

L'Osservatorio per la Giustizia Civile ad Ariano Irpino

Il 17 giugno 2009 si è costituito, prendendo l'avvio, l'Osservatorio. Il verbale "fondativo" è disponibile sul sito internet del Consiglio dell'Ordine Forense ariane.

Di seguito si riportano gli approfondimenti sull'ultima riforma processuale a cura della dr.ssa Maria Cristina Rizzi, presidente dell'osservatorio.

Riforma del processo civile: modifiche al libro II di Maria Cristina Rizzi

Relazione al convegno sulla L. 18/06/2009 n. 69 (Avellino, 13/7/2009 - Consiglio dell'Ordine

Avvocati Avellino

L'art. 46 della l. 2009, n. 69 contiene 24 commi dedicati alle modifiche al libro II del cod. proc. civ.

Atto di citazione

Il comma 1 dell'art. 46 **modifica l'art. 163, comma 3** del c.p.c. e riformulando gli avvertimenti di cui al n. 7, prevede che l'atto di citazione debba contenere, a pena di nullità, in relazione alle nuove preclusioni per il convenuto in materia di competenza, anche l'avvertimento che la costituzione oltre i termini comporta la decadenza di cui all'art. 38.

La novità è riflesso e logica conseguenza della riformulazione del regime di rilevabilità dell'incompetenza.

La novella prevede che le decisioni sulle questioni preliminari relative alla competenza del giudice si prendono con ordinanza, devono essere risolte all'inizio del processo e sono impugnabili solo con il regolamento di competenza (non si tratta dunque di un tipo di ordinanza revocabile o modificabile perchè soggetta al controllo di altro giudice); ne conseguono termini stretti di preclusione per sollevare l'eccezione: **nella comparsa di risposta il convenuto** dovrà eccepire, a pena di decadenza, non solo la incompetenza per territorio semplice, ma anche l'incompetenza per materia, per valore e per territorio inderogabile, **mentre il giudice potrà sollevare d'ufficio** l'eccezione di incompetenza per materia, per valore e per territorio, nei casi di cui all'art. 28 (e, dunque, nei casi di incompetenza inderogabile es. ove è previsto l'intervento del p.m. per citarne uno), entro la prima udienza di trattazione (udienza di cui all'art. 183).

In definitiva, per il convenuto, il momento di decadenza viene unificato ed anticipato

per tutti i tipi di incompetenza al momento del tempestivo deposito della comparsa di

risposta che, come è noto, deve avvenire, ex art. 167 c.p.c. almeno 20 giorni prima della

udienza di comparizione.

L'unica vera ed effettiva modifica e restrizione è, allora, quella relativa alla competenza territoriale derogabile rispetto alla quale il convenuto, come in passato, ha preclusione fino 23

al deposito tempestivo della comparsa di risposta ma non potrà contare su iniziative

ufficiose del giudice, non ammissibili "fuori dei casi di all'art. 28"; **al giudice è stata,**

dunque, sottratta l'iniziativa ufficiosa sulla competenza per territorio semplice.

Ne consegue che il convenuto "distratto", nell'ipotesi in cui non abbia sollevato tempestivamente l'incompetenza per territorio derogabile, non potrà "suggerire" al giudice il rilievo alla prima udienza, poiché il giudice non ha più questo potere ufficioso, mentre potrà farlo in relazione agli altri tipi di incompetenza.

Consegue a tali modifiche che l'attore, nell'atto di citazione, deve avvertire il convenuto che

la sua mancata costituzione entro i termini implica, **oltre alle decadenze di cui all'art. 167**

c.p.c. (domanda riconvenzionale, eccezioni di merito o di rito non rilevabili d'ufficio e chiamata in causa del terzo), **anche quella di cui all'art. 38** (la decadenza dall'eccezione di incompetenza), pena la nullità della citazione che è sanata *ex tunc* e, dunque, fin dalla data della prima notificazione, sia nell'ipotesi di rinnovazione della citazione disposta dal giudice (in caso di mancata costituzione del convenuto), sia dalla spontanea costituzione del convenuto stesso che però potrà egualmente dedurre il vizio e chiedere la fissazione di una nuova udienza di comparizione (art. 164 c.p.c.).

In conclusione, l'avviso di rito sulle decadenze da inserire nella citazione deve contenere il riferimento alle preclusioni relative alle eccezioni di incompetenza (art. 38 c.p.c.). **Attenti, dunque, gli avvocati ad aggiornare gli atti, anche con riferimento al nuovo procedimento sommario di cognizione (artt. 702 bis e ss. c.c.), in cui gli avvertimenti**

sono espressamente richiamati, anche in considerazione del fatto che in alcune pubblicazioni sul tema, esaminate dalla sottoscritta, vi sono esempi di redazione del

ricorso in oggetto carenti del nuovo avvertimento!

Difetto di rappresentanza

Il **comma 2** dell'art. 46 novella l'art. 182 in materia di difetto di rappresentanza o autorizzazione, stabilendo la **possibilità di sanare**, oltre ai vizi di rappresentanza, assistenza e autorizzazione (riferibili alla parte), **anche i vizi di nullità della procura al difensore**.

Da accogliere con favore è la possibilità di sanare o rinnovare la procura al difensore.

L'art. 182, secondo comma, nuova versione, stabilisce che il giudice, quando rileva un vizio che determina la nullità della procura al difensore, assegna alle parti un termine perentorio per il **rilascio** della procura alle liti, **ex novo**, se mancante, o per la **rinnovazione** della stessa, se difettosa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione.

24

Come sancito espressamente dalla norma, gli effetti, sostanziali e processuali, sono, quindi, retroattivi e tale previsione riguarda sia i vizi della procura sia i difetti di rappresentanza, assistenza o autorizzazione che sono, invece, riferibili alla parte.

Peraltro, l'efficacia retroattiva della sanatoria era, comunque, ritenuta dai più in relazione ai difetti di rappresentanza, assistenza o autorizzazione (difetto di rappresentanza collegato alla mancanza del potere rappresentativo, es. *falsus procurator*; difetto di assistenza, es. inabilitato che agisce senza curatore; difetto di autorizzazione, es. in capo ad un organo di ente pubblico che agisce senza autorizzazione collegiale); **oggi la previsione espressa di retroattività fuga ogni dubbio**.

Tornando ora ai vizi della procura al difensore, si è rilevato che la norma parla sanatoria di vizi di "nullità" e non di "inesistenza". In effetti, l'inesistenza è una categoria giurisprudenziale e dottrinale; il codice di rito non fa mai riferimento a tale vizio.

E' sorto allora se il dubbio da parte di taluni commentatori circa l'applicabilità della sanatoria ai vizi di inesistenza della procura (si pensi alla procura concretamente mancante o a quella rilasciata da soggetto privo di rappresentanza della persona giuridica ovvero munito di poteri ma che non spenda il nome della società rappresentata che è considerata inesistente; l'inesistenza, si badi, è tutt'altro rispetto ad un vizio di nullità).

La risposta positiva al quesito discende dall'attenta lettura della norma: il fatto che la disposizione in esame faccia riferimento tanto al "rilascio" quanto alla "rinnovazione" della procura lascia intendere che la sanatoria copra gli uni e gli altri vizi (il rilascio comprende senza dubbio la possibilità di rilasciare la procura *ex novo*).

Deve rilevarsi, inoltre, che la novella, oltre ad estendere l'ambito di applicabilità della sanatoria dei vizi alle ipotesi di nullità della procura al difensore, dispone che laddove il giudice rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza, autorizzazione o, come detto, un vizio di nullità della procura al difensore **"deve"** assegnare alla parte interessata un termine perentorio per la sanatoria.

Vi è, dunque, l'obbligo per il giudice di disporre la sanatoria laddove rilevi uno dei vizi tipizzati dalla norma laddove la norma nella sua vecchia formulazione prevedeva la mera facoltà del giudice in tal senso (la giurisprudenza era, inoltre, ferma nel ritenere che il mancato esercizio di quel potere da parte del giudice non fosse censurabile in sede di impugnazione).

Rimessione in termini

Il comma 3 dell'art. 46 novella l'istituto della rimessione in termini.

All'art. 153 c.p.c. è stato aggiunto un secondo comma in base al quale **la parte che dimostri di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere**

25

al giudice di essere rimessa in termini; ne è conseguita, da parte del citato comma 3, l'abrogazione dell'art. 184 *bis* (che prevedeva analoga possibilità nella fase di trattazione in primo grado, sede evidentemente ritenuta limitativa) in quanto la nuova rimessione in termini ha portata ampia e generale (es. anche nella fase delle impugnazioni).

Le modifiche relative alla C.T.U.

I commi 4 e 5 dell'art. 46 hanno introdotto rilevanti modifiche in materia di c.t.u., mosse dall'intento di evitare un allungamento incontrollato del processo in casi di ricorso allo strumento della consulenza d'ufficio.

In primo luogo è stata anticipata la formulazione dei quesiti alla pronuncia dell'ordinanza di nomina del c.t.u. da parte del giudice.

Fino ad oggi si è proceduto in questo modo: il giudice nomina il CTU e fissa l'udienza di comparizione; a tale udienza il CTU giura ed il giudice formula i quesiti, fissa l'inizio delle operazioni peritali e stabilisce il termine per il deposito della relazione scritta.

Con la riforma funzionerà così:

- il giudice nomina il CTU con lo stesso provvedimento con il quale provvede sulle richieste istruttorie delle parti, formula i quesiti e fissa l'udienza per il giuramento (non è esclusa la nomina del c.t.u. in un momento successivo, come ancora disposto nell'art. 191, comma 1 che fa salva la nomina in ordinanza successive rispetto a quella con la quale provvede sui mezzi istruttori).

La vera novità è, dunque, la **contestualità tra nomina del c.t.u. e formulazione dei quesiti**, sicché il c.t.u. e le parti, già al momento della nomina, conoscono il contenuto dell'incarico peritale; nulla esclude che al momento del conferimento dell'incarico i quesiti possano essere integrati dal giudice anche su suggerimento delle parti.

Sono poi stati previsti nuovi termini per il consulente e per le parti relativi alla relazione scritta e, dunque, nell'ordinanza resa dal giudice all'udienza fissata per il giuramento dovranno essere previsti tre termini:

- il primo per consentire al c.t.u. l'invio alle parti costituite della relazione;
- il secondo per l'invio delle osservazioni scritte dalle parti al CTU;
- il terzo, anteriore alla successiva udienza, affinché il c.t.u. depositi la relazione, le osservazioni delle parti ed una sintetica valutazione sulle stesse.

In realtà, viene recepita una prassi già adottata da molti giudici al fine di evitare le frequenti udienze di mero rinvio per consentire alle parti l'esame della c.t.u., di richiedere i chiarimenti etc. e di concentrare il tutto nei tempi peritali.

26

Non vi è dubbio che trattasi di termini ordinatori, sicché il loro mancato rispetto da un lato non è pregiudizievole per le parti (né tantomeno integra il vizio della consulenza), dall'altro mina le esigenze di celerità sottese alla modifica.

Altra importante modifica riguarda la **vigilanza sulla distribuzione degli incarichi**.

Il nuovo art. 23 delle disp. att. c.p.c. stabilisce che **a nessuno dei consulenti iscritti possono essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati**

all'ufficio.

Il Presidente del Tribunale dovrà garantire che sia assicurata l'adeguata trasparenza del

conferimento degli incarichi anche a mezzo di strumenti informatici.

Prova testimoniale

Il comma 6 reca disposizioni di coordinamento con il nuovo codice di procedura penale dell'art. 249 c.p.c. in materia di facoltà di astensione dei testimoni davanti all'autorità giudiziaria; **si prevede, dunque, l'applicazione nel processo civile degli artt. 200,201 e**

202 c.p.p. (segreto professionale, di ufficio, di Stato) relativi alla facoltà di astensione dei testimoni.

Il comma 7, novellando l'art. 255 c.p.c., disciplina il caso della **seconda** mancata comparizione del testimone senza giustificato motivo; in tal caso il giudice **"dispone"** l'accompagnamento (si ritiene con la forza pubblica anche se non è utilizzato il termine "coatto") e lo condanna al pagamento di un'ammenda non inferiore a 200 euro e non superiore a 1.000.

Pare che il giudice debba (il giudice "deve") disporre l'accompagnamento coattivo in caso di seconda mancata comparizione senza giustificato motivo poiché il comma 1 dell'art. citato, rimasto invariato, **in caso di prima mancata comparizione senza giustificato motivo prevede l'accompagnamento come una facoltà (il giudice "può").**

Nulla è detto sul mancato esercizio da parte del giudice di tale potere.

Si è anche ritenuto che, nell'ipotesi in cui il testimone non invii alla cancelleria del giudice la testimonianza scritta di cui a breve si dirà, non è applicabile la disciplina sanzionatoria della mancata comparizione in udienza ora esaminata, essendo prevista esplicitamente solo una sanzione pecuniaria

Testimonianza scritta

Il comma 8 introduce forse una delle più rilevanti novità contenute nella legge di riforma del codice di rito: entra nel processo civile la testimonianza scritta - **art. 257 bis c.p.c.** - che rappresenta oggi una modalità alternativa di assunzione di una prova tipica.

27

Su **richiesta concorde delle parti** il giudice, tenuto conto della natura della causa, del suo valore e di ogni altra circostanza, **può** disporre di assumere la deposizione **chiedendo al testimone di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti su cui deve essere interrogato.**

Se il testimone si astiene ha l'obbligo di sottoscrivere, comunque, il modello indicando generalità e motivi di astensione.

Se non spedisce la testimonianza nel termine stabilito (ma è possibile anche la consegna diretta in cancelleria con contestuale autentica delle firme) può essere condannato a pena pecuniaria.

Esaminate le risposte, il magistrato **può sempre disporre che il teste sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato** (tale previsione porta a ritenere che la testimonianza non può essere, dunque, oggetto di ripetizione pura e semplice).

Occorrerà, inoltre, **firma autenticata del segretario comunale o del cancelliere** (l'autentica è gratuita per espressa previsione).

Laddove il giudice ammetta la testimonianza scritta, **ordina alla parte che ha chiesto l'escussione del teste di predisporre il modello** di testimonianza di cui appresso e di notificarlo al testimone, presumibilmente indicando dei termini per tale adempimento.

La testimonianza scritta è, infatti, resa su di un modulo conforme al **modello approvato con decreto del Ministro della Giustizia**, che individua anche le istruzioni per la sua compilazione, da notificare unitamente al modello.

Il modello va sottoscritto in ogni suo foglio dalla parte che ne ha curato la compilazione e deve contenere:

- a) l'indicazione del procedimento e dell'ordinanza di ammissione da parte del giudice procedente;
- b) idonei spazi per l'inserimento delle complete generalità del testimone, dell'indicazione della sua residenza, del suo domicilio e, ove possibile, di un suo recapito telefonico.
- c) l'ammonimento del testimone ai sensi dell'articolo 251 del codice e la formula del giuramento di cui al medesimo articolo (curioso il giuramento a se stesso, sarebbe bastato il richiamo alle norme penali sulla falsa testimonianza), oltre all'avviso in ordine alla facoltà di astenersi ai sensi degli articoli 200, 201 e 202 del codice di procedura penale (segreto professionale, d'ufficio o di Stato), con lo spazio per la sottoscrizione obbligatoria del testimone, nonché le richieste di cui all'articolo 252, primo comma, del codice, ivi compresa l'indicazione di eventuali rapporti personali con le parti, e la trascrizione dei quesiti ammessi, con l'avvertenza che il testimone deve rendere risposte specifiche e pertinenti a ciascuna domanda e deve, altresì, precisare se ha avuto conoscenza dei fatti oggetto della testimonianza in modo diretto o indiretto.

28

La sottoscrizione va apposta **al termine di ogni risposta**, di seguito e senza lasciare spazi vuoti.

Le sottoscrizioni, come accennato, devono essere autenticate da un segretario comunale o dal cancelliere di un ufficio giudiziario.

L'autentica delle sottoscrizioni è in ogni caso **gratuita** nonché esente dall'imposta di bollo e da ogni diritto.

L'istituto è applicabile anche in caso di **prova delegata** (anzi in questo caso sarebbe ancor più opportuno l'utilizzo della testimonianza scritta).

Dovendo trascrivere il capitolo di prova da sottoporre al testimone è ancor più necessario che lo stesso sia analitico, chiaro, minuzioso, privo di incertezze interpretative, pena

l'inammissibilità; **non sarà, infatti, possibile utilizzare l'istituto dei chiarimenti.**

Si ritiene poi che in caso di vizi formali (omessa sottoscrizione) o sostanziali (poca chiarezza dello scritto o della grafia), in applicazione del generale principio di conservazione degli atti processuali tali vizi potranno essere sanati con la escussione orale del teste il cui verbale si sovrapporrà o sostituirà in tutto o in parte l'atto viziato.

Per ragioni pratiche di acquisizione del consenso delle parti all'utilizzo della testimonianza scritta ("su richiesta concorde delle parti"), poiché la necessità di tale acquisizione diviene rilevante solo nell'ipotesi in cui la prova orale sia stata ammessa, non avrebbe senso fissare una udienza apposita a tale solo fine, perchè ciò vanificherebbe le esigenze acceleratorie sottese alla novella (oggi in applicazione dell'art. 183, comma 6 le possibilità operative emerse nella pratica sono due: 1. taluni giudici concedono i termini di cui all'art. 183, comma 6 e rinviando a nuova udienza per l'ammissione dei mezzi istruttori; in tale momento, se il giudice ammette le prove in udienza, ben potrà acquisire il consenso, ma se decide di riservarsi per provvedere sull'ammissione ed ammette le prove con ordinanza resa fuori udienza, per acquisire il consenso delle parti alla testimonianza scritta dovrebbe fissare un'udienza apposita - non è escluso, infatti, che anche in assenza di richiesta all'utilizzo della testimonianza scritta da parte di almeno una delle parti, sia proprio il giudice a proporre l'utilizzo dell'istituto; 2. altra parte dei giudici concede i termini ex art. 183, comma 6 e si riserva direttamente per provvedere senza fissare altra udienza per l'ammissione delle prove; in tal caso, laddove il giudice, con ordinanza resa fuori udienza, ammettesse le prove, dovrebbe convocare le parti per acquisire il consenso).

Sarebbe allora opportuno, in assenza di formalità prescritte per l'acquisizione del consenso o di termini, che il consenso sia **progressivamente** acquisito indicandolo ad es. già negli atti introduttivi o alla prima udienza, senza particolari formalità; sarebbe opportuno, altresì, che i giudici, veri fruitori di uno sgravio di lavoro, illustrino alle parti l'opportunità dell'accordo in sede di comparizione personale, anche in termini di valutazione del comportamento

29

processuale in caso ad es. di rifiuto ingiustificato di una richiesta di una parte positiva in tal senso, ipotesi questa che fa emergere il possibile uso tattico da parte del difensore del consenso alla testimonianza scritta (il che non è banale alla luce delle novità sulle spese processuali e sulla responsabilità aggravata).

Non vi è dubbio che **la manifestazione del consenso** all'assunzione della prova testimoniale per iscritto **possa provenire direttamente dal difensore** di parte in forza di procura alle liti ex art. 83 c.p.c. atteso che tale manifestazione di volontà non è riservata alla parte personalmente e rientra pienamente nel mandato alle liti, integrando una scelta difensiva e non la disposizione dei diritti in contesa.

Tale consenso deve, inoltre essere manifestato da **tutte le parti costituite**, ivi compreso il p.m. se fa parte del processo; va da sé che nel **processo contumaciale** la testimonianza scritta può essere legittimamente chiesta dalle sole parti costituite.

L'accordo così acquisito è revocabile?

E' agevole ritenere che poiché tale consenso è una condizione dell'esercizio del potere del giudice, esso può venire meno solo fino al momento in cui il giudice non abbia disposto l'assunzione per iscritto della deposizione testimoniale.

Se, invece, il provvedimento è stato già emesso l'ordinanza del giudice è irrevocabile e immutabile dal giudice stesso in applicazione dei principi generali (art. 177, comma 3 n. 1), trattandosi di ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti; laddove però il consenso sia revocato da "tutte" le parti (con conseguente sopravvenuta formazione di un accordo negativo) si ripristina il potere di revoca in capo al giudice, che non è però vincolato a provvedere conformemente.

Può anche accadere che, ammessa la testimonianza scritta, la parti rinunci del tutto al mezzo di prova (e non semplicemente al consenso sulla testimonianza scritta); in tal caso, in applicazione dell'art. 245, comma 2, la rinuncia non ha effetto se le altre parti non vi aderiscono e il giudice non vi consente.

Quanto poi alla facoltà del giudice di dare corso alla testimonianza scritta, siamo di fronte ad una scelta ampiamente discrezionale, poiché i criteri che possono orientare la scelta del giudice sono ampi e indeterminati (natura della causa, del suo valore e di ogni altra circostanza).

In linea del tutto generale sarà agevole utilizzare l'istituto nelle cause che hanno ad oggetto diritti meramente patrimoniali di non rilevante valore, oppure nei processi contumaciali.

Le altre circostanze che possono consigliare al giudice di dare corso alla testimonianza scritta possono essere ad es. la presenza di informazioni assunte nella eventuale fase sommaria del processo (che verranno confrontate dal giudice con quelle scritte), la presenza di fatti su cui deporre chiari, semplici o particolarmente lineari.

30

Cosa accade se il testimone non invia la testimonianza scritta?

E' prevista solo una sanzione pecuniaria; inoltre, per le ragioni già esposte, il giudice non potrà revocare d'ufficio l'ordinanza che ha disposto l'assunzione per iscritto, ma avrà bisogno del consenso di tutte le parti.

Se per ipotesi le parti non acconsentono il giudice potrà, in primo luogo e in linea del tutto generale, considerare negativamente il contegno delle parti, oppure potrà revocare proprio l'ordinanza ammissiva della prova (non la ordinanza sulle sue modalità di assunzione, si badi), poiché l'ordinanza ammissiva della prova è sempre revocabile, e risolvere la questione in base ad un'applicazione rigorosa delle regole sulla distribuzione dell'onere della prova; taluni hanno ipotizzato anche la possibilità di sollevare la questione di illegittimità costituzionale della norma perchè in tale ipotesi di realizzerebbe un evidente contrasto con il principio della durata ragionevole del processo di cui all'art. 111 della Cost..

Non è previsto che la cancelleria comunichi alle parti l'avvenuta ricezione del modello di testimonianza; tale previsione sarebbe stata utile per consentire alle parti alla udienza immediatamente successiva di sollevare eventuali eccezioni riferibili alla forma ed al contenuto della testimonianza scritta; senza tale comunicazione le parti, allora, saranno legalmente edotte della testimonianza solo alla prima udienza successiva ed è verosimile che chiedano un termine per esame che difficilmente potrà essere negato.

Prudenza vuole che il modulo sia notificato a mezzo ufficiale giudiziario, ancor meglio la notifica diretta da parte del difensore abilitato.

La testimonianza scritta può essere, invece, **acquisita direttamente dal difensore per confermare documenti di spesa già depositati in giudizio** (per documento di spesa si

intende, secondo i primi commentatori - i quali evidenziano che “documento”, nell’accezione giuridica comunemente accettata, non è necessariamente uno scritto ma qualunque cosa destinata a rappresentare un fatto - **ogni esborso che sia stato sostenuto da una parte o che risulti rilevante per le ragioni da essa vantate**: si pensi alla conferma del

rapporto sottostante a delle fatture o ad altra documentazione fiscale o di spesa; si pensi al classico caso delle riparazioni effettuate in caso di sinistro stradale) .

Il teste, dunque, trasmetterà la sua dichiarazione al difensore senza necessità di utilizzare il modello ministeriale e senza necessità di autenticare la sottoscrizione o di osservare termini. Deve ritenersi che le disposizioni generali sul necessario accordo delle parti e sulla facoltà del giudice di utilizzare l’istituto si applichino a anche ai documenti di spesa.

Così tratteggiate le caratteristiche dell’istituto, emerge all’evidenza che la finalità perseguita dal legislatore è quella di individuare uno strumento ulteriore di deformalizzazione e di snellimento del rito.

31

Non sono mancate voci critiche in relazione a tale nuovo istituto che hanno evidenziato il timore della perdita della immediatezza della prova da parte del giudice, della compatibilità della testimonianza scritta con l’art. 111 della Cost. (che postula la necessaria formazione della prova in un processo che si “svolge nel contraddittorio delle parti” davanti ad un giudice terzo ed imparziale) ed il possibile timore di aggiramento della verità dei fatti e conseguentemente della conoscibilità della verità.

Ancora, non può sottacersi il concreto pericolo di un allungamento dei tempi processuali in presenza di contestazioni circa eventuali vizi formali o sostanziali della testimonianza. Deve però considerarsi che tali critiche stridono con la realtà del processo civile in molti tribunali: non è infrequente la prassi poco virtuosa dell’interrogatorio dei testi da parte degli avvocati direttamente in udienza, sicché è ancora presto per poter valutare con critica obiettiva, ma soprattutto con serenità l’istituto.

Fino a che ci saranno cinque milioni e mezzo di processi civili pendenti e ruoli dei magistrati carichi fino all’inverosimile, ogni critica aprioristica può risultare ingenerosa ma soprattutto distante dalla realtà.

Per completezza, deve rilevarsi che tale tipo di testimonianza è già ammessa in altri ordinamenti dell’area comunitaria (ad es. Regno Unito, Francia e Spagna).

In linea di principio, ad opinione della scrivente, interventi del legislatore che partono dal presupposto implicito ed imprescindibile della correttezza del comportamento dei destinatari delle norme non solo vanno accolti con favore, ma dovrebbero rappresentare la norma; non è possibile immaginare una legislazione che parte dal presupposto che l’illegalità diffusa sia la regola.

Ne consegue che osservando la questione da un’ottica di generale *favor* per un legislatore che per primo segni i principi regolatori della convivenza civile e del rispetto delle regole e non di un legislatore che tali principi inseguia, la testimonianza scritta rappresenta oggi un banco di prova per magistrati, avvocati e cittadini del rispetto della legalità e dell’osservanza delle regole di correttezza.

In particolare l’avvocatura, prima destinataria di accuse più o meno velate di influenza sulla genuinità delle deposizioni, dovrebbe utilizzare tale momento non solo per dimostrare, ma soprattutto per rivendicare la propria integrità.

In conclusione, la morte o la sopravvivenza dell’istituto si decreterà nei prossimi mesi; laddove l’istituto non decollasse per ragioni connesse alla genuinità della prova, non solo la riforma in questa parte avrà fallito, ma vorrà dire che non viviamo in un paese civile.

32

Decadenza dalla prova

Il nuovo art. 104 disp. att. c.p.c. prevede che in caso di mancata intimazione ai testimoni la decadenza dalla prova può essere disposta dal giudice **anche d’ufficio** (in passato solo su eccezione di parte). **Attenzione, dunque, a provvedere alla intimazione.**

Pare legittima l’estensione analogica della decadenza alla ipotesi in cui il difensore non abbia notificato il modulo per la testimonianza scritta al teste nei termini all’uopo indicati dal giudice.

Calendario del processo

La novella ha aggiunto l'art. 81 *bis* alle disp. att. stabilendo che il giudice, quando provvede su richieste istruttorie (e, dunque, ha le idee maggiormente chiare sui possibili sviluppi del processo), sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa il calendario del processo indicando le udienze successive e gli incombeni che verranno espletati.

I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti.

La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini (e se i motivi giungono dopo? Non si sa, a rigore non dovrebbero valere). L'obiettivo, dunque, riprendendo il progetto del guardasigilli Mastella, è quello di determinare la durata del processo (e di consentire anche all'avvocato, per quanto possibile, di dar conto al cliente della durata del processo e, perché no, del suo costo), anche se sono possibili richieste di proroga, solo per gravi motivi.

Morte o perdita della capacità del contumace

Il novellato art. 300 prevede che se l'evento riguarda il contumace il processo è interrotto dal momento in cui il fatto è **documentato dall'altra parte** o è notificato ovvero certificato dall'ufficiale giudiziario nella relata di notifica di uno dei provvedimenti ex art. 292 c.p.c..

E' stata, dunque, prevista, in caso di convenuto contumace, l'ipotesi della comunicazione dell'evento interruttivo ad opera della controparte, ipotesi finora

esclusa dalla giurisprudenza.

Notificazione della sentenza e dell'impugnazione

Il comma 10 ha modificato gli artt. 285 e 330 c.p.c. prevedendo la **sufficienza della consegna di una sola copia della sentenza o dell'impugnazione presso il procuratore**

costituito, anche se è costituito per più parti. Norma di buon senso e che viene accolta

favorevolmente; vi è, peraltro, sostanziale ratifica legislativa dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia.

Riduzione dei termini

La riforma ha accorciato molti termini processuali. Da segnalare in particolare la modifica dell'art. 327 per effetto della quale, indipendentemente dalla notificazione l'appello, la revocazione e il ricorso in cassazione dovrà essere proposto entro il termine massimo di 6 mesi dalla pubblicazione della sentenza (non più entro il termine "lungo" di un anno).

Con la conseguenza che sarà impossibile beneficiare – in certi casi – della doppia sospensione feriale. Riassumendo:

art. 50 – (riassunzione della causa): passa da 6 mesi a 3;

art. 296 – (sospensione su istanza delle parti): passa da 4 a 3 mesi (si noti che il novellato art. 296 prevede: la sussistenza dei "giusti motivi", a differenza che nel passato; che la sospensione non possa essere concessa per più di una volta e che occorre sempre fissare l'udienza per la prosecuzione del processo; potrebbe, dunque, essere utilizzato questo istituto in luogo dell'irrituale rinvio per la definizione bonaria della lite, dovendo essere fissata l'udienza per la prosecuzione);

art. 297 – (fissazione della nuova udienza dopo il provvedimento di sospensione): passa da 6 mesi a 3;

art. 305 – (prosecuzione o riassunzione del processo): passa da 6 a 3;

art. 307 – (estinzione per inattività delle parti): passa da 1 anno a 3 mesi;

art. 327 – (decadenza dall'impugnazione): passa da 1 anno a 6 mesi;

art. 353 – (rimessione al primo giudice per ragioni di giurisdizione): la riassunzione passa da 6 mesi a 3 mesi;

art. 392 – (riassunzione della causa dinanzi al giudice di rinvio a seguito intervenuta cassazione): passa da 1 anno a 3 mesi dalla pubblicazione della sentenza di Cassazione

Estinzione del processo

Il comma 15, novellando l'art. 307 prevede che l'estinzione del processo **può essere dichiarata anche d'ufficio** senza necessità di eccezione di parte; è stata superata, dunque, quella norma ambigua e di ostacolo alla definizione del giudizio che prevedeva che l'estinzione, pur operando di diritto, doveva essere eccepita dalla parte prima di ogni altra sua difesa. Norma che va letta nell'ottica di accelerazione del processo e di riduzione dei tempi inutili in caso di inattività delle parti (es. nel riassumere il giudizio).

34

Controversie previdenziali ed assistenziali oggi attribuite al giudice di pace: no rito del lavoro

Rappresenta una novità la competenza per materia del g.d.p. degli **interessi o accessori su ritardata erogazione di prestazioni previdenziali o assistenziali** (pensioni e simili: cause

previdenziali) ; non si applica il rito del lavoro per espressa previsione (nuovo ultimo comma dell'art. 442 c.p.c.).

Controversie previdenziali ed assistenziali: giudice competente

Il comma 23 novellando l'art. 444 c.p.c. ha previsto che il giudice competente per le materie di previdenza ed assistenza obbligatorie in caso di attore residente all'estero è quello nella cui circoscrizione questi aveva l'ultima residenza prima del trasferimento all'estero ovvero quando la prestazione è chiesta dagli eredi, nella cui circoscrizione il defunto aveva la sua ultima residenza.

Disciplina transitoria

E' noto che, in linea del tutto generale, in materia di norme processuali sopravvenute si applica il principio della immediata applicabilità della regola sopravvenuta e il principio *tempus regit actum*, sicché la validità degli atti processuali rimane regolata dalla legge, che seppur abrogata, era vigente al omento della loro formazione.

Sono noti i problemi applicativi che generalmente sorgono in assenza di compiuta disciplina transitoria.

Il legislatore della novella ha, invece, opportunamente dettato un' articolata disciplina transitoria che solleva l'interprete dalla ricostruzione del diritto intertemporale.

L'art. 58 della novella, al comma 1 in particolare prevede, in via **generale** che le modifiche apportate al codice di procedura civile e alle norme di attuazione dello stesso dal disegno di legge si applicano solo ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della riforma (4 luglio).

La pendenza, ai sensi del novellato art. 39, comma 3, **è determinata dal deposito del ricorso o dalla notifica della citazione**, codificando quanto già la giurisprudenza aveva affermato.

Più in particolare va rilevato che il termine "**giudizio**" va considerato unitariamente sicché occorre avere riguardo alla citazione o al ricorso in primo grado; il **momento della**

notificazione della citazione, ai fini della pendenza, va individuato in quello del perfezionamento del procedimento notificatorio con ricezione dell'atto da parte del destinatario o, comunque, del compimento delle formalità surrogatorie di legge; **nel**

procedimento monitorio dovrà aversi riguardo al momento del deposito del ricorso: come chiarito dalla Cass. sez. unite del 2007, n. 20596, la notificazione del ricorso e del decreto è

35 solo "condizione" della pendenza, ma non coincide con il momento il cui la pendenza si verifica, nel senso che se è vero che la litispendenza si verifica con la notifica del ricorso e del decreto la stessa retroagisce al momento in cui il ricorso è depositato perché la prevenzione è effetto della costituzione del processo, non del contraddittorio (come esposto anche dalla Cass. Sez. un. n. 5597 del 1992 in materia di rito del lavoro in cui il processo inizia con il ricorso, è sufficiente, per costituire il processo, il contatto tra due parti che, nella specie, sono ricorrente e giudice, in caso di citazione, sono attore e convenuto).

Il comma 2 introduce una **eccezione alla suddetta regola, individuando alcune**

disposizioni riformate che dovranno essere applicate anche ai giudizi pendenti in primo

grado alla data di entrata in vigore della legge.

Si tratta:

- dell'art. 132 c.p.c. e dell'art.118 disp. att. c.p.c relativi al **contenuto della sentenza**, come modificato dagli art. 45, comma 17, del disegno di legge in esame e dall'art. 52, comma 5 (concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto anche con richiamo a precedenti giurisprudenziali conformi; dunque, eliminato lo svolgimento del processo);
- dell'art. 345 c.p.c., relativo al **divieto di produrre nuovi documenti in appello**, come modificato dall'art. 46, comma 18, del disegno di legge in esame;
- dell'art. 616 c.p.c., come modificato dall'art. 49, comma 2, del disegno di legge in esame che, in particolare, **consente di nuovo la impugnabilità della sentenza che decide l'opposizione all'esecuzione.**

Il comma 3 ha **esteso anche ai procedimenti pendenti alla data del 1° marzo 2006**

l'applicazione della riforma operata nel 2005 attraverso la novella dei commi quinto e sesto

dell'art. 155 c.p.c. in tema di computo dei termini. **Tali disposizioni stabiliscono che i termini per il compimento di atti processuali svolti fuori dall'udienza, che scadono**

nella giornata di sabato, sono prorogati di diritto al primo giorno seguente non festivo.

Resta fermo il regolare svolgimento delle udienze e di ogni altra attività giudiziaria, anche svolta da ausiliari, nella giornata del sabato, che ad ogni effetto è considerata lavorativa.

Il comma 5 prevede che le disposizioni che introducono un **filtro per il ricorso in**

Cassazione (di cui all'art. 47 della legge in esame) **si applichino anche alle controversie nelle quali il provvedimento avverso il quale si ricorre sia stato pubblicato o depositato**

dopo l'entrata in vigore della riforma.

Il comma 4 prevede che entro 12 mesi dall'entrata in vigore del provvedimento in esame debbano essere rinnovate le trascrizioni della domanda giudiziale, del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili (nelle forme previste dall'art. 62 della legge in esame, cui si rinvia), che siano state eseguite oltre vent'anni prima. Se non si procederà in tal senso, tali trascrizioni perderanno efficacia.

36

La riforma del processo civile : le ulteriori modifiche

Procura all'avvocato.

La procura alle liti potrà essere data anche con documento informatico. Inoltre la procura può essere rilasciata anche in calce o a margine della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato.

Più in dettaglio:

- espresso riconoscimento della validità della procura inserita nella memoria di nomina del nuovo difensore in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato (art. 83, III comma);
- previsione della validità della copia informatica autenticata con firma digitale della procura rilasciata su supporto informatico (art. 83, III comma);
- previsione della sanabilità della procura nulla (art. 182, II comma).

La prima modifica è evidentemente volta a porre fine a quella giurisprudenza di legittimità che afferma che nel giudizio di cassazione – diversamente rispetto a quanto avviene con riguardo ai giudizi di merito – la procura speciale non può essere rilasciata a margine o in calce ad atti diversi dal ricorso o dal controricorso, poiché l'art. 83, comma 3, nell'elencare gli atti a margine o in calce ai quali può essere apposta la procura speciale, individua, con riferimento al giudizio di cassazione, soltanto quelli suindicati. Pertanto, se la procura non viene rilasciata su detti atti, è necessario che il suo conferimento si realizzi nella forma prevista dal comma 2 del citato art. 83, cioè con atto pubblico o con scrittura privata

autenticata, facenti riferimento agli elementi essenziali del giudizio, quali l'indicazione delle parti e della sentenza impugnata. A quest'ultima conclusione la Suprema Corte perviene anche con riferimento all'ipotesi in cui sopraggiunga la sostituzione del difensore nominato con il ricorso (o controricorso), non rispondendo alla disciplina del giudizio di cassazione, dominato dall'impulso d'ufficio a seguito della sua instaurazione con la notifica e il deposito del ricorso (o controricorso) e non soggetto agli eventi di cui agli art. 299 ss. c.p.c., il deposito di un atto redatto dal nuovo difensore (nella specie denominato "atto di costituzione") su cui possa essere apposta la procura speciale (Cass. 13087/2006).

Altra novità riguarda l'esplicito riferimento alla procura "digitale".

All'art. 83 verrà aggiunto un periodo che prevede la validità della procura rilasciata su documento informatico separato sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si riferisce mediante strumenti informatici, individuati con apposito decreto del Ministero della giustizia. La procura alle liti potrà essere conferita anche supporto cartaceo; in tal caso il difensore che si costituisce attraverso strumenti telematici ne trasmette la copia informatica autenticata con firma digitale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente

37

la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e trasmessi in via telematica.

Spese.

Accanto alle spese di soccombenza fanno il loro esordio le spese di vittoria che sono accollate a chi vince la causa se ha rifiutato un accordo ragionevole. Inoltre, il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa tempestivamente formulata, dovrà condannare la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo, salva la possibilità di compensazione delle spese in caso di soccombenza reciproca o, altrimenti, laddove ricorrano "eccezionali ragioni". Il giudice dovrà, inoltre, indicare in sentenza esplicitamente i motivi della compensazione. Lo sfavore per la compensazione non poteva essere più esplicito.

Ricusazione del giudice.

Al fine di evitare che la ricusazione del giudice sia uno strumento dilatorio la novella aumenta la sanzione che può essere inflitta in caso di rigetto della relativa richiesta. Il giudice, infatti, con l'ordinanza con cui dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione, provvede alle spese e può condannare la parte (ma non il difensore) che l'ha proposta a una pena pecuniaria non superiore a 250 euro (in luogo dei vecchi 5 euro).

Lite infondata.

Oltre alle due ipotesi classiche di responsabilità aggravata (art. 96 c.p.c.), oggi il giudice potrà condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata non inferiore ad € 1.000,00 e non superiore ad € 20.000,00. Non ci sarà bisogno di una richiesta di parte, in quanto il giudice potrà decidere d'ufficio, né è richiesto il requisito della prova del danno. Si tratta di una condanna ai danni, forfettariamente determinati, che dovrebbe far uscire l'art. 96 dal limbo di norma poco applicata, con prevedibili ricadute e timori da parte dell'avvocatura, trattandosi di norma di agevole applicazione se consideriamo la sua formulazione svincolata da rigidi presupposti.

Contraddittorio pieno.

Interessante è la novità contenuta nell'art. 101 del codice di rito: laddove il giudice rilevi d'ufficio una questione che le parti non hanno discusso (es. giurisdizione), la questione medesima dovrà essere sottoposta alle parti prima della decisione; più in dettaglio la norma prevede che se il giudice intende porre a fondamento della propria decisione una questione rilevata d'ufficio, si riserva di decidere assegnando alle parti un termine non inferiore a venti

38

e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione. L'assegnazione del termine è prescritta a pena di decadenza e la sua inosservanza dà luogo a nullità. Peraltro, in linea generale, la parte potrà fruire di un regime meno rigoroso delle decadenze in materia di rimessione in termini, oggi generalizzata.

Fatti non contestati.

I fatti non contestati possono essere posti a base della decisione: gli avvocati, dunque,

dovranno prestare attenzione agli effetti indotti dalla mancata dialettica su tutti i punti della controversia.

Si tratta della definitiva consacrazione nel codice di rito del principio di non contestazione dei fatti allegati da controparte, sollevando la parte che abbia allegato un fatto non contestato dall'onere della prova (art. 115 c.p.c. nuova formulazione). Restano dei dubbi sul termine ultimo della contestazione (se cioè il riferimento è da intendersi alla comparsa di risposta per il convenuto ed alla prima udienza per l'attore). Il giudice, inoltre, può porre a fondamento della sua decisione la prova dell'inesistenza del fatto rilevata dagli atti, nonostante la mancata contestazione della parte interessata ad evidenziarla (norma abbastanza dubbia nella sua formulazione).

Questione della contumacia: trattasi di comportamento libero che non può condurre all'automatica non contestazione dei fatti dedotti dall'attore.

Pubblicazione della sentenza.

La pubblicazione della sentenza può essere un modo per risarcire il danno e potrà avvenire anche per radio o in siti internet.

L'art. 120 del codice di rito, intitolato "Pubblicità della sentenza", oggi stabilisce:

[I]. Nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno, il giudice, su istanza di parte, può ordinarla a cura e spese del soccombente, mediante inserzione per estratto in uno o più giornali da lui designati.

[II]. Se l'inserzione non avviene nel termine stabilito dal giudice, può procedervi la parte a favore della quale è stata disposta, con diritto a ripetere le spese dall'obbligato.

Le caratteristiche dell'istituto (poco applicato nella prassi) sono queste:

la pubblicità della decisione di merito deve contribuire a riparare il danno;

può essere disposta solo su istanza di parte;

va eseguita a cura e spese del soccombente;

l'inserzione si fa per estratto in uno o più giornali designati dal giudice;

39

se il soccombente non vi provvede nel termine stabilito dal giudice, può provvedervi l'altra parte con diritto a ripetere le spese dall'obbligato.

Parte della dottrina ritiene che il fondamento dell'istituto sia quello della riparazione del danno non patrimoniale (*contra* Satta-Punzi i quali sostengono che al contrario la pubblicazione mira proprio a risarcire un danno patrimoniale; altra dottrina sostiene che il fondamento sia ravvisabile nell'interesse generale a che non circolino false rappresentazioni della realtà : Cavallone).

Il primo orientamento richiede pertanto l'elemento soggettivo del dolo o della colpa; il secondo, invece, lo ritiene non necessario. La Corte di Cassazione ha precisato che tale funzione riparatoria prescinde dalla natura extracontrattuale o contrattuale del fatto illecito, perché, in entrambe le ipotesi, a fronte della risonanza che il fatto stesso abbia avuto al tempo del suo accadimento, la

divulgazione della notizia inerente all'individuazione del responsabile può valere, secondo le circostanze del caso concreto, a delimitare il danno già verificatosi ed a prevenire ulteriori pregiudizi (Cass. civ. 11801/98).

Le modifiche approvate dal Senato sono queste:

si specifica che la pubblicità può essere disposta anche in caso di responsabilità per lite temeraria ai sensi dell'art. 96;

si stabilisce che la pubblicazione può avvenire in una o più testate giornalistiche (non dunque "giornali"), ma anche testate radiofoniche, televisive o in siti internet.

Notifiche telematiche.

L'ufficiale giudiziario potrà notificare con i mezzi telematici e con le garanzie della posta elettronica certificata.

La riforma del processo civile 2009 apre, infatti, alla tecnologia, aggiungendo un comma dopo il secondo dell'art. 137. Questo nuovo comma terzo dispone:

Se l'atto da notificare o comunicare è costituito da un documento informatico e il destinatario non possiede indirizzo di posta elettronica certificata, l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante consegna di una copia dell'atto su supporto cartaceo, da lui dichiarata conforme all'originale, e conserva il documento informatico per i due anni successivi.

Se richiesto, l'ufficiale giudiziario invia l'atto notificato anche attraverso strumenti telematici all'indirizzo di posta elettronica dichiarato dal destinatario della notifica o dal suo procuratore, ovvero consegna ai medesimi, previa esazione dei relativi diritti, copia dell'atto notificato, su supporto informatico non riscrivibile.

Pertanto qualora si debba notificare o comunicare un documento informatico si potranno avere le seguenti ipotesi:

40

- a) il destinatario ha un indirizzo di posta elettronica certificata: l'ufficiale giudiziario può inviare il documento informatico a quell'indirizzo;
- b) il destinatario non ha un indirizzo di posta elettronica certificata: l'ufficiale giudiziario gli consegna una copia cartacea conforme all'originale e conserva il documento informatico per due anni;
- c) il procuratore o il destinatario chiede l'invio all'indirizzo di posta elettronica non certificata: in tal caso può procedere all'invio oppure consegnare il supporto informatico non riscrivibile.

Procedimento sommario.

Viene introdotto il procedimento sommario di cognizione, basato su una istruttoria essenziale e che si conclude con una ordinanza esecutiva. Sarà il giudice a valutare le esigenze di un'istruttoria sommaria e laddove ritenga necessaria l'istruttoria piena fisserà l'udienza di comparizione e trattazione e proseguirà con il rito ordinario.

Si rimanda a successiva relazione per una disamina approfondita del nuovo procedimento.

Sentenza.

Nella redazione della sentenza il giudice dovrà essere essenziale e limitarsi a dare conto in maniera concisa delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, anche con un richiamo a precedenti conformi. Tale disposizione è applicabile anche ai giudizi in corso.

Inoltre, ritenuta la sentenza un atto del processo la cui redazione richiede tempo il legislatore ha riservato tale forma provvedimento ad alcune pronunce soltanto. In questa cornice si inseriscono una serie di modifiche che:

- a) da un lato, sostituiscono l'ordinanza alla sentenza;
- b) dall'altro, rendono l'elaborazione della sentenza più rapida.

Vediamo le modifiche del primo tipo. Il legislatore ha deciso che il giudice dovrà emettere ordinanza e non più sentenza in questi casi:

- quando dichiara la litispendenza e la continenza (art. 39 c.p.c.)
- in caso di connessione (art. 40 c.p.c.)
- quando pronuncia sul regolamento di competenza (art. 49 c.p.c.)

Di conseguenza vengono modificati:

- l'art. 42 (regolamento necessario di competenza) sostituendosi "ordinanza" a "sentenza";
- l'art. 43 (regolamento facoltativo di competenza) sostituendosi "provvedimento" a "sentenza";
- l'art. 44 (efficacia della sentenza che pronuncia sulla competenza) sostituendosi "ordinanza" a "sentenza";

41

- l'art. 45 (conflitto di competenza) sostituendosi "ordinanza" a "sentenza";
- l'art. 47 (procedimento del regolamento di competenza) sostituendosi "ordinanza" a "sentenza";
- l'art. 50 (riassunzione della causa) sostituendosi "ordinanza" a "sentenza";
- l'art. 279 (forma dei provvedimenti del collegio) sostituendo anche qui alla sentenza l'ordinanza in caso di pronuncia sulla competenza;

Sotto il secondo aspetto, invece, viene modificato il n. 4 del secondo comma dell'art. 132, stabilendosi che il giudice, nella sentenza, deve fornire, come accennato, la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, mentre non è più necessario riportare la concisa esposizione dello svolgimento del processo.

Che le sentenze non debbano essere dei trattati il legislatore lo precisa anche nell'art. 118 disp. att. c.p.c. là dove dice che la motivazione consiste nella "succinta" esposizione dei fatti rilevanti della causa, delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti giurisprudenziali.

Si dà dunque la possibilità al giudice di richiamare precedenti giurisprudenziali propri o di altri uffici.

Appello: non ammessi nuovi documenti.

Il comma 18 ha modificato l'art. 345 c.p.c. chiarendo che in appello, salve specifiche eccezioni (laddove il Collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non averli potuti proporre o produrre in primo grado per causa ad essa non imputabile), non possono essere prodotti nuovi documenti.

Sinistri.

Non si applicherà più il rito del lavoro (abrogazione articolo 3 legge 102/2006).

Recita la legge: L'articolo 3 della legge 21 febbraio 2006, n. 102, è abrogato.

Alle controversie disciplinate dall'articolo 3 della legge 21 febbraio 2006, n. 102, pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al libro secondo, titolo IV, capo I, del codice di procedura civile.

La disposizione di cui al presente comma non si applica ai giudizi introdotti con il rito ordinario e per i quali alla data di entrata in vigore della presente legge non è stata ancora disposta la modifica del rito ai sensi dell'articolo 426 del codice di procedura civile.

Occorre verificare dunque:

- a) l'entrata in vigore della legge;
- b) la data di pendenza della lite;
- c) la eventuale conversione del rito.

42

La pendenza della lite è data, grazie anche alla modifica dell'art. 39, ultimo comma, che finalmente ha chiarito ogni dubbio sul punto:

- a) dalla notifica per la citazione;
- b) dal deposito per il ricorso.

Avremo pertanto il seguente risultato:

controversie pendenti introdotte con ricorso: si continua ad applicare la legge 102/2006;
controversie pendenti introdotte con citazione non convertite: si applica il rito ordinario;
controversie pendenti introdotte con citazione convertite: si continua ad applicare la legge 102/2006.

La legge è entrata in vigore il 4 luglio:

se il ricorso è depositato entro il 3 luglio si applicherà il rito del lavoro;

se il ricorso è depositato dopo (per errore perché oggi occorre la citazione non tenendo conto dell'abrogazione della legge), il giudice dovrà semplicemente convertire il rito, ferma la sua competenza, ai sensi dell'art. 427 c.p.c.;

se il procedimento è iniziato con la notificazione di una citazione e il giudice non ha disposto la conversione del rito, si applicherà il rito ordinario ("il rito che c'è" si è detto in dottrina);

se invece il giudice ha già disposto la conversione si applica il rito del lavoro.

Ricorso in cassazione.

Previsto un filtro di ammissibilità per scongiurare impugnazioni temerarie. Viene istituita una sezione apposita, composta da cinque giudici provenienti dalle diverse articolazioni della Cassazione civile, che valuterà l'ammissibilità o meno delle istanze presentate in Cassazione. Saranno due e non più quattro le ipotesi di inammissibilità: 1. quando sono state decise questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Suprema corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2. quando è manifestamente infondata la censura di violazione dei principi regolatori del giusto processo. Attualmente esiste in Cassazione una sezione filtro per il penale (la settima) istituita per legge, mentre per il civile, con provvedimento del 2005 è stata creata una struttura composta da magistrati delle diverse sezioni della Corte per valutare inammissibilità ma anche manifesta fondatezza e manifesta infondatezza dei ricorsi (oltre ai regolamenti di competenza).

Esecuzione degli obblighi di fare e di non fare.

Dopo l'art. 614 c.p.c. la riforma ha aggiunto un 614 bis intitolato "Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare", il quale stabilisce:

43

Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa,

su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

Le caratteristiche sono le seguenti:

occorre una istanza di parte, pertanto il giudice non può disporla d'ufficio;

la condanna può riferirsi tanto alla violazione o inosservanza successiva, quanto al ritardo;

il giudice deve compiere una duplice valutazione sull'an e sul quantum:

“an“: sotto il primo aspetto dovrà accertare che non si tratti di una controversia di lavoro subordinato pubblico e privato ovvero di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Dovrà, inoltre, valutare la non manifesta iniquità della misura.

“quantum“: Sotto il secondo aspetto, dovrà determinare l'ammontare tenuto conto del valore della controversia, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza;

il provvedimento costituisce titolo esecutivo per il pagamento della somme dovute per ogni violazione o inosservanza.

E' evidente il tentativo di rendere effettivi gli obblighi di fare infungibili e di non fare, anche se il legislatore non fa parola del destinatario del pagamento! Sembra ragionevole individuarlo nel creditore al pari del sistema francese della condanna - indennizzo (il sistema tedesco prevede invece la condanna a favore dell'erario, ma tale tipo di condanna doveva essere esplicitata).

Inoltre, l'esclusione del lavoratore dipendente da tale tipo di tutela appare del tutto irragionevole; è evidente che costoro dovevano essere i primi destinatari di una norma siffatta poiché statisticamente maggiormente colpiti da tale tipo di inadempimento; probabilmente la linea cauta del legislatore si spiega (ma non si giustifica) in considerazione di esigenze di tutela di un sistema produttivo al momento in difficoltà.

Opposizione all'esecuzione.

Il legislatore è intervenuto nuovamente sull'art. 616 c.p.c. tornando al passato.

Dal primo marzo 2006 la norma stabiliva che la sentenza emessa a seguito del giudizio de quo non era impugnabile, e dunque solo ricorribile in Cassazione. Lo scopo era stato quello di

parificare il regime di opposizione all'esecuzione a quello degli atti esecutivi. La disparità di trattamento, infatti, aveva creato non pochi problemi.

Ci si chiedeva: qual è il regime di impugnazione se una stessa sentenza giudica sull'opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi?

qual è il regime di impugnazione se il giudice non qualifica l'azione esercitata?

come si deve comportare la parte se proposta opposizione agli atti esecutivi il giudice la qualifichi come opposizione all'esecuzione (o viceversa)?

Dunque la modifica del 2006 era certamente da apprezzare. Ma il legislatore, allo scopo evidente di sgravare la Cassazione torna al passato, ovviamente torneranno le vecchie problematiche esposte.

Ricordiamo allora alcuni principi affermati dalla giurisprudenza che saranno nuovamente attuali.

L'identificazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale, deve essere fatta in base al principio dell'apparenza con riferimento esclusivo alla qualificazione dell'azione proposta compiuta dal giudice, indipendentemente dalla sua esattezza. Pertanto, è impugnabile con l'appello la sentenza emessa in sede di esecuzione forzata se l'azione è stata qualificata come opposizione all'esecuzione, mentre è esperibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 cost., qualora l'azione sia stata definita come opposizione agli atti esecutivi (Cass. Civ. 10801/2001).

Quando le contestazioni della parte si configurino, nello stesso procedimento, come opposizione all'esecuzione ed opposizione agli atti esecutivi, si deve ritenere che la sentenza, formalmente unica, contenga due decisioni distinte soggette rispettivamente ad appello ed a

ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 cost. Nel caso poi in cui il giudice non abbia dato alcuna qualificazione all'opposizione, questa spetta d'ufficio al giudice dell'impugnazione non solo ai fini del merito, ma anche ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione stessa (Cass. Civ. 10804/2000).

Qualora avverso una sentenza di primo grado – ancorché costituita da un unico capo su un'unica domanda (nella specie: opposizione all'esecuzione per nullità-inesistenza dell'atto di pignoramento immobiliare notificato nel domicilio eletto dalla debitrice deceduta ex art. 20 t.u. 16 luglio 1905 n. 646) – la parte abbia proposto sia appello sia ricorso per cassazione ex art. 111 cost., sull'erroneo presupposto che contenga due pronunce distinte su un'opposizione all'esecuzione e su un'opposizione agli atti esecutivi, la pronuncia di rigetto dell'appello nel merito, ove passata in giudicato, comporta l'inammissibilità del coevo ricorso per cassazione ostandovi la qualificazione della domanda come opposizione all'esecuzione (con la correlativa appellabilità della sentenza) (Cass. Civ. 6882/1987).

45

Tre deleghe.

Il provvedimento contiene due deleghe: una per la riforma del processo amministrativo e l'altra per la riduzione e semplificazione dei processi civili. In particolare si prevede la riunificazione di tutti i riti previsti dalle leggi speciali (anche il rito societario, con esclusione dei riti fallimentari e in materia di famiglia e minori) in quelli tipici del codice di procedura civile.

Con un'altra delega il provvedimento attribuisce al governo la regolamentazione della mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Da segnalare tra i criteri quello del dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione, e di ricorrere agli organismi di conciliazione e quello per cui chi rifiuta la conciliazione rischia di pagare le spese.

maria cristina rizzi