

La Nuova **Procedura Civile**
ADMATORA

Direttore Scientifico: Luigi Viola

ISBN 9788868710330

È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi strumento

Editrice “Ad Maiora s.r.l.s.”

Sede legale:

Via Dante Alighieri, 11 - 76121 Barletta (BT)

Sede operativa:

Via Amendola, 9 - 76125 Trani (BT)

Tel. 0883.508870

www.edizioniadmaiora.it

Finito di stampare nel mese di Settembre 2015 dalla Grafica 080 - Modugno (Ba)

Indice **Sommario**

Presentazione	p.	9
Comitato scientifico	»	10
Indice Dottrina e opinioni	»	6
Indice Schemi	»	7

Indice **Dottrina e opinioni**

Alternative dispute revolution: le questioni familiari alla prova delle più recenti riforme processuali e sostanziali (Dalla disciplina della negoziazione assistita per le ipotesi di separazione e divorzio consensuali alla recente normativa sul cosiddetto “divorzio breve”) p.	15
<i>articolo di</i> Gianluca LUDOVICI e Domenico DE RITO	
Appello, doppia conforme e ricorso per cassazione. Un percorso ad ostacoli crescenti Osservazioni a margine di Trib. Torre Annunziata, 10 marzo 2015 »	51
<i>articolo di</i> Gianluca CASCELLA	
Il nuovo atto di precetto ex d.l. 83/2015: tutto cambia per restare uguale »	75
<i>articolo di</i> Fabrizio TOMMASI	
In tema di mediazione delegata dal giudice »	81
<i>articolo di</i> Piero SANDULLI	
I procedimenti possessori ed i limiti di esperibilità del regolamento di giurisdizione in fase di reclamo: Cass. Sez. Unite, 20 luglio 2015, n. 15155 »	87
<i>articolo di</i> Annamaria FASANO	
La dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e il regime della prova nel processo civile Il contrasto giurisprudenziale e la sentenza n. 12065 del 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione..... »	131
<i>contributo di</i> Annamaria FASANO	
La nuova prima udienza con lo switch procedimentale ex art. 183 bis c.p.c. (legge 162/2014 in tema di degiurisdizionalizzazione): passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione »	155
<i>articolo di</i> Luigi VIOLA	
L'ignoranza non scusabile di norme e giurisprudenza ed il dolo processuale a confronto con la responsabilità aggravata di cui all'art. 96, comma III c.p.c. »	165
<i>nota di</i> Gianluca LUDOVICI	
Mediazione e Negoziazione assistita. Ambiti di applicazione »	183
<i>articolo di</i> Claudia CARIA	

Indice Schemi

Come riconoscere le domande nuove inammissibili

(Schema aggiornato a Cassazione Civile, Sezioni Unite,
Sentenza del 15.6.2015, n. 12310) » 193
schema di Luigi VIOLA

Negoziazione assistita familiare con figli minori: cosa accade se il PM non autorizza l'accordo?

Contrasto giurisprudenziale nella prima giurisprudenza di merito » 195
schema di Giulio SPINA

Presentazione

La rivista *La Nuova Procedura Civile* è attualmente l'unica rivista di diritto processuale civile capace di coniugare:- analisi e sintesi, attraverso il pratico utilizzo di schemi esemplificativi;- teoria e pratica professionale.

L'approfondimento è garantito da un *continuum* di annotazioni precedute dalla pubblicazione di sentenze recentissime. Dapprima viene pubblicata la sentenza, così che sia assicurata la tempestività dell'informazione con focus sull'argomento; successivamente si interviene con l'accurato approfondimento dato dalle note, dai commenti e fondato sulla riflessione e sull'approfondimento incisivo.

La Nuova Procedura Civile è stata tra le riviste di settore più lette già nell'ultimo trimestre 2014, collocata tra le realtà professionali più importanti del territorio nazionale. Traendo la sua forza da un'autentica sinergia tra redazione, comitato scientifico, direzioni scientifica ed editoriale, prosegue in un crescendo di approfondimenti e notizie di primo piano in rappresentanza delle quali interviene questa breve summa nella quale si raccoglie una selezione scelta di articoli ed interventi significativi.

Il Direttore
Prof. Avv. Luigi Viola

Comitato Scientifico

Il Comitato Scientifico della rivista "La Nuova Procedura Civile" è composto da professionisti di primo piano e di estrazione mista, tratti dai vertici della magistratura e dell'accademia.

A seguire il Comitato Scientifico come costituito e ampliato nel gennaio 2015.

Elisabetta BERTACCHINI

(Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza)

Silvio BOLOGNINI

(Professore straordinario di Filosofia del Diritto)

Giuseppe BUFFONE

(Magistrato)

Costanzo Mario CEA

(Magistrato, Presidente di sezione)

Paolo CENDON

(Professore ordinario di diritto privato)

Gianmarco CESARI

(Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma)

Caterina CHIARAVALLOTTI

(Presidente di Tribunale)

Bona CIACCIA

(Professore ordinario di diritto processuale civile)

Leonardo CIRCELLI

(Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale)

Vittorio CORASANITI

(Magistrato, ufficio studi del C.S.M.)

Lorenzo DELLI PRISCOLI

*(Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione,
Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale)*

Francesco ELEFANTE

(Magistrato T.A.R.)

Annamaria FASANO

(Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione)

Cosimo FERRI

(Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia)

Francesco FIMMANO'

(Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza)

Eugenio FORGILLO

(Presidente di Tribunale)

Mariacarla GIORGETTI

(Professore ordinario di diritto processuale civile)

Giusi IANNI

(Magistrato)

Francesco LUPIA

(Magistrato)

Giuseppe MARSEGLIA

(Magistrato)

Francesca PROIETTI

(Magistrato)

Serafino RUSCICA

(Consigliere Parlamentare presso il Senato della Repubblica, già Magistrato)

Piero SANDULLI

(Professore ordinario di diritto processuale civile)

Stefano SCHIRO'

(Presidente di Corte di Appello)

Bruno SPAGNA MUSSO

(Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale)

Paolo SPAZIANI

*(Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze
del Ministro dell'economia e delle finanze)*

Antonella STILO

(Consigliere di Corte di Appello)

Antonio VALITUTTI

(Consigliere Suprema Corte di Cassazione)

Alessio ZACCARIA

(Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.)

**DOTTRINA
E OPINIONI**



ALTERNATIVE DISPUTE REVOLUTION: LE QUESTIONI FAMILIARI ALLA PROVA DELLE PIÙ RECENTI RIFORME PROCES-SUALI E SOSTANZIALI¹

(Dalla disciplina della negoziazione assistita per le ipotesi di separazione e divorzio consensuali alla recente normativa sul cosiddetto “divorzio breve”)

di **Gianluca LUDOVICI²** e **Domenico DE RITO³**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La procedura: fasi, competenza, termini e natura degli atti - 3. I parametri della convenzione di negoziazione: la conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico, nonché il rispetto delle situazioni giuridiche soggettive indisponibili - 4. Il contenuto tipico e necessario della convenzione - 5. Il ruolo del P.M. - 6. Il coordinamento con le norme sostanziali in tema di separazione - 7. Il coordinamento con le norme sostanziali in tema di divorzio - 8. Le nuove norme sul cosiddetto divorzio breve - 9. Negoziazione in tema di divorzio tra opportunità (mancate) e responsabilità - 10. Segue: regime di comunione ed aspetto patrimoniale - 11. La procedura speciale in (eventuale) assenza di un avvocato: procedimento di separazione e divorzio davanti al Sindaco - 12. Conclusioni.

I. Premessa

Il D.L. 132/2014, convertito dalla Legge n. 162 in data 10.11.2014, come ormai universalmente noto, ha introdotto numerose novità nel nostro ordinamento giuridico, le quali hanno avuto particolare rilevanza soprattutto in ambito processuale o pre-processuale; il senso dell'ultimo intervento di riforma del sistema, infatti, è stato quello di potenziare gli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi o derogatori al processo, talvolta richiedendo ai contendenti, al pari di quanto già accaduto con la mediazione in materia civile e commerciale, di affrontare un passaggio obbligatorio verso la via della procedura giurisdizionale, a pena di improcedibilità della eventuale e futura domanda giudiziale.

Il tentativo di degiurisdizionalizzare buona parte delle dispute civilistiche che

¹ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 6.7.2015, *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2015.

² Autore dei paragrafi da 1) a 6) è l'Avv. *Gianluca Ludovici* (PhD in diritto dell'arbitrato interno ed internazionale). Coautore con l'Avv. *Domenico De Rito* del paragrafo 8).

³ L'Avv. *Domenico De Rito* si è occupato della parte relativa ai paragrafi da 7) a 12).

affollano le aule di giustizia italiane non si è limitato alle classiche ipotesi di controversie aventi esclusivamente ad oggetto situazioni giuridiche soggettive a carattere disponibile (ossia transigibili ai sensi dell'art. 1966 c.c., alienabili, rinunciabili e derogabili), ma ha finito per coinvolgere, e nei limiti che si spiegheranno tra breve, anche casi caratterizzati per loro natura da una inscindibile compresenza di posizioni tanto disponibili, quanto indisponibili: è questo indiscutibilmente il caso dei diritti e degli obblighi nascenti dai vincoli familiari e che si costituiscono, si modificano e si estinguono in ragione del progredire del rapporto tra coniugi e figli. Più precisamente, il nuovo istituto di derivazione francese⁴ della negoziazione assistita potrà essere applicato in via facoltativa alle ipotesi di crisi del rapporto di coniugio che sfocino nella sospensione e/o nella cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero nelle ipotesi di modifica delle condizioni di separazione o divorzio già in precedenza giudizialmente stabilite: questo non vuol dire che la convenzione di negoziazione sarà lo strumento per agire su posizioni in realtà indisponibili, che resteranno pur sempre intangibili per i rispettivi privati titolari, ma sta a significare che l'accordo di negoziazione potrà essere impiegato persino per la soluzione di questioni composite ed eterogenee, la cui complessità sarà data dal fatto che le decisioni adottate *inter privatos* circa situazioni giuridiche disponibili produrranno indirettamente, ma inevitabilmente, effetti anche su quelle indisponibili alle prime collegate. Pur rimanendo fermo il tradizionale e logico limite della indisponibilità per le soluzioni *ultra* o *extra* giudiziali, ammettere la possibilità di un'ipotesi di *alternative dispute resolution* per le controversie familiari di cui agli artt. 706 e ss. c.p.c. e di cui alla Legge 898/1970 si manifesta come un *quid novi* per l'esperienza giuridica italiana ed un passo nella direzione dell'ampliamento dei rimedi alternativi o derogatori rispetto alla giurisdizione statale, sorretto però non tanto dalla consapevolezza della validità dei mezzi di A.D.R., quanto dalla necessità di alleggerire il carico processuale delle corti di giustizia soprattutto in primo grado.

Senza ripercorrere in questa sede redazionale temi già trattati in precedenti scritti⁵, si appunterà ora l'attenzione sugli aspetti specifici della negoziazione assistita in tema di rapporti tra coniugi⁶, al fine di vagliare dal punto di vista

⁴ Lo strumento individuato dal Legislatore per il raggiungimento di tale obiettivo è un istituto che trova riferimento ed ispirazione nella *Loi sur l'acte de l'avocat* ovvero la negoziazione assistita, definita dallo stesso Legislatore all'art. 2, comma I come "...accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo...".

⁵ Sia consentita l'autocitazione G. LUDOVICI - D. DE RITO, *L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione*, 2014, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2014.

⁶ Sull'argomento della negoziazione assistita in sede familiare si vedano necessariamente tra i primi più rilevanti commenti: A. MEI, *La mediazione familiare e la convenzione di negoziazione assistita in presenza di figli nei procedimenti consensuali di separazione, divorzio e modifiche: due modi diversi di risolvere la crisi*, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2014; M. RINALDI, *D. L. n. 132/2014*,

dogmatico e pratico gli elementi costitutivi dell'istituto in questione, analizzando le eventuali problematiche e le relative possibili soluzioni, senza astenersi da una valutazione dello stesso, tenuto conto del contesto in cui questo è chiamato ad operare, del suo rapporto con altri strumenti giuridici aventi finalità analoghe e delle più o meno dichiarate aspettative del Legislatore.

L'esame condotto in queste pagine non potrà prescindere dalle prime pronunce giurisprudenziali emesse al riguardo ed ancor meno non potrà prescindere dal necessario coordinamento con le normative che sul piano tanto teorico, quanto pratico interagiranno con la negoziazione assistita familiare, prima fra tutte la disciplina del cosiddetto "divorzio breve"⁷.

Al riguardo, pur senza anticipare quanto si dirà in seguito (cfr. § 8), varrà sin d'ora precisare come debba accogliersi senz'altro con favore una novella che, nell'aura di una direzione di matrice europea, convogli nell'orientamento dell'abbreviazione del termine tra la separazione ed il divorzio, superando d'un tratto tutto quanto sinora di ostacolo su questo cammino, così come appare apprezzabile il tentativo di ricondurre alla sfera negoziale un aspetto della vita privata involgente diritti personali e rapporti patrimoniali e familiari, sino ad ora considerati indisponibili.

2. La procedura: fasi, competenza, termini e natura degli atti

Il procedimento di negoziazione assistita *in subiecta materia*, a differenza di quella generalmente prevista dall'art. 2 D.L. 132/2014, si compone di due fasi che potremmo definire rispettivamente *extra-giudiziale* e *giudiziale*⁸, nel senso che la prima è rimessa esclusivamente alla volontà ed alla autonomia negoziale dei coniugi, mentre la seconda prevede un passaggio obbligato attraverso il tribunale, che a seconda delle ipotesi che tra poco si prenderanno in considerazione, verrà adito nella persona del Procuratore della Repubblica e/o del Presidente del Tribunale competente per territorio.

Con riferimento alla prima fase *nulla quaestio*, poiché gli incumbenti e la procedura sono i medesimi previsti dall'art. 2 del decreto legge in commento, con la particolarità della necessaria presenza di un avvocato per parte, al fine

separazione e divorzio consensuali: addio Tribunali? Si va direttamente all'ufficiale dello stato civile, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2014; A. CICCIA, *La negoziazione assistita per separazioni e divorzi*, Italia Oggi, 2014, 21; S.U. DE SIMONE, *Le negoziazioni assistite nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in www.questionegiustizia.it, 2015.

⁷ Legge in data 11.05.2015, n. 55, pubblicata in G.U. del 06.05.2015.

⁸ La fase giudiziale non sarà comunque soggetta alla sospensione feriale, come ha avuto modo di chiarire il Ministero di Giustizia con nota in data 13.03.2015, n. 2309, per cui nel procedimento di negoziazione assistita non è applicabile la sospensione feriale dei termini processuali di cui all'art. 1, Legge n. 742/1969 e ss. mm. ed ii., in coerenza con la natura del procedimento non giurisdizionale.

di rendere effettiva anche sul mero piano formale l'esistenza di una trattativa e del raggiungimento di un risultato concordato tra le parti. A fianco a questo elemento di diversità deve rilevarsi pure che si versa in casi di negoziazione facoltativa ossia di negoziazione che non costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, residuando in capo ai coniugi che vogliano addivenire ad una separazione e/o ad un divorzio la possibilità, oltre che dell'esperimento della procedura particolare a mezzo dell'Ufficio del Sindaco (che sarà oggetto di autonoma trattazione nel presente scritto), di procedere nelle forme ordinarie del ricorso giurisdizionale. Peraltro la Legge consente la facoltà della negoziazione assistita in ambito familiare alle sole ipotesi di sospensione o cessazione degli effetti civili del matrimonio oppure di scioglimento del medesimo caratterizzate dalla consensualità della scelta dei coniugi e ciò sul non dichiarato presupposto che la conflittualità persistente anche dopo l'intervento di avvocati o mediatori familiari sia di tipo irriducibile e non sia, quindi, idonea ad una soluzione "negoziata" nelle forme e nei modi dell'*alternative dispute resolutions* previsti dall'ordinamento giuridico. In buona sostanza, coloro che intendano avvalersi dello strumento di cui all'art. 6 del decreto legge in esame dovranno procedere a concludere in forma scritta prevista a pena di nullità un accordo mediante il quale si convenga di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia e che contenga sia il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, che in ogni caso non dovrà essere inferiore a un mese, e l'oggetto della controversia, che non dovrà riguardare diritti indisponibili e che, nel caso in esame, non potrà che essere quello della separazione, del divorzio o della modifica di condizioni di separazione e/o divorzio precedentemente stabilite in via consensuale o giudiziale: esiste anche un contenuto specifico dell'accordo di negoziazione nelle ipotesi *de quibus*, contenuto del quale si darà compiutamente atto *infra* e che per ora può essere semplicemente indicato con l'obbligo di attestare che "gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare", nonché che gli stessi "hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori". In ogni caso gli avvocati certificheranno l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità professionale. Una volta compiuti questi incombeni si potrà pervenire al secondo e più specifico momento.

Quanto alla seconda fase, l'attuale versione dell'art. 6 D.L. 132/2014 opera una distinzione di fondo basata sulla presenza o meno di soggetti deboli per età o per carenze fisico-psichiche ovvero socio-economiche, prevedendo una procedura formalmente e sostanzialmente differenziata diretta ad offrire una teorica tutela più stringente in ipotesi di coinvolgimento di figli minorenni o maggiorenni in posizione comunque "disagiata". Il comma II dell'art. 6 di-

spone, infatti, che in mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ai sensi dell'art. 3, comma III, Legge n. 104/1992, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita verrà trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale territorialmente competente il quale, quando non ravviserà "irregolarità" (il termine impiegato dal Legislatore è volutamente generico), comunicherà agli avvocati il nullaosta per l'assolvimento dei successivi adempimenti. Al contrario, in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita dovrà essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale territorialmente competente, il quale, allorquando riterrà che l'accordo risponda all'interesse dei figli, lo autorizzerà; laddove tale valutazione dovesse avere esito negativo, il medesimo Procuratore della Repubblica lo trasmetterà, entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale territorialmente competente, il quale a sua volta disporrà, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti, provvedendo senza ritardo. Per primo va evidenziato l'ambito di applicazione dell'istituto in esame: rispetto all'originaria formulazione in sede di conversione si sono apportate significative modifiche al testo del decreto legge in commento, cosicché la norma di cui all'art. 6 si rivolge ora anche ai casi in cui vi sia presenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti economicamente o incapaci o portatori di *handicap* grave. La differenza di soggetti sensibili coinvolti nelle due ipotesi regolate dalla norma *de qua* si riverbera, come già visto in *incipit* di paragrafo, sulla differente disciplina della procedura da seguire nell'uno e nell'altro caso, nonché nella sostanza del controllo operato dalla Procura della Repubblica.

Nella prima ipotesi, infatti, è sufficiente che il vaglio di conformità dell'accordo dei coniugi rispetto all'ordinamento giuridico si appunti sulla assenza di irregolarità: ciò, nonostante l'eccessiva genericità del termine, sembra opportuno debba intendersi come assenza di clausole contrarie all'ordine pubblico interno ed allo *ius cogens* ossia alle norme imperative (inderogabili ed irrinunciabili) dell'ordinamento giuridico stesso. In tal senso depone anche un'interpretazione di tipo sistematico rispetto agli altri commi dell'art. 6 ed alle disposizioni dettate dal D.L. 132/2014, in quanto, come tra breve si vedrà, tanto le disposizioni in tema di contenuto dell'accordo di negoziazione, quanto le regole che impongono il rispetto di certi parametri, richiedono l'assoluto rispetto dei principi fondanti e fondamentali operanti *in subiecta materia* nel sistema giudiziario italiano. In caso di rigetto dell'accordo, pur nel silenzio della Legge, si ritiene che la convenzione negoziale tra i coniugi dovrà essere rivisitata in ossequio ai rilievi mossi dal P.M. e conseguentemente ripresentata per un nuovo ed ulteriore va-

glio di regolarità; laddove il controllo abbia esito positivo, invece, verrà rilasciato un nullaosta che consentirà alla parti o meglio ai rispettivi avvocati di porre in essere gli adempimenti di tipo amministrativo diretti a rendere effettivamente operante (*rectius*: esecutivo) il contenuto della convenzione.

Nel secondo caso, invece, il D.L. 132/2014, così come convertito dalla Legge 162/2014, è previsto un preventivo esame da parte della Procura della Repubblica che abbia ad oggetto il soddisfacimento degli interessi dei figli dei coniugi in procinto di separazione o di divorzio o, più correttamente, l'assenza di pregiudizio per gli interessi della prole minorenni o maggiorenne ma in situazione di disagio rilevante ai sensi e per i fini del decreto legge in argomento⁹. L'espressione richiama quella di cui all'art. 155 *quater* c.c. dettata in tema di assegnazione della casa coniugale, che deve avvenire per l'appunto nel rispetto dell'interesse della prole a permanere nell'*habitat* domestico¹⁰, nonché quella di cui alla Legge n. 54/2006, cosiddetta "legge sull'affido condiviso", la quale prevede che l'affidamento del minore avvenga nell'esclusivo interesse di quest'ultimo¹¹; in realtà quello del soddisfacimento preventivo del primario interesse della prole è una sorta di *lietmotiv* o *fil rouge* nel diritto di famiglia italiano previsto sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale ed è espressione della necessità di tutela di quei soggetti che nel nucleo familiare, ancor più in situazioni di crisi dei coniugi e delle loro relazioni, appaiono i più deboli e soprattutto i più esposti, tanto sul piano personale, quanto su quello economico, alle spiacevoli conseguenze delle scelte dei propri genitori. Fermo restando che dovrà operarsi sempre una valutazione concreta effettuata caso per caso, l'interesse dei figli, dunque, risulterà astrattamente tutelato tutte quelle volte in cui non risultino pregiudicate le linee di indirizzo educativo, formativo, religioso le quali siano destinate ad incidere profondamente sulla formazione come persona dei figli, e siano, pertanto, in condizioni di svolgimento non critico dei rapporti coniugali e parentali, rimesse ad un esercizio congiunto della responsabilità genitoriale. Ne deriva che la convenzione di negoziazione assistita dovrà in questi casi avvenire senza pregiudizio

⁹ Il riferimento all'interesse dei figli non è certamente confinabile alla sola prole minore di età, poiché solo una considerazione di tutte le categorie di figli ricompresi dalla normativa in esame può realizzare una effettiva e concreta tutela. In tal senso si veda pure: S.U. DE SIMONE, *Le negoziazioni assistite nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in www.questionegiustizia.it, 2015, il quale ha argomentato sulle motivazioni per cui il Legislatore ha escluso la categoria dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché si è interrogato sul fatto "se i figli maggiorenni non economicamente autosufficienti i quali si sentano lesi nel loro diritto a godere di un contributo al mantenimento dall'accordo raggiunto dai loro genitori possano intervenire nella procedura per impedire il rilascio dell'autorizzazione ovvero ancora se, emessa l'autorizzazione dal P.M., essi siano legittimati ad impugnare l'atto frutto della negoziazione assistita, visto che a seguito dell'autorizzazione l'accordo viene direttamente trasmesso all'ufficiale dello stato civile per la annotazione nei registri di matrimonio o negli atti di nascita".

¹⁰ Cfr., Cass., Sez. I, sentenza in data 15.07.2014, n. 16171, in www.altalex.com.

¹¹ Cfr., Cass., Sez. I, sentenza in data 03.12.2012, n. 21591, in www.altalex.com.

per le decisioni sull'educazione (scolastica ed *extra*-scolastica) dei figli, per la scelta in merito alla confessione religiosa ed alle pratiche connesse, per le decisioni inerenti la salute dei figli ed ai relativi trattamenti sanitari e farmacologici. Dal punto di vista prettamente patrimoniale, l'interesse dei figli (minori) dovrà essere tutelato nel rispetto dell'art. 320 c.c.: l'accordo di negoziazione non dovrà, allora, essere lo strumento mediante il quale vengano compiuti atti di straordinaria amministrazione del patrimonio della prole, attività che come noto può essere realizzata dai genitori solo se necessitata e previamente autorizzata dal Giudice tutelare, il quale ne dovrà verificare evidentemente la rispondenza agli interessi patrimoniali, economici e finanziari dei figli minorenni. Il controllo che la Procura dovrà operare non sostituirà mai il vaglio autorizzativo del Giudice tutelare, ma nella sostanza coinciderà *in parte qua* con quest'ultimo, atteso che si concretizzerà in una valutazione della convenienza ed opportunità delle decisioni dei coniugi-genitori.

In ottica prettamente procedurale, le prime applicazioni pratiche inducono a ritenere che il parere negativo del P.M. possa essere sconfessato dal Tribunale in persona del Presidente: si consideri al riguardo la pronuncia del Tribunale di Palermo, che chi scrive ritiene assolutamente condivisibile, secondo cui *“in tema di negoziazione assistita per la soluzione consensuale della separazione personale, ed, in particolare, in ordine ai poteri di verifica da parte dell'organo giurisdizionale della corrispondenza delle condizioni pattuite all'interesse dei figli, posto che il parere del P.M. è obbligatorio ma non certamente vincolante, deve ritenersi che il presidente del Tribunale, rivalutate le condizioni, le ragioni addotte a sostegno dell'accordo e la documentazione allegata, possa, in difformità al parere del P.M., ravvisare, invece, l'adeguatezza delle condizioni e sufficientemente salvaguardati gli interessi della prole, così da potere autorizzare l'accordo”*¹². Il Tribunale di Torino e parte dei primi commentatori¹³, con un respiro più ampio hanno ritenuto che una volta trasmesso l'accordo non munito del *placet* al Presidente del Tribunale, questi fissi udienza, consentendo alle parti che non vogliano aderire supinamente ai rilievi dell'Ufficio del Pubblico Ministero di formalizzare una specifica istanza con cui introdurre delle modifiche sostanziali all'accordo già depositato: conseguentemente il Tribunale Piemontese ha chiarito come, qualora le parti non abbiano depositato alcun ricorso “integrativo” dell'accordo *de quo* e le stesse *“comparendo davanti al Presidente dichiarino di aderire pienamente ai rilievi effettuati dal PM, l'accordo potrà essere autorizzato dal Presidente (di conseguenza restando nell'alveo della de-giurisdizionalizzazione di cui*

¹² Sic: Trib.Civ. Palermo, sentenza in data 24.3.2015, in www.lanuovaproceduracivile.com.

¹³ Trib.Civ. Torino, ordinanza in data 20.04.2015, in G. VACCARO, *Negoziazione assistita, no del PM all'accordo di separazione: la prima pronuncia è del Tribunale di Torino*, 2015, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

*alla L. 162/14)*¹⁴.

Sebbene la Legge non dica nulla al riguardo, è ovvio attendersi che anche in questo caso il Pubblico Ministero, a fianco al controllo del rispetto degli interessi della prole minorenni o disagiata, debba sempre procedere ad un vaglio di regolarità analogo, se non identico a quello della prima ipotesi e ciò sia per ragioni di sistematicità, quanto di logicità (giuridica); ne deriva che anche in questo secondo caso l'accordo dovrà sempre rispettare le norme imperative e l'ordine pubblico, nonché essere conforme al paradigma procedurale degli artt. 2 e ss. D.L. 132/2014. L'esito positivo del vaglio del P.M. produce lo stesso effetto autorizzativo del nulla osta della prima ipotesi, consentendo alle parti ed ai loro avvocati di proseguire nell'*iter* amministrativo che approderà dinanzi all'Ufficiale dello Stato Civile per "legalizzare" e consacrare l'accordo di negoziazione. L'esito negativo, invece, conduce alla prosecuzione in sede giudiziale davanti al Presidente del Tribunale, il quale provvederà alla soluzione del caso concreto senza particolari formalità e soprattutto senza ritardo.

I termini cronologici indicati dalle norme in commento (i 5, 10 e 30 giorni che cadenzano i passaggi dal P.M. al Presidente del Tribunale) debbono intendersi avere carattere ordinatorio e ciò in conformità con l'art. 152 c.p.c., che stabilisce come il carattere perentorio dei termini debba essere espressamente indicato dalla Legge; ne deriva che il mancato rispetto dei medesimi non darà luogo ad alcuna conseguenza né per il procedimento, né per l'Ufficio che avrà determinato l'inadempimento del precetto normativo. Analogamente deve ritenersi per l'espressione "*senza ritardo*", la quale identificando un intervallo temporale assolutamente indeterminato dovrà essere interpretata nel senso di una sorta di vera e propria esortazione a provvedere in tempi rapidi, senza che al mancato ascolto della stessa sia collegata alcuna sanzione. I rilievi sin qui mossi in tema di non perentorietà dei termini, soprattutto all'esito della approvazione delle modifiche contenute nella Legge di conversione 162/2014, che hanno introdotto l'obbligatorietà dell'intervento del P.M. in caso di assenza di figli minorenni o maggiorenni in situazione di disagio socio-economico o fisico-psichico, rendono chiaro come il risparmio sui tempi delle procedure di

¹⁴ Sic: Trib. Civ. Torino, ordinanza in data 20.04.2015, in G. VACCARO, *Negoziazione assistita, no del PM all'accordo di separazione: la prima pronuncia è del Tribunale di Torino*, 2015, in www.diritto24.ilsole24ore.com, secondo il quale: "Al contrario, ove le parti abbiano integrato, giusto lo specifico provvedimento di fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti, l'originario Accordo - non autorizzato- con una domanda giudiziale, nel rispetto dei canoni procedurali, ben si potrà considerare il primitivo accordo "rinunciato" con l'archiviazione del relativo fascicolo e la contestuale discussione, nella medesima udienza, del "nuovo" procedimento, iscritto al ruolo giusta la domanda "giurisdizionale" correttamente formulata, così potendo provvedere "senza indugio" nel merito, con il successivo passaggio della relativa pronuncia, avanti al PM per gli adempimenti normativi previsti dalla via ordinaria". In tema di primi contrasti giurisprudenziali sulla procedura giudiziale da seguire e sugli esiti del controllo della Procura della Repubblica si prenda in considerazione G. SPINA, *Negoziazione assistita familiare con figli minori: cosa accade se il PM non autorizza l'accordo? Contrasto giurisprudenziale nella prima giurisprudenza di merito*, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2015.

separazione e divorzio consensuali sia stato in buona parte vanificato proprio dal provvedimento parlamentare di conversione, atteso che la necessità della fase “giudiziale” in qualunque situazione, seppur con il solo vaglio della procura della Repubblica, giustificherà (di fatto ed in costanza di termini procedurali meramente ordinatori) i consueti ritardi nelle decisioni dei magistrati, essendo certamente questi ultimi oberati da un eccessivo carico lavorativo; ciò si farà ancor più sentire, poi, in ipotesi di situazioni familiari connotate dalla presenza di prole minore di età o nelle condizioni di disagio previste *ex lege*, in cui la celerità dell’intervento è auspicabile e necessaria.

In secondo luogo si deve precisare come la norma in argomento presupponga la competenza territoriale prevista già dal codice di procedura civile in materia di separazione e divorzio¹⁵; il rinvio alle disposizioni di cui agli artt. 18 e/o 706 e ss. c.p.c. è implicito ed indiretto, ma altrettanto ovvio se si considera che nessuna deroga al riguardo è contenuta nella disciplina dell’art. 6 D.L. 132/2014. Conseguentemente la proposta di accordo elaborata in sede di negoziazione assistita sarà sottoposta al vaglio della Procura della Repubblica presso il Tribunale del luogo dell’ultima residenza dei coniugi o, in mancanza, del luogo nel quale il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio: se quest’ultimo risiede all’estero, la competenza spetta al giudice del luogo dell’ultima residenza o domicilio del ricorrente, mentre se entrambi i coniugi sono residenti all’estero sarà competente qualunque Tribunale della Repubblica. La terminologia impiegata dalle norme del codice di rito dovrà essere adeguata in ragione del carattere “negoziato” delle iniziative dirette alla regolamentazione della sospensione e/o cessazione degli effetti civili del matrimonio, considerato che analogamente a quanto accade nelle procedure di separazione e/o divorzio consensuali non esiste un vero e proprio “ricorrente”, né un vero e proprio “convenuto”, ma tutt’al più una parte che ha dato origi-

¹⁵ Con la possibilità di applicare le regole generali in materia di competenza di cui agli artt. 18 ss. ovvero di applicare i criteri specifici previsti dal Legislatore per le separazioni personali dei coniugi di cui all’art. 706 c.p.c. (così come recentemente modificato dall’art. 2 comma III, lett. e) *ter* del Decreto Legge in data 14.03.2005, n. 35, convertito con modificazioni nella Legge in data 14.05.2005, n. 80). Sul punto si veda: D. PERRONE, *Criterio della competenza territoriale nel procedimento di separazione consensuale*, 2014, www.altalex.com, secondo cui: “Ora, risulta condiviso anche in giurisprudenza l’orientamento in base al quale qualsiasi domanda di separazione, anche consensuale, debba comunque seguire le regole speciali in materia di competenza di cui all’art. 706 del codice di procedura civile. Tale conclusione, infatti si può agevolmente dedurre a contrario da diverse pronunce della Suprema Corte¹, in cui si afferma appunto la necessaria applicabilità delle regole comuni di cui agli artt. 18 e seguenti del codice di procedura civile nel caso di domande di modifica dei provvedimenti esclusivamente di contenuto patrimoniale disposti dal giudice nel corso del procedimento di separazione. In altre parole, nel caso di provvedimenti aventi contenuto esclusivamente patrimoniale, adottati ai sensi dell’art. 710 o dell’art. 711, quinto comma, del codice di procedura civile, si dovranno applicare le ordinarie regole in tema di competenza (per materia, per valore, per territorio), mentre in tutti i restanti casi si dovrà fare riferimento anche per la separazione consensuale alle regole previste in tema di separazione su domanda unilaterale *ex art.* 706 del codice di procedura civile, così come recentemente modificato dall’art. 2 comma 3° lett. e *ter* del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 14 maggio 2005, n. 80”.

ne alla trattativa in cui si sostanzia la negoziazione assistita (paragonabile al ricorrente) ed una parte che ha ricevuto l'invito a risolvere stragiudizialmente la *querelle* insorta (paragonabile al convenuto-resistente).

Particolare interesse riveste la questione della natura dell'accordo raggiunto dai coniugi dopo il nullaosta del P.M. o dopo l'eventuale provvedimento giudiziale emesso in caso di rilevata "non contrarietà" dell'accordo agli interessi dei figli nella seconda ipotesi di negoziazione in materia familiare. A tal proposito recita testualmente che l'art. 6, comma III: "*L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma I, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*". Ne deriva che nessun problema si pone circa l'inquadramento giuridico, particolarmente in tema di efficacia¹⁶, degli accordi realizzati tra i coniugi in vista della sospensione o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, laddove i medesimi abbiano superato con successo il controllo del Pubblico Ministero sulla regolarità procedurale (rispetto della cronologia della negoziazione, nonché dei contenuti e della forma dell'accordo) e sostanziale (disponibilità dei diritti, conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico) ovvero sull'assenza di pregiudizi per gli interessi della prole minore di età o nelle condizioni di disagio di cui si è detto: tali atti sono parificati *ex lege* e *quoad effectum* al decreto di omologa della separazione o del divorzio consensuali emessi dal Tribunale in composizione collegiale ovvero alle sentenze che nella stessa composizione il Giudice pronuncia all'esito della procedura giudiziale, per cui saranno vincolanti per le parti¹⁷. Affinché una simile efficacia venga espressa dall'accordo di negoziazione *in subiecta materia* il decreto legge in esame impone agli avvocati delle parti coinvolte nella "disputa" di assolvere, sotto pena di rilevantissima sanzione amministrativa, l'obbligo di trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto¹⁸, copia autenticata dagli stessi dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'art. 5 D.L. 132/2014 ossia delle attestazioni relative alla conformità della convenzione alle norme imperative ed all'ordine pubblico. Il richiamo al citato art. 5 sembra oppor-

¹⁶ In argomento si consideri: S.U. DE SIMONE, *Le negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in www.questionegiustizia.it, 2015.

¹⁷ Come noto secondo autorevolissima dottrina (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, VII, Milano, 2013), che si condivide senza riserve, le sentenze hanno *inter partes* la stessa efficacia dei contratti, ragion per cui laddove i contendenti raggiungano un accordo in tal senso e pur sempre in ipotesi di statuizioni che involgano posizione giuridiche disponibili, è sempre ammessa una deroga al *dictum* giudiziale.

¹⁸ A seconda che si tratti di matrimonio civile o concordatario. Cfr., sul punto M. RINALDI, *D. L. n. 132/2014, separazione e divorzio consensuali: addio Tribunali? Si va direttamente all'ufficiale dello stato civile*, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2014.

tuno debba essere considerato integrale, cosicché il superiore vaglio da parte della Procura della Repubblica dovrebbe ritenersi non certamente sostitutivo del controllo operato dal Pubblico Ufficiale al momento della autentica delle sottoscrizioni del verbale di accordo, qualora con quest'ultimo i coniugi abbiano realizzato un contratto o un atto soggetti a trascrizione.

Analogamente non sorgono problemi per la qualificazione degli atti ordinatori e/o decisori posti in essere dal Tribunale all'esito del controllo negativo operato dal P.M. relativamente all'interesse dei figli; il confluire della procedura in sede giudiziale, nell'ambito dei procedimenti di cui all'art. 711 c.p.c. fa sì che gli atti adottati dall'organo giurisdizionale in fase presidenziale e camerale rispondano al paradigma legale predisposto dall'ordinamento processualcivile, in modo tale che i coniugi ne risulteranno vincolati in virtù di quanto previsto dal codice di rito.

Discorso a parte meritano, invece, gli atti realizzati dalla Procura della Repubblica: pur nel censurabile silenzio del Legislatore quanto alla forma dei provvedimenti *de quibus*, criticata anche in sede di lavori parlamentari¹⁹, nonché tenuto conto della natura del controllo operato dal Pubblico Ministero e delle funzioni svolte da quest'ultimo in relazione all'accertamento circa l'assenza di irregolarità e di pregiudizi per la prole minorenni o maggiorenne disagiata (a seconda che si versi nella prima o nella seconda ipotesi normativa), quella operata dal Procuratore della Repubblica è più che altro un'attività di carattere amministrativo²⁰, destinata a produrre effetti endoprocedimentali e mai definitivi o sostanzialmente decisori.

Nel caso in cui siano assenti figli minori e figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti, il P.M. si trova nell'alternativa di acconsentire o meno all'accordo; nel primo caso rilascia un vero e proprio nullaosta che consente alle parti ed ai rispettivi avvocati di procedere con le comunicazioni all'Ufficiale dello Stato Civile, mentre nel secondo mette i coniugi ed i rispettivi procuratori nella condizione di presentare di nuovo l'accordo con le opportune modifiche rese necessarie dai rilievi effettuati dalla Procura della Repubblica. Per tale motivo e nonostante il silenzio della Legge al riguardo, nonché in forza di ragioni di mera logica giuridica e di coerenza di sistema, chi scrive ritiene che il provvedimento di rigetto

¹⁹ Cfr., A. CICCIA, *La negoziazione assistita per separazioni e divorzi*, Italia Oggi, 2014, 21.

²⁰ Nel senso della rilevanza prettamente amministrativa dell'attività e degli atti del P.M. *in subiecta materia* si è pure espresso il Ministero della Giustizia, con nota in data 13.03.2015, n. 2309, in virtù della quale è stato chiarito che quando l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita viene depositato presso la Procura della Repubblica al fine di ottenere l'autorizzazione o il nulla osta richiesto dalla Legge, non è dovuto il pagamento del contributo unificato, proprio in considerazione del fatto che "nel procedimento di negoziazione assistita il procuratore della Repubblica svolge un'attività di controllo e verifica con caratteri di natura amministrativa in sintonia con lo spirito e la ratio della Legge che ha degiurisdizionalizzato la materia in oggetto".

debba contenere un *minimum* di motivazione, finalizzata a porre i destinatari del diniego nella posizione di rivedere e calibrare il nuovo accordo nel rispetto dei parametri normativi e legali eventualmente violati.

Qualora si sia in presenza di figli minori e di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti le osservazioni sin qui svolte nella sostanza non cambiano: se la situazione è assolutamente identica per l'ipotesi del rilascio del consenso alla prosecuzione dell'*iter* verso la registrazione dell'accordo presso i registri dello stato civile, per l'ipotesi di diniego la decisione del P.M. mantiene ancor di più un carattere amministrativo endoprocedimentale, atteso che invece di rimettere la questione ai coniugi, la vicenda prosegue in sede giudiziale e sul provvedimento della Procura della Repubblica, così come su tutti gli altri aspetti coinvolti dall'accordo di negoziazione, si pronuncerà direttamente il Tribunale, in persona del Presidente, il quale, con il conforto dato dalla giurisprudenza di primo grado sin qui elaborata e *supra* richiamata²¹, sarà assolutamente libero di esprimere valutazioni contrarie a quelle del P.M. e ritenere corretto l'accordo raggiunto dai coniugi.

3. I parametri della convenzione di negoziazione: la conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico, nonché il rispetto delle situazioni giuridiche soggettive indisponibili

Sotto il punto di vista dei parametri legali da rispettare per l'espletamento della procedura di negoziazione assistita in ambito familiare, l'art. 6 D.L. 132/2014 non prevede particolari differenze rispetto alla procedura di cui all'art. 2 del medesimo testo normativo, anzi considera gli stessi elementi che fanno da argine al tentativo di risolvere stragiudizialmente la controversia attraverso lo strumento della negoziazione. In altri termini, l'accordo eventualmente raggiunto dai coniugi in vista della separazione e/o del divorzio dovrà comunque risultare conforme alle norme imperative ed all'ordine pubblico ossia a quelle disposizioni espresse ed a quei principi impliciti che caratterizzano l'ordinamento e ne costituiscono la sua parte normativa irrinunciabile. Entrambi i parametri in questione, talvolta insieme al cosiddetto "buon costume", sono tradizionalmente previsti nel sistema di diritto italiano come linee guida oltre le quali non può muoversi l'autonomia negoziale dei singoli, ponendosi a garanzia della coerenza logico-giuridica dell'intero ordinamento interno. Per norma imperativa deve, quindi, intendersi secondo il più preferibile orientamento dottrinario²² *"la norma proibitiva che, sulla base dell'esigenza di*

²¹ Trib. Civ. Palermo, sentenza in data 24.3.2015, in www.lanuovaproceduracivile.com.

²² C.M. BIANCA, G. PATTI, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, 393, per cui l'imperatività

protezione di valori morali e sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata". Il ricorso a soluzioni definitorie non codificate in testi normativi è conseguenza del fatto che il codice di diritto sostanziale non contiene una nozione delle norme imperative, né offre un'elencazione, neppure indicativa, delle singole disposizioni da considerare tali, tanto che, come autorevoli voci dottrinarie hanno avuto l'occasione di rilevare, "*si è chiamati a relazionare questa clausola elastica con l'intero sistema di diritto al fine di riempirla con i doverosi e necessari contenuti logico-giuridici*"²³: in estrema sintesi l'opera di individuazione caso per caso è rimessa all'interprete che dovrà procedere ad un'indagine sullo spirito della norma, in virtù del quale enucleare il carattere imperativo di una disposizione dalla indisponibilità dell'interesse tutelato dalla stessa, con particolare riferimento per la materia in esame agli *status* ed alle condizioni dei coniugi e dei figli. Dal punto di vista teorico si è, a bene vedere, in presenza di una linea discriminante molto sottile tra le norme di applicazione necessaria in esame e quelle che attribuiscono i diritti indisponibili, anche se sul piano pratico entrambe le categorie risultano intangibili a mezzo della negoziazione assistita.

L'ordine pubblico, invece, deve essere inteso come il nucleo di principi (e non delle norme scritte) espressione di precetti fondamentali e fondanti l'ordinamento giuridico in una parte specifica dello stesso e, nella sua accezione etico-politica e socio-economica, talvolta già desumibile dalle disposizioni espresse contenute nei testi normativi. Secondo taluni l'ordine pubblico è una formula descrittiva e riassuntiva dei precetti già posti in modo autonomo dalle singole norme imperative. Secondo un'opinione dottrina più recente, invece, l'ordine pubblico è in realtà l'espressione di una clausola generale che consente un utilizzo giurisprudenziale del principio, con ciò alludendo molto probabilmente alla possibilità di estrinsecazione da parte dei giudici, interpreti della norma in sede di risoluzione delle controversie, dello spirito essenziale ed incontrovertibile desumibile dalle disposizioni pronunciate *expressis verbis*.

Nell'ambito dei rapporti familiari, come per altri settori del diritto sostanziale, le norme imperative e l'ordine pubblico costituiscono una sorta di endiadi espressione di un nucleo invalicabile ed intangibile di norme e principi assolutamente inderogabili, date al fine di realizzare quelle garanzie riconosciute dal sistema giudiziale ai soggetti che nell'ambito del rapporto familiare possono

della norma giuridica consiste nella sua necessaria coerenza o inderogabilità; RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 585 e ss.

²³ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 120, il quale rileva che proprio la mancanza di una nozione legale della norma imperativa fa sì che diventi compito dell'interprete ricavarne la relativa nozione dall'intero sistema giuridico.

e sono il più delle volte in posizione di “svantaggio” o di “subordine” non soltanto di natura economica. In tal senso la previsione di tali parametri ben si concilia con la necessità che la negoziazione, così come qualsiasi “attività” giuridicamente rilevante posta in essere dai singoli privati, abbia ad oggetto diritti disponibili, la qual cosa, pertanto, non deve essere ritenuta prerogativa della negoziazione assistita per le materie di cui all’art. 2 D.L. 132/2014, ma più in generale anche per la negoziazione assistita in tema di famiglia; nel caso di specie distinguere la disponibilità o meno di una situazione giuridica soggettiva sarà evento certamente più arduo atteso che i rapporti che si instaurano all’interno di un nucleo familiare con il matrimonio e/o con la filiazione tendono a sovrapporsi ed a costituire un complesso di non facile soluzione, nonché considerato che alcuni rapporti economici (tradizionalmente ritenuti *lato sensu* afferenti a posizioni giuridiche disponibili) non possono certamente ritenersi rinunciabili e/o derogabili in ragione del soddisfacimento di esigenze di carattere non esclusivamente privatistico, quali ad esempio il diritto agli alimenti.

In estrema sintesi la negoziazione assistita in caso di sospensione o cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero di scioglimento del medesimo dovrà avvenire con estrema cautela, dovendosi avere cura di discernere *cum grano salis* quali situazioni giuridiche possano esserne coinvolte e quali soluzioni siano più rispondenti non solo alle esigenze dei singoli coniugi, ma soprattutto dei figli minori e/o maggiorenni in difficoltà normativamente rilevante e riconosciuta. Non appare secondario che in questo ambito il ricorso alla negoziazione sia “confinato” ai casi di separazione e di divorzio consensuali e sia comunque del tutto eventuale (*id est*: facoltativo), in quanto rimesso alla volontà unanime di entrambi i coniugi, così come non appare secondario che a differenza della negoziazione assistita in generale sia previsto in ogni caso un passaggio pseudo-giudiziale mediante il ricorso al vaglio di un soggetto, la Procura della Repubblica presso il Tribunale territorialmente competente, che ha funzioni di garanzia del rispetto dell’intero sistema giuridico all’interno del quale avviene l’evento “separazione” o “divorzio”, la quale dovrà rilevare irregolarità non solo di carattere formale o procedurale, ma soprattutto di ordine sostanziale (rispetto delle norme imperative, dell’ordine pubblico e della disponibilità dei diritti coinvolti nella vicenda).

4. Il contenuto tipico e necessario della convenzione

Si è già avuto modo di chiarire come la negoziazione assistita in tema di separazione e divorzio sia, per quanto afferisce alla prima fase, sostanzialmente identica alla negoziazione prevista in generale dall’art. 2 D.L. 132/2014:

ciò vuol dire che saranno sempre e comunque indispensabili la pronuncia di cooperazione in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia, l'indicazione del termine temporale non inferiore a trenta giorni per l'espletamento della procedura, nonché l'enunciazione dell'oggetto della controversia, in modo tale che possano essere chiare le situazioni giuridiche soggettive coinvolte nella disputa.

Tuttavia, a differenza di tutti gli altri casi per cui l'esperimento dell'istituto alternativo alla giurisdizione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, il contenuto necessario viene qui incrementato da ulteriori elementi tipici, propri delle sole ipotesi di sospensione o cessazione degli effetti civili del matrimonio. L'art. 6, comma III D.L. 132/2014 è inequivocabile al riguardo: gli avvocati dei coniugi dovranno dare atto dell'avvenuto effettivo tentativo di conciliare le parti, dell'aver rilasciato un'informativa circa la possibilità per le parti di ricorrere alla mediazione familiare, nonché l'informativa sulla necessità dei coniugi di trascorrere tempi adeguati con i figli minori degli stessi. A ben vedere si tratta di mere dichiarazioni che hanno come referente i soli avvocati dei coniugi, i quali dovranno allora preventivamente adempiere a degli obblighi presupposti rispetto alle attestazioni *de quibus*. In particolare, i procuratori delle parti dovranno esperire un tentativo di conciliazione analogo, se non identico a quello esperito dal Tribunale in sede di udienza presidenziale a mezzo del quale verificare se sussistono i presupposti perché la crisi coniugale-familiare possa essere affrontata e soprattutto superata, così da poter ricondurre i coniugi allo stato originario della serenità, della reciproca assistenza e della collaborazione. Quanto alla necessità di informare i coniugi della possibilità di ricorrere ad un mediatore familiare, si tratta di una quasi assoluta novità, considerato che sino ad oggi nessuna norma prevedeva che l'organo giurisdizionale dinanzi al quale celebrare il rito della separazione e/o del divorzio avrebbe dovuto rendere edotte le parti di una simile possibilità: né l'art. 708 c.c., né tantomeno l'art. 4 Legge 898/1970 hanno mai, infatti, fatto riferimento all'istituto della mediazione familiare, mentre il solo art. 337 *octies* c.c. prevede la possibilità che il giudice differisca l'adozione dei provvedimenti dell'affidamento dei minori in caso di separazione, allorquando le parti acconsentano a rivolgersi ad esperti per tentare una mediazione²⁴.

Gli obblighi in argomento, pertanto, vengono posti indirettamente a carico dei procuratori legali dei coniugi, poiché appaiono (e più propriamente sono) logicamente presupposti all'adempimento, in sé e per sé meramente formale, dell'obbligo di dare atto nell'accordo di avervi provveduto. Si tratta di attività ulteriori che vengono attribuite alla figura dell'avvocato e che sfuggono all'ufficio svolto tradizionalmente da quest'ultimo nel settore dei conflitti familiari,

²⁴ Sul punto si veda: A. CICCIA, *La negoziazione assistita per separazioni e divorzi*, Italia Oggi, 2014, 22.

vagheggiando un ruolo diverso del difensore, definibile quasi “morale”, che va oltre alla funzione di collaborazione nei confronti dell’ordinamento giuridico e del sistema giudiziale e sconfinava in compiti socialmente e moralmente rilevanti.

5. Il ruolo del P.M.

Si è già affermato che la procedura di negoziazione assistita *de qua*, che potremmo definire “ordinaria” ovvero quella che presuppone il ricorso obbligato ad un Ufficio Giudiziario, prevede la necessità del passaggio per il tramite della Procura della Repubblica presso il Tribunale competente per territorio. Un simile coinvolgimento del Pubblico Ministero è forse facilmente spiegabile con la rilevanza non prettamente privatistica degli interessi coinvolti nei casi di separazione e/o divorzio e, quindi, con il carattere non esclusivamente disponibile delle posizioni giuridiche inerenti il rapporto matrimoniale nella sua fase critica o definitiva.

Come anticipato in premessa, infatti, i rapporti che legano coniugi e figli all’interno della famiglia non hanno necessariamente il requisito della disponibilità ossia della possibilità di essere rinunciati o derogati *lato sensu*, anzi, al contrario, proprio quelli che caratterizzano da un punto di vista morale e giuridico il matrimonio ed i legami familiari in genere sono di ben altra natura, afferendo a nuclei e classi di valori tanto superiori, che l’ordinamento giuridico non concede ai relativi titolari la più ampia ed assoluta autonomia al riguardo. Il ruolo del P.M. in queste particolari situazioni non è una novità introdotta dalla riforma del 2014, in quanto come noto il codice di rito richiedeva già l’intervento del Pubblico Ministero, tra le altre, nelle cause matrimoniali comprese quelle di separazione personale dei coniugi *ex art. 70, n. 2) c.p.c.* Quanto sin qui detto, dunque, dovrebbe avvalorare l’idea della presenza del P.M. come garanzia del rispetto delle norme irrinunciabili ed inderogabili (*rectius*: imperative) in tema di famiglia e matrimonio, delle norme che compongono il cosiddetto ordine pubblico interno e più in generale delle situazioni indisponibili quali, ad esempio, i diritti di libertà ed i diritti personalissimi dei componenti la famiglia, doveri coniugali di fedeltà, coabitazione, assistenza morale e collaborazione che non vengono comunque meno con la sospensione del matrimonio conseguente alla separazione, nonché il diritto agli alimenti *ex artt. 433 e ss. c.c.*

Non a caso gli incumbenti che il D.L. 132/2014 e la Legge di conversione n. 162 in data 10.11.2014 assegnano ai componenti della Procura della Repubblica sembrano presupporre in capo al P.M. non solo il compito finale e mediato di vaglio preliminare alla validità ed efficacia dell’accordo raggiunto

dai coniugi in esecuzione della negoziazione assistita, ma anche il ruolo (da esercitarsi in via immediata) di verifica della regolarità formale e sostanziale della procedura. La stessa natura “amministrativa” con efficacia endoprocedimentale dei provvedimenti di nullaoستا e di diniego potenzialmente producibili dall’Ufficio del Pubblico Ministero, la cui qualificazione giuridica è già stata presa in esame in precedenza, depone necessariamente a favore della tesi secondo cui la Procura della Repubblica assolve a compiti di garanzia e coerenza rispetto all’assetto dei valori e dei diritti proprio dell’ordinamento giuridico, scongiurando essenzialmente soluzioni proposte dai privati (*id est*: i coniugi) non in linea con le norme inderogabili ed i principi di diritto e tutelando i soggetti coinvolti dalla separazione e dal divorzio che si trovino in posizione di debolezza o svantaggio socio-economico.

In questa ottica appare interessante ricordare quanto accaduto dinanzi al Tribunale di Torino il cui Presidente era stato adito a seguito del diniego espresso (e confermato con l’ordinanza del predetto Ufficio Giudiziario in data 20.04.2015²⁵) da parte della Procura della Repubblica del capoluogo Piemontese, sul presupposto che le parti avevano omesso di regolare la misura e le modalità del contributo al mantenimento sulle stesse gravante *ex lege* rispetto al comune figlio maggiorenne, ma ancora non autosufficiente sotto l’aspetto economico. Si è ritenuto da parte dei primi commentatori del provvedimento giudiziale *de quo* che un simile risultato manifestasse una grave lacuna del testo normativo quanto ad indicazione del contenuto necessario dell’accordo di negoziazione; a ben vedere quanto appena detto può essere fondato se ci si riferisce alle sole indicazioni espresse, ma perde di significato non solo se si ricorda che la convenzione di negoziazione in ambito familiare deve rispettare le norme imperative e l’ordine pubblico e, dunque, non deve presentare omissioni che possano determinare un simile effetto, ma anche e soprattutto se si pone mente al fatto che compito esplicito del Pubblico Ministero è proprio quello di vigilare al fine di tutelare l’interesse della prole minorennе e maggiorenne in posizione disagiata dal punto di vista sanitario e/o socio-economico. Al di là dei rilievi sin qui mossi dalla citata parte della dottrina, il caso in esame ed l’ordinanza in considerazione esprimono a pieno, conformandolo, il vero ruolo svolto dal P.M. in simili circostanze, che appare essere innegabilmente quello di garante del sistema giuridico in senso lato, con riferimento non solo agli aspetti procedurali, ma soprattutto a quelli di carattere sostanziale.

A completamento di quanto sopra, va accennato come in tema di negoziazione assistita l’art. 6 Legge n. 162/2014 non stabilisca quale sia la Procura della Repubblica competente per la verifica dei requisiti e successivo nulla osta. In realtà ciò stupisce in considerazione della “recente” esperienza avuta

²⁵ Cfr., sull’argomento: G. VACCARO, *Negoziazione assistita, no del PM all’accordo di separazione: la prima pronuncia è del Tribunale di Torino*, 2015, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

con la mediazione, laddove il Legislatore nell'anno 2013, a seguito degli esiti aberranti avutisi a causa dell'assenza di canoni per l'incardinamento della procedura²⁶, era stato costretto a correre ai ripari²⁷ statuendo come ora (ex art. 4 D.Lgs. 04.03.2010, n. 28, così come novellato dall'art. 84 comma I lettera b) del D.L. 21.06.2013, n. 69 convertito con modificazioni nella L. 09.08.2013, n. 98) la domanda di mediazione debba presentarsi “*nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia*”. In tal senso, come detto, ci si aspettava un'indicazione che facesse sin dall'origine chiarezza: tuttavia in assenza di questa, occorrerà rifarsi alle regole di competenza in materia. In altre parole la Procura competente in caso di separazione sarà quella “*del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi*”²⁸, mentre in caso di divorzio quella del luogo di “*ultima residenza comune dei coniugi ovvero in mancanza nel luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio*”²⁹ (ex art. 4 Legge n. 898/1970). Ancora nel caso di revisione delle condizioni di separazione o divorzio sarà competente la Procura della residenza del beneficiario dell'obbligazione mentre in caso di revisione di condizioni di separazione o divorzio relativo a figli minori, la Procura del luogo di residenza del minore (rispettivamente artt. 709 *ter* e 710 c.p.c.).

6. Il coordinamento con le norme sostanziali in tema di separazione

L'aspetto del coordinamento con le norme dettate in tema di separazione e, più correttamente, in tema di adempimenti successivi alla pronuncia del provvedimento di separazione, è certamente molto importante, in quanto, a fronte di una cattiva abitudine che in passato il Legislatore aveva mostrato di seguire, l'attuale riformatore ha manifestato una maggiore sensibilità al riguardo. L'adattamento della normativa preesistente alle nuove disposizioni *in subiecta materia*, infatti, consente all'interprete di non avere dubbi o residuare perplessità in ordine all'applicazione della nuova disciplina ed alla compatibilità tra regole vecchie e nuove, tanto più nei casi, come quello in esame, che vengano introdotti *ex novo* nell'ordinamento giuridico istituti assolutamente estranei alla tradizione giuridica italiana.

Nell'ipotesi in esame, l'art 6, comma V, D.L. 132/2014 ha espressamente previsto la correzione di norme preesistenti nei termini che seguono. Nel decreto

²⁶ Si veda sul punto: M. TOCCI, *Competenza territoriale degli organismi di mediazione: problematiche applicative*, 2013, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

²⁷ L'art. 4 del D.L.vo 4 marzo 2010 è stato sostituito in tal senso dall'art. 84 comma 1 lett. b) del D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni nella L. 9 agosto 2013 n. 98.

²⁸ Art. 706 c.p.c. comma 1.

²⁹ Art. 4 comma 1 L. 898/70.

del Presidente della Repubblica 03.11.2000, n. 396 all'art. 49, comma I, sono state aggiunte le lettere *g-bis*) e *g-ter*), secondo cui debbono annotarsi negli atti di nascita “*gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero autorizzati, conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di scioglimento del matrimonio*” nonché “*gli accordi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile*”; all'art. 63, comma I, dopo la lettera h), sono state aggiunte le lettere *h-bis*) e *g-ter*) per cui negli archivi informatici dove sono contenuti tutti gli atti formati nel Comune o comunque relativi a soggetti ivi residenti, riguardanti la cittadinanza, la nascita, i matrimoni e la morte l'Ufficiale dello Stato Civile iscrive “*gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero autorizzati, conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*” nonché “*gli accordi di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*”; all'art. 69, comma I, dopo la lettera d), sono state infine aggiunte le lettere *d-bis*) e *d-ter*) in virtù delle quali negli atti di matrimonio si deve fare annotazione anche de “*gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero autorizzati, conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio*” e degli accordi “*di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile*”.

Quello che appare una mera, ma comunque necessaria ed opportuna azione di riformulazione della norma previgente al fine di evitare discrasie del sistema e difficoltà di interpretazione assume, però, attesa la sostanza ed il senso delle disposizioni modificate ed integrate, un carattere ben diverso ed ulteriore. Se ben si considera, infatti, che l'introduzione delle nuove espressioni attiene alla sfera degli atti che debbono essere iscritti ed annotati nei registri dello Stato Civile e che tali iscrizioni ed annotazioni costituiscono l'elemento discriminante ed il passaggio obbligato per l'acquisizione dell'esecutorietà dell'accordo di negoziazione assistita ai sensi degli artt. 5 e 6 D.L. 132/2014, allora si comprende come l'eventuale mancata indicazione nei tassativi elenchi del D.P.R. 396/2000 degli atti *de quibus* determinerebbe una sostanziale inoperatività di buona parte delle norme in tema di negoziazione assistita, così da impedire la corretta conclusione della procedura (non giudiziale) e la produzione di effetti non solo *erga omnes*, ma anche *inter partes* tra i coniugi.

7. Il coordinamento con le norme sostanziali in tema di divorzio

La riforma *ex artt.* 6 e 12 Legge n. 162/2014 incide, come detto, in termini sostanziali e processuali sulla separazione e sul divorzio, non ultimo in relazione al *dies a quo* a partire dal quale è possibile accedere al divorzio nei casi di separazione anche “stragiudiziale” ovvero raggiunta mediante negoziazione assistita o procedimento innanzi all’Ufficiale di Stato Civile. La Legge n. 55/2015 consente di rivedere i termini di riferimento della Legge n. 162/2014 stabilendo, in luogo dei tre anni prima previsti, la riduzione a 12 o 6 mesi a seconda del tipo di separazione (giudiziale nel primo caso e consensuale nell’ultimo), precisando come per effetto della novella (vedi *infra*) il giorno tradizionalmente deputato per il decorso del termine dal quale far decorrere la separazione, ovvero quello di comparizione dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale, viene ad essere affiancato da quello di perfezionamento dell’accordo.

In particolare il Legislatore quanto al divorzio breve è intervenuto (in entrambi i casi disciplinando diversa tempistica nello scioglimento della comunione), sull’art. 191 c.c. e sull’art. 3 Legge n. 898/1970; con riferimento a tale ultimo aspetto, cuore della riforma, si è sostituito il termine dei “*tre anni a far tempo dall’avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale*” con quello dei “*dodici mesi dall’avvenuta comparizione dei coniugi innanzi il Presidente del Tribunale nella procedura di separazione personale*” e di “*sei mesi nel caso di separazione consensuale anche quanto il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale*”. A più ampio respiro, quindi, in virtù della riforma si potrà accedere alla domanda di divorzio attraverso un pregresso percorso sia di tipo giudiziale (separazione consensuale o giudiziale), che di tipo stragiudiziale (separazione mediante negoziazione o davanti al Sindaco) con le tempistiche di cui sopra per quanto riguarda la proponibilità della domanda.

Come detto la riforma sul divorzio rischia seriamente di diventare una riforma sulla separazione, comprimendone in modo essenziale i caratteri distintivi alla luce di uno smembramento della natura stessa dell’istituto³⁰. Si dirà sin d’ora che emerge dalla lettura come il Legislatore, proiettato nella ricerca di effettuare riforme (rigorosamente a costo zero) finalizzate alla deflazione del contenzioso, la cui provenienza (*rectius: ratio*) è sempre più marcatamente mutuata da paesi di *common law*, lasci in secondo piano la fase dell’inserimento delle nuove disposizioni in un tessuto normativo comunque collaudato, aumentando quindi il rischio di “rigitto” e lasciando, quindi, il compito di

³⁰ Si è difatti da alcuni (R. ROSSI, *Divorzio breve e negoziazione assistita tutte le novità*, Milano, 2015) profilato il nuovo assetto come sistema duale composto cioè da separazione quale diritto rimedio alla crisi coniugale e divorzio come ulteriore tassello volto a sancire in modo definitivo il venir meno del vincolo matrimoniale e relativo status di coniuge.

“ricucire” ed amalgamare le norme a dottrina e giurisprudenza, come peraltro già visto recentemente in altri ambiti. Cominciamo quindi con la Legge n. 55/2015.

8. Le nuove norme sul cosiddetto “divorzio breve”

Il D.L. 132 del 12.09.14 (poi convertito in Legge n. 162/14) viene emanato dal Governo allorché in Commissione Giustizia Senato si discuteva del divorzio breve; ne è derivata una “commistione” tra le due riforme (degiurisdizionalizzazione anche nella parte relativa a separazione e divorzio e divorzio breve), in realtà null’affatto programmata, ma che comunque sono confluite in un *unicum*, tanto da far ritenere che vi fosse una *ratio* ispiratrice comune (cfr. *infra* a proposito delle criticità per la scelta legislativa di indicare il termine dei 12 mesi per le separazioni giudiziali).

Per divorzio breve deve intendersi la riduzione dei tempi al decorso dei quali è possibile, a seguito della separazione personale, procedere alla domanda di divorzio. Come sopra detto la Legge n. 55/2015 disciplinante l’istituto in parola consta di tre articoli che vanno ad incidere in misura sostanziale sull’art. 3 della 898/1970 e sull’art. 191 c.c.: in particolare, l’art. 1 sancisce la nota riduzione del termine per addivenire alla domanda di divorzio, l’art. 2 incide sul *dies a quo* dello scioglimento della comunione stabilito al “*momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato*”. L’art. 3 specifica come la novella si applichi a “*procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, anche nei casi in cui il procedimento di separazione che ne costituisce il presupposto risulti ancora pendente alla medesima data*”.

Partendo dal primo comma la novella sancisce la riduzione da tre anni o a sei mesi del tempo per chiedere il divorzio a far data, in caso di separazione consensuale, dalla comparizione davanti al Presidente del Tribunale: in particolare l’art. 3 L. 898/1970, come novellato dalla Legge n. 55/2015 sancisce che per la proposizione della domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente per almeno sei mesi nel caso di separazione consensuale da computarsi dall’avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale e ciò anche allorché il giudizio inizialmente incardinato come contenzioso si sia poi tramutato in consensuale. Diversamente, sempre il medesimo articolo, specifica in dodici mesi il periodo minimo di prosecuzione ininterrotta della separazione introdotta con modalità contenziosa quale requisito per la richiesta di divorzio a far data dall’avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al

Presidente del Tribunale.

La novella (“*misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile – D.L. 12 settembre 2014, n. 132 conv., con mod. in L. 10 novembre 2014 n. 162*”) che con la sua struttura composita viene generalmente percepita, come anzi detto, come riforma univoca, consente con specifico riferimento agli artt. 6 (“*Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*”) e 12 (“*separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all’Ufficiale dello stato civile*”) di parlare di separazione-divorzio stragiudiziale. La riforma *prima facie* appare incidere solo indirettamente e solo parzialmente sulla separazione: la compressione del periodo di separazione per accedere al divorzio, accentuata peraltro dalla diversa individuazione del *dies a quo* dal quale far decorrere i termini della separazione (ovvero dal momento in cui il Presidente del Tribunale autorizza i coniugi a vivere separati ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale omologato dei coniugi dinanzi al Presidente), non elide la presenza del tradizionale rimedio della separazione legale quale elemento sostanziale per addivenire alla proposizione della domanda di divorzio. Si può parlare, quindi, in tal senso di più tipi di sospensione degli effetti civili del matrimonio idonei ai fini del “divorzio breve”: “separazione titolata” ovvero tipologia di separazione in sede giudiziale ovvero separazione contenziosa o consensuale o *extragiuridica* per il tramite del meccanismo della negoziazione e della procedura dinanzi al Sindaco (da ritenersi questi ultimi compresi pur nel silenzio dell’art. 3, lett. b), n. 2). Resta cioè esclusa la separazione di fatto se non si considera l’ambito, certo residuale, di applicazione della Legge n. 898/1970, art. 3 n. 2 lettera b) ultimo periodo, nella parte in cui si fa riferimento alle separazioni iniziate prima del 18.12.1970³¹.

L’annotazione appare doverosa in considerazione del fatto che paesi di *civil law* come la Francia e la Germania abbiano attribuito rilievo giuridico essenziale alla separazione di fatto, nella considerazione che è questa più ancora della canonizzazione dinanzi ad un Tribunale l’elemento essenziale per qualificare la cessazione del rapporto tra i coniugi; così, ad esempio, in Francia la separazione di fatto per due anni consente l’accesso al c.d. “divorzio rimedio”,

³¹ Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi (*omissis*) nei casi in cui (*omissis*) è stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale fra i coniugi, ovvero è stata omologata la separazione consensuale ovvero è intervenuta separazione di fatto quando la separazione di fatto stessa è iniziata almeno due anni prima del 18 dicembre 1970.

mentre la Germania consente nel caso di separazione di fatto protratta per oltre il triennio la presunzione assoluta del fallimento del rapporto matrimoniale. Al contrario in Italia la separazione di fatto non solo non assume alcun rilievo giuridico³², ma costituisce, per voce della giurisprudenza recente, addirittura un illecito³³.

Quanto all'art. 2, si tratta di una disposizione in bilico tra il sostanziale ed il processuale, in quanto l'applicazione pratica della medesima ha come presupposto lo svolgimento di un passaggio giudiziale imprescindibile dinanzi al Presidente del Tribunale. Sebbene il nuovo secondo comma dell'art. 191 c.c. provveda a specificare parzialmente il primo, stabilendo quando nella separazione personale dei coniugi si sciogla la comunione, la norma strizza furbescamente l'occhio alla riforma della negoziazione assistita in ambito familiare, considerato che questa sarà applicabile anche alle ipotesi di separazione negoziata che non ricevano il nullaosta del Pubblico Ministero e sfocino pertanto dinanzi al Presidente del Tribunale. Ma non solo, poiché gli effetti di scioglimento della comunione propri delle separazioni con approdo in Tribunale saranno così astrattamente più lunghi rispetto a quelli conseguenti alle separazioni negoziate supportate dall'assenso del P.M., si da indurre i separandi a preferire a priori la scelta "semplificata" della negoziazione assistita. Come già anticipato in sede introduttiva del presente paragrafo, l'art. 3 Legge n. 55/2015 interviene ad introdurre una norma apparentemente innocua in virtù della quale anche alle separazioni pendenti alla data di entrata in vigore della detta normativa si dovranno applicare le disposizioni innovative dei primi due articoli della medesima legge. Orbene, sotto l'apparente semplicità di una norma di coordinamento con effettiva vigenza limitata e circoscritta nel tempo si nasconde, però, un problema di immediata evidenza che il Legislatore sembra non aver saputo cogliere per eccessiva ingenuità o per scarsa conoscenza del dato reale (quest'ultima ipotesi non dovrebbe essere quella preferibile, atteso che l'eccessiva durata dei processi ha costituito proprio il dichiarato presupposto del D.L. 132/2014 e successiva legge di conversione, a meno che non si voglia trascendere ad altro tipo di valutazioni sull'operato di Governo, prima, e Parlamento, poi): la criticità in argomento è data dal fatto

³² La separazione di fatto dei coniugi non ha effetti giuridici e non assume, pertanto, alcun rilievo ai fini dell'accertamento della sussistenza dei requisiti reddituali per poter favorevolmente deliberare in ordine alla domanda di regolarizzazione dell'occupazione dell'alloggio, costituendo i coniugi, fintanto che non intervenga la separazione legale, un unico nucleo familiare, con riferimento al quale va individuato il complessivo reddito. A diversamente ritenere si introdurrebbero agevoli meccanismi di aggiramento della prevista disciplina per effetto della mera rappresentazione di situazioni di separazioni di fatto strumentalmente allegate (cfr. Tar Lazio sez. II sentenza n. 5658/2013).

³³ Nel matrimonio sussiste l'obbligo della coabitazione dei coniugi, talché la mera separazione di fatto costituisce un illecito, che non può essere ricompreso nell'ambito di previsione della norma, seppur interpretata estensivamente, prevedendo essa la sola ipotesi di separazione personale dei coniugi (così Trib. Genova, Sez. IV, sentenza in data 19.02.2015).

che il termine dei 12 mesi dalla comparizione in sede presidenziale in ambito di separazione giudiziale per la proposizione della domanda di divorzio sarà di fatto un termine che non troverà mai effettiva concretizzazione se si pone mente al fatto che nell'anno dall'udienza presidenziale difficilmente il successivo processo si sarà protratto oltre la prima udienza di comparizione-trattazione oppure, nei casi più fortunati, oltre l'udienza di ammissione delle prove. Evidentemente il problema non si pone se ci si riferisce al più breve termine di 6 mesi in caso di separazioni consensuali; in simili ipotesi, l'appena ricordato intervallo di tempo dovrebbe essere sempre rispettato, avendo insegnato l'esperienza storica che in tale termine si perviene "facilmente" al decreto di omologa dell'accordo dei coniugi separandi. Analoga considerazione deve svolgersi per le separazioni cosiddette "negoziate" ossia quelle risolte in sede di negoziazione assistita, anche laddove vi sia il passaggio "giudiziale" dopo il rifiuto di nullaosta da parte del P.M., atteso che la tempistica (sebbene non cadenzata in modo perentorio) non dovrebbe giungere ad assomigliare a quella di un processo ordinario di separazione: in tal Senso si evidenzia ancora una volta quella già ricordata identità di *rationes* tra le due normative in commento (negoziato assistito familiare e divorzio breve) per cui viene semplice pensare che la citata "ingenuità" del Legislatore sia in realtà una subdola manovra per rendere ancor più praticabili e soprattutto praticate le soluzioni "negoziate" (e con esse le separazioni consensuali in genere) a fronte di una difficoltà oggettiva a rendere operante la disposizione afferente il termine dei 12 mesi. In ogni caso, considerato che la norma de qua esiste e deve essere teoricamente applicata, *quid iuris* se alla scadenza dei 12 mesi il processo di separazione è ancora pendente? Il Tribunale di Roma³⁴ ha proprio di recente (a poche ore di distanza dalla pubblicazione del presente lavoro) adottato una soluzione interpretativa in virtù della quale il problema in esame sarebbe risolto dal far proseguire il giudizio di separazione dal giudizio di divorzio, per cui anche se la separazione è pendente e gli unici provvedimenti giudiziali applicabili siano quelli presidenziali, la domanda divorzile potrebbe, anzi dovrebbe essere presentata dinanzi al medesimo giudice della separazione. Un simile convincimento appare alquanto criticabile se si considera che tra i due giudizi o meglio tra le due domande vi è una sensibile differenza di *causa petendi* e di *petitum*, sebbene per certi versi si possa riconoscere una certa identità tra i *petita* sostanziali; inoltre non si tratta di una interpretazione, ma di una vera creazione normativa che se da un lato ha il merito di offrire una soluzione materialmente praticabile, dall'altro però si scontra con il principio di ripartizione dei poteri (e con le mai sopite velleità legislative di buona par-

³⁴ Notizia tratta dal *Il Sole 24 ore* in data 04.06.2015, articolo di G. VACCARO, il quale dà peraltro conto di analogo provvedimento del Tribunale di Milano in data 25.05.2015. Il commento degli autori delle presenti pagine è avvenuto in considerazione delle risultanze del testo giornalistico.

te della Magistratura), nonché con i principi fondamentali dell'ordinamento processuale civile. È proprio per onorare questi ultimi che gli autori di queste righe ritengono più corretto interpretare la norma de qua in modo sistematico, pervenendo ad un risultato sì restrittivo della portata della riforma, ma almeno teoricamente sostenibile e ciò senza introdurre elementi di distorsione (o di eversione) dell'assetto istituzionale. In altre parole, si ritiene che fermo restando il termine di 6 mesi, per le separazioni giudiziali il termine di 12 mesi vada considerato come uno *spatium* inderogabile sotto al quale non si possa mai in ogni caso scendere, anche nella paradossale ipotesi di soluzione giudiziale della separazione in tempi rapidissimi, ragion per cui la previsione dello stesso dovrebbe avere un'accezione negativa e non propositiva o positiva. Così se l'iter giudiziale della separazione non sarà terminato nell'anno dall'udienza presidenziale, le parti dovranno comunque attendere l'esito della procedura di separazione, poiché non è assolutamente immaginabile, né compatibile con il nostro ordinamento la fusione del processo di separazione con quello di divorzio, tanto più che il primo (che deve essere concluso) costituisce l'antecedente logico e giuridico del secondo. È evidentemente una soluzione in contrasto con lo spirito della norma, ma è l'unica teoricamente sostenibile e compatibile con il nostro sistema processuale civile, pena giungere ad una disapplicazione della stessa per impossibilità materiale di attuazione o ad interpretazioni cosiddette "abrogans". In attesa di un auspicabile ed auspicato correttivo del Legislatore, ai posteri l'ardua sentenza, anche se già sappiamo che sul piano pratico i tribunali faranno tesoro dell'orientamento romano.

9. Negoziazione in tema di divorzio tra opportunità (mancate) e responsabilità

Il nuovo istituto della negoziazione si affianca e non si sostituisce al normale procedimento di separazione o di divorzio che restano, affiancati dal predetto istituto e dal procedimento, per taluni casi, dinanzi al Sindaco (vedi *infra*), saldamente i punti di riferimento per dirimere le questioni di crisi della famiglia. In altre parole partendo dalla semplice considerazione che saranno i legali nella quasi totalità dei casi a scegliere il procedimento ritenuto più idoneo per l'interesse dei coniugi, occorre soppesare alla luce della riforma l'opportunità del legale di abbracciare la nuova strada della negoziazione in luogo del procedimento ordinario.

Il Legislatore ha tentato di rendere più allettante la scelta con la Circolare del Ministero della Giustizia Dipartimento per gli Affari di Giustizia n. 2309 del 13.03.2015. La predetta circolare precisa anzitutto come la procedura di negoziazione sia esclusa dalla sospensione feriale dei termini processuali e so-

prattutto come sia esente dal pagamento del contributo unificato. Va precisato che in tema di separazione il contributo unificato è versato in misura fissa (€ 43,00 per il caso di separazione consensuale o di istanza congiunta dei coniugi di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio ed € 98,00 per i casi contenziosi) e pertanto in assenza di modifiche sostanziali sul punto dubitiamo che sia tale importo a far propendere per la scelta del nuovo istituto. La negoziazione potrebbe tuttavia qualificarsi come un'ottima opportunità allorché ci si trovi dinanzi ad una separazione che implichi un'analisi patrimoniale e suddivisione del patrimonio che necessiti di apposita regolamentazione la quale, in taluni casi, come noto agli operatori del settore, viene a rappresentare il parametro di maggiore contrasto e maggiore dispendio in termini non solo negoziali, ma anche da un punto di vista meramente pratico, di individuazione ed identificazione ai fini della successiva trascrizione. Ciò anche in relazione al fatto che in molti fori italiani i magistrati siano restii ad avallare (in particolare in sede di omologa di separazione o di istanza di cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio presentato congiuntamente) atti che contengano la descrizione di immobili che in detta sede vengono ad essere oggetto di divisione-attribuzione (anche a diverso titolo, al di fuori dell'attribuzione della casa familiare) tra i coniugi e che fungerà da atto finalizzato alla trascrizione presso i registri immobiliari. D'altro canto la diffidenza del magistrato è ampiamente condivisibile in quanto, specialmente nei casi più articolati, si presta ad essere "strumento" per l'assegnazione e conferimento di immobili, spesso, peraltro non integralmente o dettagliatamente descritti, con conseguenti potenziali ripercussioni in sede di trascrizione.

In tale ottica la negoziazione permette, con l'assistenza di un avvocato per parte, non escludendo a monte l'avallo di un ausilio "tecnico", di attribuire alle parti ed ai relativi legali non solo la "fase negoziale" della separazione inerente il patrimonio, ma anche quella della gestione degli immobili eventualmente con l'impegno (oggetto anch'esso di prodotto della negoziazione) a rivolgersi ad un notaio all'indomani dell'accordo. Va specificato che detta idea del nuovo istituto, certo percepibile anche quale opportunità, comporta in capo al legale una rilevante responsabilità. Ma prima un passo indietro: la parte finale della negoziazione è, come sopra accennato, caratterizzata dalla trasmissione, nel perentorio termine di dieci giorni, all'Ufficiale di Stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, della copia autenticata dallo stesso dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'art. 5 ovvero della certificazione di autografia delle firme e conformità dell'accordo a norme imperative ed all'ordine pubblico. L'art. 6, comma IV Legge n. 162/2014 specificatamente commina una sanzione amministrativa pecuniaria da € 2.000,00 ad € 10.000,00 l'avvocato che viola l'obbligo di cui al comma III, terzo periodo (il cui contenuto è sopra rammentato) specificando che sarà

il Comune interessato ad essere competente per l'irrogazione della sanzione. La norma per come redatta ha dato adito sin da subito a non poche questioni, anzitutto in tema di opportunità: il Legislatore ha dimostrato, qualora ve ne fosse bisogno, che ciò che viene tratteggiato come degiurisdizionalizzazione per il tramite della responsabilizzazione degli avvocati non è altro che una *exit strategy*: la volontà di trovare quante più strade possibili per evitare di proiettare il contenzioso nelle sedi ordinarie viste nell'ottica del Legislatore, nel medio tempo, come *extrema ratio* per la soluzione delle controversie anche allorché esse involgano caratteri personali come nel caso di specie. Ne deriva che alla categoria oggi designata dal Legislatore per sgravare il sistema giustizia, viene paventata, al contrario di quanto accade per tutti i precedenti interlocutori, nel tempo diversamente interessati, una sanzione amministrativa di tutto rispetto che non ha precedenti nell'ordinamento. Salta agli occhi il fatto che mentre al P.M. o alla magistratura in genere, anche nella novella in parola, vengono concessi termini sempre e comunque ritenuti (correttamente) ordinatori, tralasciando quelli, ove esistenti, degli Uffici Comunali, al legale non è concesso scampo, pena una sanzione amministrativa ad azione dello stesso Ufficio (*rectius*: Comune) che spesso è il primo ritardatario inadempiente nel disbrigo delle pratiche.

Le perplessità si erano concentrate in particolare sul *dies a quo* dal quale far decorrere i dieci giorni in considerazione, specie nei Fori più grandi, dell'impossibilità di avere esatta cognizione del giorno in cui il Procuratore autorizzi (nel caso di accordo in presenza di figli) o comunichi il nulla osta. Ed in effetti il Ministero dell'Interno con circolare n. 6 del 24.04.2015 ha specificato come il termine di dieci giorni decorra dalla comunicazione alle parti del procedimento da parte del Procuratore della Repubblica o del Presidente del Tribunale.³⁵ La nota circolare n. 6 del 24.04.15 ha poi chiarito come “... *alla trasmissione è sufficiente che provveda uno soltanto degli avvocati che abbia assistito uno dei coniugi ed ha autenticato la sottoscrizione. La sanzione amministrativa pecuniaria sarà applicata pertanto solo qualora nessuno degli avvocati dei due coniugi abbia provveduto alla trasmissione nei termini di cui al punto 3...*”. La stessa circolare ministeriale è apparsa di rilievo in tema di negoziazione anche in quanto si è concentrata sulla interpretazione di quella parte della norma che prevede la presenza di un avvocato per coniuge: alcuni

³⁵ Circolare Ministero Interno n. 6 del 24 aprile 2015 – 3, Decorrenza del termine entro cui l'avvocato della parte deve trasmettere l'accordo autorizzato dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 6. In relazione a quanto rappresentato con la circolare ministeriale n. 16/14, appare utile specificare che il termine dei 10 giorni entro il quale l'avvocato della parte è obbligato a trasmettere all'ufficiale dello stato civile copia dell'accordo, decorre dalla data di comunicazione alle parti del provvedimento (nulla osta o autorizzazione) del Procuratore della Repubblica o del Presidente del Tribunale a cura della segreteria o della cancelleria (in forza del principio generale, di cui all'art. 136 c.p.c., per cui tutti i provvedimenti resi fuori udienza devono essere portati a conoscenza delle parti mediante comunicazione).

tra i primi commentatori, sulla scorta di una certa interpretazione della disposizione *de qua*, avevano ritenuto che l'avvocato per ogni parte avrebbe potuto essere il medesimo. Ciò peraltro trovava sponda nella *ratio*, da rintracciarsi nella presenza tecnica di un legale finalizzata al percorso conciliativo, specificando al riguardo come in sede di separazione consensuale o di domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è prevista quale opportunità la presenza di un solo legale per entrambi i coniugi. In detto contesto la scelta di un solo legale a tutela di entrambi i coniugi non solo rappresenta una libera scelta dei medesimi, ma anche una continuità con quanto accade nel percorso giudiziale e, sotto un profilo di mera "convenienza" addivenire ad un percorso più celere. Al contrario, probabilmente nella ricerca di un contraddittorio che tenga conto delle posizioni di entrambi i coniugi, per il tramite della nota circolare il Ministero ha reso noto come non sussistano margini per un'interpretazione diversa dal dato letterale, ribadendo come "*...il dato letterale della disposizione normativa, secondo cui, in materia di separazione e di divorzio, la convenzione di negoziazione è conclusa con l'assistenza di "almeno un avvocato per parte" preclude l'interpretazione tesa a consentire alle parti di avvalersi di un unico avvocato*". Ne consegue che anche sotto tale profilo il legale (unico) allorché investito congiuntamente dai coniugi per l'incardinamento della procedura, difficilmente opterà per una soluzione alternativa a quella giudiziale.

10. Segue: regime di comunione ed aspetto patrimoniale

La nuova norma sulla negoziazione in tema di separazione e divorzio consente di scorgere nella poetica visione (spesso abusata) di Jemolo della famiglia quale "isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto" un rinnovato profilo di responsabilità dell'individuo, volta a declassare la dimensione giudiziale degli interessi familiari e patrimoniali sottesi al rapporto giuridico dettato dal rapporto matrimoniale in favore di un'aura di autonomia, sottratta all'invadente vaglio del potere giudiziario, talvolta visto quale garante degli interessi giuridici, altre volte fortemente invasivo della libertà individuale, progressivamente accentuato dalla nuova dimensione della famiglia che la norma fatica a raggiungere.

Ad ogni buon conto, proseguendo nella convinzione che l'istituto della negoziazione in materia di separazione e divorzio possa trovare linfa nelle ipotesi in cui la fattispecie che si pone dinanzi al legale sia caratterizzata dalla necessità di regolare situazioni economiche particolarmente rilevanti e complesse, appare utile ripercorrere brevemente il tratto di quell'ambito negoziale parzialmente tracciato da alcune pronunce giurisprudenziali in straordinario

anticipo rispetto ad una (inevitabile) prossima regolamentazione normativa dei patti prematrimoniali.

Si sottolinea nuovamente come il Legislatore avrebbe potuto approfittare di tale sede per aprire definitivamente la strada a siffatto ambito del diritto e ciò soprattutto nell'ottica di una dimensione negoziale definitivamente sdoganata dalla norma. In altre parole, se come detto l'asserita illiceità di forme involgenti aspetti di diritti personali (in realtà diffusissime nei Paesi dai quali si stanno mutuando le diverse pratiche di a.d.r.) ha trovato una falla nella nuova concezione di separazione e divorzio, oggi a tutti gli effetti puramente di carattere negoziale, sfugge come venga tralasciato il mero dato patrimoniale anche se ciò è sinonimo di una *prenegoziazione*: se cioè il dato di riferimento è quello dei Paesi di *common law* con tutto ciò che consegue in termini di autonomia per la gestione delle singole fasi di separazione (assegnazione della casa familiare, mantenimento, modalità di visita, partecipazione nella vita dei figli, decisioni in merito alla loro vita scolastica ecc.) o di (pre)divorzio, con una rinnovata figura contrattuale che si spinge in ambiti personalissimi e privati da sempre ritenuti implicanti necessariamente una figura giudiziale a garanzia degli interessi dei coniugi e soprattutto dei minori (figura oggi relegata ad un ruolo marginale), tale evoluzione (rivoluzione) deve ritenersi compiuta solo allorché davvero ricomprendente e sin dall'origine, una propria struttura normativa. Un doppio binario reale che consenta di guardare al nuovo istituto senza le odierne perplessità non ultimo in considerazione della rinnovata "fiducia" ai coniugi ed ai loro patrocinatori che comporti un'assunzione di responsabilità derivante dall'assenza (quasi assoluta) del vaglio del Tribunale. Il pensiero è all'esperienza statunitense ove i patti prematrimoniali (*premarital agreements*), sono accordi per mezzo dei quali i coniugi prestabiliscono mediante convenzione il regime patrimoniale o l'obbligazione di mantenimento, con dei limiti in termini di eseguibilità allorché sia iniquo o caratterizzato da vizio di volontà.

Nel nostro paese tuttavia la tesi che sostiene la nullità dei patti in vista del divorzio trova certamente conforto in un elemento testuale difficilmente eludibile: si tratta dell'art. 5, comma VIII legge sul divorzio. La giurisprudenza con pronunce di rilievo ha dapprima categoricamente considerato affetto da nullità (per causa illecita) il patto con il quale i coniugi per l'eventualità di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio prevedano il godimento della casa³⁶ o il diritto ad una data somma a titolo di assegno³⁷. Poi

³⁶ "L'accordo con cui i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono per il periodo successivo al divorzio a favore dell'uno il diritto personale di godimento della casa di proprietà dell'altro è nullo per illiceità della causa (nella specie la cassazione ha rilevato l'incidenza su materia, quella dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, sottratta alla disponibilità delle parti e la possibile influenza sul comportamento processuale delle parti stesse)" (cfr. Cass., Sez. I, sentenza in data 11.12.1990, n. 11788).

³⁷ "Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in costanza di matrimonio, il regime giuridico del futuro ed

ci si è spostati, a partire dagli anni 2000 (sempre nel solco della nullità degli accordi volti a regolamentare il futuro divorzio) alla definizione di nullità relativa, statuendo come solo il coniuge che avrebbe diritto all'assegno fosse legittimato attivo³⁸.

Ma il *trait d'union* con l'odierna visione "negoziale" del rapporto matrimoniale è da rinvenirsi nell'ordinanza del Tribunale di Torino del 20 aprile 2012 che ha considerato valido un accordo tra due coniugi in sede di separazione disciplinante il rapporto in vista del divorzio, qualificando l'art. 160 c.c. come operante unicamente nella fase c.d. "fisiologica" del rapporto e non in quella "patologica"³⁹. Già in tale sede si assumeva quale fuori dal tempo la concezione ostativa dell'art. 160 c.c. che può quindi alla luce della riforma pacificamente ritenersi non più attuale nella sua accezione di clausola di salvaguardia degli aspetti patrimoniali finalizzata alla redazione di un accordo anche nella fase iniziale del rapporto, che ne regoli in convenzione tra le parti, il futuro regime.

Assume dirimente rilievo in tal senso la novella in tema di negoziazione e

eventuale divorzio devono considerarsi invalidi per illiceità della causa sia nella parte riguardante i figli, sia nella parte concernente l'assegno spettante all'ex coniuge, in tutte le sue componenti" (Cass., Sez. I, sentenza in data 20.02.1996, n. 1315)

³⁸Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in via preventiva, il regime giuridico patrimoniale del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa. Tale principio non trova applicazione qualora l'autorità giudiziaria accerti che l'accordo (in parte, recepito nel verbale di separazione) aveva la funzione di porre fine ad alcune controversie insorte fra i coniugi, senza alcun riferimento, esplicito o implicito, al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti all'eventuale pronuncia di divorzio. Parimenti il suddetto principio non trova applicazione qualora sia invocato dal coniuge che avrebbe potuto essere onerato dell'assegno divorzile, al fine di ottenere l'accertamento negativo dell'altrui diritto. (Cassazione Civile 14/06/2000 n. 8109).

³⁹Sembra, anzi, che il nostro ordinamento (...) solleci il soggetto, all'atto del matrimonio, a «costruire» le proprie prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze e alle esigenze di vita, stabilendo espressamente che le convenzioni matrimoniali possano essere stipulate in ogni tempo. Non si riesce quindi ragionevolmente a spiegare per quale motivo ciò non dovrebbe avvenire in relazione al divorzio(...). Infatti, il divieto di patti successori trova fondamento nell'esigenza di tutelare al massimo la libertà testamentaria, mentre la regola che impedisce una preventiva rinuncia alla prescrizione si spiega con l'interesse generale su cui si basa l'istituto e con lo sfavore del legislatore per l'inerzia rispetto all'esercizio di un diritto. Neppure appare del tutto convincente il richiamo (di cui alla citata giurisprudenza di legittimità) all'art. 160 c.c. Ed invero detta norma, secondo cui "gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio" da un lato appare più afferente alla fase per così dire "fisiologica" del rapporto coniugale, dall'altro prova troppo, giacché come è noto a seguito della separazione, nella fase c.d. "patologica" del rapporto coniugale, cessano la maggior parte dei diritti-doveri discendenti dal matrimonio (come il dovere di fedeltà, di coabitazione..) onde non si ravvisano ragioni per ritenere che, al contrario, il diritto-dovere di contribuzione al mantenimento debba invece, necessariamente, permanere intatto e nulla, in relazione ad esso, possa essere convenuto tra le parti. L'art. 160 cit., poi, va sistematicamente interpretato avuto riguardo alla sua peculiare collocazione all'interno di un insieme di articoli (quelli in materia di regime patrimoniale della famiglia) miranti a disciplinare gli effetti d'ordine economico dell'unione coniugale nella sua fase fisiologica. È lo stesso legislatore che, disciplinando le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale nel capo V, rende evidente che la regola ex art. 160 c.c., dettata in apertura del capo successivo, vale quale disposizione generale (così infatti si intitola la Sezione I) in relazione alle sole norme ivi contenute.

quindi la possibilità che le parti stipulino una convenzione di negoziazione assistita, con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, "al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'art. 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970 n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio". La dottrina più attenta⁴⁰ non ha mancato di sottolineare, come di fatto la convenzione di negoziazione potrebbe essere intesa come un patto relativo al futuro divorzio o separazione nel senso di regolamentare, al momento della crisi, lineamenti sull'aspetto patrimoniale che va instaurandosi. Sulla scia della statuizione del Tribunale di Torino, apripista della qualifica negoziale sotto la poliedrica spinta della moltitudine di interessi sottesi al rapporto (post) matrimoniale appare possibile quindi qualificare nuovamente l'accezione del limite negoziale ai patti prematrimoniali anche in quanto, come già rilevato in detta sede e nella piena condivisione dell'assunto, appare difficile comprendere perché le intese preventive sul divorzio dovrebbero essere nulle (in quanto dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un mutamento di *status*), mentre al contrario le intese preventive dirette a quel mutamento di *status* che si attua con la celebrazione delle nozze, vale a dire le convenzioni matrimoniali celebrate prima delle nozze (scelta tra comunione o separazione dei beni) siano invece perfettamente valide.

11. La procedura speciale in (eventuale) assenza di un avvocato: procedimento di separazione e divorzio davanti al Sindaco

Come sopra detto l'ambito di separazione e divorzio di matrice stragiudiziale si compone *ex art. 6 D.L. 162/2014* della convenzione di negoziazione assistita per soluzioni consensuali di separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio e della separazione e divorzio davanti al Sindaco (*ex art. 12 L 162/14*). L'art. 12 della Legge n. 162/2014 (separazione consensuale richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile) introduce al capo III rubricato "*ulteriori disposizioni per la semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio*", nel

⁴⁰ Cfr., C. RIMINI, *Patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie, Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2015: in particolare l'Autore nota come le norme introdotte dalla riforma del 2014 svuotino di fatto le tesi circa la nullità dei patti in vista del divorzio essendo la convenzione un patto sullo *status* con la conseguenza che non può più assumersi che i patti sullo *status* siano nulli.

solco dell'autonomia dei coniugi in direzione stragiudiziale, una nuova procedura di definizione della separazione personale o divorzio nonché per la definizione per la modifica delle condizioni di separazione o divorzio.

La procedura è attivabile unicamente allorché non vi sia presenza di figli minori o maggiorenni incapaci e portatori di handicap grave (*ex art. 3 comma 3 Legge n. 104/1992*) e non può contenere patti di trasferimento patrimoniale. La limitazione trova la propria *ratio* nel fatto che l'istituto, *prima facie*, appare destinato a soggetti i quali si trovano in una condizione giuridica di massima linearità: sono coppie senza figli o i cui figli siano maggiorenni ed indipendenti e non hanno necessità alcuna di pattuire alcunché in ordine all'aspetto patrimoniale.

La percezione è avvalorata dal fatto che la stessa presenza dell'avvocato è meramente facoltativa; tuttavia nell'economia del procedimento la presenza o meno del legale inciderà fortemente al momento della definizione posto che si potrebbero in detta sede (davanti al Sindaco in qualità di Ufficiale di Stato Civile) presentare questioni non affrontate dai coniugi. Forse in quest'ottica di accertamento preliminare si è stabilito che in caso di separazione e divorzio il Sindaco inviti dinanzi a sé i coniugi per la conferma dell'accordo inviato. Tuttavia l'esclusione da detta fase "intermedia" dei casi relativi alla modifica delle condizioni di separazione e divorzio porta a ritenere che l'intento del Legislatore non sia tanto quello della revisione del contenuto dell'accordo quanto, piuttosto, quello di far esprimere i coniugi diretti interessati ad interloquire sugli aspetti della regolamentazione negoziale non precedentemente presi in considerazione.

Partendo dalla separazione l'accordo dovrà contenere il consenso a vivere separati e lo scioglimento della comunione legale dei beni tra coniugi *ex art. 177 c.c.* Quanto al divorzio, invece, si dovrà dare atto del decorso del termine di separazione di cui alla disciplina del cosiddetto divorzio breve, il quale, ovviamente, coinvolge a pieno titolo anche il caso conseguente alla modifica introdotta dall'art. 1 Legge n. 55/2015.

Quanto all'aspetto pratico l'art. 12 al comma III prevede che ciascun coniuge personalmente o per il tramite della presenza facoltativa di un legale di fiducia compaia innanzi al Sindaco (del Comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio) quale Ufficiale di Stato Civile, il quale riceverà le dichiarazioni dei coniugi e compilerà l'accordo per sottoporlo alla firma dei medesimi. L'accordo frutto delle condizioni concordate dai coniugi medesimi verrà sottoscritto dinanzi al Sindaco. Come sopra rammentato nel caso di separazione e di cessazione degli effetti civili del matrimonio e scioglimento del matrimonio l'Ufficiale dello Stato Civile quando riceve le dichiarazioni dei coniugi li invita a comparire dinanzi a sé non prima di giorni trenta dalla ricezione, per la conferma dell'accordo. La

mancata comparizione comporta la mancata conferma dell'accordo. Nel caso di conferma dell'accordo questo verrà annotato nei pubblici registri.

In ultima analisi occorre porre l'attenzione su alcune zone grigie della riforma, talune peraltro poste in rilievo dal Ministero dell'Interno con la già richiamata circolare n. 6 del 24.04.2015: la prima relativa al fatto che il rapporto di filiazione come indicato a termine per l'accesso all'istituto deve intendersi relativo ad entrambi i coniugi; più propriamente utilizzando le parole del Ministero dell'Interno, *“La disposizione di cui all'articolo 12, comma 2, del decreto legge in esame, in forza della quale è escluso il ricorso all'istituto in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, va intesa nel senso che è possibile accedere al procedimento di cui al citato articolo 12 in tutti i casi in cui i coniugi che chiedono all'ufficiale dello stato civile la separazione o il divorzio nonché la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio già intervenuti, non abbiano figli in comune che si trovino nelle condizioni richiamate nell'articolo. Non osta, invece, l'eventuale presenza di figli minori, portatori di handicap grave, maggiorenni incapaci o economicamente non autosufficienti, non comuni ma di uno soltanto dei coniugi richiedenti. Ne consegue che, il termine “figlio” ove ricorra nelle formule approvate con decreto del Ministro dell'Interno del 9 dicembre 2014, deve essere riferito ai figli comuni dei coniugi richiedenti”*.

Altro limite peraltro in parte condivisibile è nel divieto che in tale ambito rientrino patti di trasferimento patrimoniale ed anche sotto tale profilo la medesima circolare è intervenuta quale interpretazione autentica precisando come *“la disposizione di cui all'articolo 12, comma 3, del decreto-legge in esame, vieta espressamente che l'accordo possa contenere “patti di trasferimento patrimoniale” produttivi di effetti traslativi di diritti reali”*. Non rientra, invece, nel divieto della norma la previsione, nell'accordo concluso davanti all'Ufficiale dello Stato Civile, di un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di assegno periodico, sia nel caso di separazione consensuale (c.d. assegno di mantenimento), sia nel caso di richiesta congiunta di cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio (c.d. assegno divorzile).

Viene invece espressamente esclusa la c.d. Liquidazione *una tantum*: *“Non può invece costituire oggetto di accordo la previsione della corresponsione, in unica soluzione, dell'assegno periodico di divorzio (c.d. liquidazione una tantum) in quanto si tratta di attribuzione patrimoniale (mobiliare o immobiliare)”*.

Oltre a tale aspetto che di fatto non riguarda unicamente questo istituto ma induce ad un ambito di riflessione più ampio, la norma come redatta rischia di trovare difficoltà di applicazione nei casi di figli che non siano, come vuole la

norma, maggiorenni (pienamente) indipendenti.

Quanto sopra si ricollega alla prima riflessione circa l'assenza di un legale: la carenza di un riferimento giudiziale che funga da garanzia anche in relazione a tali aspetti non certo marginali quali quelli del figlio maggiorenne non autosufficiente induce ad una riflessione di carattere prettamente tecnico che l'assistenza di un legale potrebbe meglio evidenziare anche ai fini di una più oculata considerazione da parte dei coniugi sulla scelta del contenuto dell'accordo nonché sulla scelta del medesimo istituto individuato per la separazione o divorzio. Al contrario con l'attuale formulazione il Sindaco o meglio l'Ufficiale di Stato Civile viene chiamato, del tutto impropriamente, ad un vaglio discrezionale su ogni singola fattispecie che esuli da quella espressamente individuata *ex lege*. Ci si chiede cioè quale atteggiamento debba tenere l'Ufficiale di Stato Civile portato a conoscenza del fatto che l'accordo siglato dai coniugi non contempli affatto il figlio oggi maggiorenne (a titolo estremamente esemplificativo: studente lavoratore o con contratto a termine o a progetto di breve durata). Discrezionalità peraltro espressamente esclusa in sede ministeriale allorché si è precisato, nell'ambito della separazione o divorzio, che *“l'ufficiale dello stato civile è tenuto a recepire quanto concordato dalle parti, senza entrare nel merito della somma consensualmente decisa, né della congruità della stessa.”*

12. Conclusioni

Da un punto di vista pratico non ci si soffermerà su punti di politica sociale: per anni i detrattori di qualsiasi riforma volta a comprimere le tempistiche tra separazione e divorzio hanno sostenuto come la separazione sia passo obbligato al fine di un (auspicato) ricongiungimento familiare ed in tal senso il lasso di tempo assume rilievo proprio in virtù della sua importanza. Ebbene non v'è professionista che si dedica al diritto di famiglia che non abbia constatato come il percorso nella fase immediatamente successiva alla fase di separazione (a maggior ragione nel caso di procedimento contenzioso) sia quello più difficile per i rapporti interpersonali soprattutto in presenza di figli talvolta ostaggio delle pretese dei coniugi e come il divorzio quindi sia “traguardo” per la definizione di una rinnovata dimensione dei rapporti.

La criticità della riforma pertanto va rintracciata altrove: anzitutto, nell'inserimento in un tessuto collaudato non ha tenuto conto di talune criticità; inoltre, la riforma che di fatto solo in tema di divorzio consente la visione di tre mini riforme al suo interno (divorzio breve, negoziazione assistita ex art. 6 e divorzio innanzi l'ufficiale di stato civile) pur nelle nobili intenzioni tende a comporre un mosaico non propriamente omogeneo.

In particolare, quanto alle norme sul divorzio breve, da molti lungamente auspiccate, nel merito generale dell'approdo alla conclusione dell'*iter* legislativo la novella getta luce sul fatto che di riflesso l'istituto della separazione ne esce fortemente ridimensionato sino a sollevare dubbi sulla effettiva utilità del medesimo. Come noto in molti ordinamenti è possibile passare direttamente alla fase divorzile specificando come in molti casi la separazione è accomunata ad una situazione di fatto più che di diritto, funzionale unicamente in vista del divorzio. Sfruttando l'onda della facoltatività si sarebbe potuto "osare" sino a definire questo passaggio (in particolare nei casi in cui la separazione è ridotta a sei mesi) di tipo facoltativo, attribuendo ai coniugi la responsabilità di definire la propria situazione familiare e propendere per l'una o l'altra soluzione. Ma la criticità più grande a dire il vero, è nel non aver colto in tale innovazione l'occasione per un rinnovamento sostanziale anche da un punto di vista prettamente sociale e patrimoniale. In altre parole se come detto riforma c'è stata, questa appare priva di un vero spirito riformatore nella parte in cui non tiene conto né dell'aspetto prettamente dinamico-familiare, né (di conseguenza) dell'aspetto gestionale delle proprietà e delle economie familiari che seguono il trauma della disgregazione della famiglia: non a caso l'analisi della riforma contiene un breve excursus in tema di patrimonio familiare, un ambito sinora lasciato del tutto "scoperto" e per il quale si è ritenuto dilungarsi. In altre parole i passaggi che chi scrive ritiene di rilievo per quanto concerne l'abbreviazione dei termini, vengono eclissati da un istituto, quello della negoziazione, non ancora ben a fuoco, proiettato in un'autonomia negoziale, sia pure facoltativa, senza precedenti nell'ordinamento (fatto salvo il caso dell'arbitrato) che involge peraltro un ambito del diritto particolarmente delicato ma ancora privo di un'ossatura solida.

A ciò si aggiunga che l'istituto presenta agli occhi dei legali degli oneri e delle responsabilità non di poco conto sia in termini deontologici, che formali (non va dimenticato che i passaggi successivi, non ultimo la trascrizione inerente gli immobili oggetto di negoziazione, verranno ad essere oggetto dei successivi adempimenti (agenzia del territorio, catasto, etc.) con la conseguenza che l'avvocato è chiamato ad uscire nel caso in cui si prospetti una negoziazione di tipo complesso, dal proprio ambito canonico di operatività in favore di un ambito più ampio, fortemente proiettato verso una diversa e più ampia dimensione).

La sensazione è quella che il Legislatore abbia inteso, e con cognizione, di proiettarsi immediatamente nella prosecuzione dell'a.d.r. avallando sin da subito l'incardinamento del nuovo istituto, e pur conscio delle criticità, lasciare a dottrina e giurisprudenza il compito di instaurare i correttivi che si renderanno necessari, sottovalutando fortemente il fatto che l'Italia non sia ancora un Paese rodato sotto il punto di vista di gestioni alternative del contenzioso ed

il fatto che tutti questi istituti vengano “prelevati” da altri ordinamenti per poi essere gettati nel nostro sistema legislativo. Va precisato che se l’intento (più o meno confessato) è quello della *spending review* giudiziaria il traguardo di medio periodo sarà quello di consentire solo quale *extrema ratio* la soluzione giudiziale in favore di sistemi alternativi.

In tale ottica la mediazione civile, l’arbitrato, la negoziazione assistita, i disincentivi dettati dalle maggiorazioni delle spese di accesso alla giustizia e dalla soccombenza delle spese di lite nonché da ultimo la possibilità di gestire materie quali separazione e divorzio da un punto di vista essenzialmente negoziale senza il vaglio di un magistrato se non nei limiti qui rammentati, se non addirittura in autonomia (per i casi legislativamente previsti) senza neanche necessità di supervisione tecnica da parte di un legale, rappresentano senza dubbio una dichiarazione di intenti.

Preso atto della circostanza che il Legislatore non farà marcia indietro ed anzi proseguirà nel solco già tracciato, agli operatori ed *in primis* agli avvocati compete considerare tali nuove prospettive come opportunità, nella consapevolezza che la professione legale sarà d’ora in poi fortemente condizionata dal nuovo panorama normativo.

Da qui la rivoluzione da leggersi come rinnovazione della visione di un ambito di istituti da sempre sottratti alla capacità negoziale dei coniugi, in considerazione della personale e non commerciabile natura dei diritti in gioco; ad oggi invece sia pure facoltativamente, è consentita la negoziabilità di tutti gli ambiti della vita matrimoniale e di genitore, con il limite dell’ordine pubblico e della (non) contrarietà alle norme imperative, fatto salvo il vaglio del Procuratore della Repubblica presso il competente Tribunale ai fini del rilascio del nullaosta o dell’autorizzazione (cfr. art. 6 Legge n. 162/2014).

APPELLO, DOPPIA CONFORME E RICORSO PER CASSAZIONE. UN PERCORSO AD OSTACOLI CRESCENTI⁴¹

Osservazioni a margine di Trib. Torre Annunziata, 10 marzo 2015

*Articolo di Gianluca CASCELLA*⁴²

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso concreto. - 3. L'ordine logico delle questioni da esaminare. - 4. La c.d. doppia conforme. - 5. Riflessi sul ricorso per cassazione - 6. Osservazioni conclusive.

I. Premessa

Per comprendere appieno le modifiche introdotte nel vigente ordinamento processuale dalla legge 7.8.2012 n. 134 in materia di appello, con i conseguenti riflessi anche sul ricorso per cassazione civile, non appare superfluo tratteggiare, brevemente, come il primo mezzo di impugnazione è stato previsto, attuato ed utilizzato.

Secondo la dottrina, innanzitutto esso costituisce la massima garanzia soggettiva dell'impugnazione come rimedio contro l'ingiustizia e l'invalidità della sentenza di primo grado, come strumento di controllo degli errori di giudizio e di attività del giudice e degli errori di attività della parte⁴³, ed il suo oggetto è costituito dalla parte del diritto sostanziale controverso in primo grado individuata dalla parte di sentenza cui attengono le questioni sollevate tramite i motivi specifici d'appello, motivi specifici d'appello che devono essere formulati anche quando si propongono nuove eccezioni o nuove prove (o si modifichi la domanda).

Il giudice d'appello conosce della parte del rapporto controverso in primo grado unicamente attraverso le questioni di fatto e di diritto devolutegli attraverso i motivi specifici d'impugnazione della parte soccombente e tramite l'espressa riproposizione (da effettuare a pena di decadenza nella comparsa di risposta: col che ogni problema pratico sarebbe risolto) della parte vittoriosa in primo grado.⁴⁴

⁴¹ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 27.7.2015. *La Nuova Procedura Civile*, 2,2015.

⁴² Docente di Diritto Processuale Civile c/o S.S.P.L. Università "Federico II", Napoli.

⁴³ PROTO PISANI A., *Note sull'appello civile*, in *Foro it.*, 2008, V, 257.

⁴⁴ PROTO PISANI A., *op. cit.*

In sostanza, allora, l'appello si rivela essere l'unico mezzo di gravame in senso stretto, ed in ragione di tale sua natura introduce il giudizio di secondo grado, fase in cui il giudizio può venire interamente rinnovato, non limitandosi a un mero esame della sentenza di primo grado, ma estendendosi, invece, ad un secondo esame della controversia, anche se limitato a quanto proposto con l'appello, di guisa che sarà la decisione di secondo grado, sostituendosi alla prima, a regolare il rapporto controverso tra le parti, svolgendo un indubbio effetto sostitutivo.⁴⁵

Inoltre, l'appello possiede natura di mezzo di gravame ordinario, a motivi illimitati,⁴⁶ che si articola in due fasi, rescindente e rescissoria, e non è proponibile, come stabilisce l'art. 324 c.p.c., contro le sentenze passate in giudicato (appunto in quanto mezzo di impugnazione *ordinario*) mentre gli artt. 342 e 434 c.p.c., novellati dalla riforma, richiedevano che fossero specificati i «motivi», ma non li indicavano.⁴⁷

Secondo alcuni, le ipotesi di rimessione elencate negli artt. 353 e 354 c.p.c., nelle quali l'appello è limitato alla fase rescindente, sono affatto eccezionali: la regola generale è quella prevista dall'art. 354, ult. cpv., c.p.c., per il quale «se il giudice d'appello dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado, ne ordina, in quanto possibile, la rinnovazione a norma dell'art. 356»;⁴⁸ per altri autori, invece, l'appello è una impugnazione c.d. sostitutiva o a fase unica – poiché conduce ad una nuova decisione della causa, destinata, in caso di accoglimento, a sostituirsi a quella impugnata sovrapponendosi all'efficacia di quest'ultima, dato che la funzione normale dell'appello è quella di provocare, nei limiti dei motivi di impugnazione (in applicazione del principio *tantum devolutum quantum appellatum*) una nuova decisione.⁴⁹

In ordine ai caratteri peculiari dell'appello civile, secondo autorevole opinione sono due gli elementi che, in particolare, caratterizzano il giudizio in questione, ovvero l'effetto devolutivo e l'effetto sostitutivo⁵⁰.

Con il primo, in sostanza, si realizza un trasferimento in appello della controversia oggetto di esame da parte del primo giudice, in quanto l'attività del

⁴⁵ MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2005, II, p. 436 e ss.

⁴⁶ Cioè a critica libera, nel senso che non si riscontra, in relazione al giudizio di appello, una pre-determinazione, a monte, delle possibili censure sollevabili contro la decisione – come avviene, invece, ex art. 360 c.p.c., per il giudizio di cassazione, che individua in modo preciso gli eventuali errori e/o vizi astrattamente sollevabili in sede di ricorso - di guisa che, ante riforma, era possibile censurare la sentenza di primo grado anche solo per la sua (asserita ovviamente) ingiustizia, possibilità a mio avviso preclusa a seguito della riforma.

⁴⁷ COSTANTINO G., *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del filtro*, in http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/Costantino_riforme_appello_civile.html.

⁴⁸ COSTANTINO G., *op. cit.*

⁴⁹ ARIETA G., DE SANTIS F., MONTESANO L., *Corso di diritto processuale civile*, Padova, 2010, p. 467.

⁵⁰ SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2009, p. 490.

giudice di appello non si limita ad un mero controllo sulla decisione impugnata, al fine di verificare se sussistono o meno gli errori denunziati, ed, in conseguenza, annullare, in caso positivo, la decisione;⁵¹ non si dubita, invero, del fatto che al giudice dell'appello competano poteri ben più ampi, in quanto gli si chiede non solo e non tanto di riscontrare errori del primo giudice ed annullare la sentenza impugnata, bensì gli si chiede di procedere ad un nuovo esame della controversia e deciderla nuovamente, anche se l'effetto in questione incontra il limite posto dall'art. 346 c.p.c., volto ad impedire che l'indagine travalichi i limiti della richiesta, che va letto in combinato disposto con l'art. 329, 2° comma c.c.,⁵² norma che svolge funzione analoga a quella assegnata, per il giudizio di primo grado, all'art. 112 c.p.c.

Sempre secondo il predetto studioso, il secondo effetto, quello sostitutivo, innanzitutto completa il primo, ed è costituito dall'attitudine della sentenza di appello a sostituirsi integralmente a quella impugnata, non solo nel caso in cui venga impugnata, ma anche in quello in cui la stessa sia confermata, in quanto la decisione d'appello toglie ogni rilievo a quella di primo grado, ergendosi a regola del rapporto controverso tra le parti.⁵³

Anche la giurisprudenza di legittimità concorda con tale impostazione, evidenziando in particolare come il giudice d'appello – ovviamente sempre in ragione dei motivi di impugnazione – deve conoscere l'intera controversia oggetto del giudizio di primo grado, non potendosi limitare la sua cognizione a questioni di mero rito, al di fuori delle ipotesi espressamente previste a tale proposito degli artt. 353-354 cp.c.⁵⁴

Infine, come si rileva da parte di ulteriore opinione, il riesame può consistere, teoricamente, o in una *revisio prioris instantiae* – limitandosi quindi ad una mera revisione del materiale acquisito in primo grado, con divieto di nuove domande, eccezioni e prove – oppure in un *novum iudicium*, che ammetta, invece, l'introduzione del c.d. *ius novorum*: il primo modello, indubbiamente, possiede una maggiore caratterizzazione in termini di critica dell'attività svolta dal primo giudice nonchè della decisione impugnata, mentre il secondo si atteggia maggiormente come prosecuzione del processo di primo grado, dato

⁵¹ SASSANI B., *op. loc. cit.*

⁵² SASSANI B., *op. loc. cit.*

⁵³ SASSANI B., *op. loc. cit.*

⁵⁴ In tal senso, Cass. civ., sez. V, 10 giugno 2009, n. 13331, in *Banca dati Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Appello civile* (ammissibilità), che ha così statuito “È ammissibile nei soli limiti in cui i vizi denunziati, se fondati, imporrebbero una rimessione del procedimento al primo giudice ex artt. 353 e 354 c.p.c., e non anche nel caso in cui i vizi medesimi non rientrano nelle ipotesi tassativamente elencate dalle norme predette, l'impugnazione con cui l'appellante si limiti a dedurre soltanto vizi di rito avverso una pronuncia a lui sfavorevole anche nel merito. Al contrario, qualora i vizi denunziati esulino dalle ipotesi tassative previste dal codice di rito si rende necessario che l'appellante deduca ritualmente anche le questioni di merito a pena di inammissibilità della proposta impugnazione, oltre che per difetto di interesse, anche per non rispondenza della stessa al modello legale”.

che, prevedendo la possibilità di inserzione di nuovi elementi, riconosce l'idoneità degli stessi, se conosciuti dal primo giudice, a determinare una decisione diversa;⁵⁵ la scelta tra l'uno e l'altro modello appare indubbiamente condizionata dal sistema delle preclusioni che operano in primo grado, in quanto esso, se rigido, porterà l'appello ad assumere il carattere della *revisio prioris instantiae*, mentre, se più attenuato, condurrà ad attribuire al giudizio di appello anche un carattere di *novum iudicium*⁵⁶; tale presupposto, allora, conduce a ritenere, inevitabilmente o quasi, che, essendo attualmente il nostro processo civile caratterizzato, in primo grado, da un rigido sistema di preclusioni, l'appello giocoforza assume i caratteri di una *revisio prioris instantiae*, ricostruzione questa confermata ove si tenga presente che, di riforma in riforma, sono stati introdotti sempre maggiori limiti alla possibilità di introdurre *nova* in appello, viste le reiterate modifiche apportate all'art. 345 c.p.c., sul quale anche la riforma del 2012 non ha perso occasione di intervenire.

In conseguenza, risulta assolutamente non condivisibile il parere del C.S.M, del 5 luglio 2012, sulla riforma del giudizio di appello, in quanto in esso si tende ad attribuire all'appello un carattere che esso, in realtà, non possiede, in quanto proprio il principio fondamentale che regola il giudizio di appello, ovvero *tantum devolutum quantum appellatum*, esclude a monte che l'appello possa consistere in un nuovo giudizio, con effetto pienamente devolutivo e come tale volto a ripetere *ex novo* il giudizio di primo grado, ad esclusione, ovviamente, di ciò che in primo grado non è stato fatto, e quindi non potrebbe ammettersi in appello, cioè domande e/o eccezioni nuove e nuovi mezzi di prova.⁵⁷

Orientamento, questo, che il primo presidente della Cassazione, nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, ha inteso rimarcare, rilevando come sarebbe stata opportuna una riduzione dei motivi proponibili con l'atto di appello, con conseguente valorizzazione e perfezionamento del giudizio di primo grado, giustificando tale proposta con rilievo per cui, in una visione piramidale dei gradi del processo, le impugnazioni devono infatti servire a controllare i risultati della fase precedente, e non a rinnovare gli accertamenti e le valutazioni già compiuti in detta fase, mentre, per converso, la possibilità che il giudizio di appello sia totalmente devolutivo, da un lato non è richiesta dalle norme costituzionali e sopranazionali e, dall'altro, è destinata ad allungare sensibilmente i tempi della giustizia e a determinare la durata non ragionevole dei processi, come comprovato dai tempi medi dei giudizi davanti alle corti di appello (1.051 giorni), enormemente più lunghi dei giudizi davan-

⁵⁵ MAZZARELLA F., TESORIERE G., *Guida al processo civile riformato*, Padova, 2013, p. 349.

⁵⁶ MAZZARELLA F., TESORIERE G., *op. cit.*, p. 350.

⁵⁷ COSTANTINO G., *op. cit.*

ti ai tribunali (463 giorni).⁵⁸

In contrario si afferma, invece, che non sono eventuali domande e/o eccezioni nuove, come pure nuove istanze istruttorie, che limitano un pieno effetto devolutivo dell'appello, poiché essi – che costituiscono il c.d. *nova* – hanno una funzione del tutto diversa da quest'ultimo, in quanto non sono rivolti a sottoporre al giudice dell'impugnazione quel medesimo materiale assertivo e probatorio già oggetto di esame da parte del giudice di prime cure;⁵⁹ tali elementi, infatti, mirano ad ampliare l'esame che al secondo giudice viene richiesto, attraverso l'introduzione di nuovo materiale assertivo e probatorio, atteso che il giudice del gravame deve giudicare solo su quanto oggetto di espressa richiesta rivoltagli dalle parti, con conseguente, implicita quanto indubbia, ex art. 346 c.p.c., rinuncia a tutte quelle domande ed eccezioni che, già proposte in primo grado, non vengano nuovamente sottoposte anche al giudice dell'appello per essere esaminate, sia in ipotesi di loro rigetto, sia di mancato esame perché ritenute assorbite da altre questioni.⁶⁰

2. Il caso concreto

Lo spunto alla presente riflessione è fornito da una recente decisione del Tribunale di Torre Annunziata quale giudice d'appello, chiamato ad esaminare l'impugnazione proposta dall'appellante che, in primo grado, si era visto respingere dal giudice di pace la domanda di risarcimento danni per presunta insidia e trabocchetto, quindi ex art. 2043 c.c. nei confronti di più soggetti, evocati in giudizio quali presunti proprietari - ciascuno per quanto di proprio diritto e/o ragione - di un determinato bene, il quale, sulla scorta della ricostruzione del fatto storico come dal predetto giudicante effettuata in base alle risultanze istruttorie raccolte, aveva ritenuto non raggiunta la prova della sussistenza, nel caso sottoposto al suo esame, del duplice requisito indispensabile per poter ritenere sussistente la fattispecie allegata dal danneggiato, e quindi un'insidia - e cioè l'elemento oggettivo della non visibilità e quello soggettivo della non prevedibilità di tale situazione di pericolo - adottando la conseguente, inevitabile, statuizione di rigetto della proposta domanda risarcitoria.

La decisione si segnala in quanto il suo estensore innanzitutto, pur in presenza di svariate eccezioni preliminari, astrattamente anch'esse idonee a determinare la decisione della controversia, capovolge l'ordine delle questioni da affrontare, come previsto dall'art. 276, 2° comma c.p.c., affrontando direttamente l'esame del merito della controversia, evidentemente ritenuto – in

⁵⁸ In:http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_anno_giudiziario_2012.pdf, p. 79.

⁵⁹ COSTANTINO G., *op. loc. cit.*

⁶⁰ COSTANTINO G., *op. loc. cit.*

applicazione del noto principio di origine giurisprudenziale c.d. della *ragione più liquida della decisione* – in grado di assicurare una decisione realmente definitiva.

Tale scelta – senza dubbio apprezzabile - appare produttiva di positivi riflessi anche in termini di riduzione del contenzioso, dato che anche l'eventuale accoglimento delle sollevate eccezioni preliminari, relative ad una errata individuazione dell'effettivo proprietario del bene asserito quale causa dei danni lamentati, comunque non avrebbe evitato la riproposizione del giudizio nei confronti del soggetto accertato come effettivo proprietario della cosa in custodia, e quindi responsabile ex art. 2051 c.c. dei danni lamentati dalla parte istante, causando pertanto un aumento, invece che una riduzione, del contenzioso.

Nonostante la decisione sia tutto sommato stringata, con essa il Tribunale, oltre che del principio innanzi richiamato, mostra di fare corretta applicazione anche del meccanismo della *doppia conforme*, dal momento che, lungi dal limitarsi ad una pedissequa ripetizione del dispositivo della decisione di primo grado, ha provveduto ad esaminare la motivazione addotta a sostegno della prima decisione, con particolare riguardo alla ricostruzione del fatto storico come accolta dal giudice di pace, della quale il giudice d'appello è pervenuto a confermare la correttezza, venendo conseguentemente ad avallare anche la esattezza in punto di diritto delle conseguenze giuridiche che, dalla predetta ricostruzione del fatto, ha tratto il primo giudice.

In pratica, nel confermare la pronuncia del giudice di pace, il Tribunale ha motivato la propria decisione sulla scorta delle medesime ragioni fattuali che già avevano supportato la sentenza di prime cure, individuandole proprio nella stessa documentazione e nella deposizione testimoniale che già avevano condotto il primo giudice - in evidente applicazione del principio di autoresponsabilità - a ritenere il danneggiato, esclusivo responsabile per l'accaduto e per le lamentate conseguenze dannose.

Risulta quindi evidente che, se correttamente applicato, come nel caso esaminato e deciso dal tribunale oplontino, il meccanismo in questione risulta in grado di spiegare una indubbia capacità deflattiva del contenzioso, con indubbi vantaggi per l'amministrazione della giustizia.

3. L'ordine logico delle questioni da esaminare

L'art. 276 c.p.c., che regola le modalità di deliberazione della decisione, al secondo comma attribuisce, nell'ordine logico della decisione, priorità all'esame delle questioni pregiudiziali sollevate dalle parti ovvero rilevate d'ufficio, cui fa seguito l'esame del merito della controversia.

Per la dottrina, una simile scansione trova la propria giustificazione in motivazioni di carattere logico innanzitutto, poiché se una questione pregiudiziale viene ritenuta fondata e come tale meritevole di accoglimento, essa, in quanto idonea a determinare la decisione della controversia, comporta che le questioni relative al merito vero e proprio della controversia risultano assorbite⁶¹, come ad esempio si verifica, ad avviso di chi scrive, nel caso dell'eccezione di prescrizione del diritto azionato; mentre, sempre secondo tale opinione, in presenza di differenti questioni attinenti il merito della controversia, la precedenza nell'esaminarle e deciderle va riconosciuta a quelle idonee ad assorbire quelle ulteriori, formulate in via subordinata rispetto alle prime;⁶² altro autore, poi, ha evidenziato che, limitandosi l'art. 276, 2° comma c.c. ad un generico rimando alle questioni pregiudiziali, senza alcuna loro specificazione, all'interno di esse l'esame dovrebbe essere condotto attribuendo priorità alle questioni preliminari di rito e poi al merito, nell'ambito del quale, prioritariamente, vanno esaminate quelle aventi carattere pregiudiziale;⁶³ infine, ulteriore opinione dottrinale ritiene che, nell'ambito delle questioni preliminari, vadano esaminate innanzitutto quelle attinenti la verifica della regolarità o meno degli atti introduttivi, poi, va esaminata la sussistenza o meno dei presupposti processuali ed, in ultima analisi, ogni questione attinente la sussistenza o meno delle condizioni dell'azione.⁶⁴

Alla regola prevista dalla richiamata disposizione, la giurisprudenza di legittimità ha introdotto una rilevante eccezione, consacrata nel principio della *c.d. ragione più liquida della decisione*, che consente al giudice di decidere la controversia sottopostagli in base ad una questione che sia più evidente e più rapidamente risolvibile;⁶⁵ detto principio è stato ritenuto pienamente rispondente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, ormai anche costituzionalizzate, ed è altresì conseguenza di una rinnovata visione dell'attività giurisdizionale, intesa non più come espressione della sovranità statale, ma come un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli.⁶⁶

Ed invero, in diverse decisioni la giurisprudenza di merito ha affermato innanzitutto che, in base al principio della ragione più liquida, la domanda può essere respinta sulla base della soluzione di una questione assorbente, pur se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente tutte le

⁶¹ SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, p. 361.

⁶² SATTA S., *op. cit.*, p. 317.

⁶³ MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino, 1991, p. 295.

⁶⁴ LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano 1984, 220.

⁶⁵ Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24483, in *CED*, Cassazione, 2008

⁶⁶ Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24483, *cit.*

altre secondo l'ordine previsto dall'art. 276 c.p.c.,⁶⁷ ed inoltre, con successiva decisione, che l'esame di tutte le questioni prospettate dalle parti, pur dedotte in via principale, non risulta necessario quando la domanda può essere decisa sulla base della soluzione di una questione a carattere assorbente, in forza del criterio della c.d. ragione più liquida.⁶⁸

Infine, con una recente decisione, i giudici di legittimità hanno ribadito tale principio, affermando che esso, imponendo un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, di cui all'art. 276 cod. proc. civ., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'art. 111 Cost;⁶⁹ in conseguenza, logico corollario di tale approdo è stato quello di affermare che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza che sia necessario esaminare previamente le altre;⁷⁰ del resto, a conferma del fatto che quello stabilito dal secondo comma dell'art. 276 c.c. non è un principio inderogabile, va detto che già da tempo la S.C. ha avuto modo di affermare che la circostanza che il giudice non abbia rispettato, nella decisione della lite, l'ordine logico in cui si collocano le questione sorte nel giudizio non costituisce motivo di gravame avverso la sentenza, con l'unica eccezione per il caso in cui tale mancato rispetto sia stato causa di una motivazione contraddittoria.⁷¹

4. La c.d. doppia conforme

La dottrina sin da subito ha evidenziato come, attraverso la L. 134/2012, sia stato concretizzato l'intento del Legislatore di alleggerire il sistema delle impugnazioni, considerato ormai un lusso garantistico contrastante con il principio del giusto processo, trattandosi, in sostanza, di una verità parziale, in quanto rappresenta un tentativo - attuato dall'esclusivo punto di visuale del processo, attraverso le limitazioni al processo di appello ed a quello di cassazione - di porre rimedio ad un *gap* culturale e organizzativo che ha radici così profonde che l'intervento in questione non è in grado, sostanzialmente, nemmeno di lambirle, occorrendo ben più di un tratto di penna;⁷² ecco perchè,

⁶⁷ Trib. Reggio Emilia, 29 novembre 2012, in *II Caso.it*, 2012, I, 8203.

⁶⁸ Trib. Belluno, 30 dicembre 2013, in *II Caso.it*, 2014, I, 9926.

⁶⁹ Cass. civ. sez. VI, 28 maggio 2014, n. 12002, in *CED*, Cassazione, 2014.

⁷⁰ Cass. civ. sez. VI, 28 maggio 2014, n. 12002, *cit.*

⁷¹ Cass. civ., sez. lav., 7 maggio 2004, n. 8720, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2005, 430.

⁷² CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, 10, p. 1133.

per il predetto autore, detto intervento rischia di produrre un effetto del tutto opposto, quello di condurre a dissolvere, almeno in parte, il ruolo di rimedio che, nel nostro sistema processuale, fino a poco tempo addietro era indiscutibilmente svolto dalle impugnazioni.⁷³

Sul versante del giudizio di cassazione, come è noto, ulteriore innovazione – della quale non si sentiva assolutamente il bisogno – che è stata introdotta dalla L. 134/2012, è costituita da un meccanismo, definito unanimemente dalla dottrina come *doppia conforme*, il cui fine è quello – sempre nella medesima ottica di ridurre il carico dei processi, stavolta sul versante della Suprema Corte – di limitare la possibilità di ricorrere in cassazione contro le sentenze dei giudici di appello, in presenza di determinate condizioni.

Il meccanismo in questione si ispira ad analogo strumento previsto dal diritto canonico, della cui estendibilità, compatibilità e rispondenza alle esigenze del processo civile appare più che lecito dubitare, a voler essere benevoli; secondo una opinione, infatti, la predetta doppia conforme rappresenta niente altro che un ossequio ad un feticcio medievale, e si rivela doppiamente stupido, in assoluto e nel caso particolare.⁷⁴

Dal primo punto di vista, esso è tale in quanto, a tacer d'altro,⁷⁵ il concetto di *doppia conforme* poteva risultare abbastanza chiaro al relativamente sbrigativo giurista pratico che operava alcuni secoli addietro, mentre una simile regola, per il ben più raffinato, ma anche causidico, odierno giurista – avvocato e/o magistrato – è suscettibile, nella sua concreta applicazione, di originare frequenti, sottilissime e dispendiose questioni, con conseguenti tediose pagine di scritti difensivi e pronunzie, volti ad affermare oppure negare l'esistenza dell'ipotizzata duplice conformità,⁷⁶ il che rischia di andare seriamente in contrasto con la esigenza, che la S.C. non perde occasione di ribadire – anzi, configurandola come vera e propria necessità, sanzionata, ove non rispettata, in termini di abuso del processo – della sinteticità degli atti processuali, ritenuta presupposto indispensabile o quasi – il che, invero, appare tutto da dimostrare – della efficienza del processo civile. Dal secondo punto di vista, merita tale censura in quanto il sindacato sulla motivazione è stato ridotto, sostanzialmente, alla sola ipotesi in cui essa risulti omessa, a maggiore ragione considerando che non si potrebbe mai sostenere che due motivazioni omesse rappresentano anche solo una parvenza di motivazione, non potendosi ritenere, allora, che di fronte a tale duplice omessa motivazione, l'art. 348-ter, 4° comma c.p.c., precluda la possibilità di censurarle in Cassazione ai sensi

⁷³ CONSOLO C., *op. loc. cit.*

⁷⁴ BRIGUGLIO A., *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, 584.

⁷⁵ BRIGUGLIO A., *op. loc. cit.*

⁷⁶ BRIGUGLIO A., *op. loc. cit.*

dell'art. 360, comma 1, n. 5⁷⁷; al contrario, si deve propendere per una interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata dal citato art. 348-ter, 4° comma c.p.c., non solo opportuna quanto e soprattutto indispensabile.⁷⁸

Tanto a maggiore ragione in quanto, secondo la medesima opinione, si avrà la duplice conformità che preclude il ricorso in cassazione ai sensi del n. 5 dell'art. 360, 1° comma c.p.c., non in presenza del semplice rigetto della impugnazione e/o della semplice identità tra i due dispositivi, bensì allorquando vi sia, da parte della sentenza di appello, la sostanziale conferma della motivazione in fatto resa dal giudice di prime cure;⁷⁹ il che è proprio quanto avvenuto con la sentenza che qui si commenta, che ha fatto corretta applicazione del richiamato principio. Il predetto requisito potrà dirsi concretamente realizzato nel caso in cui, avendo la Corte d'Appello (o comunque il giudice dell'impugnazione), in via deliberativa, reputato condivisibili le ragioni di fatto su cui si è fondata la decisione impugnata, respingendo pertanto l'impugnazione – e così confermando la correttezza della ricostruzione in punto di fatto della vicenda, operata dal primo giudice – verrà in conseguenza ad essere preclusa ogni possibilità di sindacato sulla motivazione in punto di fatto della sentenza di primo grado, da parte della Cassazione.⁸⁰

Il meccanismo *de quo* si presenta diversificato nelle sue modalità operative, prevedendo sia una ipotesi applicativa di carattere generale, introdotta dal quinto comma dell'art. 348-ter c.p.c., sia una ipotesi specificamente dedicata all'operare del filtro di inammissibilità dell'appello, prevista al quarto comma della citata disposizione.⁸¹

La prima riguarda il caso in cui la sentenza d'appello abbia confermato la decisione di primo grado, mentre la seconda si riferisce all'ipotesi in cui l'ordinanza di rigetto dell'appello siccome inammissibile per carenza della ragionevole probabilità di accoglimento si sia basata sulle identiche ragioni fattuali che aveva preso in considerazione la decisione di primo grado, aggiungendosi che, in tale eventualità, il ricorso per cassazione è possibile solo nelle prime quattro ipotesi contemplate dall'art. 360 c.p.c., ed esso andrà proposto avverso la sentenza di primo grado.

Per la dottrina, se la versione specificamente dedicata al filtro in appello, anche se non condivisibile –visto che, astrattamente, consente che la ricostruzione del fatto operata dal primo giudice venga convalidata in modo anche solo sommario da parte di quello d'appello, mediante il mero richiamo di essa

⁷⁷ BRIGUGLIO A., *op. loc. cit.*

⁷⁸ BRIGUGLIO A., *op. loc. cit.*

⁷⁹ BRIGUGLIO A., *op. cit.*, 585.

⁸⁰ DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima riforma "urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazione di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *www.judicium*, p.2.

⁸¹ CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corriere giuridico*, 2012,10, 1141.

nell'ordinanza di inammissibilità – appare tutto sommato poco problematica dal punto interpretativo, diversa è la situazione per quella di carattere generale.⁸²

Infatti, come si sostiene da alcuni, per la seconda versione del citato meccanismo, dal testo della norma non è possibile evincere se, per ritenersi confermata la motivazione in fatto come esplicitata dal primo giudice, sia sufficiente guardare esclusivamente all'esito del giudizio di appello (per cui un eventuale rigetto dell'impugnazione potrebbe intendersi come implicita conferma in tal senso) oppure vada accolta una diversa ricostruzione;⁸³ in tale diversa ipotesi, infatti, potrebbe parlarsi di conferma solo nel caso in cui il giudice d'appello abbia anche esaminato la motivazione in fatto adottata dal giudice di primo grado, mostrando di condividerla – come è avvenuto con la decisione qui in commento - in quanto è solo nel secondo caso che potrebbe ritenersi concretamente realizzata la fattispecie astrattamente prevista dalla norma,⁸⁴ essendo evidente la differenza tra le due ipotesi come innanzi prospettate.

In proposito, basti pensare, ad esempio, come si sostiene in dottrina, all'ipotesi in cui la decisione di appello, per pervenire a confermare quella di primo grado, segua un percorso motivazionale diverso rispetto a quello esposto dal giudice di prime cure, di guisa che non vi sarebbe una conferma in appello della motivazione adottata dal giudice di primo grado, ma una motivazione del tutto nuova, facendo venire meno anche quel, tutt'altro che solido, presupposto rappresentato dalla conformità delle decisioni di primo e secondo grado, su cui sembra poggiarsi il meccanismo previsto dalla riforma;⁸⁵ il citato autore, infatti, critica con decisione l'idea della infallibilità dei giudizi di fatto da parte dei giudici di merito, rilevando come la stessa, pur se all'evidenza inseguita dal Legislatore, è tutt'altro che avvalorata dalla prassi, in quanto le sue basi logiche e sistematiche mostrano la loro inconsistenza se analizzata con un minimo di approfondimento, per cui risulta certamente condivisibile la reiterata critica che, anche sotto tale ulteriore profilo, si formula avverso la citata innovazione, affermandosi che l'esatta conformità spontanea si rivela molto rara, mentre quella intenzionale, che il Legislatore pare aver voluto incentivare, in tal modo, non solo premia la pigrizia dei giudici, ma risulta anche priva della minima forza asseveratrice.⁸⁶

Tale nefasto meccanismo, in pratica, come da alcuni affermato rappresenta un vero e proprio *filtro selettivo* dell'accesso in Cassazione, introdotto direttamente dal Legislatore, sul quale la S.C. non ha alcun potere discrezionale,

⁸² CONSOLO C., *op. loc. cit.*

⁸³ CONSOLO C., *op. loc. cit.*

⁸⁴ CONSOLO C., *op. loc. cit.*

⁸⁵ CONSOLO C., *op. loc. cit.*

⁸⁶ CONSOLO C., *op. loc. cit.*

e la cui unica finalità è quella di impedire alla parti di utilizzare la garanzia costituzionale prevista nel caso in cui si configuri la situazione individuata dalla riforma,⁸⁷ creando quindi un collegamento in termini di esclusione tra doppia conforme e ricorso ai sensi del novellato art. 360, comma 1, n.5 c.p.c., per cui in tal caso, ove proposto, il ricorso andrà dichiarato inammissibile, e non manifestamente infondato nel merito, rendendo quindi inapplicabile la soluzione interpretativa adottata dalla Corte con riguardo all'art. 360bis c.p.c., come afferma il richiamato autore.⁸⁸

La conseguenza, tutt'altro che auspicabile, della scelta del legislatore di avere voluto ridurre l'appello esclusivamente ad un mezzo di controllo dell'operato del giudice di primo grado, per evitare decisioni arbitrarie, piuttosto che per evitare e/o porre rimedio all'ingiustizia della prima decisione, scelta perseguita anche attraverso l'introduzione del censurato meccanismo della doppia conforme, viene allora individuata nell'aver sottratto al giudizio di cassazione la sua funzione di strumento di controllo, da parte di un giudice superiore, sull'operato del giudice dell'appello.⁸⁹

5. Riflessi su ricorso per cassazione

Dal punto di vista dei riflessi che la riforma produce, per effetto sia della introduzione del meccanismo della doppia conforme, sia della modifica dell'art. 360, n.5 c.p.c., gli stessi si manifestano in una sempre maggiore limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità, con particolare riguardo al controllo della ricostruzione del fatto, disegnando una strada che si rivela sempre più tortuosa ed infarcita di ostacoli.

Orbene, anche se la dottrina, al riguardo, precisa – invero condivisibilmente – che compito della Cassazione non è di ripetere il giudizio di fatto, bensì di compiere un giudizio sul giudizio di fatto formulato dal giudice di merito, nel senso di controllare la giustificazione che di esso ha dato il giudice di merito,⁹⁰ non può negarsi come, per effetto della riforma del 2012, l'area di tale giudizio sul giudizio di fatto è stata sensibilmente ristretta e, conseguentemente, sensibilmente ridotti i margini per ricorrere in Cassazione.

Va evidenziato, poi, che con la riforma del 2012 si è assistito ad un salto temporale legislativo all'indietro, e cioè alla formulazione originaria del codice del 1942, praticamente identica a quella della recente novella, mentre la for-

⁸⁷ CARRATTA A., *Il giudizio di cassazione nell'esperienza del filtro e nelle recenti riforme legislative*, in *Giur. it.*, 2013, I, 6.

⁸⁸ CARRATTA A., *op. cit.*, 7.

⁸⁹ VERDE G., *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it.*, p. 13.

⁹⁰ PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5^a ed., Napoli, 2006, p. 524.

mulazione in vigore sino al 10 settembre 2012, che prevedeva la possibilità di ricorrere in cassazione per il vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, venne introdotto con la l. n. 581 del 14 luglio 1950.

In tal modo il Legislatore ha inteso, se non eliminare del tutto, quantomeno ridurre sensibilmente, un fenomeno addirittura definito in termini di abuso del ricorso in cassazione, concretizzato tramite ricorsi fondati sul vizio di motivazione, non resi indispensabili sulla scorta dei precetti costituzionali, per preservare ed anche riaffermare la funzione del Supremo Collegio quale giudice dello *ius constitutionis*, che può conoscere dello *ius litigatoris* solo nei limiti della violazione di legge; tale intento ha trovato subito l'entusiastica adesione del C.S.M - il che non sorprende affatto, invero - che ha messo in evidenza l'idoneità di tale riforma ad impedire che, attraverso l'evocazione della motivazione contraddittoria e/o insufficiente, la S.C. potesse venir trascinata su un terreno non suo, quello del giudizio di fatto, inducendola, in tal modo, a riesaminare ed, eventualmente, ricostruire in modo diverso, gli stessi fatti già esaminati e ricostruiti nei gradi di merito, anche se, con tale affermazione, si trascura, da parte del predetto organismo, di considerare che, se correttamente inteso, anche il giudizio sulla ricostruzione in fatto è un giudizio di legittimità a pieno titolo, come meglio si proverà ad evidenziare nel prosieguo di questo scritto.

In ogni caso, appare da condividere il timore manifestato da chi ritiene che la nostra Cassazione, ossessionata dall'idea della deflazione *sic et simpliciter*, e messa in crisi dall'interpretazione dell'art. 111, 7° comma Cost., che essa stessa ha praticato, vedrà (*rectius*, vorrà vedere) nella modifica legislativa una sorta di implicita autorizzazione da parte del Legislatore ad una deflazione all'ingrosso della mole dei ricorsi di cui annualmente è gravata, ripetendo in sostanza quanto già accaduto con il meccanismo del quesito di diritto,⁹¹ prima che il Legislatore intervenisse, nel 2009, eliminandolo.

Con riguardo al primo profilo, la soluzione scelta dal Legislatore produce, secondo un'opinione, un (ulteriore) effettivo negativo, ove si tenga presente che, se il giudice dell'appello, per superficialità, per sbaglio ovvero altro motivo, abbia pedissequamente fatto propria la ricostruzione fattuale contenuta nella prima decisione, ovvero – il che appare ancor più deleterio – si sia limitato a confermare tale ricostruzione anche con una motivazione del tutto inconfidente, il danno per la parte soccombente sarà irrimediabile, dal momento che, per effetto della doppia conforme, non solo gli sarà precluso di invocare dalla Cassazione di emendare l'ingiustizia delle due precedenti decisioni, ma anche alla Corte medesima sarà preclusa la possibilità di controllare l'operato del

⁹¹ SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2012, 559 e ss.

giudice d'appello.⁹²

Allora, deve quindi dubitarsi, secondo tale autore, della conformità a costituzione di norme che, in pratica, finiscono per escludere la possibilità, per la Suprema Corte, di controllare se la decisione impugnata dinanzi ad essa sia effettivamente sostenuta da una motivazione che possa dirsi tale, e non si fondi, invece, su di un cumulo di segni grafici insignificanti e/o contraddittori, in contrasto con l'art. 111 Cost. e l'indefettibilità della motivazione da tale norma prevista.⁹³

Sembra – e certo non solo a chi scrive – che per il Legislatore del 2012, di tale requisito - ovviamente nel senso effettivo che deve essergli attribuito – nonostante esso costituisca oggetto di espressa garanzia costituzionale, possa ormai farsi a meno, e tanto lascia davvero sconcertati, poiché un processo, per potersi dire realmente *giusto* non può prescindere da una motivazione dei provvedimenti giudiziali che sia davvero degna di tal nome, ma qui sembra che l'unica motivazione (si perdoni il gioco di parole) che spinge il Legislatore ad intervenire sul processo è che il medesimo sia veloce, ma che sia anche giusto – nel senso di capacità di fornire una risposta effettiva e concreta alle richieste di giustizia avanzate dai cittadini- è secondario, ormai.

Dal secondo punto di vista, si osserva che l'intervenuta modifica, sempre attraverso la L. 134/2012, al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., avendo previsto che, a differenza della previgente e molto più ampia formulazione,⁹⁴ è oggi possibile impugnare in cassazione una sentenza solo per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, che è stato oggetto di discussione tra le parti, ha impedito alla Suprema Corte di estendere il proprio esame - anche se attraverso il parametro della omissione, insufficienza o contraddittorietà della motivazione - anche ad eventuali errate ricostruzioni dei fatti di causa, compiute dal primo giudice e trascurate da quello dell'appello,⁹⁵ per cui appare tutt'altro che arduo comprendere, allora, quali siano i danni che la riforma è concretamente suscettibile di produrre.

Infatti, ove il giudice dell'appello sia indotto a dichiarare, in modo superficiale e sbrigativo, inammissibile l'impugnazione, respingendola, perchè oberato da un numero sovrabbondante di fascicoli - ⁹⁶ che se va bene (e riferisco di esperienza personale di elevata frequentazione di diverse corti d'appello) vengono

⁹² VERDE G., *op. loc. cit.*

⁹³ VERDE G., *op. cit.*, p.14.

⁹⁴ Che, con il prevedere quale motivo di ricorso la omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti ovvero rilevabile d'ufficio, permettesse al ricorrente, invocando una ricostruzione dei fatti di causa differente da quella svolta dal giudice d'appello (o di primo grado in caso di ricorso *per saltum*) di portare la Cassazione ad esaminare nuovamente, anche se indirettamente, i fatti di causa, inducendola ad agire come giudice di merito.

⁹⁵ PAGNI I., *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, 2012, V, 299, par. 4.

⁹⁶ PAGNI I., *op. loc. cit.*

sommariamente esaminati la mattina stessa dell'udienza, giusto poco prima del suo inizio - magari anche perchè, come altro studioso già in precedenza citato ha rilevato, esortato dal capo dell'ufficio a migliorare le statistiche del numero di appelli annualmente decisi, in tale ipotesi, l'errore sul fatto commesso dal primo giudice diverrebbe irrimediabile, con le conseguenze immaginabili, per il soccombente in via immediata, ma anche, in via mediata, per la giustizia, con inevitabile accrescimento di quel senso - da tempo ormai non solo più latente, bensì alquanto palese - di sfiducia dei consociati in essa e nella sua amministrazione;⁹⁷ inoltre, se messa in relazione con la innovazione del filtro in appello, tale modifica si rivela suscettibile di provocare danni ancora maggiori, ove si consideri che, come da alcuni evidenziato, esso impedisce alla S.C. di esaminare, attraverso il punto di vista del difetto di motivazione, quell'errore sul fatto e sulla sua ricostruzione che il giudice dell'impugnazione, essendosi troppo rapidamente pronunziato sull'inammissibilità del gravame, per smaltire un gravoso carico di lavoro, potrebbe aver sottovalutato.⁹⁸ Del resto, la giurisprudenza di legittimità di recente ha mostrato di condividere in pieno, immediatamente adeguandosi, l'intento perseguito con la richiamata riforma, fissando alcuni principi - per di più con l'autorevolezza di alcune decisioni delle Sezioni Unite - che possono brevemente riassumersi nei seguenti termini: i) innanzitutto, le Sezioni Unite hanno ridotto al minimo costituzionale, in sede di giudizio di legittimità, il sindacato della Corte sulla motivazione; si è affermato, infatti, che la riformulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c., come disposta dalla richiamata riforma del 2012, deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 preleggi, come riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità, per cui l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di "sufficienza", nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile";⁹⁹ ii) inoltre, in sede di legittimità è scomparso il controllo sulla motivazione della sentenza impugnata con riferimento al parametro della sufficienza, ma è rimasto il controllo sull'esistenza (sotto il profilo dell'assoluta omissione o della mera apparenza) e sulla coerenza (sotto il profilo della irriducibile contraddittorietà

⁹⁷ VERDE G., *op. cit.*, 7.

⁹⁸ PAGNI I., *op. loc. cit.*

⁹⁹ Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Corriere Giur.*, 2014, 10, 1241; Cass. civ., Sez. Un., 22 settembre 2014, n. 19881, in *Foro it.*, 2015, I, 209.

e dell'illogicità manifesta) della motivazione stessa, ossia con riferimento a quei parametri che determinano la conversione del vizio di motivazione della sentenza in vizio di violazione di legge, sempre che il vizio emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza impugnata¹⁰⁰; iii) per effetto della novellata formulazione dell'art. 360, 1° comma, n. 5, risulta introdotto nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia); iv) in conseguenza, in ipotesi di cosiddetta *doppia conforme* in fatto a cognizione sommaria, ex art. 348 *ter*, 4° comma c.p.c., è escluso il controllo sulla ricostruzione di fatto operata dai giudici di merito, sicché il sindacato di legittimità del provvedimento di primo grado è possibile soltanto ove la motivazione al riguardo sia affetta da vizi giuridici o manchi del tutto, oppure sia articolata su espressioni o argomenti tra loro manifestamente ed immediatamente inconciliabili, perplesși o obiettivamente incomprensibili.¹⁰¹

Dalla enunciazione dei sopra richiamati principi di diritto appare evidente come lo spazio per il ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n.5, si sia progressivamente ristretto, con evidente sacrificio delle esigenze di giustizia sostanziale sull'altare del *giusto* (perché e purché veloce) *processo*; per la dottrina, allora, non può sottacersi che la norma in questione, forse a causa di un difetto di coordinamento tra decreto originario e legge di conversione (in quanto il legislatore, probabilmente, intendeva impedire, in ipotesi di doppia conforme sul fatto impedire il ricorso per cassazione ai sensi della precedente formulazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., mentre la nuova formulazione di tale ultima norma è stata inserita solo in sede di conversione del D.L. 83/2012) sia sospetta di incostituzionalità per contrasto con l'art. 111, comma 7 Cost., che rende una strada quasi obbligata investire della questione i giudici costituzionali,¹⁰² dato che la combinazione delle due richiamate innovazioni legislative comporta che, ove si verifichi l'ipotesi della doppia conforme, nonostante la presenza del vizio di omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio e discusso tra le parti, la sentenza non potrà essere impugnata in Cassazione,¹⁰³ e tuttavia, come si proverà ad evidenziare appresso, forse le più fosche previsioni forse sono destinate non solo ad avverarsi, ma ad essere smentite da un capovolgimento di prospettiva.

¹⁰⁰ Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053, *cit.*

¹⁰¹ Cass. civ., sez. VI(3), 11 dicembre 2014, n. 19881, in *CED*, Cassazione, 2014.

¹⁰² CARRATTA A., *op. loc. cit.*

¹⁰³ CARRATTA A., *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimento/diritto_processuale_civile, par. 4.

Va tuttavia rilevato come autorevole opinione, al contrario, ritiene che l'effetto prodotto dalla novellata formulazione del n. 5 dell'art. 360, 1° comma c.p.c. non sarà quello auspicato dal Legislatore, ovvero una sensibile limitazione del controllo sulla motivazione in punto di fatto da parte della S.C., risolvendosi, in pratica, in un esito molto più limitato, rappresentato da un aggravamento, per il ricorrente, della difficoltà espositiva nell'argomentazione del vizio di motivazione,¹⁰⁴ il che, tutto sommato, se si guarda alle premesse ed agli ipotizzati, da più parti, effetti negativi, rappresenta il male minore.

6. Osservazioni conclusive

In conclusione, va rilevato che il principale e maggiormente deleterio effetto prodotto dal censurato meccanismo è quello per cui, con la sua applicazione, viene ad essere esclusa, del tutto ingiustificatamente ed irragionevolmente, la rilevanza del vizio di contraddittorietà della motivazione, da intendersi nel senso che con la deduzione di tale vizio si evidenzia che le ragioni poste a fondamento della decisione si rivelano tra loro contrastanti, di guisa che si elidono a vicenda ed impediscono la ricostruzione della *ratio decidendi*, con la conseguente impossibilità, alla luce del nuovo testo dell'art. 360, n. 5 c. p.c., di censurare dinanzi al giudice di legittimità l'incongruità della motivazione per sua contraddittorietà.¹⁰⁵

Si proverà, allora, ad ipotizzare alcune possibili soluzioni, in ogni caso tenendo presente che, come si è già provato ad evidenziare, la dottrina appare molto critica nei confronti di tale intervento, rilevando che, con esso, il legislatore, intervenendo nuovamente sull'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. (dopo il primo intervento già operato nel 2006) ha riportato la lancetta del tempo indietro sino al 1942 - ammettendo la ricorribilità in cassazione per vizio di motivazione solo in ipotesi di omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio sul quale vi sia stata discussione tra le parti - e per altro verso cancellando *sic et simpliciter* la ricorribilità in cassazione per vizio di motivazione nell'ipotesi di doppia conforme in fatto.¹⁰⁶

Tale innovazione legislativa, in realtà, secondo il citato studioso nessun mutamento dovrebbe apportare sul controllo della motivazione in punto di fatto esercitato dalla S.C., in quanto esso appartiene fisiologicamente al giudizio

¹⁰⁴ FRASCA R., *Spigolature sulla riforma di cui alo d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. 134 del 2012*, in www.judicium.it, par. 5.

¹⁰⁵ GALLETTO T., *Filtro in appello, doppia conforme e danni collaterali*, in www.judicium.it, p., 12.

¹⁰⁶ FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360, 1° comma n. 5 c.p.c.: basta per favore, basta!*, in www.judicium.it, par.1.

di legittimità;¹⁰⁷ si rileva, in proposito, che, potendosi verosimilmente escludere che la Cassazione stoicamente quanto masochisticamente persista nello svolgere un compito, appunto quello relativo al controllo della ricostruzione in fatto, se tale incumbente non ritenesse connaturato a quella che è la propria funzione,¹⁰⁸ come se non avesse null'altro di meglio da fare (si perdoni l'ironia), occorre invece tenere presente che il controllo della ricostruzione in fatto operata dal giudice di merito non va inteso come un giudizio di merito, cioè una nuova, diretta ed ulteriore valutazione del materiale di causa, che si aggiunge e sostituisce a quella formulata dal giudice del grado precedente, bensì rappresenta un vero e proprio giudizio di legittimità anch'esso, siccome volto a verificare la correttezza o meno del ragionamento fatto, sul punto, dal giudice del grado precedente.¹⁰⁹

Al contrario, secondo autorevole opinione, l'accusa fatta alla S.C. di abusare, tramite la denuncia del vizio di motivazione, del suo ruolo, trasformandosi in giudice di merito, è del tutto destituita di fondamento, sia sul piano pratico, sia su quello teorico¹¹⁰: dal primo punto di vista, in quanto la S.C. ha sempre respinto i ricorsi in cui gli veniva chiesto, in sostanza, attraverso la deduzione di presunti vizi logici o di motivazione, di sindacare una presunta ingiustizia, in punto di fatto, della decisione impugnata¹¹¹; dal secondo punto di vista, in quanto l'espressione *difetto di motivazione* quale doglianza posta a fondamento di un ricorso per cassazione deve essere intesa come una espressione sintetica che raggruppa la possibilità di denuncia della violazione di una serie di regole e principi, tutti direttamente e/o indirettamente giuridicizzati, per cui la denuncia del difetto di motivazione rappresenta, in ogni caso, la contestazione di una violazione di legge.¹¹²

Con essa si denuncia, come rileva altro autorevole studioso, il c.d. *difetto di base legale*,¹¹³ detto anche, nell'esperienza giuridica francese, *défaute de base légale*, del quale si ritiene insopprimibile la possibilità di sua censura in relazione a qualsivoglia decisione – cioè è irrinunciabile il controllo sulla motivazione – in quanto sarebbe un rimedio (al sovraccarico di ricorsi che gravano sulla Corte di Cassazione) peggiore del male stesso, poichè equivarrebbe a “gettare il bambino con l'acqua sporca”,¹¹⁴ non essendo possibile rinunciare al

¹⁰⁷ FORNACIARI M., *op. cit.*, par. 2.

¹⁰⁸ FORNACIARI M., *op. loc. cit.*

¹⁰⁹ FORNACIARI M., *op. loc. cit.*

¹¹⁰ BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 369, n. 5 c.p.c.*, in www.judicium.it, par. 3.

¹¹¹ BOVE M., *op. loc. cit.*

¹¹² BOVE M., *op. loc. cit.*

¹¹³ SASSANI B., *Legittimità, “nomofilachia” e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in www.judicium.it, par. 11.

¹¹⁴ SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2012, 559 e ss.

potere di controllare la motivazione della decisione di merito, anche in punto di fatto – come intenderebbe fare il Legislatore con la nuova formulazione dell’art. 360, comma 1, n.5 c.p.c - poiché altrimenti la formula “controllo del diritto” diverrebbe niente altro che un vuoto simulacro, mentre un serio controllo della motivazione è talmente indispensabile che, se non esistesse, bisognerebbe inventarselo.¹¹⁵

Da un altro punto di vista – che però si rivela convergente nei termini di quanto si sta cercando ad evidenziare - uno studioso *supra* richiamato ha ben chiarito come, in realtà, atteso che il concetto giuridico contenuto nella norma sul metodo del giudizio di fatto - l’art. 116 c.p.c. - necessita di massime di esperienza per essere interpretato ed applicato, ne discende che violare una regola di comune esperienza è motivo di censura in Cassazione, non perché queste sono in sé norme giuridiche, ma perché attraverso la loro violazione si viola appunto quell’art. 116 c.p.c. che le recepisce,¹¹⁶ diventa irrilevante non solo la formulazione che il legislatore voglia dare all’art. 360 n. 5 c.p.c., ma addirittura l’esistenza della norma stessa, poiché se prima del D.L. n. 83/2012 non vi era dubbio che il sindacato in ordine all’uso delle massime di esperienza nella valutazione probatoria passasse attraverso quel n. 5, oggi, a seguito della citata modifica della formulazione di tale disposizione, non si vede come si potrà escludere comunque quel sindacato, se non si vuole arrivare a sostenere che vi siano dei casi di violazione di legge non censurabili in Cassazione, con ciò giungendo a violare l’art. 111, 7° comma, Cost.¹¹⁷

In conseguenza, secondo il predetto autore, se proprio si volesse indulgiare nello sforzo di interpretare l’art. 360 n. 5 c.p.c. nella sua nuova formulazione, esso andrebbe interpretato nel senso di ritenere che detta disposizione enuncia una delle regole sul metodo del giudizio di fatto, ossia quella che attiene ad un’esigenza di completezza nel giudizio sussuntivo avente come referente un concetto giuridico indeterminato, ovviamente nella misura in cui una simile operazione sussuntiva non sia sindacabile direttamente, la qual cosa accade, invece, quando la C.S. ha, nel caso singolo, l’occasione per fissare un principio interpretativo del concetto giuridico ovvero un caso tipico, ossia, date le sue caratteristiche strutturali, ripetibile in altre vicende umane;¹¹⁸ quella formulazione non può ridurre il sindacato indiretto della *quaestio facti* solo a questa regola metodologica, perché anche tutte le altre sono pur sempre fondate sulla legge, per cui se tanto è vero, il legislatore potrebbe anche eliminare il detto

¹¹⁵ SASSANI B., *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁶ BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in Cassazione*, in [http://www.fondazioneforensfirenze.it/uploads/fff/files/2013/2013.I/2013.04.12%20Novita%20impugnazioni%20\(UNIFI\)/Articolo%20Prof_%20Bove.pdf](http://www.fondazioneforensfirenze.it/uploads/fff/files/2013/2013.I/2013.04.12%20Novita%20impugnazioni%20(UNIFI)/Articolo%20Prof_%20Bove.pdf), p. 13 e ss.

¹¹⁷ BOVE M., *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁸ BOVE M., *op. loc. ult. cit.*

n. 5, ma non per questo cambierebbe qualcosa, poiché in questo ambito l'interprete non potrà che riconoscere alla C.S. uno spazio di valutazione che è e rimane ineliminabile: ciò a fronte non tanto del sindacato delle regole metodologiche, essendo le stesse esplicitate dalla legge, quanto piuttosto a fronte del sindacato delle regole della logica e dell'esperienza, trasfuse dal Legislatore nell'art. 116 c.p.c., anche se la presenza di questo spazio di valutazione non deve far pensare che sia concepibile la sparizione in Cassazione del sindacato attinente all'utilizzazione di un'intera categoria di norme giuridiche, quelle che danno contenuto all'obbligo di fondare la decisione in fatto su basi giuridicamente corrette.¹¹⁹

Questo perché, almeno fino a quando esisterà una disposizione di rango superiore, quale l'art. 111, 7° comma, Cost., che concede il ricorso per cassazione a fronte di ogni violazione di legge, senza distinguere tra violazioni di legge censurabili e violazioni di legge incensurabili, sarà sempre possibile chiedere alla S.C. di svolgere il sindacato in questione, come afferma la dottrina.¹²⁰

In definitiva, come autorevolmente si afferma, l'unica soluzione sensata è rappresentata da un ragionevole e circoscritto controllo della motivazione, cioè la conservazione del potere di verificare, in negativo, che la ricostruzione operata in sentenza non presenti lacune e sviste tali da rendere insostenibile la conclusione in punto di diritto, poiché la infelice formula adottata da un Legislatore, quale quello del 2012, definito non certo a torto dilettesco, rimanda ad un passato già affrontato e ripudiato, e mirando nuovamente ad introdurre una verifica della tenuta in punto di fatto della decisione attraverso elementi esterni alla motivazione, finisce per imporre alla Corte un ingrato compito, riportandola ad un passato da dimenticare per il suo infelice esito.¹²¹

Se tuttavia non si condivide il punto di vista espresso dalle opinioni innanzi richiamate, dovrà verosimilmente concludersi che la problematica originata dalla richiamata riforma, che costituisce un indubbio ostacolo lungo la strada per ottenere dalla S.C. una pronuncia che non si limiti al mero rilievo della ammissibilità/inammissibilità della impugnazione, potrebbe dirsi emendabile seguendo due diversi percorsi.

Innanzitutto, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata, in virtù della quale la contraddittorietà della motivazione sia fatta rientrare nella previsione del n. 4 del primo comma dell'art. 360 c.p.c., enfatizzando i requisiti di forma-contenuto della sentenza, in cui la motivazione, se può essere succinta, non può essere incoerente o contraddittoria,¹²² con la conseguenza

¹¹⁹ BOVE M., *op. loc. ult. cit.*

¹²⁰ BOVE M., *op. loc. ult. cit.*

¹²¹ SASSANI B., *Legittimità, "nomofilachia" e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in www.judicium.it, par. 9.

¹²² GALLETTO T., *op. loc. cit.*

che una sentenza che presenti una motivazione incoerente e/o contraddittoria potrà considerarsi carente di tale requisito, e conseguentemente sanzionata sotto il relativo profilo, e tanto, secondo altra opinione, da un duplice punto di vista, in quanto, per un verso, il controllo, dall'interno e dall'esterno, sul percorso logico e giuridico seguito dal giudice per assumere la propria decisione costituisce un carattere imprescindibile affinché qualsiasi sistema processuale possa dirsi realmente funzionante¹²³; per altro verso, non può dirsi rispondente a verità che paventare un vizio motivazionale costituisca sempre, in ogni caso di sua deduzione, un tentativo strumentale e surrettizio per ottenere, vanamente, un riesame *ex novo* dell'intera controversia, dato che l'insufficienza o l'incoerenza della motivazione è problema ricorrente nell'esperienza della Corte.¹²⁴

Allora, visto il ritorno al passato compiuto dal Legislatore con la richiamata modifica dell'art. 360, n. 5, c.p.c., non residua altra strada che sollecitare la Cassazione ad un controllo e verifica della motivazione mediante il parametro dell'art. 132 c.p.c., e tanto sia allorquando la motivazione formalmente manchi, sia anche – e forse a maggiore ragione – allorquando, pur se vi sia stata, da parte del giudice, l'esposizione, dal punto di vista formale, di quelle che il medesimo ha indicato essere le ragioni dell'adottata decisione, tuttavia dette ragioni siano state palesate *sic et simpliciter*, in assenza di un loro quantomeno sufficiente analisi logico-giuridica, di guisa che quella che dovrebbe essere una motivazione, in realtà risulta per nulla in grado di permettere l'indispensabile verifica di quelli che sono gli elementi in fatto e diritto che le parti hanno allegato a fondamento delle proprie domande ed eccezioni¹²⁵.

Infatti, come sostiene altra opinione, non può ritenersi che il requisito della necessità di motivazione, quale requisito di validità della sentenza, possa dirsi soddisfatto purchè una motivazione – qualunque essa sia – risulti presente, perchè in tal modo, lungi dal ritenere soddisfatta la previsione, la stessa verrebbe ad essere non solo svilita nel suo significato precettivo, quanto e soprattutto perchè ne evidenzerebbe una indiscutibile contraddittorietà, in quanto per suo tramite verrebbe reso indispensabile un qualcosa di inutile (come appunto è una motivazione tanto per inserirla, qualunque essa sia) quindi l'esatto opposto di un requisito indispensabile;¹²⁶ allora, poiché è sostanzialmente inconcepibile ritenere che sia possibile accontentarsi di una motivazione qualunque essa sia, invece di una che supporti dal punto di vista logico, giuridico e razionale la statuizione a cui il giudice perviene, non può dubitarsi che solo una motivazione idonea potrà rendere valida una sentenza, tale opinione ritie-

¹²³ PAGNI I., *op. loc. cit.*

¹²⁴ PAGNI I., *op. loc. cit.*

¹²⁵ PAGNI I., *op. loc. cit.*

¹²⁶ FORNACIARI M., *op. cit.*, par. 4.

ne che, paradossalmente, dopo la riforma del 2012, il quadro normativo, invece di ostacolarlo, dovrebbe essere in grado di agevolare un pieno controllo della S.C. sui vizi logici delle sentenze.¹²⁷

In conseguenza, secondo la richiamata opinione, in realtà la riforma potrebbe rivelarsi in grado di produrre un effetto assolutamente agli antipodi di quanto il Legislatore del 2012 ha inteso realizzare; infatti, la precedente formulazione dell'art. 360 1 n. 5 cpc, con il prevedere le ipotesi dell'omissione, insufficienza e/o contraddittorietà della motivazione, si rivelava, sostanzialmente, di ostacolo ad un ampio controllo dei vizi logici, in quanto ove tali categorie siano considerate in un'accezione rigorosa, esse non paiono in grado di ricomprendere tutto il novero – indubbiamente esteso – dei potenziali vizi logici, e tuttavia, proprio in ragione della novellata formulazione della norma, venendo a cadere tale limitazione, conseguentemente dovrebbe risultare meno difficile suscitare tale tipologia di controllo da parte della S.C.;¹²⁸ ciò in quanto, se è indiscutibile che, perchè una sentenza sia valida, occorre sia supportata da una motivazione idonea, per un verso, e, per altro verso, che in nessuna norma di diritto positivo viene definito il paradigma della motivazione idonea, l'idoneità o meno di essa, inevitabilmente, dovrà essere vagliata facendo applicazione dei canoni del comune, il che rende possibile censurare, senza limitazione alcuna, qualsiasi vizio logico.¹²⁹

Una simile ricostruzione, allora, porta a ritenere che il legislatore, nel riportare indietro le lancette dell'orologio, abbia sbagliato i suoi calcoli, poiché verosimilmente potrebbe ottenere l'effetto esattamente opposto di quello avuto di mira, finendo quindi per ampliare, invece che limitare, il controllo sul fatto, da parte della Suprema Corte; di tale errore (uno dei tanti commessi ultimamente dal legislatore processuale), se la previsione dovesse rivelarsi fondata – o, quantomeno, se nulla dovesse cambiare, come pure da alcuni si ipotizza – stavolta, contrariamente al passato, ci sarebbe indubbiamente da essere contenti; questo, ovviamente, sempre che il ricorrente abbia rispettato le rigorose prescrizioni dettate dalla S.C. per la valida formalizzazione del motivo di ricorso di cui al n. 5 dell'art. 360, 1° comma c.c., indicando, nel rigoroso rispetto delle previsioni di cui all'art. 366, comma 1, n. 6), c.p.c. e art. 369, comma 2, n. 4), c.p.c., innanzitutto il *fatto storico*, di cui deduca il mancato esame, nonché il *dato*, testuale o extratestuale, dal quale sia possibile evincere l'esistenza del fatto medesimo, ed ancora il *come* ed il *quando* il fatto medesimo, all'interno del quadro processuale, abbia dato origine ad una discussione tra le parti e, *last but not least*, il perchè il fatto stesso si assuma essere *decisivo*,¹³⁰ anche

¹²⁷ FORNACIARI M., *op. loc. ult. cit.*

¹²⁸ FORNACIARI M., *op. loc. ult. cit.*

¹²⁹ FORNACIARI M., *op. loc. cit.*

¹³⁰ Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053, *cit.*

se non va trascurato che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, in *re ipsa*, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie;¹³¹ e questo costituisce indubbiamente un ulteriore elemento da considerare nella redazione del ricorso che si fonda su tale motivo.

Per concludere, va dato conto di altro percorso interpretativo proposto per la soluzione della problematica in questione ipotizzato da un autore in precedenza citato, e che evidenzia la consapevolezza che esso manifesti, quale effetto della riforma del 2012, un indubbio aggravamento del modo in cui si richiede tutela alla S.C., divenuto senza dubbio più impervio per il ricorrente (*rectius*, per il suo legale) costretto ad una delicata attività, consistente nell'evidenziare come errori di insufficiente o contraddittoria ricostruzione della *questio facti* abbiano determinato un vizio di sussunzione della fattispecie nella norma, e quindi di falsa applicazione di quest'ultima, e, su tale premessa, addivenire a ricondurre il vizio logico di insufficienza e/o contraddittorietà della motivazione su fatto decisivo all'interno del n. 3 dell'art. 360 c.p.c.¹³²

In concreto, secondo la richiamata opinione, a tale risultato il ricorrente potrà pervenire evidenziando la insufficienza della ricostruzione del fatto decisivo, ovvero una sua ricostruzione contraddittoria, e deducendo che, sulla scorta di esse, il giudice di merito ha compiuto una violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto, rilevando che, se il fatto fosse stato ricostruito con il sostegno di una motivazione sufficiente dal punto di vista logico, o comunque non inficiata da contraddittorietà, il giudice di merito o non avrebbe potuto sussumerlo sotto la norma a cui lo ha ricondotto, oppure avrebbe potuto farlo, ma in modo diverso – quindi con conseguenze applicative diverse – o, infine, avrebbe dovuto ricondurlo sotto altra norma;¹³³ in definitiva, allora, quello che in tal modo il ricorrente imputa al giudice di merito di avere commesso è un errore di diritto, in quanto l'insufficienza ovvero la contraddittorietà logica sulla ricostruzione del fatto, esitando in una erronea ricostruzione del fatto medesimo, rispetto a come lo stesso avrebbe dovuto essere ricostruito, in assenza di tali errori, a causa di essi è sfociata in un vizio di sussunzione, cioè in un *error iuris*.¹³⁴

¹³¹ Cass. civ., Sez. Un., 22 settembre 2014, n. 19881, *cit.*

¹³² FRASCA R., *op. loc. cit.*

¹³³ FRASCA R., *op. loc. cit.*

¹³⁴ FRASCA R., *op. loc. cit.*

Il nuovo atto di precetto ex d.l. 83/2015: tutto cambia per restare uguale¹³⁵

Articolo di **Fabrizio TOMMASI**

Il d.l. 83/2015 modifica la struttura dell'atto di precetto innovando l'art. 480 c.p.c. tramite l'introduzione di un nuovo periodo al termine del comma secondo.

L'adempimento richiesto prevede che nel precetto sia dato avviso al debitore della possibilità di ricorrere ad un organismo di composizione della crisi o ad un professionista nominato dal giudice al fine di proporre un piano di composizione o un piano del consumatore.

L'obbligo di inserire l'avvertimento si applica ai precetti notificati, *rectius* depositati all'ufficiale giudiziario per la notifica, direttamente dall'entrata in vigore della legge di conversione del richiamato d.l. 83/2015 in virtù di quanto disposto ex art. 23, comma 7¹³⁶.

Una scelta selettiva

Una prima osservazione sulla novella può prendere avvio dalla scelta del legislatore sulle procedure "consigliate".

Entrambe le procedure, introdotte con L. 27 gennaio 2012 n. 3, hanno in comune la caratteristica di essere rivolte a definire situazioni di sovraindebitamento relative a soggetti non fallibili ex art. 1 L.F. a cui è precluso il ricorso al concordato preventivo. Il piano del consumatore, inoltre, prescinde dalla qualificazione giuridica del soggetto richiedendo che i debiti contratti siano originati per rapporti esterni all'attività professionale o commerciale.

L'avvertimento, e di conseguenza la novella, non è rivolto ai soggetti debitori fallibili: si tratta indubbiamente di una scelta selettiva, che non può essere ignorata.

La *ratio* dell'assenza del riferimento a procedure quali il concordato preventivo, rivolte a debitori c.d. professionali, è da ricercarsi probabilmente nel fatto che il legislatore, similmente per quanto avviene per gli avvertimenti ex artt. 167 e 492 c.p.c., ha inteso presupporre una non conoscenza degli strumenti

¹³⁵ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 1.7.2015 *La Nuova Procedura Civile*, 2,2015.

¹³⁶ Sul punto, si veda SPINA, *Schema: D.l. 83/2015, queste le date di entrata in vigore delle misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2015, 2.

di risoluzione del sovraindebitamento da parte di soggetti atecnici come piccoli commercianti, consumatori, ritenendo invece che detto avvertimento non sia necessario nei confronti dei soggetti fallibili normalmente maggiormente consci degli istituti di gestione del credito. Tanto più che, si è osservato, il cittadino è tenuto di certo a conoscere le norme sostanziali (*ignorantia legis non excusat*), ma non anche quelle processuali (visto che è obbligatoria la c.d. difesa tecnica¹³⁷).

In quest'ottica l'avvertimento si pone come una sorta di pubblicità occulta a strumenti legislativi che dalla loro entrata in vigore non hanno riscosso il successo auspicato.

La scelta operata dal legislatore tuttavia non è esente da critiche, infatti la norma, per la verità, non prevede che l'avvertimento sia inserito solo quando il debitore racchiuda le caratteristiche per l'operatività degli strumenti della L. 27 gennaio 2012 n.3, ma sempre. Pertanto, anche nel caso in cui il precetto si rivolga ad un soggetto fallibile tale avvertimento deve essere contenuto, determinando così non solo un'informazione inutile ma addirittura errata, in quanto si suggerisce al debitore una risoluzione che di fatto non può essere validamente coltivata.

Le conseguenze dell'assenza dell'avvertimento

Il legislatore non indica espressamente la conseguenza dell'assenza dell'avvertimento, limitandosi a enunciare che lo stesso "deve" essere contenuto nell'atto di precetto.

La collocazione sistemica della novella, in coda al secondo comma dell'art. 480 c.p.c., offre più di uno spunto di riflessione.

Innanzitutto, possiamo notare una sostanziale differenza con il comma secondo: se, infatti, entrambe le disposizioni sono garantite dal "deve contenere" solo nel comma secondo, relativamente a indicazione delle parti, del titolo e della notifica dello stesso, rinveniamo la comminatoria della nullità.

Si deve osservare che l'utilizzo dell'avverbio "altresì" nel comma novellato, parrebbe suggerire un richiamo alla disciplina del comma secondo: tale tesi può, però, essere immediatamente confutata.

Il regime delle nullità è necessariamente tassativo ex art. 156 c.p.c. con la conseguenza che l'assordante assenza della dicitura "a pena di nullità" non può non essere considerata.

Tale distonia nel codice non è esattamente nuova: discorsi analoghi, ampiamente vagliati dalla giurisprudenza¹³⁸, sono stati affrontati in merito all'elen-

¹³⁷ VIOLA, *Diritto processuale civile*, Padova, 2013, 260-261.

¹³⁸ Cass. n. 1681, del 29 gennaio 2015; 7074/2005; 15915/2007; 20294/2014; 7448/2001.

cazione di cui all'art. 164 c.p.c. confermando che, nonostante la collocazione nella medesima norma, solo alcuni degli elementi, e precisamente solo quelli in cui è espressamente previsto, soggiacciono alla comminatoria della nullità. Dal punto di vista del perfezionamento dell'atto di precetto, o del raggiungimento del suo scopo (avvertire il debitore dell'inizio della procedura di recupero forzoso in assenza di spontaneo adempimento), non si può negare che anche senza l'avviso il precetto raggiunge il suo scopo.

Appare evidente, quindi, che l'avviso si pone come una struttura aggiunta al corpo dell'atto, ma la cui assenza non produce alcun cedimento strutturale.

Posto che l'assenza dell'avvertimento non può comportare nullità del precetto, di converso non si può sostenere che sia possibile che l'omissione non abbia alcun effetto: se dalla mancanza dell'avvertimento non si facesse derivare conseguenza alcuna, essendo comunque indiscutibile l'applicabilità dell'art. 156 c.p.c., si finirebbe per dare una lettura sostanzialmente abrogativa di una formalità alla quale, invece, il legislatore della riforma ha annesso tanta importanza da farla assurgere ad elemento necessario dell'atto di precetto.

In via analogica può essere utile rintracciare nel codice una situazione simile. Il processo esecutivo, di cui il precetto è atto prodromico, non gode dei principi di perfetto equilibrio tra le parti propri del giudizio di cognizione ordinaria in quanto nell'esecuzione non vi è un effettivo dialogo o agogò tra i soggetti coinvolti, ma vi è un creditore ed un debitore che sono trattati differentemente dall'ordinamento: il creditore ha il diritto di veder soddisfatto il proprio credito e non può essere messo nella condizione di doverlo nuovamente dimostrare, il debitore ha solo il diritto di non subire un'esecuzione ingiusta o comunque più gravosa del necessario.

Posto quanto innanzi, il parallelo con le disposizioni di cui all'art 164 c.p.c non può offrire chiavi di lettura utilizzabili: la soluzione va ricercata quindi negli atti propri della procedura esecutiva.

Non può sfuggire che il dettato dell'art. 480 c.p.c. è molto simile all'obbligo degli avvisi al debitore, come ad esempio il diritto di richiedere la conversione, previsti nel pignoramento presso terzi. In entrambi i casi si tratta di due atti di parte; in entrambi i casi si tratta di atti spediti direttamente al debitore; in entrambi i casi gli avvisi contengono l'enunciazione di diritti del debitore esercitabili "contro" l'azione creditrice.

In materia di pignoramento presso terzi si è osservato¹³⁹ che *“la mancanza dell'avviso ad eleggere domicilio o a dichiarare la residenza e dell'avvertimento della facoltà e dei termini per proporre istanza di conversione di cui, rispettivamente, al secondo e terzo comma dell'art. 492 c.p.c. determinano mere irregolarità, non essendo prevista la nullità dell'atto o della procedura,*

¹³⁹ Cassazione civile, sezione IV - 12 Aprile 2011 - n 8408.

comunque impedita dal raggiungimento dello scopo previsto dalla legge” sanando l’omissione ex art. 156 comma 1 c.p.c.

Del pari si potrebbe ipotizzare lo stesso per l’atto di precetto, ma in tal caso si pone il problema di quale sarebbe il rimedio utilizzabile dal debitore.

In caso di omissione dell’avviso della possibilità di proporre istanza di conversione, il debitore può fare valere egualmente i propri diritti.

Sul punto si è espressa recentemente la Cassazione enunciando un principio di diritto *“in tema di espropriazione forzata, la mancanza dell’avvertimento di cui all’art. 492 c.p.c., comma 3, non determina la nullità dell’atto di pignoramento, in quanto l’interesse del debitore a venire informato delle modalità e del termine per avanzare un’utile istanza di conversione può essere soddisfatto altrimenti nel corso della procedura esecutiva, purché prima che venga disposta la vendita o l’assegnazione a norma degli artt- 530, 552 e 569 c.p.c.. In mancanza, il provvedimento che tale vendita o assegnazione disponga è opponibile ai sensi e nei termini dell’art. 617 c.p.c.”*

In sostanza, nel processo esecutivo l’assenza dell’avviso della possibilità di ricorrere alla conversione da un lato non produce nullità del pignoramento, dall’altro è rilevabile d’ufficio tanto da inibire, sinché non viene effettuato, la vendita o l’assegnazione. Contemporaneamente il debitore non potrà essere dichiarato decaduto dal beneficio anche se sono decorsi il termine e ove si sia effettuata la vendita o l’assegnazione questa sarà opponibile ex art. 617 c.p.c. Tale parallelo che *prima facie* può sembrare risolutivo, in realtà mal si presta al caso di specie.

Infatti, è evidente che il ricorso al procedure di risoluzione del sovraindebitamento, differentemente dall’istanza di conversione non sono soggette ad un esercizio calendarizzato, a pena di improponibilità, da norme procedurali: pertanto il vantaggio di una “remissione in termini” appare privo di ogni utilità. Sicuramente se dal precetto ha avuto inizio una procedura esecutiva, l’assenza dell’avviso inibisce la vendita o l’assegnazione anche se rilevato dal giudice, diversamente se al precetto non ha (ancora) fatto seguito l’esecuzione: chi scrive dubita che possa essere validamente fatto valere alcunché.

L’unico strumento previsto dal codice per contrastare le irregolarità del precetto è l’opposizione ex art. 615 c.p.c., ma nel caso di specie sarebbe sostanzialmente inutilizzabile.

Affinché l’opposizione sia validamente esperita non è sufficiente che il debitore eccepisca l’assenza dell’avviso, ma è anche necessario che dichiari di volersi avvalere del ricorso alle procedure per la risoluzione del sovraindebitamento. Tuttavia, si deve notare che all’avvio di tali procedure l’esistenza di un precetto non è condizione ostativa, pertanto il debitore potrebbe in qualsiasi momento attivarla senza dover necessariamente opporre l’atto di intimazione. Attesa questa sonnolenza degli effetti del mancato avvertimento, per tutto

l'arco temporale che va dalla notifica all'avvio dell'esecuzione, si deve ritenere che qualsiasi atto compiuto dal debitore o dal creditore che attesti la conoscenza dell'esistenza delle procedure di composizione automaticamente sani l'assenza dell'avvertimento.

Poniamo l'ipotesi in cui pur essendo notificato il precetto privo di avvertimento il debitore si attivi egualmente per l'ottenimento del piano di composizione ma dallo stesso decada, in tale ipotesi, anche ove dovesse iniziare l'esecuzione, il debitore non potrà esperire validamente l'opposizione ex art. 617 c.p.c. Concludendo si deve ritenere che l'omissione non produce alcun effetto sinchè la stessa non acquisti la potenzialità di produrre effetti espropriativi che potevano essere evitati e che pertanto non sia nè opponibile nè rilevabile prima dell'avvio dell'esecuzione.

Tale impostazione – però - espone ad un grave rischio il debitore, il quale, decorsi venti giorni dalla notifica, perde la possibilità di opporre il precetto per vizi formali dello stesso, portandolo ad esporsi alla considerazione che l'irregolarità sia oramai sanata.

Le conseguenze dell'attivazione delle procedure consigliate

Egualemente occorre brevemente esaminare gli effetti dell'attivazione delle procedure nei confronti del precetto notificato. Il mero deposito della domanda di ammissione alle procedure di risoluzione del sovraindebitamento ha il solo effetto di sospendere il corso degli interessi legali o moratori¹⁴⁰, ma non anche quello di sospendere il corso di procedure esecutive od inibirne l'avvio, restando riservata tale facoltà unicamente al giudice in fase di decreto di fissazione udienza¹⁴¹.

Tanto premesso, la semplice presentazione della domanda non produce effetto alcuno né sul termine dilatorio dei dieci giorni prima di procedere a pignoramento, né sul termine di perenzione del precetto, né tanto meno inibisce l'azione del creditore.

¹⁴⁰ Art. 9 n. 3 quater L. 27 gennaio 2012 n.3.

¹⁴¹ Art. 10 n. 2 lett. c L. 27 gennaio 2012 n.3.

IN TEMA DI MEDIAZIONE DELEGATA DAL GIUDICE¹⁴²

Articolo di **Piero SANDULLI**¹⁴³

SOMMARIO: 1. Posizione del problema – 2. La decisione resa dal Tribunale di Vasto – 3. Analisi critica della decisione – 4. Considerazioni conclusive.

I. Posizione del problema

La sentenza emessa dal Tribunale di Vasto, il 9 marzo 2015, offre lo spunto per operare alcune riflessioni in merito all'istituto della mediazione delegata dal giudice, recentemente inserita nella normativa processualistica dall'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 28 del 2010.

In base a tale istituto processuale il giudice *“anche in sede di giudizio d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede d'appello”*; chiarisce, inoltre, il secondo comma, dell'art. 5, in esame, che *“il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa”*.

Inoltre il secondo comma dell'articolo 5, del decreto legislativo n. 28 del 2010, prescrive che *“il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6 (vale a dire dopo tre mesi) e quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente, alle parti, il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”*.

Al riguardo è opportuno sottolineare che il comma in parola è stato modificato, a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 272, del 6 dicembre 2012¹⁴⁴, dal dettato dell'articolo 84, lettera c), del decreto legge n. 69, del 21 giugno 2013, convertito, con modificazioni, nella legge n. 98, del 9 agosto 2013¹⁴⁵.

Si consente, dunque, al giudice, in corso di causa, anche in fase di appello, di

¹⁴² Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 1.7.2015, *La Nuova Procedura Civile*, 2,2015.

¹⁴³ *Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile*.

¹⁴⁴ *In Foro It.*, 2013 I, c. 1091, con nota di D. Dalfino.

¹⁴⁵ *In vigore dal 21 aprile 2013*.

far ricorso al procedimento di mediazione, se il giudice stesso ne ravvisa le circostanze, delegando all'Organismo di mediazione il potere di conciliare, potere che è comunque, proprio del giudice, così come si legge nel dettato degli articoli 185, 185 bis, 322 e 350 del codice di rito civile.

Tale potere di delega all'Organismo di mediazione è stato individuato dal legislatore, al fine di evitare di appesantire, ulteriormente, il ruolo del giudice altrimenti chiamato a disperdere le proprie energie nel tentativo di guidare le parti nella procedura di conciliazione.

Nel caso di specie, il giudice del Tribunale di Vasto si è avvalso del, sopra ricordato, potere di delegare l'esperienza della procedura di mediazione, avendo riscontrato che ne ricorrevano i presupposti, ad un organismo di mediazione, individuato, nel caso in esame, in quello istituito dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Vasto.

2. La decisione resa dal Tribunale di Vasto

La sentenza resa dal Tribunale di Vasto ha preso le mosse dalla circostanza che il procedimento di mediazione, finalizzato alla conciliazione, alla quale le parti si erano rese disponibili nel corso del giudizio, non solo non ha sortito l'effetto sperato, ma non ha potuto svolgersi, poiché una delle due parti (la convenuta, sia in giudizio, che nel procedimento di mediazione) all'atto del primo incontro, al quale non è comparsa personalmente, ma solo attraverso il proprio legale, non ha prestato il consenso all'avvio della procedura conciliativa, costringendo il mediatore, incaricato, a chiudere la stessa al momento del primo incontro.

In base a questa, preliminare, circostanza il giudice del Tribunale di Vasto, ritenendo non realizzata la condizione di procedibilità dell'azione, a causa della mancata presenza personale delle parti nel procedimento di mediazione, ha dichiarato improcedibile il giudizio, compensando le spese dello stesso. A tale decisione il giudice perviene dopo aver compiuto una ampia ed approfondita analisi sulla natura della mediazione, sul ruolo dei difensori nel procedimento di mediazione, finalizzato alla conciliazione, nonché sui compiti del mediatore (*rectius*: conciliatore) affinché possa essere ottenuto il buon esito della procedura conciliativa.

Afferma, infatti, il Tribunale civile di Vasto che *“la natura della mediazione di per sé richiede che all'incontro con il mediatore siano presenti le parti di persona. L'istituto, infatti, mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto”*. Questo implica – a detta del giudice abruzzese *“che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore”*. Chiarisce il suo

pensiero il magistrato di Vasto affermando, al fine di rafforzare il concetto precedente, che nella mediazione è fondamentale *“la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo dei rapporti empatici ed è, pertanto, indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto”*.

In base al sopra ricordato contatto il mediatore è chiamato a comprendere *“quali siano i bisogni, gli interessi i sentimenti dei soggetti coinvolti e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono la parte)”*.

Ad ulteriore sottolineatura di questo concetto il giudice di Vasto enfatizza il ritrovato ruolo delle parti artefici dirette di un percorso di conciliazione ricoperto da questa ritrovata cultura della pacificazione che, a differenza di quella del processo, non estromette le parti sostanziali, ma anzi ne ricopre ed enfatizza il valore.

Pertanto, *“non è pensabile applicare analogicamente alla mediazione le norme che nel processo consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore o le norme sulla rappresentanza negli atti negoziali”*.

Il giudice di Vasto a conclusione del suo ragionamento sostiene che *“la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l’attività che porta all’accordo ha natura personalissima e non è delegabile”*.

In base a tali considerazioni il giudice abruzzese è giunto alla conclusione che *“sia per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010, sia per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario – ai fini del rispetto della condizione di procedibilità della domanda – che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dal successivo articolo 8) all’incontro con il mediatore”*.

Chiarisce, inoltre, la sentenza del Tribunale di Vasto, che è compito del mediatore la verifica dell’osservanza delle condizioni per il regolare espletamento della procedura. Invero, afferma la decisione annotata, che grava sul conciliatore *“l’onere di adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti”* anche attraverso la predisposizione di un rinvio del primo incontro, ovvero *“sollecitando il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione”*.

Tale onere – afferma, inoltre, il Tribunale di Vasto – grava anche sulla parte che ha interesse a coltivare la procedura di mediazione e vuole evitare la dichiaratoria di improcedibilità. Quest’ultima dovrà *“partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l’incontro personale tra i litiganti”*.

È inoltre, facoltà della parte ed obbligo del mediatore la circostanza di far valorizzare *“la concreta impossibilità di procedere all’esperienza del tentativo di mediazione”* a causa del rifiuto della parte convocata in mediazione di

intervenire personalmente agli incontri.

Conclude, infatti, la sentenza in esame che *“solo una volta acclarato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l’invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata”*.

In tutte le altre circostanze la domanda successivamente proposta (anche nei casi di mediazione delegata) si espone al rischio di essere dichiarata improcedibile a causa della mancata piena osservanza delle disposizioni normative che impongono il preventivo *“corretto”* esperimento del tentativo di mediazione, alla presenza fisica delle parti, non essendo sufficiente per il corretto esperimento della procedura la sola presenza dei difensori.

3. Analisi critica della decisione

Pur valutando positivamente il tentativo di dare sostanza al procedimento di mediazione delegata, operato dalla sentenza del Tribunale di Vasto, tuttavia, le conclusioni cui perviene il giudice abruzzese destano non poche perplessità. Assai correttamente il giudicante pone in rilievo il ruolo del procedimento di mediazione finalizzato alla mediazione e ne coglie la sua essenza finalizzata al recupero dei rapporti tra le parti contendenti, al fine di consentire loro la costruzione di una soluzione autodeterminata della vertenza, la quale, concludendosi senza vinti, né vincitori, possa essere di soddisfazione per entrambe. Acutamente coglie l’essenza di detta procedura, mirante a ricostruire un rapporto di reciproca fiducia tra le parti, circostanza questa che potrà ottenersi più facilmente se (attraverso la loro presenza fisica innanzi al mediatore) le parti riprendano a dialogare tra loro.

Malgrado ciò la soluzione adottata dal Tribunale di Vasto non può condividersi in quanto, in ogni caso, la conciliazione deve essere sempre valutata quale opportunità per la tutela dei diritti, non come un obbligo cui le parti vanno costrette.

Al riguardo deve essere considerato che il potere del giudice di delegare l’espletamento della procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione, quando egli ravvisa la sussistenza delle condizioni per esperire detta procedura, concorre, dopo l’entrata in vigore della legge n. 98 del 9 agosto 2013, con il potere allo stesso giudicante attribuito di operare, a norma dell’art. 185 *bis* del codice di rito civile, la propria proposta di conciliazione¹⁴⁶.

¹⁴⁶ 185-bis. (Proposta di conciliazione del giudice). Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l’istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all’esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice.

Dunque, in tema di conciliazione il giudice, oltre al potere, originariamente conferitogli dagli articoli 185 e 117 cpc, nonché, per il giudizio di gravame, dall'articolo 350, terzo comma cpc, ha aggiunto altre due opzioni: a) quella di delegare la procedura di conciliazione ad un organismo di mediazione; b) quella di formulare alle parti la sua proposta "valutativa" della questione dedotta in giudizio.

La scelta per l'una o per l'altra opzione operata insindacabilmente dal giudice, quando reputi che il giudizio, affidato alle sue cure, lo consenta, non può però essere punitiva per le parti; invero, mentre la via tracciata dall'articolo 185 bis cpc non comporta alcuna sanzione incidente sul processo – è sintomatico che nel testo dell'art. 185 bis cpc non sia stata richiamata la previsione, relativa al rito del lavoro, contenuta nel primo comma dell'art. 420 cpc per cui *"il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio"*¹⁴⁷ - invece, la scelta di delegare la procedura ad un organismo di mediazione, nel modificato testo del secondo comma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, costituisce, dopo la modifica del 2013, condizione di procedibilità. Tuttavia, per quello che si è, in precedenza, considerato non possono essere ammesse letture interpretative della norma tese a rendere più gravosa detta condizione, ritenendola realizzata solo se il procedimento di mediazione ha visto la "presenza fisica" delle parti, non ritenendosi sufficiente la delega conferita con la procura che consente al legale di esprimere la libera volontà del suo assistito, in base alla previsione espressa contenuta in tale delega¹⁴⁸.

Questo concetto, è da ritenere ancor più rilevante dopo l'avvento della nuova legge professionale, n. 247 del 2012¹⁴⁹ e del successivo codice deontologico forense approvato dal Consiglio nazionale il 31 gennaio 2014, che, in particolare con l'articolo 27, ha chiarito gli obblighi di informazione del cliente, cui è tenuto l'avvocato, e costruisce un rapporto di immedesimazione tra i due soggetti (cliente ed avvocato) basato anche sulla Carta costituzionale, poiché il professionista integra l'anello necessario per l'esercizio della tutela, funzio-

¹⁴⁷ Deve essere ricordato come nel passaggio dal decreto legge n. 69 del 2013 alla legge di conversione del 9 agosto 2013, n. 98 il testo originario: *"Il giudice alla prima udienza ovvero fino a quando è esaurita l'istruzione, deve comunicare alle parti una proposta transattiva o conciliativa. Il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio"* è stato modificato divenendo quello, molto differente nella portata, oggi contenuto nella prima parte dell'art. 185 bis del codice di rito civile che afferma *"il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valor della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa"*. Come si vede l'obbligo del giudice di formulare una proposta transattiva e conciliativa si stempera nell' *"ove possibile"* ed i casi in cui ciò deve avvenire sono notevolmente limitati dal testo della legge di conversione, in vigore dal 21 agosto 2013. Sul punto vedi anche Tribunale di Milano 3 luglio 2013, in *Corriere del merito* 2013, p. 941.

¹⁴⁸ Cfr., Cass. sentenza n. 20.236 del 2009; e Cass. n. 2572, del 2011.

¹⁴⁹ Vedi, sul punto, A. Costagliola-L. Laperuta, *La riforma forense*, Rimini 2013, p. 93.

ne questa che si può estendersi anche alla procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione.

Il passo che certamente non può essere condiviso della sentenza annotata è quello nel quale si afferma che *“la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l’attività che porta all’accordo ha natura personalissima e non è delegabile”* sia perché appare in evidente contraddizione con quanto si precisa, poco più avanti, ad opera della medesima decisione stigmatizzando il comportamento della parte *“che non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire”*.

Sia perché appare ingiustamente ed immotivatamente restrittiva dei compiti dell’avvocato, al quale, attraverso il conferimento della procura da parte del cliente, può essere anche attribuito il potere di transigere la lite, in base a quanto previsto dal secondo comma dell’art. 84 c.p.c.¹⁵⁰

4. Considerazioni conclusive

In conclusione, pur traendosi un positivo segnale dalla pronuncia del Tribunale di Vasto, che dimostra di credere nella concreta possibilità per il procedimento di mediazione di contribuire, utilmente, alla realizzazione del sistema della tutela delle situazioni giuridiche protette; tuttavia, non appare possibile condividere le conclusioni cui il giudice abruzzese perviene.

Invero, non è da forzature del sistema, ma dalla convinzione, cui debbono pervenire avvocati e magistrati, circa l’utilità, ai fini della tutela delle situazioni giuridiche protette, dei sistemi alternativi al processo, che può accrescersi l’efficacia del sistema giustizia nel quale, talvolta, la soluzione alternativa è quella che meglio soddisfa le esigenze delle parti, in tempi più brevi e con costi calmierati, come si rileva anche dalla lettura della legge n. 162, del 2014.

¹⁵⁰ Vedi, al riguardo, il commento all’art. 84 del codice di rito civile di M. Di Marzio, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Cendon, Milano 2012, vol. II, p. 274.

I procedimenti possessori ed i limiti di esperibilità del regolamento di giurisdizione in fase di reclamo: Cass. Sez. Unite, 20 luglio 2015, n. 15155¹⁵¹

Articolo di Annamaria FASANO

(Magistrato – Ufficio del Massimario e del Ruolo Suprema Corte di Cassazione)

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. 2. I procedimenti possessori: in generale. 3. L'evoluzione del rito possessorio. 4. La novella del 1990 e le questioni interpretative che sono seguite. 5. La legge 14 maggio 2005, n. 80. 6. Il nuovo rito possessorio a struttura "bifasica eventuale". 7. Il merito possessorio. 8. La natura giuridica dell'ordinanza ex art. 703 cod. proc. civ. 9. La reclamabilità del provvedimento possessorio. 10. La ricorribilità in Cassazione: la dottrina. 10.1. La giurisprudenza. 11. I limiti di esperibilità del regolamento di competenza. 12. La questione dell'ammissibilità del regolamento di giurisdizione: la dottrina. 12.1. La giurisprudenza. 13. Le condizioni di ammissibilità del regolamento di giurisdizione in fase di reclamo: Cass. S.U., 20 luglio 2015, n. 15155.

1. La vicenda processuale

Le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza del 20 luglio 2015, n. 15155, regolano la giurisdizione in materia di azioni possessorie nei confronti della P.A., ed affrontano, con motivazione approfondita, la questione se sia ammissibile il regolamento di giurisdizione a seguito dell'ordinanza che ha deciso sul reclamo proposto avverso il provvedimento del tribunale che si è pronunciato sull'interdetto possessorio.

La vicenda processuale ha riguardato l'attività di assegnazione di alloggi costruiti in Calabria dopo eventi alluvionali, subordinata al trasferimento in proprietà al Comune dall'assegnante del vecchio alloggio, distrutto dall'alluvione. Dopo l'assegnazione, il Comune, constatato l'inadempimento a tale obbligo traslativo, con ordinanza del 12.2.2012, ordinava all'assegnataria il rilascio dell'appartamento. Il provvedimento di decadenza non veniva impugnato, ed il Comune provvedeva allo sgombero coattivo contro il quale l'interessata provvedeva a ricorrere per interdetto possessorio.

Il Tribunale, con ordinanza del 4.7.2012, rilevando la propria carenza di giu-

¹⁵¹ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 25.9.2015, *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2015.

risdizione, negava l'interdetto. In sede di reclamo, il Collegio, ritenuta la giurisdizione in difetto dell'esercizio di poteri di imperio e risultando la stabilizzazione della relazione possessoria, concedeva l'interdetto ed ordinava al Comune la reintegra richiesta.

Il Comune ricorreva in Cassazione per regolamento preventivo di giurisdizione, negando la privatezza dell'agire e conclamando l'adozione di un atto di imperio.

La Procura Generale nel corso del giudizio di legittimità depositava memoria, ritenendo l'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, stante che la sua esperibilità non era preclusa dalla pronuncia, da parte del giudice adito in esito alla fase sommaria del giudizio possessorio, di un provvedimento interdittale, in quanto solo la decisione finale del giudizio di primo grado costituiva elemento ostativo alla proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, di cui all'art. 41 cod. proc. civ., mentre l'interdetto, non diversamente dai provvedimenti cautelari, anche se adottato in fase di reclamo, era un provvedimento provvisorio, destinato ad essere assorbito dalla decisione sul merito della tutela possessoria richiesta. Inoltre, secondo il P.G., a tale conclusione non ostava l'attuale struttura eventualmente bifasica del procedimento possessorio, come risultante dalle modifiche introdotte all'art. 703, comma 4, cod. proc. civ., ad opera dell'art. 2, comma 3, lett. e), n. 7.2), del decreto-legge 14.3.2005, n. 35, convertito in legge 14.5.2005, n. 80, in quanto, nel caso concreto, la decisione in sede di reclamo aveva perso la sua potenziale efficacia definitiva, alla luce dell'istanza per la prosecuzione del giudizio di merito avanzata dal Comune.

2. I procedimenti possessori: in generale

Prima di esaminare le soluzioni a cui è giunta la Suprema Corte, si ritiene opportuno analizzare la natura giuridica del procedimento possessorio e il percorso evolutivo segnato dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Le azioni previste negli artt. 1168, 1170 e 1172 cod. civ. sono poste a tutela di situazioni sostanziali di carattere proprietario o possessorio.¹⁵² In particolare, quelle disciplinate dagli artt. 1171 (denuncia di nuova opera) e 1172 (denuncia di danno temuto) c.c., attuano la tutela in via preventiva, posto che con la

¹⁵² Cfr., Consolo, in Leoni e Consolo, voce *Possesso III) Azioni e tutela della possesso: in generale - dir. proc. civ.*, in Enc. giur. Treccani, XXIII, Roma, 1988, p.19 ss., Barassi, *Diritti reali e possesso*, II, Milano, 1952, 485; in argomento, v. AA.VV., *La tutela possessoria nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1984 del 1998*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 191; De Cristofaro, *Il possessorio restaurato (con il testo della sentenza 24.2.1998, n. 1984)* in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 191, Luiso, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla tutela possessoria*, in *Giur. It.*, 1998, c. 1323; Delle Pietra, *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2004, III, p. 201 e p. 252 ss.

denuncia di nuova opera il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore si duole di una nuova attività “ancora in atto”, che si sta compiendo sulla propria o sua una proprietà limitrofa e potenzialmente idonea a cagionare un danno al fondo del denunciante¹⁵³, mentre con la denuncia di danno temuto lo stesso lamenta che da un edificio, albero o altra cosa possa ragionevolmente derivare un danno alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso. Le azioni previste dagli artt. 1168 e 1170 cod. civ., invece, offrono tutela a situazioni possessorie già compromesse, rispettivamente, dallo spoglio o dalla molestia nel possesso ed hanno pertanto funzione repressiva, essendo volte a rimuovere o eliminare la situazione dannosa lesiva del possesso. In dottrina si è molto discusso del rapporto che esiste fra tutela cautelare e le azioni a tutela del possesso.

Secondo un indirizzo, che si ritiene di condividere, la tutela possessoria è una tutela urgente, ma non è una tutela in senso proprio sommaria né ha natura semplicemente cautelare. Alla stessa si può riconoscere un indole strumentale rispetto alla tutela definitiva della proprietà e in genere dei diritti reali (c.d. tutela petitoria).

Per tale ragione, l'interdetto possessorio ha una stabilità autonoma, che non richiede che chi l'ha ottenuta radichi azioni petitorie contro lo spogliatore o il molestante, nelle quali potrebbe benissimo non essere in grado di far valere alcun diritto contro costui e prevalente sui titoli di costui. Inoltre, potrebbe anche verificarsi che la tutela possessoria sia invocata nel corso di un giudizio petitorio, per fatti avvenuti durante la sua pendenza, venendone attratta allora la competenza del giudice già adito, ai sensi dell'art. 704 cod. proc. civ.

Si può anticipare che i procedimenti possessori appartengono al genere delle tutele sommarie non cautelari, e precisamente alle tutele sommarie autonome necessarie, che si caratterizzano per il fatto che l'ordinamento non lascia spazio alla “scelta” tra la via ordinaria e quella sommaria, ma impone il previo svolgimento di una fase sommaria, che deve concludersi con un provvedimento idoneo ad anticipare, in senso satisfattivo, la, oggi solo eventuale, tutela di merito. La dottrina prevalente tende a differenziare il provvedimento cautelare

¹⁵³ Cfr., Luiso, *Diritto processuale civile*, IV ed., Milano, 2007, 260; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli, 2006, 621; Greco, *Appunti su diritto e processo nella tutela possessoria*, in *Foro it.*, 1989, I, 2646; Sacco, *Possesso, denuncia di nuova opera e di danno temuto*, Milano, 1988, 32 ss. Mazzeletti, *I provvedimenti possessori*, in *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova, 2004, 182; Bendia, *Il Possessorio Novellato*, in *Riv. dir. processuale*, 1993, 849; Denti, *Studi sul processo possessorio*, Pavia, 1949 (Pubblicazioni dell'Università di Pavia); Gentile, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958; Levoni, *La tutela del possesso*, I, Milano, 1982; Protetti, *Le azioni possessorie*, Milano, 1989; Levoni, *Possessorio (giudizio) in Dig. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p.98; Carratta, *I procedimenti possessori*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, III, Torino, 2005; Petrillo, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, I, Padova, 2007, p. 307; Fornaciari, *Il possesso e la sua tutela. Lineamenti generali*, Torino, 2012; Tasso, *Per un autenticamente “giusto processo” possessorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 414-474.

dal provvedimento possessorio. Ai poteri cognitivi del giudice della fase sommaria non può attribuirsi natura cautelare, in quanto a differenza delle misure cautelari non è richiesto l'accertamento di alcun "periculum in mora" tipico o atipico, ma solo di una eventuale lesione del possesso, in presenza della quale il giudice ha il potere di ripristinare la situazione preesistente, senza aspettare l'esito della tutela del merito. La procedura, inoltre, consente la rapida formazione di un provvedimento in grado di essere attuato coattivamente, anche contro la volontà del soggetto obbligato, piuttosto che la salvaguardia, in via cautelare, della situazione possessoria lesa.

3. L'evoluzione del rito possessorio

L'evoluzione che ha caratterizzato il rito possessorio va ricondotta, per l'esame, al periodo nel quale la competenza relativa cadeva sul pretore. Il procedimento si articolava in modo deformalizzato, in quanto la cognizione era piena, ma l'istruttoria era molto semplificata.

La dottrina prevalente, nel periodo che va dall'Unità di Italia fino agli anni quaranta, riteneva che questo rito fosse caratterizzato da celerità e snellezza, con struttura monofasica, alla cui conclusione si giungeva con l'emissione di una pronuncia, resa seguendo la forma della sentenza, che restava suscettibile di essere sottoposta ad impugnativa secondo i rimedi ordinari. Successivamente negli anni quaranta, poichè il procedimento possessorio non rispondeva più alle esigenze della prassi giudiziaria, il legislatore orientò il suo impegno in favore dell'applicazione alle stesse azioni di manutenzione e reintegrazione del possesso della procedura già definita, quale quella propria delle denunce di nuova opera e di danno temuto (art. 689 ss.), con la conseguenza che il rito si articolava in due fasi distinte, la prima a cognizione sommaria per l'emissione dei provvedimenti interdittali e la seconda fase a cognizione piena.

Le due fasi avevano lo stesso *thema decidendum* finalizzato all'accertamento dello *jus possessionis*, previa verifica della fondatezza del merito possessorio, e si sviluppavano senza soluzione di continuità davanti allo stesso giudice.

Al provvedimento definitivo, quand'anche in forma di ordinanza, la dottrina prevalente riconosceva carattere ed efficacia di sentenza¹⁵⁴. In base alla proce-

¹⁵⁴ Fin da allora una dottrina minoritaria, ma significativa e perdurante nel tempo anche a seguito delle successive modifiche, criticava questa impostazione sostenendo che la tutela del possesso, quale situazione di fatto giuridicamente rilevante e non già di diritto, potesse esaurirsi in un procedimento – sommario semplificato esecutivo a struttura non cautelare, da svolgersi in una unica fase sommaria destinata a concludersi con ordinanza esecutiva, eventualmente preceduta dalla pronuncia di decreti interdittali, senza un merito possessorio. I provvedimenti interdittali erano da considerarsi efficaci fin tanto che non fosse sopraggiunto il provvedimento definitivo emesso a seguito del giudizio petitorio sulla determinazione dello *jus possidendi*. Cfr., Consolo, *Alla ricerca di una soluzione sul merito possessorio*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1973; Greco,

dura designata dal procedimento nunciatorio, il pretore, sulla base del ricorso, espletata l'attività di assunzione di sommarie informazioni, disponeva, con decreto, in favore dell'assunzione del provvedimento di ordine immediato. Successivamente veniva fissata l'udienza per la comparizione delle parti, e con ordinanza disponeva la convalida o la revoca del provvedimento precedentemente emesso.

Rare le posizioni della dottrina che hanno illustrato il procedimento possessorio secondo una diversa visione analitica: un indirizzo ha ritenuto che, nonostante la visione bifasica del procedimento, sarebbe esistita una diversità di oggetto del giudizio con riferimento alle singole fasi. La tutela del possesso riguardava la fase interdittale, lo stato di fatto, invece, era oggetto di esame della fase sommaria. Quindi la fase interdittale rimaneva finalizzata alla sola definizione di una controversia ricadente su di una situazione di fatto.

Nel periodo che ha preceduto la novella del 1990 si è sviluppata una corrente di pensiero che inquadrava il procedimento possessorio come avente una struttura monofasica, in quanto detto procedimento risultava destinato a concludersi con l'adozione di una ordinanza interdittale¹⁵⁵. Si diceva, a sostegno dell'assunto, che il procedimento si esauriva nella tutela sommaria, senza ulteriori svolgimenti processuali¹⁵⁶. Successivamente la dottrina e giurisprudenza hanno manifestato indirizzi contrastanti, anche se è prevalsa quella che ha considerato il possesso una situazione soggettiva, la cui tutela giudiziale avrebbe dovuto necessariamente concludersi con una vera e propria sentenza di merito, cioè una sentenza contenente un accertamento idoneo al giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 cod. civ. L'indirizzo prevalente ha così abbandonato l'impostazione monofasica, ritenendo che il procedimento possessorio fosse strutturato in due fasi, anche senza soluzione di continuità, perché l'indagine sull'accertamento del possesso non poteva essere limitata ad una fase sommaria¹⁵⁷.

Appunti su diritto e processo nella tutela possessoria, in Foro it., 1989, I, 2647; Petangelo, *Brevi profili ricostruttivi del procedimento possessorio*, in Dir.e giustizia, 1994, 1428; Consolo, *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Consolo, Luiso, Sassani, Milano, 1996.

¹⁵⁵ Secondo questi autori, proprio la diversità intercorrente tra fase della istruttoria sommaria e quella di merito, determinava queste conseguenze interpretative, infatti, il giudice, nella fase sommaria, usufruiva di poteri officiosi caratterizzati da maggiore articolazione e ricchezza di quelli propri del giudicante nel procedimento a cognizione piena. Inoltre, si sottolineava come l'oggetto della tutela possessoria era una situazione di fatto per cui non era necessaria l'assunzione di un provvedimento poi destinato a divenire cosa giudicata. *Cfr.*, Comoglio, Vaccarella, Giorgetti, Finocchiaro e Scala, *Codice di procedura civile ipertestuale*, a cura di Comoglio e Vaccarella, Torino, 2006.

¹⁵⁶ *Cfr.*, Mazzeletti, *I provvedimenti possessori*, in *Il processo cautelare*, a cura di G.Tarzia, II, ed. Padova, 2004, cap. V, 176 e 191 e ss.

¹⁵⁷ In questo filone interpretativo si individuavano due impostazioni sulla struttura bifasica. Da una parte vi era chi sosteneva la soluzione di continuità tra le due fasi, sempre davanti al pretore, con la conseguenza che la fase sommaria avrebbe avuto struttura di fase cautelare *ante causam* da praticare necessariamente, per cui l'urgenza assumeva un connotato imposto per legge alla tutela possessoria da svolgersi nelle forme

4. La novella del 1990 e le questioni interpretative che sono seguite

La riforma processuale attuata dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, ha perseguito l'intento di razionalizzare la materia della tutela cautelare attraverso l'introduzione di uno schema processuale unitario (artt. 669-*bis* 669-*quaterdecies* c.p.c.), applicabile a tutti i provvedimenti cautelari tipici o atipici, fermo restando i presupposti e le diverse funzioni delle singole misure¹⁵⁸.

Nella nuova disciplina introdotta nel 1990, l'art. 703 cod. proc. civ. dopo aver enunciato, nel primo comma, che le domande di reintegrazione e di manutenzione si proponevano con ricorso al giudice competente, a norma dell'art. 21 cod. proc. civ., disponeva, nel secondo comma, che "il giudice provvede ai sensi degli artt. 669 *bis* e seguenti", ossia compiva un rinvio a quella disciplina generale dei procedimenti cautelari che prevedeva, tra l'altro, all'art. 669-*octies*, una nuova domanda per l'introduzione del giudizio di merito, una volta ottenuto il provvedimento di accoglimento. A seguito della riforma, sorse subito il problema del se e del come questa disposizione poteva trovare applicazione nel giudizio possessorio, avuto riguardo al rilievo che dopo la pronuncia del provvedimento sommario, il "giudizio di merito" che, per l'art. 669-*octies* si deve introdurre nel termine perentorio stabilito col provvedimento suddetto, a differenza dei provvedimenti cautelari, qui non aveva altro oggetto che quello, ancora possessorio, che era già stato oggetto della fase sommaria, con la conseguenza che la fase c.d. "merito possessorio" si sostanzava in una sorta di reiterazione della fase già esaurita, reiterazione resa anche più complicata dalla necessità di una nuova domanda. La dottrina riteneva che questa reiterazione era inevitabile perché imposta dalla globalità del richiamo agli artt. 669-*bis* e ss. e, d'altra parte, poteva avere una sua ragione d'essere per consentire l'esercizio illimitato del diritto alla prova che, nella prima fase, era limitato alle prove indispensabili, secondo il disposto dell'art. 669-*sexies* e, più in generale, per ovviare alla sommarietà della pronuncia conclusiva della prima fase. Non tutti erano d'accordo con questa impostazione. Un indirizzo riteneva che la disciplina andasse applicata interamente, mentre un altro orientamento intendeva il richiamo agli artt. 669-*sexies* con alcuni limiti e sulla base di questo rilievo escludevano l'esperibilità avverso l'ordinanza possessoria del reclamo di cui all'art. 669-*terdecies*. Per alcuni autori la reiterazione del giudizio sul c.d. "merito possessorio" avrebbe imposto di ritenere

dell'art. 669-*bis*, 669-*ter*, e soprattutto dell'art. 669-*sexies*. In caso di rigetto, l'ordinanza avrebbe dovuto provvedere sulle spese e non veniva preclusa la strada per la riproposizione dell'istanza possessoria in caso di mutamenti delle circostanze o di deduzioni di nuove ragioni di atto o diritto.

¹⁵⁸ La finalità era quella di porre fine ad una situazione di vero e proprio caos normativo e di incertezze interpretative che, nel vigore della disciplina previgente, avevano favorito un uso distorto delle misure cautelari da parte del litigante più abile ed il formarsi di prassi spesso molto diverse tra uffici giudiziari. (cfr. Proto Pisani, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, in *foro it.*, 1991, V, c. 87 ss.).

il richiamo dell'art. 703, primo comma, agli artt. 669 bis e ss. come limitato alla sola fase sommaria, nella quale si esaurirebbe il processo possessorio. In questo modo il provvedimento di accoglimento della domanda possessoria poteva considerarsi definitivo del procedimento possessorio, senza necessità di avviare il giudizio di merito, attuabile ai sensi dell'art. 669-*duodecies* e reclamabile secondo l'art. 669-*terdecies*, ma non poteva acquisire efficacia di giudicato (potendo tra l'altro essere superato in sede petitoria)¹⁵⁹.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 1998 (Cass. Sez. Un., 24 febbraio 1998, n. 184)¹⁶⁰ intervennero con ampia motivazione, sostenendo che, con la tutela possessoria, l'ordinamento riconosceva un autentico diritto soggettivo alla conservazione e all'integrità del possesso, che imponeva una tutela giurisdizionale piena dopo la fase interdittale¹⁶¹. Secondo la Corte la struttura bifasica era resa inevitabile dal fatto che, in caso di rigetto della domanda introduttiva, non fosse prevista la riassunzione, e l'art. 703 cod. proc. civ. autorizzava a ritenere che il passaggio alla seconda fase potesse avvenire con la semplice fissazione di un'udienza per la prosecuzione del giudizio sul merito, ferma la reclamabilità (ai sensi dell'art. 669-*terdecies*) al collegio, da decidere con provvedimento non impugnabile, e ferma la proponibilità anche dell'eventuale domanda risarcitoria.

La Corte con la sentenza richiamata ricordava una tesi consolidata sulla esistenza del diritto al possesso, sul piano sostanziale, e quindi sul piano processuale di una corrispondente tutela, in linea con le garanzie degli artt. 24 e 111 Cost., anche nelle forme di una cognizione piena (eventualmente preceduta da quelle sommarie confluenti nelle ordinanze interinali di reintegra e manutenzione).

5. La legge 14 maggio 2005, n. 80

La legge 14 maggio 2005, n. 80, ha in parte modificato la disciplina sul procedimento possessorio, ed in particolare gli artt. 703 e 704 cod. proc. civ., facendo proprie le conclusioni più significative del dibattito dottrinale scaturito successivamente alla riforma del 1990, che si agitava sostanzialmente sul tema

¹⁵⁹ Cfr., specialmente Chiarloni, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 808, e in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 69; Consolo, in *giur. it.*, 1994, I, 414; Campese-Scarpa, *I procedimenti cautelari e possessori. Le novità della riforma*, Milano, 2005, 143 e 173.

¹⁶⁰ Tale sentenza è pubblicata *ex multis*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 631, ss. con nota di R.Vaccarella, *Per le sezioni unite esiste (ed esisteva anche prima) il c.d. merito possessorio*, in *Foro it.*, 1998, I, 1054 ss. con nota di G. Civinini, *Le sezioni unite intervengono sul giudizio possessorio*, in *Corr. giur.*, 1998, 671 ss., con nota di M. De Cristofaro, *Il possessorio "restaurato"*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 1323 ss., con nota di F.P. Luiso, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla tutela possessoria*.

¹⁶¹ Con riferimento a questo punto si è soffermato Sassani, *La tutela giurisdizionale del possesso dopo la modifica dell'art. 703 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 530, che aderisce all'indirizzo delle Sezioni Unite.

del “merito possessorio”, con riferimento alla opportunità della articolazione di questi giudizi in un’unica o in due fasi (una sommaria ed una ordinaria), e sul problema della effettiva portata del rinvio, contenuto nell’art. 703 cod. proc. civ., agli artt. 669-*bis* e ss.¹⁶² Il terreno di scontro della dottrina è stato sul riconoscimento dell’esistenza del merito possessorio, con la conseguenza che il legislatore della riforma aveva l’obbligo morale di risolvere le obiezioni che erano conseguite dal dibattito dottrinale. La riforma ha il pregio di risolvere i dubbi sull’esistenza di un merito possessorio, ammettendolo seppure in modo eventuale e non necessario alla sopravvivenza dell’efficacia dell’ordinanza possessoria e che la parte può far proseguire, non iniziare, entro sessanta giorni dalla comunicazione del provvedimento¹⁶³. Considerato il tenore del nuovo quarto comma dell’art. 703, non sembra davvero più possibile sostenere che non è configurabile un processo a cognizione piena avente ad oggetto il possesso e che a tale situazione il legislatore abbia concesso unicamente una tutela di tipo sommario ed urgente, con funzione esclusivamente esecutiva. La legge coglie l’occasione per rimodellare il procedimento cautelare ed estende ad esso molte regole del rito cautelare societario, ponendo fine ad una disparità di disciplina. In questa opera di risistemazione, essendo necessario introdurre una procedura più snella, si prende atto delle difficoltà di applicare l’intero complesso delle norme dettate per il processo cautelare a quello possessorio. Per tale ragione, si provvede alla modifica del secondo comma dell’art. 703 cod. proc. civ., richiamando le disposizioni degli artt. 669 e seguenti “in quanto compatibili”. Il rinvio secco al rito cautelare uniforme viene trasformato con una clausola di compatibilità. Questa clausola di compatibilità acquista, almeno in parte, una effettiva portata precettiva alla luce dell’altra innovazione introdotta dalla legge n. 80 del 2005, quella che ha inciso sul tema del c.d. merito possessorio ed è contenuta nei nuovi commi 3 e 4 dell’art. 703 cod. proc. civ. che così dispongono: “*l’ordinanza che accoglie o respinge la domanda è reclamabile ai sensi dell’art. 669 terdecies. Se richiesto da una*

¹⁶² Per una ricostruzione delle varie tesi dottrinali si rinvia a A. Levoni – C. Consolo, voce *Possesso III) Azioni a tutela del possesso: in generale – dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 19 ss.; C. Consolo, *Commento sub art. 703 cod. proc. civ.*, in Consolo – Luiso (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, II, Milano, 2000, p.306; G. della Pietra, *Il procedimento possessorio, Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003, p. 261 ss.; V. Mazzoletti, in G. Tarzia (a cura di), *Il procedimento cautelare*, II ed., Padova, 2004, p. 174 ss.

¹⁶³ Il legislatore accoglie, quindi, solo in parte l’impostazione della Suprema Corte di Cassazione sulla struttura bifasica del giudizio possessorio, perché il nuovo procedimento prevede tra la fase interdittale e quella a cognizione piena una soluzione di continuità. Infatti, l’atto introduttivo anche della fase del merito sarà sempre il ricorso iniziale, essendo sufficiente per darvi impulso un’istanza che richiamerà il ricorso medesimo e con efficacia meramente endoprocessuale di fissazione di udienza proponibile da tutte le parti del giudizio, che per l’una è una forma di riassunzione, per l’altra una sorta di opposizione. *Cfr.*, Balena, Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 381; Menchini, in Consolo, Luiso, Menchini, Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 100; Caponi, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, 139.

delle parti, entro il termine perentorio di sessanta giorni decorrente dalla comunicazione del provvedimento che ha deciso sul reclamo, ovvero, in difetto, del provvedimento di cui al terzo comma, il giudice fissa dinanzi a sé l'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito. Si applica l'articolo 669 novies terzo comma."

Nonostante la chiarezza della riforma, parte della dottrina continua ad interpretare il rito possessorio, servendosi di argomentazioni più vicine alla tradizione. Alcuni autori ritengono che la fase iniziale del procedimento possessorio si svolgerebbe con le forme del procedimento cautelare uniforme e si concluderebbe con un'ordinanza sommaria con efficacia esecutiva, enfatizzando il requisito della "anticipatorietà stabile"¹⁶⁴. Altri autori considerano superflua la fase di merito a cognizione piena, perché il legislatore usando il termine "prosecuzione" avrebbe chiaramente inteso che già nella prima fase si avrebbe la pienezza della cognizione¹⁶⁵.

6. Il nuovo rito possessorio a struttura "bifasica eventuale"

Il nuovo art. 703, dunque, recependo, seppure parzialmente, la soluzione prospettata dalle sezioni unite con la ricordata sentenza del 1998, ha attribuito, ancorché in via soltanto eventuale, struttura bifasica ai procedimenti possessori. La *ratio* della nuova disciplina è quella di evitare il processo a cognizione piena, in quanto l'utilità pratica della tutela giurisdizionale consiste nella formazione del titolo esecutivo piuttosto che nell'accertamento con efficacia di giudicato¹⁶⁶. Il proseguimento del giudizio a cognizione piena non costituisce un passaggio obbligato, essendo invece lasciato alla parte che abbia interesse a conseguire una pronuncia con efficacia di giudicato, ai sensi dell'art. 2909 cod. civ., ovvero a ribaltare l'esito del procedimento a cognizione sommaria¹⁶⁷. Si ritiene di condividere quanto evidenziato da quella dottrina che sot-

¹⁶⁴ Cfr., Bucci, Soldi, *Le riforme del processo civile*, Padova, 2006, 63; Luiso, Sassani, *Tre diversi modi di interpretare il rinvio alla disciplina del procedimento cautelare uniforme, previsto per le azioni possessorie dal nuovo testo dell'art. 703 cpv. cod. proc. civ. (e qualche ulteriore riflessione a favore della tesi che nega l'esistenza del c.d. merito possessorio)*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 545.

¹⁶⁵ Cfr., Consolo, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80 del 2005)*, in *Corr. Giur.*, 2005, 895; Marinucci, *Il nuovo procedimento possessorio*, in *Riv. dir. processuale*, 2005, 827.

¹⁶⁶ In altri termini, se non è l'accertamento immutabile che si vuole, non v'è bisogno di quel processo ordinario di cognizione, che proprio in funzione dell'accertamento pieno del diritto è stato pensato e costruito. Quindi se la tutela cautelare accordata sia anticipatoria e soddisfi pienamente il bisogno di tutela del ricorrente, costui ha la possibilità di evitare gli oneri del giudizio ordinario, potendosi accontentare dell'accertamento ottenuto nel procedimento a cognizione sommaria, che resta provvisorio senza creare alcun vincolo di giudicato.

¹⁶⁷ Secondo un orientamento, qualora erroneamente la fissazione dell'udienza sia effettuata dal giudice d'ufficio unitamente all'ordinanza che accoglie o rigetta la misura interdittale, non potrebbe scaturire un

tolinea la potenziale definitività del provvedimento cautelare anticipatorio. Si afferma, infatti, che, nella sostanza, il provvedimento cautelare anticipatorio continua ad esplicare i suoi effetti provvisori che, nell'inerzia delle parti, possono divenire definitivi, a seguito dei meccanismi di stabilizzazione di diritto sostanziale (come prescrizione, decadenza, usucapione), che operano in danno del diritto del destinatario passivo a ripristinare la situazione precedente¹⁶⁸. La riforma, seguendo l'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittimità, ha introdotto un rito possessorio con struttura bifasica, riconoscendo al procedimento una "strumentalità attenuata", ed introducendo un merito possessorio "eventuale".

Consentire la definizione della controversia con un provvedimento reso a seguito di una fase regolamentata secondo il rito cautelare uniforme, rendendo facoltativa l'instaurazione del giudizio ordinario, è stata una scelta legislativa introdotta anche per altri provvedimenti cautelari. Il nuovo art. 669-*octies* comma 6, introdotto con la legge n. 80 del 2005, prevede, infatti, che *"le disposizioni di cui al presente articolo e quella di cui al primo comma dell'art. 669 novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal Codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito"*.

La scelta di una "strumentalità attenuata", compiuta per i provvedimenti cautelari anticipatori non poteva non condurre all'applicazione anche per i provvedimenti possessori. Nella vigenza della precedente disciplina, la Cassazione¹⁶⁹ aveva ritenuto che la sentenza pronunciata all'esito del procedimento possessorio che decideva sul cosiddetto merito possessorio doveva considerarsi validamente emessa, anche se non fosse stata preceduta dalla emissione di un provvedimento di natura interinale durante la fase di sommaria cognizione, in quanto la natura bifasica del procedimento possessorio non costituiva ragione ostativa alla concentrazione delle due fasi, allorché gli elementi raccolti nella fase istruttoria consentano al giudice di definire la causa con un provvedimento unico conclusivo dell'intero procedimento. Viene naturale chiedersi se questa tesi possa essere ancora sostenuta con la nuova disciplina, ove è stato

valido giudizio di merito. Per un indirizzo della dottrina, si verificherebbe una ipotesi di nullità del giudizio, sanabile ai sensi dell'art. 156, comma 3, cod. proc. civ., al verificarsi di una duplice condizione: la comparizione all'udienza fissata da tutte le parti della controversia e la manifestazione di volontà da parte di almeno una di essere di dare seguito al giudizio di merito.

¹⁶⁸ Cfr., Caponi, *Provvedimenti cautelari ed azioni possessorie*, in Foro it., 2005, V, c. 136. Cfr., Vaccarella, *Per le Sezioni Unite esiste (ed esisteva anche prima) il c.d. merito possessorio*, in Giust. civ., 1998, I, p. 631.

¹⁶⁹ Cfr., Cass. civ., Sez. II, 18 luglio 2002, 10450, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1270.

scisso il legame necessario tra le due fasi dello stesso procedimento. Il mantenimento della struttura bifasica, pur se eventuale, del procedimento possessorio, induce ad optare per la soluzione positiva.

La conclusione di queste argomentazione è che, a seguito della riforma, il processo possessorio è bifasico, con la conseguenza che dopo la decisione sulle misure cautelari urgenti, può seguire, ma non necessariamente, una fase di merito a cognizione piena, destinata a svolgersi secondo le forme ordinarie e a chiudersi con sentenza. Questa fase è meramente eventuale, e potrà mancare senza fare venire meno i provvedimenti di cui agli artt. 1168 e 1170 cod. civ.¹⁷⁰ Senza contare che, come qualche attento giurista ha sottolineato, per ragioni di economia processuale, e per indurre le parti a rinunciare alla lunga e costosa fase di merito, il giudicante potrebbe pronunciarsi in modo più approfondito.

7. Il merito possessorio

La prosecuzione del giudizio potrà essere richiesta da una qualsiasi delle parti, indipendentemente dal fatto che i provvedimenti interdittali siano stati concessi o rifiutati.¹⁷¹ Il giudizio così proseguito si svolgerà secondo le forme di un ordinario processo di cognizione, in cui, l'onere della prova continuerà a gravare sulla parte che ha promosso il procedimento, anche laddove l'istanza di prosecuzione venga avanzata dalla parte convenuta, e si concluderà con sentenza, destinata a prevalere sui provvedimenti interdittali, qualora non ritenga sussistenti i presupposti per la tutela possessoria¹⁷².

Prima della riforma, il terreno di scontro della dottrina e la giurisprudenza era l'esistenza di un "merito possessorio". Le varie opinioni che si dividevano il

¹⁷⁰ Secondo autorevole dottrina, la riforma, almeno nelle intenzioni, avrebbe snellito notevolmente il corso del giudizio possessorio, in quanto la parte vincitrice non è più costretta a proseguire nel merito possessoria, ancorché soddisfatta dei provvedimenti possessori ottenuti, solo per evitare che questi ultimi perdano efficacia, come poteva avvenire con la vecchia concezione bifasica, inoltre se la parte lo ritiene opportuno, può fruire delle garanzie del processo a cognizione ordinaria per ottenere la tutela del proprio possesso, che assume violato. Questi autori ritengono che in questo modo il legislatore avrebbe colto gli aspetti più positivi delle due tesi contrapposte circa la natura del giudizio possessorio: l'accelerazione e la semplificazione, proprie della struttura monofasica, con la pienezza di tutela (divenuta facoltativa) che caratterizza la struttura bifasica. *Cfr.*, Achille Saletti, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Cedam, 2006, p. 85 e ss. Con riferimento alla applicazione della soluzione anche quando i provvedimenti di reintegra o manutenzione vengano richiesti nel corso di un giudizio petitorio, *cfr.* Marinucci, *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, in Riv. dir. proc., 2005, 848.

¹⁷¹ La richiesta, che concreta una riassunzione del processo, come risulta dal raffronto con gli artt. 297, 302 e 303 cod. proc. civ., andrà avanzata con ricorso al giudice incaricato della fase interdittale, entro il termine perentorio di sessanta giorni decorrente dalla comunicazione della decisione sul reclamo, o, qualora questo non sia stato proposto, dalla comunicazione del provvedimento interdittale (art. 703, 4 comma, cod. proc. civ.).

¹⁷² *Cfr.*, Della Pietra, *Riflessioni in punta di penna sul rimodellato procedimento possessorio*, in *www.judicium.it* § 2.

campo potevano essere ricondotte a due orientamenti principali. Da un lato vi era chi valorizzava il dato letterale dell'art. 703 cod. proc. civ. novellato, sostenendo che fra le norme applicabili al nuovo procedimento possessorio andava ricompreso l'art. 669-*octies* cod. proc. civ.; con la conseguenza che, una volta ottenuto il provvedimento possessorio, il ricorrente doveva iniziare il giudizio di merito nel termine fissato dal giudice, o, in mancanza, nel termine di trenta giorni stabilito dalla legge, pena, in caso contrario, l'inefficacia del provvedimento possessorio, ex art. 669-*novies* cod. proc. civ.¹⁷³

A questo indirizzo si contrapponeva chi negava la necessità di un giudizio di merito nel procedimento possessorio, reputando che questo si poteva definire con ordinanza (di accoglimento o di rigetto) emessa al termine della fase sommaria¹⁷⁴.

La giurisprudenza continuava a seguire la tesi del merito possessorio a cognizione piena, facendo leva sul fatto che la lesione del possesso rappresentasse un titolo per il risarcimento del danno¹⁷⁵. Si riteneva che la domanda di risarcimento rivestiva lo statuto processuale di domanda accessoria rispetto alla domanda principale di tutela del possesso leso.

Si sottolineava l'esigenza che il diritto al risarcimento del danno venisse riconosciuto attraverso una cognizione piena del giudice, idonea a far conseguire alla sua pronuncia l'autorità della cosa giudicata sostanziale. Il merito possessorio diventava in questo caso una necessità, in quanto la lesione del possesso rappresentava una fattispecie generativa del diritto al risarcimento.

Come abbiamo già detto, dopo le innovazioni introdotte dalla legge n. 80 del 2005, il merito possessorio è una eventualità, che si concretizza solo nel momento in cui le parti ne facciano richiesta¹⁷⁶. Ma ove il procedimento proseguiva a cognizione piena, il giudizio di merito, di cui parla l'art. 703, quarto comma, costituisce il c.d. merito possessorio, avente ad oggetto l'accertamento pieno della situazione di possesso vantata dall'attore. A sostegno della tesi due argomentazioni: da un lato, il processo di merito, risolvendosi nella prosecuzione della fase sommaria, non può che avere il medesimo oggetto di questa, ossia la tutela del possesso; dall'altro, l'art. 703, quarto comma, disponendo, attraverso il rinvio all'art. 669-*novies*, terzo comma, che il provvedimento interdittale

¹⁷³ Aderivano a questa tesi, in dottrina Rapisarda Sasson, in *Le riforme della giustizia civile* a cura di Taruffo, Torino, 1993, 497, e ss.; Oberto, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1993, 148 – 155; Frus, in *Le riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 813 e segg.

¹⁷⁴ In tal senso cfr., in dottrina, Vaccarella, *Brevi osservazioni sul procedimento possessorio dopo la novella n. 353 del 1990*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2538; Pret. Monza, 21 luglio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, 2946, con nota di Proto Pisani, e in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 808, con nota di Chiarloni, *Non esiste più (ma non sarebbe dovuto esistere neanche prima) il c.d. merito possessorio*.

¹⁷⁵ Cfr., a questo proposito, le persuasive osservazioni critiche di Sacco, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, VII, Milano, 1988, secondo cui il danno cagionato dalla semplice lesione del possesso non è “ingiusto” ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

¹⁷⁶ Cfr., Gentili, “*Merito possessorio*” a richiesta di parte, in Guida al diritto, 2005, 22, 90.

è destinato ad essere assorbito dalla successiva sentenza di merito, presuppone l'identità oggettiva dei due procedimenti e dei due provvedimenti. L'eventuale fase di merito possessorio è destinata a concludersi con una sentenza di accoglimento o di rigetto della domanda possessoria, con il conseguente assorbimento (nel primo caso) o caducazione (nel secondo caso) del provvedimento interdittale provvisorio. Nel caso in cui nessuno si attivi ad azionare il processo di cognizione nel termine perentorio fissato dalla legge, il giudizio di merito, nella sostanza già pendente fin dal momento della proposizione del ricorso possessorio, si estingue. Nonostante l'estinzione del giudizio di merito il provvedimento interdittale sopravvive fino a quando in un (eventuale) nuovo giudizio fra le stesse parti (ove ancora sussistano i presupposti temporali di esercizio dell'azione possessoria) non sia emanata una sentenza di merito che lo contraddica. Alcuni autori insistono per l'identità oggetti delle due fasi¹⁷⁷, con la conseguenza che, se il processo di merito continua già nella prima fase è ad ogni effetto già processo di merito, avente lo stesso contenuto della seconda fase opzionale.

La conclusione di questa impostazione è la definitività dell'ordinanza interdittale, che costituisce il provvedimento conclusivo della controversia possessoria.

La tormentata questione della sussistenza o meno nel nostro ordinamento del cosiddetto merito possessorio si interseca con le discussioni dottrinali e giurisprudenziali sulla ammissibilità o meno del ricorso per Cassazione straordinario, ai sensi dell'art. 111 cost.

8. La natura giuridica dell'ordinanza *ex art. 703 cod. proc. civ.*

Con la legge n. 80 del 2005, l'innovazione più significativa consiste nel rilievo attribuito alla distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi, perché i primi (ove ottenuti *ante causam*) conservano efficacia anche se il giudizio di merito non è iniziato, oppure (se emessi lite pendente) si estingue. Sul piano teorico, quindi, si pone in crisi la distinzione tra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria non cautelare, tradizionalmente basata sul diverso regime di stabilità del provvedimento dipendente dal requisito strutturale della strumentalità, perché anche i provvedimenti cautelari anticipatori acquistano un'efficacia potenzialmente permanente. Il procedimento cautelare assume un'altra funzione, che è quella di assicurare immediatamente l'utilità che l'istante vuole conseguire, servendosi di un provvedimento semplificato. In ragione delle argomentazioni espresse, se si dà prevalenza alla tempora-

¹⁷⁷ Cfr., Consolo, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80 del 2005)*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 895.

neità degli effetti, destinati a cessare per cause risolutive (art. 669 – novies c.p.c.) o per il sopraggiungere del provvedimento finale a cognizione piena, l'ordinanza ex art. 703 cod. proc. civ., si presenta come provvisoria e strumentale. Certa dottrina, superando alcune obiezioni, ha tenuto a precisare che la sopravvivenza del carattere di provvisorietà (ossia la non decisorietà in senso tecnico) non giustifica l'idea di una semplice attenuazione o allentamento della strumentalità¹⁷⁸.

Da parte di alcuni si è detto che l'ordinanza con la quale all'esito della fase sommaria è dato un giudizio sulla domanda di reintegrazione o di manutenzione, per richiamo della disciplina cautelare, ha la stabilità propria delle misure cautelari. Quindi se il giudice si dichiara incompetente, la stabilità non esiste e la domanda può essere riproposta senza limiti davanti allo stesso giudice (art. 669-septies, primo comma, cod. proc. civ.). Se, invece, il giudice con l'ordinanza rigetta la misura, la riproposizione è possibile solo alla luce di nuove ragioni di fatto o di diritto (quindi, in difetto di pedissequa riproposizione) o per il sopravvenire di circostanze, ovvero ha la stabilità del dedotto (e non del deducibile). Qualora il giudice si pronunci positivamente, ordinando la reintegra o la manutenzione, deve essere applicato l'art. 669-decies cod. proc. civ., secondo le novità introdotte dalla legge n. 80 del 2005.

Se viene instaurato il giudizio di merito, la sentenza che lo conclude, per l'applicazione del principio di prevalenza della cognizione piena sulla cognizione sommaria, qualora sia di contenuto difforme, provoca la revoca della misura sommaria contraria e ciò sin dal primo grado di giudizio. Il richiamo al solo 3 comma dell'art. 669-novies cod. proc. civ. giustifica una sopravvivenza della misura anche in caso di estinzione del processo di merito correttamente introdotto. È molto importante chiarire i termini della definitività del provvedimento. La misura è efficace anche se il merito non viene introdotto, e non può più introdursi in difetto di istanza di parte nel termine perentorio (art. 703, comma 4, cod. proc. civ.). L'art. 703, comma 2, cod. proc. civ., rinvia alla disciplina del processo cautelare uniforme. Pertanto, il richiamo necessario è all'ottavo comma dell'art. 669-octies cod. proc. civ., secondo cui l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo, ovvero non si forma il giudicato¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Per una descrizione delle varie opzioni ricostruttive sia concesso il rinvio a Levoni – Consolo, voce *Possesso III Azioni a tutela del possesso: in generale*, dir. proc. civ., in Enc. giur. Treccani, vol. XXIII, Roma, 1998, p. 19 ss.; Consolo, Commento sub. Art. 703 cod. proc. civ., in Consolo – Luiso (a cura di), Codice di procedura civile commentato, II, Milano, 2000, p. 3066; Della Pietra, *Il procedimento possessorio, contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003, p. 261; Mazzeletti, in Tarzia (a cura di), *Il processo cautelare*, II ed., Padova, 2004, p. 174; Consolo, *Tutela cautelare e azioni a tutela del possesso*, in Consolo, *Il nuovo processo cautelare, problemi e casi*, Torino, 1998, p. 236; Civinini – Proto Pisani, *I procedimenti possessori*, in Foro it., 2004, I, p. 628.

¹⁷⁹ La caratteristica di questa situazione del processo possessorio è nel fatto che non soltanto il giudizio di merito può non essere stato introdotto, ma potrebbe non esserlo più per decorso del termine perentorio

L'ordinanza possessoria, quindi, rimane efficace nonostante l'estinzione del giudizio di merito, perché le parti hanno facoltà di proseguire e non spiega l'efficacia propria della sentenza, non essendo la sua "autorità" invocabile in un diverso processo.

L'ordinanza possessoria può essere rimossa a seguito della sua impugnativa con reclamo, come oggi previsto dall'art. 703, comma 3, o per revoca o modifica, ovvero ad opera della sentenza di merito che sancisce l'inesistenza della situazione dedotta in giudizio ed ivi tutelata.

Un altro indirizzo della dottrina evidenzia una stabilità del provvedimento possessorio decisamente superiore a quella propria delle cautele anticipatorie¹⁸⁰. Si argomenta che a differenza del rito cautelare l'instaurazione del giudizio di merito non è soggetta a limiti temporali, nel senso che in caso di concessione di provvedimento anticipatorio entrambe le parti possono notificare l'atto introduttivo della fase in merito in qualunque tempo (salvo il mutare di decadenze e prescrizioni), nel caso del procedimento possessorio la possibilità di passare alla seconda fase è assai limitata nel tempo, perché l'istanza deve essere effettuata entro un termine perentorio. L'ordinanza possessoria è quindi suscettibile di stabilizzazione.

Da quanto sopra emergono ulteriori caratteri dell'ordinanza possessoria, la quale, oltre ad essere potenzialmente stabile e tendenzialmente satisfattiva, è emessa in seguito a cognizione rapida e sommaria e è anche per tale ragione certamente inidonea a passare in giudicato. Secondo un indirizzo della dottrina, l'originalità della regola che esclude, decorso un certo tempo, una tutela giurisdizionale del possesso destinata ad un giudicato ha la sua ragione nella regola sul divieto del cumulo di giudizio possessorio e giudizio petitorio, la quale non può essere protratta *sine die* se non vi è una plausibile ragione che ispiri una delle parti alla introduzione e conseguente conduzione sino al giudicato del giudizio di merito¹⁸¹.

di cui all'art. 703, comma 4, cod. proc. civ., con la conseguenza, del tutto insolita, nel nostro sistema giurisdizionale dei diritti, che un giudicato sulla situazione non potrà mai aversi e che tutto è ridotto all'effetto preclusivo instabile dell'art. 669-*decies*, primo comma, cod. proc. civ.

¹⁸⁰ È l'opinione di G. De Marchi, *Il nuovo rito civile*, vol. 2, Giuffrè.

¹⁸¹ Per i rinvii dottrinali, Villecco, *Il procedimento possessorio e di nunciazione*, Torino, 1998; Chiarloni, *Tre diversi modi di interpretare il rinvio al procedimento cautelare uniforme, previsto per le azioni possessorie dal nuovo testo dell'art. 703 cpv cod. proc. civ. (e qualche ulteriore riflessione a favore della tesi che nega l'esistenza del c.d. merito possessorio)*, Napoli, 2002; Nela e Chiarloni, *Su taluni aspetti della nuova disciplina del procedimento possessorio*, Torino, 1994; Della Pietra, *Contributo allo studio del procedimento possessorio*, Napoli, 2002; Marvasi, *Il procedimento possessorio*, Torino, 2005.

8.1. I dubbi della dottrina

Secondo una parte della dottrina¹⁸², l'ordinanza ex art. 703 cod. proc. civ. si presta ad essere inquadrata dogmaticamente nella categoria dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi, ricostruzione ritenuta coerente con la configurazione del possesso quale situazione di appartenenza protetta se l'esercizio del potere sulla cosa è aggredito nei modi previsti dagli artt. 1168 e 1170 cod. civ.¹⁸³ Il provvedimento, quindi, avrebbe la specifica funzione di ripristinare la situazione precedente, ed è destinato a cedere di fronte all'accertamento positivo di contrastanti ragioni di diritto, conseguente all'esercizio di un'azione reale o personale¹⁸⁴.

Un altro indirizzo, invece, sostiene che proprio la struttura eventualmente bifasica del procedimento del procedimento possessorio, con un passaggio non più scontato alla fase a cognizione piena, determinerebbe una naturale stabilità dell'interdetto possessorio. Infatti, si è già detto che la "ratio" dell'intervento legislativo è proprio quella di ricercare una finalità deflattiva, ipotizzando che la maggior parte dei procedimenti possessori sia destinato a concludersi dopo la pronuncia della fase interdittale, con conseguente risparmi delle energie attualmente destinate alla eventuale istruttoria di merito ed alla pronuncia della sentenza¹⁸⁵. In questo modo, viene attribuita all'ordinanza interdittale, così come anche ai provvedimenti cautelari di natura anticipatoria, menzionati dall'art. 669-*octies*, sesto comma, cod. proc. civ. ed a taluni provvedimenti di merito privi di natura anticipatoria, come quelli di cui agli artt. 186-*ter* e 186-*quater* cod. proc. civ., carattere di provvedimento tendenzialmente defi-

¹⁸² Cfr., L. Guaglione, *Le nuove leggi civili commentate, sub art. 704*, luglio-ottobre 2006, Cedam.

¹⁸³ Questo indirizzo sostiene che il provvedimento tenderebbe esclusivamente ad esigenze di materiale attribuzione del bene, a reprimere la violazione possessoria con il ripristino della precedente situazione di fatto, con l'attribuzione al possessore spogliato o molestato di quanto espressamente garantitogli dalla disciplina sostanziale di cui agli artt. 1168 e 1170 cod. civ.

¹⁸⁴ Cfr., Caponi, *Provvedimenti cautelari ed azioni possessorie*, in Foro it., 2005, V, c. 140.

¹⁸⁵ Ovviamente il ricorrente vittorioso può anche avere interesse a proseguire il giudizio di merito possessorio per coltivare una domanda accessoria (es. il risarcimento del danno) o, comunque, per precludere al convenuto (fino al passaggio in giudicato della sentenza) il ricorso alla tutela petitoria, giusta il disposto dell'art. 705, comma 1, c.p.c. La natura solo eventuale della bifasicità dell'attuale procedimento possessorio non esclude che nella fase sommaria il giudice possa pronunciarsi solo sulla domanda di reintegrazione e manutenzione in senso stretto, potendo ogni questione inerente alle accessorie pretese risarcitorie essere esaminata solo nell'eventuale fase di cognizione piena. Infatti, il soggetto leso che invochi la tutela possessoria, ove intenda ottenere la condanna dell'autore dello spoglio o della turbativa anche al risarcimento dei danni, deve necessariamente richiedere al giudice, nel termine previsto dall'art. 703 cod. proc. civ., comma 4, la fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito, ovvero proporre un autonomo giudizio. cfr. Gentili, *"Merito possessorio a richiesta di parte"*, Guida al dir.- Il Sole 24 Ore, 2005, n.22, p.90. Sotto il profilo procedimentale, va rilevato che il tenore letterale del comma 4 dell'art. 703 cod. proc. civ. ("se richiesto... il giudice fissa) sembra escludere che l'istanza della parte interessata possa avere un contenuto diverso dalla richiesta di fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio, con la conseguenza che il *thema decidendum ac probandum* deve essere già contenuto nell'originario ricorso introduttivo della fase sommaria, il che è coerente con la struttura stessa del procedimento possessorio.

nitivo, con regolazione immediata delle spese di procedura¹⁸⁶, rimettendolo ad una successiva valutazione delle parti, che ovviamente non può che prendere le mosse dal provvedimento conclusivo del procedimento *lato sensu* cautelare (pronunciato in primo grado od in sede di reclamo), la scelta se far proseguire oppure no il giudizio nel merito¹⁸⁷. Secondo Chiarloni¹⁸⁸, non si rinvergono ostacoli insormontabili alla piena conciliabilità fra la ricostruzione del procedimento possessorio come procedimento sommario/semplificato e la predicibilità dell'oggetto della tutela possessoria in termini di situazione giuridica piena e perfetta. L'interdetto è destinato a rimanere definitivamente in vita e ad acquistare l'incontrovertibilità sul c.d. diritto alla conservazione integra-

¹⁸⁶ Già prima della riforma del 2009, con specifico riferimento alla statuizione sulle spese, la dottrina riteneva che, nel caso in cui, una volta pronunciato l'interdetto non doveva più fissarsi dal giudice alcuna udienza per la prosecuzione del giudizio di merito, essendo la seconda fase ormai eventuale, perché rimessa alla richiesta di almeno una delle parti, si era ritenuto applicabile anche al processo possessorio il generale principio della soccombenza di cui all'art. 91 cod. proc. civ., sicché al culmine della fase interdittale si imponeva anche una pronuncia sulle spese del procedimento possessorio (Campese e Scarpa 2005, 143; Arieta 2005, 1315; Della Pietra 2003, 354 op. cit.). In termini non perfettamente aderenti si era orientata altra dottrina (Balena 2006, 383; Marinucci, 2005, 838; Longo 2008, 7; Petrillo 2006, 214, op. cit.) la quale, pur ritenendo che il giudice possessorio, all'esito della fase sommaria, doveva sempre (sia nel caso di rigetto, sia nell'ipotesi di accoglimento della domanda a tutela del possesso) provvedere sulle spese processuali, a seguito della regolamentazione disposta dall'art. 669-*septies* cod. proc. civ., richiamato dall'art. 703, ciò doveva avvenire nei limiti della compatibilità. *Cfr.*, Villecco, in Commentario del codice di procedura civile, Volume VII, art. 703 cod. proc. civ., prima della riforma, riteneva che: *“Per i provvedimenti possessori dovrebbe essere riconosciuta un'efficacia ben maggiore rispetto a quella propria dei provvedimenti cautelari anticipatori, per cui la mancanza della successiva fase di merito, giustificerebbe la pronuncia sulle spese anche per l'ordinanza possessoria. In particolare, si tratterebbe di applicazione diretta nel caso del provvedimento di accoglimento, anche se è stato osservato come l'ordinanza possessoria sia sempre concessa in corso di causa”*.

¹⁸⁷ Molto interessante la pronuncia della Corte costituzionale, 14.11.2007, n. 379, *G Cost.*, 2007, 6, che aveva ritenuto: *“non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la q.l.c. degli artt. 703 e 669 octies c.p.c., censurati, in riferimento agli artt. 3 e 24 cost., nella parte in cui non prevedono che, con il provvedimento di accoglimento della domanda possessoria, il giudice debba provvedere anche sulle spese. Premesso che la dichiarazione di illegittimità di una disposizione è giustificata dalla constatazione che non ne è possibile una interpretazione conforme alla Costituzione, ma non dalla mera possibilità di attribuire ad essa un significato che contrasti con i parametri costituzionali, e premesso altresì che, nella specie, trattandosi di norma processuale, l'interpretazione va condotta attribuendo al principio di economia dei giudizi, espressione di quello, fondamentale, di ragionevolezza, le norme censurate non violano gli evocati parametri, in quanto nell'ordinamento già esiste un principio generale secondo il quale il giudice che emette un provvedimento conclusivo di un procedimento, anche solo ipoteticamente idoneo a divenire definitivo, deve anche provvedere sulle spese”*.

¹⁸⁸ *Cfr.*, Chiarloni, *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli, 2005. Secondo l'autore non convince il contrario, per la considerazione che in questo modo si priverebbero le parti della possibilità di instaurare un autonomo processo a cognizione piena ed esauriente nel quale dedurre l'accertamento (negativo o positivo, a seconda dei casi) della situazione possessoria, già sommariamente decisa con l'ordinanza possessoria. E questo sarebbe in contrasto con quel che prevede lo stesso articolo in commento laddove richiama esplicitamente il 3° comma dell'art. 669-*novies*, in quanto non si riuscirebbe a comprendere *“per quale ragione, una volta che sia stata confermata dallo stesso legislatore l'esistenza del c.d. merito possessorio, la sentenza dichiarativa dell'inesistenza del diritto (rectius, nella specie, della situazione possessoria posta alla base dell'ordinanza interdittale), idonea a privare di efficacia il provvedimento sommario provvisorio, non possa utilmente intervenire in un diverso ed autonomo processo, qualora il primo si sia estinto per il decorso del termine perentorio indicato nell'ultimo comma dell'art. 703”*.

le del potere sulla cosa, propria dei provvedimenti decisori (o almeno fino a quando non intervenga una contraria pronuncia petitoria).

Le modifiche apportare all'art. 704, comma 2, cod. proc. civ., estende il regime di facoltatività della prosecuzione della fase possessoria a cognizione piena anche all'ipotesi di procedimento possessorio promosso nella pendenza del petitorio¹⁸⁹.

La trasformazione da automatica in facoltativa della prosecuzione del giudizio davanti al giudice del petitorio è in linea con la scelta del legislatore di rendere sempre eventuale il giudizio del merito possessorio¹⁹⁰.

La tesi prevalente ha ritenuto che l'opzione a favore di una "strumentalità attenuata", compiuta con i provvedimenti cautelari anticipatori, si impone soprattutto per i provvedimenti possessori, ai quali si tende a negare natura strumentale e cautelare¹⁹¹.

Tale natura era stata negata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, stante il mancato richiamo al capo IV da parte dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., con la pronuncia del 24 febbraio 1998, n. 1984. Secondo certa dottrina è apprezzabile che il legislatore si sia emancipato dalla soluzione bifasica affermata anche dalle Sezioni Unite, rendendo facoltativa la fase possessoria a cognizione piena, in quanto il giudizio positivo sulla scelta va correlato, per un verso, all'esigenza di rispettare il dettato costituzionale sulla ragionevole durata del processo, che impone oggi di modulare i riti in relazione alle caratteristiche complessive delle situazioni tutelate e per altro verso, alla opportuna progressiva rivalutazione dei procedimenti semplificati e deformalizzati, da considerare non più solo idonei ad offrire una tutela di tipo meramente sommario, bensì quale sede in cui è possibile anche una cognizione potenzialmente piena¹⁹². L'interpretazione appare conferente anche con le esigenze di rispettare il

¹⁸⁹ Il novellato art. 704, comma 2, cod. proc. civ. estende, infatti, il regime di facoltatività della prosecuzione della fase possessoria a cognizione piena anche all'ipotesi di procedimento possessorio promosso nella pendenza del petitorio. Ove, dunque, la domanda di reintegrazione nel possesso venga proposta, pendente il giudizio petitorio, innanzi al giudice competente ai sensi dell'art. 703 cod. proc. civ., questi, esaurita la fase sommaria con l'emissione dei provvedimenti temporanei di sua competenza, non deve più senz'altro rimettere le parti innanzi al giudice del petitorio (secondo il modulo dettato dal previgente art. 704, comma 2), dipendendo tale prosecuzione soltanto dall'iniziativa di una delle parti.

¹⁹⁰ Per ragioni di completezza di fa un breve cenno alle modifiche apportate dal legislatore del 2005, secondo cui il II comma dell'art. 704 cod. proc. civ. prevede che, nel corso del giudizio petitorio, la reintegrazione nel possesso può essere domandata al giudice competente, ai sensi dell'art. 703 cod. proc. civ., il quale pronuncia i provvedimenti temporanei indispensabili. Con la precisazione che ciascuna delle parti può proseguire il giudizio dinanzi al giudice del petitorio, ai sensi dell'art. 703 cod. proc. civ. Il nuovo testo rappresenta il risultato della proiezione, nel giudizio petitorio, nel corso del quale venga proposta una domanda volta ad ottenere un provvedimento di reintegra del possesso, della nuova strutture bifasica eventuale del giudizio possessorio.

¹⁹¹ Sul punto si rinvia alle considerazioni di Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino 2004, III, p. 201 e p. 252 ss.

¹⁹² Quanto poi alla concreta realizzazione dell'effetto deflattivo sperato molti autori hanno rilevato perplessità, in quanto non è difficile prevedere che la parte che si ritenga insoddisfatta dal provvedimento

dettato costituzionale sulla ragionevole durata del processo, che impone oggi di rimodulare i riti in relazione alle caratteristiche complessive delle situazioni che le norme intendono tutelare. Si tende, infatti, verso riti semplificati e deformalizzati, da considerare non più solo idonei ad offrire una tutela di tipo meramente sommario, ma anche quale sede in cui è possibile anche una cognizione “potenzialmente” piena.

In questo senso un indirizzo più evoluto ritiene che la prima fase è ad ogni effetto processo di merito avente lo stesso contenuto della seconda fase opzionale¹⁹³.

Si ritiene¹⁹⁴, addirittura, che un’attuazione più coerente di questo disegno di legge avrebbe consigliato pertanto di evitare di introdurre l’art. 703, IV, c.p.c., rinunciando a prevedere la possibile prosecuzione di un inutile e ripetitivo giudizio “sul merito”, entro un termine perentorio di sessanta giorni.

I dubbi hanno riguardato anche la compatibilità dell’art. 669-*duedecies* cod. proc. civ. nel caso in cui le parti decidono di non proseguire il giudizio sul merito possessorio. A tale proposito, infatti, un indirizzo favorevole alla struttura monofasica del procedimento possessorio riteneva che “esaurendo la pronuncia dell’interdetto i poteri del giudicante, si renda inevitabile il ricorso alle norme sull’esecuzione forzata (artt. 605 ss. e 612 ss.) e sulle eventuali opposizioni alla stessa (art. 615 ss.)”.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, invece, i provvedimenti di reintegrazione del possesso (come i provvedimenti cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare e non fare) sono dotati di un’intrinseca efficacia esecutiva che si svolge *ex officio iudicis* senza che occorran le formalità dell’ordinario processo di esecuzione, tra le quali il precetto.

9. La reclamabilità del provvedimento possessorio

Dopo aver evidenziato i caratteri dell’ordinanza possessoria, si può passare ad approfondire il regime di stabilità di tale provvedimento

La questione più delicata riguardante l’ammissibilità o meno del reclamo *ex art. 669-terdecies* c.p.c. avverso i provvedimenti possessori interdittali, resi ai sensi dell’art. 703 cod. proc. civ., prima della riforma, era stata già risolta in

sommario ed il ricorrente che intenda coltivare la domanda di risarcimento per lesione possessoria (sulla cui cumulabilità alla domanda possessoria la nuova disciplina tace) si affretteranno a chiedere la prosecuzione del giudizio nella fase di merito. *Cfr.*, Guaglione, *La riforma del processo civile*, (a cura di) Cipriani – Monteleone, Cedam 2007.

¹⁹³ V. Consolo, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80 del 2005)* in *Corr. Giur.*, 2005, p. 895.

¹⁹⁴ *Cfr.*, Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 2002.

senso positivo dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente¹⁹⁵. Nella previgente disciplina si era molto discusso sulla reclamabilità dei provvedimenti possessori e di quelli negativi di rigetto in particolare. La disputa era scaturita dalla diversità di concezione del procedimento possessorio: ora inteso come procedimento monofasico terminante con un provvedimento semplificato-sommario esecutivo senza il c.d. merito possessorio; ora come procedimento unitario composto da due fasi una sommaria e l'altra di merito. La prima concezione riteneva il provvedimento reclamabile in quanto allo stesso non seguiva alcun giudizio di merito¹⁹⁶. La seconda opinione negava la reclamabilità del provvedimento possessorio essendo inevitabilmente assoggettato al vaglio del necessario giudizio di merito.

A seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 359/1996 (Corte cost. 22.10.1996, n. 359, GI, 1997, I, 134), non era più possibile dubitare della esperibilità del reclamo avverso il provvedimento conclusivo della fase sommaria in materia possessoria¹⁹⁷.

Il nuovo testo dell'art. 703 cod. proc. civ., richiamando la disciplina del procedimento cautelare uniforme, in quanto compatibile, ha dichiarato espressamente reclamabile, ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c. l'"ordinanza che accoglie o respinge la domanda".

Secondo un indirizzo, l'esplicita previsione della reclamabilità del provvedimento possessorio e, soprattutto, l'espressa ammissibilità della chiusura definitiva del giudizio dopo la fase semplificata, hanno segnato anche la fine del

¹⁹⁵ Per le citazioni di dottrina e di giurisprudenza favorevoli all'ammissibilità del reclamo cautelare, v. Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, p. 246 ss. Un disorientamento si era manifestato all'interno del dibattito dottrinale, dove la maggioritaria posizione dei sostenitori della reclamabilità anche dei provvedimenti possessori (interinali o definitivi, a seconda della ricostruzione bifasica o monofasica avanzata in riferimento al procedimento possessorio), si è contrapposta la posizione di quanti avevano negato, in considerazione della particolare natura dei provvedimenti, l'applicabilità ad essi del reclamo di cui all'art. 669-terdecies cod. proc. civ. Il contasto fu presto superato, grazie ad un intervento della Consulta, che, con una sentenza interpretativa di rigetto, nel 1995 dichiarò non fondata la questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 669-terdecies laddove, secondo l'interpretazione prospettata dal giudice a quo, non ammetteva l'esperibilità del reclamo avverso i provvedimenti possessori sommari (Corte cost., 11.12.1995, n. 501).

¹⁹⁶ Per un approfondimento della querelle cfr. Chiarloni, *Note minime sui procedimenti possessori*, in Documenti Giustizia, 1-2, gennaio-febbraio 1994, 41 ss. L'autore nutre diffidenza nei confronti del reclamo in generale; Valitutti, *I procedimenti cautelari e possessori*, Padova, 2004, I, 394 ss.; Capponi, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo*, in Foro it., 1994, I, 2014.

¹⁹⁷ La reclamabilità dell'ordinanza che conclude la fase sommaria del procedimento possessorio era stata definitivamente stabilita dalle Sezioni unite della Cassazione con sentenza 1984 del 1998 citata nel testo. Quanto poi al principio per cui il richiamo del secondo comma dell'articolo 703 cod. proc. civ. agli artt. 669-bis e segg. cod. proc. civ. doveva intendersi, anche in difetto di espressa previsione, implicitamente contenuto nel limite della compatibilità, vedi Corte cost. 19 giugno 2000 n. 220, secondo cui: "questa Corte ha già ritenuto come la tradizionale struttura bifasica di detto giudizio non sia rimasta modificata a seguito della riforma del codice di procedura civile, attuata con la legge 26 novembre 1990, n. 353, ed ha altresì rilevato il carattere selettivo del richiamo al procedimento cautelare uniforme, contenuto nell'art. 703 cod. proc. civ., volto a conseguire l'applicabilità delle sole norme della novella compatibili con le caratteristiche del procedimento possessorio".

dibattito sorto in ordine al tipo di impugnazione da riservare all'ordinanza con la quale il giudice non avesse fissato l'udienza per la prosecuzione del giudizio sul merito.

Il reclamo è ammissibile anche qualora il rigetto del ricorso è stato motivato da ragioni di incompetenza o preliminari di rito¹⁹⁸.

A seguito delle modifiche introdotte nel 2005, dopo la prima fase, in estrema sintesi, si aprono alle parti diverse alternative: a) la proposizione del reclamo, che, se proposto, protrae fino alla comunicazione del provvedimento su di esso il termine di sessanta giorni per la proposizione del giudizio del merito possessorio; termine che, altrimenti, decorre dalla comunicazione del provvedimento; b) la prosecuzione del suddetto giudizio sul merito possessorio a cognizione piena; c) l'acquiescenza all'ordinanza con l'astensione dal proporre sia il reclamo che la prosecuzione del suddetto giudizio nel termine¹⁹⁹.

La Suprema Corte²⁰⁰ ha sostenuto che “la prevista reclamabilità dell'ordinanza messa all'esito della fase sommaria del giudizio possessorio non incide sulla struttura del suddetto procedimento, che resta caratterizzato da una duplice fase, la prima, di natura sommaria, limitata all'emanazione dei provvedimenti immediati, e la seconda, a cognizione piena, avente ad oggetto il merito della pretesa possessoria, da concludersi con sentenza soggetta alle impugnazioni ordinarie”. Qualche autore ha criticato la scelta del legislatore, rilevando che invece di avere un processo monobasico, oggi sono previsti ben cinque gradi di giudizio possessori (due cautelari e tre di merito)²⁰¹.

10. La ricorribilità in Cassazione: la dottrina

La discussione della dottrina si era si era aperta soprattutto con riferimento alla questione della impugnazione della “ordinanza secca”. Sono definite in tal modo le ordinanze che dirimono in via definitiva questioni di diritti soggettivi,

¹⁹⁸ Il reclamo è da intendersi esteso, secondo la giurisprudenza prevalente, confortata da un pronuncia del giudice delle leggi del 1995, che aveva sciolto in senso affermativo questo dubbio, anche qualora il rigetto del ricorso è stato motivato da ragioni di incompetenza o preliminari di rito. In altri termini è stato affermato chiaramente che il reclamo è un mezzo di controllo che riveste carattere generale, senza possibilità di distinguere a seconda delle ragioni, processuali o di merito, e la stessa ampiezza di rimedi è stata ammessa, altresì, nei confronti dei provvedimenti di natura possessoria.

¹⁹⁹ Molto interessante, la generale questione dell'imparzialità del giudice che, dopo una sua pronuncia in sede cautelare e/o sommaria, viene investito della decisione in una nuova fase cognitoria dello stesso processo, sul punto Della Pietra, *L'imparzialità del giudice nel riflesso del novellato provvedimento possessorio*, in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 2007, p. 461 e ss.

²⁰⁰ Cfr., Cass., civ., sez. II, 15 aprile 2002, n. 5426, in Giust. civ. Mass., 2002, 651.

²⁰¹ Cfr., Alessandri, *Appunti di un avvocato sulle riforme dei procedimenti cautelari e possessori e cenni sulla nuova c.t.u. preventiva prima dell'entrata in vigore della riforma 2005 del processo civile*, su www.judicium.it., il quale si chiede se tale inflazione di gradi di giudizio corrisponda veramente ad essenziali ed irrinunciabili esigenze di giustizia.

considerate per tale ragione alla stregua di sentenze.

Un orientamento, accolto anche dalla Suprema Corte (Cass. Sez. Un. 29.12.2004, n. 24071, in Foro it. Rep. 2004, voce Possesso n. 47)²⁰², sosteneva che l'ordinanza andava impugnata con l'appello, trattandosi di un provvedimento avente natura di sentenza²⁰³. Questi autori (Levoni e Consolo) ritenevano che le due fasi nelle quali si articolava il procedimento possessorio, non essendo legate da un nesso di successione necessaria, ben potevano essere unificate, con il conseguente carattere definitivo del provvedimento conclusivo.

Sempre in virtù di tale natura, un altro indirizzo riteneva la ricorribilità in cassazione.

Altri²⁰⁴ sostenevano che l'ordinanza "secca" potesse essere sottoposta al rimedio della correzione delle sentenze *ex art. 287 cod. proc. civ.* (Cass. 22.9.2000, n. 12562) ovvero alla integrazione, ai sensi dell'art. 289 cod. proc. civ. (Cass. 30.8.2002, n. 12702).

Questo indirizzo è sorto sia in relazione all'ipotesi del provvedimento con cui venga deciso il reclamo avverso l'ordinanza "secca" di primo grado, sia in relazione all'ipotesi in cui l'ordinanza "secca" sia stata pronunciata direttamente dal giudice del reclamo, revocando l'interdetto possessorio del giudice di primo grado (e dunque senza rinviare al giudice di primo grado per la prosecuzione del giudizio nella fase c.d. di merito).

Un altro orientamento della dottrina (Carratta) ha ritenuto paradossale l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità a proposito della ricorribilità per Cassazione dell'ordinanza di reclamo pronunciata avverso l'ordinanza possessoria "secca", dovendolo confrontare con l'indirizzo che gli stessi giudici di legittimità avevano seguito nel caso in cui il ricorso fosse stato proposto avverso il provvedimento di reclamo con cui si disponesse la revoca dell'ordinanza possessoria ("non secca") e, senza rinviare al giudice di primo grado,

²⁰² "Nonostante il procedimento possessorio abbia natura bifasica, il provvedimento con cui il giudice, a conclusione della fase c.d. interdittale, abbia (accolto o) respinto il ricorso possessorio senza rimettere le parti davanti a sé per la trattazione della causa di merito, così concludendo definitivamente il giudizio, ha natura di sentenza, indipendentemente dalla diversa definizione (in particolare di ordinanza) datagli dal giudice, ed è quindi impugnabile in appello" (Cass. Sez. Un. 29 aprile 24701, Foro it. Rep. 2004, voce Possesso, 47) Ancora con sentenza Cass. 7 dicembre 2004, n. 22897, Giust. civ. 2005, I, 953, "Qualora il giudice adito con ricorso *ex art. 703 c.p.c.* concluda il procedimento possessorio con ordinanza, provvedendo al regolamento delle spese processuali e senza fissare l'udienza di prosecuzione per il merito, il provvedimento adottato ha natura sostanziale di sentenza ed è, quindi, impugnabile con l'appello, e non con reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., senza che, tuttavia, l'inammissibile proposizione del reclamo precluda il tempestivo esperimento dell'altro consentito mezzo di impugnazione avverso lo stesso provvedimento, giacché in tal caso la duplice impugnazione non sfocia in una doppia pronuncia sul merito (come tale non consentita, per il principio del *ne bis in idem*), bensì in una di natura processuale ed in altra (sull'impugnazione ammessa) di merito".

²⁰³ Cfr., Auletta, *Le azioni possessorie e la riforma del "giudice unico"*, in Giust. civ. 2000, p. 1505.

²⁰⁴ Cfr., Nela, *Per l'applicazione (non integrale) dell'art. 669 octies cod. proc. civ., al procedimento possessorio*, Foro it., 2003, p. 2061 e ss.

si decidesse direttamente nel merito.

Una simile conclusione appare conforme alle indicazioni delle Sezioni Unite sulla struttura necessariamente bifasica del procedimento possessorio. Secondo questo indirizzo si comprende bene, proprio all'interno di una simile ricostruzione del procedimento possessorio che, una volta che il giudice del reclamo ritenga di dover revocare l'interdetto possessorio, non possa andare oltre e decidere anche sul c.d. "merito possessorio", perché su questo è chiamato a decidere solo il giudice della fase a cognizione piena. È criticabile per questi autori la posizione assunta dalla Corte secondo cui il ricorso presentato avverso il provvedimento del giudice del reclamo sia ammissibile in quanto quest'ultimo, nella parte in cui decide nel merito l'intera controversia, è stato pronunciato dal giudice del reclamo esorbitando i limiti del suo potere, limiti che l'effetto devolutivo del reclamo impone di ritagliare sulla base del potere del giudice di primo grado.

Di fatto, però, il provvedimento emesso in sede di reclamo si sostituisce completamente alla decisione già adottata cautelare di prime cure, tanto che l'ordinanza si pronuncia per la "conferma" e non il mero rigetto del reclamo, oltre che per la "modifica" o "revoca". A sua volta, tale ordinanza, anche se dichiarata "non impugnabile" dal comma 5 dell'art. 669-terdecies cod. proc. civ., ma costituendo essa stessa un provvedimento cautelare, è suscettibile di modifica o di revoca, ai sensi dell'art. 669-decies cod. proc. civ., qualora si registrino mutamenti nelle circostanze, il cui vaglio dovrebbe essere attribuito all'istruttore (se pende la causa per il merito), in quanto in grado di valutarne l'incidenza sulla diversa situazione conosciuta in precedenza dal collegio. In pratica, il provvedimento sulla misura cautelare diventa ormai quello emesso dal giudice del reclamo, e su di esso si sposta ogni problematica concernente la relativa imputazione a chi ha emanato il provvedimento (dal giudice di prima istanza o dal giudice del riesame).

Per rispondere al quesito, molto semplicemente, secondo la dottrina prevalente le novità introdotte dal legislatore nel 2005 hanno sostanzialmente portato ad escludere la ricorribilità in cassazione dell'ordinanza interdittale. L'aver previsto un giudizio ordinario di cognizione a carattere eventuale, da proseguire su istanza di parte, porta ad impedire la ammissibilità della proposizione anche del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111, Cost.*²⁰⁵.

²⁰⁵ Sostiene questa tesi: Marinucci, *Le nuove norme processuali e fallimentari, commento del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, (a cura di) Carmine Punzi ed Edoardo F. Ricci, Cedam, 2005. In dottrina l'esclusione della ricorribilità *ex art. 111 cost.* dei provvedimenti possessori è generalmente riconosciuta da Chiarloni, *Note minime sui procedimenti possessori*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1994, 69, il quale osserva che "non siamo in presenza di ordinanze per la forma, ma sentenze per il contenuto idonee ad assumere l'autorità di giudicato sostanziale", ma aggiunge anche che "ad una qualche forma indiretta di controllo della Corte di Cassazione (sotto forma di *obiter dicta*) sia possibile continuare a pervenire" attraverso le "censure che le parti del giudizio petitorio, che molto sovente

Secondo Carratta²⁰⁶ nel caso di provvedimenti possessori è proprio l'assenza della natura decisoria che esclude l'applicabilità dell'art. 111 Cost., assenza che, certamente, non può essere in qualche modo compensata dall'esigenza di "certezza della disciplina delle situazioni giuridiche".

Questa dottrina ritiene che, pur configurando l'ordinanza possessoria come provvedimento decisivo, e muovendo come premessa dalla qualificazione del possesso come diritto soggettivo, l'ammissibilità di tal mezzo straordinario di impugnazione va sostanzialmente esclusa. Oltre al fatto che l'ammissibilità di tale mezzo straordinario di impugnazione va riconosciuto solo nei confronti dei provvedimenti decisori, aventi natura sostanziale di sentenza, che non siano altrimenti impugnabili. La possibilità di chiedere la prosecuzione del giudizio di merito entro sessanta giorni dalla comunicazione del provvedimento che ha deciso sul reclamo, priva questa ordinanza dell'attitudine a pregiudicare in via definitiva diritti soggettivi. Anche se il giudizio sul merito possessorio non può definirsi come un mezzo di impugnazione del provvedimento che decide sul reclamo, ciò non toglie che non si possa definire "non impugnabile" un provvedimento, se viene riservata alle parti la facoltà di aprire un giudizio ordinario di cognizione sullo stesso oggetto, che può articolarsi in altri tre gradi di giudizio, compreso il giudizio in cassazione. Per Protetti²⁰⁷ è inammissibile il ricorso straordinario per Cassazione, perché l'ordinanza possessoria, al pari del provvedimento di reclamo non incide su posizioni di diritto soggettivo, non essendo il possesso un diritto soggettivo, ma un potere di fatto tutelato dal diritto *ex art.* 1141 cod. civ., ed è privo dei requisiti della decisorietà e definitività e non è suscettibile, quindi, di passare in giudicato. A fronte dell'indirizzo che nega l'ammissibilità della proposizione del ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111, comma 7, cost., nei confronti dell'ordinanza resa dal giudice del reclamo possessorio, vi è chi ne sostiene la possibilità, ritenendosi contrari allo svolgimento di un giudizio ordinario sul merito possessorio (così Consolo, e Della Pietra).

Si afferma (De Cristofaro)²⁰⁸ a che pur all'interno dell'orientamento favorevole alla ricostruzione monofasica del procedimento possessorio, appare "*inevitabile che l'opzione per il modello de procedimento cautelare non escluda la*

si accompagna o segue quello possessorio a seconda che la fattispecie processuale rientri o no nelle ipotesi di c.d. cumulo, possono rivolgere all'operato del giudice in sede possessoria, che in qualche modo abbia concorso a determinare l'esito del primo giudizio". Tra gli autori che escludono la ricorribilità in Cassazione si segnala Consolo, *Il nuovo processo cautelare*, p. 223, Levoni Consolo, *Il possesso*, 27, Villico, *Il procedimento possessorio*, 173 ss., Protetti, *Le azioni possessorie*, op. cit. 557.

²⁰⁶ Cfr., Carratta, *I procedimenti sommari*, III, Utet 2005, op. cit.

²⁰⁷ Cfr., Protetti, *Le azioni possessorie, la responsabilità e il procedimento in materia possessoria*, a cura di Carmine Zenzo, Milano, 2005.

²⁰⁸ Cfr., De Cristofaro, *Il possessorio "restaurato"* (con il testo della sentenza 24.2.1998, n. 1984), in *Corr. Giur.*, 1998, p. 685.

proponibilità del ricorso c.d. straordinario per Cassazione, ex art. III Cost.,²⁰⁹ contro il provvedimento emesso a seguito del reclamo, con contestuale negazione di qualsiasi spazio agli istituti della revoca e della modifica” e questo perché una simile opzione non può far trascurare come “per esigenze di certezza della disciplina delle situazioni giuridiche, il provvedimento conclusivo necessiti che sia dotato di una stabilità che si risolve per sempre nell’attribuzione in via definitiva ad una delle parti di un’utilità sostanziale o di un bene della vita, per quanto privo della consistenza del diritto soggettivo”²¹⁰.

Autorevole dottrina (Carratta) ha rilevato come si debba tenere conto dei riflessi per i provvedimenti possessori del nuovo ricorso nell’interesse della legge esteso anche ai “provvedimenti non decisori”, introdotto dal d.lgs. 9 febbraio 2006, n. 40. Con l’art. 363 cod. proc. civ., come novellato, è stata prevista la possibilità, anche se il provvedimento non è ricorribile per cassazione e non è altrimenti impugnabile, per il Procuratore generale di chiedere alla Corte di enunciare “nell’interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice del merito avrebbe dovuto attenersi”, rimedio esperibile anche per i provvedimenti di natura non decisoria²¹¹.

10.1. La giurisprudenza

L’applicabilità del rimedio del ricorso per Cassazione al provvedimento pronunciato dal giudice del reclamo, secondo la giurisprudenza di legittimità, risulta profondamente influenzata dalla conclusione alla quale essa era pervenuta nel 1998 sulla struttura necessariamente bifasica del procedimento possessorio²¹². La conclusione a cui si è giunti è sostanzialmente quella di escludere la possibilità di esperire ricorso per Cassazione avverso l’ordinanza del tribunale pronunciata in sede di reclamo contro il provvedimento di reintegra nel possesso emanato nella fase interdittale, in ragione della mancanza di definitività in quanto destinato ad essere comunque assorbito dalla successiva fase a cognizione ordinaria e/o non decida di diritti²¹³.

L’ordinanza che conclude il giudizio di reclamo è espressamente dichiarata “non impugnabile” dall’art. 669-terdecies, comma 5, cod. proc. civ., sicché

²⁰⁹ In realtà, il ricorso straordinario è divenuto oggi il rimedio approntato in via generale in tutte le ipotesi in cui, data la forma del provvedimento, un’impugnazione non sarebbe ammissibile, e tuttavia necessaria per ragioni di riequilibrio del sistema.

²¹⁰ Cfr., Celeste, *Il nuovo procedimento cautelare civile*, op. cit. 566.

²¹¹ Cfr., Carratta, *La riforma del giudizio in Cassazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007.

²¹² Cfr., Luiso, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla tutela possessoria*, in Giur. it., 1998, c. 1323; Vaccarella, *Per le Sezioni Unite esiste (ed esisteva anche prima) il c.d. merito possessorio*, in Giust. civ., 1998, I, p. 631.

²¹³ Cass., 9.6.1997, n. 5118, GI, 1998, 1126; Cass., 10.11.1998, n. 11285, Gius, 1999, 241.

anche la giurisprudenza di legittimità esclude contro di essa l'ammissibilità del ricorso straordinario per Cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111 Cost.²¹⁴

La Suprema Corte con sentenze Cass., Sez. II, 22.2. 2006, n. 3919, Cass. 29.10.2010, n. 22203 e Cass. 21.7.2010, n. 17211 ha ritenuto che il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost., è proponibile avverso i provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto, solo quando essi siano definitivi ed abbiano carattere decisorio. Pertanto, non è ammissibile il ricorso avverso l'ordinanza adottata dal tribunale in sede di reclamo avente ad oggetto provvedimenti di natura cautelare o possessoria, giacché trattasi di decisioni a carattere strumentale ed interinale operanti per un limitato tempo del giudizio di merito e sino all'adozione delle determinazioni definitive all'esito di esso, come tali inidonee (pur coinvolgendo in ipotesi diritti processuali) a conseguire efficacia di giudicato, sia dal punto di vista formale che da quello sostanziale.

La Suprema Corte, Sez. VI, con ordinanza, 17.2.2014, n. 3629, ha chiarito che l'ordinanza emessa in sede di reclamo, ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., e art. 703 cod. proc. civ., comma 3, in nessun caso può coniugare insieme i requisiti di definitività e decisorietà indispensabili affinché possa essere oggetto di ricorso per cassazione.

Infatti, o tale ordinanza viene assorbita nella sentenza emessa all'esito dell'eventuale fase di cognizione piena instaurata con la richiesta di prosecuzione del giudizio, ai sensi dell'art. 703 cod. proc. civ., comma 4, fase definita con sentenza che costituisce, a sua volta, l'unico provvedimento decisorio sulla domanda; ovvero, in caso di mancata richiesta di prosecuzione del giudizio nel termine perentorio stabilito da quest'ultima norma, si pone un'ulteriore alternativa, che ugualmente esclude ogni ipotesi di ricorribilità per cassazione dell'ordinanza che provvede sul reclamo. Secondo la Corte, la prima soluzione ipotizzabile è che a tale ordinanza si riconosca una stabilità puramente endoprocessuale ed un'efficacia soltanto esecutiva, mentre la seconda ipotesi è che l'estinzione del giudizio possessorio per la mancata prosecuzione di esso, ai sensi dell'art. 703 cod. proc. civ., comma 4, determini la preclusione *pro iudicato*. Si precisa testualmente che: "*in tal caso, esclusa per incompati-*

²¹⁴ Già anteriormente alla introduzione del rito cautelare uniforme, nel vigore della previgente disciplina dei provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c., la Corte di cassazione aveva costantemente negato l'esperibilità del mezzo straordinario (tranne, in ipotesi di rigetto del ricorso, che per il capo relativo alle spese processuali), facendo leva sulla natura strumentale di tali provvedimenti e sulla loro funzione cautelativa del tutto provvisoria: difettando, quindi, i requisiti propri della sentenza o, comunque, di un provvedimento decisorio atto a produrre effetti di diritto sostanziale e processuale con autorità di giudicato, il controllo sugli stessi non poteva esercitarsi con un'autonoma impugnazione, fosse essa l'appello od il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., esauendosi la funzione di detti provvedimenti con la decisione del merito. Cfr. Cipriani, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali*, ex art. 708 c.p.c., in Foro it., 2004, I, c. 2534 ss.

bilità l'applicazione dell'art. 669-octies cod. proc. civ., u. c., la parte che non abbia raccolto la provocatio ad prosequendum contenuta nell'art. 703 cod. proc. civ., comma 4, e, con essa, la possibilità di ottenere una sentenza sul c.d. merito possessorio, pone in essere una condotta acquiescente che rende irretrattabile l'ordinanza possessoria, munendola di una stabilità (non meramente endoprocessuale, ma) esterna, parificabile a quella della sentenza passata in giudicato)."

Interessante quanto la Corte tiene a chiarire in ordine alla ricorribilità in cassazione, in quanto si sostiene l'irrelevanza dell'opzione verso l'una o l'altra soluzione, perché in entrambi i casi l'ordinanza emessa in sede di reclamo *ex art. 669-terdecies c e ex art. 703 cod. proc. civ., comma 3*, non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., nella prima ipotesi perché priva del requisito di decisorietà, potendo essere posta nuovamente in discussione nell'ambito di un autonomo giudizio dichiarativo, nella seconda ipotesi perché coperta dalla preclusione *pro iudicato*.

Questa impostazione è condivisa da quell'indirizzo della dottrina che pur dovendosi ritenere sussistente nel nostro ordinamento del merito possessorio, deve comunque escludere la ricorribilità in cassazione di una ordinanza che, resa all'esito di un giudizio sommario, è priva del requisito della decisorietà. Si ricorda come si discosta da questa impostazione quella dottrina che sostiene la ricorribilità in cassazione dell'ordinanza interdittale, in quanto formalmente sentenza, quale decisione avente un contenuto sostanziale e decisorio su diritti soggettivi²¹⁵.

11. I limiti di esperibilità del regolamento di competenza

Non si discute sulla normale impugnabilità con regolamento di competenza della sentenza che chiude il procedimento possessorio, decidendo la c.d. fase di merito, nell'ottica della ricostruzione necessariamente bifasica, così come dell'ordinanza avente sostanza di sentenza, ma la dottrina ha sollevato difficoltà sulla esperibilità del regolamento di competenza anche avverso il provvedimento possessorio interinale o avverso il decreto possessorio emesso "inaudita altera parte", ai sensi dell'art. 669-sexies, II comma, cod. proc. civ.

La questione non si pone, anche in considerazione del fatto che, prima della riforma del 1990, si ammetteva l'esperibilità di un simile rimedio, insieme al rimedio della competenza di ufficio, sia pure sul presupposto che al provvedimento interinale fosse da riconoscere sostanza di sentenza. La dottrina più

²¹⁵ Cfr., Consolo, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80/2005)*, in *Corriere Giuridico*, n. 7/2005, p. 893.

attenta²¹⁶ ha generalmente escluso la possibilità di proporre il regolamento di competenza, potendo tutte le contestazioni in ordine alla competenza essere devolute al giudice del reclamo, anche se non sempre quest'ultimo sia un organo sovraordinato o estraneo alla risoluzione della relativa questione (si pensi al collegio del tribunale che decida sul provvedimento del giudice monocratico dello stesso ufficio)²¹⁷.

Si è affermato che gli artt. 42 e 43 cod. proc. civ., ai fini dell'esperibilità di un simile mezzo di impugnazione, richiamano solo le sentenze e, nel caso del regolamento necessario "i provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ.", con la conseguenza che solo una palese forzatura potrebbe portare ad ammettere l'esperibilità anche avverso provvedimenti provvisori e revocabili o modificabili come l'ordinanza provvisoria interinale o il decreto *inaudita altera parte*²¹⁸.

Abbiamo già detto che nell'ipotesi in cui il provvedimento reso in sede di reclamo assuma natura di sentenza, alla luce di un contenuto che sia fuori dal semplice esercizio del potere cautelare, alcune pronunce di legittimità hanno ritenuto l'ammissibilità dell'impugnazione con il mezzo ordinario dell'appello²¹⁹.

Un indirizzo ha anche rilevato che, come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale a proposito dei provvedimenti cautelari, anche ai fini della sindacabilità del provvedimento possessorio interinale per il profilo della competenza è praticabile senza limiti alcuna il reclamo *ex art. 669 terdecies*²²⁰. Qualche

²¹⁶ Cfr., Carratta, *I procedimenti sommari e speciali*, III, in I procedimenti possessori e camerari, UTET 2005, 164.

²¹⁷ Esclude la proponibilità del regolamento di competenza C. Petrillo, in *Commentario alle riforme del processo civile*, (a cura di) Briguglio e Capponi, Volume I, Cedam 2007. Si sostiene ciò in ragione della sua non assimilabilità alla sentenza neanche al fine del passaggio in giudicato in senso formale, ma anche la sua reclamabilità, nonché l'affermata piena compatibilità del comma 1 dell'art. 669-septies.

²¹⁸ In senso negativo si segnala Cass. (ord.), 5.3.2002, n. 3188, RFI, 2002, Possesso, n. 49, per la quale il provvedimento con il quale il tribunale dichiara, nei limiti della cognizione sommaria della fase cautelare, la propria competenza sull'istanza di reintegrazione del possesso, dando disposizioni sull'acquisizione di elementi di valutazione e di giudizio relativi alla situazione dei luoghi, non è soggetto ad impugnazione per regolamento di competenza, esperibile unicamente nei confronti di quei provvedimenti che, ancorché privi della forma di sentenza, abbiano effetti sostanziali di carattere definitivo, essendo invece previsto, avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti che il giudice pronuncia al termine della fase di cognizione sommaria, anche per l'affermazione di competenza in essi contenuta, il reclamo di cui all'art. 669 terdecies cod. proc. civ., richiamato dal nuovo testo dell'art. 703, II comma, cod. proc. civ.

²¹⁹ Altra dottrina nega espressamente la proponibilità in appello, in qualsiasi caso, ritenendo che la reclamabilità dell'ordinanza, che non deve contenere la fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito (essendo detta prosecuzione non più necessaria), escluderebbe la proponibilità dell'appello, ciò starebbe anche ad evidenziare la natura non decisoria dell'ordinanza possessoria. Essa, pertanto, mantiene la propria efficacia a prescindere dalla detta prosecuzione ed a prescindere dal suo inquadramento come provvedimento che, sia pur con la veste formale di ordinanza, abbia veste sostanziale di sentenza. Cfr., C. Petrillo, in *Commentario alle riforme del processo civile*, (a cura di) Briguglio e Capponi, Volume I, Cedam 2007.

²²⁰ Cfr., Corte cost., 26 maggio 1995, n. 197, in G.I., 1995, I, 369, ss. con nota di Consolo.

spazio di praticabilità potrebbe residuare per il regolamento d'ufficio, stante la diversa natura che tale mezzo riveste rispetto all'istituto disciplinato dagli artt. 42 e 43 cod. proc. civ. Anche in questo caso, però, il presupposto è che vi sia una sentenza dichiarativa di incompetenza del primo giudice, con l'unica possibilità di applicazione di un simile rimedio dell'esistenza di un provvedimento interinale avente natura sostanziale di sentenza²²¹. La giurisprudenza di legittimità, nella stessa ottica, ha generalmente escluso la possibilità di proporre regolamento di competenza, potendo tutte le contestazioni in ordine alla competenza essere devolute al giudice del reclamo, anche se non sempre quest'ultimo sia un organo sovraordinato o estraneo alla risoluzione della relativa questione (si pensi al collegio del tribunale che decida sul provvedimento del giudice monocratico dello stesso ufficio)²²².

12. La questione dell'ammissibilità del regolamento di giurisdizione: la dottrina

La natura che si vuole attribuire all'ordinanza possessoria determina conseguenze che vanno oltre l'indagine sulla compatibilità delle norme relative al procedimento cautelare. Si pensi alla discussione dottrinale sull'ammissibilità o meno del regolamento preventivo di giurisdizione, qualora sia stata emanata l'ordinanza che chiude la fase interdittale. Coloro che attribuiscono al provvedimento possessori natura decisoria sul presupposto delle due fasi separate e distinte del procedimento, ritengono inammissibile la proposizione del regolamento di giurisdizione dopo la pronuncia interdittale²²³. Sono diversamente orientati coloro che ritengono l'apertura del giudizio di merito, ancorché eventuale, susseguente alla chiusura del procedimento possessorio con ordinanza non decisoria²²⁴.

Nei procedimenti possessori il rapporto tra procedimento cautelare *ex art. 669-bis* e ss., regolamento preventivo di giurisdizione e processo relativo alla causa di merito è risolto nel senso che il regolamento preventivo può essere chiesto per far risolvere la questione della giurisdizione a conoscere della causa di merito, e non trova ostacolo nel fatto che il giudice si sia pronunciato sulla doman-

²²¹ Si pensi al caso di un provvedimento del giudice del possessorio con cui questi si dichiara definitivamente incompetente a favore di un altro tribunale competente per il petitorio o all'ipotesi inversa del giudice del petitorio che si dichiara definitivamente incompetente a pronunciare i provvedimenti possessori di cui all'art. 704 cod. proc. civ. e rimetta le parti ad altro tribunale competente per il possessorio.

²²² Così Celeste, *Il nuovo procedimento cautelare civile*, Giuffrè, 2010, p. 566.

²²³ Cfr., Marinucci, *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, in Punzi, Ricci, *Le nuove norme processuali e fallimentari, commento del d.l. 14.3.2005, n. 35 e della legge di conversione 14.5.2005, n. 80*, Padova, 2005, 127 e ss.

²²⁴ Sostiene questa posizione Balena, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2007, 380.

da cautelare, poiché questo provvedimento non costituisce una decisione su questione relativa alla causa di merito; esso, quindi, non sospende il dovere del giudice di pronunciare sulla domanda di un provvedimento interdittale, perché alla Suprema Corte non può essere chiesta una decisione sulla giurisdizione a pronunciare non su quella domanda, ma sulla domanda di merito.

La configurazione del giudizio possessorio come procedimento che può definitivamente chiudersi dopo lo svolgimento del giudizio a norma degli artt. 669-*bis* e ss. cod. proc. civ., secondo un indirizzo della dottrina, determina, come conseguenza, l'improponibilità del regolamento di giurisdizione dopo la pronuncia dell'interdetto possessorio.

L'ammissibilità del regolamento dopo questo momento poteva essere conciliabile solo con la ricostruzione del giudizio possessorio, accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione, come giudizio a struttura unitaria, anche se articolato in due fasi²²⁵, mentre sembra inconciliabile con la nuova struttura che divide il procedimento in due fasi separate e distinte, essendo solo la prima delle due necessaria. Questo indirizzo considera l'ordinanza possessoria come il provvedimento che decide nel merito la causa in primo grado e che, in quanto tale, impedisce la proposizione del regolamento di giurisdizione²²⁶.

Allo stesso modo, l'ordinanza che, in sede di reclamo, rigetti la richiesta di interdetto possessorio per motivi attinenti alla giurisdizione ha natura decisoria e definitiva, per tale ragione, la pronuncia di tale provvedimento esclude la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione.

Un altro orientamento ha escluso la proponibilità del regolamento di giurisdizione nel caso in cui il procedimento promosso per la reintegra nel possesso o, in subordine, per il sequestro giudiziario del bene, si sia concluso con ordinanza declinatoria di giurisdizione²²⁷.

La riconosciuta esperibilità del reclamo anche il relazioni a questioni attinenti alla giurisdizione ha portato altri autori²²⁸ a negare la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, sia in caso in cui sia stato emanato un provvedimento cautelare, sia durante lo svolgimento del relativo procedimento, a differenza che nel corso del giudizio di merito dove si ritiene ammissibile (d'altronde, attesa l'urgenza del provvedimento cautelare, l'eventuale proposizione del suddetto regolamento non avrebbe prodotto alcuno effetto sospensivo, operando la riserva degli atti urgenti di cui all'art. 48 cod. proc. civ.).

Alcuni autori sono favorevoli alla esperibilità del regolamento preventivo di

²²⁵ Sul punto si richiama Cass., Sez. U, 11.11.1998, n. 11351.

²²⁶ Sostiene questa tesi Marinucci, *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, op. cit. p. 145.

²²⁷ Cfr., V. Cipriani, *Procedimento cautelare, regolamento di giurisdizione e riforma del processo civile*, Giur. it., 1995, I, 1, 1390. Cfr., Dalfino, nota a Cass. Sez. Un., ord. 1.2.2003, n. 2062, in Foro it., 2003, p. 2782.

²²⁸ Celeste, *Il nuovo procedimento cautelare civile*, 2010, Milano, p. 566.

giurisdizione nell'ambito del giudizio possessorio, esperibilità che non sembra essere in linea di principio negata nel vigore della nuova disciplina²²⁹.

Secondo questa tesi, il regolamento potrebbe essere proposto anche prima della pronuncia dell'ordinanza posto che il giudizio di merito è stato instaurato fin dal deposito del ricorso introduttivo. In secondo luogo, poi, proprio la natura non decisoria dell'ordinanza induce e ritenere che anche successivamente alla sua pronuncia il regolamento rimanga esperibile²³⁰, e questo in un ambito più ampio rispetto a quello che doveva ritenersi nel vigore della precedente disciplina. Prima della riforma, l'ordinanza di diniego per difetto di giurisdizione era ritenuta assumere veste sostanziale di sentenza, cosicché la sua pronuncia impediva la proponibilità del regolamento (che era dunque ammissibile nelle sole ipotesi di ordinanza interdittale di accoglimento e conseguente fissazione dell'udienza di trattazione del merito). Per questi autori, non potendosi oggi riproporre questa soluzione, tanto in virtù della reclamabilità *tout court* dell'ordinanza interdittale, quanto della sua potenziale stabilità con effetti ben distinti rispetto a quelli prodotti dalla sentenza di merito, neanche l'ordinanza di diniego può essere ritenuta preclusiva dell'ammissibilità del regolamento²³¹.

Sarebbe ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione per i procedimenti possessori, anche a seguito dell'introduzione del reclamo, sul presupposto che la questione di giurisdizione, che in tal modo si sottopone alle Sezioni Unite, non riguarda il potere del giudice di provvedere nell'ambito della fase sommaria, ma quello di conoscere, nella fase di merito, del diritto dedotto in giudizio²³². Secondo questa dottrina, l'orientamento non deve mutare a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 80 del 2005 all'art. 703 cod. proc. civ., in quanto, pur se la fase di merito resta subordinata alla richiesta di prosecuzione che ciascuna delle parti può avanzare entro il termine perentorio che decorre dal provvedimento sommario (compreso quello reso in

²²⁹ Cfr., C. Petrillo, in *Commentario alle riforme del processo civile*, op. cit. p. 335.

²³⁰ Secondo questo indirizzo ciò potrebbe ravvisarsi addirittura in un ambito maggiore rispetto a quello che doveva ritenersi in vigore della precedente disciplina. Prima della riforma, infatti, l'ordinanza di diniego per difetto di giurisdizione era ritenuta assumere veste sostanziale di sentenza, tanto che la sua pronuncia impediva la proponibilità del regolamento (che non era dunque ammissibile nelle sole ipotesi di ordinanza interdittale di accoglimento e conseguente fissazione dell'udienza di trattazione del merito. Ciò anche nell'ipotesi, che nella pratica non risulta essersi verificata per ovvie ragioni di economia processuale, di prosecuzione nel merito nonostante il diniego dell'ordinanza interdittale per difetto di giurisdizione. Non potendosi oggi riproporre questa soluzione, tanto in virtù della reclamabilità *tout court* dell'ordinanza interdittale quanto della sua potenziale stabilità con effetti ben distinti rispetto a quelli prodotti dalla sentenza di merito, neanche l'ordinanza di diniego può essere ritenuta preclusiva dell'ammissibilità del regolamento. Preclusiva è invece, ovviamente, l'estinzione del giudizio di merito.

²³¹ Cfr., C. Petrillo, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Cedam, 2007.

²³² È la tesi sostenuta da Arieta, *Le tutele sommarie*, in *Trattato di diritto processuale civile*, Cedam, 2010, p. 534.

sede di reclamo), resta fermo il principio che, con la proposizione del ricorso contenente la domanda possessoria, è stato introdotto l'unitario giudizio, comprensivo anche della (eventuale) fase di merito. La proposizione del ricorso per regolamento preventivo non sospende il dovere del giudice di pronunciare sulla domanda diretta all'emissione dei provvedimenti interdittali (v. Cass. Sez. Un. 24.8.1999 n. 590, Cass. Sez. Un. 4.11.2009, n. 21099, Cass. Sez. Un. 7.5.2010, n. 11093).

La posizione favorevole (condivisa da Carratta) ritiene che l'applicazione dell'art. 41 cod. proc. civ., come delimita dalla giurisprudenza di legittimità²³³, è ammissibile "finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado", inducendo così a ritenere che senza dubbio sia da escludere la proponibilità del regolamento dopo la pronuncia dell'ordinanza possessoria, ove ad essa si riconosca natura di provvedimento conclusivo del primo grado di giudizio. E questo avviene normalmente nell'ambito della ricostruzione del procedimento possessorio come procedimento monofasico ed eccezionalmente nell'ambito della ricostruzione necessariamente bifasica, tutte le volte che il giudice, chiudendo la fase sommaria, non fissi davanti a sé la prima udienza di trattazione della successiva fase c.d. di merito (in quest'ultimo caso, in applicazione della prevalenza della sostanza sulla forma).

A diversa conclusione, invece, si deve pervenire tanto nell'ipotesi della pronuncia del decreto contenente i provvedimenti possessori immediati pronunciati, ai sensi dell'art. 669 sexies, secondo comma, *inaudita altera parte*, quanto nell'ipotesi in cui, come di norma avviene nell'ambito dell'orientamento favorevole alla costruzione bifasica necessaria del procedimento possessorio, il giudice abbia pronunciato l'ordinanza conclusiva (di accoglimento o di rigetto del ricorso) della prima fase sommaria e introduttiva della successiva fase a cognizione piena. In entrambi i casi, secondo questo indirizzo, i provvedimenti interinali possessori non possono essere considerati decisioni nel merito del processo di primo grado, né decisioni di questioni in rito o in merito, stante la loro natura possessoria e la possibilità di revocabilità e modificabilità.

12.1. La giurisprudenza

La giurisprudenza di legittimità ha assunto posizioni non sempre concordanti. Prima della riforma, si affermava con un orientamento abbastanza condiviso (Cass. Sez. Un. 19.5.2004, n. 9432, e Cass. Sez. Un. 11.2.2003, n. 2062)

²³³ Cfr., Cass. Sez. Un. 4. 8. 1995, n. 8546; Cass. Sez. Un., 26.9.1995, n. 10163, non nota di Cipriani, *Le Sezioni Unite riscrivono l'art. 41 cod. proc.civ. e sopprimono (o quasi) il regolamento di giurisdizione, op. cit.*

che attribuendosi natura decisoria all'ordinanza che chiude la fase interdittale, sul presupposto delle due fasi separate e distinte del procedimento, era ammissibile la proposizione del regolamento di giurisdizione dopo la pronuncia interdittale. In particolare si sosteneva che: *“La proposizione del regolamento di giurisdizione non è preclusa dalla circostanza che il giudice abbia provveduto su una richiesta di provvedimento cautelare, in quanto i provvedimenti resi su istanze cautelari (compresi i provvedimenti immediati nel giudizio possessorio) non costituiscono sentenza, pur se, ai fini della loro pronuncia, sia stata risolta in senso affermativo o negativo una questione attinente alla giurisdizione (Cass. sez. un. 26 giugno 2002, n. 9332; 3 giugno 2002, n. 8019, 24 aprile 2002, n. 6040; 11 novembre 1998, n. 11351). Ne deriva che nel caso di specie, stante il carattere non decisivo dei provvedimenti emessi nel giudizio a quo, il regolamento di giurisdizione è proponibile”* (Cass. Sez. Un., 19.5.2004, n. 9532). L'indirizzo è stato recentemente ribadito con ordinanza Cass. Sez. Un., 16 luglio 2012, n. 12115, che ha ritenuto l'ammissibilità del rimedio: *“Considerato che la sua esperibilità non è preclusa dalla pronuncia, da parte del giudice adito in esito alla fase sommaria del giudizio possessorio, di un provvedimento interdittale, giacché solo la decisione finale del giudizio di primo grado costituisce elemento ostativo alla proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, mentre l'interdetto, non diversamente dai provvedimenti cautelari, è un provvedimento provvisorio, destinato ad essere assorbito dalla decisione sul merito della tutela possessoria richiesta”*. Con altre decisioni si ritiene ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento possessorio, sempre che venga proposto prima della pronuncia di qualsiasi provvedimento sul merito (Cass. Sez. Un. 21 luglio 1998, n. 7131; Cass. Sez. Un. 11.2.2003, n. 2062²³⁴ e Cass. Sez. Un., (ord.) 11.3.2004, n. 5055). La Suprema Corte, con ordinanza, Cass. Sez. Un., 22 novembre 2001, n. 14848, ha affermato che il regolamento preventivo di giurisdizione proposto avverso il provvedimento cautelare, confermato in sede di reclamo, deve dichiararsi inammissibile, mentre del tutto legittima risulta la proposizione del regolamento medesimo se riferibile esclusivamente alla domanda introduttiva del giudizio di merito, poiché l'emanazione di un provvedimento interinale, ancorché definitivo, non preclude la proponibilità del regolamento de quo, non essendo ancora intervenuta una “decisione nel giudizio di merito di primo grado”²³⁵.

²³⁴ Cfr., Cass. Sez. Unite 11.2.2003, n. 2062, in Foro It., 2003, I, 2787, con nota di Delfino, *I regolamenti di giurisdizione e di competenza*.

²³⁵ *“Il regolamento preventivo di giurisdizione proposto avverso il provvedimento cautelare confermato in sede di reclamo deve dichiararsi inammissibile, mentre del tutto legittima risulta la proposizione del regolamento medesimo se riferibile esclusivamente alla domanda introduttiva del giudizio di merito, perché l'emanazione di un provvedimento interinale, ancorché definitivo, non preclude la proponibilità del regolamento “de quo”, non essendo ancora intervenuta una “decisione nel giudizio (di merito) di primo*

Questa tesi è espressione di un orientamento formatosi in seno alla Suprema Corte già da molti anni, secondo il quale l'art. 41, primo comma, cod. proc. civ., il quale subordina la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione alla circostanza che la causa non sia decisa nel merito in primo grado, va inteso nel senso che il rimedio resta precluso non dal momento del deposito della sentenza, ma da quello precedente in cui la causa viene discussa e trattata per la decisione di merito, atteso che da tale momento inizia l'*iter* dei poteri decisori del giudice ed il regolamento medesimo non può più assolvere alla sua funzione di favorire una sollecita definizione del processo, investendo *per saltum* la Suprema Corte della questione di giurisdizione. Tale principio non trova applicazione, invece, nel caso in cui la causa, introitata per la decisione nel merito, venga rimessa sul ruolo istruttorio per ulteriori adempimenti. Per l'ammissibilità della proposizione del rimedio in un giudizio a cognizione piena anche quando il giudice abbia provveduto su una richiesta di provvedimento cautelare, in quanto il provvedimento reso sull'istanza cautelare non costituisce sentenza, pur se, ai fini della sua pronuncia sia stata risolta, in senso affermativo o negativo, una questione attinente alla giurisdizione, la Corte si è espressa con Cass. Sez. Un., 3.6.2002, n. 8019²³⁶.

Per l'inammissibilità del regolamento di giurisdizione dopo la conclusione del procedimento cautelare di primo grado con pronuncia declinatoria della giurisdizione, invece, si è pronunciata Cass. Sez. Un., 26 settembre 1995, n. 10163 e Cass. Sez. Un. ord. 15 marzo 2002, n. 3878²³⁷. Mentre la Corte, con Cass. Sez. Un. 8 luglio 1996, n. 6221, è giunta ad escludere completamente il regolamento nel procedimento cautelare, da un lato, per la ritenuta esperibilità del reclamo *ex art. 669-terdecies* cod. proc. civ., anche per motivi attinenti alla giurisdizione, dall'altro, sulla base dell'esigenza di una definizione del relativo procedimento in tempi brevi²³⁸.

grado". (Cass. Sez. Un., ord. n. 14848 del 2.11.2001).

²³⁶ Cfr., in Mass. Giur. it., 2002, Diritto e Giustizia, 2002, f. 26, Arch. Civ., 2003, 439.

²³⁷ "A norma dell'art. 669 – "terdecies" cod. proc. civ., nel testo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 1994, avverso i provvedimenti di accoglimento o di rigetto della misura cautelare è ammesso il reclamo al giudice processualmente sovraordinato, anche per motivi attinenti alla giurisdizione. Ne consegue che avverso detti provvedimenti, come pure avverso quelli adottati in sede di reclamo, è inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, sia perché trattasi di provvedimenti di natura provvisoria e strumentale contro i quali, non essendo consentito il ricorso *ex art. 111 Cost.*, non può neppure ammettersi quello per regolamento (non potendo logicamente ritenersi che il giudice di legittimità possa per tale via risolvere la stessa questione della quale non può essere investito con il ricorso straordinario), sia perché la definizione del relativo procedimento nei tempi brevi fissati dall'art. 739 cod. proc. civ. fa venire meno l'esigenza di una pronta decisione sulla questione di giurisdizione al di fuori di tale procedimento". (Cass. Sez. Un., n. 3878 del 15.3.2002).

²³⁸ Il principio è confermato da Cass. Sez. Un., n. 3125 del 10.4.1997, "Nel regolamento cautelare riformato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, è inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione non solo nel caso in cui il suddetto procedimento sia stato introdotto "ante causam", ma anche nelle ipotesi in cui esso sia stato instaurato in pendenza del processo di merito, ovvero contestualmente a questo, atteso che in ogni caso il provvedimento emesso all'esito del procedimento cautelare è soggetto a reclamo, ai

La Corte ribadisce l'inammissibilità del regolamento preventivo, con riferimento ai provvedimenti cautelari, con sentenza, Sez. Un., n. 27187 del 28 dicembre 2007, e precisa: *“Anche nel sistema processuale delinatosi, in tema di procedimenti cautelari, a seguito delle modifiche di cui all’art. 2, comma 3, lettera e-bis, del d.l. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella legge n. 80 del 2005, contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi “ante causam” ai sensi dell’art. 700 cod. proc. civ., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell’art. 111 Cost., in quanto detti provvedimenti sono privi di stabilità e inidonei al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l’azione di merito; tale ricorso non può valutarsi, benché il ricorrente lo richieda, neppure come istanza di regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell’art. 41 cod. proc. civ., da qualificare anch’essa inammissibile finché l’istante non abbia iniziato il giudizio di merito per il quale sorge l’oggetto del procedimento, unitamente all’interesse concreto ed attuale a conoscere il giudice dinanzi al quale lo stesso deve eventualmente proseguire”*²³⁹.

Con ordinanza del 2 luglio 2009, n. 15469, le Sezioni Unite sono ritornate sulla questione, dichiarando proponibile il regolamento di giurisdizione e confermando la tesi in base alla quale non ostano all’ammissibilità della suddetta istanza le intervenute pronunce del giudice del merito in sede cautelare, non costituendo sentenze, neppure quando sia stata risolta una questione di giurisdizione, salvo che quest’ultima si riferisca al solo procedimento cautelare e la relativa istanza di regolamento riguardi ragioni attinenti esclusivamente a

sensi dell’art. 669 terdecies cod. proc. civ.” L’indirizzo è confermato anche da Cass. Sez. Un., sent. n. 191 dell’11.1.1997; *“Essendo ammissibile il reclamo al giudice processualmente sovraordinato anche per motivi attinenti alla giurisdizione avverso i provvedimenti di accoglimento o di rigetto della misura cautelare a norma dell’art. 669 terdecies cod. proc. civ., nel testo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 1994, avverso detti provvedimenti è inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, atteso anche che trattasi di provvedimenti di natura provvisoria e strumentale e che la definizione del relativo procedimento in tempi brevi fa venire meno l’esigenza di una pronta decisione sulla questione della giurisdizione al di fuori di tale procedimento”*. In linea con questo orientamento anche Cass. Sez. Un., ord., n. 125 del 6.12.2000, e Cass. Sez. Un., ord. 20128 del 18.10.2005.

²³⁹ Le Sez. Un., con ordinanza n. 27537 del 20 novembre 2008, confermano l’indirizzo, anche in ragione della possibilità di proporre con reclamo le questioni inerenti alla giurisdizione: *“Il regolamento preventivo di giurisdizione non è ammissibile in riferimento ai procedimenti cautelari atteso che, non essendo consentito, neanche ex art. 111 Cost., il ricorso per cassazione contro i provvedimenti conclusivi dei relativi procedimenti, non può ammettersi che la questione di giurisdizione sia sottoposta per altra via alla cognizione della S.C.; essendo pur sempre possibile (v. sentenza Corte Cost. n. 253 del 1994), contro i provvedimenti di natura provvisoria e strumentale, il reclamo ad un giudice processualmente sovraordinato che compori il riesame anche della questione di giurisdizione. (Nella specie è stato dichiarato inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione proposto nella pendenza di un procedimento instaurato, a seguito di ricorso ex art. 700 cod. proc. civ. dinanzi all’a.g.o., dell’Agenzia giornalistica radiotelevisiva e finalizzato a sentire ordinare al Ministero delle Comunicazioni di consentire l’esercizio della radio – telediffusione in ambito locale)”*.

quest'ultimo²⁴⁰. Questa argomentazione è stata fatta propria dalle Sezioni Unite della Corte nella sentenza in commento, come verrà precisato nel paragrafo che segue. L'indirizzo era stato anticipato con ordinanza S.U. n. 14070 del 22 settembre 2003, secondo cui la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione non è preclusa dalla circostanza che il giudice adito per il merito abbia provveduto su una richiesta di provvedimento cautelare, pur se, ai fini della pronuncia, abbia risolto in senso affermativo o negativo una questione attinente alla giurisdizione, ovvero sia intervenuta pronuncia su reclamo avverso il provvedimento cautelare, in quanto il provvedimento reso sull'istanza cautelare non costituisce sentenza e la pronuncia sul reclamo mantiene il carattere di provvisorietà proprio del provvedimento cautelare. Il principio è stato confermato anche con ordinanza, n. 3167 del 9 febbraio 2011. Da ultimo, le Sez. Un., con ordinanza n. 11093 del 7.5.2010, hanno ribadito che l'ordinanza che, in sede di reclamo, rigetta la richiesta di interdetto possessorio per motivi attinenti alla giurisdizione ha natura decisoria e definitiva, per tale ragione, la pronuncia di tale provvedimento, esclude la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione.

Per l'inammissibilità del rimedio in parola, a causa della provvisorietà e strumentalità del provvedimento interdittale, in analogia con i procedimenti cautelari si è espressa Cass. Sez. Un., 1 luglio 1997, n. 5902²⁴¹, anche per l'ulteriore ragione che, non essendo consentito, neanche ex art. 111 cost. il ricorso per Cassazione contro i provvedimenti conclusivi dei procedimenti cautelari, non può ammettersi che la questione di giurisdizione sia sottoposta per altra via alla cognizione della Corte di cassazione e cioè per il tramite del regolamento di giurisdizione. Il principio è stato ribadito, con riferimento alla proponibilità del rimedio nella pendenza di un procedimento "ante causam" diretto alla concessione di un provvedimento di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ., dalla sentenza Cass. Sez. Un., 18 dicembre 1998, n. 12705.

Analogamente, l'ordinanza, Cass. Sez. Un. 19 febbraio 2002, n. 2417, ha af-

²⁴⁰ Cfr., Amendolagine, *La giurisdizione sull'actio intrapresa dal privato ex art. 703 cod. proc. civ., contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione: una ulteriore precisazione delle Sezioni Unite*, nota a Cass. civ. Sez. Un., 2 luglio 2009, n. 15469, *Giur. it.*, 2010, 3.

²⁴¹ Il principio espresso è il seguente: "Il regolamento preventivo di giurisdizione non è ammissibile in riferimento ai procedimenti cautelari, poiché contro i provvedimenti di natura provvisoria e strumentale emessi a conclusione degli stessi, sia in caso di concessione della misura cautelare che (a seguito della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 669 terdecies cod. proc. civ. di cui a Corte Cost. n. 253 del 1994) di rigetto del ricorso, è ammesso il reclamo ad un giudice processualmente sovraordinato, cioè un mezzo di impugnazione con cui la parte interessata può ottenere in tempi brevi anche il riesame della questione di giurisdizione. D'altra parte, non essendo consentito, neanche ex art. 111 Cost., il ricorso per cassazione contro i provvedimenti conclusivi dei procedimenti cautelari, non può ammettersi che la questione di giurisdizione sia sottoposta per altra via alla cognizione della Corte di Cassazione (nella specie è stato dichiarato inammissibile un regolamento preventivo di giurisdizione proposto nella pendenza di un procedimento diretto all'emissione di un provvedimento possessorio interdittale). (Cass. Sez. Un., sent. n. 5902 del 1.7.1997, n. 505641).

fermato che avverso il provvedimento emesso su reclamo a norma dell'art. 669-terdecies c.p.c., va escluso il regolamento preventivo di giurisdizione, non essendo consentito, stante la natura provvisoria e strumentale di esso, il ricorso straordinario per cassazione, non potendo logicamente ritenersi che il giudice di legittimità possa per tale via risolvere la questione di giurisdizione, della quale non può essere investito a norma dell'art. 111 Cost.²⁴²

Per le Sezioni Unite, ordinanza n. 15854 del 7 luglio 2009, in difetto della instaurazione del giudizio di cognizione piena all'esito del procedimento cautelare o prima della sua introduzione, non è ammissibile il ricorso ex art. 41 cod. proc. civ., ostandovi il difetto di un interesse della parte a promuovere l'accertamento sulla giurisdizione, interesse che la precarietà della valutazione cautelare non fa insorgere. E tale indirizzo, secondo la Corte, è ovviamente affatto applicabile alla vicenda dell'interdetto possessorio non seguito dalla fase di merito alla stregua delle novità introdotte con la legge n. 80 del 2005. La tesi sostenuta è stata confermata anche dalle Sezioni Unite, ordinanza 7.3.2011, n. 5356, che testualmente hanno precisato: *“In difetto della instaurazione del giudizio di cognizione piena all'esito del procedimento cautelare o prima della sua introduzione, non è ammissibile il ricorso ex art. 41 cod. proc. civ., ostandovi il difetto di un interesse della parte a promuovere l'accertamento sulla giurisdizione, interesse che la precarietà della valutazione cautelare non fa insorgere. E tal indirizzo è ovviamente affatto applicabile alla vicenda dell'interdetto possessorio non seguito dalla fase di merito alla stregua delle nuove citate disposizioni”*.

13. Le condizioni di ammissibilità del regolamento di giurisdizione in fase di reclamo: Cass. S.U. 20 luglio 2015, n. 15155

La decisione delle Sezioni Unite fa chiarezza sulla annosa vicenda dell'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione a fronte dell'ordinanza che ha deciso sul reclamo proposto avverso il provvedimento del tribunale che si è pronunciato sull'interdetto possessorio. La questione, come abbiamo visto nei paragrafi che precedono, è stata affrontata in modo differente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in ragione dell'accoglimento della teoria che rivaluta la struttura bifasica del procedimento possessorio. Si ricorda che, nel corso del giudizio, la Procura Generale della Suprema Corte aveva depositato

²⁴² Secondo la Corte: *“Avverso il provvedimento emesso su reclamo a norma dell'art. 669 – “terdecies” cod. proc. civ., non essendo consentito, stante la natura provvisoria e strumentale di esso, il ricorso straordinario per cassazione, neppure è ammissibile il regolamento di giurisdizione, non potendo logicamente ritenersi che il giudice di legittimità possa per tal via risolvere la questione di giurisdizione della quale può essere investito a norma dell'art. 111 Cost.”* (Cass., Sez. Un., ord. n. 2417 del 19.2.2002).

una interessante memoria con la quale si sosteneva l'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, sulla base del rilievo che la sua esperibilità non poteva ritenersi preclusa dalla pronuncia, da parte del giudice in esito alla fase sommaria del giudizio possessorio, di un provvedimento interdittale, in quanto solo la decisione finale del giudizio di primo grado costituiva elemento ostativo alla proponibilità del ricorso ex art. 41 c.p.c., mentre l'interdetto, non diversamente dai provvedimenti cautelari, anche se adottato in fase di reclamo, era un provvedimento provvisorio, destinato ad essere assorbito dalla decisione sul merito della tutela possessoria richiesta. Inoltre, secondo il P.G., a tale conclusione non ostava la attuale struttura bifasica del procedimento possessorio, come risultante dalle modifiche introdotte all'art. 703, comma 3, cod. proc.civ., ad opera dell'art. 2, comma 3, lett. e), n. 7.2), del decreto legge 14.3.2005, n. 35, convertito in legge 14.5.2005, n. 80, in quanto, nel caso concreto, la decisione in sede di reclamo avevo perso la sua potenziale efficacia definitiva, alla luce dell'istanza per la prosecuzione del giudizio di merito avanzata dal Comune.

La soluzione prospettata dalla Procura Generale è certamente condivisibile, ed è stata fatta propria dalla decisione in commento, con alcune precisazioni che hanno ulteriormente chiarito le ragioni dell'ammissibilità.

La Corte, nell'esaminare la questione, ribadisce preliminarmente che l'art. 703 c.p.c., come modificato dal d.l. n. 35 del 2005, convertito in legge n. 80 del 2005, ha sostituito la struttura necessariamente bifasica del procedimento possessorio, con una struttura solo eventualmente bifasica. La norma, al comma 4, rimette all'iniziativa delle parti, entro il termine perentorio di sessanta giorni, decorrente dalla comunicazione del provvedimento che conclude la fase sommaria diretta all'emissione del provvedimento interinale, la prosecuzione del giudizio per il c.d. merito possessorio con le forme della cognizione piena.

Si prende atto che, nel nuovo sistema, la tutela sommaria può arrestarsi alla fase sommaria e all'ordinanza che la conclude, ovvero inoltrarsi fino alla sentenza di merito, a sua volta soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione. Le argomentazioni riprendono, pertanto, la posizione della dottrina prevalente, che esprimono un indirizzo ormai consolidato, secondo cui non è più discutibile che il processo possessorio sia oggi bifasico. La parte può chiedere la prosecuzione del giudizio dopo la decisione sulle misure urgenti, e questo non lascia dubbi sul fatto che, a tale fase, possa seguire una di merito a cognizione piena, destinata a svolgersi secondo le forme ordinarie e a chiudersi con sentenza. Ma si tratta di una fase solo eventuale, che potrà anche mancare, e se instaurata integrerà un giudizio a cognizione piena, con le relative conseguenze in tema di onere della prova. Quindi, dopo le innovazioni introdotte dalla legge n. 80 del 2005, il merito possessorio è solo una eventualità, che si

concretizza solo nel momento in cui le parti ne fanno richiesta.

Partendo da questa argomentazione, le Sezioni Unite precisano, inoltre, che oggetto del giudizio di merito possessorio, inerente alla fase eventuale, di cui all'art. 703, quarto comma, c.p.c., è l'accertamento pieno della situazione di possesso vantata dall'attore.

Infatti, il procedimento di merito, si risolve nella sostanza in una prosecuzione della fase sommaria e non può che avere il medesimo oggetto di questa, ossia la tutela del possesso.

A sostegno dell'assunto, si argomenta come l'art. 703, quarto comma, c.p.c., disponendo, attraverso il rinvio all'art. 669 novies, terzo comma, c.p.c., che il provvedimento interdittale è destinato ad essere assorbito dalla successiva sentenza di merito, presuppone l'identità oggettiva dei due procedimenti e dei due provvedimenti.

Cosa accade nel caso di mancata prosecuzione del giudizio di merito.

La Corte precisa che qualora nessuna delle parti si attivi a coltivare la fase di merito nel termine perentorio fissato dalla legge, deve ritenersi evidentemente che si verifichi l'estinzione del giudizio di merito (che era già pendente fin dal momento della proposizione del ricorso possessorio), ferma restando la sopravvivenza del provvedimento interdittale fino a quando in un (eventuale) nuovo giudizio fra le stesse parti (nel caso in cui sussistano i presupposti temporali di esercizio dell'azione possessoria o in sede petitoria) non sia emanata una sentenza di merito che lo contraddica.

Dopo aver argomentato sul procedimento possessorio, la Suprema Corte affronta la questione dell'ammissibilità del regolamento di giurisdizione proposto con il ricorso in esame, chiarendo che detta impugnazione può essere proposta, ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ., finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado.

Si riprende un indirizzo già espresso in alcune precedenti pronunce, (delle quali si è fatto cenno nei paragrafi che precedono). L'esperibilità non è preclusa dalla pronuncia, da parte del giudice adito in esito alla fase sommaria del giudizio possessorio, di un provvedimento interdittale, giacché solo la decisione finale del giudizio di primo grado costituisce elemento ostativo alla proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, mentre l'interdetto, non diversamente dai provvedimenti cautelari, è un provvedimento possessorio, destinato ad essere assorbito dalla decisione sul merito della tutela possessoria richiesta. Si è già detto che questo indirizzo era stato già fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità da molto tempo, addirittura nel senso che il rimedio restava precluso non dal momento del deposito della sentenza, ma da quello precedente in cui la causa viene discussa e trattenuta per la decisione di merito, atteso che da tale momento inizia l'*iter* dei poteri decisori del giudice ed il regolamento medesimo non può più assolvere alla sua funzione di favori-

re una sollecita definizione del processo, investendo “*per saltum*” la Suprema Corte della questione di giurisdizione.

La decisione in commento precisa, inoltre, che non ostano all’ammissibilità dell’istanza di regolamento le intervenute pronunce del giudice del merito in sede cautelare, poiché esse non costituiscono sentenze, neppure qualora sia stata contestualmente risolta una questione di giurisdizione, salvo risulti inequivocabilmente che la questione di giurisdizione sia stata riferita al solo procedimento cautelare e il regolamento sia stato proposto per ragioni che attengono ad esso in via esclusiva.

Nella specie, le Sezioni Unite hanno rilevato che la parte ha presentato, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione dell’ordinanza emessa sul reclamo, istanza per la prosecuzione del giudizio, ai sensi dell’art. 703, comma 4, cod. proc. civ.. In tal caso l’ordinanza decisoria del reclamo, posto che il giudizio di primo grado risulta ancora pendente e che nessuna sentenza di merito risulta emanata, è destinata ad essere assorbita nella sentenza che sarà emessa all’esito della fase di cognizione, con la conseguenza che l’ordinanza in questione non riveste alcun carattere decisivo e nei suoi confronti è certamente proponibile il regolamento di giurisdizione (in quanto il provvedimento reso sull’istanza cautelare non costituisce sentenza e la pronuncia sul reclamo mantiene il carattere di provvisorietà proprio del provvedimento cautelare).

Secondo la Corte, anche nella ipotesi in cui nella prima fase del giudizio possessorio da parte del giudice o in sede di reclamo sia stata negata la giurisdizione del G.O., essendo sempre possibile richiedere la prosecuzione del giudizio ex art. 703 c.p.c., anche per la rivalutazione della questione della giurisdizione, la pronuncia denegatoria della giurisdizione non perde il suo carattere provvisorio ed interinale, onde verso di essa risulta proponibile il regolamento di giurisdizione. Interessante le soluzioni alternative individuate dalle Sezioni Unite che discendono dalla natura che si intende attribuire alla ordinanza che ha deciso il reclamo.

La prima alternativa ipotizzata è che a tale ordinanza si riconosca una stabilità puramente endoprocessuale ed un’efficacia soltanto esecutiva, come avviene per le misure cautelari. La seconda alternativa è che l’estinzione del giudizio possessorio per la mancata prosecuzione di esso determina una preclusione “*pro iudicato*”.

In tal caso l’ordinanza interdittale sarebbe irrettrabile, avendo una stabilità non meramente endoprocessuale, ma esterna, parificabile a quella della sentenza passata in giudicato. Secondo le Sezioni Unite sarebbe condivisibile solo la prima alternativa, anche in ragione del fatto che in difetto dell’instaurazione del giudizio di cognizione piena all’esito del procedimento cautelare o prima della sua introduzione, non è ammissibile il ricorso ex art. 41 cod. proc. civ., ostandovi il difetto di interesse della parte a promuovere l’accertamento

sulla giurisdizione, interesse che la precarietà della valutazione cautelare non fa insorgere.

L'argomentazione decisiva per sostenere l'inammissibilità del ricorso, in caso di omessa prosecuzione del giudizio di merito, viene individuata nel fatto che l'art. 41 c.p.c. prevede necessariamente la pendenza di un processo per poter sollevare il regolamento di giurisdizione, perché richiede un provvedimento di sospensione dello stesso da parte del giudice a quo ed, inoltre, la riassunzione della causa in un termine perentorio innanzi al giudice ordinario se ne viene dichiarata la giurisdizione, ovvero la riproposizione, sempre in un termine perentorio innanzi al giudice amministrativo nel caso di riconoscimento della giurisdizione di questo.

La sentenza conclude regolando la giurisdizione e ribadendo un indirizzo già espresso in tema di azioni possessorie proposte nei confronti della P.A.

Si afferma che l'azione possessoria proposta dal privato che lamenta di essere stato privato del possesso di un fondo, appartenente al patrimonio disponibile della pubblica amministrazione, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, essendo la relativa ordinanza sindacale di sgombero riconducibile non già all'esercizio di un potere autoritativo a tutela di un bene pubblico, bensì all'espletamento di attività privata di autotutela del proprio patrimonio immobiliare.

Bibliografia:

1. ARIETA G., *Le tutele sommarie, I procedimenti per decreto ingiuntivo e per convalida di sfratto. I procedimenti possessori*, in ID. *Trattato di Diritto processuale civile*, vol. X, II edizione, Cedam Padova. 2010.
2. ARIETA G., *Le cautele, Il processo cautelare*, in ID. *Trattato di Diritto processuale civile*, vol. XI, II edizione, Cedam Padova. 2011.
3. BALENA, *Le riforme più recenti del processo civile, I procedimenti possessori, cap. XII*.
3. BREGANTE, *Azioni a tutela del possesso*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2012.
4. CARRATTA A., COMMENTO ALL'ARTICOLO 703 C.P.C., in CHIARLONI, a cura di, *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli Editore, 2007.
5. CARRATTA, *I procedimenti possessori*, in CHIARLONI, CONSOLO, *I procedimenti sommarie e speciali*, UTET, 2005.
6. Cass. Sez. Un. 11 febbraio 2003, n. 2062, in *Foro Italiano*, 2003, I, pagina 2787, con nota DALFINO.
7. CECHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Il sole 24 ore, 2006.
8. CELESTE, A., *Il nuovo procedimento cautelare civile*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010.
9. CONSOLO, *Le tutele di merito, sommarie ed esecutive*, Vol. I, II ed., Giappichelli Editore, Torino, 2012.
10. CONSOLO-COMOGLIO-SASSANI-VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Vol. VII, Tomo II, UTET, 2014.
11. CONSOLO-LUIISO- SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1996.
12. COSENTINO A., *Il procedimento possessorio dopo la L. 80/2005*, in *Archivio delle Locazioni e Condominio*, 2006, fasc. III, 26.
13. DIDONE, (a cura di), *Il processo civile competitivo*, in *Modelli e tecniche dei processi civili*, UTET, 2010.
14. DIANA, A. G., *Procedimenti cautelari e possessori*, UTET, 2010.
15. GENTILI, *Merito possessorio e richiesta di Parte*, IN GUIDA AL DIRITTO, IL SOLE 24 ORE, 2005, N. 22, 90.
16. GRASSELLI (a cura di), *Il nuovo processo civile dopo le riforme 2005 e 2006*, in *Fatto e diritto*, collana diretta da Paolo Cendon, Milano, Giuffrè.

17. GUAGLIONE L., ART. 703 C.P.C., in CIPRIANI-MONTELEONE, a cura di, *La riforma del processo civile*, L. 14 maggio 2005, n. 80, L. 28 dicembre 2005 n. 263, L. 8 febbraio 2006, n. 54, L. 23 febbraio 2006, n. 51, Cedam, Padova, 2007.

18. GUAGLIONE, *Commento articolo 703 e 704 c.p.c., Riforma del processo civile*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, Cedam, 4 e 5.

19. LUISO Francesco P., *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Giuffrè, Milano, 2013.

20. MANDRIOLI C.-CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, IV, Giappichelli, Torino, 2014.

21. MARINUCCI, *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, *Riv. Dir. Proc.* 2005.

22. ID., in PUNZI-RICCI (a cura di) *Le nuove norme processuali e fallimentari, commento del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, Cedam, Padova, 2005.

23. NELA, *Possessorio: ultimo atto?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1998, fasc. VI.

24. NELA, *L'ordinanza possessoria secca dinanzi alla Corte di Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, fasc. I, pt. 1.

25. PAOLINI, *Il procedimento possessorio*, in CENDON P., a cura di, *Il diritto privato nella giurisprudenza, Proprietà e diritti reali*, vol. III, UTET, 2012.

26. PETRILLO C., *Art. 703 c.p.c.*, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Cedam, Padova, 2007.

27. PROTETTI', E. *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria*, Giuffrè, Milano, 2005.

28. PROTO PIETRO, *La riforma del procedimento possessorio*, *Giur. Merito*, 2007, 1837 B, Id. *Giust. Civ.*, 2007, fasc. III, 83.

29. SALETTI, *Il procedimento possessorio*, in *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie, appendice aggiornamento a Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova, 2006.

30. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie; verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. Dir. Processuale*, 2007, 868.

31. NELA, *Procedimenti cautelari, possessori, di istruzione preventiva, di separazione, nel decreto competitività*, in www.judicium.it.

32. VILLECCO, *Commentario del codice di procedura civile*, Vol. VII, Tomo secondo, commento all'art. 703 c.p.c., UTET, 2014.

33. BELLAGAMBA – CARITI, *I procedimenti cautelari e possessori. Rassegna della giurisprudenza sulla nuova disciplina*, Giuffrè, Milano, gennaio 2010

34. CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, Il processo civile di riforma in riforma, IPSOA; 2006, 96 ss. Ivi, MENCHINI, Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori, in AA. VV., Il processo civile di riforma in riforma, Giuffrè, Milano, 2006.

35. CHIARLONI, *Tre diversi modi di interpretare il rinvio alle disciplina del procedimento cautelare uniforme, previsto per le azioni possessorie dal nuovo testo dell'art. 703 cod. proc. civ. (e qualche ulteriore riflessione a favore della tesi che nega l'esistenza del cosiddetto merito possessorio)*, in Giur. it., 1994, Se. II.

36. CAPONI, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla legge n. 80 del 2005*, in Foro it. , 2005, IV – V.

37. NELA, *Per l'applicazione (non integrale) dell'art. 669 octies cod. proc. civ., al procedimento possessorio*, in Giur. it., 2003, CLV.

38. CONSOLO, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80/2005)*, Corriere Giuridico, n. 7/2005, p. 893.

39. AMENDOLAGINE, *nota a Cass. Sez. Un. 2 luglio 2009, n. 15469, "La giurisdizione sull'actio intrapresa dal privato ex art. 703 c.p.c. contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione: una ulteriore precisazione delle Sezioni Unite"* in Giur. It., 2010, 3.

40. NELA, *Su taluni aspetti della nuova disciplina del procedimento possessorio*, in Giur. It., 1994, sez. II, nota Pret. Asti, 14 maggio 1993.

La dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e il regime della prova nel processo civile

Il contrasto giurisprudenziale e la sentenza n. 12065 del 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁴³

*Contributo di Annamaria FASANO*²⁴⁴

SOMMARIO: 1. L'ordinanza interlocutoria n. 10371 del 2013 - 2. Le autocertificazioni e la normativa di riferimento - 3. Il difetto di efficacia probatoria dell'autocertificazione - 4. Documenti certificativi e valore indiziario - 5. La giurisprudenza e l'idoneità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà a provare la qualità di erede - 6. Gli orientamenti della dottrina - 7. La soluzione del contrasto e la sentenza delle Sezioni Unite n. 12065 del 2014.

I. L'ordinanza interlocutoria n. 10371 del 2013

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 12065 del 2014, a composizione di contrasto, hanno enunciato il seguente principio di diritto: “Colui che intervenga in un giudizio civile pendente tra altre persone, ovvero lo riassuma a seguito di interruzione, o proponga impugnazione assumendo di essere erede di una delle parti che hanno partecipato al precedente grado del giudizio, deve fornire la prova, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., oltre che del decesso della parte originaria, anche della sua qualità di erede di quest'ultima; a tale riguardo la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà non costituisce di per sé prova idonea di tale qualità, esaurendo i suoi effetti nell'ambito dei rapporti con la P.A. e nei relativi procedimenti amministrativi; tuttavia il giudice, in presenza della produzione della suddetta dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, deve adeguatamente valutare, anche ai sensi della nuova formulazione dell'art. 115 cod. proc. civ. come novellato dall'art. 45 della legge n. 69 del 2009, in conformità al principio di non contestazione, il comportamento in concreto assunto dalla parte nei cui confronti la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà viene fatta valere, con riferimento alla verifica della contesta-

²⁴³ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 4.6.2014, *La Nuova Procedura Civile*, 4,2014.

²⁴⁴ *Magistrato*, Ufficio Massimario Suprema Corte di Cassazione.

zione o meno della predetta qualità di erede e, nell'ipotesi affermativa, al grado di specificità di tale contestazione, strettamente correlato e proporzionato al livello di specificità del contenuto della dichiarazione sostitutiva suddetta".

La vicenda processuale può essere così sintetizzata.

Con l'ordinanza interlocutoria del 3 maggio 2013, n. 10371, la Sesta sezione civile della Suprema Corte di Cassazione aveva rilevato, relativamente alla questione della idoneità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà a provare la qualità di erede di chi tale qualità spenda come parte in giudizio, un contrasto giurisprudenziale, ravvisando la necessità di rimettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

In data 10 febbraio 2011 presso la Corte d'Appello, G.R. aveva proposto, in qualità di erede di G. F., deceduto il 10 aprile 2009, domanda di equa ripara-zione del danno patrimoniale sofferto dal proprio dante causa per la non ragio-nevole durata di un giudizio svoltosi dinnanzi alla Corte dei Conti.

Il ricorrente, ai fini della prova della asserita qualità di erede, si era limitato a produrre una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà a sua firma, senza dare conto, attraverso le necessarie certificazioni anagrafiche, della natura e del grado di parentela e della inesistenza di altri eredi. La Corte di Appello riggettava il ricorso accogliendo l'eccezione a tale proposito formulata dal Mini-sterio convenuto, secondo il quale il ricorrente non aveva dimostrato la qualità di erede di G. F., vale a dire la qualità nella quale aveva riassunto il giudizio di equa ripara-zione introdotto dal proprio dante causa.

Per la cassazione di tale decreto G.F. proponeva ricorso per Cassazione.

Il ricorrente, attraverso tre motivi, denunciava la violazione dell'art. 2697 cod. civ., degli art. 110, 115 e 116 cod. proc. civ. e degli artt. 47, 48 e 76 d.P.R. n. 445 del 2000, sostenendo la piena idoneità della prodotta dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, autenticata da notaio, attestante la detta qualità di unico erede di G. F. Nella ordinanza interlocutoria si rappresenta che sulla questione è dato rinvenire un contrasto giurisprudenziale.

Secondo una impostazione interpretativa, nel processo civile la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (prevista dall'art. 4 della legge 15 del 1968) e le dichiarazioni sostitutive di certificazioni (*ex art. 46 del d.P.R. n. 445 del 2000*), sebbene abbiano efficacia certificativa nei confronti della P.A. e in deter-minate attività e procedure amministrative, non hanno valore probatorio neanche indiziario, trattandosi di un procedimento caratterizzato dal principio dell'onere della prova, tenuto conto che la parte non può derivare da proprie dichiarazioni elementi di prova a proprio favore e che solo la non contesta-zione o l'ammissione di controparte possono esonerare dall'"*onus probandi*" (Cass. n. 17358 del 2010; Cass. n. 18856 del 2004; Cass. n. 12999 del 2003; Cass., S. U., n. 5167 del 2003). La Corte segnala che contrasta con tale impo-stazione quell'indirizzo della giurisprudenza che conferisce valore probato-

rio all'autocertificazione, sostenendosi che: "colui che promuove l'azione (o specularmente vi contraddica), nell'asserita qualità di erede di altro soggetto indicato come originario titolare del diritto, deve allegare la propria legittimazione per essere subentrato nella medesima posizione del proprio autore, fornendo la prova, in ottemperanza all'onere di cui all'art. 2697 cod. civ., del decesso della parte originaria e della sua qualità di erede, perché altrimenti resta indimostrato uno dei fatti costitutivi del diritto di agire (o di contraddire); per quanto concerne la delazione dell'eredità, tale onere, che non è assolto con la produzione della denuncia di successione, è idoneamente adempiuto con la produzione degli atti dello stato civile, dai quali è dato coerentemente desumere quel rapporto di parentela con il *de cuius* che legittima alla successione ai sensi degli artt. 565 e ss. cod. civ." (Cass. n. 13738 del 2005).

2. Le autocertificazioni e la normativa di riferimento

Per atto di notorietà o atto notorio si intende l'attestazione della notorietà di un fatto giuridicamente rilevante, resa sotto giuramento da più soggetti avanti a un pubblico ufficiale autorizzato a riceverla e a formarne il documento, destinato a fare piena prova fino a querela di falso della sola provenienza delle dichiarazioni rese²⁴⁵.

Dell'atto notorio non esiste un definizione legislativa generale, ma dalle singole norme che lo prevedono si ricava proprio questa definizione, ossia che si tratta di un documento redatto da un pubblico ufficiale nel quale sono raccolte le dichiarazioni di due soggetti, che attestano, sotto il vincolo del giuramento, la notorietà di uno o più fatti. Alcuni atti di notorietà sono esplicitamente previsti dall'ordinamento dello Stato civile (r.d. 9 luglio 1939, n. 1238).

L'atto notorio in sé è una dichiarazione resa fuori dal processo che ha ad oggetto la convinzione diffusa in una certa collettività che il fatto dichiarato sia vero, ma non la verità del fatto. La dottrina unanimemente ritiene che l'atto notorio oggi sia un istituto anacronistico²⁴⁶, con la conseguenza che chi intende fare uso di questo atto si vede per lo più costretto a reperire due persone che siano disposte ad attestare col vincolo del giuramento la notorietà di fatti che sono ben lungi dall'essere noti. Vi è stata, pertanto, l'esigenza di prevedere un tipo di atto all'interno del quale la dichiarazione, anziché essere incardinata sulla notorietà del fatto, sia resa da chi conosce i fatti e perciò risponde, anche penalmente, della rispondenza al vero di quanto afferma. Questa necessità è

²⁴⁵ Cfr., Andrea Graziosi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, fasc. 1, pp. 303-314. Sul punto cfr. Fornaciari, *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, 438.

²⁴⁶ Cfr., Chiara Besso, *Prova dei fatti e dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà* in *Rivista di diritto processuale*, 2000, fasc. 2, pp. 602 - 614.

stata fatta propria dalla legge n. 15 del 1968, che ha appunto introdotto all'art. 4 la figura della dichiarazione sostitutiva.

L'art. 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, dispone, infatti, che: "l'atto di notorietà concernente fatti, stati o qualità personali che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito dalla dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo dinanzi al funzionario competente a ricevere la documentazione, o dinanzi ad un notaio, cancelliere, segretario comunale, o altro funzionario incarica dal Sindaco, il quale provvede alla autenticazione della sottoscrizione, e ammonisce il dichiarante circa le conseguenze di natura penale cui andrà incontro nel caso in cui quanto dichiara risulti poi falso"²⁴⁷. L'art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2000 ha ridisciplinato la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. Il comma 1 e 2 stabiliscono che: "L'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con osservanza delle modalità di cui all'art. 38. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

La dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui falsità è penalmente sanzionata, è una dichiarazione di parte, resa fuori dal processo, su fatti rilevanti per la decisione del processo stesso, di cui, tuttavia, può essere considerata certa solo la provenienza, stante la certificazione della sua autografia. La disciplina vigente, come confluita nel d.P.R. n. 445 del 2000, è concernente le dichiarazioni sostitutive di certificazioni (art. 46) e le dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà (art. 47).

Con riferimento alle "autocertificazioni" è previsto che, nei rapporti con le amministrazioni pubbliche (art. 43), determinati stati, qualità personali e fatti sono comprovati dall'interessato con dichiarazioni sostitutive delle normali certificazioni (art. 46); che dette dichiarazioni hanno la stessa validità temporale degli atti che sostituiscono (art. 48); che le amministrazioni pubbliche sono tenute ad accettare in luogo dei certificati le dichiarazioni sostitutive (art. 43); che le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni (art. 71); che le dichiarazioni sostitutive mendaci sono fonte di responsabilità penale (art. 76); ed eguale ambito è riservato alla

²⁴⁷ La notorietà attestata nell'atto notorio è cosa affatto diversa dalla notorietà che sta alla base del fatto che rientra nella comune esperienza e che può, pertanto, essere posto a fondamento della decisione senza bisogno di prova ai sensi del secondo comma dell'art. 115, c. p. c. Sul punto v. Calamandrei, Verità e verosimiglianza nel processo civile, in Riv. dir. proc. 1955, p. 169, per il quale la notorietà è la conoscenza, appartenente alla comune coscienza storica, della verità di un singolo fatto concreto. *Cfr.*, Napolitano, Sulla efficacia delle dichiarazioni sostitutive di atto notorio e sulla liceità della loro formazione fuori dei casi previsti dalla legge 15 del 1968, in Studi e Materiali a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2, Milano, 1990, p. 369 ss.

dichiarazione sostitutiva di atti di notorietà (art. 47 comma 3).

L'art. 40, comma 1, del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, stabilisce, al comma 1, che: "Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori dei pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47". Il predetto comma è stato introdotto dall'art. 15, comma 1, legge n. 183 del 2011.

3. Il difetto di efficacia probatoria dell'autocertificazione

Come posto in evidenza nella ordinanza interlocutoria, nel senso del difetto di efficacia probatoria in sede giurisdizionale dell'autocertificazione, la Suprema Corte si è pronunciata più volte.

La tesi prevalente sostiene, infatti, che *"L'autocertificazione, prevista dall'art. 46 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, può essere idonea ad attestare, sotto la propria responsabilità, fatti a sé favorevoli esclusivamente nel rapporto con una P.A. e nei relativi procedimenti amministrativi, ma nessun valore probatorio, neanche indiziario, può esserle riconosciuto nell'ambito del giudizio civile, in quanto caratterizzato dal principio dell'onere della prova, tenuto conto che la parte non può derivare da proprie dichiarazioni elementi di prova a proprio favore e che solo la non contestazione o l'ammissione di contro parte possono esonerare dallo "onus probandi" (Cass. Sez. sez. L., n. 17358 del 23 luglio 2010). Infatti: "La dichiarazione sostitutiva di certificazione sulla situazione reddituale, prevista dall'art. 24 della legge 13 aprile 1977, n. 114 e, successivamente, dall'art. 1, comma primo, lettera b), del d. P. R. 20 ottobre 1998, n. 403, poi sostituito dall'art. 46, comma primo, lettera o), del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, è idonea a comprovare detta situazione, fino a contraria risultanza, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nei relativi procedimenti amministrativi, ma nessun valore probatorio, neanche indiziario, può esserle riconosciuto nell'ambito del giudizio civile, caratterizzato dal principio dell'onere della prova, atteso che la parte non può derivare da proprie dichiarazioni elementi di prova a proprio favore, al fine del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 cod. civ.; tuttavia, laddove manchi una contestazione da parte dell'amministrazione in ordine all'ammontare del reddito, la prova del requisito reddituale non è richiesta, in quanto il requisito non contestato non è compreso nel novero dei fatti costitutivi della pretesa che la parte deve dimostrare, cosicché il giudice può ritenerlo sussistente a prescindere da una eventuale autocertificazione". (Cass. Sez. L. n. 12999 del 5 settembre 2003).*

Negli stessi termini anche la sentenza, sez. Terza del 20 settembre 2004, n. 18856: *“La dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà, così come l’auto-certificazione in genere, ha attitudine certificativa e probatoria solamente nei rapporti con la pubblica amministrazione, essendo viceversa priva di efficacia in sede giurisdizionale nelle liti tra privati”*.

Analogamente le Sezioni Unite della Corte, con sentenza n. 5167 del 3 aprile 2003, hanno puntualizzato: *“La dichiarazione sostitutiva di certificazione sulla situazione reddituale, prevista dall’art. 24 della legge 13 aprile 1977, n. 114 e, successivamente, dall’art. 1, comma primo, lettera b), del d. P. R. 20 ottobre 1998, n. 403, poi sostituito dall’art. 46, comma primo, lettera o), del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, è idonea a comprovare detta situazione, fino a contraria risultanza, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nei relativi procedimenti amministrativi, ma nessun valore probatorio, neanche indiziario, può esserle riconosciuto nell’ambito del giudizio civile, caratterizzato dal principio dell’onere della prova, atteso che la parte non può derivare da proprie dichiarazioni elementi di prova a proprio favore, al fine del soddisfacimento dell’onere di cui all’art. 2697 cod. civ. (nella specie, la S. C., applicando tale principio in relazione all’accertamento del requisito reddituale prescritto per il riconoscimento del diritto a prestazione assistenziale, ha anche sottolineato l’onere di una specifica contestazione da parte della pubblica amministrazione convenuta, ai sensi dell’art. 416, terzo comma, cod. proc. civ., in difetto della quale la prova del requisito reddituale non è richiesta, precisando, peraltro, che, a tali fini, non è necessaria una specifica allegazione, da parte della medesima p.a., di fatti contrastanti con l’affermata ricorrenza del predetto requisito)”*.

Secondo questo indirizzo giurisprudenziale, anche in materia previdenziale, la dichiarazione sostitutiva di certificazione sulla situazione reddituale, prevista dall’art. 24 l. 13 aprile 1977, n. 114, e, successivamente, dall’art. 1, comma 1, lett. b), d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 403, poi sostituito dall’art. 46, comma 1, lett. o), d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, è idonea a comprovare detta situazione, fino a contraria risultanza, nei rapporti con la P.A. e nei relativi procedimenti amministrativi, ma non ha nessun valore nell’ambito del giudizio civile²⁴⁸, così facendosi proprio quell’indirizzo dottrinario, largamente condiviso, di cui si specificherà meglio nel prosieguo, che nega efficacia probatoria a questi documenti, a meno che specifiche norme di legge riconoscano loro un’efficacia

²⁴⁸ L’intervento delle Sezioni Unite in materia assistenziale e previdenziale era stato reso necessario dal contrapporsi di due diversi orientamenti. L’uno che negava qualsiasi efficacia probatoria alle dichiarazioni sostitutive nella fase giurisdizionale delle controversie previdenziali. L’altro che riconosceva loro valore meramente indiziario, in ragione del principio di unità dell’ordinamento giuridico, in forza del quale, a uno strumento previsto a fini prevalentemente amministrativi, doveva riconoscersi valenza probatoria anche in sede giudiziaria.

processuale, che non può andare, comunque, oltre il valore indiziario²⁴⁹.

Con la tesi illustrata, le Sezioni Unite, componendo un contrasto verificatosi nella giurisprudenza della sezione lavoro della Suprema Corte, hanno ritenuto applicabile, anche nelle controversie previdenziali e assistenziali, il principio già affermato, in generale da Cass. Sez. Un. 14 ottobre 1998, n. 10153, e ribadito, con riguardo sempre alla prova, in tema di prelazione agraria, in materia di mancata vendita di fondi rustici nel biennio precedente²⁵⁰. (Cass. 16 maggio 2001, n. 6742, - Cass. 6 aprile 2001, n. 5142).

Si legge in motivazione: *“Una estensione della idoneità delle dichiarazioni sostitutive a comprovare, anche in giudizio, nel contraddittorio tra le parti e nei confronti del giudice, in vista dell’emanazione di una sentenza favorevole, stati, qualità personali e fatti a favore della parte che rende la dichiarazione non è in alcun modo prevista dalla vigente legislazione sostanziale e processuale. E solo una espressa previsione potrebbe consentire una trasposizione nel processo civile del valore probatorio di tali dichiarazioni, formate fuori dal processo, ed anzi proprio in vista del processo, dalla parte che le invoca a suo favore, in deroga ai principi dai quali è regolato in materia di onere della prova il giudizio civile di cognizione”*.

La Suprema Corte, Sez. Unite, nella sentenza n. 10153 del 14 ottobre 1998, n. 10153, precisa che riconoscere efficacia probatoria (anche soltanto a livello di indizio, con attribuzione al giudice del potere discrezionale, non sindacabile in sede di legittimità, se avvalersene o meno) alla dichiarazione sostitutiva, prodotta in giudizio quale unico elemento a sostegno dell’affermata sussistenza di fatti, stati o qualità personali del dichiarante integranti elementi costitutivi dell’azione o dell’eccezione, sarebbe in contrasto con il fondamentale principio in virtù del quale la parte non può derivare elementi di prova da proprie dichiarazioni, ai fini del soddisfacimento a proprio favore dell’onere di cui all’art. 2697 c.c. Principio che, secondo la Corte, scaturisce con tutta chiarezza dal rilievo che solo in casi specifici (quelli previsti dagli art. 2710 e 2734 c.c.), che vanno considerati come eccezioni alla contraria regola generale, la legge attribuisce efficacia, nel giudizio civile, alle dichiarazioni favorevoli all’interesse di chi le rende.

In sostanza, se valore di indizio può essere riconosciuto all’atto di notorietà,

²⁴⁹ Cfr., Commento a tal pronuncia G. Giancalone, *Dichiarazione sostitutiva di atto notorio: nessuna efficacia probatoria neanche nel processo previdenziale*, Giust. civ. , 2003, I, 1497. V. Giancalone, *La dichiarazione sostitutiva di atto notorio non ha efficacia di prova nel rito civile*, Giust. Civ. 1998, p.2729.

²⁵⁰ Il principio è stato così massimato da questo Ufficio: *“La dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà prevista dall’art. 4 legge n. 15 del 1968 ha attitudine certificativa e probatoria, fino a contraria risultanza, nei confronti della P.A. ed in determinate attività o procedure amministrative, ma, in difetto di diversa, specifica previsione di legge, nessun valore probatorio, neanche indiziario, può essere ad essa attribuito nel giudizio civile caratterizzato dal principio dell’onere della prova, atteso che la parte non può derivare elementi di prova a proprio favore, ai fini del soddisfacimento dell’onere di cui all’art. 2697 cod. civ., da proprie dichiarazioni”* Cass. Sez. terza, 16 maggio 2001, n. 6742.

in quanto sarebbe assimilabile alla dichiarazione scritta proveniente da terzi, altrettanto non vale per la dichiarazione sostitutiva, che consiste in una dichiarazione di scienza favorevole a chi l'ha resa. La tesi sostenuta dalla Corte aderisce a quell'indirizzo dottrinale secondo cui il rispetto dei procedimenti di formazione della prova condiziona l'utilizzabilità delle sole prove formate all'interno del processo, ma non impedisce l'utilizzabilità delle prove, anche analoghe, formate fuori processo. Sicché la dichiarazione stragiudiziale di un terzo è utilizzabile come prova indiziaria anche quando provenga da una persona che sarebbe incapace a testimoniare in base all'art. 246 c.p.c.²⁵¹. Pertanto, deve riconoscersi efficacia probatoria agli atti notori, mentre può escludersi il valore probatorio delle dichiarazioni sostitutive degli atti di notorietà solo in base al principio per cui la parte non può derivare elementi di prova a proprio favore da proprie dichiarazioni.

Secondo la Corte, riconoscere alla dichiarazione sostitutiva di atto notorio efficacia probatoria significherebbe andare contro uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento processuale civile, ossia il principio per il quale la parte non può ricavare elementi di prova a sé favorevoli da proprie dichiarazioni. In termini anche la sent., Cass. sez. II, n. 6132 del 6 marzo 2008, che afferma: *“La legittimazione ad agire e contraddire deve essere accertata in relazione non alla sua sussistenza effettiva ma alla sua affermazione con l'atto introduttivo del giudizio, nell'ambito d'una preliminare valutazione formale dell'ipotetica accoglibilità della domanda. Tale accertamento, pertanto, deve rivolgersi alla coincidenza, dal lato attivo, tra il soggetto che propone la domanda ed il soggetto che nella domanda stessa è affermato titolare del diritto e, da quello passivo, tra il soggetto contro il quale la domanda è proposta e quello che nella domanda è affermato soggetto passivo del diritto o comunque violatore di quel diritto. Inoltre, il difetto della relativa allegazione e dimostrazione, in quanto attinente alla regolare costituzione del contraddittorio e, quindi, disciplinata da inderogabile norma di diritto pubblico processuale, è rilevabile anche di ufficio. Invece, l'accertamento dell'effettiva titolarità del rapporto controverso, così dal lato attivo come da quello passivo, attiene al merito della causa, investendo i concreti requisiti d'accoglibilità della domanda e, quindi, la sua fondatezza (nella specie, non avendo il ricorrente dimostrato la sua qualità di erede della parte, deceduta nelle more, nei cui confronti si era tenuto l'appello, in quanto la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà da lui resa non ha valore probatorio nel processo civile, il ricorso per cassazione è stato dichiarato inammissibile)”*.

Anche per i giudici tributari, la dichiarazione sostitutiva di atto notorio non

²⁵¹ Cfr., Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 355, secondo cui non sarebbe giustificata una delimitazione a priori dell'efficacia probatoria di tali prove documentali, sebbene ad esse si riconosca di solito un valore meramente indiziario, quali fonti di presunzioni semplici.

può avere alcuna rilevanza probatoria, almeno fino a quando nel processo tributario viene esclusa la prova testimoniale. Diversamente opinando, infatti, verrebbe facilmente “aggirato” il divieto della prova testimoniale previsto dall’art. 7, comma 4, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, in assenza peraltro delle “garanzie” che sono connesse con la prova testimoniale, come le osservazioni delle parti sull’attendibilità del teste, richiesta di chiarimenti, sanzioni penali, ecc. (Comm. trib. prov.le Milano 11 ottobre 2006, n. 17321, Giustizia a Milano, 2006, f. 10, 70).

Con riferimento alle facoltà del contribuente di provare che il reddito presunto in base al c.d. “redditometro” non esiste o esiste in misura inferiore, la Suprema Corte ha negato qualsiasi efficacia certificativa o probatoria in sede giurisdizionale alla dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà e all’auto-certificazione, trovando, nell’ambito del contenzioso tributario, un ostacolo invalicabile nella norma di cui all’art. 7, comma 4, d.lgs. 546/1992 (nella misura in cui introdurrebbe nel processo tributario, eludendo il divieto di giuramento e prova testimoniale – un mezzo di prova non soltanto equipollente a quello vietato, ma anche costituito al di fuori del processo stesso (Cass. civ. sez. trib. 15.01.2007, 703, in Giust. civ. Mass. 2007²⁵², 1; vedasi anche Cass. Sez. Un. 14.10.1998, in Foro it., 1999, I, 3350, con nota di Fabiani, *Orientamenti giurisprudenziali sull’efficacia probatoria della dichiarazione sostitutiva di atto notorio*).

Anche in tema di invalidità civile, la prova del requisito del mancato svolgimento di attività lavorativa previsto per beneficiare dell’assegno di invalidità di cui all’art. 13 l. 30 marzo 1971, n. 118 (come novellato dall’art. 1, comma 35, l. 24 dicembre 2007, n. 247), non può essere fornita in giudizio mediante mera dichiarazione dell’interessato, anche se rilasciata con formalità previste dalla legge per le autocertificazioni, che può assumere rilievo solo nei rapporti amministrativi ed è, invece, priva di efficacia probatoria in sede giurisdizionale (v. Ord. Cass., sez. L., 20.12. 2010, n. 25800, in Giust. civ. Mass., 2010, 12, 1628).

L’analisi della tesi contraria si conclude con la Suprema Corte con sent., III sez. civ., n. 18599 del 9 gennaio 2013, che nella parte motiva precisa:

“L’art. 2 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 chiarisce che le dichiarazioni sostitutive di certificazioni relative a stati, qualità personali e fatti, previste dall’art. 46 del medesimo testo normativo, esulano dall’ambito della prova

²⁵² Si riporta la massima della decisione: “L’attribuzione di efficacia probatoria alla dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà che, così come l’autocertificazione in genere, ha attitudine certificativa e probatoria esclusivamente in alcune procedure amministrative, essendo viceversa priva di efficacia in sede giurisdizionale, trova, con specifico riguardo al contenzioso tributario, ostacolo invalicabile nella previsione dell’art. 7, comma 4, del d.lgs. 546 del 1992, giacché finirebbe per introdurre nel processo tributario, eludendo il divieto di giuramento e prova testimoniale, un mezzo di prova, non solo equipollente a quello vietato, ma anche costituito al di fuori del processo”.

civile, riguardando la produzione di atti e documenti agli organi della P.A. nonché ai gestori di pubblici servizi nei rapporti tra loro e in quelli con l'utenza, e ai privati che vi consentano. Conseguentemente, al pari della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà prevista dall'art. 4 della legge n. 15 del 1968, a tali dichiarazioni sostitutive deve escludersi qualsiasi rilevanza, sia pure indiziaria, nel processo civile, caratterizzato dal principio dell'onere della prova, e perciò nessun valore probatorio può essere attribuito alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà diretto ad accertare fatti, stati o qualità personali dedotti a sostegno della domanda, operando, per espressa previsione legislativa (art. 4 della legge n. 15 del 1968 e art. 30, comma secondo, della legge n. 241 del 1990) la piena equiparazione, ai fini probatori, tra la dichiarazione resa dallo stesso soggetto interessato e quelle asseverate da terzi solo nell'ambito dei procedimenti amministrativi che si svolgono tra pubblica amministrazione e privati, allo scopo di snellire e semplificare l'attività amministrazione dei privati stessi, ma dette dichiarazioni non sono idonee a costituire elementi di prova a proprio favore, ai fini del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 c.c.”.

4. Documenti certificativi e valore indiziario

Un orientamento della giurisprudenza di legittimità attribuisce all'atto notorio valore indiziario. L'indirizzo è sostenuto anche da quella dottrina che negando efficacia probatoria alle dichiarazioni sostitutive, in difetto di specifica disposizione normativa che la attribuisca, riconosce all'atto notorio l'efficacia di indizio²⁵³. Si dice che gli atti notori hanno valore puramente indiziario e possono, pertanto, essere discrezionalmente utilizzati dal giudice del merito e concorrono, unitamente al complesso degli elementi di prova raccolti, alla formazione del convincimento del giudice.

Si segnala a tale proposito l'ordinanza, Cass. Sez. VI, n. 29830 del 29 dicembre 2011, secondo cui: *“L'atto notorio, pur essendo considerato da alcune specifiche norme di legge come prova sufficiente delle qualità di erede e di legatario, allorché queste siano fatte valere a fini esclusivamente amministrativi, anche nell'ambito della giurisdizione ordinaria, non ha nessuna rilevanza quando venga prodotto in giudizio in funzione probatoria di una delle suddette qualità. In tal caso, l'atto notorio non dà luogo ad una presunzione legale,*

²⁵³ Cfr., L. Vitale. *Sul valore probatorio dell'autocertificazione prodotta in giudizio dalla parte. Prova della sussistenza dei requisiti costitutivi dell'incollocazione e della situazione reddituale*, Giust. civ., p. 577.2003. ALL. L; Battaglia, *Autocertificazione, onus probandi e funzione giurisdizionale: adelante con Jucio*, 5 giugno 2012, *Altalex*; Bombardelli, *Gli errori formali nelle dichiarazioni sostitutive*, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2007.

*sia pure “iuris tantum”, circa la spettanza delle indicate qualità di erede o di legatario, ma integra un mero indizio, che deve essere comprovato da altri elementi di giudizio (Nella specie, in applicazione dell’enunciato principio, la S. C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva ritenuto mancante la prova della legittimazione all’impugnazione in capo agli appellanti, i quali, assumendo di avere la qualità di erede della parte originaria, si erano limitati a produrre un atto notorio attestante l’avvenuto decesso di quest’ultima e la loro asserita qualità)”. Si ritiene che l’atto notorio non costituisce, salvi i casi eccezionalmente previsti dalla legge, un mezzo legale di prova. Il valore di esso come atto pubblico, facente fede, in quanto tale, fino a querela di falso, è infatti circoscritto all’attestazione, da parte del pubblico ufficiale, di aver ricevuto, previa identificazione dei dichiaranti, le dichiarazioni in esso contenute. Mentre queste ultime, raccolte senza la garanzia del contraddittorio e rese non tanto *de scientia* quanto *de credulitate* (cioè in base a quello che si dice o si pensa di un fatto da parte di terzi estranei), hanno invece soltanto il valore proprio delle dichiarazioni scritte provenienti da terzi, cioè un valore meramente indiziario (V. anche Cass. Sez. III, n. 1572 del 3 maggio 1976).*

La tesi è stata sostenuta anche dalla giurisprudenza un po’ datata. La Suprema Corte, con sentenza 17 novembre 1976, n. 4275, aveva affermato che: *“Al fine dell’indagine sulla legittimazione ad agire o contraddire di una parte, il giudice del merito può trarre elementi di convincimento sulla qualità di erede della parte medesima da un atto di notorietà, soprattutto ove le risultanze di questo non siano state contestate dalla controparte; infatti, l’efficacia probatoria di tale atto, ancorché prevista dalla legge a fini prevalentemente amministrativi, non può essere del tutto disconosciuta in sede giudiziaria, in relazione al principio dell’unità dell’ordinamento giuridico, con particolare riguardo alla soluzione di questioni pregiudiziali che non siano state oggetto di specifiche contestazioni; analoghi principi vanno affermati con riguardo alla dichiarazione sostitutiva dell’atto notorio, prevista dall’art. 4 l. 4 gennaio 1968, n. 15, con valore equipollente”*.

Anche la giurisprudenza amministrativa ritiene, senza effettuare distinguo tra atto notorio e dichiarazioni sostitutive di certificazioni, che la dichiarazione sostitutiva di notorietà e l’atto notorio non costituiscono, salvi i casi eccezionali previsti dalla legge, un mezzo legale di prova e ciò in quanto il loro valore, come atti pubblici facenti fede fino a querela di falso, è circoscritto dall’attestazione da parte del pubblico ufficiale di aver ricevuto le dichiarazioni degli atti di cui sopra, previa identificazione di loro autori, laddove ciò non vuol dire che le dette dichiarazioni siano prive di rilevanza quanto al loro contenuto, avendo le stesse in ogni caso un valore indiziario (T.A.R. Valle d’Aosta, 2 agosto 1990, n. 68 e T.A.R. Lazio, 19 settembre 1992, n. 1852).

Stesso valore indiziario viene conferito alla dichiarazione sostitutiva di atto di

notorietà proveniente dal terzo.

Va segnalato l'indirizzo che riconosce effetti alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà posta in essere da soggetto estraneo alla controversia, dovendosi attribuire al medesimo lo stesso valore di indizio che viene riconosciuto alla scrittura privata proveniente da un terzo (Cass. civ. sez. lav. n. 4495 del 28 marzo 2002)²⁵⁴.

In termini anche la sent. Cass. civ. 4 ottobre 2005, n. 19354, (Dir. e Giust., 2005, f. 47, 42, Giust. civ. 2006, I, 287), con cui la Corte precisa che alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà posta in essere da un terzo estraneo alla lite deve attribuirsi la stessa rilevanza assegnata alla scrittura proveniente da un terzo, onde tale dichiarazione, non configurandosi come prova tipica, non riveste la piena efficacia delle prove documentali e può costituire semplicemente un indizio suscettibile di integrare il fondamento della decisione in concorso con altre risultanze istruttorie delle quali occorre valutare la rilevanza, restando così rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito, insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato.

La Corte, inoltre, ha riconosciuto valore indiziario alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'art. 4 della l. n. 15 del 1968 nel corso di un giudizio civile di cui sia parte la Pubblica Amministrazione. Si segnala a tale proposito la sentenza Cass. Sez. Lav., 12 giugno 2001, n. 7966, con cui si ribadisce il principio secondo cui: *“Alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, prevista dall'art. 4 della legge n. 15 del 1969 con attitudine certificativa e probatoria nei confronti della P.A., non può negarsi valore indiziario nel giudizio civile nel quale sia parte in causa la medesima pubblica ammini-*

²⁵⁴ Anche una parte della dottrina sostiene questa tesi. Si segnala la posizione di Verde, *Prova documentale*, in Enc. giur., vol. XXV, 1991, p. 4 s., secondo cui l'atto di notorietà vale come atto pubblico solo quanto alle attestazioni del pubblico ufficiale, ma non è in grado, in base ai principi generali, di provare che le dichiarazioni raccolte rispondono al vero: tali dichiarazioni potrebbero definirsi come testimonianze anticipate, che, ove non trovino riscontro nel processo, hanno semplice valore indiziario, sempre che l'uso dell'atto notorio sia espressamente previsto dalla legge. Per un approfondimento in tema di prova, cfr. Verde, *Prove nuove*, in Riv. Dir. Proc., 2008, 35 ss. Uguale efficacia meramente indiziaria viene riconosciuta da Morello, *Notorietà* (atti di), in *Novissimo Dig. It.*, 1984, p. 412 ss. L'efficacia probatoria sia dell'atto notorio che delle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà o di certificazione viene invece esclusa da Graziosi, *Atto notorio, dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà e autocertificazione davanti al giudice civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2000, p. 310 ss., sul presupposto che, pur dovendosi riconoscere che anche le dichiarazioni di parte possono assumere rilievo probatorio nel processo, è comunque necessario che la relativa acquisizione avvenga all'interno del processo e sia circondata da tutte le dovute garanzie, in modo da rendere possibile al giudice il controllo dell'attendibilità delle dichiarazioni rese e alle parti l'esercizio del loro diritto di difesa, mentre nel caso in esame “si tratta di una dichiarazione della parte a sé favorevole, resa al di fuori (e forse in previsione) del processo e quindi al di fuori di ogni possibilità di controllo per il giudice e per le parti contro cui è utilizzata”; in particolare, quanto alle dichiarazioni sostitutive di certificazione, l'attribuzione di efficacia probatoria “non può che rimanere rigorosamente circoscritta nell'ambito amministrativo. Anche qui, infatti, a ben vedere, siamo in presenza di pure e semplici dichiarazioni di parte, rese fuori dal processo, su fatti rilevanti. E come per le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, ammetterle tra le fonti di prova di cui la parte può servirsi a proprio favore significherebbe.. dare spazio ad un mezzo di prova formatosi al di fuori di qualsiasi garanzia”.

strazione, tanto più quando essa concerna la prova negativa di non aver superato, in un determinato periodo, un certo limite di reddito. (Nella specie era stata promossa controversia nei confronti dell'Amministrazione dell'interno e del tesoro per ottenere il riconoscimento del diritto alla pensione di invalidità civile; nel giudizio di merito l'interessato aveva prodotto dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà al fine di dimostrare la sussistenza del requisito reddituale; la S. C. nell'enunciare il principio di cui in massima, ha cassato con rinvio la sentenza impugnata con cui era stato rilevato, malgrado la detta produzione, il difetto del requisito economico)".

5. La giurisprudenza e l'idoneità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà a provare la qualità di erede

L'antitetica opzione interpretativa, dando pregio alle disposizioni in materia di documentazione amministrativa, ritiene provabile la qualità di erede in sede processuale anche mediante la produzione della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. In particolare, Cass., Sez. II, n. 879 del 14 dicembre 2012, nella parte motivata chiarisce che: *"Del resto, non coglie nel segno la doglianza dei ricorrenti nemmeno con riferimento alla dedotta inidoneità della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, dal momento che – secondo la più recente giurisprudenza di questa Corte - la qualità di erede può essere provata anche attraverso la produzione del suddetto atto"*.

La pronuncia richiama, infatti, la decisione della sez. III, n. 15803 del 6 luglio 2009, con cui si afferma che: *"In tema di successioni "mortis causa", la qualità di erede può essere provata, in sede processuale, anche mediante la produzione della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà"*.

L'indirizzo è stato sostenuto in passato dalla Sez. III della Corte, con sentenza n. 10022 del 14 ottobre 1997, con cui si era affermato che: *"In caso di decesso della parte costituita nel precedente giudizio di merito, colui il quale, in sede di giudizio di legittimità, abbia proposto ricorso assumendo di esserne l'erede deve provare pena l'inammissibilità del gravame, la propria legittimazione processuale attraverso le produzioni documentali consentite dalla norma di cui all'art. 372 cod. proc. civ., con riferimento tanto al fatto storico del decesso della parte originaria, quanto alla asserita qualità di erede della stessa (oneri ottemperabili, ad esempio, mediante produzione del certificato di morte del "de cuius" e della conseguente denuncia di successione, ovvero di atti notori), trattandosi, nella specie, di fatti costitutivi del diritto di impugnazione e, come tali, da provare da parte del soggetto che intenda esercitarlo. Tale prova, necessaria in presenza di apposita eccezione di controparte, può essere fornita in tempi anche successivi a quello del deposito del ricorso, purché*

precedenti la discussione del medesimo, così che siano resi edotti gli eventuali contro ricorrenti presenti (ove mai questi ultimi non siano già stati destinatari, in precedenza, di apposita notificazione ex art. 372 cod. proc. civ.)”.

Va precisato che nella parte motiva delle sentenze la tesi affermativa non è sostenuta da valide argomentazioni. Infatti, non si rinviene una spiegazione puntuale in ordine alle tesi sostenute, posto che la sentenza n. 879 del 2012 richiama la n. 15803 del 1999 e quest’ultima, in motivazione, richiama a sua volta Cass., sez. Terza, n. 10022 del 14 ottobre 1997 che ribadisce la possibilità, in sede di giudizio di legittimità, per la parte che abbia proposto ricorso assumendo di esserne l’erede di provare, con riferimento tanto al fatto storico del decesso della parte originaria, anche mediante produzione del certificato la morte del de cuius , ovvero con atti notori.

6. Gli orientamenti della dottrina

L’esatto inquadramento della questione all’esame delle Sezioni Unite della Corte, suggerisce una breve digressione sui principi che regolano il regime della prova atipica nel processo civile²⁵⁵ tenuto conto che, secondo la dottrina prevalente, in questi termini va inquadrato il valore probatorio dell’attività di certificazione nel processo civile.

Non è questa certamente la sede per ripercorrere l’amplissimo dibattito sviluppatosi in dottrina circa le prove atipiche²⁵⁶, tuttavia si cercherà di fornire

²⁵⁵ In dottrina meritano di essere segnalate alcune riflessioni di particolare interesse. Per Taruffo, *L’istruzione probatoria*, in Riv. Trim. dir. proc. civ., 1993, p. 327 ss., sembra alquanto incoerente la differenziazione dell’efficacia probatoria di una dichiarazione a seconda del tipo di procedimento in cui essa viene adoperata, dato che, in fondo, trattandosi di dichiarazioni che nell’ambito amministrativo fanno fede fino a prova contraria, si potrebbe ipotizzare un’analoga efficacia di fonte di presunzione semplice nell’ambito del processo civile; né sarebbe spiegabile l’applicazione del principio generale, secondo cui la parte non può trarre vantaggio probatorio da proprie dichiarazioni, alle sole dichiarazioni di notorietà e non invece, per esempio, al caso della testimonianza *de relato ex parte*, dovendosi considerare che nel primo caso la parte si assume la responsabilità di quanto dichiara, mentre ciò non accade nel secondo caso. Lo stesso autore, nell’opera *Prove atipiche e provvedimenti del giudice*, in Riv. dir. proc., 1973, p. 433, precisa i limiti di efficacia probatoria di tali dichiarazioni, in quanto prove atipiche formate al di fuori del contraddittorio, nel senso che tale efficacia potrebbe essere limitata alla sola ipotesi in cui tali prove indiziarie concordino, integrandole, con le risultanze di prove assunte nel rispetto del diritto di difesa delle parti. Nello stesso senso, Bianco, *Notorietà* (Atti di), in *Novissimo Dig. It.*, 1984, p. 284, nota n. 23, che sottolinea come la dichiarazione sostitutiva integri, in sede giudiziaria, un documento liberamente valutabile dal giudice, il quale pertanto, alla stregua di ogni altro elemento acquisito, anche indiziaro, potrebbe disattendere i fatti in esso rappresentati. Cfr., ancora P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in Riv. dir. proc., 1955, 164 ss. Interessante per l’ampia digressione sul concetto di verosimiglianza cfr. Cordopatri, *Note in tema di Principio di prova per iscritto*, Estratto da Rivista di Diritto processuale n. 5, Settembre – Ottobre 2007.

²⁵⁶ Cfr., M.A. Sandulli, *Certificazione*, Enciclopedia Italiana, VII Appendice, 2010. Secondo l’autrice: “*Indipendentemente dall’effetto probatorio prodotto, che, come è stato giustamente rilevato, riduce la tipizzazione della figura giuridica a un profilo processuale, il criterio più corretto di classificazione sembra tuttavia, ancora, quello che riconosce il proprium delle certificazioni nel fatto di riprodurre dati e*

un sintetico contributo, sul piano dogmatico, relativo al ruolo delle autocertificazioni nel giudizio civile, quali prove cosiddette atipiche, ovvero che non trovano esplicito riscontro nella previsione normativa.

Trattasi di prove formatesi al di fuori del processo e rappresentative di dichiarazioni che avrebbero dovuto essere acquisite nel materiale probatorio giudiziale attraverso il procedimento tipizzato della testimonianza o dell'interrogatorio della parte²⁵⁷.

Il legislatore offre, nell'ambito del codice di procedura civile, un elenco dei singoli mezzi di prova dei quali il giudice può avvalersi nell'attività di ricostruzione della realtà storica rilevante ai fini della decisione. Anche se l'insieme delle figure probatorie tipiche componga un quadro piuttosto esaustivo rispetto alle particolari esigenze poste dalla singole fattispecie concrete, ciò non esclude, tuttavia, l'eventualità che, in alcune ipotesi, le parti intendano avvalersi di elementi di convincimento non propriamente identificabili con le prove espressamente disciplinate *ex lege*.

Nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova. Ne consegue che, secondo un indirizzo della dottrina, il giudice può legittimamente porre alla base del proprio convincimento anche le prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se in quanto non smentite dal raffronto critico con le altre risultanze del processo.

Secondo gli autori che aderiscono a questo assunto, in assenza di una espressa regola legislativa di esclusione, non si può asserire l'assoluta inutilizzabilità nel giudizio civile delle prove atipiche.

Ridotta in estrema sintesi, la questione delle prove atipiche deve tenere conto dell'indubbia esaustività del catalogo legale delle prove sul piano logico, pertanto, di atipicità si può allora parlare solo sul piano empirico, posto che vi possono essere delle prove che, pur essendo incluse in quel catalogo, si sono però concretamente formate con modalità, lecite, ma diverse da quelle

conoscenze già acquisiti dall'amministrazione per renderne partecipi i potenziali interessati, escludendone pertanto qualsiasi attività valutativa o estimativa, anche semplicemente tecnica. Dalla richiamata funzione partecipativa discende che, sotto il profilo formale, le certificazioni devono essere esterne in un documento, atto cartaceo o marcazione, che risulti idoneo ad attestare in modo duraturo e a far circolare le certezze che esso è preordinato a dare. Esse quindi non possono in alcun caso avere forma orale e devono chiaramente indicare il soggetto certificante, la data della certificazione e il fatto che, con riferimento ad una determinata persona o cosa, si intende certificare. Sulle prove atipiche, invece, da ultimo, e in termini riassuntivi, Ricci G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999. Tra i contributi più significativi si segnalano Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in Riv. dir. proc. 1973, p. 389 e ss; Id. *Note per una riforma del diritto delle prove*, Cass. civ., 1986, p. 276 ss.; Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, Cass. civ., 1984, p. 634 ss.

²⁵⁷ Cfr., Aldo Carrato, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, fasc. 7-8. pt. 1, pp. 1383 – 1393. Molto interessante anche A. Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, Relazione al CSM, 26.11. 2001. Riv. dir. Proc., I, 2003, p. 27; Interessante, sotto diversa angolazione, anche la lettura di Oddo, *Valore probatorio dell'autocertificazione, Ambiente e sviluppo*, n. 4/1997, p. 349.

previste dalla legge processuale, e pongono perciò all'interprete il problema, giuridico, di stabilire se, eventualmente in che misura, siano utilizzabili nel processo per formulare il giudizio sul fatto²⁵⁸.

Il dibattito dottrinale che si è agitato sull'argomento può essere così sintetizzato.

Un primo orientamento ritiene che le prove atipiche siano radicalmente inutilizzabili nel processo civile, vuoi perché estranee al catalogo legale delle prove, che in questa prospettazione avrebbe carattere rigidamente tassativo, vuoi perché formatesi in modi diversi da quelli fissati dalle legge processuale, e quindi in violazione di alcune fondamentali garanzie difensive delle parti, a cui presidio sarebbero poste le norme sull'istruzione probatoria²⁵⁹.

Nell'ottica del nostro legislatore, ma anche in quella dell'art. 111, comma primo, Cost. che vuole il processo "regolato dalla legge", ogni deviazione da quel programma procedimentale, che è quello secondo il quale il diritto di difesa deve necessariamente trovare concreta attuazione nella formazione della prova civile, implica una potenziale compressione delle inviolabili garanzie difensive consacrate negli artt. 24, comma secondo, e 111, comma secondo, Cost.²⁶⁰. Secondo questo indirizzo della dottrina, ammettere che tali documenti possano essere utilizzati dal giudice per maturare il proprio convincimento in punto di fatto, equivale ad ammettere che il modello legale di formazione della prova non ha carattere imperativo, ma può sempre essere unilateralmente sostituito con altri schemi procedurali scelti ad libitum e unilateralmente da ognuna delle parti. Si dice che: *"L'idea dominante del numerus clausus pur postulando la virtuale completezza delle fonti e dei metodi di conoscenza del factum probandum, non è comunque aliena dal riconoscere, nella genericità di taluni concetti o nelle potenziali capacità espansive del ragionamento presuntivo, le opportune valvole di sicurezza, che permettono di adeguare automaticamente la tipologia probatoria all'evolversi della gnoseologia moderna e del progresso scientifico. Si ritiene, in sostanza, che l'atipicità possa*

²⁵⁸ Su posizioni diametralmente antitetiche da questa, di recente Lombardo, *Profili delle prove atipiche*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, p. 1447, secondo cui "l'atipicità non può riferirsi alla fonte materiale di prova, che è necessariamente tipica e neppure può riferirsi al procedimento di acquisizione della prova nel processo, che è necessariamente tipico, deve cioè essere conforme alla legge".

²⁵⁹ Tra gli AA. che con più fermezza hanno negato l'ammissibilità delle prove atipiche v. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, op. cit. 335. Montesano, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice*, in Riv. dir. proc., 1980, p. 223.

²⁶⁰ Cfr., A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, Riv. Trim. dir.proc. civ. 2011, 03, 693, secondo cui *"La mia opinione, in definitiva, è che sia la prima e più rigida opzione interpretativa ad essere nel giusto, e che pertanto, almeno in linea di principio, le prove atipiche non possono avere successo nel processo civile. Se si considera che nella grandissima parte dei casi la prova atipica assume le vesti di un documento rappresentativo di un esperimento istruttorio avvenuto fuori dal processo, a me pare decisivo ed insuperabile il rilievo che la produzione in giudizio di quel documento, svincolata com'è da qualsiasi controllo di ammissibilità, non può divenire l'escamotage per eludere l'applicazione delle norme che sul processo stabiliscono il come debba formarsi la prova"*.

riguardare, tutt'al più, le possibili fonti di prova, ma non mai i mezzi tecnici e gli strumenti modali, sempre e necessariamente tipici, attraverso i quali sia consentito assicurarne l'acquisizione al processo"²⁶¹.

Altri autori, al contrario, sono favorevoli alla liceità di queste produzioni e al loro utilizzo da parte del giudice. In generale si è affermato che le fonti di conoscenza diverse da quelle tipiche sono ammissibili per un triplice ordine di elementi: la circostanza che il principio di accertamento della verità effettiva è sicuro scopo del processo civile; l'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'indizio o dell'argomento di prova, i quali hanno la caratteristica di provare solo in cumulo (sono cioè in sé inadeguati a fondare il convincimento del giudizio, e devono essere gravi e precisi, oltre che concordanti, ed inoltre introdotti nel processo secondo le precise disposizioni di legge); infine, il riconoscimento del diritto alla prova garantito dall'art. 24 Cost., che deve consentire alle parti di poter utilizzare ogni mezzo di indagine che in concreto appaia rilevante per l'accertamento dei fatti di causa, purché non sia escluso da specifiche disposizioni di legge.

Gli esponenti di questo orientamento hanno nel tempo utilizzato, per sostenere tale opinione, varie argomentazioni, come la necessità di meglio realizzare il principio del libero convincimento, o il fatto che non esista una norma che preveda la chiusura dell'elenco dei mezzi di prova, e ancora la convinzione secondo la quale l'indizio è di natura atipico, e dunque il legislatore avrebbe lasciato spazio alla atipicità dei mezzi di prova non elencati e descritti dalle norme di legge.

La base di partenza delle teorie relative alla prove atipiche si sviluppa su due aspetti fondamentali: si ritiene possibile che tutti o quasi tutti i generi di documentazione privi di ciascuno dei requisiti minimi che invece sono richiesti per le prove tipizzate, siano comunque posti a fondamento della decisione del giudice; non sapendo bene come inquadrarle e giustificarle, si attribuisce loro un'efficacia probatoria inferiore a quella delle prove tipiche. Tale efficacia inferiore sarebbe corrispondente a quella delle presunzioni semplici per alcuni, a quella degli argomenti di prova per altri²⁶².

²⁶¹ Sono parole di L.P. Comoglio, *Le prove civili*, 2010, 63 ss. Utet All. M., V. Cavallone, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in Riv. dir. proc., 1978, 679 ss.

²⁶² Tra gli autori, il primo che ha ricollegato l'efficacia delle prove atipiche a quella limitata delle presunzioni semplici, è stato M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., pag. 389 ss. mentre L. Montesano, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in Riv. dir. proc., 1980, pag. 242 ss., afferma che ad esse dovrebbe essere ricollegata l'efficacia degli argomenti di prova. Ciò in quanto, se si trattano le prove atipiche come presunzioni, dato il fatto che queste ultime possono avere anche elevata forza probante, si rischia "il fatto che il giudice fondino la loro decisione su quell'unica fonte di convincimento". L'autore sottolinea anche che l'art. 24 Cost. non solo impone che le fonti di prova siano acquisite in contraddittorio, ma anche che le parti "sappiano sempre attraverso quali strumenti, precostituiti per legge, le singole fonti di prova possano essere usate come tali dal giudice, onde evitare che questi ... tragga, in via prevalente o addirittura esclusiva, il convincimento su fatti di causa da un suo processo mentale, alla cui formazione e al cui controllo, a differenza di quel che accade per il mezzo

In sintesi, in dottrina, esiste una vasta gamma di posizioni intermedie che, senza giungere a riconoscere la piena efficacia probatoria alle prove atipiche, ne ammette però surrettiziamente l'utilizzo nel processo.

Va comunque evidenziato che il principio condizionante del “libero convincimento del giudice” non può essere utilizzato in modo indiscriminato per legittimare l'utilizzabilità delle prove c.d. “atipiche”, in sé e per sé considerate, senza che vi sia un riferimento a categorie probatorie già note, quali possono essere le prove per induzione, le presunzioni, *ex artt. 2727 – 2729 c.c.*, e /o gli argomenti di prova, *ex art. 116*, secondo comma, c.p.c. Questa impostazione è sostenuta da quella dottrina che, attenta ai principi basilari del “giusto processo”, precisa: *“Si ritiene, cioè, che tali prove “atipiche” – quali che siano nella varietà delle ipotesi possibili (ad es., dichiarazioni o scritture provenienti da terzi estranei alla lite; prove raccolte in processi diversi, con parti anche diverse; certificazioni amministrative, dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà, non provenienti da taluna delle parti in lite, e così via) – possano sempre essere liberamente apprezzate nel loro valore indiziario (o nella loro efficacia indiziaria), ben potendo costituire fonte di convincimento e fondamento della decisione, purché la loro credibilità od attendibilità sia confortata in positivo da “altri elementi di giudizio” (e, specificatamente, dalla mancata contestazione della parte nei cui confronti esse siano state prodotte) o, per converso, non sia esclusa o smentita in negativo dal raffronto critico con le altre risultanze del processo. In definitiva, quelle prove atipiche si traducono in elementi di giudizio e di convincimento (non autonomi e, quindi, privi di autosufficienza decisoria) che – soprattutto quando si tratti di dichiarazioni rese o di scritture provenienti da terzi – non potranno mai ambire a convertirsi in prova piena, ma sono tutt'al più suscettibili di integrare il fondamento fattuale della decisione, in concorso con ogni altro dato probatorio acquisito aliunde, se e in quanto risultino confermati (o comunque non smentiti) dal contesto di quegli altri dati disponibili”*²⁶³.

Vista l'ampiezza del dibattito che ha contrassegnato questa materia, in concreto, si sono moltiplicate le tesi ed i distinguo.

Come abbiamo avuto modo di precisare, gli orientamenti si dividono sostanzialmente in due filoni: uno che, anche con numerose sfaccettature, riconduce

di prova normativamente “tipizzato”, le parti sono sempre estranee, per insuperabile legge di natura. Da questi punti di vista Montesano segnala la rilevanza, anche in materia di prove atipiche, della disposizione di cui all'art. 183 cod. proc. civ. in forza del quale il giudice, quando volesse elaborare il suo convincimento anche sulla base di determinati argomenti di prova, ivi comprese, secondo l'autore, le prove atipiche, dovrebbe provocare sui di essi il contraddittorio delle parti. Per un approfondimento sul tema della utilizzabilità della prova atipica, *cfr.*, C. Bechis, *Prove atipiche*, nota a Cass. civ. II sez. 5 marzo 2010, n. 5440, *Giur. it.*, dicembre 2010, p. 2590 ss.

²⁶³ Sono parole di L. P. Comoglio, *Le prove civili*, 2010, p. 61, Utet. In tema di valutazione delle prove atipiche, *cfr.*, M. Conte, *Le prove civili*, Giuffrè, 2010, p. 581.

le prove atipiche allo schema delle presunzioni semplici *ex art. 2729 cod. civ.*, ed un altro che assegna alla prova atipica solo efficacia di argomento di prova²⁶⁴.

Si ritiene quasi concordemente che il rispetto dei procedimenti di formazione della prova, pur condizionando l'utilizzabilità delle sole prove formate all'interno del processo, non impedisce l'utilizzabilità delle prove, anche analoghe, formate fuori del processo. Sicché, secondo certa dottrina, la dichiarazione stragiudiziale di un terzo è utilizzabile come prova indiziaria, anche quando provenga da una persona che sarebbe incapace a testimoniare in base all'art. 246 c.p.c.²⁶⁵. Pertanto, deve riconoscersi efficacia probatoria agli atti notori, mentre può escludersi il valore probatorio delle dichiarazioni sostitutive degli atti di notorietà solo in base al principio per cui la parte non può derivare elementi di prova a proprio favore da proprie dichiarazioni. Va precisato, tuttavia, che la tesi permissiva espressa da questa dottrina non comporta necessariamente una costante ed automatica rilevanza delle prove atipiche ai fini della decisione. L'indirizzo, infatti, precisa i limiti di efficacia probatoria di tali dichiarazioni, in quanto prove atipiche formate al di fuori del contraddittorio, nel senso che tale efficacia potrebbe essere limitata alla sola ipotesi in cui tali prove indiziarie concordino, integrandole con le risultanze di prove assunte nel rispetto del diritto di difesa delle parti.

Altri autori esprimono dubbi sul valore indiziaro da attribuire agli atti notori ed alle dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà, anche se provenienti da terzi e non già da una delle parti in lite. Si sottolinea, infatti, che l'attribuire valore di prova piena alle attestazioni rese dal Sindaco o dai funzionari delegati su dichiarazioni comunque riferibili al dichiarante comporterebbe, tra l'altro, una vera e propria elusione delle norme sull'ammissibilità e sull'assunzione delle prove per testi.

Secondo alcuni studiosi: *“In assenza di una espressa regola legislativa di*

²⁶⁴ Molto interessante la posizione di A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, Riv. Trim. dir. proc. civ., 2011, 03, 0693, secondo cui: *“Entrambe queste idee non mi paiono persuasive. I sostenitori della prima notano, in sostanza, che se è vero che il giudice non può utilizzare direttamente le prove atipiche, è anche vero, che, ex art. 2729 c.c., egli può risalire liberamente da un fatto noto, qualunque esso sia, ad un fatto ignoro secondo il paradigma della presunzione semplice; e siccome la prova atipica è pur sempre un fatto (benché processuale), nulla può impedire che ad essa si attribuisca efficacia indiziaria e se ne deduca l'esistenza (o l'inesistenza) di un fatto, principale o secondario, da provare nel processo. Tale ricostruzione, all'apparenza ineccepibile sotto il profilo logico, e tutta giocata sulla c.d. atipicità dell'indizio, non può però essere accolta sotto il profilo giuridico, perché in pratica vanifica la distinzione tra i fatti rappresentativi...ed i fatti secondari ... che invece costituisce la pietra angolare su cui è incentrata tutta la disciplina delle prove, la quale riguarda i fatti rappresentativi e non i fatti secondari”*.

²⁶⁵ La tesi è sostenuta da Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, n. 355. Sul valore probatorio dei documenti provenienti da terzi cfr. Ronco, *Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti da terzi*, in Riv. dir. civ., 1986, II, p. 553 ss. cfr. anche Buffa, *Rilevanza delle dichiarazioni del terzo quali prove atipiche*, *Pluris Quotidiano*, Cedam, 21.3.2008.

esclusione, non si possa asserire l'assoluta inutilizzabilità nel giudizio civile della dichiarazione pro se contenuta in una scrittura privata autenticata, qual è la dichiarazione sostitutiva di atto notorio, ossia di un tipo di documento che certamente rientra in una delle categorie di mezzo di prova previste dal nostro legislatore. Piuttosto, trattandosi di uno strumento che viene in essere fuori del processo, l'esigenza che la pro se declaratio venga valutata dal giudice con particolare prudenza e cautela è ancora più sentita che nei confronti della stessa dichiarazione resa in sede di interrogatorio libero"²⁶⁶.

La dottrina più puntuale non condivide questa impostazione ritenendo che all'ingresso indiscriminato di siffatta documentazione si oppone al rispetto del contraddittorio e il principio dell'oralità²⁶⁷.

La tesi argomentativa negativa sostiene, infatti, che l'autocertificazione ha attitudine certificativa e probatoria esclusivamente in alcune procedure amministrative, mentre risulta priva di efficacia in sede giurisdizionale, in quanto nel processo civile le prove devono essere raccolte essenzialmente nel contraddittorio delle parti; diversamente opinando si eluderebbe il principio del giusto processo come riformulato dal nuovo testo dell'art. 111 Cost., per garantire il principio della parità delle armi processuali, nonché dell'effettività del diritto di difesa.

Come abbiamo visto, anche, la Suprema Corte ha affermato che la valenza preminente del principio dell'*onus probandi* impone che l'autocertificazione prevista dall'art. 46 d.P.R. 28.12. 2000, n. 445 può essere idonea ad attestare sotto la propria responsabilità fatti a sé favorevoli esclusivamente nel rapporto con una P.A. e nei relativi procedimenti amministrativi, ma nessun valore probatorio, neanche indiziario, può essere riconosciuto nell'ambito del giudizio civile, in quanto caratterizzato dal principio dell'onere della prova; ciò, tenuto conto che la parte non può derivare da proprie dichiarazioni elementi di prova a proprio favore e che solo la non contestazione o l'ammissione di controparte possono esonerare dall'*onus probandi* (Cass. civ., sez. lav., 23. 7. 2010, 17358, in Giust. civ., Mass. 2010, 9, 1148; in relazione alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, cfr. Cass. civ. sez. II, 30. 1. 2006, n. 1849,

²⁶⁶ Sono parole di C. Besso, Prova dei fatti e dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, Riv. dir. proc., 2000, 2, 602; cfr. A. Peligia, *Il documento amministrativo come prova "atipica" nel processo civile contro la P.A.*, DPrAM, 1994, 707.

²⁶⁷ L'esclusione del contraddittorio per il momento della formazione del documento lascerebbe comunque alla parte interessata la possibilità di far valere le sue ragioni successivamente alla produzione in giudizio; consentire l'esclusione di tale possibilità anche per questa fase determina in modo irrimediabile la violazione di un principio fondamentale, di rango costituzionale, posto alla base del sistema processuale non solo a tutela della parte, ma a tutela dell'equilibrio del giudizio e della collettività. Si veda anche B. Cavallone, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, Riv. dir. proc., 1978, 679, che ritiene un paradosso il fatto che "tutte le regole attinenti ai limiti di ammissibilità e alle modalità di acquisizione delle prove possono essere tranquillamente ignorate o private di contenuto normativo, solo se si abbia cura di definire atipico ciò che con esse non si concilia".

in Giust. civ. 2007, 3, 706, nonché Cass. civ., sez. III, 20.9.2004, n. 18856, in Giust. civ. Mass. 2004, 9).

Alcuni distinguono tra dichiarazioni di volontà e dichiarazioni di scienza (Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 468). Rispetto alle dichiarazioni di volontà, da chiunque provengano, il documento, pubblico o privato, è idoneo a provare in ogni caso l'esistenza, con la conseguenza che esse avranno efficacia negoziale prevista dagli art. 1321 e s. c.c., salva l'esigenza di certezza della data delle scritture private (art. 2704 c.c.). Per le dichiarazioni di scienza che provengano da terzi estranei al processo, il documento, pubblico o privato, è ancora idoneo a provarne l'esistenza, ma non è idoneo a conferire a esse efficacia probatoria; sicché esse non saranno utilizzabili come prova, se non acquisite nelle forme previste per l'esame testimoniale.

Per quelle provenienti da una parte del processo, invece, occorre distinguere tra quelle sfavorevoli all'interesse di chi le rende, che hanno l'efficacia probatoria della confessione (art. 2735 c.c.), e quelle favorevoli all'interesse di chi le rende, che non hanno di regola alcuna efficacia probatoria se non siano rese all'interno del processo, anche quando siano documentate in un atto pubblico (fanno eccezione i casi previsti dagli art. 2710 e 2734 c.c.)²⁶⁸.

Infatti, il nostro ordinamento attribuisce rilevanza alle dichiarazioni della parte solo se sono *contra se*, come nel caso della confessione giudiziale e stragiudiziale (art. 2730 cod. civ.) o a dichiarazioni a sé favorevoli nell'ipotesi di giuramento (art. 2736 cod. civ.), per la sacralità della formula utilizzata e delle conseguenze penali e civili che derivano dalla loro falsità. Ovvero solo in ipotesi specifiche.

7. La soluzione del contrasto e la sentenza delle Sezioni Unite n. 12065 del 2014

Le Sezioni Unite della Corte risolvono il contrasto ritenendo di condividere l'indirizzo della giurisprudenza e della dottrina che esclude l'efficacia probatoria dei documenti di cui si discute nell'ambito del procedimento civile. Si sostiene infatti che: *“Il Collegio ritiene il primo degli orientamenti richiamati più rispondente alla natura ed alle finalità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, consistente in una dichiarazione di scienza relativa a stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato desti-*

²⁶⁸ Cfr., G. Giancalone, *La dichiarazione sostitutiva di atto notorio non ha efficacia di prova nel rito civile*, Giust. civ. 1998, p. I, 2727 e con commento analitico di A. Graziosi, *Atto notorio, dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà e autocertificazione davanti al giudice civile*, RTDPC, 2000, 303-314. A. Caratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, RDPR, 2003, pp. 27-64.

nata a produrre effetti esclusivamente nell'ambito di un procedimento amministrativo per favorirne uno svolgimento più rapido e semplificato così come previsto dal d.P.R. 28.12.2000, n. 445".

Secondo la Suprema Corte, l'autocertificazione, prevista dall'art. 46 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, può essere idonea, ad attestare, sotto la responsabilità del dichiarante, fatti a sé favorevoli esclusivamente nel rapporto con una P.A. e nei relativi procedimenti amministrativi, ma nessun valore probatorio, neppure indiziario, può essere riconosciuto nell'ambito del giudizio civile, in quanto caratterizzato dal principio dell'onere della prova, dall'inviolabilità del contraddittorio, dall'inviolabilità del diritto alla prova contraria, dall'inutilizzabilità di prove atipiche, documentali o costituenti, che siano state reperite o formate in violazione dei divieti probatori, di origine legale o costituzionale stabiliti dal sistema.

Né a diverse conclusioni si può giungere ritenendo che la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà sia inseribile nell'ambito delle prove cosiddette atipiche, ostandovi il principio per il quale la parte non può costituire elementi di prova in suo favore da proprie dichiarazioni, pur dovendosi ritenere ammissibili alcune eccezioni, sostenute dalla prevalente giurisprudenza, come le scritture private provenienti da terzi estranei alla lite, o alla dichiarazione stragiudiziale proveniente dal terzo. In particolare, si precisa:

"Invero è evidente che una tale impostazione si pone in insanabile contrasto con il fondamentale principio per il quale la parte non può costituire in proprio favore elementi di prova, ai fini del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 cod. civ., da proprie dichiarazioni, come emerge dal rilievo che soltanto in casi specifici la legge attribuisce efficacia alle dichiarazioni favorevoli all'interesse di chi le rende; invero una simile evenienza si verifica solo laddove è espressamente prevista, come nei casi dell'art. 2710 cod. civ. (in base al quale i libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti, possono fare prova tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa) e dell'art. 2734 cod. civ. (riguardante l'inscindibilità delle dichiarazioni aggiunte alla confessione), entrambi qualificabili come eccezioni alla contraria regola generale).

La posizione negativa con riferimento al valore probatorio degli atti amministrativi in esame, viene temperata dal valore che si deve conferire, nell'ambito del procedimento civile, alla posizione assunta dalle parti, secondo i principi desumibili dall'art. 115 cod. proc. civ., come recentemente novellato. In sostanza, il comportamento del tutto inerte delle parti, in ipotesi di produzione di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, produce effetti sul piano della valutazione dell'assolvimento dell'onere probatorio a carico di chi abbia allegato il documento, secondo il principio di non contestazione.

Molto interessanti, a tal fine, le pregiate osservazioni del Collegio sul ruolo

assunto dal principio di non contestazione nel processo civile, anche a seguito delle novità introdotte dall'art. 45, comma 14, della legge 18.6.2009, n. 69. Si ritiene che: *“È agevole osservare che la disposizione richiamata, ispirata a finalità di semplificazione processuale, è riconducibile ai principi generali che caratterizzano il processo civile, ovvero al principio dispositivo, al principio delle preclusioni, che comporta per le parti l'onere di collaborare per circoscrivere il dibattito processuale alle questioni effettivamente controverse, al principio di lealtà processuale posto a carico delle parti, nonché al generale principio di economia processuale che deve informare il processo in conformità dell'art. 111 Cost.”*

La Corte, pertanto, ritiene indispensabile che la controparte assuma posizione sul contenuto di tale dichiarazione in conformità del principio di non contestazione, precisando la necessità che il comportamento processuale deve essere adeguato al contenuto della dichiarazione sostitutiva di atto notorio: *“L'onere di contestazione del contenuto della suddetta dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà posto a carico della parte nei cui confronti tale dichiarazione viene prodotta onde impedire l'operatività del principio di non contestazione nei termini sopra evidenziati, deve essere caratterizzato da un grado di specificità strettamente correlato e proporzionato al grado ed alle modalità di specificazione della qualità di erede contenuti nella dichiarazione sostitutiva medesima”*.

Nella specie, la decisione della Corte di Appello aveva rilevato che la dedotta qualità di erede non era stata adeguatamente provata dal ricorrente, che si era limitato a produrre una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà avente ad oggetto la sua qualità di fratello ed unico erede della parte che originariamente aveva partecipato al giudizio, senza dare conto della natura e del grado di parentela e della inesistenza di altri eredi, e che tale qualità era stata contestata dal Ministero resistente, che aveva espressamente dedotto la necessità della relativa prova mediante allegazione del titolo idoneo a fornire la prova della qualità di erede e della misura della quota.

A conclusione delle argomentazioni riportate nella parte motiva della sentenza, le Sezioni Unite ritengono di cassare con rinvio il decreto impugnato, posto che il giudice del merito non si era adeguatamente adoperato ad effettuare una valutazione comparativa tra il contenuto della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e la contestazione effettuata dal Ministero, al fine di accertate se detta contestazione fosse sufficientemente proporzionata al grado di specificità che caratterizzava il documento amministrativo in esame.

La nuova prima udienza con lo switch procedimentale ex art. 183 bis c.p.c. (legge 162/2014 in tema di degiurisdizionalizzazione): passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione²⁶⁹

Articolo di **Luigi VIOLA**

SOMMARIO: 1. La novella 2. La perimetrazione applicativa 3. La discrezionalità del giudice 3.1. La discrezionalità sull'an 3.2. La discrezionalità sul quomodo 4. Difficile coordinamento tra art. 183 c.p.c. ed art. 183 bis c.p.c. 5. Conclusioni.

I. La novella

La riforma²⁷⁰ sulla c.d. degiurisdizionalizzazione ha toccato diversi aspetti del processo, anche sotto il profilo orizzontale (arbitrato di prosecuzione e passaggio dal rito ordinario a quello sommario di cognizione), con il dichiarato intento di migliorare la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile.

In particolare, l'art. 14, comma 1, del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni nella legge 10 novembre 2014, n. 162 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 10 novembre 2014, n. 261), introduce l'art. 183 bis²⁷¹ c.p.c. che prevede uno snodo procedimentale, legittimando il giudice a spostare²⁷² la "lite" dal rito ordinario al rito sommario di cognizione, ex art. 702 ter

²⁶⁹ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 12.6.2015, *La Nuova Procedura Civile*, 2,2015.

²⁷⁰ Per approfondimenti sul tema, si veda DALFINO (a cura di), *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, Torino, 2015; per i primi commenti, si veda AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, Torino, 2015; SCARSELLI, *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162) : Il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Foro it.*, 2015, 1, 54; MONTARULI, *L'arbitrato e la negoziazione assistita nell'ambito delle misure urgenti di degiurisdizionalizzazione*, in *La Nuova Procedura Civile*, 6, 2014; LUDOVICI, *L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione: prime riflessioni sull'arbitrato di prosecuzione e sulla negoziazione assistita*, Roma, 2014; STORANI, *Il pignoramento presso terzi nel prisma della degiurisdizionalizzazione*, in *La Nuova Procedura Civile*, 6, 2014; MEI, *Commento a prima lettura sulle misure di degiurisdizionalizzazione*, in *La Nuova Procedura Civile*, 6, 2014; CERRI, *Vedi alla voce: "Degiurisdizionalizzazione" (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti)*, in *Judicium.it*, 2014;

²⁷¹ Per CONSOLO, *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione ed adr?*, in *Corriere Giur.*, 2014, 10, 1263, il nuovo art. 183 bis c.p.c. non è ben scritto.

²⁷² Per AMENDOLAGINE, *Processo civile: le novità del decreto degiurisdizionalizzazione*, Milano, 2014, 175, il passaggio da un rito ordinario a quello speciale e viceversa non è una novità, sussistendo già

c.p.c., previo contraddittorio mediante trattazione orale o scritta.

Il rito sommario di cognizione può, oggi, essere attivato secondo tre modalità:

- a scelta della parte, in base all'art. 702 bis;
- per imposizione di legge²⁷³, relativamente al rito sommario impuro²⁷⁴ ex d.lvo 150/2011;
- per scelta del giudice, ex art. 183 bis c.p.c.

La fattispecie dell'art. 183 bis c.p.c. è speculare a quella prevista all'art. 702 ter comma 3 c.p.c.

Esattamente, l'art. 183 bis c.p.c. così recita: *nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, il giudice nell'udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio anche mediante trattazione scritta, con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell'articolo 702-ter e invita le parti ad indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria. Se richiesto, può fissare una nuova udienza e termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali e termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali e termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria.*

In sostanza, viene fissato uno switch procedimentale alla prima udienza:

- se la lite e l'istruzione probatoria sono complesse, allora la causa procede secondo il modello di cui all'art. 183 c.p.c., con assegnazione del c.d. triplo termine²⁷⁵ per presentare memorie (se richiesto);
- se la lite e l'istruzione probatoria non sono complesse, allora la causa può procedere secondo il modello di cui all'art. 183 bis²⁷⁶ c.p.c., con eventuale e discrezionale assegnazione di un doppio termine per presentare memorie²⁷⁷ (se richiesto).

La novella si applica ai procedimenti introdotti dopo trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione, e quindi a partire dal 11 dicembre 2014; la norma parla di *procedimenti introdotti* e non di *procedimenti pendenti*, con

dei precedenti come testimoniano gli artt. 426-427 c.p.c.

²⁷³ BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Padova, 2011, agg. N. 2, 2014, 7).

²⁷⁴ VIOLA, *La semplificazione dei riti civili*, Padova, 2011.

²⁷⁵ Per approfondimenti, sia consentito il rinvio a VIOLA, *L'udienza di prima comparizione ex art. 183 c.p.c.*, 183, Milano, 2011.

²⁷⁶ Evidenzia VALERINI, in LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Torino, 2014, *che il passaggio dal rito ordinario a quello sommario determina a favore della parte che aveva anticipato il contributo unificato in misura intera la nascita di un diritto di credito nei confronti dell'Erario per la differenza di quanto dovuto.*

²⁷⁷ Si tratta di un termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali e termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prove contrarie.

la conseguenza che sembra riferirsi alla data d'iscrizione a ruolo e non a quella della notificazione della citazione²⁷⁸.

2. La perimetrazione applicativa

Quando è predicabile l'art. 183 bis c.p.c.?

Lo switch procedimentale dell'art. 183 bis c.p.c. è utilizzabile nelle cause:

- in cui sussiste la competenza del tribunale; ne segue che tale udienza non può riguardare il procedimento dinanzi al giudice di pace;
- in cui il tribunale giudica in composizione monocratica; pertanto, l'art. 183 bis c.p.c. non è operativo nelle cause di cui all'art. 50 bis c.p.c.;
- in cui il procedimento prevede l'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c.; con la conseguenza che escono dalla perimetrazione applicativa i procedimenti speciali del lavoro e locatizi;
- dove emerge la non complessità della lite e dell'istruzione probatoria (necessaria).

L'unica occasione utile per procedere ex art. 183 bis c.p.c. è la prima udienza; dopo non è più possibile, come desumibile dall'inciso "nell'udienza di trattazione", salvo che alla prima udienza sia stato disposto un mero rinvio²⁷⁹.

3. La discrezionalità del giudice

La disposizione *de qua* attribuisce un ampio potere al giudicante²⁸⁰, in coerenza con il suo ruolo direttivo²⁸¹ ex art. 175 c.p.c., dato dall'inciso "può", ripetuto due volte e riferito ad attività diverse.

Il giudice, cioè, non è tenuto a concedere termini per memorie come avviene nell'udienza tradizionale ex art. 183 c.p.c., ma ha una mera facoltà; infatti, mentre nell'art. 183 c.p.c. è scritto "se richiesto, il giudice concede", all'art. 183 bis c.p.c. è scritto "può"²⁸².

In particolare, il duplice potere discrezionale si manifesta:

- nella possibilità (discrezionalità sull'*an*) di disporre il passaggio dal rito or-

²⁷⁸ Così BRUNELLI, in CARPI-TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, sub art. 183 bis, 815, Padova, 2015.

²⁷⁹ D'AGOSTO-CRISCUOLO, *Prime note sulle "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"*, in *ilCaso.it*, 2014.

²⁸⁰ Appare utile lo schema di SPINA, *Udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa (artt. 183-183 bis c.p.c.)*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2015.

²⁸¹ Sia consentito, sul punto, il rinvio a VIOLA, *Diritto processuale civile*, Padova, 2013, 123.

²⁸² MINARDI, *Riforma della giustizia 2014. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Lexform.it*, 2014; ACCOTI, *Questioni procedurali. Il coordinamento tra l'art. 183 e il nuovo 183 bis c.p.c.: le possibili insidie*, in *Studiocataldi.it*, 2014.

- dinario al rito sommario di cognizione; tale discrezionalità, però, è arginata da due limiti;
- a) contraddittorio (“previo contraddittorio”);
 - b) invito alle parti ad indicare i mezzi di prova e le prove contrarie (“invita le parti”);
- nella possibilità di fissare una nuova udienza e termini perentori, se richiesto (discrezionalità sul *quomodo*).

3.1. La discrezionalità sull’an

La discrezionalità sull’an è sostanzialmente tecnica e non pura, trovando la sua linfa legittimante nell’art. 175 c.p.c., laddove al giudice vengono attribuiti tutti i poteri “intesi al più sollecito” svolgimento del procedimento.

Inoltre, tale discrezionalità è comunque perimetrata:

- dalla valutazione sulla complessità della lite e dell’istruzione probatoria;
- dall’obbligo/dovere di sottoporre il progetto (o ipotesi) di conversione del rito al contraddittorio (“previo contraddittorio”), con la conseguenza che le parti potranno evidenziare:
 - a) la complessità della questione così da sollecitare una continuazione del procedimento nel senso ordinario ex art. 183 c.p.c.;
 - b) oppure evidenziare la semplicità della questione così condividendo il progetto di conversione in favore della prosecuzione ex art. 702 ter c.p.c..

Il contraddittorio può svolgersi anche mediante trattazione scritta, oltre che orale: se è orale, allora il contraddittorio si svolgerà in udienza; se, invece, è scritto, come si dovrà procedere? Come va decodificato l’inciso “trattazione scritta”?

Parte della dottrina²⁸³ sembra optare per l’assegnazione dei termini, con la conseguenza che si avrebbe allora, dopo l’udienza, uno scambio di memorie che potrebbero arrivare a tre, né più e né meno, per numero, che quelle previste nel rito ordinario²⁸⁴:

- la prima memoria sarebbe quella della trattazione scritta, appunto;
- la seconda memoria, eventuale ed espressione della citata discrezionalità sul *quomodo*, sarebbe quella di quindici giorni al massimo, per l’indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
- la terza memoria, necessaria se disposta quella precedente, sarebbe quella di dieci giorni, per le sole indicazioni di prova contraria.

Pertanto:

²⁸³ BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in *GiustiziaCivile.com*, 2014, 17.

²⁸⁴ BRIGUGLIO, *cit.*

- se la trattazione è orale, allora il contraddittorio si svolge in udienza²⁸⁵, ed all'esito il giudice dispone, con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell'articolo 702 ter c.p.c., invitando "le parti ad indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria";
- diversamente, se la trattazione è scritta, allora il contraddittorio dovrebbe svolgersi per il tramite dell'assegnazione di termini per presentare memorie²⁸⁶; si tratterebbe in particolare di scambio di memorie autorizzate con rinvio dell'udienza di trattazione o assunzione del fascicolo a riserva, ferme le preclusioni anteriormente cadute²⁸⁷; con la conseguenza che nella nuova udienza, poi, le parti potranno essere invitate ad indicare mezzi di prova e relative prove contrarie (il giudice invita "le parti ad indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria").

Su quest'ultimo aspetto, è stato giustamente osservato²⁸⁸ che c'è da augurarsi che la prassi eviti una trattazione scritta, mediante scambio di comparse o memorie autorizzate, sulla sola questione inerente alla *passerelle* dal rito ordinario a quello sommario, tutto potendosi e dovendosi risolvere nella discussione orale in seno alla prima udienza: diversamente, la necessità di una trattazione scritta sulla conversione o meno nel rito sommario sarebbe *probatio probata* che la causa semplice non è affatto.

3.2. La discrezionalità sul *quomodo*

La discrezionalità tecnica sul *quomodo* si concretizza nella possibilità, se richiesto²⁸⁹ (anche da una sola parte, si ritiene), di fissare una nuova udienza, eventualmente in aggiunta a quella di mero rinvio, con assegnazione:

- di un termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
- di un termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria.

Si tratta di un'eventualità in quanto la regola è che si svolga tutto in udienza ex art. 183 bis c.p.c., ivi comprese le richieste istruttorie; ciò è desumibile dai

²⁸⁵ Tribunale Bologna, 28.5.2015, in *ilCaso.it*, 2015.

²⁸⁶ In questo senso, tra gli altri, DELLA VEDOVA, *Alcune riflessioni intorno all'art. 183 bis del codice di rito civile ed al giudizio sommario di cognizione*, in *Judicium*, 2015.

²⁸⁷ TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 2, 490.

²⁸⁸ TEDOLDI, *cit.*

²⁸⁹ Per TEDOLDI, *cit.*, se vi è istanza di parte per l'assegnazione del duplice termine, questo deve essere concesso, di un potere-dovere vincolato.

rilievi che:

- la norma è strutturata come rapporto tra regola ed eccezione, laddove la prima parte rappresenta la regola e la seconda l'eccezione;
- le richieste istruttorie devono essere presentate nella "stessa udienza"²⁹⁰ in seguito ad invito del giudice, mentre i termini vengono concessi solo su richiesta (a cui segue una risposta non vincolata visto che è scritto "può").

Nella medesima direzione interpretativa, si muove la prima giurisprudenza²⁹¹ sul punto, secondo cui la regola prevede che la deduzione dei mezzi di prova avvenga nella stessa udienza, ma si può derogare alla luce della novità normativa.

Come vanno calcolati, però, questi termini? Sono termini che individuano il *dies ad quem* nella nuova udienza, oppure il *dies a quo* nella nuova udienza, oppure il *dies a quo* nella prima udienza (quella dove ha operato lo switch)?

Si ritiene che il *dies a quo* vada individuato nella prima udienza perché:

- non è scritto prima dell'udienza;
- è utilizzata la medesima struttura letterale dell'art. 183 c.p.c. che, come noto, prevede l'assegnazione del triplice termine cristallizzando il *dies a quo* nell'udienza stessa.

4. Difficile coordinamento tra art. 183 c.p.c. ed art. 183 bis c.p.c.

L'art. 183 bis c.p.c. non è espressamente coordinato con l'art. 183 c.p.c., con il corollario che si pongono dubbi interpretativi in ordine alla perimetrazione applicativa dell'uno rispetto all'altro.

La dottrina prevalente afferma che il contraddittorio a cui si riferisce l'art. 183 bis c.p.c. riguarda solo l'oggetto della conversione del rito²⁹²; ciò è condivisibile laddove si evidenzi che è scritto come il giudice possa disporre la conversione del rito - con ordinanza non impugnabile²⁹³ - "previo contraddittorio" così lasciando ipotizzare che quest'ultimo abbia per oggetto solo la "convertibilità".

Che succede, però, se il convenuto spiega domanda riconvenzionale: sussiste,

²⁹⁰ Per DELLA VEDOVA, *Alcune riflessioni intorno all'art. 183 bis del codice di rito civile ed al giudizio sommario di cognizione*, in *Judicium*, 2015, il riferimento alla "stessa udienza" potrebbe essere decodificato come prima udienza dopo la conversione del rito; sarebbe la prima udienza già all'interno del rito sommario.

²⁹¹ Tribunale di Bologna, sezione seconda, ordinanza del 28.5.2015, in *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2015.

²⁹² BRIGUGLIO, *cit.*; TEDOLDI, *cit.*

²⁹³ Per BARTOLINI, *La riforma della giustizia civile*, Piacenza, 2015, 55, che l'ordinanza, anche in questo caso, deve essere succintamente motivata ex art. 134 c.p.c.; inoltre, deve ammettersi che "l'ordinanza con la quale viene decisa la controversia possa essere impugnata, con l'appello, anche deducendo come motivo di gravame la lesiva pronuncia del provvedimento di mutamento del rito".

esemplificativamente, ancora la possibilità di predisporre la c.d. *reconventio reconventionis*? Che succede, poi, se vi è necessità di chiamare in causa un terzo? E se deve essere integrato il contraddittorio, come si deve procedere? È possibile modificare la domanda?

Si ritiene, in questa sede, che l'art. 183 bis c.p.c. debba necessariamente essere letto in modo integrato rispetto all'art. 183 c.p.c., al fine di salvaguardare il diritto di difesa e del giusto processo, ex artt. 24-111 Cost.: alla prima udienza il giudice e le parti potranno comunque svolgere le loro attività, relative ai primi cinque commi dell'art. 183 c.p.c.; in particolare:

- sarà predicabile la c.d. *reconventio reconventionis* alla prima udienza²⁹⁴, in conformità all'inciso "l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto", ex art. 183 comma 5 c.p.c.;
- sarà possibile chiamare in causa il terzo, in conformità all'inciso "può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto", ex art. 183 comma 5 c.p.c.;
- sarà integrabile il contraddittorio, ex art. 183 comma 1 c.p.c.;
- sarà possibile precisare e modificare quanto già scritto, in conformità all'inciso "possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate", ex art. 183 comma 5 c.p.c.

Questa lettura, per così dire, integrata trova linfa legittimante nei rilievi che:

- l'art. 183 bis c.p.c. attribuisce al giudicante un potere ("può disporre") aggiuntivo, ma non gli sottrae il dovere di verificare "d'ufficio la regolarità del contraddittorio" eventualmente pronunciando i provvedimenti necessari ex art. 183 comma 1 c.p.c.; *id est*: c'è un potere in aggiunta, che non implica per nulla un dovere in meno; in pratica, dire che qualcuno può fare qualcosa, non significa che non deve più fare quello che fino ad oggi ha fatto;
- diversamente opinando verrebbero direttamente vulnerati gli artt. 24-111 Cost. perché sarebbe *de facto* impedita la difesa effettiva contribuendo alla realizzazione di un processo ingiusto.

Il *punctum dolens* si pone, invero, dopo lo svolgimento delle attività ordinarie: se, in una causa non complessa, le parti chiedono la concessione del triplo termine per le tre memorie ex art. 183 c.p.c., cosa succede?

Il giudice deve concedere tale triplo termine in base al comma 6 dell'art. 183 c.p.c. ("se richiesto, concede"), oppure è comunque legittimato a convertire il rito in favore di quello sommario per la via dell'art. 183 bis c.p.c. ("può disporre") laddove, appunto, la lite non appaia complessa?

La differenza non è di poco conto perché:

²⁹⁴ Per approfondimenti, sia consentito il rinvio a VIOLA, *L'udienza di prima comparizione ex art. 183 c.p.c.*, cit.

- se si segue la strada dell'art. 183 c.p.c., allora il *thema decidendum* potrà cristallizzarsi con la seconda memoria ed il *thema probandum* con la terza;
- se si segue la strada dell'art. 183 bis c.p.c., allora *thema decidendum* e *probandum* potrebbero “chiudersi” in prima udienza (“il giudice invita le parti ad indicare, nella stessa udienza, a prova di decadenza i mezzi di prova ... e la relativa prova contraria”).

A favore della strada dell'art. 183 c.p.c. si evidenzia che:

- il processo civile è essenzialmente su impulso di parte e segue il c.d. principio dispositivo in senso processuale, con la conseguenza che si dovrebbe dare la prevalenza a ciò che le parti chiedono sul terreno probatorio; se le parti chiedono di termini, allora questi devono essere concessi ex art. 183 comma 6 c.p.c.;
- diversamente opinando, vi sarebbe il rischio di ledere i diritti di difesa delle parti che abbiano fatto incolpevole affidamento sulla concessione di memorie per le richieste istruttorie.

Tale tesi, però, non convince del tutto; appare più convincente la “strada” dell'art. 183 bis c.p.c. per le seguenti ragioni:

- è vero sì che il processo civile è animato dal c.d. principio dispositivo in senso processuale, ma è pur vero che spetta al giudice dirigere il processo ex art. 175 c.p.c.; sotto questo profilo, la scelta della conversione del rito sembra rientrare di più nel sollecito svolgimento del processo, ex art. 175 c.p.c., che nel principio dispositivo sopra detto soprattutto in considerazione del fatto che non vengono a monte negate le pretese istruttorie, ma viene scelto il modo e tempo con cui debbano essere formulate;
- se la normativa processuale è mutata, per l'intervento del d.l. 132/2014 convertito in l. 162/2014, allora l'affidamento sulla possibilità di poter godere certamente dell'assegnazione del triplo termine su richiesta è colpevole e non più incolpevole, così non potendo più giustificarsi;
- diversamente argomentando, si rischierebbe di optare per un'*interpretatio abrogans* sostanziale rispetto al nuovo art. 183 bis c.p.c., in quanto qualsiasi parte, anche solo per ragioni dilatorie (e, non di rado, una parte ha interesse a far allungare il processo), potrebbe chiedere la concessione del triplo termine ex art. 183 c.p.c. così impedendo di fatto la piena operatività dell'art. 183 bis c.p.c.; sarebbe, cioè, sempre possibile impedire al giudice di convertire il rito.

Vero è invece che, così leggendo l'art. 183 bis c.p.c., perde di portata l'art. 183 c.p.c. con riferimento all'inciso “se richiesto, il giudice concede”: con la riforma, leggendo insieme l'art. 183 bis c.p.c. con l'art. 183 c.p.c., se richiesto il triplo termine, il giudice potrà concederlo oppure convertire il rito (previo contraddittorio) invitando le parti ad indicare prove e controprove (con eventuale concessione di un doppio termine su richiesta).

5. Conclusioni

Alla luce di quanto detto, può ben accadere, ex art. 183 bis c.p.c., che il giudice disponga “che si proceda a norma dell’art. 702 ter c.p.c.”, laddove la lite non appaia complessa; tale conversione non nega in assoluto la possibilità di presentare richieste istruttorie perché la discrezionalità che emerge qui è solo sull’*an*: il giudice può sì discrezionalmente convertire il rito, ma se così procede, allora deve disporre anche il contraddittorio ed invitare le parti a presentare almeno in udienza le richieste istruttorie; il giudice è, cioè, obbligato a dare spazio alle richieste istruttorie, seppur alla prima udienza ed eventualmente può anche concedere termini (discrezionalità sul *quomodo*).

Pertanto, schematicamente ex art. 183 bis c.p.c., quando il giudice decide di convertire il rito (discrezionalità sull’*an*):

- allora deve procedere a contraddittorio;
- allora deve dare almeno la possibilità di presentare le richieste istruttorie in udienza (“invita le parti ad indicare”);
- può concedere, se richiesto, un duplice termine (discrezionalità sul *quomodo*).

In definitiva, la conversione del rito non rischia di ledere la difesa, ma ne impone una modalità e tempistica diversa.

L'ignoranza non scusabile di norme e giurisprudenza ed il dolo processuale a confronto con la responsabilità aggravata di cui all'art. 96, comma III c.p.c.²⁹⁵

Nota di Gianluca LUDOVICI

IGNORANZA NON SCUSABILE DI NORME ED ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI – TRAVISAMENTO DEL SENSO DELLA NORMA E/O DELLA PRONUNCIA GIURISPRUDENZIALE – TENTATIVO DI INDURRE IN ERRORE IL GIUDICE – DOLO PROCESSUALE – INTEGRAZIONE DELLA FATTISPECIE DELLA RESPONSABILITÀ PROCESSUALE AGGRAVATA EX ART. 96, COMMA III C.C.P.: AMMESSA.

“Quando la tesi attorea è sintomo di ignoranza inescusabile del dettato normativo e dell’evoluzione della giurisprudenza (citata a sproposito) o di dolo processuale nel tentativo di indurre in errore il giudicante sul fatto che una certa sentenza della Suprema Corte abbia detto una cosa che in realtà non ha mai detto, allora si giustifica la sanzione ex art. 96 c.p.c.” [Tribunale di Padova, sezione seconda, sentenza del 10.3.2015].

(TRIBUNALE CIVILE DI PADOVA, Sez. II Civile, sentenza in data 10.03.2015)

SOMMARIO: 1. Il fatto - 2. La responsabilità processuale ex art. 96 c.p.c.: ratio, natura e funzione - 3. Gli orientamenti della giurisprudenza in tema di responsabilità aggravata: criteri di individuazione delle ipotesi di responsabilità e criteri di liquidazione del danno - 4. Le argomentazioni a sostegno della punibilità ex art. 96 c.p.c. della cosiddetta “ignoranza inescusabile” o del dolo processuale - 5. Considerazioni e conclusioni.

I. Il fatto

La sentenza in commento costituisce un pronunciamento innegabilmente rilevante ed interessante in tema di responsabilità processuale aggravata, in quanto si inserisce nel novero dei provvedimenti che per primi fanno applicazione dell'art. 96, comma III c.p.c. e poiché per primo apre alla possibilità di ricondurre a questa peculiare fattispecie sanzionatoria di tipo risarcitorio le ipotesi

²⁹⁵ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 14.5.2015, *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2015.

non tanto e non solo di dolo processuale, ma anche quelle di “ignoranza non scusabile” di una delle parti del processo civile, consistenti in un impiego volutamente o colposamente distorto delle disposizioni di legge e/o degli indirizzi giurisprudenziali diretto ad ottenere dall’organo giurisdizionale adito un risultato favorevole alle proprie tesi.

Più correttamente, il Tribunale padovano, ritenuta nel caso di specie l’esistenza di un’ipotesi di ignoranza inescusabile o addirittura di un vero e proprio dolo processuale²⁹⁶, ha creduto conforme a diritto l’applicazione della norma di cui all’art. 96 c.p.c. al caso in cui si dimostri che una parte ha avanzato le proprie domande o sollevate le proprie eccezioni (*rectius*: ha agito o resistito in giudizio, per dirla con l’art. 24 Cost.) avendovi posto a fondamento disposizioni di legge o principi di diritto travisati rispetto a quelli reali, indipendentemente dal fatto che tale *mala interpretatio* sia frutto di errore o di dolo.

La questione sottesa alla vicenda in esame è, come spesso accade con le pronunce degli organi giurisdizionali di ogni ordine e grado, di particolare importanza pratica e di preminente rilevanza giuridica, in quanto consente di comprendere o quanto meno riflettere su ciò che l’ordinamento permette alle parti nell’esercizio del sacrosanto diritto di difesa e quali implicazioni di fatto e/o di diritto possano avere determinate condotte processuali tenute dalle parti in senso sostanziale o processuale.

Questi in breve i fatti di causa. Gli attori citavano in giudizio dinanzi al Tribunale Civile di Padova la convenuta, deducendo di aver stipulato un mutuo a tasso variabile per l’importo di euro 170.000,00 al tasso convenzionale del 3,50% ed al tasso di mora pari al 5,50%: evidenziavano coloro che avevano agito in giudizio che al momento della stipula il tasso soglia usura fosse pari al 6,24%.

Deducevano gli attori, inoltre, che già dalle esposizioni di questi pochi valori si potesse evincere come il tasso concordato fosse usurario fin dalla sua pattuizione e per corroborare questa deduzione affermavano che la Suprema Corte con la sentenza n. 350/2013 avesse affermato che, ai fini della verifica della usurarietà dei ratei di interesse, il tasso convenzionale ed il tasso di mora andassero sommati cosicché, se fosse stata vera questa deduzione, effettiva-

²⁹⁶ L’art. 96 c.p.c. nella formulazione post riforma avvenuta con la Legge 18.06.2009, n. 69, dispone che: “*Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell’altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d’ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l’inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l’esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l’attore o il creditore precedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell’articolo 91, il giudice, anche d’ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*”.

mente il tasso da confrontare sarebbe stato pari al 9% (3,50% + 5,50%) ovvero di molto superiore al tasso del 6,24% che rappresentava *ratione temporis* il tasso soglia.

Deducevano ancora gli attori che in seguito quel mutuo venne rinegoziato e trasformato da tasso variabile a tasso fisso con un tasso convenzionale pari al 5% ed uno di mora di 5 punti superiori al tasso nominale (tasso nominale che nel contratto viene quantificato nel 4,25%) e, quindi, al 10% (in questo caso, però, si trattava evidentemente di un mero errore di calcolo contenuto nell'atto di citazione, essendo il risultato dell'operazione di addizione allegata da parte attrice pari a 9,25% e non a 10%) laddove il tasso soglia *pro tempore* vigente era pari al 9,45%. Nel corso delle memorie (ed in parte anche nell'atto di citazione) gli attori facevano un generico riferimento anche alle ulteriori voci di spesa che, insieme ai tassi base, avrebbero concorso a portare i tassi pattuiti oltre la soglia.

Si costituiva la convenuta chiedendo il rigetto delle domande attoree e particolarmente censurando la appena esposta seconda deduzione attorea in virtù della quale anche le spese collegate all'erogazione del credito avrebbero dovuto concorrere a far superare il tasso soglia.

La causa, oggettivamente di natura prettamente documentale, veniva trattata in decisione senza alcuna attività istruttoria; il giudice adito, pertanto, all'esito del deposito delle comparse conclusionali e delle successive repliche *ex art. 190 c.p.c.* pronunciava sentenza di rigetto delle domande attoree con la seguente testuale motivazione:

“Va infatti osservato che, come risulta aritmeticamente dai valori esposti nella parte narrativa della presente decisione, sia il mutuo originario, che essendo a tasso variabile o ha tassi usurari fin dal suo sorgere oppure non può mai essere usurario visto che i suoi tassi salgono o scendono in base all'andamento degli indici di riferimento collocandosi sempre per definizione entro il tasso soglia, sia quello fisso rinegoziato, sono stati previsti con tassi, convenzionali e di mora, pacificamente e documentalmente entro la soglia.

L'unico modo per cui, sulla base delle deduzioni attoree dimesse nell'atto di citazione, quei due mutui potrebbero essere considerati ab origine usurari è se si ritenesse che la sentenza 350/2013 della cassazione abbia detto che al fine della verifica si debbano sommare il tasso convenzionale con quello moratorio.

Fortunatamente la Cassazione non ha mai detto una simile mostruosità poiché la citata decisione ha solo detto che il tasso di mora deve essere tenuto in conto ai fini della valutazione della usurarietà e ciò vuol dire che il Giudice deve verificare se, il tasso convenzionale e quello di mora singolarmente considerati, superino o meno il tasso soglia non potendosi accontentare di verificare il solo tasso convenzionale come era opinione isolata ma presente

prima di quella decisione.

La deduzione spiegata nel corso delle memorie dagli attori per cui la parte vorrebbe far rientrare nel costo del mutuo anche tutta una serie di voci mai citate ed introdotte con l'atto di citazione, oltre ad essere metodologicamente sbagliata, è anche tardivamente allegata sicché non se ne può tenere alcun conto.

Alla luce delle superiori considerazioni le domande attore sono manifestamente infondate e vanno integralmente rigettate.

Sul comportamento processuale degli attori valgano le seguenti considerazioni: essi hanno agito in giudizio pur consapevoli di essere privi di qualsiasi prova delle loro asserzioni, ed un tanto si evince proprio dal fatto che le uniche doglianze che la parte ritiene di introdurre nel procedimento con il suo atto, sono relative a doglianze che non hanno trovato alcun riscontro probatorio poiché l'unica o comunque la principale doglianza era affidata al fatto che il tasso di interesse pattuito fin dal sorgere del rapporto fosse usurario ed un tanto la parte ha dedotto riferendo che la sentenza Cass. n. 350/2013 abbia detto che, ai fini della verifica se il tasso pattuito sia o meno usurario, gli interessi corrispettivi vadano sommati agli interessi moratori.

Tale deduzione è falsa, nel senso che la sentenza richiamata dalla parte non ha mai detto una simile assurdità, poiché quella decisione ha detto, al contrario, che gli interessi di mora vanno "tenuti in conto" ovvero che per valutare se le pattuizioni siano o meno legittime si debba verificare che sia gli interessi convenzionali che quelli di mora debbano essere al di sotto della soglia usura. Che le due voci debbano essere sommate è invece fantasiosa deduzione della parte che non trova alcun riscontro nel testo della decisione e sostenere il contrario, ostinandosi a sostenerlo nonostante la precisa e puntuale presa di posizione della banca che ha fatto proprio tale deduzione nel costituirsi, è sintomo di ignoranza inescusabile del dettato normativo e dell'evoluzione della giurisprudenza in subiecta materia che viene citata a sproposito o di dolo processuale nel tentativo di indurre in errore il giudicante sul fatto che una certa sentenza della Suprema Corte abbia detto una cosa che in realtà non ha mai detto.

In entrambi i casi l'intera impostazione che la parte ha dato alla presente causa è sintomo di grave negligenza a fronte della totale vaghezza delle deduzioni dimesse, peraltro introdotte con atto fatto sostanzialmente in serie rispetto a tanti procedimenti similari, all'unico scopo di ottenere una CTU che sopperisca al vuoto argomentativo dell'atto di citazione.

Tale condotta processuale merita di essere opportunamente sanzionata ex art. 96 c.p.c. anche in considerazione del fatto che, tale modo di affrontare la materia bancaria, denota la volontà di creare un contenzioso seriale in questa materia che invece è estremamente tecnica e complessa e che, colpa anche la

gravissima congiuntura economica che ha colpito famiglie e imprese, meriterebbe di essere trattata con diverso approccio processuale.

In punto di applicabilità della sanzione processuale per responsabilità aggravata va osservato che, tale comportamento, può essere sanzionato non solo su richiesta di parte, ma anche d'ufficio ex art. 96 c. 3 c.p.c., così come modificato dalla L. 69/09, in considerazione del fatto che con tale riforma il legislatore ha introdotto una forma di "punitive damages" in considerazione del danno arrecato al sistema giudiziario che, inteso nella sua complessità, è già gravato da milioni di procedimenti pendenti per cui, l'aggravamento del carico complessivo con procedimenti introdotti per finalità strumentali e dilatorie, è un comportamento abusivo che merita di essere adeguatamente sanzionato con il pagamento di una somma equitativamente individuata.

Tale risarcimento tende a ristorare, sia il danno arrecato alla parte ingiustamente coinvolta nel presente procedimento, sia il danno arrecato al sistema giudiziario nel suo complesso per aggravio di cause che, tutte insieme, concorrono a formare un numero di procedimenti che ormai da tempo superano quanto si possa esigere in termini di produttività da un singolo Giudice così che normalmente lo stesso sia impossibilitato a definire la totalità dei procedimenti gravanti sul suo ruolo entro i termini che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo ritiene equi, ovvero tre anni dalla data di iscrizione a ruolo per un procedimento di primo grado così come recepito nel nostro ordinamento con la legge 89/2001 c.d. Legge Pinto in applicazione dell'art. 6 C.E.D.U., così da esporre, in ultima istanza, lo Stato Italiano a continue sanzioni pecuniarie per la durata irragionevole dei suoi procedimenti giudiziari. Tutto ciò considerato sanzione equa, anche alla luce del principio di diritto espresso dalla Cass. Sez. 6 -2, Ordinanza n. 21570 del 30/11/2012, appare essere quella pari al quintuplo delle spese di lite liquidate ai sensi del DM 55/2014.

Le spese del presente procedimento seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo ai sensi del D.M. 55/2014 pubblicato nella G.U. del 02/04/2014 applicabile a questo procedimento giusto il disposto della norma transitoria contenuta nell'art. 28 del suddetto regolamento, così come stabilito anche da Cass. SSUU n. 17406/2012 del 25/09/2012, evidenziando in particolare che nella presente causa non si rinvenivano specifici elementi di personalizzazione che giustificano il discostarsi dai valori medi, ad eccezione che per una riduzione del 50% dei compensi per la fase istruttoria nella quale non sono state espletate prove orali, ma solo dimesse le memorie istruttorie e della fase decisoria a fronte dell'assenza del deposito delle comparse conclusionali".

2. La responsabilità processuale ex art. 96 c.p.c.: ratio, natura e funzione

Il primo aspetto da considerare è, quindi, il dato normativo, che sarà esaminato senza velleità di esaustività con particolare riferimento alle ragioni giustificatrici, alla natura ed alle funzioni dell'istituto *de quo*: l'art. 96 c.p.c. dopo la riforma del 2009 risulta composto da tre commi, l'ultimo dei quali, a ben vedere e secondo un'interpretazione letterale e sistematica, non fa altro che attribuire all'organo giurisdizionale adito per la risoluzione di una controversia un potere officioso di condanna di una delle parti al pagamento di una somma in favore dell'altra, sul presupposto che la prima abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave²⁹⁷ oppure abbia intrapreso una particolare serie di azioni giudiziali in forza di un diritto che il giudice stesso accerti essere inesistente²⁹⁸.

Dal combinato disposto del primo (da ritenersi in rapporto di *lex generalis* a *lex specialis* rispetto al secondo termine del presente discorso²⁹⁹) e del terzo comma della disposizione di diritto processuale in argomento si evince, dunque, l'esistenza nel nostro ordinamento giuridico di una facoltà del giudice investito della *res controversa* avente ad oggetto l'accertamento di una condotta sostanzialmente scorretta che abbia dato luogo ad un processo "non necessario" sia sotto il profilo della manifesta infondatezza delle pretese di colui che vi da' avvio, sia sotto il profilo della evidenza del diritto o bene della vita di cui si chiede l'accertamento e la conseguente attribuzione giudiziale³⁰⁰ (è corretto però precisare come questa sia una delle possibili tre letture che possono darsi e che sono state date in dottrina ed in giurisprudenza del rapporto tra i commi dell'art. 96 c.p.c.³⁰¹).

²⁹⁷ Cfr., art. 96, comma I c.p.c.

²⁹⁸ Ipotesi contemplata ex art. 96, comma II c.p.c.

²⁹⁹ In senso contrario si veda in giurisprudenza di primo grado: Trib.Civ. Milano, ordinanza 20.08.2009, in www.treccani.it; Trib.Civ. Terni, sentenza in data 17.05.2010, in www.treccani.it; Trib.Civ. Foggia, sentenza in data 28.01.2011, nella quale si sottolinea, a proposito dell'art. 96, comma I c.p.c. che "va tenuto presente che il potere riconosciuto al giudice dalla citata norma di provvedere d'ufficio alla liquidazione del danno pur sempre presuppone che vi sia la prova di tale danno, anche se proiettato nel futuro, e pertanto non dispensa la parte istante dall'onere di fornire gli elementi probatori e i dati di fatto in suo possesso necessari ad accertarne l'esistenza e a consentire che l'apprezzamento equitativo sia, per quanto possibile, limitato e ricondotto alla sola funzione di colmare le inevitabili lacune", laddove, invece, il comma III del medesimo articolo ha "introdotto nel nostro ordinamento un'ipotesi di danno punitivo (il c.d. punitivo damage del modello anglosassone) prima sconosciuta alla tradizione giuridica italiana, e cioè una sanzione pecuniaria irrogabile anche in assenza della prova di un pregiudizio effettivamente subito dalla parte a favore della quale è pronunciata la relativa condanna".

³⁰⁰ In senso conforme all'orientamento seguito dall'autore di queste pagine si cita tra le voci dottrinarie più autorevoli: BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. Civ.*, II, 2009, 270.

³⁰¹ Per il secondo orientamento, se l'istituto da un lato non sfugge ad un inquadramento generale nell'alveo della tutela risarcitoria da fatto illecito, dall'altro si cerca di conferirgli maggiori chances applicative ritenendolo utilizzabile anche nelle ipotesi di *culpa levis* (cfr. PORRECA, *La riforma dell'art. 96 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali nella l. n. 69 del 2009*, in *Giur. di Merito*, 2010, 3), in specie

Non a caso si è parlato in dottrina ed in giurisprudenza di norma diretta a sanzionare da un lato il cosiddetto abuso del processo³⁰² per meglio tutelare la legalità del sistema giuridico anche sotto il profilo meramente processuale e, dall'altro, destinata a reprimere e scoraggiare tutti quei comportamenti sleali trasgressivi dell'art. 88 c.p.c.³⁰³, il quale impone alle parti del giudizio un comportamento improntato a lealtà e correttezza di cui sia destinataria non soltanto la propria controparte, ma anche l'organo giudicante e, più in generale, l'ordinamento processuale e sostanziale.

In tal senso il comportamento processuale che si vuole sanzionare si configura come una condotta che lede non solo il soggetto destinatario degli effetti della medesima, ma anche il sistema giudiziale, la sua efficacia, la sua efficienza e la ragionevole durata dei suoi procedimenti³⁰⁴: la *ratio* dell'art. 96, comma III c.p.c. è pertanto da cogliere nella volontà del legislatore di permettere proprio a quel soggetto che ne dovrebbe essere l'artefice del migliore funzionamento la condanna risarcitoria in questione, anche senza istanza della parte processuale danneggiata, al fine di porre un presidio a garanzia della Giustizia. Ne deriva che così intesa la sanzione del terzo comma *de quo* manifesta una natura di tipo tanto retributivo (si legga: risarcitorio), quanto educativo (si legga: sanzionatorio) di cui i commentatori e soprattutto coloro che sono destinati a farne concreta applicazione non possono non tener conto.

Nonostante la dottrina³⁰⁵, almeno all'origine dell'intervento normativo di ri-

qualificate dalla violazione dei doveri di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. Secondo il terzo orientamento, infine, l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. avrebbe perso i classici connotati della tutela risarcitoria per valorizzare il profilo sanzionatorio, in funzione deterrente, dunque inibitoria e preventiva, ma anche affittiva e punitiva (cfr. ACIERNO-GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo scisma?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2010, 155 e ss.). Sugli argomenti *de quibus* si veda: FRADEANI, *La lite temeraria attenuata dell'art. 96, comma terzo c.p.c.: prime applicazioni*, 2010, in www.treccani.it.

³⁰² Per la dottrina si veda tra tutti: BARRECA, *Rassegna degli orientamenti di merito sull'art. 96, 3° comma c.p.c.*, 2012, in www.judicium.it. In giurisprudenza cfr. *ex multis*: Trib.Civ. Varese, Sez. Luino, ordinanza in data 23.01.2010, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 9; Trib.Civ. Piacenza, sentenza in data 22.11.2010, in *Guida al dir.*, 2011, 3.

³⁰³ BARRECA, *Rassegna degli orientamenti di merito sull'art. 96, 3° comma c.p.c.*, 2012, in www.judicium.it.

³⁰⁴ In particolare cfr. Trib. Civ. Piacenza, sentenza in data 07.12.2010, in www.dejure.it.

³⁰⁵ Tra i più importanti e significati contributi al riguardo si possono ricordare: BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, fasc. 3; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in www.judicium.it; BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it; BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, ed. Nuova Giuridica, 2009, parte I, 1.10; CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009; DE MARCHI, *Questioni pregiudiziali di rito, condanna alle spese e consulenza tecnica nella miniriforma del processo civile*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dalla Formazione decentrata della Corte d'Appello di Milano il 18.05.2009, www.ilcaso.it, nonché *Il nuovo processo civile*, Milano 2009, 50; GIORDANO, *Commento all'art. 96*, in *Codice di procedura civile*, a cura di Picardi, I, V, Milano, 2010, nonché *Condanna alle spese*, in *Il nuovo processo civile* a cura di Genovese-Risolo, *Il civilista*, 2009, nn. 7-8, XVI ed, ancora, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in questa Rivista, 2010, n. 2, 434, ss.; GIOR-

forma, si sia talora divisa sulle finalità della nuova disposizione, ben chiara è sempre apparsa l'intenzione del legislatore di soddisfare la citata duplice esigenza, realizzando nell'ottica della tutela del rispetto del processo e delle sue parti anche quell'altro scopo, più o meno occulto e sottaciuto, consistente nella deflazione del contenzioso; nel corso dei lavori preparatori, infatti, è emersa chiaramente la volontà del legislatore di poter indirettamente scoraggiare le iniziative giudiziali meramente pretestuose o, in alcuni casi, semplicemente dilatorie attraverso il ricorso a questo ulteriore istituto, che non a caso è stato introdotto nel sistema processualistico civile italiano nel contesto della più ampia riforma legislativa del processo degli ultimi anni, improntata alla riduzione dei tempi del giudizio civile ed alla più rapida soluzione delle controversie³⁰⁶.

In ogni caso, stante quanto poco sopra detto in tema di rapporto di genere a specie che l'autore di queste righe ritiene prodursi tra primo e terzo comma dell'art. 96 c.p.c., dovrebbero scongiurarsi i rischi di eccessiva locupletazione che parte della dottrina credeva poter ravvisare nel caso di una eventuale doppia condanna ai sensi dei citati commi, postulando una possibile concomitanza di condanna su istanza di parte e di condanna *ex officio*. Un simile rischio, tuttavia, non può astrattamente escludersi se si considera la condanna alle spese del giudizio *ex art.* 91 c.p.c. della parte soccombente, atteso che la sanzione-risarcimento andrà a gravare inevitabilmente su quel soggetto che abbia visto respinte le proprie domande ovvero le proprie eccezioni: in questo caso, come si chiarirà in sede di considerazioni conclusive, dovrà porsi particolare riguardo ai criteri liquidativi, onde fugare ipotesi di rigorosa applicazione delle norme che conducano ad irragionevoli risultati tutt'altro che in linea con i principi dell'ordinamento giuridico.

In tema di criteri di quantificazione del "danno-sanzione" di cui all'art. 96 c.p.c., poi, si deve ricordare come questi non siano affatto stati presi in considerazione dal legislatore, tanto da essere rimessi alla sensibilità e ragionevolezza di coloro che devono fare applicazione dell'istituto *de quo*.

GETTI, *Commento all'art. 96*, in *Codice di procedura civile ipertestuale – Aggiornamento 2009*, a cura di Sassani-Tiscini, Torino 2010; GRAZIOSI, *Alcune notazioni sulla riforma del 2009*, in questa Rivista, 2010, n. 5, 1347 e ss.; LOMBARDI-GIORDANO, *Il nuovo processo civile*, Roma 2009; MENCHINI, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69 del 2009*, Torino, 2009, sub art. 96; MORANO CINQUE, *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 9, 1837 e ss.; PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. Giur.* 10/2009; PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221; RICCI, *La riforma del processo civile*, Bari, 2009; SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 258, nonché *Il nuovo art. 96, 3° comma c.p.c.: consigli per l'uso*, in www.judicium.it.

³⁰⁶ Obiettivo evidentemente non raggiunto se ben si considerano le successive e numerose iniziative dei vari legislatori susseguitesi nel corso del tempo che hanno condotto l'ordinamento giuridico a conoscere istituti culturalmente e storicamente estranei ad esso quali la mediazione e la negoziazione assistita.

Al di là della individuazione dei principi di liquidazione della condanna per lite temeraria, per i quali si rinvia alla disamina della giurisprudenza *infra* riportata, si deve osservare come la loro mancata previsione normativa non abbia fatto altro che aumentare la confusione circa natura e funzioni dell'art. 96 c.p.c., atteso che l'assenza di riferimenti espliciti in sede liquidativa, ancor più dopo l'abrogazione dell'art. 385 c.p.c. che invece conteneva disposizioni ben chiare in ordine alla quantificazione della condanna³⁰⁷, non consente in astratto di comprendere se la *voluntas legis* sia quella di risarcire il disagio arrecato alla controparte oppure sia quella di "punire" la parte che temerariamente ha agito o ha resistito in giudizio ovvero, infine, se sia quella di perseguire entrambe le strade appena indicate.

Concludendo sul punto, pertanto, se la natura della responsabilità aggravata sia quella di garantire tanto il ristoro della parte che ha subito la mala fede o la colpa grave del proprio avversario, quanto di scoraggiare condotte processualmente scorrette, la quantificazione andrà calibrata in ragione del comportamento tenuto e degli effetti negativi dallo stesso derivanti sia con riguardo al disagio cagionato alla controparte, che con riferimento al pregiudizio arrecato al sistema processuale civile.

3. Gli orientamenti della giurisprudenza in tema di responsabilità aggravata: criteri di individuazione delle ipotesi di responsabilità e criteri di liquidazione del danno

La giurisprudenza dei giudici di merito e di legittimità che si è sin qui sviluppata in tema di responsabilità aggravata sembrava offrire dei punti di riferimento ben saldi, tanto da potersi ritenere con un certo grado di certezza ormai tipizzate le condotte idonee ad integrare le fattispecie della cosiddetta "lite temeraria".

Al riguardo si ricorda che secondo costante indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte, sviluppatosi anteriormente alla citata riforma dell'anno 2009 e con riferimento, pertanto, ai soli primi due commi dell'art. 96 c.p.c., l'*an debeat* di questa particolare forma di responsabilità *extracontrattuale*³⁰⁸ si poteva concretizzare tanto nella "*conoscenza della infondatezza della domanda e delle tesi sostenute ovvero nel difetto della normale diligenza per l'acquisi-*

³⁰⁷ La disposizione di cui all'art. 385 c.p.c. prevedeva che nel pronunciare sulle spese, la Corte di Cassazione potesse condannare la parte soccombente al pagamento in favore della controparte di una somma determinata non superiore al doppio dei massimi tariffari, qualora il ricorso o la costituzione a difesa del resistente fossero stati posti in essere con colpa grave. *Cfr.*, sull'argomento: BAGNATO, *Responsabilità processuale aggravata: applicabilità dell'art. 96, co. 3, c.p.c.*, 2011, in www.altalex.com.

³⁰⁸ Forma di responsabilità *extracontrattuale* ritenuta speciale rispetto a quella aquiliana pura dell'art. 2043 c.c.

zione di detta conoscenza”³⁰⁹, quanto nell’aver intrapreso una “procedura ingiusta”, intesa come “procedura giudiziale non sorretta da un diritto sostanziale e dagli altri requisiti previsti dalla legge”³¹⁰, per la quale “è sufficiente l’aver agito senza la normale prudenza”³¹¹. Anche dopo la riforma attuata attraverso la Legge 69/2009, le pronunce delle corti di ogni ordine e grado erano sostanzialmente confermatrice dei suesposti dogmi giuridici, anche in virtù del fatto che, salvo qualche eccezione tra i giudici di primo grado³¹², il terzo comma dell’art. 96 c.p.c. non configurava una responsabilità aggravata differente in tutto o in parte dalla “vecchia” lite temeraria, ma consentiva al giudice di operare d’ufficio la condanna al risarcimento del pregiudizio arrecato, senza la necessità di specifica domanda *ex partibus*. Più precisamente si veda tra tutte la sentenza del Supremo Collegio³¹³ evocata persino dal Tribunale di Padova nella pronuncia in esame la quale conferma indirettamente come l’art. 96, comma III c.p.c. sia di esclusivo appannaggio dell’organo giudicante, non mutando nel resto gli elementi costitutivi della fattispecie già delineata ai primi due commi.

Con riguardo al profilo del *quantum debeatur*, poi, va osservato che la liquidazione del danno, secondo gli organi giurisdizionali, può avvenire pacificamente in via equitativa, anche d’ufficio da parte del giudice³¹⁴, purché siano allegati i fatti da cui desumere l’entità del danno subito. Pur risultando teoricamente infiniti gli elementi da considerare, la giurisprudenza di merito e di legittimità, sul fronte prettamente risarcitorio e non sanzionatorio, avevano individuato quali fatti certamente idonei alla quantificazione equitativa del pregiudizio *de quo*: a) la situazione di incertezza in ordine alla titolarità del bene della vita oggetto della controversia giudiziale, potenzialmente protraibile per anni a seconda della durata dell’intero giudizio; b) la necessità di ricorrere ad un avvocato in sede sia stragiudiziale, che giudiziale; c) l’esistenza di un disagio psichico o patema d’animo conseguente al dover agire in giudizio per chi reclama il riconoscimento di un proprio diritto o al doversi difendere in sede giudiziale da parte del convenuto o resistente; d) l’apprensione connessa all’esito del giudizio; e) la perdita di tempo e di danaro per la ricerca della documentazione probatoria³¹⁵.

³⁰⁹ Sic: Cass., sentenza resa in data 27.11.2007, n. 24645; Cass., sentenza resa in data 08.09.2003, n. 13071; Cass., sentenza resa in data 06.06.2003, n. 9060; Cass., sentenza resa in data 21.07.2000, n. 9579, tutte in www.cortedicassazione.it.

³¹⁰ Cass., sentenza resa in data 12.03.2002, n. 3573 in www.cortedicassazione.it.

³¹¹ Cass., sentenza resa in data 13.05.2002, n. 6808 in www.cortedicassazione.it.

³¹² Cfr., *supra*.

³¹³ Cfr., Cass., Sez. VI, sentenza resa in data 30.11.2012, n. 21570, in www.dejure.it.

³¹⁴ In tal senso si vedano: Cass., S.U., ordinanza resa in data 20.04.2004, n. 7583; Cass., sentenza resa in data 26.11.2008, n. 28226; Cass., Sez. I, sentenza resa in data 15.02.2007, n. 3388; Cass., sentenza resa in data 09.09.2004, n. 18169, tutte in www.cortedicassazione.it.

³¹⁵ Sulla idoneità dei fatti elencati a costituire parametro di liquidazione si vedano, *ex plurimis*: Trib.

Il tutto, senza contare che è in sé e per sé sufficiente, ai fini della quantificazione del danno da responsabilità aggravata, “*il pregiudizio che si sa derivare da una parte per essere stata costretta a contrastare un’ingiustificata iniziativa processuale dell’avversario*”, con espressa esclusione della necessità, da parte di chi lamenta il danno, di dedurre e dimostrare un pregiudizio specifico³¹⁶: in questo caso le Sezioni Unite della Suprema Corte sono pervenute alla decisione secondo cui, quindi, il danno sarebbe *in re ipsa*, quasi si trattasse di una presunzione e senza conseguente necessità di assolvere all’onere della prova sul punto ad opera di chi ne risulti pregiudicato; con ciò evidentemente avvalorando l’esistenza di una componente punitiva nell’istituto di cui si discute. Ma, sul piano dei criteri liquidativi, vi è di più: si è affermato, infatti, sempre in giurisprudenza, che le condotte integranti la responsabilità di cui all’art. 96 c.p.c., costringono l’altra parte a subire un processo ingiustificato e perciò qualificabile come eccessivo nella sua intera durata, con la conseguenza che il tipo di lesione verificata si presenta analoga a quella relativa alla irragionevole durata del processo. Il danno allora, anche laddove difettesse la piena prova della sua esistenza e del suo ammontare, potrà essere sempre considerato come conseguenza normale della violazione del diritto e quantificato in via equitativa sulla base dei medesimi criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo per un processo irragionevolmente lungo³¹⁷. A questa pronuncia, quindi, sembra ispirarsi in parte ed almeno sul piano degli intenti la sentenza in commento, la quale evoca chiaramente il danno risarcibile in base alla cosiddetta “Legge Pinto”.

4. Le argomentazioni a sostegno della punibilità ex art. 96 c.p.c. della cosiddetta “ignoranza inescusabile” o del dolo processuale

Le ragioni poste a fondamento delle argomentazioni dell’organo giudicante sono sufficientemente chiare.

Da quanto argomentato in sentenza emerge con evidenza come il giudice abbia rilevato non solo l’assenza di elementi di prova a sostegno delle tesi attoree, ma anche e soprattutto la consapevolezza di parte attrice di essere priva del benché minimo supporto probatorio per fondare legittimamente le proprie domande³¹⁸.

Civ. Bari, sentenza resa in data 20.05.2008, n. 1274 in www.dejure.it; Trib. Civ. Milano, Sez. VIII, sentenza resa in data 22.03.2006, n. 3662, in www.dejure.it.

³¹⁶ Sic: Cass., S.U., sentenza resa in data 19.02.2002, n. 2420, in www.cortedicassazione.it.

³¹⁷ In tal senso si considerino: Cass., sentenza resa in data 27.11.2007, n. 24645, in www.dejure.it; Corte d’App. Firenze, Sez. I, sentenza resa in data 03.03.2006, in www.dujure.it.

³¹⁸ Così testualmente recita il provvedimento in esame: “*Sul comportamento processuale degli attori valgono le seguenti considerazioni: essi hanno agito in giudizio pur consapevoli di essere privi di qualsiasi prova delle loro asserzioni, ed un tanto si evince proprio dal fatto che le uniche doglianze che la parte ri-*

Affianco ad un simile vuoto istruttorio il giudicante ha riscontrato e vi ha associato una errata interpretazione non tanto del dato normativo, quanto piuttosto del principio di diritto tratto da una pronuncia della Corte di Cassazione posta in essere dalla parte attrice, errata interpretazione in virtù della quale sarebbe stata prospettata al giudice una ricostruzione in diritto dei fatti di causa non conforme oggettivamente alle intenzioni del giudice della Suprema Corte e, quindi, “deviata” rispetto al *dogma iuris* enunciato dagli Ermellini.

La condotta così tenuta dalla parte che agiva in giudizio è stata, infine, cretina sorretta da una quanto meno gravemente colposa intenzione di “ingannare” l’organo giurisdizionale adito al fine di conseguire un risultato (*id est*: l’accoglimento delle istanze attoree) contrario al complesso delle leggi e dei principi di diritto propri dell’ordinamento giuridico di appartenenza: tale convincimento veniva desunto essenzialmente dal fatto che la tesi prospettata in tema di usurarietà del tasso al quale era stato concesso il mutuo sarebbe stata talmente distante dal tenore letterale e dal senso della normativa applicabile al caso concreto e della pronuncia giurisprudenziale citata, che chi la proponeva non avrebbe potuto essere che in mala fede e, dunque, intenzionato ad ingannare il giudice adito ovvero (la qual cosa avrebbe la medesima conseguenza) non avrebbe potuto che manifestare una propria ignoranza delle leggi e dei dogmi giuridici non meritevole di comprensione e conseguentemente di scusante alcuna³¹⁹.

Riducendo l’accertamento specifico compiuto dal Tribunale padovano in termini generali ed astratti, se ne deduce che la condotta connotata dall’intenzione di una delle parti sostanziali e/o processuali di pervenire al riconoscimento delle proprie “ragioni” attraverso l’impiego di argomentazioni manifestamente infondate o la proposizione di interpretazioni di norme e/o principi di diritto assolutamente ed evidentemente divergenti ed incompatibili con il sistema di diritto di riferimento (si legga: l’ordinamento giuridico), sia che ciò sia conseguenza di una non conoscenza del senso delle norme e delle pronunce

tiene di introdurre nel procedimento con il suo atto, sono relative a doglianze che non hanno trovato alcun riscontro probatorio poiché l’unica o comunque la principale doglianza era affidata al fatto che il tasso di interesse pattuito fin dal sorgere del rapporto fosse usurario ed un tanto la parte ha dedotto riferendo che la sentenza Cass. n. 350/2013 abbia detto che, ai fini della verifica se il tasso pattuito sia o meno usurario, gli interessi corrispettivi vadano sommati agli interessi moratori”, in www.lanuovaproceduracivile.com.

³¹⁹ Così la sentenza in commento: “Che le due voci debbano essere sommate è invece fantasiosa deduzione della parte che non trova alcun riscontro nel testo della decisione e sostenere il contrario, ostinandosi a sostenerlo nonostante la precisa e puntuale presa di posizione della banca che ha fatto proprio tale deduzione nel costituirsi, è sintomo di ignoranza inescusabile del dettato normativo e dell’evoluzione della giurisprudenza in subiecta materia che viene citata a sproposito o di dolo processuale nel tentativo di indurre in errore il giudicante sul fatto che una certa sentenza della Suprema Corte abbia detto una cosa che in realtà non ha mai detto. In entrambi i casi l’intera impostazione che la parte ha dato alla presente causa è sintomo di grave negligenza a fronte della totale vaghezza delle deduzioni dimesse, peraltro introdotte con atto fatto sostanzialmente in serie rispetto a tanti procedimenti simili, all’unico scopo di ottenere una CTU che sopperisca al vuoto argomentativo dell’atto di citazione”.

giurisprudenziali o di un vero e proprio dolo, debbono essere ricondotte alla fattispecie della “*mala fede o colpa grave*” con cui la parte agisce o resiste in giudizio oppure, in termini più generali, alla *figura iuris* della cosiddetta lite temeraria.

Il richiamo espressamente operato al terzo comma dell’art. 96 c.p.c., infatti, è compiuto dal giudice non tanto per giustificare, in assenza di istanze di parte, l’applicazione *ex officio* della sanzione processuale³²⁰, la quale prima della riforma del 2009 non avrebbe potuto essere applicata in difetto di richiesta delle controparti, quanto per configurare un’ipotesi di responsabilità processuale aggravata autonoma e distinta rispetto a quella di cui ai primi due commi.

Come considerato in precedenza, però, il presupposto normativo per l’acertamento ed il riconoscimento di questa peculiare forma di responsabilità è pur sempre l’esistenza della “*mala fede o colpa grave*” con cui una parte agisce o resiste in giudizio; ne deriva, dunque, che ogni valutazione circa la bontà giuridica della soluzione cui è pervenuto il giudice veneto non potrà che appuntarsi in primo luogo e prevalentemente sulla possibilità che la cosiddetta “ignoranza non scusabile” integri gli elementi costitutivi della mala fede o colpa grave.

Quanto al profilo quantitativo del risarcimento, che l’organo giurisdizionale ricorda correttamente avere la duplice finalità di ristorare sia il danno arrecato alla parte ingiustamente coinvolta nel procedimento, sia il danno arrecato al sistema giudiziario nel suo complesso per aggravio di cause che non possono trovare definizione entro i termini che la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di Strasburgo ritiene equi (*id est*: tre anni dalla data di iscrizione a ruolo per un procedimento di primo grado) e così come pure stabilito con la Legge 89/2001 in applicazione dell’art. 6 C.E.D.U., il giudice padovano perviene a ritenere congrua una moltiplicazione della somma prevista a titolo di spese di giustizia nella misura di cinque volte e ciò sulla riferita scorta dei criteri stabiliti dalla Suprema Corte con ordinanza in data 30.11.2012, n. 21570³²¹.

Il riferimento indiretto è, quindi, al principio³²² per cui non sussistendo né

³²⁰ Il Tribunale veneto così si è pronunciato: “*In punto di applicabilità della sanzione processuale per responsabilità aggravata va osservato che, tale comportamento, può essere sanzionato non solo su richiesta di parte, ma anche d’ufficio ex art. 96 c. 3 c.p.c., così come modificato dalla L. 69/09, in considerazione del fatto che con tale riforma il legislatore ha introdotto una forma di “punitive damages” in considerazione del danno arrecato al sistema giudiziario che, inteso nella sua complessità, è già gravato da milioni di procedimenti pendenti per cui, l’aggravamento del carico complessivo con procedimenti introdotti per finalità strumentali e dilatorie, è un comportamento abusivo che merita di essere adeguatamente sanzionato con il pagamento di una somma equitativamente individuata*”.

³²¹ Sic il Tribunale di Padova: “*Tutto ciò considerato sanzione equa, anche alla luce del principio di diritto espresso dalla Cass. Sez. 6 –2, Ordinanza n. 21570 del 30/11/2012, appare essere quella pari al quintuplo delle spese di lite liquidate ai sensi del DM 55/2014*”.

³²² Cfr., Cass., Sez. VI, sentenza resa in data 30.11.2012, n. 21570, in www.dejure.it per cui: “*In tema di responsabilità aggravata, il comma 3 dell’art. 96 c.p.c., aggiunto dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, disponendo che il soccombente può essere condannato a pagare alla controparte una “somma equitativamente*

minimi, né massimi edittali in virtù dei quali calibrare l'importo della liquidazione del danno "plurioffensivo" *de quo*, l'unico limite che sarebbe posto al giudice in sede di determinazione del risarcimento-sanzione è quello della ragionevolezza e ciò in forza dell'esistenza nel nostro ordinamento giuridico di un criterio, individuato anche dalla giurisprudenza della Consulta come corollario dell'art. 3 Cost., che non consentirebbe la legittimazione di elementi di squilibrio o di turbativa dell'equità cui esso sarebbe ispirato, sia che si tratti di elementi di natura normativa, che di origine giurisprudenziale o di provenienza amministrativa.

Valido parametro di riferimento, pertanto, vengono correttamente individuate dal giudice le spese del giudizio.

5. Considerazioni e conclusioni

La sentenza in commento, prescindendo dal merito e dall'oggetto della controversia decisa con il citato provvedimento, manifesta una chiara adesione a quell'orientamento che ritiene l'art. 96, comma III c.p.c. contenere una fattispecie autonoma e distinta rispetto a quella contenuta nel primo comma ovvero nei primi due commi.

Ciò può facilmente dedursi dall'espresso richiamo alla figura dei "*punitive damages*", il quale si realizza "*in considerazione del danno arrecato al sistema giudiziario che, inteso nella sua complessità, è già gravato da milioni di procedimenti pendenti*"; il Tribunale di Padova dimostra, pertanto, di sostenere l'idea dell'esistenza di una finalità pubblicistica nella disposizione di legge in esame e di una volontà del legislatore della riforma dell'anno 2009 di punire e scongiurare "*l'aggravamento del carico complessivo con procedimenti introdotti per finalità strumentali e dilatorie*", in quanto "*comportamento abusivo che merita di essere adeguatamente sanzionato con il pagamento di una somma equitativamente individuata*".

Ne deriva che le critiche che possono muoversi al provvedimento in commento sono *in primis* essenzialmente quelle che buona parte della dottrina ha già mosso nei confronti di una simile interpretazione. Ammettere quanto affermato dall'organo giurisdizionale veneto vuol dire, infatti, credere che il comma terzo dell'art. 96 c.p.c. sia sostanzialmente privo di collegamento con i prece-

determinata", non fissa alcun limite quantitativo, né massimo, né minimo, al contrario del comma 4 dell'art. 385 c.p.c., che, prima dell'abrogazione ad opera della medesima legge, stabiliva, per il giudizio di cassazione, il limite massimo del doppio dei massimi tariffari. Pertanto, la determinazione giudiziale deve solo osservare il criterio equitativo, potendo essere calibrata anche sull'importo delle spese processuali o su un loro multiplo, con l'unico limite della ragionevolezza". In senso conforme si considerino pure: Cass., Sez. VI, sentenza resa in data 18.11.2014, n. 24546, in www.dejure.it; Cass., Sez. VI, sentenza resa in data 18.02.2014, n. 3003, in www.dejure.it.

denti, cui sarebbe unito solo per ragioni di ordine sistematico³²³; l'espressione "*in ogni caso*"³²⁴ posta in *incipit* di terzo comma costituirebbe, quindi, la proposizione subordinata condizionale (protasi) del periodo ipotetico in cui la condanna officiosa rappresenterebbe la proposizione reggente (apodosi), sì da rappresentare l'*an debeatur* della fattispecie risarcitoria *de qua*. Se così fosse ci troveremmo di fronte ad un caso di ampissima discrezionalità del giudice nella configurazione delle ipotesi che danno luogo alla responsabilità aggravata, quasi si trattasse di una resa incondizionata del legislatore o una sorta di delega in bianco del potere legislativo in favore degli organi del potere giudiziario; è evidente che una simile conclusione sarebbe in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico e con le norme costituzionali, sino a compromettere l'assetto istituzionale ed a tenere sempre *sub iudice* (verrebbe da dire sotto scacco) il sacrosanto diritto di difesa, il cui esercizio secondo modalità ritenute di volta in volta dal giudice non conformi alla propria idea di "correttezza processuale" sarebbe, allora, sempre ed in astratto inopinatamente soggetto a censure e condanne.

In secondo luogo, atteso che per quanto sin qui sostenuto da chi scrive appare più conforme ad un'interpretazione di tipo garantista e costituzionalmente orientata ricondurre la responsabilità aggravata da decretarsi *ex officio* alla sola ed unica ipotesi dell'azione o della resistenza in giudizio sorrette da mala fede o colpa grave, occorre verificare se l'ignoranza non scusabile ed il dolo processuale possano essere sussunti al parametro indicato dall' art. 96, comma I c.p.c.

In verità la pronuncia *de qua* appare parzialmente criticabile anche sotto questo profilo. Eccezion fatta per il dolo processuale che ben può integrare l'elemento costitutivo della mala fede, essendo per definizione espressione di una condotta, posta in essere con coscienza e volontà, diretta a trarre in inganno l'organo giudicante, nonché tesa ad ottenere, quindi, un risultato non solo pregiudizievole per la controparte, ma altresì contrario al diritto, risulta alquanto eccessivo ritenere che la dimostrazione di ignoranza più o meno scusabile sia manifestazione di mala fede o colpa grave. Fermo restando che non si comprende quando tale mancata conoscenza del dato normativo e della giurisprudenza possa definirsi scusabile o meno, atteso che nessuna norma lo stabilisce, né tanto meno il giudice che ha emesso la sentenza in commento ne ha esternato i criteri di individuazione, nonché atteso che l'ignoranza delle leggi e dei principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza da parte del procuratore

³²³ Le finalità condannatorie del provvedimento giustificerebbero la riunione delle presunte tre distinte fattispecie sotto il *nomen iuris* di responsabilità (processuale) aggravata o sotto la dizione di "lite temeraria".

³²⁴ Si ricorda che così recita l'art. 96, comma III c.p.c.: "*In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*".

della parte sostanziale è per sua natura potenzialmente grave e, pertanto, non scusabile, a primo acchito l'ignoranza in discussione sembra essere più che un elemento di pregiudizio per la parte avversaria e/o di disturbo del sistema giudiziale, un disvalore di non poco rilievo e con non trascurabili conseguenze in ordine all'esito del giudizio per colui che la manifesta. Pur laddove un giudizio sia intrapreso sull'errato presupposto che una norma o una pronuncia di qualsiasi ordine e grado esprima un concetto e/o un principio che in realtà non esprime, appare arduo se non assolutamente difforme dal sistema di diritto realizzato dal nostro ordinamento giuridico sostenere che quella condotta, per quanto possa aggravare il carico di lavoro dei giudici, sia una manifestazione di mala fede o di colpa grave tale da meritare l'applicazione di una condanna-sanzione che si affianchi alla condanna, già di per sé punitiva, al pagamento delle spese processuali.

In particolare, poi, giungendo al caso di specie esaminato dal Tribunale di Padova, al di là della presunta mancata conoscenza del *dictum* della Suprema Corte in tema di usurarietà dei tassi di mutuo, ciò che il giudice veneto attribuisce alla parte attrice è di aver colpevolmente agito in giudizio senza alcun supporto probatorio. Orbene il mancato assolvimento dell'onere della prova che si verifica quando chi agisce in giudizio non produce elementi di prova e/o neppure avanza richieste istruttorie non può manifestare un caso di mala fede o colpa grave *ex art. 96 c.p.c.* atteso che da un lato l'*art. 2697 c.c.* non prevede l'inadempimento dell'*onus probandi* come causa di responsabilità aggravata, ma postula indirettamente e con interpretazione sistematica il semplice rigetto nel merito della domanda proposta dalla parte inadempiente, e dall'altro lato, in un contesto in cui vige il principio della equivalenza tra prova e mancata contestazione dei fatti *ex art. 115, comma I c.p.c.*, la mancata produzione di prove o la mancata richiesta di ammissione di mezzi istruttori in sede di atto introduttivo e/o di comparsa-memoria di costituzione non sembra poter integrare un'ipotesi di mala fede o colpa grave in capo a chi in tal modo agisce o resiste in giudizio, poiché gli unici effetti negativi che ne derivano sono ad esclusivo svantaggio di quest'ultimo.

Infine, al di là dell'orientamento che si ritiene più fondato per la ricostruzione dei rapporti tra i commi dell'*art. 96 c.p.c.* e della qualificazione dell'ignoranza non scusabile come ipotesi di lite temeraria, risulta comunque censurabile il capo della sentenza *de qua* afferente i criteri impiegati dal giudice per la liquidazione del danno-sanzione.

Sebbene sia lo stesso Tribunale veneto ad evocare criteri di equità e ad aderire alle pronunce della Corte di cassazione che invocano il rispetto del principio di ragionevolezza, il risultato concreto cui si è pervenuti con la sentenza in esame appare non in linea con le dichiarate intenzioni dell'organo giurisdizionale adito: la condanna al quintuplo delle spese processuali, laddove queste

ultime vengono liquidate in decine di migliaia di euro, si manifesta in sé e per sé sproporzionata e priva di un aggancio con la realtà, soprattutto se si pone mente al fatto che l'entità così elevata delle spese di lite è conseguente ad un valore del bene della vita di cui si chiede l'attribuzione talmente alto che il solo rigetto della relativa domanda può costituire (nella maggior parte dei casi) una sanzione sensibilmente punitiva. È certamente da ammettersi la possibilità di parametrare la quantificazione del risarcimento *ex art. 96 c.p.c.* alle spese legali, magari anche adottando multipli delle stesse, ma non possono ammettersi risultati che non siano frutto di ragionevolezza, la quale dovrà essere intesa, pertanto, nel senso di non sproporzione, tenuto conto dell'entità della soccombenza (quanto incide negativamente il rigetto delle proprie domande o l'accoglimento delle domande di controparte) e delle spese di lite. In conclusione la pronuncia in commento appare oggettivamente eccessiva nel qualificare l'ignoranza non scusabile come condotta idonea a dare luogo ad una forma di responsabilità aggravata e ciò sia sul piano della erronea implicita considerazione dell'art. 96, comma III c.p.c. come fattispecie autonoma di lite temeraria, peraltro dai contorni normativamente indefiniti, sia sul piano della impossibilità di ricondurre la mancata conoscenza di norme e giurisprudenza ad un'ipotesi di mala fede o di colpa grave, la quale, al contrario, potrà esser certamente integrata dal caso del dolo processuale, non rinvenibile però nella fattispecie concreta in esame.

Mediazione e Negoziazione assistita. Ambiti di applicazione³²⁵

Articolo di Claudia CARIA

Guidato dall'intento di semplificare il sistema giurisdizionale, oltre che di deflazionare il contenzioso, il legislatore italiano ha in realtà creato uno scenario confuso all'interno del quale risulta poco agevole, per gli operatori del settore, comprendere e distinguere l'ambito di applicazione dei nuovi strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie: mediazione e negoziazione assistita.

Per entrambe le procedure sono, difatti, previste sia fattispecie di applicazione volontaria che obbligatoria, che si intersecano l'una con l'altra.

La **mediazione** viene definita dall'art.1 del d.lgs. 28/2010 come "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

Sono previste per la sua applicazione due fattispecie obbligatorie, entrambe contenute nell'art. 5, la prima al comma 1-*bis*, la seconda, denominata "mediazione giudiziale o delegata", al comma 2 (**Tab. 1**).

La prima ipotesi individua una serie di materie (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti bancari e finanziari) per le quali l'esperimento della procedura costituisce condizione di procedibilità dell'agire in giudizio, che deve essere eccepita dal convenuto, oppure rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Nella seconda ipotesi, invece, l'obbligatorietà non dipende dalla materia oggetto del contendere, bensì dalla scelta del giudice che, ritenuta la mediazione quale possibile soluzione per la controversia, intima alle parti di intraprendere tale percorso. A seguito delle modifiche intervenute per opera della l. 98/2013, anche in questo caso il mancato esperimento del tentativo di conciliazione comporta un'improcedibilità della domanda giudiziale, finanche in sede di appello.

L'art. 5, comma 2-*bis*, prevede, a precisazione dell'articolo precedente, che

³²⁵ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 15.6.2015. *La Nuova Procedura Civile*, 2,2015.

in tutti i casi in cui l’esperienza del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale, detta condizione “si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza accordo”.

Nelle rimanenti fattispecie, se vertenti su diritti disponibili, le parti possono volontariamente scegliere di rivolgersi ad un mediatore. Sono previsti in tali casi dei meccanismi promozionali, volti ad incentivare le parti a scegliere preliminarmente la via extragiudiziale per la risoluzione dei loro conflitti. Il limite delle sole controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, previsto dall’art. 2, discende dalla natura negoziale dell’istituto, il quale presume che le parti possano liberamente disporre dei diritti controversi, al fine di raggiungere un accordo su questi ultimi (Cuomo Ulloa, 2013). Siamo in presenza di un diritto disponibile quando le parti possono, attraverso propri atti negoziali, costituire, regolare od estinguere la situazione sostanziale protetta (art. 1321 c.c.).

Oggetto del conflitto deve essere una “pretesa che rientri nella libera disponibilità dei soggetti coinvolti, poiché solo su situazioni giuridiche disponibili si può esercitare propriamente una mediazione del conflitto, finalizzata al conseguimento di una soluzione di compromesso in cui ognuno dei soggetti coinvolti rinuncia a qualcosa a cui ha, o pensa di avere, diritto” (Taruffo, 2004).

La dottrina sostiene che per l’identificazione delle materie sulle quali non è ammessa la mediazione, relative ai diritti indisponibili, sia opportuno riferirsi al “catalogo di fonte normativa e giurisprudenziale dei diritti irrinunciabili e insuscettibili di transazione”, come i diritti inviolabili dell’uomo (art. 2 Cost.) o i diritti personalissimi (diritto al nome, all’identità, diritti politici, ecc.) o quelli per i quali non è ammessa controversia senza l’intervento del Pubblico Ministero (Piselli, 2015).

Tab. I

Mediazione	
Obbligatoria	Condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti bancari e finanziari
	Giudiziale o delegata
Volontaria	Ipotesi residuali

La **negoziatio assistita** consiste, invece, in una procedura basata sulla sottoscrizione, da parte dei confliggenti, di una convenzione di negoziazione (art. 2, d.l. 132/14), mediante la quale le parti convengono di cooperare, in buona

fede e lealtà, per risolvere in via amichevole una controversia, vertente su diritti disponibili, tramite l'assistenza degli avvocati.

L'art. 3 sottometta al previo esperimento della procedura di negoziazione, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, i seguenti casi: le controversie aventi per oggetto "una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro, salvo che si tratti di controversie relative a materie già soggette a mediazione obbligatoria, ovvero di obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori" e le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti (**Tab. 2**).

In tali casi l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e la sua disciplina segue quanto già previsto per il tentativo obbligatorio di mediazione. Difatti, l'eccezione di improcedibilità deve essere sollevata dal convenuto, oppure rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Sebbene sotto molti aspetti l'istituto della negoziazione assistita ricalchi la disciplina della mediazione obbligatoria, è però opportuno sottolineare che solo il primo ha un carattere permanente poiché non sono state previste limitazioni temporali. Per le ipotesi di mediazione obbligatoria è, invece, prevista una fase sperimentale della durata di quattro anni, a decorrere dall'entrata in vigore della l. 98/2013, trascorsi i quali il legislatore stabilirà le misure da prendere.

In tutte le ipotesi residuali rispetto alla norma, se vertenti su diritti disponibili, le parti possono volontariamente scegliere di rivolgersi ai loro avvocati per stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Sulla categoria "diritti disponibili", valgono le stesse considerazioni già previste in materia di mediazione.

Si pone, tuttavia, la questione se le controversie risarcitorie che annoverino incapaci di intendere di volere o danneggiati minori possano rientrare o meno nell'ambito di operatività di detto istituto.

Con riferimento alla mediazione, la Direttiva 52/2008 aveva esplicitamente affermato all'ottavo considerando che tal normativa non dovrebbe applicarsi "*ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile*". Da tali affermazioni discende dunque l'esclusione, dalla mediazione, di tutte quelle controversie in cui una parte è impossibilitata a disporre essa sola di un determinato diritto.

Tuttavia taluni autori hanno sostenuto che la negoziazione assistita, diversamente dalla mediazione, rappresenti in realtà una "particolare forma burocrattizzata di gestione delle trattative stragiudiziali", che, dunque, può operare anche nel caso di minori o incapaci di intendere e di volere, purché, in tali casi, siano rispettate le consuete procedure di controllo esterno (ad esempio l'auto-

rizzazione del giudice tutelare) nel caso di accordo transattivo (Bona, 2015).

Tab. 2

Negoziazione assistita	
Obbligatoria	Pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro, salvo che si tratti di controversie relative a materie già soggette a mediazione obbligatoria ovvero di obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori
	Risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti
Volontaria	Ipotesi residuali

Quale raccordo tra le due discipline?

La prima fattispecie obbligatoria di negoziazione assistita è talmente ampia e generica “pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro”, da comprendere una grossa fetta di contenzioso che già rientrava nelle ipotesi di mediazione obbligatoria. Il legislatore ha così precisato, al primo comma dell’art. 3, che l’obbligatorietà è esclusa in tutti quei casi già previsti dall’art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. 28/2010, ovvero in tutte quelle ipotesi per le quali è previsto il tentativo obbligatorio di mediazione. In altri termini, **la mediazione obbligatoria prevale sulla negoziazione assistita obbligatoria**. Allo stesso modo, ai sensi dell’art. 3, comma 5, restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione, quali ad esempio quelli previsti per le controversie in materia di telefonia e telecomunicazioni, contratti di sub-fornitura e diritti d’autore.

Questo non significa, tuttavia, che se le parti, anche nelle materie per le quali è previsto il tentativo obbligatorio di mediazione, ritengono che la negoziazione assistita sia uno strumento più adatto per la risoluzione della propria controversia, esse non possano ricorrervi. I confliggenti potranno difatti scegliere di procedere attraverso la negoziazione assistita e solo nel momento in cui non si addivenisse ad un accordo e, dunque, fosse necessario adire il giudice, dovranno esperire il tentativo di mediazione.

Lo stesso dicasi per la mediazione volontaria, che va a scontrarsi con le ipotesi di obbligatorietà della negoziazione assistita, solo nel caso in cui in tale sede le parti non siano riuscite a raggiungere l’accordo.

Resta, invece, ferma per entrambe l’impossibilità di procedere, seppur per via volontaria, nelle controversie vertenti su diritti indisponibili, come anticipato, e in materia di lavoro.

È opportuno, inoltre, segnalare che le ipotesi previste dall’art. 5, comma 4 del D.lgs. 28/2010 e ricalcate nell’art. 3, comma 3, del D.l. 132/2014 (si tratta

dei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 c.p.c.; procedimenti di consulenza tecnica preventiva, di cui all'art. 696-bis; procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, c.p.c.; procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; procedimenti in camera di consiglio; azione civile esercitata nel processo penale) sono escluse dall'ambito della mediazione e della negoziazione assistita obbligatoria, in quanto ritenute non compatibili con una composizione amichevole della controversia. Questa disposizione non è, tuttavia, ostativa ad un eventuale esperimento dell'una o dell'altra procedura in via volontaria.

Queste precisazioni, che possono apparire ovvie, in realtà sono necessarie se partiamo dal presupposto che la scelta dello strumento alternativo non deve essere mossa da intenti "procedurali", ovvero al solo fine di procedere in giudizio, bensì ragionata sulla base delle peculiarità del caso concreto.

Tab. 3

Rapporti Mediazione – Negoziazione assistita	
Condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti bancari e finanziari.	Mediazione obbligatoria
Invito del giudice ad esperire il tentativo di mediazione	Mediazione obbligatoria
Pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro, salvo che si tratti: - di controversie relative a materie già soggette a mediazione obbligatoria - di obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori; - speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati (controversie in materia di telefonia e telecomunicazioni; contratti di sub- fornitura; diritti d'autore)	Negoziazione assistita obbligatoria
Risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti	Negoziazione assistita obbligatoria
- Procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; - nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 c.p.c.; - Procedimenti di consulenza tecnica preventiva, di cui all'art. 696-bis; - Procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, c.p.c. - Procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; - Procedimenti in camera di consiglio; - Azione civile esercitata nel processo penale.	Mediazione volontaria
Controversie relative alla separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio; modifica delle condizioni di separazione e divorzio.	Mediazione volontaria Negoziazione assistita volontaria
Controversie residuali relative a diritti disponibili	Mediazione volontaria Negoziazione assistita volontaria
Controversie in materia di lavoro	Processo
Controversie relative a diritti indisponibili	Processo
	È escluso l'esperimento di strumenti extragiudiziali

Bibliografia

- Bona M. (2015), *La negoziazione assistita nei sinistri stradali. Come districarci tra negoziazione assistita, mediazione, procedure liquidative e conciliazioni in giudizio nelle controversie per danno alla persona*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna;
- Cuomo Ulloa F. (2013), *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Zanichelli, Bologna;
- Ferraris F. (2013), *La novellata mediazione nelle controversie civili e commerciali; luci e ombre di un procedimento “revitalizzato”*, in *I contratti*, n° 10, pp. 951-964;
- Ferri C. M. (a cura di) (2014), *Manuale della nuova mediazione e conciliazione giudiziale obbligatoria e facoltativa. Con modelli*, Cedam, Padova;
- Giorgetti M. (2015), *Negoziazione assistita*, Giuffrè, Milano;
- Piselli D. (2015), *La negoziazione assistita da avvocato. Commento al decreto legge 132/2014 convertito dalla legge 162/2014*, in www.impresa-societa.com;
- Taruffo M. (2004), *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in *Ars Interpretandi* n° 9, pp. 97-112;
- Vaccà C (2014), *Negoziare o mediare? La negoziazione assistita dagli avvocati*, in <http://www.consumatoridirittimercato.it/diritti-e-giustizia/negoziare-o-mediare-la-negoziazione-assistita-dagli-avvocati/>;
- Ministero di Giustizia, *Note di commento alla riforma della mediazione civile e commerciale*, L. 9 Agosto 2013, in www.giustizia.it
- *Parere concernente “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile.”* (Delibera consiliare del 9 Ottobre 2014, pervenuta in data 18 Settembre 2014, prot. CSM n. 46733/2014 dal Ministro della Giustizia).

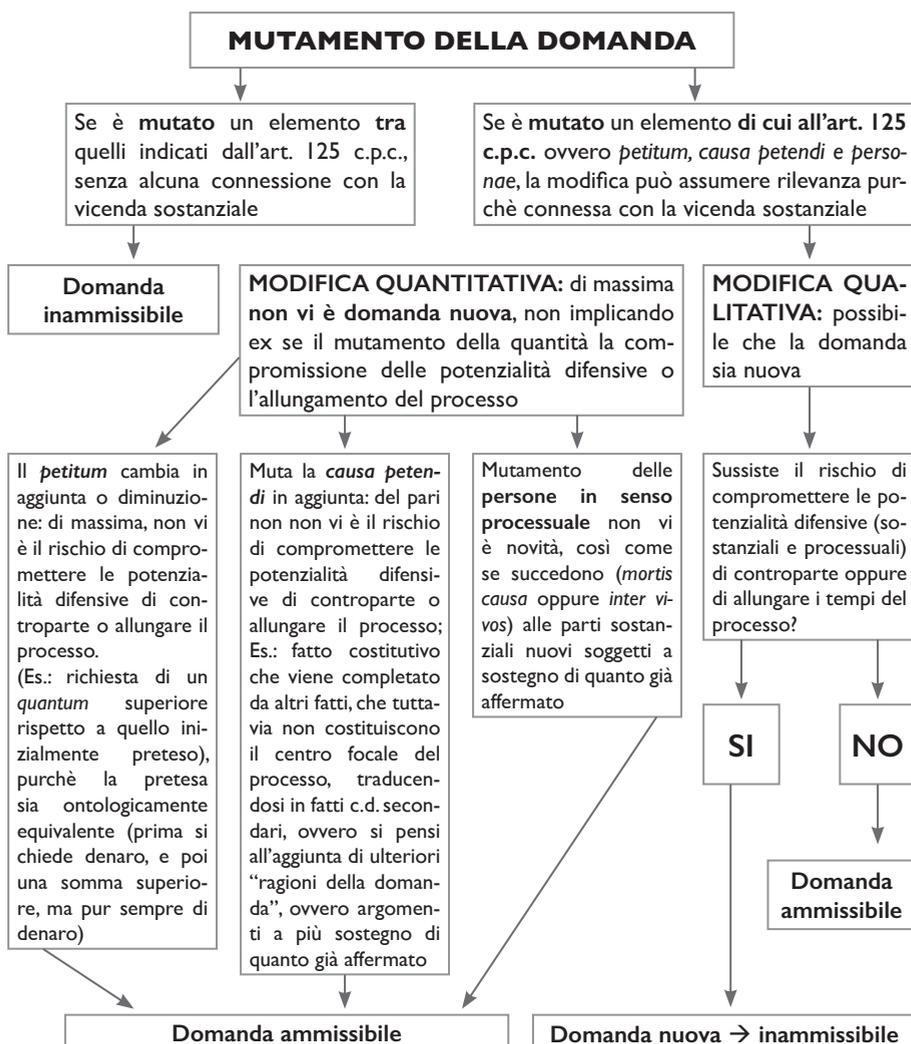
SCHEMI



Come riconoscere le domande nuove inammissibili³²⁶

(schema aggiornato a cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 15.6.2015, n. 12310)

Schema di Luigi VIOLA



³²⁶ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 30.06.2013 *La Nuova Procedura Civile*, 2,2015.

Negoziazione assistita familiare con figli minori: cosa accade se il PM non autorizza l'accordo?

Contrasto giurisprudenziale nella prima giurisprudenza di merito³²⁷

Schema di Giulio SPINA^{328*}

**Art. 6 comma 2 del D.L. 12.09.2014,
convertito nella legge 10.11.2014 n. 162**



accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita in presenza di figli minori o di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti



l'accordo deve essere **trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica** presso il tribunale competente;



il PM:

a) quando ritiene che l'accordo **risponde all'interesse dei figli**, lo **autorizza**;
b) quando, invece, ritiene che l'accordo, che riguardi figli minori (o figli maggiorenni incapaci e portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti), **non risponda all'interesse dei figli**, lo deve **trasmettere, entro cinque giorni, al presidente del tribunale** competente, che fissa, entro trenta giorni, la **comparizione delle parti e provvede senza ritardo**.

- **Il parere del PM è vincolante per il giudice e le parti?**
- **Cosa accade davanti al giudice se il PM non autorizza l'accordo?**
- **Il giudice e le parti possono derogare al parere del PM?**

³²⁷ Cfr., *Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, ISSN 2281-8693. Pubblicazione del 4.5.2015, *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2015.

³²⁸ * Dottore di ricerca IAPR e Cultore di Diritto processuale civile. Per *La Nuova Procedura Civile* è Coordinatore unico di Redazione e Direttore editoriale del *TG Giuridico*. Direttore *Osservatorio Nazionale sulla Mediazione Civile*.

IL PARERE DEL PM È VINCOLANTE

Se non si aderisce all'indicazione del PM va depositato un ricorso ad hoc con esplicita od implicita rinuncia alla via della negoziazione assistita

Pronuncia di riferimento

Tribunale di Torino, sezione settima, provvedimento del 15.1.2015

Fattispecie

Il PM, trasmettendo al presidente del tribunale l'accordo raggiunto dai coniugi a seguito di negoziazione assistita, rilevava che l'accordo non risulta va rispondere all'interesse del figlio, maggiorenne ma non economicamente autonomo, giacché non era previsto alcun contributo per il di lui mantenimento.

Il Presidente, convocate le parti, deve invitare le stesse ad adeguarsi ai rilievi del PM, e, nel caso di disponibilità in tal senso, autorizzare egli stesso l'accordo; difatti, il PM ha già formulato il proprio parere sul punto, ritenendo non autorizzabile l'accordo per specifiche ragioni da egli stesso indicate. Se invece le parti meramente non intendano adeguarsi ai citati rilievi, il Presidente deve limitarsi a non autorizzare l'accordo, giacché nessuna "conversione" in altro genere di procedimento risulta ammissibile.

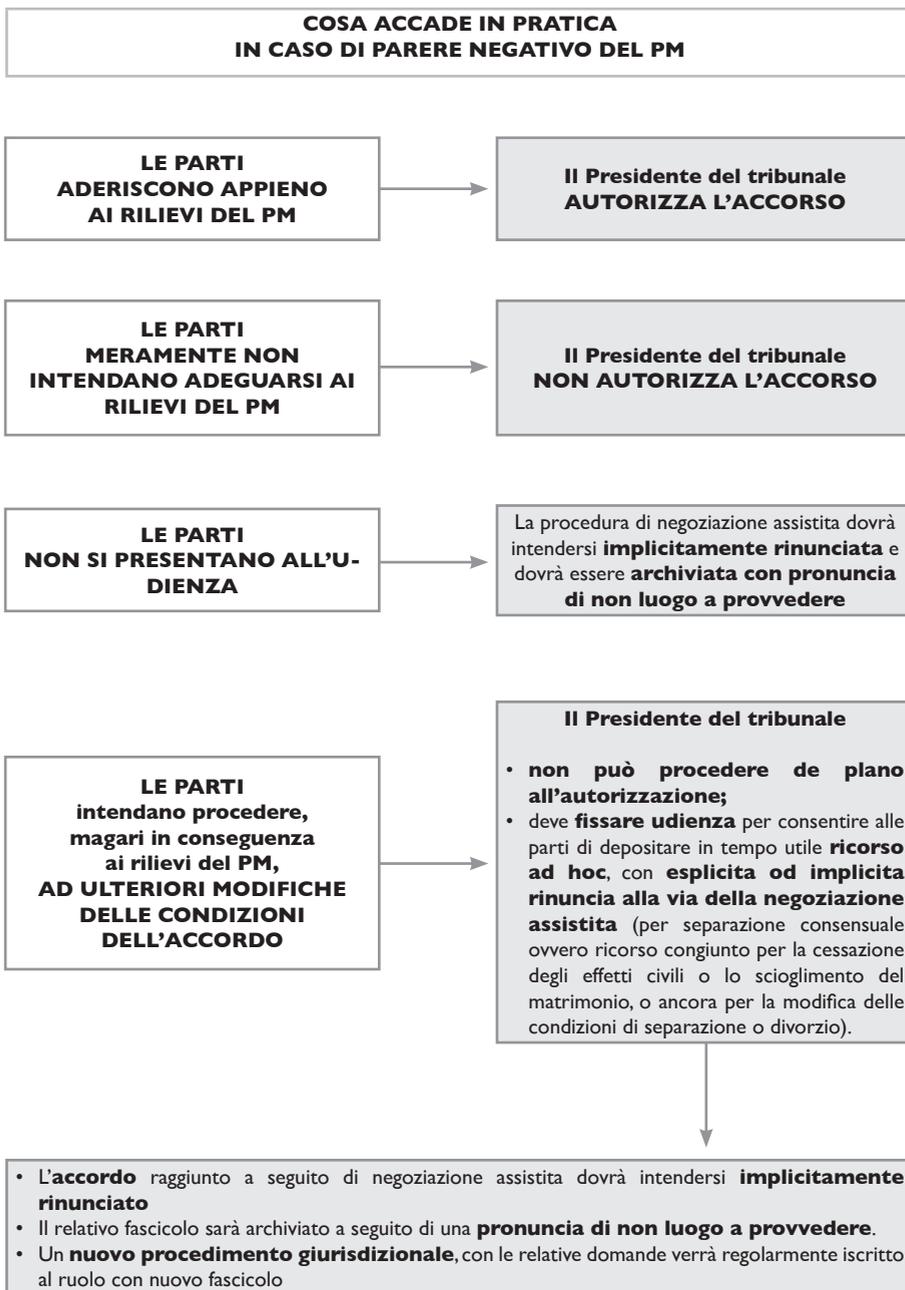
Principali
argomentazioni

- Non può essere violato il generale **principio della domanda**, quello della **corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato**, nonché le specifiche norme di cui agli **artt. 711 e 710 c.p.c., e 4, comma 16, e 9 L. 898/70** (per i quali sono previsti un atto introduttivo e l'impulso di parte);
- di conseguenza, il procedimento, a seguito della mancata autorizzazione del Pm, **non può tramutarsi in un normale procedimento** di separazione consensuale o ricorso congiunto per cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio, o ancora ricorso congiunto per la modifica delle condizioni di separazione o divorzio;
- non si può quindi ottenersi una pronuncia (decreto di omologa, sentenza di cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio o ancora decreto ex art. 710 c.p.c.) **laddove nessuna domanda sia stata formulata dalle parti.**

Qualora invece le parti o non intendano aderire pienamente ai rilievi del Pubblico Ministero, o, in conseguenza di detti rilievi, intendano apportare modifiche importanti alle condizioni dell'accordo, il Presidente deve fissare udienza, consentendo alle parti di depositare in tempo utile ricorso per separazione consensuale ovvero ricorso congiunto per la cessazione degli effetti civili o lo scioglimento del matrimonio, o ancora per la modifica delle condizioni di separazione o divorzio. Il giudice non può invece procedere de plano all'autorizzazione.

Principali
argomentazioni

- Va rispettato il principio di economia processuale in senso ampio, anche affinché **non venga del tutto vanificata l'opera prestata dai legali sino a quel momento** per una soluzione rapida e consensuale della crisi familiare;
- in materia processuale, vige il principio che impone la **necessità di una domanda delle parti per l'emissione di qualsivoglia provvedimento** da parte dell'organo giudicante;
- è **necessario che il PM esprima** sempre il proprio parere sulle condizioni che regoleranno i rapporti tra le parti, qualora dette condizioni riguardino **figli minori, maggiorenni non economicamente autonomi o portatori di handicap**.



IL PARERE DEL PM NON È VINCOLANTE

Il presidente del tribunale può, in difformità al parere del PM, autorizzare l'accordo

Pronuncia di riferimento

Tribunale di Termini Imerese, ordinanza del 24.3.2015

Fattispecie

Due coniugi, con figli minori, raggiungevano l'accordo a seguito di negoziazione assistita per la soluzione consensuale della loro separazione personale, ma il **P.M. esprimeva parere ostativo all'autorizzazione, ritenendo che l'accordo non rispondesse all'interesse dei figli.**

Il parere del PM è obbligatorio ma non vincolante, mentre i coniugi possono integrare o modificare le condizioni dell'accordo con riguardo ai figli. Il giudice, in difformità al parere del PM, può considerare le condizioni dell'accordo sufficientemente congrue ed idonee a tutelare gli interessi dei figli e, pertanto, può autorizza l'accordo.

Principali
argomentazioni

- **il procedimento che si instaura, a seguito della trasmissione dell'accordo da parte del P.M. ed alla sua denegata autorizzazione, ha natura giurisdizionale ed è assimilabile ai procedimenti di volontaria giurisdizione.**
- Nel procedimento che si instaura davanti al presidente del Tribunale **il giudicante può procedere a rivalutare le condizioni dell'accordo, nonché le ragioni addotte a sostegno dello stesso e la documentazione allegata.**
- In sede di comparizione davanti al presidente del Tribunale **i coniugi possono integrare o modificare le condizioni dell'accordo** con riguardo ai figli.
- Il provvedimento conclusivo consiste in un **provvedimento autorizzatorio o nel diniego dell'autorizzazione** (e non in un provvedimento di omologazione dell'accordo da parte del Tribunale).
- **Non è ammissibile**, in caso di diniego dell'autorizzazione, una possibilità di **trasformazione di tale rito in quello proprio della separazione consensuale** ex art. 711 c.p.c. anche se **non va esclusa la proponibilità di un successivo autonomo ricorso** per separazione consensuale.

