da un accertamento tecnico o da una consulenza a scopo conciliativo ex artt. 696 e 696-*bis* c.p.c. o (iii) per la necessità di acquisire prove costituenti di pronta soluzione³⁷. Pertanto, gli approdi giurisprudenziali hanno rielaborato e specificato quella stretta correlazione tra *sommarietà del rito e semplicità istruttoria* che era sottesa alla disciplina del rito sommario e che è stata positivizzata nel nuovo art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c., il quale, se pone un obbligo di instaurazione (e trattazione) della causa nella forme processuali semplificate, si limita invero a positivizzare, mediante il vincolo dell'obbligatorietà, una tipicità che era già desumibile dai dati dell'esperienza giurisprudenziale. A ben vedere, la nuova disposizione codicistica non ha fatto altro che elaborare una serie di categorie in cui sono state recepite *ex post* quelle attuazioni della legge processuale previgente – e, specialmente, del requisito generale della sommarietà (*rectius* semplicità) dell'istruzione probatoria – che hanno contribuito a dare un

³⁷ Su queste ipotesi v., in particolare, Trib. Bologna, 29 ottobre 2009, secondo cui, poiché «il parametro dell'istruzione non sommaria fotografa una conseguenza senza indicarne le cause», la discrezionalità del giudice nell'effettuare la valutazione sulla sommarietà o meno dell'istruzione probatoria «risulta estremamente ampia, in quanto non perimetrata da identificati presupposti della suddetta sommarietà istruttoria» e «comporta ... un certo rigore nella valutazione di cui sopra»; cui *adde* Trib. Taranto, 2 marzo 2010. V. però anche Cass., 29 gennaio 2014, n. 1904 a proposito della compatibilità tra procedimento sommario e consulenza tecnica d'ufficio.

concreto significato operativo alla formula sintetica e indeterminata impiegata precedentemente dalla legge³⁸.

L'introduzione di un regime obbligatorio per il rito sommario nei casi in cui l'istruzione probatoria possa ritenersi semplificata non apporta, dunque, alcuna reale innovazione rispetto al regime previgente, né opera quella ridefinizione dei rapporti tra rito ordinario e rito non ordinario che una prima lettura della nuova disciplina sembrava suggerire.

Vi è da chiedersi allora se la causa di una tale ridefinizione sia individuabile altrove. Ciò che potrebbe suggerire una nuova centralità del rito semplificato nel sistema riformato della cognizione civile (e una conseguente possibilità di affermare un ampliamento del suo ambito applicativo rispetto al precedente rito sommario) potrebbe desumersi dalla ricordata previsione – solo apparentemente chiara – del comma 2 dell'art. 281-*decies* c.p.c., in cui è previsto il potere di instaurare la causa nelle forme semplificate ogni qualvolta la stessa appartenga al novero di quelle attribuite, in base all'art. 50-*ter* c.p.c., alla competenza del tribunale in composizione monocratica. Ora, sembra sufficiente considerare, da un lato, che le ipotesi in cui la decisione spetta al tribunale in composizione collegiale sono notoriamente tassative e, comunque, assai circoscritte (art. 50-*bis* c.p.c.) e, dall'altro lato, che l'assegnazione della causa al tribunale in composizione monocratica viene a costituire – altrettanto notoriamente – l'ordinaria fisionomia d'ogni giudizio civile, per sostenere che, nel sistema della cognizione civile, l'art. 281-*decies*, comma 2, c.p.c. sembra idoneo a svolgere una funzione potenzialmente preponderante, quantunque la sua applicazione – come detto – sia rimessa ad una valutazione di mera opportunità del ricorrente³⁹. Una tale conclusione è chiaramente avvalorata dal fatto che la previsione della applicabilità facoltativa del rito semplificato attiene potenzialmente ad una serie indefinita e, dunque, numerosissima di controversie: tutte quelle che spettano alla decisione del tribunale *monocratico o collegiale* e che *non possiedono* le caratteristiche che, ai sensi del comma 1 della nuova disposizione, le renderebbero, per così dire, *manifestamente semplici o sommarie* in ragione (i) della natura pacifica dei fatti di causa, (ii) dell'esistenza della prova documentale del fatto costitutivo della domanda, (iii) della sua pronta soluzione o, infine, (iv) dell'istruzione non complessa che la sua decisione richiede. In questa prospettiva, il rito semplificato facoltativo acquisirebbe una

³⁸ Sul punto, in dottrina, per un approdo ermeneutico analogo, v. specialmente A. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 272 ss.; F.P. LUIISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1571; A. CARRATTA, *Le «condizioni di ammissibilità» del nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 731; G. BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., c. 329; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1586 ss.

³⁹ Sulle problematiche sottese all'art. 281-*decies*, comma 2, c.p.c., quantunque in una prospettiva che appare a volte contraria rispetto a quella svolta nel testo, v. R. TISCINI, *Commento all'art. 281-*decies**, cit., p. 412; F.P. LUIISO, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 134; G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 197; G.P. CALIFANO, *Il "rito semplificato" di cognizione*, cit., p. 7; v. anche A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 76 ss.

rilevanza *potenziale* (in quanto dipende dalla scelta del ricorrente) ma *residuale* (in quanto è applicabile, alla stregua della scelta del ricorrente, ad ogni controversia civile che possa giudicarsi non manifestamente semplice o sommaria sul piano fattuale e/o istruttorio e che rientri nei limiti della competenza assegnata dalla legge al tribunale).

4. (Segue): (ii) l'introduzione del rito semplificato facoltativo e il suo rapporto con il rito ordinario

Che la contrapposizione, sopra menzionata, tra *cognizione* (invariabilmente piena) e *procedimento* (variabilmente ordinario o semplificato) venisse conservata e ribadita dalla riforma era abbastanza scontato; meno scontata è invece la conservazione di un'altra caratteristica del sistema della cognizione civile, e cioè quella che potrebbe definirsi come la *struttura binaria* di questo sistema. Si intende con ciò riferirsi al fatto che la legge processuale tradizionalmente riserva le forme del rito semplificato (e prima della riforma, quelle del rito sommario) alla cognizione di domande, che, in base al loro stesso contenuto o anche al contenuto delle difese avversarie, non fossero complesse o, per usare linguaggio della legge, richiedessero un'istruttoria sommaria. Al contrario, le forme del procedimento ordinario, secondo questa caratteristica del sistema, sono riservate alla cognizione delle *altre cause*, cioè di quelle che riguardano domande complesse, che esigono lo svolgimento di un'istruzione non sommaria. Ovviamente questa contrapposizione è più che sensata; anzi, essa è radicata nella natura delle cose, secondo la quale più complesso è il fenomeno da indagare e più articolato deve essere il meccanismo indagatore impiegato per conoscerlo. D'altra parte, però, è evidente che una struttura articolata del procedimento, nella misura in cui aumenta le possibilità di approfondimento conoscitivo della causa, non solo soddisfa maggiormente i diritti (e cioè: le garanzie) processuali delle parti, ma inevitabilmente allunga anche i tempi del procedimento stesso e, quindi, il conseguimento del risultato definitivo del processo.

E proprio in questa prospettiva assumeva originariamente una rilevanza assai significativa la previsione dell'art. 1, comma 5, lett. n), n. 3, della legge delega del 2021, nel quale, con riferimento alla riforma del procedimento sommario, è stata appunto introdotta la dicotomia tra procedimento semplificato obbligatorio e procedimento semplificato facoltativo che hai poi trovato pieno riconoscimento nell'odierno art. 281-*decies* c.p.c. Anticipando il contenuto di quest'ultima disposizione, solo marginalmente modificata dal d.lgs. n. 149 del 2022, la legge delega prevedeva che, in difetto dell'instaurazione del procedimento nelle forme del rito semplificato quando ricorressero i presupposti per l'adozione obbligatoria di tale procedimento, la causa doveva essere trattata, previo mutamento del rito, nelle forme del procedimento ordinario.

La disposizione della legge delega nulla stabiliva, invece, per il caso in cui il procedimento venisse instaurato nelle forme semplificate senza che fosse obbligatorio, ma solo in forza della libera iniziativa dell'attore. Di talché, fermo restando che in questi casi sarebbe rimasto da capire se residuava al giudice un qualche potere di valutazione della congruità della scelta del rito semplificato – compiuta dall'attore – rispetto alla materia del contendere e alla sua complessità, la legge delega, non prevedendo (o, perlomeno, trascurando di prevedere) in questi casi la possibilità di mutamento del rito, sembrava suggerire che il rito semplificato fosse accessibile anche quando la causa, assegnata alla competenza del tribunale monocratico, presentasse caratteri di complessità istruttoria. Ciò che appunto avrebbe non solo superato la dicotomia tra “procedimento semplificato-cause sommarie” e “procedimento ordinario-cause complesse”, ma avrebbe anche consentito di affermare una nuova centralità del rito semplificato nel sistema della cognizione civile, essendo evidentemente praticabile sia per cause sommarie (di competenza del tribunale monocratico o del tribunale collegiale) sia, parimenti, per cause complesse (ancorché di competenza del solo tribunale monocratico). Nondimeno, questo giudizio sembra essere smentito dalla riforma nel passaggio dalla legge delega al decreto legislativo delegato.

Come nella regolazione del rito sommario, anche nel nuovo rito semplificato, ai sensi dell'art. 281-duodecies c.p.c. relativo al procedimento, la decisione del giudice sull'eventuale mutamento del rito (da semplificato a ordinario) deve avvenire alla prima udienza. In quel momento processuale, il giudice conosce la domanda dell'attore (che conserva la forma del ricorso e il contenuto plasmato su quello dell'art. 163 c.p.c.) e la comparsa di risposta del convenuto, a cui l'attore deve notificare ricorso e decreto di fissazione dell'udienza garantendo un termine minimo a comparire di 40 o 60 giorni, mentre il convenuto ha l'onere di costituirsi non oltre 10 giorni prima dell'udienza per non incorrere nelle decadenze dalle eccezioni in senso stretto e dalle domande riconvenzionali, oltre che dal potere di chiamare in causa un terzo. Alla prima udienza, dunque, il giudice, se rileva che per la domanda principale o per la domanda riconvenzionale non ricorrano i presupposti che rendono obbligatorio il rito semplificato, dispone la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario e fissa l'udienza ex art. 183 c.p.c. (con decorrenza a ritroso dei termini delle memorie integrative dell'art. 171-ter c.p.c.)⁴⁰.

Sotto questo primo profilo, si può già notare una prima novità della riforma, in quanto:

- mentre l'art. 702-ter, commi 3 e 4, c.p.c. consentiva la conversione del rito soltanto in base alle difese svolte dalle parti quando queste richiedevano un'istruzione

⁴⁰ Sull'art. 281-duodecies, comma 1, c.p.c. v. specialmente R. TISCINI, *Commento all'art. 281-duodecies*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 430 s.; M. CIRULLI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., p. 244 ss.

non sommaria, prevedendo invece la separazione delle cause quando l'istruzione non sommaria era richiesta della domanda riconvenzionale,

– l'art. 281-*duodecies* c.p.c. consente la conversione del rito ogni qualvolta la domanda (principale) dell'attore o quella riconvenzionale del convenuto non rientrano nei casi elencati al comma 1 dell'art. 281-*decies* c.p.c.

Se ne può dedurre, io credo, che se il rito semplificato non è obbligatorio nel caso concreto, la causa va senz'altro decisa col rito ordinario, senza tenere conto delle difese svolte dalle altre parti e senza possibilità di separazione delle cause. Il che ben si spiega se si considera che quando la domanda (anche riconvenzionale) non è semplice, le difese delle altre parti effettivamente non possono rendere la causa semplice o sommaria. Ma l'elemento maggiormente interessante è l'inciso finale del comma 1 dell'art. 281-*duodecies* c.p.c., secondo cui il giudice procede nello stesso modo – converte cioè il rito in ordinario – anche quando la causa, pur non avendo i caratteri del comma 1 dell'art. 281-*decies* c.p.c. che rendono obbligatorio il rito semplificato, è stata comunque proposta con tale rito *per scelta discrezionale* dell'attore. In questi casi, la conversione del rito viene a dipendere, come prevede la norma, dalla valutazione della complessità della lite e dell'istruzione probatoria. La formula, che è la stessa impiegata ancora oggi dal legislatore nell'art. 183-*bis* c.p.c. per assicurare la conversione opposta del rito (da ordinare in semplificato), allude, in particolare, alla necessità di una seria attività di istruzione probatoria relativa alle prove costituenti necessarie per addivenire alla definizione della lite⁴¹.

Ma, *rebus sic stantibus*, pare giustificato il dubbio sopra esposto. Vale a dire: se è vero, come è vero, che il giudice può – e quindi deve – valutare l'opportunità di convertire il rito in ordinario anche quando la causa, pur essendo stata promossa per libera scelta dell'attore nelle forme del rito semplificato, richiede comunque un'attività istruttoria complessa, sembra lecito affermare (e ribadire) che, nel nuovo assetto della cognizione civile risultante dal decreto legislativo delegato, il nuovo rito semplificato non svolge una funzione molto diversa – e cioè più marcata ed evidente – di quella svolta dal precedente rito sommario.

È vero che oggi non si può evitare il rito semplificato quando la causa è, come detto, manifestamente semplice (quantunque anche nel vigore della precedente disciplina, difficilmente la parte avrebbe scelto il rito ordinario – e il giudice avrebbe disposto la conversione dell'originario rito sommario – quando, ad esempio, i fatti di causa non fossero stati controversi o una domanda si fosse basata su prova documentale o di pronta soluzione);

⁴¹ La norma, conformemente alla disposizione complementare dell'art. 281, *duodecies*, comma 1, c.p.c., si riferisce non solo alla complessità dell'istruzione probatoria, ma anche alla «complessità della lite» *tout court*, che, come si vedrà, sembra alludere alla complessità della quaestio iuris rilevante per la decisione della controversia. V. *infra* il successivo paragrafo 5.

tuttavia, al di fuori dei casi in cui la lite è manifestamente semplice e il rito semplificato obbligatorio, ci si può ben chiedere quanto spazio realisticamente possa restare al procedimento semplificato per libera scelta dell'attore. Infatti, delle due l'una:

- o la domanda richiede un'istruzione probatoria non complessa, e allora il rito semplificato è obbligatorio;
- o la domanda richiede un'istruzione complessa (o non sommaria), e allora il giudice può convertire il rito in ordinario valutata la complessità della lite dell'istruzione probatoria, come recita l'inciso finale dell'art. 281-*duodecies*, comma 1, c.p.c.

Se così è, l'ampliamento dell'ambito di applicazione del nuovo rito semplificato viene a dipendere, a ben vedere, da quello stesso parametro a cui legislatore di questa riforma (come anche il legislatore di varie e meno recenti riforme del codice di rito) ha fatto ampio affidamento: e cioè il parametro della *discrezionalità del giudice*. Si tratta di un parametro che è presente da sempre nella legislazione processuale moderna, anche se il codice ha sempre cercato di contenere, di arginare e quindi controllare l'esercizio di questo potere, seppure indirettamente o mediante il ricorso a formule di principio, assai più ammonitrici che prescrittive. In questo caso, però, come accade in altre disposizioni della riforma, la discrezionalità del giudice, che qui si applica alla valutazione di complessità o meno dell'istruzione probatoria, non ha molti margini legislativi ed è pressoché assoluta.

Ci si potrebbe chiedere, tanto più alla luce della nuova disposizione dell'art. 101, comma 2, c.p.c.⁴², quale pregiudizio finirebbe per subire l'attore se il giudice negasse il procedimento semplificato (in favore di quello ordinario) in un caso di istruzione probatoria non talmente complessa da giustificare e, per così dire, da meritare il rito ordinario. Nessun pregiudizio sembrerebbe subire l'attore; anzi, a ben vedere, verrebbe addirittura a guadagnare le maggiori garanzie processuali del rito ordinario. E ciò appare ancora più significativo se si considera che, con l'entrata in vigore della novella del procedimento cognitorio ordinario, le parti, a tacer d'altro, possono avvalersi delle memorie integrative *ex art. 171-ter c.p.c.* che, per quanto anteriori all'udienza, consentono l'esercizio di un potere di approfondimento del *thema decidendum* più ampio rispetto al passato⁴³, essendo peraltro assegnate per legge e

⁴² Su questo aspetto v., recentemente, le osservazioni svolte da D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nei rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 399 ss. Le implicazioni pregiudizievoli del vizio processuale conseguente alla lesione del contraddittorio sono state esaminate, in particolare, da S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 575 ss.; E.F. RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 751 ss.; F.P. LUIO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1614 ss.

⁴³ Sul punto v., per tutti, F.P. LUIO, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 71 ss.; C. DELLE DONNE, *Commento all'art. 171-ter*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., p. 294 ss.

non più a seguito di un provvedimento autorizzatorio del giudice. Al contrario, l'art. 281-*duodecies* c.p.c. prevede una regolazione della trattazione e istruzione della causa certamente più garantista di quella del rito sommario (che prevedeva, all'art. 702-*ter*, comma 5, c.p.c., che, fatto salvo il contraddittorio in udienza, il giudice potesse procedere all'istruzione nel modo che ritenesse «più opportuno ... in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto» ed omettendo «ogni formalità non essenziale al contraddittorio»); nondimeno, la regolazione della trattazione e istruzione dettata dal nuovo art. 281-*duodecies* c.p.c. è, comunque, ispirata alla sommarietà del procedimento⁴⁴. È previsto, infatti, al comma 3, che le parti debbano proporre in udienza, a pena di decadenza, le eccezioni che sono conseguenza delle domande riconvenzionali o delle eccezioni proposte dalle altre parti, senza però ulteriori possibilità di replica, ma con la sola possibilità di chiedere, quando sussiste un «giustificato motivo» ai sensi del comma 4, che il giudice conceda un primo termine (non superiore a venti giorni) per l'esercizio dello *ius poenitendi* e per l'indicazione dei mezzi di prova anche documentali, nonché un secondo successivo termine (non superiore a dieci giorni) per le repliche alle domande, eccezioni e conclusioni precisate o modificate con la precedente memoria e per dedurre le prove contrarie. Permane, dunque, un significativo – e, forse, inevitabile – squilibrio tra il rito ordinario e il rito semplificato sul piano delle prerogative processuali di parte volte all'approfondimento del *thema decidendum* (oltre che *probandum*). *Nulla quaestio* se un tale squilibrio riflette il diverso grado di complessità fattuale e probatoria della causa, mentre molte perplessità sorgono se la legge ammette che tanto il rito ordinario quanto il rito semplificato *ex art. 281-decies*, comma 2, c.p.c. si possano conciliare con una causa oggettivamente complessa sul piano fattuale e probatorio (purché assegnata, come detto, alla competenza del tribunale in composizione monocratica).

Tornando ora al nostro quesito relativo al pregiudizio che subisca l'attore che si vede negato il rito semplificato quando la causa non è talmente complessa da richiedere il rito ordinario, si può osservare che, se il mutamento del rito non comprime (ma anzi amplia notevolmente) il diritto al contraddittorio delle parti, finisce per violare il diritto a quella ragionevole durata del processo che non è solo un principio che governa l'attività giurisdizionale (e, quindi, riguarda ciò che può o deve fare il giudice), ma è anche – e direi soprattutto – un diritto processuale della parte e, in specie, di quella che ha ragione, cioè in linea di massima, proprio l'attore.

Ecco allora che si possono astrattamente delineare due situazioni possibili in questo caso. La prima ricorre quando il giudice ordina la conversione del rito in ordinario nelle ipotesi in cui la causa, introdotta in forma semplificata dall'attore, sia effettivamente *molto complessa* sul

⁴⁴ Sull'ambito applicativo della disposizione v., in particolare, R. TISCINI, *Commento all'art. 281-duodecies*, cit., p. 431, ove altri richiami.

piano istruttorio. In questa prima eventualità la conversione del rito appare assolutamente ineccepibile. Ma può darsi che ricorra un'altra eventualità: quella in cui il rito è convertito in ordinario in rapporto ad un caso in cui l'istruzione *non sia sommaria ma nemmeno particolarmente complessa*; di talché la conseguenza pregiudizievole che deve sopportare l'attore viene a coincidere con l'attesa (in alcuni casi) di qualche anno in più rispetto a quanto auspicava mediante l'applicazione del rito semplificato per ottenere il provvedimento definitivo. E questo è un risultato che, a mio parere, non solo non è in alcun modo rimediabile in base all'attuale assetto normativo, ma è anche una contraddizione rispetto alla finalità deflattiva della riforma. La conclusione è, dunque, che l'attore si trova ancor più, anche sotto questo aspetto, nelle mani del giudice, in quanto spetterà a quest'ultimo giudicare – prudentemente, ma senza particolari vincoli – la maggiore o minore complessità dell'istruzione ogni qualvolta l'attore scelga il rito semplificato senza esserne obbligato *ex lege*. E questa circostanza, che non emerge *expressis verbis* dalla legge vigente, non pare poi così dissimile dall'ampia discrezionalità in punto di organizzazione dell'istruzione probatoria che la disciplina del previgente rito sommario (in particolare, il menzionato art. 702-ter, comma 5, c.p.c.) assegnava al giudice istruttore per le cause che fossero contraddistinte – in quel caso – dall'esigenza di una istruzione non sommaria.

D'altra parte, a me pare che il caso in cui l'istruzione probatoria non sia sommaria ma nemmeno particolarmente complessa non sia affatto un'eccezione; credo anzi che sia la regola nella maggior parte delle cause civili. Quel che è peggio, tuttavia, è che si tratta di un concetto molto discrezionale e quasi soggettivo, poiché ciò che è complesso per l'uno, può non esserlo per un altro⁴⁵, al punto che il riconoscimento in capo al giudice del potere di conversione del rito anche nel caso di procedimento semplificato facoltativo finisce quasi per annullare ogni concreta possibilità che il procedimento semplificato si svolga per semplice scelta dell'attore. Se infatti l'area del procedimento semplificato facoltativo si riduce a quella in cui la causa è manifestamente semplice *ex* comma 1 dell'art. 281-decies c.p.c., l'accesso volontario al rito semplificato, non potendo aversi che nei casi di causa (*non semplice*, e cioè) *complessa* sul piano istruttorio, è condannato a subire ogni volta una probabilissima conversione del rito in ordinario. Ciò che, tuttavia, potrebbe garantire un uso prudente del potere di conversione del rito è una constatazione assai banale, eppure oggettiva, e cioè che, convertendo il rito, il giudice provocherebbe evidentemente una maggiore durata della processo anche per se stesso; il che potrebbe fungere da motivo per dissuaderlo da un

⁴⁵ Per un giudice zelante, ad esempio, interrogare tre testimoni o disporre una consulenza tecnica può essere semplice sul piano istruttorio, mentre per un giudice meno zelante (o, forse, più realisticamente, per un giudice molto occupato), può essere invece particolarmente complesso e, quindi, tale da giustificare una conversione del rito.

superficiale esercizio del potere di conversione del rito, rendendo peraltro la ragionevole durata del processo un bene su cui convergono, come deve sempre essere, gli interessi delle parti e del giudice. Ma è evidente che, in tal caso, una simile convergenza si verificherebbe più per accidente che in forza della costruzione di un sistema normativo organico e coerente.

5. Il rito semplificato facoltativo: un'ipotesi distonica in rapporto al rito ordinario. L'affidamento alla discrezionalità del giudice.

Ma la disposizione del comma 2 suscita anche una serie di interrogativi su cui finiscono per concentrarsi gli ulteriori interessi dell'interprete. Ci si è chiesti quale sia la coerenza del nuovo assetto della cognizione civile risultante dall'introduzione del rito semplificato, tenuto conto che la conservazione di un rito ordinario alternativo ad un rito semplificato suggerirebbe, in accordo con la previgente impostazione del rito sommario, una netta separazione delle modalità della cognizione in funzione del carattere semplice o complesso della lite e, specialmente, dell'istruzione probatoria. Al contrario, l'estensione del rito semplificato ad ogni causa assegnata al tribunale monocratico, ancorché priva di quel carattere non complesso che contraddistingueva il precedente rito sommario e che oggi rende obbligatorio il rito semplificato, disattende e vanifica, come detto, quella precedente distinzione. È chiaro, infatti, che se il rito ordinario perde la sua esclusività nella trattazione delle cause complesse (spettanti al tribunale in composizione monocratica), l'ordinamento finisce inevitabilmente per far mostra di assegnare al rito semplificato una, seppur potenziale, nuova centralità in rapporto alla cognizione civile delle cause complesse, a cui non può più attribuirsi dunque una struttura, per così dire, satellitare, nella quale attorno al fulcro del rito ordinario ruotano i molteplici procedimenti sommari di cognizione plasmati sul modello degli odierni artt. 281-*decies* ss. c.p.c.

D'altra parte, in questa estensione del rito semplificato sembrano riecheggiare quelle pulsioni legislative, mai realmente sopite, che erano sfociate anni addietro in un tentativo – poi fallito – di generale sommarizzazione del rito ordinario⁴⁶.

Vi è allora da chiedersi quali ragioni, alternative alla sommarietà (o non complessità) della lite e dell'istruzione probatoria, possano legittimare l'impiego del rito semplificato da parte del ricorrente *ex* comma 2 dell'art. 281-*decies* c.p.c. e, ancor più, vi è da comprendere se un qualche sindacato possa essere compiuto dal tribunale monocratico sulla scelta del ricorrente, posto che il parametro a cui deve conformarsi un tale sindacato non può certo essere soltanto quello della sommarietà della lite o dell'istruzione probatoria, che rende senz'altro obbligatorio il rito semplificato.

⁴⁶ Sul punto v. le osservazioni svolte *supra* nel testo al paragrafo 1 e alla nota 2.

A me pare che il rischio insito in un tale assetto normativo venga a consistere nel pericolo di un'illegittima disposizione di mutamento del rito da parte del giudice ogni qualvolta sia stata introdotta nella forme del procedimento semplificato una causa che non sia qualificabile come sommaria ai sensi del comma 1 dell'art. 281-*decies* c.p.c. Ed è un pericolo, quest'ultimo, che può essere prevenuto soltanto per il tramite di una chiara specificazione delle ragioni d'impiego del rito semplificato (in luogo di quello ordinario) da parte del ricorrente, in quanto, a meno di voler ritenere che la scelta del ricorrente in favore del rito semplificato, con conseguente rifiuto del rito ordinario e delle maggiori tutele del contraddittorio che esso garantisce anche per il convenuto, prevalga sul potere di direzione del procedimento che spetta al tribunale monocratico in veste di giudice istruttore della causa, vien fatto di pensare che l'impiego del rito semplificato, essendo conseguenza d'una scelta del ricorrente, non possa svolgere alcun condizionamento sulla valutazione giudiziale di congruità del rito rispetto alla complessità fattuale della materia del contendere o alla varietà dell'istruzione probatoria necessaria per giudicare sulla fondatezza della domanda. Infatti, se si vuole garantire una qualche sopravvivenza alla contrapposizione tra rito ordinario e rito semplificato nel nostro ordinamento processuale, non si dovrebbe ritenere preclusa una valutazione in ordine alla predetta congruità da parte del tribunale *nei casi* in cui il procedimento sia stato introdotto nelle forme del rito semplificato senza che ve ne fosse un obbligo legale, e cioè ogni qualvolta la lite e l'istruzione probatoria non si presentassero come complesse. Se invece si ritenesse preclusa una tale valutazione, in quanto – come si potrebbe pur sostenere – essa sarebbe vanificata dalla previsione d'obbligatorietà del rito semplificato in ogni caso menzionato all'art. 281-*decies*, comma 1, c.p.c., la contrapposizione tra “rito ordinario-lite (o istruzione probatoria) complessa” e “rito semplificato-lite (o istruzione probatoria) non complessa” perderebbe ogni possibile ragione giustificatrice nel nostro ordinamento. E a tanto, sinceramente, non mi pare possibile giungere.

E il discorso non cambia nemmeno se si configura l'idea, resa accettabile dalle stesse disposizioni codistiche introdotte dalla riforma, che la complessità della lite non attenga al profilo fattuale e, dunque, probatorio, ma bensì al profilo puramente giuridico della controversia⁴⁷. La *quaestio iuris* può rivelarsi effettivamente foriera di problemi interpretativi

⁴⁷ In questo senso v. le osservazioni di G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., p. 202; M. CIRULLI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., p. 266 ss.; R. TISCINI, *Commento all'art. 281-decies*, cit., p. 412 ss. Con riferimento al previgente rito sommario di cognizione, v. anche M. ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, cit., p. 294 ss.

– idonei, talvolta, ad implicare anche un ampliamento della *quaestio facti*⁴⁸ – che esigono approfondimenti per cui sarebbe opportuna l’adozione delle forme processuali ordinarie. In questi casi, che peraltro non possono certo dirsi frequenti, sembra dunque trasparire almeno astrattamente la possibilità che, in chiave deflattiva, la trattazione della controversia, pur esigendo *ex se* un rafforzamento del contraddittorio idoneo a sostenerne la complessità giuridica, tolleri il ricorso alle forme del rito semplificato, a condizione che la causa non implichi un’attività istruttoria (non sommaria) ai fini della sua decisione.

Nondimeno, anche in questa prospettiva, va rilevato che non si riesce a ravvisare un concreto spazio applicativo del procedimento semplificato facoltativo che non incontri il potere-dovere di mutamento del rito da parte del giudice ai sensi dell’art. 281-*duodecies*, comma 1, c.p.c. La disposizione sollecita, infatti, il giudice a convertire il rito semplificato in rito ordinario anche in rapporto alla «complessità della lite»: un’espressione, quest’ultima, che indubbiamente, soprattutto se letta in rapporto all’inciso complementare relativo alla «complessità ... dell’istruzione probatoria», ben può essere intesa come concernente il caso della complessità della *quaestio iuris* dedotta in giudizio dall’attore (o dal convenuto)⁴⁹. Anche sotto questo profilo, quindi, l’inganno ottico dell’art. 281-*decies*, comma 2, c.p.c. sembra ineludibile e, una volta che sia reso palese, finisce per confermare la inutilità della nuova disposizione anche in rapporto al caso di complessità puramente giuridica della fattispecie dedotta *in iure*.

6. Conclusioni: rito semplificato, istruzione non sommaria e prospettive di correzione della riforma

Tirando le sparse fila del discorso, sembra lecito concludere nel senso che non sia ravvisabile alcuna reale utilità nella previsione di un rito semplificato facoltativo per le cause che richiedono un’istruzione non sommaria spettanti alla competenza del tribunale in composizione monocratica. La stessa struttura della cognizione civile, articolata sulla contrapposizione tra rito ordinario e rito semplificato, non si presta a consentire che la trattazione di una causa complessa sul piano istruttorio possa compiersi secondo forme processuali semplificate; la riprova d’una tale inutilità può desumersi, come detto, dalla stessa previsione dell’art. 281-*duodecies*, comma 1, c.p.c. che consente al giudice di mutare il rito prescelto dall’attore quando verifichi che la causa – sulla scorta dell’oggetto della domanda o delle difese del convenuto – presenta un grado di complessità giuridica o fattuale (e, dunque,

⁴⁸ Basti pensare alle situazioni in cui, al mutare della soluzione della *questio iuris*, assumano rilevanza nel processo – e specialmente nell’istruzione probatoria – circostanze di fatto che, in ragione di una diversa interpretazione giuridica, non avrebbero ragione di essere allegate e provate dalla parte.

⁴⁹ Sul punto v. soprattutto M. CIRULLI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., p. 266 e, in rapporto al regime abrogato, M. ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, cit., p. 297.

in quest'ultima evenienza, istruttoria) che esige il pieno svolgimento del contraddittorio garantito esclusivamente dalle forme del rito ordinario⁵⁰.

In questa prospettiva, non sembra possibile cogliere quale significato sia in grado di assumere la scelta di avvalersi della facoltà di introdurre la causa (complessa) nelle forme del rito semplificato se è proprio la sua complessità ad invitare il giudice alla conversione del rito a prescindere dal contegno processuale serbato dal convenuto. Una tale possibilità si spiegherebbe solo nei casi in cui (i) il giudice omettesse di sanzionare l'inadeguatezza (oggettiva) del rito rispetto all'oggetto della domanda (o della materia del contendere) nella fase iniziale del processo a causa del mancato rilievo da parte del convenuto, ovvero (ii) la domanda o, comunque, la causa presentasse un grado intermedio di complessità, inferiore a quello delle ipotesi tracciate nel comma 1 dell'art. 281-*decies* c.p.c., ma non tale da giustificare la conversione del rito.

Nondimeno, nel caso *sub* (i) si dovrebbe osservare che il mancato accertamento dell'inadeguatezza del rito semplificato sarebbe comunque illegittimo, essendo una tale inadeguatezza rilevabile anche d'ufficio dal giudice, mentre nel caso *sub* (ii), si dovrebbe rilevare che, a parte l'arbitrarietà di una simile ipotetica valutazione, una situazione in cui si riveli un grado intermedio di complessità istruttoria della lite semplicemente non è configurabile in concreto, dal momento che l'ipotesi che chiude l'elenco del menzionato comma 1 («la domanda ... richiede un'istruzione non complessa») costituisce una sorta di clausola generale che esclude dall'ambito applicativo di tale disposizione (*rectius* del rito semplificato obbligatorio) soltanto le cause che richiedono un'istruzione complessa.

Marcello Gaboardi
Associato dell'Università Bocconi

⁵⁰ Ad un conclusione diversa non sembra condurre nemmeno lo schema di decreto legislativo c.d. correttivo della riforma, in corso di approvazione in sede parlamentare, secondo cui, all'art. 281-*decies*, comma 2, c.p.c. sarebbe aggiunta la precisazione per cui, fermo restando che il ricorso al rito semplificato facoltativo rimane sempre accessibile quando la causa è assegnata alla competenza del tribunale in composizione monocratica, tale facoltà sarebbe esperibile anche se non ricorrono i presupposti di cui al primo comma. Irrilevante, sotto questo profilo, appare anche la precisazione – per altri versi sicuramente utile – per cui il rito semplificato è applicabile anche alle opposizioni degli artt. 615, comma 1, 617, comma 1 e 645 c.p.c.



GIUSEPPE FINOCCHIARO

Il tendenziale superamento normativo della più tradizionale configurazione della “attuazione dei provvedimenti giudiziari civili”*

Il lavoro intende dimostrare come nelle riforme più recenti sia possibile individuare due fondamentali linee di tendenza che modificano profondamente il rapporto tra esecuzione forzata e giudizio di cognizione.

The paper aims to demonstrate how in the most recent reforms it is possible to identify two fundamental trends of profound change of the relationship between forced execution and judgment of cognition.

Sommario: 1. Premessa. 2. Il progressivo superamento dell’attuazione come processo *finale e successivo* rispetto al giudizio di cognizione. 3. Il progressivo superamento dell’attuazione come processo *autonomo e distinto* rispetto al giudizio di cognizione. 4. Conclusioni.

1. Premessa

Come ben noto, a partire dal 1990, le riforme del processo civile si sono succedute sempre più frequentemente andando a incidere su parti sempre più estese sia del codice di rito, sia delle leggi speciali a contenuto e rilievo processuali.

Ancorché assai frequentemente soltanto in modo indiretto, molti di questi interventi riformatori hanno inciso in modo assai profondo sulla disciplina della “attuazione dei provvedimenti giudiziari civili”¹. Questo rilievo può apparire quasi scontato ove si condivida la

* Il presente scritto riproduce con l’aggiunta dei minimi richiami bibliografici l’omonima relazione tenuta il 23 novembre 2023 nell’ambito del terzo convegno annuale del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell’Università di Milano, dedicato a “L’attuazione dei provvedimenti giurisdizionali” ed anticipa la pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti della collana del Dipartimento (ed. Giappichelli).

¹ L’espressione “attuazione dei provvedimenti giudiziari civili”, utilizzata nel testo oltre che nel titolo del presente lavoro, riprende ovviamente il titolo della sessione, dedicata specificatamente al diritto processuale civile, in cui il lavoro medesimo è stato inizialmente esposto, all’interno del convegno dedicato al più ampio tema della “Attuazione dei provvedimenti giurisdizionali”.

I problemi definitori dei concetti e degli istituti giuridici e quelli (strettamente correlati) relativi all’individuazione dell’ambito applicativo di ciascuno di essi sono probabilmente i più impegnativi che si pongono nello studio del diritto positivo, non soltanto poiché, imponendo di riportare il particolare nel generale, richiedono un contestuale esercizio delle capacità sia di sintesi sia di analisi, ma anche e soprattutto perché, di conseguenza, sono suscettibili di soluzioni estremamente opinabili ed incerte. Ciò non di meno, pare imprescindibile affrontare sia gli uni sia gli altri, ancorché soltanto in nota ed esclusivamente ai fini del presente lavoro, a mo’ di monito preliminare per la lettura del lavoro.

In questo, per “attuazione” si intendono, né soltanto la “esecuzione forzata”, cui è dedicato il terzo libro del codice di rito, comprensivo altresì della disciplina relativa ai “titoli esecutivi” tanto giudiziali (dei giudici sia ordinari, vuoi civili vuoi penali, sia amministrativi, sia speciali), quanto stragiudiziali, né soltanto la “attuazione” delle misure cautelari *ex art. 669-duodecies c.p.c.*, bensì anche le molteplici ed assai eterogenee norme che regolano l’efficacia esecutiva degli atti giuridici.

Alla luce di quanto precede, dunque, il presente lavoro ha ad oggetto non esclusivamente la “attuazione dei [soli] provvedimenti giudiziari civili” (cioè letteralmente gli atti adottati da un giudice ordinario nell’esercizio della giurisdizione

convinzione che il principio dei vasi comunicanti² si applica – *mutatis mutandis* – anche all’ordinamento giuridico, nel senso che anche la più piccola modifica di una disposizione di esso finisce con il produrre - in modo più o meno diretto - riflessi anche su altre norme, seppure disciplinanti settori, materie o ambiti assai distanti, ma che concorrono a comporre il medesimo ordinamento.

Oltre alle innumerevoli (ed assai spesso apprezzabili) riforme che si possono definire “di dettaglio”, volte a semplificare i procedimenti esecutivi al fine di accrescere la loro efficienza e, contestualmente, ridurre la loro durata³, sembra possibile individuare nelle riforme legislative processuali due linee di tendenze – si badi bene: indipendenti (ed anzi, sotto qualche profilo, quasi in contrasto) tra loro – che stanno incidendo in modo assai profondo su due delle caratteristiche fondamentali della materia *de qua* ed, in particolare, su quelle che definiscono ed informano i reciproci rapporti tra tutele c.d. “esecutiva” e “dichiarativa” (o “di cognizione”).

Secondo l’impostazione tradizionale, infatti, l’esecuzione forzata è da considerarsi come un processo:

- da un lato, *finale e successivo*, ma, nel contempo, altresì,
- dall’altro lato, *autonomo e distinto* rispetto al giudizio di cognizione.

Come ora si cercherà di dimostrare e chiarire entrambe le caratteristiche paiono in via di superamento.

2. Il progressivo superamento dell’attuazione come processo *finale e successivo* rispetto al giudizio di cognizione

La convinzione che la tutela “esecutiva” non sia necessariamente né “finale”, né “successiva” rispetto a quella “dichiarativa”, costituisce un risultato in larga misura già acquisito, specie in confronto con la concezione diffusa agli inizi del ‘900, nel vigore del codice del 1865⁴, ma non

civile), bensì, pur partendo (come si vedrà, *infra*, sub § 2), proprio da questa prospettiva, considerata come tradizionale, qualsiasi norma che risponda alla generalissima funzione di “uniformare il mondo reale a quello giuridico”.

² Questo è definito da Wikipedia (consultato da ultimo il 30 aprile 2024) come “il principio fisico secondo cui un liquido contenuto in due o più contenitori comunicanti tra loro, in presenza di gravità, raggiunge lo stesso livello originando un’unica superficie equipotenziale”.

³ L’ultimo intervento riformatore di questo tipo in ordine di tempo è costituito dall’art. 25, d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni in l. 29 aprile 2024, n. 56, che ha, da un canto, modificato gli artt. 546, 553 e 630 c.p.c. e 36 disp. att. c.p.c., e, dall’altro canto, inserito i nuovi artt. 551-*bis* c.p.c. e 169-*septies* disp. att. c.p.c.

⁴ Cfr. L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. V, 5ª ed. a cura di C. LESSONA, Torino, 1905, p. 202: “L’ultima parte del giudizio, l’ultima fase del dramma giudiziario sta nell’esecuzione della sentenza. // Se colui, che rimase soccombente, volontariamente eseguisce la sentenza che lo condanna, la lite è terminata senza ulteriori difficoltà; il diritto, dichiarato dal magistrato, trionfa, senza che sia d’uopo di porlo sotto la tutela della forza pubblica. – Ma, in difetto di

in modo completo e indiscutibile, come è testimoniato dalla circostanza che il volume dedicato all'esecuzione forzata di uno dei più diffusi manuali di diritto processuale civile esordisce con il seguente avvertimento: "Il brocardo medievale '*ab executione non est inchoandum*' ('non si deve iniziare con l'esecuzione', sibbene appunto questa deve essere preceduta dalla cognizione) non è una regola logica stringente, ma solo una (eventuale) scelta di diritto positivo. Il previo accertamento dell'esistenza del diritto da tutelare, quindi, non solo non costituisce un presupposto logico indispensabile della tutela esecutiva, ma non ne costituisce neppure un presupposto costante *de iure positivo*"⁵.

La spiegazione manualistica – assolutamente esatta ed ineccepibile – non soltanto riafferma l'antico brocardo, ma neanche indica in modo chiaro e netto quale sia la scelta del legislatore italiano sulla specifica questione, nonostante, specie ove si adotti una prospettiva storica, cioè attenta all'evoluzione normativa, si può affermare che ormai nell'ordinamento italiano è stata completamente abbandonata la tradizionale configurazione.

A conferma di ciò possono essere ricordate tra le riforme di portata generale⁶ che si sono succedute a partire dal 1990:

- innanzi tutto, la modifica dell'art. 282 c.p.c. ad opera dell'art. 33, l. 26 novembre 1990, n. 353, che ha sostituito la precedente regola, secondo cui le sentenze appellabili potevano soltanto eccezionalmente, in presenza di circostanziate e specifiche ragioni, essere rese esecutive, sicché normalmente era necessario esaurire i due gradi di merito, con la previsione in virtù della quale "La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti": questa novità, oltre ad aver attribuito maggior rilievo e centralità al primo grado di giudizio, ha chiaramente raggiunto il risultato di far sì che, in caso di appello della sentenza di primo grado, la tutela esecutiva si svolge contemporaneamente con la pendenza dell'impugnazione;
- in secondo luogo, l'introduzione, ex art. 2, comma 5, della l. 4 dicembre 1992, n. 477, dell'art. 186-*bis* c.p.c., che ha reso generale (da circoscritta com'era, ai sensi dell'art. 423 c.p.c., come sostituito dalla l. 11 agosto 1973, n. 533, al solo processo del lavoro) la tutela anticipatoria in caso di mancata contestazione della pretesa avversaria: questa novità ha fatto sì che la tutela

esecuzione volontaria, è mestieri che la legge appresti al vincitore l'estremo rimedio dell'esecuzione forzata, rimedio, che gli antichi giureconsulti inglesi chiamavano *fructus et finis legis*, per esprimere, come, mancando esso, la legge rimaneva senza frutto e senza scopo".

⁵ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile III. Il processo esecutivo*, 13ª ed., Milano, 2023, p. 6-8.

⁶ Per amor di completezza, sia consentito ricordare tra gli innumerevoli interventi settoriali che hanno introdotto speciali forme di titoli esecutivi, la singolarissima previsione di cui all'art. 7, l. 21 aprile 2023, n. 49, che, per la tutela dei crediti dei professionisti per le prestazioni d'opera intellettuale, ha dato vita ad un inedito procedimento di stampo, per così dire, "amministrativo-giurisdizionale", che prevede che il giudice conosca della controversia soltanto nell'eventuale caso in cui il cliente ingiunto proponga opposizione. In merito a questa speciale forma di tutela, sia consentito rinviare a G. FINOCCHIARO, *Lo Zibaldino esecutivo 2023*, in *Riv. esec. forz.*, 2024, p. 132.

esecutiva possa essere concessa in modo sempre più anticipato, prima ancora della conclusione del processo di primo grado;

- ulteriormente, la sostituzione dell'art. 474 c.p.c. ad opera dell'art. 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha aggiunto tra i titoli esecutivi stragiudiziali le "scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute": si tratta (come si avrà modo di constatare immediatamente oltre) del primo intervento normativo di una lunga serie volta ad incoraggiare i consociati a procurarsi titoli esecutivi senza ricorrere al giudice. Nonostante le grandi potenzialità della norma, derivanti, da un lato, dalla generale applicabilità a pressoché qualsiasi rapporto negoziale (soltanto le obbligazioni extracontrattuali rimangono per definizione escluse dalla previsione *de qua*) e, dall'altro, dalla tendenziale semplicità (come emerge chiaramente dal tenore della disposizione riportata, è sufficiente un adempimento formale assai limitato, costituito dalla mera autenticazione della sottoscrizione, sicché in linea di principio è sufficiente l'intervento di un notaio), a quanto consta, la nuova norma ha ricevuto un'applicazione pratica assai modesta, essendo rimasta estranea agli usi commerciali⁷;

- infine, l'introduzione, non di uno, ma di ben due generalizzati sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie applicabili a tutte le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili (e, come si avrà modo di sottolineare immediatamente oltre, non soltanto). Si fa ovviamente riferimento:

- - da un lato, al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione civile e commerciale, che dà vita ad un procedimento destinato, ex art. 12, a concludersi con un accordo vuoi suscettibile di acquisire efficacia esecutiva, come previsto in via generale (nonché inizialmente come unico modo), in virtù del procedimento di omologazione del presidente del tribunale del luogo in cui

⁷ A margine della novità normativa ricordata nel testo, vale sottolineare che affinché la medesima possa essere utilmente applicata nella pratica, secondo le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza di legittimità, è necessario che l'atto negoziale redatto nelle forme della scrittura privata autenticata dia conto dell'avverarsi di tutte le condizioni necessarie per il sorgere delle obbligazioni a carico dei contraenti. La S.C., infatti, ha deciso che, in tema di esecuzione forzata intrapresa in forza di un atto pubblico notarile ovvero di una scrittura privata autenticata, che documenti un credito solo futuro ed eventuale e non ancora attuale e certo, pur risultando precisamente fissate le condizioni necessarie per la sua venuta ad esistenza, al fine di riconoscere all'atto azionato la natura di titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. è necessario che anche i fatti successivi, determinanti l'effettiva insorgenza del credito, siano documentati con le medesime forme, vale a dire con atto pubblico o con scrittura privata autenticata (così Cass. 3 gennaio 2023, n. 52, che, nella specie, a fronte di un contratto di mutuo obbligatorio, stipulato per atto pubblico, ne ha escluso l'efficacia esecutiva poiché la successiva erogazione della somma era stata documentata mediante la produzione di mere attestazioni contabili bancarie, prive della forma richiesta dall'art. 474 c.p.c.; Cass. 28 dicembre 2021, n. 41791, che nella specie ha cassato con rinvio la decisione che aveva ritenuto regolarmente avviata, da parte della banca creditrice pignorante, una procedura per espropriazione immobiliare fondata su un contratto di apertura di credito in conto corrente bancario, assistito da garanzia ipotecaria e stipulato per atto pubblico notarile, benché non risultasse documentata la successiva ed effettiva insorgenza del debito a carico del correntista).

ha sede l'organismo presso cui si è svolta la mediazione, dopo aver verificato che il contenuto dell'accordo "non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative", vuoi immediatamente esecutivo, come stabilito dalla disposizione introdotta dall'art. 84, comma 1, lett. m), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 98, "Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato" e "l'accordo ... sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati", a condizione che "Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico";

- - dall'altro lato, al d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162, che ha introdotto la "procedura di negoziazione assistita da avvocati", destinata a concludersi con un accordo "che compone la controversia" e che, se "sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale" (cfr. art. 5). A margine di questo strumento di risoluzione stragiudiziale della lite, deve sottolinearsi che ha un ambito applicativo non limitato alle controversie relative a diritti disponibili, ma esteso alle più frequenti liti relative a diritti indisponibili, potendo non soltanto riguardare le "controversie di lavoro" (come indicato nella rubrica dell'art. 2-ter, inserito dall'art. 9, comma 1, lett. d, del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), ma anche consentire di raggiungere "soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, e loro modifica, e di alimenti" (giusta la rubrica dell'art. 6, come modificata dall'art. 1, comma 35, della l. 21 ottobre 2021, n. 206).

Entrambi i rimedi stragiudiziali da ultimo richiamati sono principalmente funzionali, come ben noto e come espressamente indicato con brutta e cacofonica espressione che compare nel titolo del d.l. n. 132 del 2014, a realizzare la "degiurisdizionalizzazione", cioè ad evitare che le parti si rivolgano al giudice. Ma la loro introduzione nell'ordinamento ha, tanto indirettamente quanto inevitabilmente, prodotto anche la conseguenza che il procedimento esecutivo sempre meno può essere considerato come una fase dipendente e successiva al giudizio di cognizione.

3. Il progressivo superamento dell'attuazione come processo *autonomo* e *distinto* rispetto al giudizio di cognizione

Nell'impostazione più tradizionale, il processo esecutivo, sebbene, come appena si è cercato di chiarire, sia considerato come un processo successivo e finale rispetto al giudizio di cognizione, è nel contempo caratterizzato dal porsi come un procedimento *autonomo* e *distinto*, come dimostrato dalle seguenti concorrenti circostanze:

- innanzi tutto, la previsione della necessità della sussistenza di specifici e speciali presupposti, costituiti, ai sensi degli artt. 474, 479 e 480 c.p.c., dal possesso di un titolo esecutivo e, salve

ipotesi eccezionali, dal previo svolgimento dell'adempimento preliminare della notificazione dell'atto di precetto e del titolo esecutivo (che sottolinea la cesura esistente rispetto al processo di cognizione all'esito del quale eventualmente si è formato il titolo esecutivo posto a base dell'azione esecutiva);

- in secondo luogo, le norme in materia di competenza per l'esecuzione forzata (nonché per gli eventuali giudizi di opposizione, a contenuto dichiarativo o di cognizione), anche in seguito alla c.d. istituzione del giudice unico (d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 58, che ha abrogato l'art. 16 c.p.c.), sono completamente diverse rispetto a quelle del processo ordinario di cognizione, sicché, normalmente, il procedimento esecutivo è destinato a celebrarsi davanti a un ufficio giudiziario differente da quello avanti al quale eventualmente si è svolto quello ove si è formato il titolo esecutivo giudiziale (cfr. gli artt. 15-*bis* [destinato ad entrare in vigore il 31 ottobre 2025], 17, 26, 26-*bis* e 27 c.p.c.);

- da ultimo (ma non certo per importanza e rilievo), la predisposizione di norme che configurano un procedimento radicalmente diverso sotto i profili non soltanto strutturale (tanto che vi è un affievolimento dei fondamentali principii del contraddittorio e della parità delle armi, ex art. 3, 24 e 111 Cost.), ma anche e soprattutto funzionale (il risultato perseguito dal processo esecutivo, ben diversamente da quello di cognizione, non è "accertare chi ha torto e chi ha ragione", bensì "uniformare il mondo reale a quello giuridico"), sicché il procedimento esecutivo ben poco in comune ha con il giudizio di cognizione.

Seppure in modo assai molto meno evidente rispetto alla prima linea di tendenza esaminata sopra, come anticipato e come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, sembra potersi individuare nelle riforme che si sono succedute a partire dal 1990 una lenta, ma inesorabile trasformazione della "esecuzione"/"attuazione". Questa metamorfosi sta avvenendo in due modi in un certo senso opposti, ma complementari tra loro: - da un lato, viene previsto che la "esecuzione"/"attuazione" avvenga a cura e sotto la direzione del medesimo giudice che ha pronunciato il provvedimento che necessita di essere attuato o eseguito; - dall'altro lato, sono attribuiti al giudice della "esecuzione"/"attuazione" compiti e funzioni propri del giudice di cognizione. Il risultato finale, come si vedrà, è comunque il medesimo: la creazione di modelli ibridi in cui cognizione ed "esecuzione"/"attuazione" risultano fuse tra loro e quasi irriconoscibili l'una dall'altra.

A conferma della tesi qui sostenuta si considerino:

- innanzi tutto, l'art. 669-*duodecies* c.p.c., introdotto, unitamente alle altre disposizioni che compongono la disciplina del c.d. "procedimento cautelare uniforme", con decorrenza dal 1° gennaio 1993 per i giudizi nuovi e, per i processi già pendenti a tale data, dal 2 gennaio 1994, dall'art. 74, comma 2, l. 26 novembre 1990, n. 353, che, facendo salvi gli artt. da 677 a 679 c.p.c., già precedentemente vigenti in materia di esecuzione dei sequestri, ha introdotto la

disciplina per la (giusta la rubrica dell'art. 669-*duodecies* cit.) "Attuazione" dei provvedimenti cautelari, in virtù della quale, come ben noto, "l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti". Per quanto riguarda le misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro, dunque, il richiamo alla disciplina del pignoramento (artt. 491 e ss.) fa sì che l'attuazione si svolga presso l'ufficio giudiziario nel cui ambito territoriale si trovano i beni colpiti dal pignoramento. Ma con previsione profondamente innovativa, ove la misura cautelare imponga obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, la competenza a curare l'attuazione appartiene al medesimo giudice che ha concesso la misura cautelare, il quale procede con forme semplificate ed ibride tra esecuzione e cognizione;

- in secondo luogo, l'art. 709-*ter*, c.p.c., aggiunto dall'art. 2, l. 8 febbraio 2006, n. 54, modificato, dapprima, dall'art. 95, comma 1, lett. b), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, dappoi, dall'art. 1, comma 33, l. 26 novembre 2021, n. 206, ed infine abrogato dall'art. 3, comma 49, lett. a), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, il cui comma 33 ha contestualmente inserito l'attualmente vigente art. 473-*bis*.38, c.p.c., rubricato "Attuazione dei provvedimenti sull'affidamento", che per quanto qui interessa, riproducendo la regola già introdotta nel 2006, stabilisce che "Per l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento del minore e per la soluzione delle controversie in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale è competente il giudice del procedimento in corso, che provvede in composizione monocratica" (comma 1) e che "Se non pende un procedimento è competente, in composizione monocratica, il giudice che ha emesso il provvedimento da attuare o, in caso di trasferimento del minore, quello individuato ai sensi dell'articolo 473-*bis*.11, primo comma", cioè "il tribunale del luogo in cui il minore ha la residenza abituale", salvo che il trasferimento del minore non fosse autorizzato e non è decorso un anno, nel qual caso "è competente il tribunale del luogo dell'ultima residenza abituale del minore prima del trasferimento". Anche in questa fattispecie, dunque, il legislatore ha stabilito che la "attuazione" segua senza soluzione di continuità la concessione del provvedimento giudiziale ad opera del medesimo giudice e con l'applicazione delle medesime regole (ma su questa disposizione, si tornerà in sede di conclusioni);

- ulteriormente, l'art. 614-*bis* c.p.c., inserito dall'art. 49, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69, modificato dapprima dall'art. 13, comma 1, lett. cc-*ter*, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, ed infine sostituito dall'art. 3, comma 44, d.lgs.

10 ottobre 2022, n. 149, che ha inserito la generale previsione delle “Misure di coercizione indiretta”, da pronunciarsi di regola dal medesimo giudice che pronuncia “il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro” (cfr. comma 1; vale peraltro segnalare che il nuovo comma 2 stabilisce che “Se non è stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento è determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto”);

- da ultimo, l'art. 840-*terdecies* c.p.c., introdotto insieme al Titolo VIII-*bis*, “Dei procedimenti collettivi”, dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, che disciplina la “Esecuzione forzata collettiva”, prevedendo che l'unico legittimato ad attuare la condanna dell'impresa sia il rappresentante comune degli aderenti all'azione di classe, promuovendo l'esecuzione e compiendo “tutti gli atti nell'interesse degli aderenti, ivi compresi quelli relativi agli eventuali giudizi di opposizione”: è, dunque, previsto che l'esecuzione forzata si svolga secondo le regole ordinarie, ma impedendo che ciascun aderente possa far valere le proprie ragioni con un'azione esecutiva autonoma e indipendente, così che, vendendo imposta la necessaria aggregazione della tutela degli aderenti, risulta riprodotta la struttura fondamentale del processo di classe.

Come anticipato, la tendenza evolutiva che si sta qui considerando pare raggiunta in modo concomitante dalla trasformazione del ruolo del giudice dell'esecuzione, che è stato investito del potere/dovere di risolvere in modo assolutamente sommario controversie che tradizionalmente erano, invece, da decidersi con le garanzie del processo ordinario di cognizione. Analiticamente, questa metamorfosi è stata realizzata dai seguenti interventi normativi:

- innanzi tutto, l'art. 2, comma 3, lett. e), d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha modificato l'art. 512 c.p.c., prevedendo che le eventuali c.d. controversie che sorgano in sede di distribuzione del ricavato dell'espropriazione forzata siano decise dal “giudice dell'esecuzione, sentite le parti e compiuti i necessari accertamenti ... con ordinanza, impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617, secondo comma”;

- in secondo luogo, l'art. 1, comma 1, lett. i), l. 28 dicembre 2005, n. 263, che ha modificato l'art. 560 c.p.c., prevedendo che il giudice dell'esecuzione debba valutare se autorizzare il debitore a continuare ad abitare l'immobile pignorato. Questa previsione è stata ripetutamente modificata, ma, per quanto qui rileva, nella sostanza è stata da ultimo confermata dall'art. 3, comma 38, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149: l'art. 560, comma 6, c.p.c., infatti, attualmente recita che “Il giudice dell'esecuzione, con provvedimento opponibile

ai sensi dell'articolo 617, ordina la liberazione dell'immobile non abitato dall'esecutato e dal suo nucleo familiare oppure occupato da un soggetto privo di titolo opponibile alla procedura non oltre la pronuncia dell'ordinanza con cui è autorizzata la vendita o sono delegate le relative operazioni”.

- da ultimo, l’art. 1, comma 20, l. 24 dicembre 2012, n. 228, che ha radicalmente trasformato il procedimento di espropriazione presso terzi, ex artt. da 547 a 550 c.p.c.: in particolare, l’art. 549 c.p.c. attualmente stabilisce che “Se sulla dichiarazione sorgono contestazioni o se a seguito della mancata dichiarazione del terzo non è possibile l'esatta identificazione del credito o dei beni del debitore in possesso del terzo, il giudice dell'esecuzione, su istanza di parte, provvede con ordinanza, compiuti i necessari accertamenti nel contraddittorio tra le parti e con il terzo”.

4. Conclusioni

All’esito dell’analisi fin qui compiuta sembra potersi affermare che è stata dimostrata e chiarita la tesi inizialmente avanzata: le tradizionali caratteristiche della “esecuzione”/“attuazione” nell’ambito del processo civile sono in via di profonda trasformazione.

Ma a ulteriore e conclusiva conferma di questa affermazione pare potersi considerare la speciale disciplina dettata per il “procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie”, giusta la rubrica del nuovo Titolo quarto-*bis* del libro secondo del codice di rito, introdotto, come già ricordato in precedenza, dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149: in questo particolare ambito, infatti, tutte le linee di tendenza fin qui evidenziate sembrano essere state pienamente realizzate: si fa in particolare riferimento alle disposizioni, che costituiscono la sezione terza del capo secondo, intitolata appunto “Dell’attuazione dei provvedimenti”. Le disposizioni *de quibus*, infatti:

- innanzi tutto, sono applicabili non soltanto a tutti i provvedimenti giudiziari (indipendentemente dal grado di sommarietà con cui sono stati adottati: sia ai “Provvedimenti indifferibili”, ex art. 473-*bis*.15, sia ai “provvedimenti temporanei ed urgenti” ex art. 473-*bis*.22, sia ai provvedimenti di merito), ma anche agli accordi di negoziazione assistita (espressamente richiamati dall’art. 473-*bis*.37);

- in secondo luogo, hanno ad oggetto non soltanto le modalità di attuazione, ma anche, più in generale, l’efficacia degli atti giuridici che regolano i rapporti dei soggetti interessati, rientrando nell’ambito della “attuazione” anche le “Garanzie a tutela del credito” (che è, come ben noto, la rubrica dell’art. 473-*bis*.36);

- ancora, prevedono che il medesimo giudice che sia competente del procedimento in corso provveda all’attuazione dei provvedimenti resi nel corso del medesimo, quanto meno quelli sull’affidamento del minore (cfr. art. 473-*bis*.38, comma 1);

- infine, stabiliscono che la fase di “attuazione” non consista semplicemente nell’uniformare la realtà materiale a quella giuridica, ma anche nell’accertare d’ufficio se vi sono state inadempienze o violazioni, potendo, perfino, giungere - sempre d’ufficio - a “modificare i provvedimenti in vigore”, oltre che congiuntamente “a) ammonire il genitore inadempiente”, “b) individuare ai sensi dell’articolo 614-bis la somma di denaro dovuta all’obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento”, “c) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Casse delle ammende”, nonché “condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell’altro genitore o, anche d’ufficio del minore”.

Ma, sebbene *prima facie* quanto indicato possa sembrare una novità inedita, come ben noto, nel mondo del diritto “*Nihil novum sub sole*”:

- da un lato, l’ordinamento italiano ha sempre conosciuto ipotesi in cui cognizione ed attuazione sono fuse in un’unica procedura: si fa riferimento in particolare alle discipline del fallimento (ed ora, in forza del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, della liquidazione giudiziale) e;
- dall’altro lato, vale segnalare che l’ultima grande riforma del diritto processuale brasiliano ha sposato proprio la tendenza qui considerata: la legge federale n. 13105 del 16 marzo 2015, ha previsto – ovviamente per i soli titoli giudiziali - l’unificazione della procedura delle attività di cognizione ed esecutive: ai sensi degli artt. 513 e ss. c.p.c. brasiliano, che compongono il titolo dedicato al “compimento della sentenza” (“*cumprimento da sentença*”), la sentenza non costituisce un titolo di condanna, ma la fonte diretta dell’esecuzione, che deve essere curata dal medesimo giudice che ha deciso la controversia: con un’unica azione ed in un unico processo, l’attore ottiene non soltanto l’accertamento del proprio diritto, ma anche la sua concreta attuazione⁸.

Entrambe le linee di tendenza evidenziate paiono da approvarsi: l’esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, infatti, non può prescindere dalla tutela esecutiva: il mero accertamento del diritto soggettivo, non seguito dalla sua concreta attuazione, è una forma illusoria di tutela. Il principio di effettività della tutela impone al legislatore di far sì che la domanda di tutela consenta di raggiungere *direttamente e nei tempi più rapidi possibile* la piena soddisfazione del diritto e per raggiungere questo obiettivo è sicuramente più efficiente prevedere che siano sufficiente la proposizione di un’unica domanda giudiziale e la celebrazione di un unico processo nel quale un unico giudice sia investito del potere e del dovere non soltanto di accertare l’esistenza del diritto fatto valere, ma anche - senza soluzione di continuità – di

⁸ Sul tema, v. H. THEODORO jr., *Compimento della sentenza nel CPC brasiliano, specialmente nei casi di obbligazioni di somma di danaro*, in *Revista de Processo*, 2016, p. 1 e ss.

provvedere altresì all'attuazione del diritto che abbia accertato esistente, eventualmente anche in modo anticipato, in forza di provvedimenti di carattere vuoi anticipatorio, vuoi cautelare.

Giuseppe Finocchiaro
Ordinario dell'Università degli Studi di Brescia

INDICE

Speciale Riforma

MAURO BOVE

MODIFICHE PROCESSUALI PER LE LITI DI LAVORO NELLA RIFORMA CARTABIA 465

GUIDOMARIA DE CESARE

IL NUOVO RITO UNITARIO IN MATERIA DI PERSONE, MINORENNI E FAMIGLIE AD UN ANNO DALL'ENTRATA IN VIGORE
.....488

FABIO SAVINO

*UN NUOVO MODELLO DEFINITORIO: LE ORDINANZE PROVVISORIE DI ACCOGLIMENTO E DI RIGETTO DELLA DOMANDA.
TRA TANTI INTERROGATIVI E UN POSSIBILE ARGOMENTO PER L'ESTENSIONE DEL RECLAMO QUALE RIMEDIO CONTRO
I PROVVEDIMENTI SOMMARI NON CAUTELARI* 488

MARCELLO GABOARDI

*IL PROCEDIMENTO SEMPLIFICATO DI COGNIZIONE PER SCELTA DELL'ATTORE: UN NONSENSE PROCESSUALE?*606

Speciale convegno « La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento»

SERGIO MENCHINI

INTERVENTO SU "MANUALI E MATERIALI PER LA DIDATTICA DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE" 419

BRUNO SASSANI

LA RIVISTA JUDICIUM 438

*DPC***ieC**

2-2024

IDA D'AMBROSIO

LA GARANZIA FIDEIUSSORIA DOVUTA DAL COSTRUTTORE E LA TUTELA GIURISDIZIONALE RICONOSCIUTA PER IL SUO MANCATO RILASCIO O LA SUA MANCATA CONSEGNA: UN'IPOTESI DI NULLITÀ DI PROTEZIONE 422

DAVIDE CASTAGNO

AUDIENCE DE RÈGLEMENT AMIABLE (ARA) E CÉSURE DU PROCÈS (CP): DUE RECENTI RIFORME FRANCESI VERSO UN PROCESSO "MODULARE" 442

GIULIO NICOLA NARDO

LA COMPOSIZIONE DELLA CRISI DI IMPRESA TRA AUTONOMIA NEGOZIALE E POTERI DECISORI DEL GIUDICE 521

VALENTINA CAPASSO

OPEN DATA OF JUDICIAL DECISION IN COMPARATIVE PERSPECTIVE: TOWARDS A RESHAPING OF SOURCE THEORY? 586

GIUSEPPE FINOCCHIARO

IL TENDENZIALE SUPERAMENTO NORMATIVO DELLA PIÙ TRADIZIONALE CONFIGURAZIONE DELLA "ATTUAZIONE DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI CIVILI" 633

Note a sentenza

GIUSEPPE MANCINO

ESPROPRIAZIONE PRESSO TERZI E ALLEGAZIONE COMPLETA DEL CREDITO 594

Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo, salvo diversamente specificato, sono stati sottoposti a blind peer review, secondo il procedimento descritto nella Rivista, sub Referaggio.