

Nella riforma del 2009 il legislatore ha apportato modifiche del processo all'apparenza di non particolare portata, salva la tanto attesa abrogazione del processo societario e l'introduzione del processo sommario. La vera riforma arriverà probabilmente fra due anni in attuazione della delega al Governo con interventi più organici, ovviamente indicati nella legge. Alcune delle norme che mi accingo a commentare, però, sono probabilmente destinate a restare e ad incidere più di quanto possa apparire sul delicato meccanismo del processo civile italiano: penso ad esempio alla nuova disciplina in materia di eccezioni di competenza, di fatti pacifici se non specificamente contestati ed alla disciplina sulla condanna alle spese e per responsabilità processuale aggravata.

Trovo quindi che in questi due anni che ci attendono l'opera degli interpreti e della giurisprudenza sarà fondamentale per indicare se ed in che misura le modifiche odierne avranno raggiunto un effetto positivo nella nostra ormai pluridecennale ricerca di meccanismi acceleratori. Non è del resto oggi utile, a mio avviso stilare un *cahier des doléances* sui difetti della riforma, sulle occasioni mancate e sulla atecnicità di alcune previsioni. Abbiamo una legge ed è compito degli operatori del diritto interpretarla per farla diventare, possibilmente, *diritto vivente virtuoso*.

Ciò detto e premesso che le riflessioni che mi accingo a fare sono provvisorie e non vogliono essere né conclusive né certe: soltanto le prossime applicazioni ed elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali ci indicheranno come le norme saranno in concreto applicate nel diritto italiano. non posso che augurarmi che con l'attuazione della delega si ponga fine alla stagione che da mezzo secolo ormai ci ha abituato ad interventi urgenti su di un meccanismo delicato quale il processo.

Tratterò, come indicato nel titolo, soltanto alcuni aspetti della riforma ed in particolare:

- I) Competenza e litispendenza,
- II) Giurisdizione,
- III) Fatti pacifici ed allegazione dei fatti
- IV) Condanna alle spese e nuova responsabilità processuale aggravata
- V) Cenni sull'estinzione
- VI) Cenni sulle disposizioni transitorie

Il tempo che mi è stato assegnato è brevissimo e, ringraziati gli organizzatori per l'invito ricevuto e la fiducia che mi hanno dimostrato e per l'occasione di parlare nell'Auditorium intitolato a Mario Cagli, mio maestro ed illustre avvocato del foro di Bologna, entro subito *in medias res*:

* *

¹ Relazione presentata al Convegno sulla Riforma del Codice di Procedura civile tenutosi al Palazzo dei Congressi di Bologna il 14 settembre 2009 a cura della Fondazione Forense Bolognese

1. COMPETENZA

a. *La nuova competenza del giudice di pace:*

i. La competenza del giudice di pace è stata portata a Euro 5.000 che diventano Euro 20.000 per le cause derivanti da risarcimenti danni da circolazione di veicoli e natanti: finalmente il riferimento ad un numero “tondo”. Tali ultime cause saranno nuovamente trattate con il rito ordinario, a seguito dell’abrogazione dell’art. 3 della legge 21 febbraio 2006, n. 102, Disposizioni in materia di conseguenze derivanti da incidenti stradali.

ii. Viene introdotta una nuova competenza esclusiva in materia di cause per interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali.

1. A queste controversie non si applica il rito del lavoro (nuovo art. 442 co. 3 c.p.c.)

2. L’apparente spezzettamento della competenza in materia previdenziale ha creato qualche perplessità perché parrebbe, in contrasto con la specifica previsione dell’art. 20 d.l. 112/08 e con l’orientamento generale della Suprema Corte in materia di divieto di frazionamento delle cause². Le cause di cui al nuovo art. 7 comma 3 bis sono però, come correttamente ritenuto³, quelle relative a pretese sorte successivamente al pagamento del capitale (in via stragiudiziale ad esempio). Per contro nelle cause previdenziali ordinarie la domanda per accessori ed interessi dovrà continuare

² Decreto convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133. - Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria il cui art. 20 commi 7,8 e 9 prevedono “7. *A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, nei procedimenti relativi a controversie in materia di previdenza e assistenza sociale, a fronte di una pluralità di domande o di azioni esecutive che frazionano un credito relativo al medesimo rapporto, comprensivo delle somme eventualmente dovute per interessi, competenze e onorari e ogni altro accessorio, la riunificazione è disposta d'ufficio dal giudice ai sensi dell'articolo 151 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368.*

8. *In mancanza della riunificazione di cui al comma 7, l'improcedibilità delle domande successive alla prima è dichiarata dal giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento. Analogamente, il giudice dichiara la nullità dei pignoramenti successivi al primo in caso di proposizione di più azioni esecutive in violazione del comma 7.*

9. *Il giudice, ove abbia notizia che la riunificazione non è stata osservata, anche sulla base dell'eccezione del convenuto, sospende il giudizio e l'efficacia esecutiva dei titoli eventualmente già formati e fissa alle parti un termine perentorio per la riunificazione a pena di improcedibilità della domanda.”*

Sul punto del resto la Corte di legittimità, con sentenza n. 15476 del 2008 (Rv.603542), ha affrontato più in generale il problema della legittimità del comportamento del creditore, il quale chieda l’adempimento coattivo dell’intera prestazione dovutagli, mediante il frazionamento della stessa in una pluralità di domande di valore inferiore, proposte davanti a giudici diversi competenti per le singole parti. In tale decisione l’art. 88 cod. proc. civ. viene letto in chiave costituzionalmente orientata, *nel senso che quella norma deve assicurare un processo che sia non solo celere, ma anche giusto, non essendo tale il processo "frutto di abuso (...), per esercizio dell’azione in forme eccedenti, o dell’attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi”*. La ratio sottesa a questo orientamento finisce in questo modo per riconoscere come il possibile abuso processuale sia in grado di determinare, attraverso la sostanziale paralisi o distorsione del procedimento, la compromissione del bene costituzionale dell’efficienza del processo, come enucleabile dai principi costituzionali che regolano l’esercizio della funzione giurisdizionale, nonché dallo stesso canone fondamentale della razionalità delle norme processuali”.

³ Cfr. BALENA *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile* in www.judicium.it

ad essere proposta insieme a quella per il capitale dinanzi al giudice del lavoro.

Ancora la competenza per materia del giudice di pace conoscerà delle cause per accessori e interessi a condizione che non sia pendente un giudizio per il capitale (con ciò raccordando la nuova previsione al citato art. 20 d.l. 112/09 ed all'indirizzo generale della Suprema Corte in materia di frazionamento dei giudizi).

b. L'eccezione e la decisione sulla competenza: Accelerazione ed anticipazione

- i. **Eccezione di incompetenza:** oggi l'eccezione si formula a pena di decadenza nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, salvo rilievo d'ufficio entro l'udienza art. 183 c.p.c.. L'eccezione di incompetenza per territorio (anche quella ex art. 28 c.p.c., c.d. inderogabile) si ha per non proposta se il convenuto non indica il giudice che ritiene competente.

Il mancato rilievo nella comparsa di risposta depositata tempestivamente produrrà quindi la decadenza del convenuto dal diritto di eccepire l'incompetenza. In concreto peraltro, il convenuto all'udienza ex art. 183 c.p.c. potrà comunque sollecitare l'esercizio del potere officioso del giudice con riferimento, naturalmente, alle sole questioni di incompetenza per materia, valore e territorio inderogabile.

Di fronte a tale sollecitazione il giudice, probabilmente, ma non necessariamente, esaminerà la questione, decidendo in ordine al rilievo della stessa.

Se peraltro il giudice non dovesse sollevare d'ufficio la questione nell'udienza ex art. 183 c.p.c., il convenuto che non abbia tempestivamente formulato l'eccezione di incompetenza non potrà impugnare né l'eventuale provvedimento nel quale il giudice non abbia ritenuto di non sollevare la questione né la decisione finale per motivi di competenza.

La mancata eccezione ed il mancato rilievo officioso "consolidano" la competenza in capo al giudice adito e l'eventuale originaria incompetenza non comporterà la nullità della sentenza e comunque non sarà motivo di appello.

Ciò detto in ordine al contenuto delle modifiche in tema di eccezione, conviene esaminare alcune conseguenze che tali modifiche hanno sulla struttura stessa del procedimento di cognizione. Mi riferisco in particolare a:

1. **modifica della vocatio in ius:** cambia la previsione di cui all'art. 163 n.7: nell'avvertimento da inserire nell'atto di citazione relativo alle decadenze derivanti dalla mancata tempestiva costituzione l'attore dovrà indicare anche specificamente la decadenza dall'eccezione di incompetenza.

2. **indicazione del giudice competente:** l'eccezione di incompetenza per territorio si ha per non proposta se non è indicato il giudice competente, non più soltanto per la competenza derogabile, ma anche per quella inderogabile. Naturalmente soltanto per la prima l'indicazione varrà ai fini della facoltà delle altre parti di aderire con ciò fissando la competenza del giudice indicato, mentre per l'incompetenza per territorio inderogabile, naturalmente il giudice non sarà vincolato dall'indicazione della parte che l'ha eccepita.

3. **decisione allo stato degli atti:** l'art. 38 ult. co. precisa che la decisione sulla competenza andrà adottata allo stato degli atti, salva l'acquisizione di sommarie informazioni in caso l'eccezione del convenuto o il rilievo del giudice lo rendano necessario. La previsione, pur già esistente, letta alla luce della riforma lascia emergere alcune interessanti conseguenze:

a. tenuto conto del nuovo termine per il rilievo d'ufficio della questione di competenza (i.e. udienza ex art. 183 c.p.c.) si deve escludere che le memorie di cui all'art. 183 6° co. nn.1 e 2 c.p.c., ed in particolare la modifica e precisazione delle allegazioni e domande contenute nelle citate memorie, possano avere un qualsiasi peso sulla questione di competenza.

L'eventuale riduzione o precisazione delle allegazioni e domande, pur consentita nelle deduzioni ex art. 183 co.6 nn 1 e 2 c.p.c., sarà "indifferente" ai fini della decisione in ordine alla competenza e non "sanerà" l'eventuale incompetenza derivante dalle domande formulate nella citazione;

b. La nuova scansione dei termini di preclusione per le parti e per il giudice insieme alle sommarie informazioni che il giudice potrà assumere in un vero e proprio endo procedimento sommario, costituiscono così un tassello importante per un'interpretazione filo costituzionale dell'intera decisione sulla competenza che privilegia l'accelerazione della decisione in linea con il generale principio di economia processuale ormai imposto previsto dall'art. 111 cost.. In breve la questione di competenza andrebbe a questo punto decisa preferibilmente nella fase preliminare del processo, per consentire alle parti ed al giudice di concentrare sul merito le energie processuali e la fase istruttoria.

Si è detto "preferibilmente" perché il legislatore ha mantenuto, forse incongruamente, in capo al giudice, la facoltà prevista dall'art. 187 c.p.c. di decidere la questione di competenza insieme al merito. L'art. 187 c.p.c. non impedisce però di ritenere la facoltà ivi prevista un'eccezione rispetto alla regola che debba privilegiare una decisione immediata all'udienza ex art. 183 o ad un'udienza di poco successiva, quando sia necessaria l'assunzione di sommarie informazioni o quando il rilievo sia stato sollevato (tempestivamente) dal giudice e sia quindi necessario invitare le parti a dedurre in applicazione dei principi in materia di contraddittorio ed in applicazione dell'art. 101 co.2 c.p.c.

4. **Decisione sulla competenza con ordinanza** (non più sentenza): salvi i casi in cui la questione venga risolta, come detto, insieme al merito nella sentenza, la decisione sulla competenza sarà adottata con ordinanza. Si sono quindi adeguate varie previsioni in materia di regolamento di competenza (anch'esso deciso con ordinanza) e che comunque contenevano riferimenti alla sentenza sulla competenza. Si vedano gli artt. 39 co 1 e 2, 40 co.1, 42, 43 co. 1 e 3, 44, 45, 47 49, e 50 co.1 c.p.c., sono invece restati immutati, forse per una svista gli artt. 323 c.p.c. che ancora definisce il regolamento di competenza quale mezzo di impugnazione delle sentenze ed il recente art. 819 ter c.p.c., introdotto con la L.40/2006 secondo cui la sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in

relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli artt. 42 e 43.

La scelta del provvedimento “ordinanza” ha conseguenze delicate ed infatti:

a. ***L’ordinanza sulla competenza non è revocabile:*** trova infatti applicazione non il comma 2 dell’art. 177 c.p.c., ma il co. 3 n. 3 visto che per le ordinanze sulla competenza la legge prevede espressamente un mezzo di impugnazione preciso e cioè il regolamento di competenza (da notificarsi entro trenta giorni dalla comunicazione alle parti).

b. ***Si elimina l’udienza di precisazione delle conclusioni:*** Proprio la decidibilità con ordinanza consente di evitare “*la sottofase procedimentale decisoria, con annesse lungaggini rappresentate dalla necessità di disporre un rinvio per la precisazione delle conclusioni e, all’esito, attendere il decorso dei termini di legge o abbreviati ex art. 190 c.p.c. per il deposito degli scritti conclusionali*”⁴. Salvo quanto si dirà in tema di rilievo ufficioso e tutela del contraddittorio, eliminata la precisazione delle conclusioni, salva la necessità di acquisire sommarie informazioni e comunque nel caso la questione sia di assoluta evidenza testuale, il giudice potrà disporre la discussione immediata della questione di competenza senza assegnare obbligatoriamente termini per difese. Quanto indicato comporta come naturale conseguenza, che non sarà neanche utilizzabile il ricorso alla decisione ex art. 281 sexies c.p.c. che prevede espressamente la previa precisazione delle conclusioni;

c. ***Ordinanza collegiale per cause collegiali:*** in caso di competenza collegiale (art. 50 bis c.p.c.) la decisione (con ordinanza) deve comunque essere rimessa al collegio, non potendo il giudice istruttore decidere la questione.

5. **Dubbi:** Ho segnalato il dubbio in ordine alle spese processuali ed al nuovo art. 91 c.p.c.. Ne aggiungo qualche altro che sarà probabilmente argomento di dibattiti e sentenze future:

a. **E’ stata eliminata la condanna alle spese nell’ordinanza sulla competenza ?** Il punto è particolarmente delicato visto che è stata cancellata dall’art. 91 co.1 seconda parte, la previsione secondo cui il giudice liquida le spese anche in caso di decisione sulla competenza. D’altro canto le conclusioni della più recente giurisprudenza sull’applicabilità dell’art. 91 (liquidazione delle spese) a tutti i provvedimenti di definizione del giudizio parrebbero in contrasto con questa conclusione. Non credo esista un’interpretazione certa, e mi limito quindi a segnalare alcuni punti che ritengo rilevanti:

⁴ Cfr- GIORDANO LOMBARDI *Il nuovo processo civile* Roma 2009 pag. 75. Nello stesso senso v. M.ACIERNO e C. GRAZIOSI *La riforma 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?* in corso di pubblicazione

- i. ***l'art. 50 c.p.c. in materia di translatio iudicii e di unitarietà del procedimento***, insieme alla cancellazione della previsione dell'art. 91 co.1 seconda parte, indicano che l'ordinanza e la conseguente riassunzione dinanzi al giudice competente comportano che ai fini dell'art. 91 e della condanna alle spese, vi sia un unico procedimento e che tale condanna vada fatta dal giudice che conclude il procedimento con la sua decisione. In breve la decisione sulla competenza diventa una decisione endo processuale, al pari di altre ordinanze, tale da non comportare la "definizione del giudizio" (con conseguente diritto alla liquidazione delle spese), visto che lo stesso continuerà davanti al giudice competente.
- ii. ***I termini per l'eccezione e per il rilievo ufficioso indicano, come visto, una netta preferenza per una decisione nelle fasi preliminari.*** L'indicata eliminazione della necessità di fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni per la decisione in materia di competenza, rafforza un'interpretazione che veda questa decisione come tipicamente (ma non necessariamente, come detto) adottata in nella primissima fase del procedimento (l'udienza ex art. 183 c.p.c. o un'udienza immediatamente successiva), dando una certa snellezza del processo. Le memorie (incluse quelle ex art. 183 co.6 n. 1 e 2 c.p.c.) potranno così affrancarsi da inutili appesantimenti derivanti dalla trattazione delle questioni sulla competenza.
- iii. ***La mancata liquidazione delle spese con l'ordinanza lascia privi di protezione i casi di mancata riassunzione tempestiva della causa, ma a ben vedere questo non pare, nel processo unitario delineato dall'art. 50 c.p.c., un vero problema.*** La eventuale mancata liquidazione deriva comunque da un'inattività delle parti, che, come in altri casi, comporta l'estinzione del processo senza liquidazione delle spese. Se la parte che abbia vittoriosamente eccepito l'incompetenza vorrà ottenere anche la liquidazione delle spese, non avrà che da riassumere la causa tempestivamente, anche se, in tal caso, dovrà affrontarne anche il merito.

In conclusione una riflessione: siamo poi certi che l'accoglimento dell'eccezione di incompetenza comporti ancora il diritto alla condanna alle spese, al pari di quello riconosciuto alla parte vittoriosa nel merito, o siamo ancora condizionati dalla ormai definitivamente tramontata tradizionale importanza delle questioni di competenza, in particolare delle incompetenze inderogabili, e dalla precedente formulazione dell'art. 91 co.1 c.p.c.?

Forse la "sdrammatizzazione" o meglio il declassamento delle questioni di competenza contenuti nella riforma dovrebbero indurre a ripensare la questione. Non è forse vero che nessuno riterrebbe esistente un diritto al riconoscimento delle spese processuali a favore di una parte vittoriosa su di una questione decisa con ordinanza all'interno del processo, quando la stessa parte risulti perdente nel

merito. Ciò a maggior ragione dopo la modifica delle previsioni in materia di compensazione delle spese ex art. 92 c.p.c..

b. **Il rilievo d'ufficio: modi e tempi:** Si è detto che proprio la previsione del termine fissato all'udienza ex art. 183 c.p.c. per il rilievo d'ufficio della incompetenza rende irrilevanti le memorie ex art. 183 co.6 ai fini della decisione sulla competenza. Restano quindi alcune questioni di non poco conto:

i. ***Le parti, in particolare se il rilievo dell'incompetenza è ufficioso, avranno diritto a formulare deduzioni orali o scritte ?*** Proprio la modifica introdotta con l'art. 101 co.2 c.p.c. ed i risultati della giurisprudenza in materia di terza via fondati sull'art. 111 co.2 Cost., a mio avviso, indicano, come detto, che il giudice non potrà sollevare d'ufficio la questione e direttamente deciderla senza invitare le parti a dedurre sul punto

ii. ***il rilievo ufficioso si sostanzierà di fatto nella decisione (con ordinanza) sulla questione di competenza ?*** La domanda è probabilmente superflua e risolta comunque dalla necessità di rispettare il contraddittorio.

Il punto è particolarmente chiaro del resto nel caso di causa di competenza collegiale (art. 50 bis c.p.c.) in cui il giudice istruttore dopo aver sollevato il rilievo ufficioso, dovrà o rimettere immediatamente al collegio la decisione sulla competenza o decidere di rimettere la decisione al collegio insieme al merito dopo l'espletamento della fase istruttoria, come previsto dall'art. 187 c.p.c..

Rilevata a verbale la questione il giudice, procederà ad acquisire quando necessario eventuali sommarie informazioni, immediatamente in udienza, o al più in un'udienza immediatamente successiva ed inviterà le parti:

1. a discutere in udienza ex 183 c.p.c. o in una immediatamente successiva sulla questione di competenza, in ossequio al principio di cui all'art. 180 c.p.c. o

2. se la questione è stata rilevata d'ufficio, senza precedente contraddittorio sul punto, a dedurre sul punto con memorie da depositare nei termini dell'art. 101 co.2 (termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta).

iii. ***Il giudice potrà esercitare il potere d'ufficio anche dopo il termine dell'udienza ex art. 183 c.p.c. eventualmente riservandosi all'esito dell'udienza stessa di valutare atti e documenti ?*** Abbiamo detto che si deve escludere una decisione all'esito delle memorie ex art. 183 co.6 n.1, 2 e 3. Resterebbe la possibilità per il giudice, prima della concessione dei termini (obbligatori se richiesti) per le citate memorie, di riservarsi sull'eventuale rilievo d'ufficio della questione di competenza.

Il rilievo officioso: una premessa pare necessaria. Si è detto che gli interventi “spot” della riforma mutano la struttura stessa del meccanismo del processo. Nel caso del rilievo d’ufficio dell’incompetenza però mi pare che invece la modifica si inserisca nella preesistente disciplina, valorizzando la previsione dell’art. 183 co.4 c.p.c., poco attuata, secondo cui il giudice “sulla base dei fatti allegati” indica alle parti le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Se così è mi pare che si debba concludere che il giudice debba sollevare il rilievo sulla competenza in udienza e non in un provvedimento riservato successivo. In tal senso, oltre al dato testuale dell’art. 183 n. 4 c.p.c. richiamato, mi pare concorrano:

1. L’art. 180 c.p.c., mai concretamente valorizzato, che però pone il principio fondamentale dell’oralità del processo: la norma non pare limitata alle parti, ma a tutti i soggetti del processo con la conseguenza che l’ordinanza riservata costituisce un’eccezione alla regola;

2. Il termine dell’udienza ex art. 183 c.p.c. per il rilievo d’ufficio non pare compatibile con lo scioglimento di una riserva che avvenga ad udienza conclusa, ragionevolmente con data successiva all’udienza stessa;

3. Il fatto che il rilievo officioso sulla competenza non comporta una decisione finale sulla questione, ma soltanto l’apertura del citato endo procedimento: il rilievo quindi non implica un’anticipazione del giudizio, ma soltanto, come previsto nell’art. 183 co.4, la segnalazione di una possibile questione su cui le parti sono invitate a dedurre. Le ragioni di necessaria accelerazione del processo civile, richiamate nella stessa relazione alla legge, mi pare che impongano la concentrazione del rilievo nell’udienza ex 183 c.p.c. per ridurre i tempi di soluzione della questione di competenza.

Certo, si dirà, la riserva è spesso imposta dal carico di lavoro dei giudici.

Sul punto se ho dubbi sul fatto che il meccanismo della riserva a conclusione dell’udienza ex art. 183 allievi il carico di lavoro del giudice. Un’udienza ex art. 183 c.p.c. che veda il giudice informato degli atti, sarebbe essenziale sia per il tempestivo eventuale rilievo officioso in tema di incompetenza sia per l’attività più ampia prevista dall’art. 183 co.4 (richiesta dei chiarimenti e la segnalazione delle questioni d’ufficio) che responsabilizzando le parti, consentirebbe di semplificare notevolmente il processo e la stessa redazione delle successive memorie ex art. 183 co.6 n.1,2 e 3.

Non vi è dubbio che simili conclusioni, derivanti da un intervento tutto sommato limitato nel corpus del processo, comportano uno stravolgimento organizzativo di non poco conto nell’agenda del giudice, visto che a questo punto all’udienza dell’art. 183 c.p.c. il giudice dovrà aver letto gli atti di causa ed aver il tempo materiale per valutare le eventuali deduzioni che le parti dovessero formulare in udienza.

D'altro canto non va dimenticato che l'assenza di eccezione o rilievo tempestivi, almeno a giudicare dalla riforma, non pare preoccupi particolarmente il legislatore: il giudice "potenzialmente" incompetente, in assenza di eccezione rituale e/o tempestiva ed in assenza del tempestivo rilievo ufficioso, deciderà nel merito la causa dopo averla istruita, senza doversi più curare della competenza.

In questo senso personalmente non posso che apprezzare una riforma che punti a ridurre l'importanza nel processo delle questioni processuali, per restituire al merito l'attenzione centrale. Il processo è uno strumento che deve consentire alla parte di ottenere tutto quello e proprio quello di cui ha diritto, quindi un mezzo e non un fine dell'accertamento del giudice.

c. **Litispendenza e 39 c.p.c.** : La litispendenza si determina non più soltanto dalla notificazione dell'atto di citazione, ma, nel caso di ricorso, dal suo deposito. La modifica non è particolarmente rilevante, visto che ormai il punto era abbondantemente acquisito nel rito del lavoro. Resta ancora il problema del decreto ingiuntivo per il quale la previsione speciale dell'art. 643 c.p.c. prevede che solo la notifica del ricorso e del pedissequo decreto determinano la pendenza della lite.

Il punto, come noto, è però stato ormai risolto con una *revirement* delle Sezioni Unite che, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata della norma hanno ritenuto che "Il comma 3 dell'art. 643 c.p.c. deve interpretarsi nel senso che la lite introdotta con la domanda di ingiunzione deve considerarsi pendente a seguito della notifica del ricorso e del decreto, ma gli effetti della pendenza retroagiscono al momento del deposito del ricorso."⁵

Si aggiungono alla novità sopra indicata, le ricordate modifiche relative alla forma del provvedimento ed il conseguente opportuno accorpamento in un'unica ordinanza della dichiarazione di litispendenza e della cancellazione della causa dal ruolo, istituto definito correttamente dalla dottrina "*originario dualismo barocco*"⁶

2. **GIURISDIZIONE (ART. 59 L.69/09)**: La riforma ha recepito le indicazioni e le esigenze poste in luce da ultimo dalla Corte Costituzionale⁷, nel solco di quanto già ritenuto dalle stesse Sezioni Unite⁸, ed ha previsto espressamente un meccanismo di *translatio iudicii*, in linea con quanto stabilita dall'art. 50 c.p.c. in materia di competenza, del giudizio iniziato dinanzi al giudice privo di giurisdizione, così consentendo al processo di continuare davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde rendere ininfluente ai fini della tutela del diritto l'errore nella scelta del giudice.

Si tratta di una previsione benvenuta in particolare dopo una riviviscenza delle questioni di giurisdizione in particolare dopo i recenti interventi della Corte Costituzionale a partire

⁵ Cass. sez. un., 1 ottobre 2007, n. 20596, Giust. civ. 2007, 12 2686

⁶ V. MACIERNO C.GRAZIOSI *op.cit*

⁷ La Corte Costituzionale con sentenza 12-03-2007, n. 77 ha ritenuto che "È incostituzionale l'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (istituzione dei Tar), nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione." Nella sentenza è contenuto un esplicito invito al legislatore a regolare la materia in modo organico.

⁸ Cfr. Cass., sez. un., 22-02-2007, n. 4109, di pochi giorni precedente alla citata sentenza della Corte Costituzionale, secondo cui "Sia nel caso di ricorso ordinario ex art. 360, 1° comma, n. 1, c.p.c. - previsto per il solo giudizio ordinario e poi esteso ai sensi dell'art. 111 cost. a tutte le decisioni, assumendo la veste di ricorso per contestare innanzi alle sezioni unite la giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza impugnata - sia nel caso di regolamento preventivo di giurisdizione proponibile dinanzi al giudice ordinario, ma anche innanzi al giudice amministrativo, contabile o tributario, opera la *translatio iudicii*, così consentendosi al processo, iniziato erroneamente davanti ad un giudice che non ha la giurisdizione indicata, di poter continuare davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia."

dalla sentenza 204/2004 sulla ripartizione della giurisdizione fra giudici amministrativi ed ordinari.

a. La riassunzione del processo dinanzi al giudice indicato come avente giurisdizione deve avvenire entro tre mesi dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, per consentire il mantenimento degli effetti sostanziali e processuali causati dalla proposizione della domanda davanti al giudice carente di giurisdizione.

b. Il giudice che dichiara il proprio difetto di giurisdizione dovrà di indicare contestualmente, «*se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione*». Secondo un autore⁹ nella sentenza il giudice dovrebbe indicare non soltanto l'autorità dotata di giurisdizione, ma anche il singolo giudice che si ritiene competente (ad esempio non “dichiara la propria carenza di giurisdizione a favore del giudice amministrativo”, ma, ad esempio “dichiara la proprio carenza di giurisdizione a favore del TAR Emilia Romagna”). Tale conclusione deriverebbe dalla necessità di omogeneizzare la nuova previsione con quanto già previsto dall'art. 382 c.p.c. per la sentenza su questioni di giurisdizione in Cassazione.

c. Circa gli effetti di tale indicazione è necessario distinguere :

i. **La Cassazione vincola il giudice e le parti:** se la pronuncia sulla giurisdizione è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, essa ha efficacia c.d. *panprocessuale* (com'era già pacifico, d'altronde, in passato, arg. dall'art. 382, 1° comma, c.p.c. La decisione è «vincolante per ogni giudice e per le parti *anche in altro processo*» nel quale la domanda dovesse essere eventualmente riproposta anche oltre il termine per la riassunzione ex art. 59 l.69/09.

Sul punto segnalo quella che ritengo una svista, a mio avviso trascurabile, del legislatore il quale riserva l'efficacia vincolante anche per altri giudici della pronuncia delle sole Sezioni Unite della Cassazione, ignorando che a seguito della riforma del 2006, l'art. 374 c.p.c.¹⁰ prevede che il ricorso sulla questione di giurisdizione può essere assegnato alle sezioni semplici, se sulla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite. E' palese che dalla svista del legislatore non possano derivare diversi trattamenti per la decisione sulla giurisdizione emessa dalle Sezioni Unite o dalla Sezione Semplice, e ciò non foss'altro che per ragioni di economia processuale e di ragionevole durata del processo.

ii. **Il Giudice di merito vincola solo le parti – facoltà del giudice ad quem di sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione:** Se invece la pronuncia declinatoria proviene da un giudice di merito e la domanda è tempestivamente riproposta – dopo il suo passaggio in giudicato ed entro il termine di cui dirò più avanti – dinanzi al giudice in essa indicato, solo le parti «restano vincolate» alla predetta indicazione (2° comma), mentre il giudice *ad quem*, dal canto suo, può sollevare d'ufficio la questione davanti alle Sezioni

⁹ DEMARCHI *Questioni pregiudiziali di rito, condanna alle spese e consulenza tecnica nella miniriforma del processo civile* in www.ilcaso.it

¹⁰ Art. 374 c.p.c. Pronuncia a sezioni unite. — *La Corte pronuncia a sezioni unite nei casi previsti nel n. 1) dell'art. 360 e nell'art. 362 (att. p.c. 142). Tuttavia, tranne che nei casi di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il ricorso può essere assegnato alle sezioni semplici, se sulla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite.*

unite, con ordinanza, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito (3° comma).¹¹

iii. **Continuazione del processo, terminologia, preclusioni, prove ed argomenti di prova:** qui sorgono invece problemi molto delicati e dubbi: il legislatore pare utilizzare termini atecnici o comunque contraddittori. Ed infatti:

1. **riproposizione della domanda:** il processo continua davanti al giudice avente giurisdizione, ma il legislatore parla di “riproposizione della domanda” davanti al giudice indicato come se la domanda fosse “riproposta” e dunque nuova.

Il riferimento è forse alla diversa “forma” che la domanda dovrà assumere in considerazione del giudice dinanzi al quale andrà “riproposta”. Il termine però non è chiaro.

2. **preclusioni e decadenze:** restano ferme le preclusioni e le decadenze intervenute, ma questo potrà creare seri problemi in caso, ad esempio, di domande non proposte perché palesemente estranee alla giurisdizione del giudice adito che poi non sarebbero proponibili davanti al giudice *ad quem*.

3. **prove, argomenti di prova e prosecuzione del giudizio:** il legislatore esplicitamente indica al co.5 dell’art. 59 L.69/09 che “*in ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice [indicato competente] le prove raccolte nel processo davanti al giudice carente di giurisdizione possono essere utilizzate quali argomenti di prova*”

La norma parrebbe riferirsi a tutti i casi di riproposizione della domanda e quindi anche a quella tempestiva davanti al giudice competente, di cui all’art. 59 co.2 L.69/09. Se così fosse però la norma sarebbe contraddittoria: da un lato si prevede la *translatio iudicii* con tanto di salvezza delle preclusioni e decadenze intervenute, dall’altro le prove assunte dinanzi al giudice carente di giurisdizione avrebbero solo valore di “argomenti di prova”, con previsione tipicamente riservata alle prove assunte in altri giudizi.

A mio avviso si devono allora valorizzare i termini di cui al comma 5 “*in ogni caso di riproposizione*”, come indicativi di un caso di riproposizione della domanda *al di fuori della translatio iudicii* di cui al comma 2 dell’art. 59, con la conseguenza che: se il processo verrà riassunto, nelle forme di cui al co.2 dell’art. 59, nei tre mesi dal passaggio in giudicato della dichiarazione di carenza di giurisdizione, le prove assunte nel giudizio dal giudice carente di giurisdizione resteranno del tutto valide proprio per il principio della *translatio iudicii*, se invece la domanda sarà comunque “riproposta” oltre il termine indicato davanti al giudice competente, le prove varranno come meri argomenti di prova, ferma la possibilità di dedurre i mezzi istruttori secondo le regole processuali del rito corretto.

¹¹ BALENA, *op.cit.*, nota giustamente un’incongruenza laddove il legislatore del 2009 pare non aver raccordato la previsione con quanto previsto dalla riforma del giudizio di cassazione del 2006 laddove all’art. 374 co.1 si è prevista la possibilità che il ricorso implicante una questione di giurisdizione sia assegnato ad una sezione semplice, qualora si tratti di questione sulla quale si sono già pronunciate, in passato (ed ovviamente in altra causa), le Sezioni unite. La dimenticanza peraltro pare superabile con un’interpretazione estensiva o almeno analogica della previsione citata che estenda anche alla pronuncia della sezione semplice l’efficacia *in rem* processuale sopra prevista.

Questa interpretazione mi pare la più rispettosa dei principi costituzionali e dei fini stessi della riforma, ma si scontra con la previsione del co.2 dell'art. 59 che in caso di riassunzione tempestiva prevede che la domanda sia "*riposta al giudice ivi indicato*".

E' chiaro che è questa terminologia (non quella del comma 5) ad essere criticabile, visto che l'intento dell'art. 59 è quello del mantenimento degli effetti processuali e sostanziali della domanda originaria.

Mi pare dunque ragionevole interpretare la frase del co.2 come riferita ad una "riformulazione" della medesima domanda secondo le forme del rito corretto, piuttosto che di una vera riproposizione che, come detto, implica una crasi fra i due procedimenti, incompatibile con il senso della riforma.¹²,

Se ciò è corretto, il sistema potrebbe mantenere un suo equilibrio. In tal senso mi pare che l'interpretazione proposta sia addirittura necessaria sotto un profilo costituzionale per adeguare la norma al dettato costituzionale come del resto indicato dalla stessa Corte Costituzionale nella già citata sentenza 77/2007.

3. ALLEGAZIONE DEI FATTI – CONTESTAZIONI E FATTI PACIFICI

a. **rivoluzione copernicana nella redazione degli atti processuali ?** L'art. 115 c.p.c., come noto, è stato modificato con la previsione espressa che il giudice potrà basare la propria decisione sulle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero *e sui fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*.

La lettura della nuova norma fa sobbalzare i pratici e gli stessi giudici, in particolare quelli di merito, visto che non soltanto codifica un principio (la rilevanza dei fatti pacifici ai fini della prova) ormai pacificamente recepito da qualche decennio del diritto vivente, ma ne delinea una portata decisamente più ampia di quella tradizionalmente vigente.

I fatti pacifici non sono più infatti i fatti espressamente ammessi dalle parti costituite o la cui negazione è incompatibile con le difese svolte dalla parte che avrebbe avuto interesse a contestarli, ma oggi sono anche i fatti "non specificamente contestati dalla parte costituita".

i. Sono quindi finiti i tempi delle formule di stile "*contesta, impugna in fatto e diritto quanto dedotto da controparte*" e simili formule magiche a cui gli avvocati spesso ricorrevano in mancanza di tempo o voglia di esaminare le difese delle controparti.

ii. A fronte però dell'onere di contestazione specifica, si deve ritenere che dovrà valorizzarsi l'onere di un'allegazione dei fatti. Tale allegazione dovrà quindi essere altrettanto specifica, come del resto già ritenuto dalla più recente giurisprudenza, in linea con le preclusioni del processo e l'onere di collaborazione leale alla ragionevole durata del processo: del resto in tanto la contestazione potrà essere specifica in quanto la allegazione sia stata precisa e tempestiva. Non è questa la sede per approfondire la questione che ritengo peraltro costituirà un tema centrale della futura elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Da operatore del diritto ritengo però che l'introduzione della modifica nell'art. 115 co.1 c.p.c. potrebbe costituire una preziosa occasione per ripensare la redazione degli atti, magari attraverso l'adozione (anche da parte di singole

¹² Cfr. BALENA *op.cit.*

corti) di protocolli simili a quelli in uso in alcune corti americane, che impongano maggiore chiarezza e sintesi e, perché no, un'elencazione specifica e magari meno barocca delle singole allegazioni.

iii. ***la non contestazione comporta una relevatio ab onus probandi:*** il fondamento della tecnica di non contestazione è stato così definito da tempo dalla dottrina¹³ e da alcune sentenze della Suprema Corte¹⁴. Da allora il principio di non contestazione specifica ha avuto una notevole eco ed applicazione in diverse pronunce soprattutto (ma non solo) in nome del principio di economia processuale, oggi dotato di copertura costituzionale a seguito delle modifiche apportate all'art. 111 Cost. comma 2 laddove si afferma che le leggi debbono assicurare che i processi abbiano una ragionevole durata¹⁵.

L'evoluzione della giurisprudenza, soprattutto di legittimità, in questo senso mi pare il diretto antecedente e motivo fondante della modifica. Il legislatore del 2009 ha voluto codificare un risultato, evidentemente ritenuto meritevole, cui il diritto vivente era ormai recentemente giunto, malgrado la persistenza di orientamenti giurisprudenziali, in particolare di merito, contrari.

Quindi non si può che approvare la scelta del legislatore di fare chiarezza.

Ovviamente se il principio è oggi chiaro, la sua applicazione pratica temo che lo sarà molto meno.

La non contestazione specifica delle allegazioni rischia da un lato di trasformare gli atti in una contestazione lunga e magari inutile di singoli fatti per dovere di difesa, dall'altro potrebbe indurre i giudici a percorrere pericolose scorciatoie, evitando ad esempio consulenze tecniche o ricerca di prove specifiche quando, ad esempio, si tratti di determinare l'ammontare di un diritto indicato specificamente dall'attore e contestato dal convenuto nell'an, ma non specificamente nel quantum¹⁶.

iv. E' vero però che il processo civile non è più solo processo delle parti, ma deve rispettare esigenze di economia processuale, quindi le preclusioni processuali diventano presidi a tutela di un interesse pubblico non nella disponibilità delle parti.¹⁷

¹³ Cfr. C. M. CEA *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche* in Foro It. 2006 I, col. 1873, Una riforma della Cassazione civile? (*) TARUFFO *Una riforma della cassazione civile ?* in Riv. trim. dir. proc. civ. 2006, 3, 755; G. Ricci *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69* Giappichelli Torino 2009; DEL CORE

Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali in Giust. civ. 2004, 2, 111

¹⁴ v. Cass., sez. un., 23 gennaio 2002 n. 761 con nota di PROTO PISANI *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile* in Foro It 2003, I, col. 604 e e Cass.sez.lav. 13-06-2005, n. 12636.

¹⁵ da ultimo v. Cass, sez. III, 25 febbraio 2009 , n. 4489, Cass, sez. I, 27 febbraio 2008, n. 5191, Cass, sez. III, 21 maggio 2008, n. 13079.

¹⁶ Sulla questione vedi però le convincenti indicazioni di Cass., sez. un., 23-01-2002, n. 761, riportate più avanti nel testo ed a nota 21.

¹⁷ V. Cass, sez. un., 15 dicembre 2008 , n. 29290 *"Il principio costituzionale della ragionevole durata del processo deve ritenersi rivolto non soltanto, in funzione acceleratoria, al giudice quale soggetto processuale ma anche e soprattutto al legislatore ordinario ed al giudice quale interprete della norma processuale (in quanto una lettura "costituzionalmente orientata" delle norme che regolano il processo non può prescindere dal principio in esame, che esprime un canone ermeneutico valevole per ogni disciplina processuale) e - in ogni caso - rivolto a tutti i protagonisti del processo (ivi comprese le parti, che, specie nei processi caratterizzati da una difesa tecnica, devono responsabilmente collaborare per lo scopo della ragionevole durata)".* Cfr. anche Cass. SS.UU. n. 26724/07 *"occorre ribadire il principio secondo cui il regime di preclusioni, introdotto nel codice di rito dalla L. n. 353 del 1990, è inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che*

Dobbiamo ritenere quindi, come bene indicato dalla Cassazione, che “..l'onere di contestazione tempestiva deriva da tutto il sistema processuale, come si evince dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, così come previsto dall'art. 111 cost. Conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio”.¹⁸

v. **Cosa significa che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove...nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita ?** Ovviamente è troppo presto per dare una risposta precisa. Possiamo però utilizzare l'elaborazione della Suprema Corte cui evidentemente il legislatore del 2009 si è richiamato. Ed allora possiamo citare alcune recenti pronunce che possono fornire indicazioni utili:

1. l'art. 115 espressamente limita la sua applicabilità ai soli fatti non specificamente contestati *dalla parte costituita* in linea con quanto ritenuto nella nota sentenza della Corte Costituzionale secondo cui una simile regola applicata al processo contumaciale si porrebbe “ *in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita.*”¹⁹. Peccato: un'occasione mancata per accelerare il processo, in una situazione nella quale del resto il nuovo art. 153 c.p.c. (che ha allargato a tutto il processo i principi previsti dall'ex art. 184 bis c.p.c. in materia di preclusioni) garantisce al contumace la rimessione in termini per tutti quei casi in cui la contumacia non derivi da volontaria scelta.

2. La contestazione deve essere tempestiva – nella comparsa di risposta o prima atto successivo all'allegazione e comunque non oltre le memorie ex art. 183 co. 6 n. 1 e 2 c.p.c. : una contestazione formulata solo in comparsa conclusionale è irrilevante.²⁰

Sul punto mi permetto una riflessione incidentale a proposito del nuovo processo sommario. In tale procedimento l'assenza delle memorie ex art. 183

la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo (cfr. tra le altre, Cass., 27 luglio 2006, n. 17152; e Cass. 11 maggio 2005, n. 9875)".

¹⁸ V. Cass, sez. I, 27 febbraio 2008, n. 5191 ed ancora (in motivazione), dove, dopo un breve excursus sull'evoluzione del *cd.* principio di non contestazione si richiamano i principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, il generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost come fondamento della regola secondo cui “ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto (Cass. 12636/2005, preceduta da Cass. 3245/2003, riferita al solo processo del lavoro, e seguita da Cass. 1540/2007, che ha esteso il principio al processo tributario).

¹⁹ v. Corte Costituzionale 12 ottobre 2007, n. 340

²⁰ Cass, sez. III, 25 febbraio 2009 , n. 4489.

co.6 n. 1 e 2 c.p.c. mi pare imponga una seria considerazione proprio alla luce dell'art. 115 c.p.c. vigente. Da un lato l'attore dovrà infatti prestare più attenzione ad una esposizione corretta e precisa delle allegazioni a sostegno della sua domanda, dall'altro il convenuto dovrà formulare le contestazioni specifiche nella comparsa di risposta, non potendo fare affidamento su ulteriori memorie successive, naturalmente salvo che il giudice non decida di fissare l'udienza ex art. 183 c.p.c. e di trattare il procedimento con il rito ordinario.

3. Se il fatto costitutivo del diritto si connota per la concomitante ricorrenza di più circostanze, occorre che la contestazione del convenuto esplicitamente si appunti su una o più caratteristiche del fatto costitutivo complesso, essendo altrimenti priva della specificità necessaria a radicare, per un verso, l'onere dell'altra parte di offrire la prova, e, per altro verso, il dovere del giudice di procedere ad uno specifico esame.²¹

4. Per avere rilevanza, la non contestazione deve riguardare i fatti da accertare nel processo e non la determinazione della loro dimensione giuridica. Se la contestazione riguarda l'interpretazione data alla disciplina legale o contrattuale della quantificazione, essa si colloca in un ambito di sostanziale irrilevanza, appartenendo al potere - dovere del giudice la cognizione di tale disciplina, che non può, dunque, risultare condizionata dalle prospettazioni difensive e dai comportamenti processuali delle parti. La non contestazione costituisce comportamento processualmente rilevante solo se riferito a fatti e non all'applicazione di regole giuridiche.

La contestazione sull'"an" non è, quindi, di per sé, tale da assorbire e rendere superflua qualsiasi contestazione sul "quantum", potendo le operazioni di quantificazione del credito in contestazione essere affidate all'allegazione di fatti non incompatibili con quelli investiti negativamente dalle difese svolte in punto di sussistenza del credito stesso.

In breve la contestazione sull'"an" non preclude l'applicabilità della regola che impone al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti allegati "ex adverso", con la conseguenza che il comportamento omissivo si connota di idoneità ad essere apprezzato dal giudice ai fini dell'identificazione dell'oggetto della lite o del tema probatorio²².

vi. **Le conseguenze pratiche del nuovo art. 115 co. 1**

1. L'onere di contestazione non comporta però uno stravolgimento delle regole sull'onere probatorio previste dal codice civile. L'attore dovrà sempre provare i fatti costitutivi del diritto fatto valere ed il convenuto dovrà provare i fatti impeditivi. Si aggiunge l'onere delle parti di collaborare, attraverso il meccanismo della contestazione specifica, a determinare il *thema probandum* e, in ultima analisi, attraverso di esso anche il *thema decidendum*;

2. La non contestazione è una tecnica diretta a ridurre l'attività istruttoria delimitando l'ambito del *thema probandum* e liberando quindi le

²¹ Così quasi testualmente Cass, sez. III, 21 maggio 2008, n. 13079

²² Cfr. Cass. Sez. Un. 23 gennaio 2002 n. 761

parti ed il giudice dall'onere di difendersi su punti non contestati. Ciò però, secondo la dottrina e la giurisprudenza²³, non può andare a discapito di quanto risulta dalle prove raccolte nel processo. Il fatto non contestato va considerato espunto dal *thema probandum* (con conseguente *relevatio ab onere probandi* della parte che lo ha allegato), ma non sfugge al controllo probatorio del giudice, ed al libero suo convincimento con il risultato che il fatto non contestato potrà essere ignorato dal giudice tutte le volte in cui, anche indipendentemente dalla contestazione, la non verità del fatto allegato e non contestato emerga dal materiale probatorio acquisito;

3. proprio perché ispirata al principio di economia processuale la non contestazione investe tutti i fatti allegati in giudizio, siano essi principali o secondari, sia che rilevino a fini processuali, ovvero che attengano al merito della pretesa azionata.

Il punto pare confermato dalla formulazione del nuovo art. 115 co.1 c.p.c. che non distingue fra fatti principali o secondari, come invece facevano le Sezioni Unite della Suprema Corte nella nota sentenza 761/02 che limitavano alla contestazione dei fatti principali l'onere stringente di contestazione, mentre per i fatti secondari si riteneva che la non contestazione operasse soltanto nell'ambito di comportamenti liberamente apprezzabili dal giudice.²⁴

vii. **Il principio di non contestazione si applica a qualunque fatto ?** La migliore dottrina ritiene di no. Esso non opera:

1. **nei processi relativi a diritti indisponibili:** in processi di tale specie (salva la necessità di ripensare quali aspetti della fattispecie sono

²³ COSTANZO M. CEA *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche* in Foro It. 2006 I, col. 1873

²⁴ Le Sezioni Unite nella citata sentenza 761/2002 hanno ritenuto che "Occorre..., distinguere i fatti costitutivi del diritto, dalle circostanze dedotte al solo fine di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi: per riprendere l'esemplificazione di cui sopra, rispetto alla domanda di condanna al pagamento di compensi per lavoro straordinario, fatto costitutivo del diritto è l'avvenuta prestazione oltre i limiti dell'orario normale; circostanza di mero rilievo istruttorio è il comportamento del lavoratore consistente nel compiere il percorso casa - luogo di lavoro e viceversa in ore astrattamente coerenti con l'anzidetta prosecuzione della prestazione lavorativa.

Posta, dunque, tale distinzione, appare agevole concludere che nei "fatti posti dall'attore a fondamento della domanda", dei quali appunto è menzione nelle dette norme, è palesemente riconoscibile il connotato della prima categoria di fatti, potendosi della funzione fondante rispetto alla pretesa accreditare esclusivamente i fatti giuridici costitutivi della medesima.

Gli artt. 167, primo comma e 416, terzo comma, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti.

....

Per i fatti dedotti in esclusiva funzione probatoria, non è invece, formulabile identica conclusione.

Essi, come si è detto, hanno una rilevanza che si esaurisce sul piano istruttorio, nel senso che, ove provati, il giudice può, in base ad essi, formare il suo convincimento circa l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto.

Per questa stessa ragione, essi non sono contemplati dalle norme in questione e, anche in processi di tipo dispositivo, si collocano in un'area che non è assegnabile all'esclusiva disponibilità delle parti.

In quest'area, pertanto, la non contestazione viene restituita alla più generica categoria dei comportamenti non vincolanti per il giudice, ma apprezzabili liberamente come semplici argomenti di prova, ai fini del giudizio sulla sussistenza del fatto di cui trattasi.

soggetti a indisponibilità) il legislatore vuole impedire che le parti attraverso loro contegni processuali o dichiarazioni (v. l'art. 2733, 2° comma, c.c., che esclude l'efficacia di prova legale della confessione resa su fatti relativi a diritti indisponibili; v. anche l'art. 2739, 1° comma, c.c.) possano vincolare il giudice, ed in tal modo ottenere tramite sentenza ciò che non potrebbero ottenere tramite l'autonomia privata.

In tali casi dunque il fatto non contestato o anche ammesso non è posto fuori del thema probandum. Questo non significa però che la non contestazione o l'ammissione non abbiano rilievo sul piano probatorio:

a. *“la non contestazione opera come contegno processuale, cioè come fatto secondario di origine processuale;*

b. *l'ammissione è una dichiarazione di scienza (cioè una fonte materiale di prova) della parte di fatti sfavorevoli al proprio interesse e favorevoli all'interesse dell'avversario, sottoposta, a differenza della confessione, al prudente apprezzamento del giudice”²⁵;*

2. E per i contratti le la cui validità è richiesta la forma scritta *ad substantiam* ? il problema è aperto.

a. Ovviamente se si ritiene che i fatti non contestati costituiscano fonte di *prova*, la norma speciale in materia di contratti formali prevarrà sull'art. 115 c.p.c.

b. Suprema Corte (v. sentenze sopra citate) e dottrina (G.RICCI) ritengono però che il principio non incide sulla *prova del fatto*, ma sulla necessità di svolgere attività istruttoria sul punto, limitando quindi l'effetto non tanto ad un mutamento dell'onere probatorio, quanto ad una *relevatio a bonus probandi*, valida soltanto all'interno del procedimento in corso, al pari delle preclusioni. A questo punto non dovrebbe scandalizzare che un proprietario di un bene immobile che agisca per il risarcimento dei danni provocati dal vicino, non sia tenuto a provare in causa con il deposito tempestivo del contratto di acquisto o di altro titolo documentale di essere proprietario, quantomeno tutte le volte in cui la proprietà non è contestata.

In conclusione la nuova previsione in materia di fatti pacifici a ben vedere non è quindi rivoluzionaria: la giurisprudenza aveva già raggiunto, nel diritto vivente, risultati analoghi a quelli ormai sanciti positivamente dall'art. 115 co.1 c.p.c..

La riforma peraltro sul punto è certamente opportuna ad evitare le vaste sacche di dissenso ancora esistenti soprattutto fra i giudici di merito, ma anche nell'ambito della Cassazione²⁶.

²⁵ PROTO PISANI *op.cit.*

²⁶ Ricorda COSTANZO M.CEA *op.cit.* “A favore del tradizionale principio (sconfessato da sez. un. 761/02, Foro it., 2002, I, 2019), secondo cui, non essendo ravvisabile nel nostro ordinamento un onere di contestazione, i fatti non contestati non possono ritenersi pacifici e, come tali, espunti dal thema probandum, v., tra le ultime, Cass. 4 febbraio 2005, n. 2273, id., Mass., 154; 28 ottobre 2004, n. 20916, id., 2005, I, 727, con nota di CEA, La non contestazione dei fatti e la Corte di cassazione: ovvero di un principio poco amato; 12 febbraio 2004, n. 2699, id., Rep. 2004, voce Prova civile in genere, n. 17; 1° aprile 2003, n. 4909, id.,

Si deve quindi ritenere che ormai il processo civile dovrà vedere:

- (a) da un lato una formulazione specifica sin dall'inizio e comunque nei termini di cui all'art. 183 co.6 delle allegazioni su cui si basa il petitum (c.d. causa petendi)
- (b) dall'altro un onere di contestazione delle allegazioni altrettanto specifico, pena l'applicazione del principio giurisprudenziale in materia di fatti pacifici.

In conclusione alla responsabilità professionale degli avvocati si aggiunge un'area nuova, quella per mancata contestazione specifica di fatti allegati dalle altre parti) cui, fra l'altro non pare neanche applicabile la nota limitazione di cui all'art. 2236 c.c. ai soli errori derivanti da dolo o colpa grave: la contestazione specifica, infatti, non sembra implicare la risoluzione di *problemi tecnici di speciale difficoltà*. Se dunque la novità, in linea con la citata giurisprudenza, aiuterà le parti ed il giudice a concentrare l'attività su fatti specifici, si può prevedere che i benefici di accelerazione saranno limitati dall'aumento delle cause di responsabilità professionale.

4. CONDANNA ALLE SPESE

a. **LE NOVITÀ:** Sul punto la riforma ha apportato alcune rilevanti modifiche che si aggiungono ai risultati cui il diritto vivente era già autonomamente giunto sulla base delle previgenti norme.

Le novità potenziano la previsione di cui all'art. 88 c.p.c. in materia di lealtà processuale (una norma di fatto ignorata per decenni dalla nostra giurisprudenza e solo di recente *riscoperta*) e l'interesse pubblico ad una giustizia efficiente. La tutela è affidata:

- i. Alla responsabilizzazione della parte che “ingiustificatamente” rifiuta una corretta proposta conciliativa che avrebbe consentito di ridurre i tempi di giustizia. Sotto questo profilo mi pare che l'ingiustificabilità del rifiuto della conciliazione sia direttamente collegabile all'obbligo di lealtà processuale e di rispetto del principio di economia dei giudizi nella prospettiva di un processo non più solo delle parti;
- ii. Ad una pena privata (privata in quanto il beneficiario della sanzione è la parte e non lo Stato), per il caso di responsabilità processuale aggravata, e quindi di palese violazione dei doveri di lealtà processuale.

Più precisamente, salvo quanto già ricordato in tema di abrogazione della precedente previsione prevista dall'art. 91 co.1 sull'obbligo di liquidazione delle spese con la decisione sulla competenza, la riforma prevede:

- 1. art. 91: il secondo periodo del primo comma viene riscritto: con la previsione che il giudice «*Se accoglie la domanda in misura non superiore*

Rep. 2003, voce Agricoltura, n. 112, e, per esteso, Giust. civ., 2003, I, 2387, ove peraltro si precisa che la contestazione tardiva non costituisce eccezione in senso proprio, ma mera difesa; 16 gennaio 2003, n. 559, Foro it., 2003, I, 2106, con nota di CEA, Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione; 5 marzo 2002, n. 3175, id., Rep. 2002, voce Prova civile in genere, n. 17, e, per esteso, Giur. it., 2002, 2265, con osservazioni di ANGIONI; 28 febbraio 2002, n. 2959, Foro it., Rep. 2002, voce cit., n. 16, e, per esteso, Dir. e giustizia, 2002, fasc. 26, 52, con nota di GARUFI.

all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92».

Quindi dubbi un pesante condizionamento delle parti e dei loro difensori (responsabilizzazione ?) per le conseguenze economiche che possono derivare dal rifiuto *senza giustificato motivo* di una proposta conciliativa (evidentemente verbalizzata)²⁷.

La disposizione trova applicazione soltanto in caso in cui il giudice non abbia provveduto ex art. 92 co.2 alla compensazione delle spese per le oggi previste gravi ed eccezionali ragioni.

2. **art. 92 c.p.c.:** la compensazione delle spese è, come detto, limitata ai casi che presentino ragioni gravi ed eccezionali di cui il giudice deve dare conto nella motivazione. L'innovazione non è di poco conto. Andranno valutati i casi di accoglimento della domanda sull'an con riduzione del quantum: non si potranno più compensare probabilmente le spese, ma, senza ricorrere a complessi escamotage o a proposte conciliative non si potrà forse si potrà applicare la facoltà del giudice di ridurre la liquidazione delle spese laddove le ritenga superflue o eccessive, o, più correttamente, laddove rilevi una trasgressione della parte vittoriosa al dovere di lealtà processuale?

Si tratta di previsioni che sono sempre state presenti nell'art. 92 c.p.c., ma raramente, a quanto mi consta, valorizzate.

Forse è questo il momento di riscoprirle.

3. **art. 96 c.p.c.:** è stato inserito un terzo comma che introduce un potere del giudice di provvedere, anche d'ufficio, alla condanna della parte soccombente ad una somma equitativamente determinata.

Si tratta di una vera bomba per gli operatori del diritto. Una bomba che riecheggia la previsione dell'art. 385 c.p.c. sul giudizio in cassazione (oggi abrogata) secondo cui la cassazione poteva, insieme al rigetto del ricorso, condannare la parte che aveva agito in giudizio con colpa grave (o dolo) ad una somma pari al doppio dei massimi tariffari.

Per comprendere la portata della modifica è però il caso di citare correttamente la lettera dell'art. 96 co.3 *«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».*

Prima di affrontare gli aspetti più problematici della norma, conviene chiarire che

²⁷ Si è ritenuto che la proposta di conciliazione utile per gli effetti di cui all'art. 91 potrà essere formalizzata anche dal giudice stesso con un utilizzo in funzione deflattiva e comunque per promuovere attivamente una conciliazione dal giudice. In effetti l'art. 91 non indica la provenienza della proposta e non risulterebbero altre norme nel codice di procedura civile che limitino tale potere del giudice.

La tesi, se formalmente corretta, mi pare trovi un limite nei principi costituzionali in materia di terzietà del giudice. La formulazione della proposta e la partecipazione non soltanto "notarile", ma attiva del giudice alla conciliazione, pur utile entro certi limiti, rischia di porre in discussione l'indipendenza del giudice e la serenità del suo giudizio. Non è un caso se uno dei principi chiave delle forme di risoluzione alternative delle controversie (c.d. ADR) sia quella della creazione di organismi paralleli, ma autonomi rispetto al giudice: le due funzioni, quella conciliativa e quella giurisdizionale, è affidata a soggetti diversi proprio per evitare pericolosi e non corretti condizionamenti di parti e giudicante, in linea con le esperienze internazionali in materia.

la sanzione (perché di sanzione si tratta visto che la norma non fa riferimento a risarcimenti danni) andrà necessariamente a favore della parte vittoriosa (o di una fra le parti se così ritenuto dal giudice, che però dovrà motivare sul punto) e si andrà ad aggiungere non soltanto alla condanna alle spese, ma anche all'eventuale condanna al *classico* risarcimento per lite temeraria ex art. 96 co.1 o 2.

b. **DUBBI:**

i. **La conciliazione di cui all'art. 91 potrà essere utilizzata anche dal giudice in funzione deflattiva e comunque per promuovere attivamente una conciliazione ?**

L'art. 91 non indica in effetti la provenienza della proposta. La tesi, se formalmente corretta, mi pare ponga qualche dubbio costituzionale sotto il profilo della terzietà del giudice che facendosi direttamente promotore di una proposta conciliativa di fatto potrebbe, oggi più che mai, essere poi condizionato nella decisione di merito. L'esperienza delle ADR (alternative dispute resolution) indica che anche in altri paesi la funzione conciliativa e di soluzione alternativa della controversia è affidata a soggetti diversi dal giudicante proprio per evitare pericolosi coinvolgimenti del giudicante stesso.

Peraltro, forse, il medesimo risultato potrebbe essere perseguito dal giudice quando verrà attuata la delega in materia di ADR contenuta nella L.69/2009. Il giudice potrebbe così, pur mantenendo la sua indipendenza e terzietà, invitare le parti anche in termini brevi, a tentare la conciliazione con la mediazione di un organismo di conciliazione autorizzato, salvo poi tenere in debito conto, dopo la decisione della causa e prima della liquidazione delle spese, dell'eventuale ingiustificato rifiuto della parte vittoriosa alla proposta conciliativa (art. 91 co.1) o addirittura ad un leale confronto con applicazione, come si dirà, per i casi più gravi che evidenzino una violazione del dovere di lealtà processuale, della sanzione ex art. 96 co.3 c.p.c..

Ciò detto ed in attesa dell'entrata in funzione di organismi di conciliazione professionale, ritengo che comunque il meccanismo della condanna alle spese per rifiuto ingiustificato di una proposta conciliativa consenta già oggi alle parti di introdurre una opportuna valvola di sicurezza contro condanne alle spese in situazioni in cui equità (o comportamento processuale della parte vittoriosa) vorrebbe che si giungesse ad una compensazione delle spese processuali, proprio tenuto conto invece delle odierne limitazioni introdotte all'art. 92 c.p.c..

ii. **art. 92 c.p.c.: come andranno valutati i casi di accoglimento della domanda sull'an con riduzione del quantum ?** la compensazione delle spese è, come detto, limitata ai casi che presentino ragioni gravi ed eccezionali di cui il giudice deve dare conto nella motivazione. L'innovazione non è di poco conto: non si potranno più compensare probabilmente le spese.

Senza però ricorrere a complessi escamotage o a proposte conciliative non si potrà forse si potrà applicare la facoltà del giudice di ridurre la liquidazione delle spese laddove le ritenga superflue o eccessive, o, più correttamente, laddove rilevi una trasgressione della parte vittoriosa al dovere di lealtà processuale ?

Si tratta di previsioni che **sono sempre state presenti nell'art. 92 c.p.c.**, ma raramente, a quanto mi consta, valorizzate.

Forse è questo il momento.

Indubbiamente questo comporterà una maggiore esposizione dell'avvocato a cause di responsabilità professionale nella misura in cui il comportamento processuale scorretto sia a lui riconducibile.

iii. **Il potere/dovere del giudice ex art. 96 co.3 c.p.c. esiste “in ogni caso” e quindi indipendentemente da una colpa grave o dolo nell'azione o nella difesa o quantomeno da un comportamento sleale ?** Ad una prima lettura questa parrebbe l'interpretazione corretta, che però ritengo errata per i seguenti motivi:

1. la rubrica dell'art. 96 in cui è stato inserito il nuovo comma parla di “*responsabilità processuale aggravata*”, con riferimento quindi testuale, pur se limitato alla rubrica, ad un comportamento della parte quantomeno gravemente colpevole e sleale.

2. L'espressione “in ogni caso” mi pare possa fare riferimento al risarcimento dei danni processuali cui fanno riferimento i precedenti commi dell'art. 96 c.p.c.. La sanzione di cui all'art. 96 co.3 non a caso non fa riferimento ad una condanna risarcitoria, o quantomeno a danni risarcibili: anzi l'intento pare proprio quello di prescindere dai presupposti di cui alle disposizioni di cui ai commi 1 e 2. In breve la sanzione di cui al comma terzo sarà comminata “in ogni caso” e cioè anche quando non esista un danno processuale risarcibile o dimostrato, pur in necessaria connessione, invece, con un comportamento colpevole (sotto il profilo dell'onere di lealtà processuale) della parte.

iv. **Esistono profili di possibile incostituzionalità della norma ?** Una premessa da operatore del diritto: la novità pur potenzialmente pericolosa, ha aspetti di non trascurabile interesse che meritano la massima considerazione per evitare affrettate e generiche critiche abrogazioniste. Se anche questa norma presenta aspetti critici, non vi è dubbio che viene incontro ad un'esigenza indubitabile di disincentivare comportamenti forcaioli o dilatori o addirittura esplicitamente contrari alla lealtà, sul presupposto dell'inesistenza di conseguenze concrete. Ciò detto, ho già espresso la mia propensione a salvare una norma che avrà probabili conseguenze non soltanto per le parti, quanto (e forse di più) per i legali che saranno esposti ad ulteriori rischi di responsabilità professionale.

La parte sanzionata ex art. 96 co.3 c.p.c. avrà frequente motivo per rivalersi nei confronti del suo legale tutte le volte in cui la sanzione sia imputabile ad una strategia processuale o a singoli comportamenti del legale.

Ciò premesso mi pare che i profili critici della norma siano, sotto il profilo costituzionale, in sostanza i seguenti:

1. **responsabilità oggettiva ?** Seguendo l'interpretazione sopra indicata dell'espressione “in ogni caso” mi pare si superi il primo ostacolo più evidente: il legislatore non ha creato una responsabilità oggettiva e/o comunque un rischio di esposizione di una parte ad una sanzione per il solo fatto di aver agito o resistito in giudizio. Una simile conclusione infatti andrebbe direttamente a toccare i diritti costituzionali al giusto processo ed alla tutela e di difesa dei diritti, con conseguente incostituzionalità della norma. L'interprete ha però il compito di preferire un'interpretazione filo costituzionale e quindi di collegare la sanzione di cui all'art. 96 co.3 c.p.c. ad un comportamento *colpevole* della parte, ricollegato ad una specifica violazione di un dovere giuridico. Seguendo quanto

sopra detto a proposito del termine “in ogni caso”, a mio avviso si evita di considerare la sanzione ex art. 96 co.3 c.p.c. collegata ad una responsabilità oggettiva e/o tale da incidere sui diritti costituzionali citati. La sanzione può infatti così essere ricollegata:

a. Ad una violazione di diritti doveri imposti dalla legge (art. 88 c.p.c.) a tutela oltre che delle parti dello stesso interesse pubblico ad una giustizia efficiente e quindi in ultima analisi di quanto previsto dall’art. 111 Cost.,

b. Ad un comportamento quantomeno colpevole (se non doloso) e comunque non meramente oggettivo della parte destinataria della sanzione ex art. 96 co. 3 c.p.c., e ciò sulla base di una corretta valorizzazione della rubrica della norma in cui la nuova sanzione è stata inserita, e cioè l’art. 96 che regola la “responsabilità aggravata” e che pertanto individua sin dalla sua rubrica un ambito di applicazione sulla base di un comportamento soggettivo²⁸.

2. **Misura della sanzione e diritto di difesa:** altro profilo critico potrebbe essere sollevato in ordine alla misura della sanzione che potrebbe tradursi in una vera e propria forma di limitazione del diritto di difesa o in ostacoli discriminatori a danno dei meno abbienti.

a. **assenza di limiti:** La norma, del resto non fissa (come invece faceva l’art. 385 c.p.c.) limiti alla quantificazione della sanzione, se non quello dell’equità.

Non mi pare però che l'assenza di limiti edittali possa far dubitare della legittimità della disposizione. E’ stato a tal proposito giustamente ricordato che nessuno ha mai dubitato della legittimità della riparazione pecuniaria prevista dall’art. 12 l. 8 febbraio 1948, n. 47, che ha natura di sanzione civile accessoria e che si può aggiungere al risarcimento del danno nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa).

b. **Determinazione equitativa della somma:** Il co.3 dell’art. 96 prevede che la quantificazione della sanzione vada fatta

²⁸ Le conclusioni proposte paiono in linea con gli atti preparatori dell’Ufficio Studi del Senato sul 96 cpc, pur non particolarmente significativi, secondo cui: “*Il comma in esame prevede un irrigidimento del regime sanzionatorio, stabilendo che, quando pronuncia sulle spese, il giudice, anche d’ufficio, può inoltre condannare il soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, (all’epoca si faceva riferimento ad una somma determinata non inferiore a mille euro e non superiore a ventimila). La disposizione in questione riecheggia dunque il contenuto dell’art. 385, quarto comma, c.p.c. (del quale l’art. 28, comma 16, del provvedimento in esame prevede l’abrogazione), che attualmente stabilisce che quando pronuncia sulle spese, la Corte di cassazione, anche d’ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave. In altri termini si è generalizzato il 385, quarto comma c.p.c. (che - infatti - è stato abrogato perchè divenuto norma superflua). La norma trova la sua genesi nel disegno di riforma Mastella (che sul punto recepiva un progetto di Magistratura democratica del 2005) e costituisce - come detto - la generalizzazione dell’aggravamento delle sanzioni per la lite temeraria attraverso la riformulazione dell’art. 96 c.p.c.; sono rimasti di quell’originario progetto la riformulazione dell’art. 92 c.p.c. e l’introduzione dell’obbligo di chiarire i fatti di causa previsto nell’art. 115 c.p.c., mentre è venuto meno l’invito che rimarcava i doveri di lealtà e correttezza.*”

“equitativamente” e questo è un criterio non privo di significato. Anzi l’equità mi pare il cardine per garantire (anche) la costituzionalità della norma, consentendo al giudice di tarare (ed a mio avviso anche escludere, o comunque liquidare a zero in nome dell’equità) la sanzione in tutti i casi di *criticità costituzionale*.

Per contro proprio l’assenza di un limite massimo alla sanzione e gli intenti dichiarati dal legislatore mi paiono indicare che la valutazione equitativa debba anche tenere in considerazione il fine della norma per potenziare l’effetto deterrente che è alla base della previsione e nello stesso tempo per rendere la sanzione efficace nei confronti delle parti effettive.

La liquidazione dovrebbe così tenere in considerazione non soltanto criteri oggettivi, (gravità del comportamento colpevole della parte o del suo difensore), ma anche la situazione patrimoniale delle parti e degli interessi in gioco che risultino dagli atti o da fatti notori, per evitare che la sanzione si traduca in un mero fastidio per una parte economicamente abbiente e, per contro, in una vera tragedia per una parte indigente. In Italia siamo poco abituati ed anzi siamo diffidenti di fronte a norme che usano l’equità per determinare la misura di un diritto.

Con ciò non voglio dire che l’equità non faccia parte del nostro ordinamento: ne sono esempi di diritto sostanziale la liquidazione del danno (art. 1226 c.c.) e l’integrazione del contratto o sua riconduzione ad equità (artt. 1374, 1450 e 1468 c.c.). Nel processo poi abbiamo l’art. 114 c.p.c. ed il ben più usuale arbitrato secondo equità.

La tradizione illuminista continentale rifugge il riconoscimento al giudice di poteri troppo ampi che ne modifichino la funzione di *bouche qui prononces le mots de la loi*.

Forse però è il momento di cambiare.

3. Lo stato dell’arte della condanna per responsabilità processuale aggravata secondo il “tradizionale” art. 96 c.p.c. Il tenore letterale della norma in commento ed in particolare *l’incipit “in ogni caso”* mi fanno ritenere che la sanzione si aggiunga o comunque sia indipendente e non si sostituisca alla tradizionale (seppur scarsamente usata) condanna ex art. 96 co. 1 e 2 c.p.c..

Se ciò è vero è ovvio che la liquidazione equitativa della sanzione dovrà comunque tener conto delle altre condanne ex art. 96 co.1 e 2 eventualmente comminate.

Vediamo brevemente quindi quale è lo stato della giurisprudenza prima della L.69/09:

a. Il danno da responsabilità processuale determina al contempo un danno patrimoniale e non patrimoniale da liquidarsi secondo i parametri dell’illecito contrattuale²⁹;

²⁹ Cfr. Cass, sez. I, 27 febbraio 2008, n. 5191 e Cass, sez. lav., 27 novembre 2007, n. 24645 in motivazione .. *Questa Corte ritiene che i principi sopra enunciati legittimano l’assunto che la responsabilità aggravata possa essere fatta valere a fronte di tutte quelle condotte processuali che, improntate a mere finalità dilatorie, comportino pregiudizievoli ricadute sui tempi del processo determinando nel contempoun danno non soltanto patrimoniale, da liquidarsi in forma equitativa dal giudice, secondo i parametri dell’illecito extracontrattuale.*

b. Il danno da lite temeraria può essere liquidato facendo ricorso ai criteri di valutazione del danno seguiti dalla Corte di Strasburgo per i processi irragionevolmente lunghi.³⁰

5. ESTINZIONE DEL PROCESSO:

Il legislatore è intervenuto sull'art. 307 quarto co. c.p.c., eliminando il pregresso riferimento alla necessità dell'eccezione di parte. Pertanto tale norma, nell'attuale formulazione, stabilisce semplicemente che l'estinzione opera di diritto, i.e. produce i propri effetti appena si verificano i fatti, indicati dai precedenti commi dello stesso art. 307 c.p.c., determinativi della stessa.

Tenuto conto del nuovo art. 101 c.p.c. in materia di tutela del contraddittorio, il giudice sarà tenuto a consentire alle parti, nelle forme indicate dalla norma, di depositare osservazioni scritte sulla questione dell'avvenuta estinzione e di svolgere le loro difese anche orali in esplicitazione del principio del contraddittorio .

6. DISPOSIZIONI TRANSITORIE

Una brevissima notazione al riguardo, anche perché ritengo che il punto sia trattato da altri relatori: la riforma, con alcune eccezioni che non tratterò, si applica ai soli procedimenti iniziati dopo il 4 luglio 2009, data di sua entrata in vigore.

Ai fini dell'identificazione del significato di "giudizio" ormai dottrina e giurisprudenza in occasione di previsioni analoghe dei precedenti interventi modificativi del codice di procedura civile del 1995 e 2005 hanno chiarito che l'instaurazione della causa dev'essere valutata non già con riferimento ai singoli gradi, bensì con riguardo al giudizio unitariamente inteso, e dunque tenendo esclusivamente conto della data in cui – a seconda dei casi – è stato notificato l'atto di citazione o depositato il ricorso introduttivo in primo grado che si deve intendere il giudizio unitariamente considerato³¹.

La nozione di instaurazione del giudizio coincide con quella di pendenza della lite, e bisogna far riferimento quindi all'art. 39 c.p.c. ed all'interpretazione giurisprudenziale in materia di litispendenza per stabilire, nelle varie ipotesi, se un giudizio, ad una certa data, possa tecnicamente dirsi "instaurato".

Nel caso di causa introdotta mediante atto di citazione (ivi incluso, dunque, il giudizio trattato con rito societario ex d.lgs 5/2003, oggi abrogato), per decidere dell'applicabilità o meno della normativa di riforma, dovrà farsi riferimento alla data di notificazione della citazione.

³⁰ A. Firenze, 03-03-2006 (in Resp. civ., 2006, 1915, n. PUCCI) secondo cui "la condotta riconducibile all'ipotesi di lite temeraria nell'imporre alla controparte un processo ingiustificato ed in quanto tale eccessivo per tutta la sua durata produce una lesione del tutto paragonabile a quella relativa alla irragionevole durata del processo; ne consegue che anche per la condanna al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. si applicano i criteri di liquidazione fondati su parametri equitativi, così come stabilito dalla corte di Strasburgo per i processi irragionevolmente lunghi, senza che sia pertanto richiesta la prova in ordine all'esistenza e alla misura del danno in questione." Nello stesso senso v. anche T. Bari, sez. I, 20 maggio 2008, n. 1274 in Giurisprudenzabarese.it 2008, e T. Rieti, 15 giugno 2007, n. 327 in Il merito 2008, 1-2 38

³¹ Cfr. BALENA *op.cit.* pag. 64 ed in giurisprudenza cfr. per tutte Cass. 7 dicembre 2004, n. 22984, e Cass. 10 settembre 2004, n. 18207.

E' noto che sul punto la Suprema Corte³² ha avuto modo di precisare che il momento cruciale dell'*iter* notificatorio è quello della ricezione dell'atto da parte del destinatario o del compimento delle formalità surrogatorie di essa, e non già quello in cui la notifica è stata richiesta dall'attore all'ufficiale giudiziario. La consegna all'Ufficiale Giudiziario rileva infatti ai soli fini dell'esclusione di eventuali decadenze per il destinatario, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale ma non incide sulla pendenza del giudizio.

Per le controversie di lavoro la giurisprudenza aveva già ritenuto che la pendenza del giudizio si determina, anche nella vigenza del precedente art. 39 c.p.c., dal momento del deposito del ricorso.

Il problema si poneva per la determinazione della pendenza del procedimento monitorio: infatti l'art. 643 c.p.c. prevedeva (e prevede) che la pendenza del giudizio si determina con la *notificazione del ricorso e decreto*. Tale questione, come detto però è stata, a mio avviso correttamente, risolta dalla Suprema Corte che con il revirement del 2007 ha ritenuto che *“Il comma 3 dell'art. 643 c.p.c. deve interpretarsi nel senso che la lite introdotta con la domanda di ingiunzione deve considerarsi pendente a seguito della notifica del ricorso e del decreto, ma gli effetti della pendenza retroagiscono al momento del deposito del ricorso.”*³³.

³² cfr. Cass. 20 aprile 2006 n. 9181

³³ Cass. sez. un., 1 ottobre 2007, n. 20596, Giust. civ. 2007, 12 2686