
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE*a cura di***Chiara Petrillo**

Un caso anomalo di estinzione del processo; un'importante sentenza della Corte Costituzionale sull'imposta di registro nel rilascio di documenti non registrati; un dettagliato e attento "vademecum" sul nuovo processo societario (*absit iniuria verbis*, considerata la pregevolezza del testo); una lucida riflessione sulla difficile convivenza tra dinamiche difensive forensi e ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione; alcune utilissime considerazioni sull'arbitrato in materia di rapporti di lavorosubordinato.

TRIBUNALE DI LECCO

SENTENZA 18 gennaio 2002, n. 562/97

GIUDICE P. Gattari

PARTI Acquistapace Bruna e
Giovanni c/ Ponti Giovanni

La mancata integrazione della citazione nel termine perentorio fissato dal giudice ex art. 164 c.p.c. determina l'estinzione del processo.

Svolgimento del processo

Con citazione notificata il 6/6/1997, Acquistapace Giovanni e Acquistapace Bruna convenivano in giudizio Ponti Giovanni esponendo: che le parti erano comproprietarie del portico al piano terreno e dell'andito che si sviluppava attorno al fabbricato sito in Cortenova e nel quale esse avevano delle unità abitative di proprietà esclusiva; che l'accesso al portico era sempre stato libero e i comproprietari avevano sempre goduto liberamente di tale spazio comune; che da qualche tempo il convenuto aveva iniziato ad usufruire di tali spazi comuni in modo da impedirne analogo uso agli attori; che in particolare il portico era stato chiuso dal convenuto con una saracinesca e tale spazio comune veniva utilizzato in modo esclusivo dal Ponti per il deposito di materiali di sua proprietà; che anche l'andito comune era occupato da materiali del convenuto che impedivano agli attori di transitarvi liberamente; che inoltre il convenuto aveva collocato una staccionata lungo la scala che conduce ai piani superiori dell'edificio, in tal modo impedendo agli attori di accedere ad un sottotetto di loro proprietà esclusiva; che il convenuto per accedere ai locali di sua proprietà posti al piano seminterrato e al primo piano dell'edificio transitava in locali di proprietà esclusiva degli attori i quali pertanto erano nell'impossibilità di servirsi di tali locali; che i comportamenti descritti ledevano i diritti degli attori. Su tali premesse gli attori concludevano chiedendo: di condannare il convenuto ad eliminare i materiali depositati nel portico e nell'andito comuni nonché ad eliminare la saracinesca che impediva l'accesso al portico e la staccionata che impediva di accedere al sottotetto di proprietà degli attori; di inibire al convenuto di accedere ai locali di sua proprietà attraverso i locali di proprietà degli attori; di condannare il convenuto al risarcimento dei danni subiti dagli attori "in conseguenza delle irregolarità sopra denunciate".

Si costituiva ritualmente il convenuto il quale esponeva: che lo spazio indicato dagli attori come portico era indicato come fogliaio nell'atto di acquisto del dante causa del convenuto dal quale risultava che tale spazio era di proprietà esclusiva dello stesso; che dunque il convenuto aveva il diritto di usare come proprietario esclusivo tale spazio, che non era affatto comune; che per quanto riguardava la staccionata che a detta degli attori impediva loro di accedere al locale sottotetto di loro proprietà esclusiva in realtà si trattava di una vecchia porta messa per traverso da un prozio dante causa degli attori; che nessuna responsabilità era attribuibile al convenuto per il posizionamento di tale porta che era avvenuto ad opera del precedente proprietario; che infine il diritto di transitare nei locali di proprietà degli attori per accedere ai locali di proprietà del convenuto era a quest'ultimo riconosciuto negli atti di acquisto della proprietà. Pertanto il convenuto chiedeva il rigetto delle domande attore.

Alla prima udienza di comparizione il giudice istruttore dell'epoca fissava all'attore termine perentorio per integrare la domanda. All'udienza successiva il convenuto eccepeva l'estinzione del giudizio per mancata integrazione dell'atto di citazione da parte dell'attore nel termine all'uopo fissato dal giudice. Il giudice riservava al momento della decisione la questione relativa alla mancata integrazione dell'atto introduttivo da parte dell'attore e rinviava ad una successiva udienza per gli incumbenti di cui all'art. 184 c.p.c.

L'istruttoria si articolava nell'acquisizione dei documenti prodotti, nell'assunzione degli interrogatori formali e nell'escussione dei testi Cattaneo Sigismondo, Tei Pietro e Negri Giuseppe. Veniva quindi disposta C.T.U. all'esito della quale l'incaricato geom. Alberto Venini riferiva con relazione scritta. Con decreto presidenziale del 2/3/2000 la causa veniva assegnata al sottoscritto giudice istruttore in sostituzione del precedente.

Quindi, sulle conclusioni in epigrafe trascritte, la causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 18/9/2001, concedendo alle parti termine per il deposito di scritti conclusivi.

Motivi della decisione

L'indagine non può investire il merito della controversia essendosi il processo estinto.

Alla prima udienza ex art. 180 c.p.c. il giudice istruttore dell'epoca - con provvedimento insindacabile in questa sede - ha ritenuto nullo l'atto di citazione e fissato all'attore termine perentorio sino al 15/1/1998 per l'integrazione. Nell'ordinanza emessa all'esito dell'udienza di prima comparizione si legge: "rilevato che la domanda attorea di risarcimento dei danni non risulta supportata da alcuna allegazione in fatto, assegna a parte attrice termine perentorio sino al 15/1/1998 per integrare la domanda e rinvia la causa (...)".

È pacifico che nel termine suddetto l'attore non ha compiuto nessuna integrazione dell'atto introduttivo, limitandosi a dedurre all'udienza successiva, a fronte dell'eccezione di estinzione del giudizio prontamente sollevata dalla difesa convenuta, di opporsi alla richiesta di controparte "insistendo esclusivamente per l'accoglimento della domanda principale" (vd verbale del 17/2/1998). Come detto il giudice istruttore dell'epoca ha riservato al momento della decisione finale di merito la questione relativa alla mancata integrazione della domanda di risarcimento avanzata dagli attori.

Negli scritti conclusivi la difesa convenuta ribadisce l'eccezione di estinzione sollevata tempestivamente all'udienza successiva alla mancata integrazione della citazione ordinata dal giudice. Ora, nonostante il giudice istruttore non abbia esplicitamente dichiarato la nullità dell'atto di citazione è evidente, dal tenore dell'ordinanza adottata all'esito dell'udienza di prima comparizione del 7/10/1997, che l'istruttore ha ritenuto viziato l'atto introduttivo del giudizio per la totale assenza dell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda di risarcimento. Essendo carente uno degli elementi essenziali della citazione (art. 163 n.4 c.p.c.) l'atto risultava infatti nullo a norma dell'art. 164 co. 4 c.p.c. tant'è che il giudice istruttore ha ordinato agli attori di integrare la domanda nel termine perentorio sopra indicato, conformemente al disposto del comma 5 dell'art. 164 c.p.c., laddove è prevista, per la sanatoria dell'atto di citazione nullo per un vizio sostanziale (c.d. *editio actionis*), la rinnovazione dell'atto se il convenuto è contumace o l'integrazione dell'atto se il convenuto si è costituito. A fronte dell'inerzia degli attori che non hanno ritenuto di sanare la nullità dell'atto introduttivo del giudizio, non assume alcun rilievo la deduzione operata dalla difesa all'udienza successiva, laddove come ricordato ha dichiarato di insistere esclusivamente per l'accoglimento della domanda principale (salvo poi a riproporre in sede di precisazione delle conclusioni anche la domanda risarcitoria). Non solo tutte le domande contenute nella citazione nulla erano proposte come principali, ma in quel momento il fatto determinativo dell'estinzione del processo - mancata integrazione dell'atto di citazione entro il termine perentorio fissato dal giudice - si era verificato e l'estinzione era stata accettata dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa (vd verbale del 17/2/1998). È largamente prevalente in dottrina l'opinione secondo cui, pur in assenza di un'esplicita previsione normativa relativa alla nullità della citazio-

ne per un vizio sostanziale, la mancata rinnovazione dell'atto o la mancata integrazione di esso nel termine perentorio all'uopo concesso dal giudice che rilevi la nullità a norma dell'art. 164 commi 4 e 5 c.p.c. determina l'estinzione del processo (in tal senso anche il Tribunale di Lecce 17/2/2000 in Foro Italiano 2000, I,1728). La legge (art. 164 co. 5 c.p.c.) si limita a prevedere espressamente che "restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione" senza dire nulla sulle conseguenze della mancata (o intempestiva) rinnovazione o integrazione della citazione nulla per un vizio dell'editio actionis. Come puntualizzato da autorevole dottrina deve ritenersi che in caso di omissione od intempestività della rinnovazione si verificherà l'estinzione del processo, a far tempo dalla scadenza del termine perentorio, esplicitamente comminata dall'art. 307 co. 3 c.p.c. a chi non abbia provveduto a rinnovare la citazione entro il termine perentorio stabilito dal giudice, e che analoga sanzione deve intendersi comminata anche per l'ipotesi di mancata integrazione dell'atto di citazione, dato che l'integrazione altro non è che una specie particolare rinnovazione e che la *ratio legis* è di sanzionare processualmente l'inerzia dell'attore. Non sembrano condivisibili né l'opinione espressa in un'isolata pronuncia di merito secondo la quale l'inottemperanza all'ordine di integrazione della domanda affetta da uno dei vizi di cui all'art. 164 co. 4 c.p.c. non comporterebbe né l'estinzione né alcuna altra sanzione sul piano processuale (in tal senso Trib. Roma 23/7/1998 in Foro Italiano 1999, I, 1361), né l'opinione dottrina secondo cui, in caso di pluralità di domande proposte con la medesima citazione e di cui solo una carente per la mancata esposizione dei fatti, la nullità non si riverserebbe sulle altre domande in base al principio sancito dall'art. 159 co. 2 c.p.c. La pronuncia del Tribunale di Roma sembra limitarsi al mero dato letterale e finisce per vanificare la stessa sanzione di nullità prevista dal legislatore nel comma 4 dell'art. 164 c.p.c., anche a fronte dell'inequivoco dettato dell'art. 307 co. 3 c.p.c. per il caso di mancata rinnovazione dell'atto di citazione. L'opinione dottrina sopra richiamata non appare condivisibile perché il legislatore del 1990 ha previsto uno speciale regime di nullità della citazione - il quale si differenzia dal regime generale della nullità degli atti dettato agli artt. 156-162 c.p.c. - che a fronte di determinati vizi va necessariamente sanata mediante un'attività (rinnovazione o integrazione) che la parte è tenuta a compiere.

Per le ragioni esposte va pertanto dichiarata l'estinzione del processo.

Avendo gli attori dato causa all'estinzione vanno lasciati a loro carico gli oneri di C.T.U. e va accolta la pretesa del convenuto di vedersi rifondere le spese di lite, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Lecco, definitivamente pronunciando nella causa promossa, con citazione notificata il 6/6/1997, da Acquistapace Giovanni e Acquistapace Bruna nei confronti delle parti, *contrariis relectis*, così provvede:

- Dichiarò estinto il processo per mancata integrazione della citazione nel termine perentorio fissato dal giudice ex art. 164 c.p.c.;
- Condannò gli attori in solido a rifondere al convenuto le spese di lite, liquidate in complessivi euro 2.943,17, di cui 413,17 per esborsi, euro 1.100,00 per diritti, euro 1.200,00 per onorario ed euro 230,00 per rimborso spese generali, oltre IVA e CAP sulle componenti imponibili come per legge.

Così deciso in Lecco il 18/01/2002

Il Giudice
P. Gattari

Problematiche ed orientamenti in tema di nullità e di sanatoria dell'atto di citazione dopo la novella del 1990

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale di Lecco ha deciso una questione meramente procedurale preclusiva per l'esame del merito. Nel caso *de quo*, il giudice adito ha dichiarato l'estinzione dell'intero processo, relativamente a tutte le domande proposte con l'atto di citazione, a causa della mancata sanatoria della nullità dell'atto introduttivo, inficiato da un vizio dell'*editio actionis*, e a seguito dell'eccezione di estinzione, ritualmente sollevata dalla controparte.

L'attore si era rivolto al Tribunale per far cessare una serie di condotte che ostacolavano il suo possesso o che, comunque, mutavano il modo con cui esso veniva precedentemente esplicato e, all'uopo, aveva proposto, nell'atto di citazione, una pluralità di domande tra cui la richiesta di risarcimento dei danni "... conseguenti alle irregolarità denunciate" in premessa.

Alla prima udienza di comparizione, costituito il convenuto, il giudice, qualificando la domanda attorea di risarcimento dei danni nulla per incertezza dell'oggetto e, quindi, per omessa esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, fissava all'attore un termine perentorio per l'integrazione della domanda risarcitoria. L'attore, entro il termine assegnato, non provvedeva all'integrazione dell'atto introduttivo ed il convenuto, ritualmente, eccepiva l'estinzione del processo, per l'inosservanza dell'ordine di integrazione e, dunque, per nullità insanata della domanda.

In sede di decisione, dopo l'espletamento dell'istruttoria, il giudice adito ha pronunciato sentenza di estinzione dell'intero processo, omettendo l'indagine sul merito delle domande azionate, con conseguente condanna dell'attore al pagamento delle spese giudiziarie.

Il legislatore del '90, mantenendo la distinzione tra vizi della *vocatio in ius* e vizi dell'*editio actionis*, ha introdotto due nuove ipotesi di nullità della citazione novellando gli artt. 163 e 164 c.p.c.: la prima innovazione, consistente nell'omissione dell'avvertimento al convenuto circa le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c., si ricollega al rigido regime delle preclusioni introdotte con la riforma che potrebbero gravemente pregiudicare il convenuto qualora questi non fosse informato delle decadenze processuali; la seconda novità consiste nell'omissione dell'esposizione dei fatti posti a fondamento della domanda.

La seconda parte dell'art. 164 c.p.c. si occupa dei vizi attinenti all'*editio actionis*. Dispone, infatti, il comma 4 che l'omissione o l'assoluta incertezza del requisito di cui al n. 3, oppure la mancata esposizione dei fatti di cui al n. 4 dell'art. 163 c.p.c. determinano la nullità della citazione. È pacifico¹ che l'ipotesi di cui all'art. 163 n. 4 c.p.c. è limitata alla sola 'omissione' dell'esposizione dei fatti e non si estende anche alla mancanza degli elementi di diritto.

Ciò si spiega ove si pensi che nel nostro ordinamento vige il principio *Iura Novit Curia* secondo cui il giudice non è vincolato alla sussunzione normativa eventualmente effettuata dall'attore nell'atto di citazione: sarà il giudice ad effettuare in ogni caso il ragionamento *in iure*, a prescindere da ogni eteronoma sollecitazione.²

¹ Per la giurisprudenza la mancanza degli elementi di diritto può determinare la nullità dell'atto di citazione solo nel caso estremo in cui l'atto sia privo di alcun apporto di interpretazione e valutazione dei fatti a sostegno della domanda, tanto da non poter individuare, neppure attraverso uno sforzo interpretativo, il provvedimento richiesto: Cass. Civ., sez. I, 15 maggio 1996, n. 4514, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce citaz. Civ., n. 1; Trib. Palermo, 4 aprile 1991, in *Temi Siciliani*, 1991, 189.

² La giurisprudenza è concorde nel ritenere che rientra nel

potere-dovere del giudice interpretare e qualificare le richieste formulate dalle parti per determinare l'effettivo contenuto della domanda. In tal senso: Cass. Civ., sez. I, 20 marzo 1999 n. 2574, in *Guida al Diritto*, 1999, fasc. 14, 471, nota di FIORINI; Cass. Civ., sez. I, 15 gennaio 1999, n. 383, in *Rep. Foro it.*, 1999

voce Lavoro (rapporto) n. 162; Cass. Civ., sez. lav., 19 gennaio 1998 n. 424, in *Lavoro e Previdenza oggi*, 1998, 814, con nota di VACCARO; Cass. Civ., sez. lav., 2 dicembre 1998, n. 12227, in *Notiziario Giurisprudenza Lavoro*, 1999, 98. Il principio *iura novit curia*, per il quale il giudice deve identificare la norma generale-

speciale applicabile, riguarda solo la conoscenza da parte del giudice delle norme di diritto applicabili al caso lasciando sempre a carico delle parti l'onere della prova dei fatti; per tale aspetto si veda: Cass. Civ., sez. II, 11 marzo 1997 n. 2176, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce Professioni intellettuali n. 86; Cass. Civ., sez. II, 21 ottobre 1992, n. 11498, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce Confessione civile.

³ Per F. FERRONI, in *Codice di Procedura Civile Commentato* a cura di Vaccarella e Verde, II, Torino, *sub art.* 165, anche l'assoluta incertezza, nella misura in cui impedisce l'identificazione del contenuto della domanda, costituirebbe vizio da sanzionare con la nullità, magari non con quella testuale di cui all'art. 164 cpc ma con quella rappresentata dal mancato raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156 2° co.

⁴ Con i requisiti di forma e contenuto il legislatore ha tentato di creare sin dall'inizio un quadro decisorio completo e suscettibile di modificazione solo a seguito del pieno attuarsi del contraddittorio: Fabbrini *Potere del giudice* in Enciclopedia del diritto XXXIV, Milano, 1985; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 51 ss.

⁵ Aderiscono a questa tesi Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1994, 94 ss; Montesano Arieta *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, 27; Lasagno in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna-Roma, 1992, 107.

⁶ Concludono in tal senso: Tarzia in *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 66; Luiso-Consolo-Sassani *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 49 ss.

⁷ In giurisprudenza si tende a ridurre le ipotesi di nullità dell'atto di citazione sostenendo che tale sanzione vada comminata solo quando sia impossibile individuare gli elementi di forma-contenuto prescritti dalla legge, a seguito di un esame rigoroso e

Inoltre, la sanzione della nullità, sulla base di un'interpretazione testuale dell'art. 164 c.p.c., sempre per l'ipotesi di cui all'art. 163 n.4 c.p.c., è prevista solo per la 'mancanza', e non anche per la 'assoluta incertezza' dell'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda. L'incertezza dei fatti, nella struttura formale delle norme su citate, costituisce un vizio di esposizione non tale da impedire l'identificazione del diritto, ma rilevante ai fini dell'accoglimento nel merito della domanda proposta. In tali ipotesi l'attore non palesa con chiarezza lo svolgimento del proprio ragionamento sussuntivo, il passaggio effettuato dal particolare, dal fatto, al generale, alla norma di diritto.³

Perché il diritto azionato possa essere individuato, è di centrale rilevanza l'indicazione ed esposizione del fatto da cui sorge l'effetto giuridico, il diritto soggettivo.⁴ Al riguardo occorre precisare che l'art. 164 co.4 cpc, in relazione ai profili di nullità da *editio actionis*, tace circa la necessità di indicare nella domanda i fatti costitutivi quando il diritto azionato ed oggetto del processo sia autoindividuato, cioè reale o assoluto.

Secondo una ricostruzione letterale della norma, che non distingue tra diritti autoindividuati ed eteroindividuati, anche l'atto di citazione contenente una domanda proposta a tutela di un diritto reale dovrebbe contenere a pena di nullità l'esposizione dei fatti costitutivi di cui al n. 4 dell'art. 163 cpc.⁵ Una ricostruzione più analitica della problematica perviene all'assunto che quando in giudizio sia dedotto un diritto autoindividuato, la mancata esposizione dei fatti non sia da ritenere motivo di nullità dell'atto di citazione. Ne consegue che mentre per i diritti eteroindividuati l'attore ha l'onere sanzionato a pena di nullità dell'atto di citazione ex art. 164, 4° co., di indicare i fatti costitutivi del diritto che si afferma esistente poiché la mancata allegazione degli stessi impedisce l'identificazione del diritto, qualora, invece, in giudizio sia dedotto un diritto autoindividuato la mancata o incerta esposizione dei fatti non costituisce motivo di nullità.⁶ Infatti, mentre nei diritti reali ed assoluti il fatto non costituisce un rigido metro di identificazione del diritto preteso, nei diritti personali o di obbligazione diventa un dato fondamentale per individuare la tutela richiesta, e tale diversità si ripercuote anche sul regime di invalidità.

Pertanto, nel caso di diritti reali, in cui non risulti l'indicazione della fattispecie costitutiva del diritto azionato, può restare valido ed idoneo a consentire una pronuncia nel merito; mentre nel caso di diritti di obbligazione, l'atto di citazione è invalido e non può creare le premesse di una sentenza di merito se in esso non sia indicato il fatto da cui si affermi sorto un effetto giuridico a proprio favore.

Al fine di verificare la presenza dei necessari elementi di contenuto occorre, inoltre, una complessiva interpretazione dell'atto processuale ad opera del giudice ed in giurisprudenza si tende a ridurre le ipotesi di nullità dell'atto di citazione sostenendo che tale sanzione vada comminata solo quando sia impossibile individuare gli elementi di forma-contenuto prescritti dalla legge, a seguito di un esame rigoroso e completo dell'atto.⁷

La riforma del '90 ha distinto il regime di sanatoria della nullità a seconda si tratti di vizio della *vocatio in ius* o vizio dell' *editio actionis*. Qualora venga rilevato un vizio della *vocatio in ius*, la normativa processuale prevede, per l'ipotesi che il convenuto non si sia costituito, quale meccanismo di sanatoria con efficacia *ex tunc*, la rinnovazione

completo dell'atto. Si veda: Cass. Civ., sez. III, 12 gennaio 1996, n. 188, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce Citazione civile, n. 2; Cass. Civ., sez. lav., 27 febbraio 1998, n. 2205, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce Lavoro e previdenza, n. 213; Cass. Civ., sez. lav., 29 gennaio 1999, n. 817, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce lavoro e previdenza, n. 161. Ai fini della nullità deve essere effettuato un esame complessivo dell'atto che è di competenza del giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione: tal senso Cass. Civ., sez. III, 21 agosto 1998, n. 8315, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce contratti agrari, n. 207; Cass. Civ., sez. lav., 27 settembre 1997, n. 9328, in *Giustizia civile*, 1998, I, 1707; Cass. Civ., sez. lav., 27 aprile 1998, n. 4296, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce Lavoro e previdenza n. 211.

⁸ Il nuovo testo dell'art. 164 cpc ha introdotto tale disciplina di sanatoria in modo espresso ed univoco. L'ordine di rinnovazione della citazione nulla, nella contumacia del convenuto, costituisce un potere vincolato del giudice che deve essere effettuato in *limine litis*, nel momento utile. Se tale ordine interviene durante il processo, proseguito nella contumacia incolpevole del convenuto, il procedimento regredirà alla sua fase iniziale restituendo al convenuto tutti i poteri. Così Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 63; Luiso-Consolo-Sassani, *La riforma del processo civile-Commentario*, Milano, 1991, 44; Satta, *Commentario al Codice di Proc. Civ.*, II 1, 80.

⁹ Secondo l'opinione di Attardi in *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, la mancata rinnovazione comporterebbe la chiusura del processo non ex art. 307 ma in forza di una pronuncia che, di fronte alla perdurante nullità, rigetti in rito la domanda dell'attore. Secondo l'opinione di altri autori, Tarzia, *op. cit.*, 67; Luiso, *op. cit.*, 52; Balena, *op. cit.*, 63;

dell'atto nullo e la mancata o intempestiva regolarizzazione, disposta dal giudice, determina la cancellazione della causa dal ruolo con estinzione del processo, in base al combinato disposto degli artt. 163, 164 co. 2, e 307 c.p.c.⁸

Se dall'esame dell'atto emerge, invece, un vizio dell' *editio actionis*, vizio sostanziale che rende l'atto processualmente invalido e inidoneo ad individuare il diritto azionato, nei termini prima esposti, l'art. 164 co. 5 prevede che il giudice fissi un termine perentorio entro cui la parte, alla quale sia imputabile la nullità, provveda a rinnovare o integrare la domanda, a seconda che ci sia stata o meno la costituzione del convenuto, configurandosi, in caso di ottemperanza, un'ipotesi di sanatoria dell'atto con efficacia *ex nunc*.

La costituzione in giudizio del convenuto non ha efficacia sanante della nullità della citazione se essa presenta vizi relativi all' *editio actionis*. Pur costituendosi il convenuto, l'attore, sollecitato dal giudice, deve compiere un'attività integrativa che consente l'identificazione del diritto tutelando; egli deve chiarire, con un apposito atto processuale, in rinnovazione o in integrazione, il *quid disputandum* determinando la possibilità che il processo si concluda con una sentenza di merito.

L'art. 164, però, non commina alcuna sanzione ad hoc all'inadempimento dell'ordine del giudice di regolarizzare, rinnovare o integrare, l'atto introduttivo viziato. Per il caso della nullità concernente l' *editio actionis*, esso si limita solo a descrivere la fattispecie complessa, che richiede l'attività del giudice e della parte processuale, tesa a sanare la domanda viziata, omettendo di indicare le conseguenze dell'inerzia processuale della parte che ha dato causa alla nullità. Se il convenuto non si è costituito in giudizio l'art. 164 5° co. indica quale meccanismo per ottenere la sanatoria del vizio di contenuto la pronuncia di un ordine di rinnovazione della citazione entro un termine perentorio secondo quanto previsto, per le nullità della *vocatio in ius*, dal 2° comma. Per tale ipotesi, però, la norma (5° co. art. 164 cpc) non richiama, quale effetto derivante dalla mancata rinnovazione, la cancellazione della causa dal ruolo e l'estinzione immediata del processo ex art. 307, 3° co, c.p.c.⁹

Se, invece, il convenuto si costituisce in giudizio, persistendo l'incertezza sul *quid disputandum*, in virtù dell'art. 164, 5° e 6° co., cpc, il giudice fissa un termine perentorio entro il quale l'attore deve compiere l'atto sanante ad integrazione della citazione lacunosa.¹⁰

Quanto agli effetti derivanti dal mancato compimento dell'atto di integrazione entro il termine perentorio, il 5° ed il 6° co. dell'art. 164 cpc non forniscono una specifica disciplina, né rinviano a quella del 2° co. per i vizi della *vocatio in ius*. Si ripete, quindi, l'alternativa tra cancellazione della causa dal ruolo con estinzione immediata ex art. 307, 3° co. così come già richiamata dal 2° co. dell'art. 164 cpc e sentenza di rigetto in rito della domanda a causa della nullità non sanata dell'atto di citazione.¹¹

Montesano-Arieta, *op. cit.*, 30, la lacuna va disciplinata con la norma di cui all'art. 164, co. 2, cpc, per identità di *ratio*, cioè la cancellazione della causa dal ruolo con estinzione immediata del processo.

¹⁰ Secondo una parte della dottrina l'integrazione avviene non mediante la notifica al convenuto di una nuova

citazione, ma per mezzo di una comparsa da depositarsi in cancelleria ex art. 170, ult. co., cpc, giacché il convenuto è costituito in giudizio. In tal senso anche Tarzia in *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 66.

¹¹ Opta per la sanzione della sentenza di rigetto in rito della domanda per

Orientamenti ed opinioni in ordine all'inottemperanza dell'ordine di integrazione della domanda entro un termine perentorio

La problematica posta non sembra aver trovato sino ad oggi adeguata Attenzione.¹² Il legislatore non offre molti spunti di particolare utilità all'interprete e le diverse soluzioni, date al caso concreto di volta in volta, dipendono da molteplici coordinate, quali: l'attività interpretativa del singolo giudice e le sue implicazioni soggettive; l'osservanza di alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento, come quello di conservazione dell'atto, di nullità parziale del documento, di perentorietà di un termine fissato dalla legge o dal giudice; la tendenza del sistema di ridurre al minimo le ipotesi di definizione in rito del processo.

Secondo un orientamento dottrinario cui ha aderito incondizionatamente il giudice di Lecco con la sentenza in commento, l'inosservanza, entro il termine perentorio assegnato, dell'ordine di rinnovazione o integrazione di una domanda, qualificata dal giudice come inficiata da un vizio relativo all' *editio actionis*, e, quindi, la mancata realizzazione della sanatoria della nullità, comporta, in modo inesorabile, l'estinzione del processo ex art.307 3° co., a far data dalla scadenza inutile del termine perentorio.¹³

Tale indirizzo interpretativo giunge a siffatte conclusioni utilizzando lo strumento dell' *analogia legis*, che si basa sul brocardo latino *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Si ritiene che, per colmare la lacuna legislativa di cui all'art. 164, co.5, sia utilizzabile la norma secondaria di cui all'art. 307 co.3 c.p.c. che commina la sanzione dell'estinzione del processo qualora l'attore non compia l'attività processuale di rinnovazione dell'atto di citazione, di riassunzione, integrazione o prosecuzione del giudizio, entro un termine perentorio.

Questa norma, che contiene una previsione generale della sanzione dell'estinzione, dopo aver regolato nella prima parte la particolare fattispecie di sanatoria della riassunzione del processo, al terzo comma elenca una serie di attività processuali di impulso che l'attore ha l'onere di compiere affinché si abbia una valida e proficua continuazione del processo, nonché la conclusione dello stesso con una sentenza di merito.¹⁴

conclusione che l'omessa integrazione non abbia alcuna specifica risposta sul piano processuale. In tale provvedimento si afferma che l'inottemperanza all'ordine di integrazione, nel caso di citazione affetta da un vizio relativo all' *editio actionis*, non determina l'estinzione del giudizio né alcun'altra specifica sanzione sul piano processuale e che della nullità insanata dovrà tenersi conto nella pronuncia di merito.

¹³ La sentenza in epigrafe, oggetto di commento, aderisce all'indirizzo dottrinario che richiama per il 5° e 6° co. dell'art. 164 cpc la disciplina di cui al 2° co. dello stesso articolo in combinato disposto con l'art. 307 cpc. Sul punto si argomenta che l'art. 307 cpc commina la sanzione dell'estinzione in taluni casi nominati a titolo esemplificativo in cui per inattività delle parti si disattende un ordine del giudice entro un termine perentorio. In

particolare Balena, in *Foro Italiano* 1999, I, 1361, sostiene che l'art. 307, 3° co., si riferisce a tutte quelle ipotesi di inosservanza del termine perentorio assegnato dalla legge o dal giudice per rinnovare la citazione e, quindi, può essere applicato, in via diretta, di certo all'ipotesi di rinnovazione a causa di vizi sostanziali ed in via analogica all'ipotesi di integrazione della domanda.

¹⁴ Alcuni autori, quali Calvosa, *Estinzione del processo civile*, in *Noviss. Dig.*, VI, Torino, 1964,979; Bianchi D'Espinosa, *Estinzione del processo*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1972, 923 sostengono che l'estinzione per inattività è una sanzione operata dal legislatore nei confronti delle parti che non hanno compiuto quegli atti che consentano al processo di concludersi in modo naturale; Vaccarella *L'inattività e l'estinzione del processo di cognizione*, Camerino, 1975, 157 pur

persistente nullità: Tarzia, *Lineamenti*, op.cit., 67; mentre Balena, op. cit., 64, sostiene la totale applicabilità della disciplina della cancellazione della causa dal ruolo ad entrambe le ipotesi di mancata sanatoria del vizio dell' *editio actionis*, richiamando la disciplina dell'art. 164 co. 2.

¹² Di fronte al silenzio dell'art. 164 5° e 6° comma cpc in merito all'eventualità che l'ordine di rinnovazione o integrazione della domanda nulla per vizi concernenti l' *editio actionis* rimanga inadempito, alcuni autori sostengono di applicare la disciplina di cui all'art. 307 3° co. per applicazione analogica del 2° co. dell'art. 164 poiché si tratta di analoghe ipotesi di inattività delle parti, in tal senso Balena in *Foro Italiano*, 1999, quando commenta l'ordinanza del Tribunale di Roma del 23/7/98 richiamata nella sentenza in epigrafe; altri autori ritengono che il mancato richiamo del 2° co. dell'art. 164 cpc esclude l'applicazione della stessa disciplina per cui il processo dovrà concludersi con un provvedimento che, riscontrata la perdurante nullità, rigetti in rito la domanda dell'attore, conclude in tal senso Attardi in *Le nuove disposizioni*, cit. La questione delle conseguenze dell'inadempimento dell'ordine di rinnovazione o integrazione di una citazione nulla nell' *editio actionis* è stata affrontata marginalmente in giurisprudenza. Se n'è occupato in particolare il Tribunale di Roma, con l'ordinanza del 23 luglio del 1998, che perviene alla

condividendo tale opinione, ha evidenziato che a volte l'estinzione ha lo scopo di evitare che una situazione viziata possa sfociare in una pronuncia di puro rito per cui bisogna distinguere l'estinzione per inattività delle parti e l'estinzione derivante dalla mancata sanatoria di un atto nullo.

¹⁵ All'inosservanza del termine perentorio è collegata la decadenza dal potere di compiere l'atto successivo. L'atto compiuto dopo la scadenza è affetto da nullità insanabile rilevabile d'ufficio dal giudice.

Sia nel caso di cui all'art. 164 co.5 c.p.c., che nell'ipotesi di cui all'art.307 co.3 c.p.c. saremmo in presenza di comportamenti processuali volontari e colpevoli per incuria o per negligenza, imputabili al soggetto avente l'onere di compiere un'attività sanante, e tali condotte, per un principio generale di giustizia, vanno sanzionate, per l'appunto, con l'estinzione del processo, secondo le modalità indicate dalla norma.

La sanzione processuale prevista dall'art.307 c.p.c., per i casi d'inattività dell'attore, ha la finalità precipua di non vanificare e rendere superfluo un ordine del giudice o la previsione di un termine qualificato dalla legge come perentorio. A ciò va aggiunto che l'omessa integrazione della domanda giudiziale, valutata come lacunosa dal giudice, si deve ritenere sanzionata con l'estinzione del processo, anche e soprattutto per la circostanza che la parte, che ha dato causa alla nullità, **non osserva un termine perentorio**, qualificato come tale espressamente dalla norma di cui all'art.164 co.5. In tal modo la norma *de qua* può essere applicata direttamente, poiché impone esplicitamente

il rispetto di un termine avente carattere di perentorietà. Ebbene, in base ai principi, l'inosservanza di un termine perentorio,¹⁵ di norma, produce, a seconda dei casi, decadenze, inammissibilità, cancellazioni, oppure incide sulla validità dell'atto processuale determinando sempre una ipotesi di caducazione dello stesso. Il legislatore qualifica un termine come perentorio e lo prevede laddove vi sia una superiore esigenza e necessità di certezza e celerità del procedimento; nel caso *de quo*, attraverso la fissazione del termine perentorio, entro cui sanare la domanda, si vuole risolvere in modo certo e definitivo la questione di invalidità dell'atto e si vuole conoscere immediatamente la sorte dello stesso.¹⁶

Inoltre, certamente non risponderebbe ad un criterio di equità, porre sullo stesso piano, riservando ad esse medesimo trattamento, la parte che si adoperi a regolarizzare l'atto, magari affrontando anche ulteriori spese giudiziarie, ottemperando, in tal modo, all'ordine del giudice e ad un termine perentorio, e la parte che, invece, assume, volontariamente o per trascuratezza professionale, un comportamento omissivo di disinteresse e di indifferenza, a prescindere dal fatto che si condivida o meno la qualificazione della domanda operata *ab initio* dal giudice nell'udienza preliminare.

Vizio dell'*editio actionis* in caso di più domande cumulate conseguenze della mancata integrazione della citazione

Pur condividendo le conclusioni dell'orientamento interpretativo finora esposto, suscita qualche perplessità un'applicazione rigida ed indiscriminata della sanzione dell'estinzione del processo per l'ipotesi di omessa integrazione dell'atto introduttivo, qualificato nullo ai sensi degli artt. 163 n. 4 e 164 co. 5 c.p.c., nel caso in cui l'attore abbia formulato nell'atto di citazione una pluralità di domande, ed il vizio di nullità riguardi *l'editio actionis* di una sola di esse. In tale ipotesi l'interprete deve verificare se la domanda affetta da nullità sia autonoma e svincolata rispetto alle più domande inserite nel processo comune.

¹⁶ L'art. 153 cpc, per i termini perentori, detta il fondamentale principio per cui tutti i termini stabili dalla legge vanno considerati ordinatori, salvo una diversa volontà della legge stessa. È richiesta una previsione espressa del termine perentorio ma la dottrina prevalente interpreta la norma in senso estensivo, affermando che l'indole perentoria di un termine può ricavarsi anche dalla *ratio legis* senza la necessità di formule sacramentali; inoltre può considerarsi perentorio quando per lo scopo che persegue e per la funzione che è destinato ad assolvere esso debba essere rigorosamente osservato. In tal senso Grossi, *Termine*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano; Satta *Commentario al c.p.c.*, I, Milano, 1966, 532; Costa, *Termini*, in *Noviss. Dig.*, XIX, Torino, 1973, 118; F. De Santis, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, cap. I°.

Quando il rapporto processuale si instaura con un cumulo di domande, mediante citazione unica che comprenda più richieste, si configura il c.d. cumulo obbiettivo, che può essere condizionale, quando l'attore chiede l'accoglimento dell'una solo condizionatamente all'esito dell'altra, oppure semplice laddove l'attore propone contro il convenuto più domande, ciascuna delle quali potrebbe costituire

oggetto di un separato rapporto processuale e chiede, l'accoglimento di tutte le azioni cumulate, che possono anche non essere connesse o affini tra loro. In dottrina¹⁷ si distinguono tre ipotesi di cumulo condizionale: il cumulo successivo, il cumulo eventuale ed il cumulo alternativo. Il primo caso ricorre quando un'azione viene proposta a condizione che prima sia accolta l'altra da cui prenderà vita; la seconda azione non esiste al momento della domanda e dovrebbe essere proposta dopo la sentenza che accoglie la prima azione, per economia di giudizio il cumulo viene consentito con la contemporanea proposizione anticipata della seconda azione, che si svolgerà fra le stesse parti senza alcun nocumento a terzi. Il giudice esaminerà la seconda azione solo dopo aver accolto la prima, anche nella stessa sentenza, così come può accadere che la seconda domanda possa essere infondata ed essere respinta sebbene la prima sia stata accolta.

Il cumulo eventuale ricorre quando una domanda viene proposta per l'ipotesi che l'altra sia respinta, in questo caso si instaura tra le domande un rapporto di principale a subordinata, che corrisponde ad una gradazione di interessi dell'attore. Il cumulo obbiettivo alternativo si configura quando le più azioni sono proposte perché o l'una o l'altra sia accolta, esaminata ed accolta l'una al giudice non è consentito esaminare ed accogliere le altre, le diverse azioni cumulate tendono a soddisfare interessi e scopi equivalenti dell'attore.

Il cumulo oggettivo di domande,¹⁸ fra gli stessi soggetti, viene ammesso nell'ambito di un unico giudizio solo per evitare un inutile spreco di tempo, di attività e di danaro, nonché per eludere il rischio di una contraddittorietà di giudicati, ma ciascuna domanda, nella dinamica processuale, rimane autonoma.¹⁹

I presupposti processuali e le condizioni dell'azione si valutano in relazione a ciascuna di esse; ognuna può essere oggetto di deduzioni, prove, negozi giuridici o dichiarazioni separate.

Nell'ambito di tale fenomeno assume considerevole rilevanza il valore dell'economia processuale e dell'armonia delle decisioni nonché l'esigenza di una rapida definizione delle controversie, in quanto la tutela giurisdizionale deve essere effettiva e sollecita.²⁰

Nell'ipotesi di un unico giudizio con pluralità di domande, se si rileva un difetto (di competenza, di legittimazione, di nullità) per una delle domande proposte, il giudice adotterà i provvedimenti resi necessari dalla fenomenologia concernente quella singola domanda, esauendo il rapporto processuale, relativamente a quella domanda per cui è stato rilevato il difetto, con una pronuncia che avrà carattere di definitività e completezza nonché di autonomia rispetto alle altre.

Nel caso di specie, che ha dato luogo alla sentenza in epigrafe, la domanda di condanna generica al risarcimento del danno non è stata qualificata come autonoma rispetto alle altre domande di accertamento e di condanna, per cui la nullità rilevata per l'una ha finito per travolgere tutte le altre. Invero, la domanda di ristoro dei danni, nell'ipotesi di cumulo obbiettivo fra le stesse parti nell'ambito del processo comune, specie in tema di azione di reintegrazione per spoglio o di azione di manutenzione del possesso, può essere valutata come auto-

¹⁷ Si veda Chioyenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, par. IV, pagg. 1128 e ss.; Tullio Segrè, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, UTET, 1973, sub art. 10, E. Allorio

¹⁸ Il cumulo oggettivo, ossia l'ipotesi di una pluralità di domande proposte contro la stessa parte, è previsto dall'art. 104 cpc che non pone alcun limite di attuazione ma rinvia alla regola generale stabilita dall'art. 10 co. 2 cpc che disciplina la competenza per valore nel caso di diverse domande proposte nello stesso processo. La norma non fornisce alcuna indicazione in ordine ai rapporti tra le diverse domande, alle condizionate e ai presupposti per la proposizione delle stesse. Senonché il cumulo oggettivo incontra limiti nella diversità dei criteri di giurisdizione o di competenza inderogabile stabiliti per ciascuna delle domande.

¹⁹ Si veda: Cass. Civ., sez. III, 24 marzo 1999, n. 2791, in *Danno e Resp.*, 1999, 1017, con nota di BONFIGLIO; Cass. Civ., sez. I, 2 aprile 1999, n. 3151, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce Fallimento n. 711. In quest'ultima sentenza si invoca, in materia fallimentare, il generale principio secondo cui la riunione formale di più cause in un unico contesto non fa venir meno l'autonomia delle relative domande e delle decisioni.

²⁰ Conclude in tal senso Proto Pisani in *Lezioni di diritto process. civ.*, II ed., 1996, pagg. 350 e ss. il quale aggiunge che questi tre valori costituiscono, per l'interprete, i criteri guida nell'individuazione degli effettivi ambiti di applicazione degli istituti del *simultaneus processus* delle modificazioni dei criteri di competenza per ragioni di connessione ex artt. 31-36 cpc.

noma poiché essa trova la sua giustificazione nella turbativa del possesso, in fatti illeciti potenzialmente produttivi di effetti pregiudizievoli la cui esistenza ed entità possono essere accertati anche in una successiva e separata indagine sulla concreta consistenza del danno.

Nel procedimento *de quo* si è in presenza di un determinato fatto storico, costitutivo di più rapporti giuridici oggetto di autonome domande giudiziali, trattati in un unico processo soltanto per consentire una ricostruzione uniforme ed omogenea del fatto storico comune; la fattispecie costituisce espressione di una connessione per coordinazione, in cui la trattazione simultanea dipende solo dalla volontà delle parti e la trattazione separata delle questioni è sempre possibile, con l'unico rischio di una contraddizione logica tra giudicati.

Costituisce una conferma indiretta del carattere autonomo della domanda di risarcimento dei danni, conseguenti al sofferto spoglio o molestia, l'orientamento giurisprudenziale costantemente espresso in materia possessoria,²¹ secondo cui seppure la molestia del possesso cessa dopo l'inizio del giudizio, la legittimazione passiva permane in capo all'autore della turbativa, avendo l'attore pur sempre interesse alla statuizione dell'illegittimità della condotta potendo pretendere il risarcimento anche con un successivo ed autonomo giudizio; in tale ipotesi la

sentenza conserva la sua autorità, quantomeno al fine consequenziale di legittimare un'autonoma richiesta di risarcimento danni.

La sanzione dell'estinzione dell'intero processo, nell'ipotesi di vizio dell'*editio actionis* di una delle più domande introdotte nel giudizio, appare incongrua anche alla luce dell'art. 159 c.p.c. che stabilisce che la nullità di un atto non comporta la nullità degli atti precedenti o successivi che ne sono indipendenti. Se la nullità colpisce una sola delle domande cumulate, peraltro qualificata come autonoma dal giudicante, la mancata realizzazione della sanatoria determinerà un consolidamento della nullità, conseguentemente, comporterà una definizione in rito della sola domanda viziata e non sanata dalla parte onerata, mentre saranno istruite e decise nel merito le altre domande indipendenti.

La norma in commento costituisce applicazione del più generale principio di conservazione dell'atto o negozio nullo (*utile per inutile non vitiatur*), che, nell'ipotesi di nullità parziale, rappresenta la regola, mentre l'estensione degli effetti dell'invalidità all'intero atto di citazione, con pluralità di domande, fonda l'eccezione.²²

Il giudice di merito, in sede di decisione, deve compiere un'operazione ermeneutica volta a stabilire se la domanda nulla si trovi in tale rapporto di interdipendenza, in correlazione inscindibile con il resto delle domande e funge da *conditio sine qua non* di esse. Egli deve applicare tutti i parametri interpretativi funzionale all'individuazione dell'essenzialità o meno della singola pretesa, al fine di travolgere nell'invalidità l'intera domanda, ovvero solo quella viziata. Nel caso di domande cumulativamente proposte è necessario accertare se tra di esse esista un'oggettiva e reciproca autonomia oppure, per quanto distintamente proposte, interferiscano tra di loro costituendo presupposto o mero sviluppo di altra domanda, avendo carattere accessorio, consequenziale o strumentale.

Il giudice, in virtù dei suoi poteri di direzione del processo e delle esigenze di economia processuale, che devono ispirare siffatta attività di direzione, deve formulare tale apprezzamento, adeguatamente e razionalmente motivato, preferibilmente all'inizio del giudizio, *incider tantum*, prima di qualsiasi dispendio di attività processuale, soprattutto probatoria.

Concetta De Chiara

²¹ Cass. Civ., 16 febbraio 1996, n. 1211, in *Giur. it.*, 1996, I, 1483, n. ANTEZZA; Cass. Civ., sez. II, 10 aprile 1996, n. 3303, in *Rep. Foro It.*, 1996, voce *possesso* (spoglio), n.100; Cass. Civ., 5 giugno 1990, n. 5389, in *Rep. Foro it.* 1990, voce *possesso*, n. 71.

²² Il 2° ed il 3° co. dell'art. 159 cpc obbediscono al principio di economia immanente in ogni ordine giuridico, tendente per quanto possibile alla almeno parziale conservazione di un atto viziato. Sicché la legge stabilisce che la nullità parziale di un atto non si estende alle parti indipendenti e che se il vizio impedisce un determinato effetto, possono tuttavia prodursi gli altri effetti per i quali sia idoneo. In dottrina: Denti, *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Digesto*, XI, Torino, 1965; Salvaneschi, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte*, in *Riv. di Dir. Process.*, 1984. La giurisprudenza ha fatto ricorso alla norma sulla nullità parziale in tema di cumulo di domande escludendo che l'invalidità attinente ad una delle cause cumulate si ripercuota sulle altre impedendone la decisione. In tal senso: Cass. Civ., 16 giugno 1984 n. 3604, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Procedimento civile*, n. 125.

CORTE COSTITUZIONALE

SENTENZA	6 dicembre 2002, n. 522
PRESIDENTE	Ruperto
RELATORE	Bile
P.M.	Fedeli
PARTI	C.N.P.A.F. G. Rossi

È costituzionalmente illegittimo l'articolo 66 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 (Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro) nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al comma 1 non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale, che debba essere utilizzato per procedere all'esecuzione forzata.

Finanze e tributi - Imposta di registro - Divieto di rilascio di documenti non registrati - Divieto relativo al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale che debba essere utilizzato per procedere a esecuzione forzata - Illegittimità costituzionale. (D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131, articolo 66, comma 2)

Fatto

I Con ordinanza del 13 giugno 2001, iscritta al n. 716 r.o. del 2001, il Presidente del Tribunale di Roma, nel corso di un procedimento introdotto avverso il rifiuto, da parte del cancelliere dello stesso Tribunale, di rilasciare copia autentica di una sentenza pronunciata in una controversia civile, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli articoli 15 e 66 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), "nella parte in cui non consentono il rilascio della copia esecutiva se non dopo il pagamento dell'imposta di registro".

Riferisce il rimettente che il procedimento è stato instaurato, ai sensi dell'art. 745 del codice di procedura civile, da Olga D'Aiello, vedova del regista Pietro Germi, avverso il rifiuto del cancelliere del Tribunale di rilasciare copia autentica della sentenza n. 33737 del 2000, munita della formula esecutiva, con la quale era stata accolta (con il favore delle spese per lire 12.300.000 ed il riconoscimento degli interessi legali dal 30 luglio 1997) la domanda da lei proposta contro l'avvocato Galli, per ottenere la restituzione della somma di lire 2.424.480.000, a suo tempo affidata al medesimo per l'amministrazione del proprio patrimonio, alla quale non poteva provvedere per la propria complessa situazione familiare.

Il rilascio della copia della sentenza è stato chiesto dalla D'Aiello per procedere ad un'azione esecutiva nei confronti del debitore ed il cancelliere ha dichiarato di non poter rilasciare la copia, adducendo che l'art. 66, comma 1, del citato D.P.R. impedisce il rilascio di copia esecutiva di una sentenza senza previo pagamento al fisco dell'imposta di registro, ammontante nella specie a lire 81.870.000.

Nel proporre il ricorso ex art. 745 del codice di procedura civile, la D'Aiello, adducendo di non disporre della somma dovuta a titolo di imposta, ha prospettato la questione di costituzionalità.

Tanto premesso sulla vicenda processuale, il rimettente rileva preliminarmente di essere legittimato a sollevare la questione di legittimità costituzionale, giacché la Corte costituzionale nella sentenza n. 414 del 1989, e la Corte di cassazione nella sentenza 20 marzo 1986, n. 1973, hanno riconosciuto natura giurisdizionale al procedimento ex art. 745 citato quando sia instaurato avverso il rifiuto del cancelliere di rilasciare copia esecutiva di una sentenza.

In punto di non manifesta infondatezza della questione, il rimettente, dopo avere rilevato che il disposto dell'art. 66 citato è in contrasto "con il principio di eguaglianza, con il principio di ragionevolezza nonché con il diritto alla tutela giurisdizionale", osserva che, pur essendo prevista dall'art. 15 del D.P.R. citato la possibilità della registrazione d'ufficio in caso di mancata richiesta da parte dei soggetti indicati nell'art. 10 dei D.P.R. (e contestuale deposito della somma), essa è comunque subordinata espressamente alla "previa riscossione dell'imposta dovuta", onde resterebbe fermo che il mancato pagamento dell'imposta impedisce la registrazione e, quindi, la possibilità del rilascio della copia da parte del cancelliere.

Il contrasto del citato art. 66, comma 1, con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. emergerebbe per la differenza di trattamento che vi sarebbe fra il cittadino che sia in grado di pagare immediatamente l'imposta di registro (al quale sarebbe consentito, proprio in conseguenza delle sue condizioni economiche, di intraprendere un'azione giudiziaria, esecutiva) e quello che non abbia i mezzi sufficienti per fare tale pagamento (al quale, invece, la possibilità di intraprendere tale azione sarebbe resa difficile e talvolta impossibile in forza di un presupposto stabilito dalla legge e consistente nell'onere di versare una somma eventualmente, come nel caso di specie, assai ingente).

Questi rilievi sono dal rimettente ritenuti idonei a giustificare anche la censura ex art. 24 Cost., posto che in tale norma - come la Corte costituzionale avrebbe riconosciuto nella sentenza n. 21 del 1961 nel dichiarare l'incostituzionalità del *solve et repete* - il diritto di agire in giudizio è, garantito a tutti allo scopo di assicurare l'uguaglianza di diritto e di fatto dei cittadini in ordine alla possibilità di ottenere tutela giurisdizionale. Il fondamentale diritto alla difesa, secondo il rimettente, non potrebbe essere - condizionato al pagamento di un'imposta ed a conferma di tale convincimento il rimettente richiama la sentenza di questa Corte n. 8 del 1993 nel punto in cui ha ritenuto che, non essendo il mancato od insufficiente pagamento dell'imposta di bollo ostativo alla produzione in giudizio di documenti è di difese scritte, resterebbe escluso che tale forma di imposizione possa precludere o pregiudicare il diritto di agire in giudizio riconosciuto dall'art. 24, primo comma, della Costituzione.

In ordine alla violazione del principio di ragionevolezza, il rimettente rileva che sarebbe dimostrata dal fatto che la ricorrente, "dopo avere consegnato tutto il denaro che possedeva al proprio avvocato, si trova nell'impossibilità di ottenerne la materiale restituzione, in quanto non possiede l'ulteriore somma per provvedere alla registrazione della sentenza di condanna" emessa nei confronti di detto avvocato.

2. E intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, tramite l'Avvocatura generale dello Stato, che ha depositato memoria, nella quale ha sostenuto che la sollevata questione sarebbe infondata, in base ai principi affermati dalla Corte in ordine "al problema degli oneri fiscali in relazione al diritto di agire in giudizio". Al riguardo, viene riprodotto un ampio passo della motivazione della sentenza di questa Corte n. 7 del 1999, nel quale, facendo riferimento alle sentenze della stessa Corte n. 45 del 1963 e n. 157 del 1969, si è fra l'altro precisato che la Costituzione non vieta di imporre prestazioni fiscali in stretta e razionale correlazione con il processo, sia che configurino vere e proprie tasse giudiziarie, sia che abbiano riguardo all'uso di documenti necessari alla pronuncia del giudice, nonché che l'interesse alla riscossione dei tributi è dall'art. 53 Cost. posto sullo stesso piano di ogni diritto individuale. Proprio la costituzionalizzazione di tale ultimo interesse, secondo l'interveniente, giustificerebbe una disposizione come l'art. 66, comma 1, del D.P.R. n. 131 del 1986.

D'altro canto, il rimettente non avrebbe considerato che tale D.P.R. prevede delle deroghe al principio espresso da detta norma, "consentendo in alcuni eccezionali casi di evitare il pagamento dell'imposta di registro", come nell'ipotesi - prevista dall'art. 59, comma 1, del D.P.R. - di registrazione a debito delle sentenze emesse nei confronti di soggetti ammessi al gratuito patrocinio, ai sensi del regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3282 (Approvazione del testo di legge sul gratuito patrocinio), nonché al sensi degli articoli 15-bis e seguenti della legge 30 luglio 1990, n. 217 (Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti), nel testo introdotto dall'art. 13 della legge 29 marzo 2001, n. 134 (Modifiche alla L. 30 luglio 1990, n. 217, recante istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti), nonché in quella di cui al punto d) dei medesimo art. 59, concernente le sentenze che condannano al risarcimento del danno prodotto da fatti costituenti reato. In questi due casi il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, avrebbe individuato due fattispecie nelle quali l'interesse alla riscossione delle imposte non può prevalere di fronte a situazioni particolari, in cui, rispettivamente, la situazione di indigenza del soggetto sia tale per cui il pagamento del tributo si rivelerebbe un ostacolo insormontabile all'esercizio dell'azione, e l'esercizio dell'azione è finalizzato al ripristino di una situazione patrimoniale lesa da un illecito penale. Altre deroghe, "però al solo rilascio di copia autentica della sentenza previo pagamento dell'Imposta, sarebbero contenute, inoltre, nello stesso comma 2 dell'art. 66.

Al di fuori dei casi previsti, l'interesse alla riscossione dovrebbe, invece, prevalere e, del resto, non, potrebbe ammettersi che la Corte possa introdurre altri. La lesione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento, sarebbe insussistente, essendosene Il legislatore fatto carico con la disciplina del gratuito patrocinio. Quella dell'art. 24 Cost. a sua volta sarebbe insussistente, alla stregua di quanto affermato da questa Corte nell'ord. n. 215 del 2000, osservando che "il rischio per l'attore vittorioso di dover pagare l'imposta di registro, se rientra nel generale calcolo di convenienza sull'esercizio dell'azione giudiziaria, non si traduce, perciò solo, in un impedimento alla tutela giurisdizionale dei propri diritti".

3. Si è costituita la parte privata Olga D'Aiello, depositando memoria, nella quale, preferibilmente, specifica ulteriormente la vicenda oggetto del giudizio a quo precisando: a) di essere stata costretta a convenire in giudizio l'avvocato Galli a fronte del suo rifiuto di restituirle la somma affidatagli perché ne curasse l'amministrazione e provvedesse ad investirla; b) di avere ottenuto sequestro conservativo dallo stesso Tribunale di Roma fino a concorrenza della somma di lire 2.600.000.000 e di averlo eseguito mediante trascrizione del provvedimento cautelare su beni immobili di proprietà del suddetto avvocato; c) che, tuttavia, nel corso del giudizio di merito erano state eseguite sui beni sequestrati alcune procedure esecutive immobiliari nelle quali erano intervenuti numerosi creditori dell'avvocato Galli, con la conseguenza che in sede di ripartizione del ricavo della vendita dei beni verrebbe assegnata ad essa deducente "una somma molto inferiore rispetto all'importo del suo credito" -, d) che per tale - ragione si era indotta a richiedere il rilascio della copia esecutiva della sentenza di merito "al fine di intraprendere ulteriori azioni esecutive nei confronti dell'avvocato Galli". Nel merito della questione si riprendono gli argomenti dell'ordinanza di rimessione, con il richiamo di un passo della sentenza di questa Corte n. 21 del 1961.

Nell'imminenza dell'udienza pubblica, la parte privata ha depositato una memoria illustrativa, nella quale richiama il passo della sentenza di questa Corte n. 80 del 1966, in cui, per risolvere il problema della compatibilità degli

oneri fiscali con il diritto di azione, si era distinto fra gli oneri ricollegati alla pretesa dedotta in giudizio allo scopo di assicurare uno svolgimento del processo conforme alla sua funzione, da ritenersi consentiti, e quelli che tendono a soddisfare interessi del tutto estranei a tale finalità, che invece incorrerebbero in incostituzionalità. Sulla base di tale principio, si sostiene che la questione di costituzionalità sollevata dal Presidente del Tribunale di Roma sarebbe fondata, in quanto il divieto di rilascio della copia esecutiva sarebbe funzionale ad un onere fiscale "estraneo al giudizio in se stesso", poiché l'unico onere fiscale razionalmente collegato al giudizio da promuovere sarebbe quello relativo al pagamento dei c.d. contributo unificato per le spese degli atti giudiziari, di cui all'art. 9 della legge, 23 dicembre 1999, n. 488.

Vengono citati, quindi, passi delle sentenze n. 61 del 1970 e n. 157 del 1969, nei quali si sottolineò che il diritto di azione va temperato con l'interesse generale alla riscossione dei tributi, e si osserva che nel caso di specie non è in contestazione la costituzionalità dell'imposta di registro sulle sentenze, ma solo quella della norma impositiva del divieto di rilascio della copia esecutiva. Si rileva, quindi, che l'interesse pubblico alla riscossione dei tributi, ove la questione fosse accolta, resterebbe impregiudicato, "potendo l'amministrazione in ogni momento procedere contro il contribuente moroso, intervenendo, se del caso, anche nella stessa procedura esecutiva instaurata in base alla sentenza di cui il creditore avrà ottenuto la copia senza procedere al preventivo pagamento dell'imposta".

Si richiama ancora un passo della sentenza di questa Corte n. 111 del 1971, rilevando che in essa si ritenne di restringere la sospensione del giudizio in attesa della presentazione della denuncia di successione entro limiti che non comportassero difficoltà od incompatibilità dell'esplicazione del diritto.

Considerato in diritto

1. Nel corso di un procedimento ex articolo 745 del codice di procedura civile, avente ad oggetto il rifiuto del cancelliere di rilasciare copia esecutiva di una sentenza, il Presidente del Tribunale di Roma ha proposto, in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli articoli 15 e 66 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), nella parte in cui non consentono al cancelliere il rilascio della copia esecutiva, richiesta dalla parte vittoriosa al fine di procedere all'esecuzione forzata nei confronti della parte soccombente, se non dopo il pagamento dell'imposta di registro.

Secondo il Giudice rimettente, l'articolo 66 viola l'articolo 3 della Costituzione, sia per difetto di ragionevolezza, sia per disparità di trattamento fra il cittadino in grado di pagare immediatamente l'imposta di registro (al quale sarebbe consentito, in conseguenza delle sue condizioni economiche, di intraprendere un'azione giudiziaria esecutiva) e quello privo dei mezzi necessari per tale pagamento (al quale, invece, l'onere di versare somme eventualmente ingenti rende la proposizione dell'azione esecutiva difficile e talora impossibile).

Lo stesso articolo 66 violerebbe poi l'articolo 24 della Costituzione, in quanto il diritto di agire in giudizio non può essere condizionato al pagamento di un'imposta.

2. Questa Corte ha già ritenuto che in sede di procedimento ex articolo 745 cod. proc. civ. il giudice è legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale (sentenza n. 414 del 1989).

3. La questione di legittimità costituzionale dell'articolo 15 del decreto del Presidente della Repubblica n. 131 del 1986 è manifestamente inammissibile,

perché il rimettente non motiva in alcun modo la ragione per la quale questa norma (concernente la cosiddetta registrazione d'ufficio) possa - sia pure, eventualmente, in combinato disposto con l'articolo 66 - precludere il rilascio della copia della sentenza in forma esecutiva.

4. La questione relativa all'articolo 66 del citato decreto del Presidente della Repubblica è invece fondata

La norma - dopo avere al comma 1 stabilito che i cancellieri ed i segretari degli organi giurisdizionali e gli altri soggetti indicati nell'articolo 10, lettere b) e c), possono rilasciare originali, copie ed estratti degli atti soggetti a registrazione in termine fisso da loro formati o autenticati solo dopo che gli stessi sono stati registrati - prevede al comma 2 che tale disposizione non si applica agli originali, copie ed estratti di sentenze e altri provvedimenti giurisdizionali, o di atti formati dagli ufficiali giudiziari e dagli uscieri, che siano rilasciati per la prosecuzione dei giudizio.

In ragione dei limiti di tale previsione derogatoria, chi intenda procedere ad esecuzione forzata - la quale, ai sensi dell'articolo 479 cod. proc. civ., deve essere preceduta dalla notificazione del titolo in forma esecutiva - ha l'onere del preventivo assolvimento della relativa imposta di registro, quale condizione per ottenere il rilascio dell'atto da notificare, non potendo - dei resto - l'esecuzione forzata considerarsi prosecuzione dei giudizio.

La questione di legittimità costituzionale di tale norma deve essere valutata alla luce della giurisprudenza di questa Corte sul tema degli oneri fiscali incidenti sul processo civile, nonché dell'assetto dei rapporti fra imposta di registro e processo, conseguente alla riforma tributaria attuata sulla base della delega di cui alla legge 9 ottobre 1971, n. 825 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per la riforma tributaria).

5. Questa Corte ha affermato - in epoca anteriore alla riforma - che la Costituzione "non vieta di imporre prestazioni fiscali in stretta e razionale correlazione con il processo, sia che esse configurino vere e proprie tasse giudiziarie sia che abbiano riguardo all'uso di documenti necessari alla pronunzia finale dei giudici" (sentenza n. 45 del 1963, e poi sentenze n. 91 e n. 100 del 1964); che occorre distinguere fra "oneri che siano razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione", da ritenersi consentiti, e oneri che invece tendano "alla soddisfazione di interessi dei tutto estranei alle finalità predette, e, conducendo al risultato di precludere o ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale, incorrono nella sanzione dell'incostituzionalità" (sentenza n. 80 del 1966, sull'illegittimità costituzionale della norma che vietava di rilasciare copie di sentenze non ancora registrate, il cui deposito in giudizio condizionasse la procedibilità dell'impugnazione); ed ancora che l'interesse del cittadino alla tutela giurisdizionale e quello generale della comunità a la riscossione dei tributi "sono armonicamente coordinati" (sentenze n. 157 del 1969 e n. 61 del 1970).

In altre decisioni questa Corte ha invece affermato che "condizionare l'esercizio del diritto del cittadino alla tutela giurisdizionale, all'adempimento dei suoi doveri di contribuente" non contrasta con la Costituzione, salvo il caso dell'azione giudiziaria diretta a contestare la legittimità del tributo (sentenze n. 157 del 1969 e n. 1 del 1971).

Il principio secondo cui l'onere fiscale non lede il diritto alla tutela giurisdizionale ove tenda ad assicurare al processo uno svolgimento conforme alla sua funzione ed alle sue esigenze (e non miri, invece, al soddisfacimento di interessi del tutto estranei alle finalità processuali) è stato infine ripreso dalla sentenza n. 333 del 2001, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della

norma che condizionava al pagamento di alcune imposte, fra cui quella di registro, l'esercizio dell'azione esecutiva di rilascio dell'immobile locato.

6. La legge n. 825 del 1971 ha imposto al legislatore delegato, come principio di delega, di eliminare "ogni impedimento fiscale al diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi" (articolo 7, n. 7).

In attuazione di tale principio, l'articolo 63 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634 (Disciplina dell'imposta di registro), il cui contenuto è poi sostanzialmente confluito nell'articolo 65 del D.P.R. n. 131 del 1986, ha soppresso il divieto di utilizzazione in giudizio di atti non registrati (previsto dalla disciplina precedente, la cui incostituzionalità era stata esclusa da questa Corte, con le citate sentenze n. 45 del 1963 e n. 157 del 1969) ed al suo posto ha previsto l'obbligo del cancelliere di inviarli all'ufficio del registro.

Il legislatore della riforma ha pertanto ritenuto che la situazione di inadempimento dell'obbligazione relativa all'imposta di registro, emergente in occasione del processo di cognizione, non può avere l'effetto di precluderne lo svolgimento e la conclusione.

È chiaro il giudizio di valore così espresso, per cui, nel bilanciamento tra l'interesse fiscale alla riscossione dell'imposta e quello all'attuazione della tutela giurisdizionale, il primo è ritenuto sufficientemente garantito dall'obbligo imposto al cancelliere di informare l'ufficio finanziario dell'esistenza dell'atto non registrato, ponendolo così in grado di procedere alla riscossione. Discipline di contenuto sostanzialmente identico sono state introdotte - sia pure in tempi diversi - per le imposte di successione, di bollo, e sul valore aggiunto.

7. Considerando questo tipo di bilanciamento fra i due interessi alla luce del principio secondo cui la garanzia della tutela giurisdizionale posta dall'articolo 24, primo comma della Costituzione comprende anche la fase dell'esecuzione forzata - "la quale è diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento giurisdizionale" (sentenza n. 321 del 1998) - appare evidente come la scelta compiuta dalla norma impugnata sia irragionevole e si risolva anche in lesione dell'articolo 24 della Costituzione.

Essa infatti comporta che la valutazione di bilanciamento fra l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale e quello alla riscossione dei tributi sia effettuata, per i due tipi di processo, in modo irragionevolmente diverso: l'inadempimento dell'obbligazione tributaria - che pure non ha precluso lo svolgimento del processo di cognizione fino all'emanazione della sentenza (o di altro provvedimento esecutivo) ed ha determinato solo la comunicazione da parte del cancelliere all'ufficio del registro degli atti non registrati - impedisce poi che alla sentenza (o al provvedimento esecutivo) sia data attuazione mediante l'esercizio della tutela giurisdizionale in via esecutiva.

8. Conclusivamente deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 66, comma 2, del D.P.R. n. 131 del 1986, nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al comma 1 non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale, che debba essere utilizzato per procedere all'esecuzione forzata. Rimangono assorbiti gli altri profili di censura.

Per Questi Motivi la Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione del testo unico delle

disposizioni concernenti l'imposta di registro), nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al comma 1 non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale, che debba essere utilizzato per procedere all'esecuzione forzata; dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 15 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione del testo *unico* delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), sollevata in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione dal Presidente del Tribunale di Roma con l'ordinanza in epigrafe.

**IN TEMA DI
RILASCIO DELLA
COPIA ESECUTIVA
DI UNA
SENTENZA O DI
ALTRO
PROVVEDIMENTO
DI CONDANNA**

**1. Posizione
del problema**

La Corte Costituzionale con la decisione n. 522 del 6 dicembre 2002, sancendo l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica del 26 aprile 1986, n. 131, in materia di imposta di registro, ha decretato la fine di un "odioso" limite relativo alla esecuzione della pronuncia di condanna resa dal giudice di merito; in base a tale limitazione non poteva darsi corso all'esecuzione forzata di una sentenza di condanna esecutiva se non dopo la registrazione della medesima, mediante la corresponsione dell'imposta di registro, imposta spesso assai gravosa per il creditore, che aveva già dovuto sopportare i costi del processo.

La decisione del Giudice della legittimità delle leggi si pone nel solco tracciato da una recente pronuncia della stessa Corte (n. 333 del 2001), in materia di rilascio di un immobile locato, con la quale veniva sancita l'incostituzionalità dell'articolo 7 delle legge numero 431 del 1998, che richiedeva per il rilascio di un immobile

concesso in locazione, la dimostrazione che il contratto di locazione fosse stato, in precedenza, registrato,¹ ribadendo, in tal modo, la volontà di rimuovere gli ostacoli di carattere fiscale alla piena realizzazione della tutela.

Al riguardo ha correttamente rilevato la Corte Costituzionale, con la decisione n. 333/2001, come il problema della "compatibilità tra il principio costituzionale che garantisce a tutti la tutela giurisdizionale, anche nella fase esecutiva, dei propri diritti e le norme che impongono determinati oneri e chi quella tutela richieda, non è nuovo alla sua giurisprudenza. Conseguentemente la Corte ha inteso distinguere tra "oneri imposti allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione ed alle sue esigenze ed oneri tendenti al soddisfacimento di interessi del tutto estremi alle finalità processuali".

Il procedimento, nell'ambito del quale è stata sollevata la questione di costituzionalità, è quello relativo al rilascio di copia di un atto pubblico, previsto dal titolo terzo, del quarto libro del codice di rito, in particolare viene esaminata dalla Corte la fattispecie inerente al reclamo avverso il rifiuto, teorizzato dal primo comma dell'art. 745 c. p. c., di rilascio della copia ad opera del cancelliere cui ne era stata fatta richiesta in base al disposto dell'articolo precedente (art. 744 c.p.c.).²

Al fine di comprendere compiutamente l'intervento operato dalla Corte Costituzionale è necessario prendere le mosse da una, sia pur breve, ricostruzione del procedimento che regola la materia del rilascio e della collazione di atti pubblici. Invero, le regole che disciplinano detta materia sono rinvenibili sia nel codice di rito, che nel codice civile.

Nel codice sostanziale (artt. 2714-2719) sono previste le norme relative alla efficacia probatoria della copia, mentre nel codice di procedura civile sono dettate

¹ Cfr. decisione n. 333 del 5 ottobre 2001, in Giur. It. 2002, I, c. 694. Sul punto la Corte ha affermato "che l'impedimento di carattere fiscale alla tutela giurisdizionale dei diritti, introdotto dalla norma denunciata, si pone in contrasto con l'articolo 24, primo comma, della Costituzione e comporta la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma stessa".

² Vedi, sul punto, FIORINI, Prosegue lo smantellamento delle limitazioni al diritto fondamentale di agire in giudizio, in Guida al diritto 2002, fascicolo 49, p. 59.

**2. Il
procedimento
relativo al
rilascio di copia**

³ Al riguardo Salvatore SATTA (Commentario del Codice di procedura civile, vol. IV, Milano 1971, p. 52 ss) ha osservato che una più logica collocazione delle norme relative al procedimento per il rilascio di copia avrebbe potuto essere quella del codice civile. A ben vedere le uniche norme di carattere "processuale" di questo procedimento sono individuabili nell'art. 745 e nella seconda parte dell'art. 746 c.p.c.

⁴ In dottrina, vedi, sul punto, TRISORIO LUZZI, v. Copia e collazione di atti, in Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Torino 1989, p. 400 e ss.

⁵ In merito al procedimento in esame deve essere ricordato come la dottrina e la giurisprudenza si siano divise su tre diverse linee di pensiero. 1- Una ipotesi, più datata nel tempo, di matrice giurisprudenziale, che individua nel procedimento natura amministrativa (cfr. Cass. 24 giugno 1948, n. 1006, in Foro It., Rep. 1948, v. Scrittura, n. 2), della stessa specie dei procedimenti disciplinari. 2- Una seconda ipotesi, sostenuta dalla giurisprudenza più recente (cfr. Cass. 20 marzo 1986, n. 1973, in Foro It. Rep., v. Cassazione Civile, n. 22), individua nel procedimento carattere giurisdizionale e lo stesso va ascritto all'ambito della volontaria giurisdizione (sul punto vedi, in dottrina, FAZZALARI, La volontaria giurisdizione, Padova 1953, p. 230 e ss.). 3- Infine, un'ultima teoria interpretativa assegna al procedimento natura di giurisdizione contenziosa sul presupposto che vengano in rilievo diritti soggettivi, quale quello al rilascio della copia (vedi, al riguardo, PETRUCCI, v. Copia e collazione di atti pubblici, in Enc. dir., vol. x, Milano 1962, p. 610. Sul punto vedi anche i rilievi operati dalla Corte Costituzionale con la decisione n. 414, del 18 luglio 1989 (in Foro It. 1989, I, c. 3022 e ss.). Va, inoltre, richiamata la posizione di

le norme relative al procedimento di rilascio delle copie e quelle inerenti alla collazione degli atti (artt. 743-746).

Non è agevole comprendere la ragione di tale separazione³, che non appare giustificabile da un mero riferimento alla collocazione delle stesse; invero non è possibile ritenere che le norme contenute nel codice civile abbiano valenza esclusivamente sostanziale, mentre le seconde siano munite soltanto di requisiti processuali.⁴

Non è quindi la natura delle norme che giustifica la separazione della collocazione, bensì la finalità delle stesse, in quanto nel codice civile sono state inserite le norme relative alla sola efficacia probatoria delle copie, mentre nel codice di rito si è inteso regolamentare il procedimento di rilascio delle stesse.

Non è questa la sede per indagare in merito alla natura di questo procedimento⁵ è, invece necessario ricordare che in precedenza - come rileva la stessa decisione della Corte Costituzionale - era stata già affrontata la questione relativa alle possibilità di sollevare, nel procedimento impugnativo previsto dall'art. 745 c.p.c., la questione di costituzionalità, ed era stata risolta positivamente sul presupposto che è "sua giurisprudenza costante che una questione di legittimità costituzionale può essere dichiarata inammissibile, per carenza di potere del giudice *a quo*, solo quando il difetto di giurisdizione sia evidente ed incontestabile",⁶ mentre nel caso esaminato non si era in presenza di una circostanza di palese inammissibilità.⁷

MONTESANO (Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili, in Riv. dir. civ. 1987, p. 594 e ss.) che inquadra il procedimento per il rilascio di copia degli atti in una categoria *sui generis*. Chiarisce però l'autorevole autore che il decreto previsto dal terzo comma dell'articolo 745 c.p.c. non è sottoposto a reclamo (art. 739 c.p.c.) e che il soggetto che vanta il diritto alla copia potrà sempre agire in via ordinaria per l'accertamento del suo diritto ocn la conseguente sanzione della illegittima condotta del depositario del documento.

⁶ Cfr. decisione n. 414 del 18 luglio 1989, citata nella pronuncia in esame della Corte Costituzionale, vedila in Foro It. 1989, I, c. 3022; in precedenza la Corte si era espressa nello stesso modo (cfr. decisione n. 777 del 1988, in Foro It. 1988, I, c. 3515).

⁷ Non è questa la sede per affrontare la tematica della natura del procedimento e pertanto ci si limita ad assumere - come detto -

acriticamente le opinioni della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione (sent. n. 1973 del 20 marzo 1986, in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1987, I, p. 59 e ss), tuttavia non si può non sollevare qualche perplessità circa la ipotizzata natura giurisdizionale del procedimento previsto dall'art. 745 c.p.c. La posizione della dottrina, sul punto, è sintetizzata dal LANFRANCHI (*La roccia non incrinata*, Torino 1999, p. 165 e ss.) il quale contesta la natura decisoria del procedimento. Afferma, infatti, il sopra richiamato Autore, che "il procedimento previsto dall'art. 745 c.p.c. non è un procedimento contenzioso decisorio su diritti idoneo a dar luogo al giudicato sostanziale, - non si articola in due fasi di cognizione camerl - sommarie di merito, - non è sindacabile in Cassazione in virtù dell'art. 111, 7° comma, Cost.; non è - in altri termini - uno dei tanti esempi della "prassi legislativa" favorevole alla camerl - sommarizzaione del giudizio sui diritti".

3. Della registrazione degli atti

Operate queste premesse è ora necessario esaminare la portata della decisione della Corte Costituzionale. L'articolo 66, del decreto del Presidente della Repubblica n. 131 del 1986, del quale si è sancita la parziale incostituzionalità, ha ad oggetto il divieto di rilascio di documenti relativi ad atti non registrati, esso è posto all'interno del testo unico relativo alle disposizioni concernenti l'imposta di registro, detto articolo contiene, ad un tempo, una regola generale (comma 1) ed alcune eccezioni espressamente previste, a titolo esclusivo e non meramente esemplificativo, contenute nei cinque punti di cui si compone il secondo comma.

La regola generale è che le copie degli atti, soggetti a registrazione, possono essere rilasciate solo dopo che gli stessi sono stati registrati.

Le eccezioni a tale regola sono previste - come detto - dal secondo comma dell'art. 66 che testualmente afferma: "La disposizione di cui al primo comma non si applica:

a) agli originali, copie ed estratti di sentenza ed altri provvedimenti giurisdizionali, o di atti formati dagli ufficiali giudiziari e dagli uscieri, che siano rilasciati per la prosecuzione del giudizio;

b) agli atti richiesti d'ufficio, ai fini di un procedimento giurisdizionale, salvo il disposto del comma 7 dell'art. 65;⁸

c) alla copia degli atti destinata alla trascrizione o iscrizione nei registri immobiliari;

d) alla copia degli atti occorrenti per l'approvazione od omologazione;

e) alla copia degli atti che il pubblico ufficiale è tenuto, per legge, a depositare presso i pubblici uffici".

Chiarisce il terzo ed ultimo comma dell'art. 66 che nei casi di cui al precedente comma deve essere apposta sull'originale, sulla copia o sull'estratto, rilasciati prima della registrazione, l'indicazione dell'uso cui è destinato l'atto rilasciato, sulla base di una delle eccezioni contenute appunto nel secondo comma, rilevando, in tal modo, che il

rilascio della copia è finalizzato esclusivamente a detto scopo e di conseguenza un diverso utilizzo di esso produrrebbe un'ipotesi di nullità nell'ambito del procedimento in cui l'atto è impiegato.

⁸ Il comma settimo dell'articolo 65 del D.P.R. 131 del 1986 ricorda che "gli atti in base ai quali sono stati emessi provvedimenti giurisdizionali non soggetti a registrazione devono essere inviati all'Ufficio del Registro, a cura del cancelliere o del segretario, entro trenta giorni dalla data di pubblicazione degli stessi".

4. Esame della decisione della Corte

Operate queste premesse e puntualizzata l'analisi della normativa oggetto del suo esame, il Giudice della legittimità delle leggi, ha condotto una rigorosa analisi della questione portata alla sua attenzione basata sulla esegesi della sua stessa giurisprudenza,⁹ nonché sulle finalità cui è preposta la materia tributaria, alla luce del dettato della legge del 9 ottobre 1971, n. 825, ed

ha conseguentemente individuato i principi in virtù dei quali è stata dettata la delega al Governo per la riforma del sistema tributario.¹⁰

La Corte ha ricordato che il principio ispiratore della delega, contenuto nell'articolo 7, n. 7, della legge 825/71, era quello di "eliminare ogni impedimento fiscale al diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi".¹¹

Sulla base di tale parametro la decisione del Giudice della legittimità delle leggi ha preso in esame non solo il dettato dell'art. 66 del d.P.R.

⁹ In particolare la Corte ha rilevato, in base al portato delle decisioni del 22 dicembre 1969, n. 157, in Giur. Cost. suppl., 1969, I, p. 1010 e del 28 aprile 1970, n. 61, in Riv. Dir. proc. 1971, p. 457, come l'interesse del cittadino alla tutela giurisprudenziale e quello generale della comunità alla riscossione dei tributi sono armonicamente coordinati tra loro. Vedi, inoltre, la decisione n. 7 del 1999, in Foro It. 2000, I, c. 1780.

¹⁰ Rileva, infatti, il giudice della legittimità delle leggi che "la legge 825 del 1971 ha

imposto al legislatore delegato, come principio di delega, di eliminare ogni impedimento fiscale al diritto dei cittadini di agire in giudizio" (art. 7, n. 7)".

¹¹ Oggi è possibile ricomprendere nell'ambito delle situazioni

giuridiche protette anche quella degli interessi diffusi e/o collettivi che ha ricevuto piena dignità di tutela con l'entrata in vigore della legge istitutiva del ministero dell'ambiente n. 369 del 1986 (cfr. artt. 5 e 6).

¹² L'analisi del Giudice della legittimità delle leggi si è soffermata in particolare sul coordinato disposto degli articoli 10 (soggetti obbligati a richiedere la registrazione) e 15 (registrazione d'ufficio) del decreto legislativo del 26 aprile 1986, n. 131.

¹³ Vedila in Gazzetta Ufficiale n. 38, prima serie speciale, 2001.

¹⁴ La legge del 29 marzo 2001, n. 134 in G.U. n. 92 del 20 aprile 2001 ha dettato le modifiche alla legge del 30 luglio 1990, L. 217, recante l'istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti. Invero, l'art. 13, della normativa in parola, istituisce dopo l'articolo 15 della legge 217 del 1990, un nuovo secondo capo relativo al "patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili ed amministrativi", ma non affronta affatto il tema della registrazione della sentenza, lasciando invariato il testo dell'articolo 15 e la sua conseguenza. Sul punto vedi il Commento alla legge 134 del 2001 a cura di SCARSELLI, in *Le Nuove leggi civili commentate* 2002, p. 124 e ss.

n. 131 del 1986, ma anche il portato del precedente articolo 15 del medesimo decreto.¹²

La decisione della Corte Costituzionale, dopo avere affermato la inammissibilità di una (ulteriore) ipotesi di illegittimità costituzionale dell'articolo 15, sollevata dalla medesima ordinanza del Tribunale di Roma (n. 718 del 2001), a causa di una carente motivazione relativa alla ragione per la quale questa norma possa - sia pure, eventualmente, in combinato con l'articolo 66 - precludere il rilascio della copia della sentenza in forma esecutiva", rileva, la non rispondenza dell'articolo 66 in esame al dettato dell'art. 7, n. 7 della legge di delega numero 825 del 1971, non potendo essere di supporto, per la lettura di detta norma, in maniera conforme alla nostra Carta costituzionale, neppure le eccezioni alla regola generale, contenute nel secondo comma dal medesimo dell'articolo 66.

Invero, il caso portato all'attenzione della Corte, è stato sollevato dal Presidente del Tribunale di Roma in un procedimento di "impugnativa" (art. 745 c.p.c.) del rifiuto del cancelliere al rilascio di una copia autentica di una sentenza esecutiva di condanna, necessaria alla parte istante per iniziare una procedura esecutiva nei confronti del debitore. Nell'ipotesi in esame la Corte Costituzionale ha individuato anche una lesione al principio di ragionevolezza in quanto la ricorrente a norma dell'art. 745 c.p.c., dopo avere consegnato tutto il denaro che possedeva al proprio avvocato, si è trovata nell'impossibilità di ottenere la materiale restituzione di esso in quanto non possedeva nessuna ulteriore somma per provvedere alla registrazione della sentenza di condanna per dar luogo alla conseguente esecuzione forzata.

Rileva, correttamente, il Giudice della legittimità delle leggi che l'ipotesi sottoposta alla sua attenzione dall'ordinanza del Presidente del Tribunale di Roma, n. 718 del 13 giugno 2001,¹³ non rientra in alcuna

delle eccezioni previste del secondo comma dell'articolo 66 del d.P.R. n. 131/86, né, al riguardo, può essere utilizzata la deroga contenuta nel primo comma dell'articolo 59 (registrazione a debito) del medesimo decreto del Presidente della Repubblica e ciò neppure a seguito della modifica intervenuta con la legge n. 134 del 29 marzo 2001, che ha dettato alcune modifiche alla preesistente normativa¹⁴ in materia di patrocinio a spese dello Stato.

Invero, la Corte Costituzionale ha affermato che la esecuzione forzata di una sentenza esecutiva (art. 282 c.p.c.) non rientra tra quelle regolate nell'articolo 59, né può essere fatta rientrare nella ipotesi di natura eccezionale prevista dal punto A del secondo comma dell'articolo 66, in quanto, nel caso di specie, non si tratta di "proseguire un giudizio" già iniziato, ma di dar corso ad un (autonomo) giudizio esecutivo basato sul titolo (esecutivo) giudiziale costituito dalla decisione di condanna emessa nel giudizio cognitivo e, pertanto, ha sancito l'incostituzionalità dell'articolo 66 del d.p.r. n. 131 del 1986 "nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al comma 1 non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale, che debba essere utilizzato per procedere alla esecuzione forzata".

5. Giudizio di cognizione e fase esecutiva

Dalla decisione resa dalla Corte Costituzionale emergono due interessanti profili di riflessione e di analisi. Il primo che ci consente di fermare l'attenzione sul rapporto esistente, nell'ambito del processo, tra il giudizio di cognizione e la successiva fase di esecuzione posti tra loro in un rapporto di autonomia e ad un tempo di strumentalità.

Certamente, come ha rilevato la Corte Costituzionale, la fase di esecuzione non può essere considerata la prosecuzione e/o il completamento del giudizio di

cognizione, sia perché essa è soltanto una fase eventuale, che si attua nel caso in cui non vi sia una spontanea acquiescenza al **dictum** del giudice, sia in considerazione dell'autonomia che il processo di esecuzione ha ricevuto dal terzo libro del codice di rito.

Tuttavia, appare evidente che solo attraverso la possibilità di una fattispecie impositiva della decisione del giudice può, in concreto, rendersi la risposta a quella domanda di giustizia proposta con l'atto introduttivo del giudizio.

Invero, nel caso del diniego di spontaneo adempimento (richiesto con l'atto di precetto, art. 480 c.p.c.) che è atto prodromico all'esecuzione) soltanto attraverso l'esecuzione forzata si giunge a realizzare, nella sua pienezza, la sentenza di condanna resa dal giudice. Infatti, è soltanto attraverso l'esecuzione della decisione resa dal giudice (scaturita dalla doglianza della parte che lamenta la lesione di una sua situazione giuridica protetta la quale, attraverso la domanda introduttiva del giudizio, viene portata all'attenzione del giudicante) che si attua la finalità ultima del giudizio che è quella del ripristino, attraverso l'imposizione (anche forzata) di una condanna, dell'ordine dalle cose lesa. Tale finalità viene perseguita, in modo evidente, nell'esecuzione in forma specifica (artt. 605 e 620 c.p.c.), ma è riscontrabile anche nella condanna per equivalenti (espropriazione forzata) attraverso il sacrificio economico (catartico), che si impone al debitore quale sanzione per il suo comportamento illecito (artt. 483 e ss, c.p.c.).

Alla luce di queste considerazioni è pienamente condivisibile la decisione della Corte, che qui si esamina, la quale ha inteso, decretando l'illegittimità del primo comma dell'articolo 66 del D.P.R. n. 131 del 1986, eliminare un ostacolo alla piena attuazione della tutela, limitazione derivante da una imposizione di carattere fiscale.

6. Principio del bilanciamento

Il secondo profilo di esame, che discende dalla osservazione della decisione in parola del Giudice della legittimità delle leggi, è quello relativo all'applicazione del principio del bilanciamento tra due diverse esigenze, certamente di rilievo costituzionale, che la Corte è stata chiamata a valutare.

Da una parte, infatti, la Corte Costituzionale si è posta il problema del diritto alla pienezza della tutela, previsto dall'articolo 24 della Costituzione e dei suoi possibili limiti, mentre dall'altra è venuto in rilievo, nella analisi del Giudice della legittimità delle leggi, il diritto-dovere dello Stato alla riscossione dei tributi anche esso di rango costituzionale (art. 53) e ciò anche in base al disposto dell'articolo 3, che vuole evitare la disparità di trattamento tra cittadini i quali ricevono dallo

Stato il medesimo servizio.

Nel costituirsi nel giudizio di costituzionalità l'Avvocatura dello Stato ha rilevato che "la Costituzione non vieta di imporre prestazioni fiscali in stretta e razionale correlazione con il processo, sia che configurino vere e proprie tasse giudiziarie, sia che abbiano riguardo all'uso di documenti necessari alla pronuncia del giudice, nonché che l'interesse alla riscossione dei tributi è, dall'articolo 53 Cost., posto sullo stesso piano di ogni altro diritto individuale".¹⁵

È proprio in relazione a tale ultima considerazione che si basa - a detta dell'Avvocatura Generale dello Stato - la legittimità costituzionale del principio sancito dal dettato dell'art. 66 del DPR numero 131 del 1986. Facendo leva su tali principi ed in considerazione della corretta applicazione del principio di eguaglianza e di quello di proporzionalità, desunti dalla nostra Carta costituzionale, il Giudice della legittimità delle leggi ha sancito, invece, la prevalenza del principio di tutela previsto dall'articolo 24 della Costituzione rispetto a quello relativo alla contribuzione, contenuto nell'articolo 53.¹⁶

Ha, infatti, rilevato la Corte costituzionale come sia sempre, successi-

¹⁵ Cfr., sul punto la decisione della Corte Costituzionale n. 7 del 1999, in Foro It. 2000, I, c. 1780.

¹⁶ Sintomatico, al riguardo è il richiamo fatto dalla decisione in esame alla pronuncia n. 111 del 26 maggio 1971, dalla stessa Corte, con la quale si sancisce il principio che la sospensione del giudizio in attesa delle domande di successione deve essere contenuta entro limiti che non comportino difficoltà od incompatibilità dell'esplicazione del diritto (cfr. la decisione in Ras. Avv. Stato 1971, I, p. 747).

¹⁷ Ha affermato, infatti, la Corte Costituzionale, che "il legislatore della riforma (operata dall'art. 63 del d.p.r. n. 634 del 1972, confluite poi nell'articolo 65 del d.P.R. n. 131 del 1986) ha ritenuto che la situazione di inadempimento dell'obbligazione relativa all'imposta di registro, emergente in occasione del processo cognizione, non può avere l'effetto di pretendere lo

vamente, possibile, per l'Amministrazione delle finanze ricevere quanto ad essa dovuto,¹⁷ mentre un pregiudizievole ritardo nel porre in esecuzione una pronuncia di condanna potrebbe portare, per la parte che ha ragione, titolare di una sentenza esecutiva ad essa favorevole, ad un gravissimo e non più riparabile pregiudizio essendo nella impossibilità di dare concreta esecuzione alla decisione del giudice.¹⁸

Non apparendo ragionevole che la tutela delle situazioni giuridiche protette, cui si riferisce l'articolo 24 della nostra Carta costituzionale, non espliciti i suoi effetti anche in relazione al processo esecutivo che - come si è detto - dà piena attuazione alle medesime.¹⁹

7. Conclusione

In conclusione, non può che condividersi la decisione resa dalla Corte Costituzionale in esame, che ha inteso rimuovere un limite estremamente gravoso (e spesso assai oneroso) all'esecuzione di una decisione esecutiva di condanna emessa dal giudice.²⁰

Invero, con la decisione della Corte si consente, senza il limite di alcun onere fiscale, la piena attuazione della tutela dei diritti, e - ad un tempo - non si limita, se non temporalmente, il diritto dello Stato alla percezione dell'imposta che appare, comunque, garantita in virtù del procedimento recuperatorio, che deve essere azionato a seguito della comunicazione del cancelliere dovuta in virtù del dettato del settimo comma dell'art. 65 del d. P.R. 131 del 1986.

svolgimento e la conclusione. Chiarisce, inoltre, il giudice della legittimità delle leggi che "nel bilanciamento tra l'interesse fiscale alla riscossione delle imposte e quello all'attuazione della tutela giurisdizione, il primo è ritenuto sufficientemente garantito dall'obbligo imposto al cancelliere di informare l'ufficio finanziario dell'esistenza dell'atto non registrato, ponendolo così in grado di procedere alla riscossione".

Va, infine, ricordato che il disposto della decisione della Corte Costituzionale non limita i suoi effetti alle sole sentenze esecutive di condanna, ma esso si estende "ad ogni altro provvedimento giurisdizionale che debba essere utilizzato per procedere ad una esecuzione forzata", rientrano, quindi, nella previsione contenuta nella decisione della Corte anche le ordinanze interinali di condanna (art. 186 bis, 186 ter e 186 quater c.p.c.), i decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi o non opposti (artt. 642 e 647 c.p.c.) ed anche quelli dichiarati esecutivi anche se già opposti (art. 648 c.p.c.), nonché i procedimenti cautelari ed i possessori. Rientrano, infine, nelle previsioni del giudice della legittimità delle leggi anche la conciliazione resa esecutiva dal "controllo" del giudice di merito (vedi da ultimo, l'art. 40 del Decreto legislativo n. 5 del 2003) ed il lodo arbitrale, munito dell'exequatur, a norma dell'art. 825 c.p.c., commi secondo e terzo.

¹⁸ Vedi la decisione della Corte Costituzionale n. 321 del 1998, in Foro It. 1998, I, c. 3048.

¹⁹ Vedi al riguardo la decisione della Corte Costituzionale n. 8 del 1993 che, però, limita la tutela al solo processo di cognizione (in Giur. It. 1993, I, c. 1386).

²⁰ Vedi, al riguardo, LANFRANCHI, op. cit., p. 166 e ss.

Piero Sandulli

C. FERDINANDO EMANUELE

PRIMA LETTURA DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 5/2003: IL NUOVO PROCESSO SOCIETARIO

Introduzione

A. Allo scopo di “assicurare una più rapida definizione” dei procedimenti giudiziali riguardanti il diritto societario, il diritto finanziario, il diritto bancario e il credito per le opere pubbliche, l’art. 12 della legge delega 3 ottobre 2001 n. 366 ha attribuito al legislatore delegato il compito di dettare

norme volte ad assicurare, tra l’altro: (i) “la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali”; (ii) la prevalente collegialità dell’organo giudicante; (iii) “la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l’emanazione di un provvedimento emesso all’esito di un procedimento sommario cautelare”; (iv) lo svolgimento di “un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma con il rispetto del principio del contraddittorio”; (v) “la possibilità per il giudice di operare un tentativo preliminare di conciliazione, suggerendone espressamente gli elementi essenziali”; (vi) la previsione di “uno o più procedimenti camerati”, anche mediante modifica degli artt. 737 e seguenti c.p.c.¹

In attuazione della delega, il Consiglio dei Ministri ha emanato il decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5 (intitolato *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell’art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*), contenente “una normativa pressoché autosufficiente, soltanto residualmente integrabile dalla normativa generale del codice di rito”², che entrerà in vigore il 1 gennaio 2004 e non si applicherà ai giudizi pendenti a tale data (con l’eccezione delle norme sui procedimenti cautelari in corso di causa).³

Il decreto legislativo n. 5/2003 (di seguito definito, per brevità, il “Decreto”) assume ulteriore rilievo perché detta disposizioni rispondenti ai criteri direttivi contenuti nel disegno di legge di riforma “urgente” del codice di procedura civile (d.d.l. n. 2229/C/XIV) elaborato dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati presieduta dal Prof. Romano Vaccarella. Come rilevato dai primi commentatori, il Decreto costituisce un vero e proprio “banco di prova” della riforma dell’intero processo civile⁴.

prima lettura), in Foro It., 2003, V, pag. 1 e ss.; SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 287 e ss.; SASSANI, *Considerazioni sul nuovo processo societario*, in www.judicium.it; SASSANI-TISCINI, *Il nuovo processo societario*, in www.judicium.it; La Riforma del Diritto Societario, I procedimenti (D.

Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5), a cura di Lo Cascio, Giuffrè, Milano, 2003. Così, BALENA, *op. cit.*, pag. 1. In senso critico, Costantino, *op. cit.*, pag. 2, secondo il quale la nuova disciplina risente di un vizio genetico, essendo frutto di un’accelerazione dei tempi della riforma generale del codice di rito, “realizzata saltando non solo ogni occasione di confronto scientifico e pratico, ma anche ogni valutazione nelle sedi istituzionali”.

¹ Sulla legge delega n. 366/2001, cfr., tra gli altri, RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, relazione al Convegno organizzato dall’Associazione italiana dei costituzionalisti, dall’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile e dall’Associazione fra gli studiosi del processo penale, nei giorni 14-16 novembre 2002, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma “La Sapienza”; VACCARELLA, *Risposta a Claudio Consolo, Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corriere Giuridico* 12/2002, pp. 1541 e ss., in www.judicium.it.

² Si veda la *Relazione Governativa al Decreto Legislativo 5/2003* (di seguito definita, per brevità, la “Relazione”), in Guida al Diritto, Aprile 2003, dossier mensile n. 4, pag. 109 e ss.

³ Per i primi commenti sul decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5, cfr. BALENA, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, in www.judicium.it; CARRATTA, *Riflessioni “a prima lettura” sui riti per le controversie societarie e finanziarie*, in www.judicium.it; COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in www.judicium.it; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a*

B. Il Decreto disciplina i seguenti procedimenti: (i) un procedimento ordinario di cognizione; (ii) un procedimento sommario di cognizione; (iii) un procedimento di appello; (iv) un procedimento cautelare, *ante causam* o in corso di causa; (v) un procedimento in camera di consiglio, nei confronti di una o più parti; (vi) un procedimento arbitrale; (vii) un procedimento di conciliazione stragiudiziale. Il procedimento arbitrale e quello di conciliazione stragiudiziale saranno esaminati in un articolo da pubblicare su uno dei prossimi numeri di questa *Rivista*.

Il legislatore delegato ha seguito diverse tecniche normative: da un canto, oltre ad un vero e proprio rito speciale per il giudizio a cognizione piena, ha introdotto nuovi *tipi* di procedimenti che presentano delle analogie con procedimenti contemplati dal codice di rito (si pensi al procedimento sommario di cognizione che, pur differenziandone sotto vari profili, ricorda quello monitorio); dall'altro, ha utilizzato dei modelli procedurali previsti dal codice di rito, apportandovi però significative modifiche (si pensi ai procedimenti cautelari ed a quelli in camera di consiglio).

C. Per completezza, occorre anche ricordare che il decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 6, nell'ambito della generale riforma del diritto societario, ha introdotto numerose modifiche alla disciplina sostanziale riguardante le *azioni* esercitabili in materia. Considerata la rilevanza che assumono in un'analisi incentrata sulla disciplina processuale, quindi, sembra opportuno richiamare sinteticamente alcune di queste modifiche.

In primo luogo, sono state apportate modifiche al codice civile volte ad introdurre *nuove* azioni. Si pensi, ad esempio, all'art. 2497, che introduce l'azione di responsabilità nei confronti delle società o degli enti che esercitano "*attività di direzione e coordinamento di società*", estendendo la relativa legittimazione passiva a coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo o ne abbiano consapevolmente tratto beneficio; all'art. 2377, comma 3, che consente ai soci, non legittimati ad impugnare la deliberazione assembleare in quanto privi del numero di azioni con diritto di voto richiesto dal comma 2, di esercitare l' "*azione di risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della stessa deliberazione assembleare alla legge o allo statuto*"; all'art. 2388, comma 4, che codifica la legittimazione dei soci ad impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione "*lesive dei loro diritti*" (con applicazione degli artt. 2377 e 2378).

In secondo luogo, è stata *estesa la legittimazione attiva e passiva* all'esercizio di azioni previste dal codice civile (anche in conseguenza dell'introduzione di nuovi organi di gestione e di controllo). Si pensi, ad esempio, all'art. 2393-*bis*, che estende ai soci delle s.p.a., titolari di almeno un quinto del capitale sociale (o della minore percentuale statutariamente prevista), la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo, agendo come "sostituti processuali" della società *ex art. 81 c.p.c.*⁵; all'art. 2377, comma 2, che limita la legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni assembleari annullabili, riconoscendola ai soci in possesso di diritti di voto con riferimento alla deliberazione rappresentativi di almeno un ventesimo del capitale sociale (o l'un per mille nelle società quotate); all'art. 2409, comma 1, che ha abbassato ad un ventesimo del capitale sociale il *quorum* necessario per la denuncia di gravi irregolarità al tribunale nelle società con azioni diffuse in maniera rilevante.

In terzo luogo, sono stati *modificati i presupposti e/o gli effetti di alcune azioni* previste dal codice civile. Si pensi, ad esempio, all'art. 2379, secondo cui l'impugnazione della deliberazione assembleare nulla può essere proposta, in deroga all'art. 1422 c.c., entro tre anni dall'iscrizione o dal deposito nel registro delle imprese (se vi è soggetta) o dalla trascrizione nel libro delle adunanze delle

⁵ Legittimazione già prevista dall'art. 129 del Testo Unico della Finanza in favore dei soci di società quotata, se in possesso di una partecipazione pari ad almeno un ventesimo del capitale sociale ed iscritti al libro soci da almeno sei mesi.

assemblee, ferma restando l'impugnabilità senza limiti di tempo delle deliberazioni "che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili"; all'art. 2393, comma 2, secondo cui l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori può essere deliberata in occasione della discussione del bilancio, anche se non indicata nell'ordine del giorno, in relazione a "fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio"; all'art. 2393, comma 3, che assoggetta l'azione di responsabilità dell'amministratore al termine di cinque anni "dalla cessazione della carica" (in deroga al combinato disposto degli artt. 2935 e 2949 c.c. sulla prescrizione dei diritti nascenti da rapporti societari); all'art. 2434-bis secondo cui l'impugnazione della deliberazione assembleare di approvazione del bilancio non può essere proposta "dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo"; all'art. 2409 che consente la denuncia al tribunale di gravi irregolarità "nella gestione che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate".

I. Ambito di applicazione (art. 1)

I.1 Le controversie oggetto del Decreto

Come richiesto dall'art. 12 della legge delega, l'ambito di applicazione del Decreto è particolarmente ampio, ricomprendendo tutte le controversie societarie, le controversie relative a molte delle materie contemplate dal Testo Unico della Finanza, le controversie tra banche e tra banche ed associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio, le controversie in materia di credito per le opere pubbliche e quelle connesse alle precedenti ex artt. 31-36 c.p.c.

Quanto alle controversie societarie, cui è dedicato questo scritto, occorre segnalare anzitutto l'estensione della nuova disciplina alle società di persone (che, invece, non rientrano nell'ambito di applicazione del citato decreto legislativo n. 6/2003), incluse le società di fatto.

L'art. 1, n. 1, lettere a), b) e c), del Decreto adotta una formulazione onnicomprensiva, ricomprendendovi le controversie relative a:

- a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative;
- b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile".

Anche con riguardo alle controversie relative al Testo Unico della Finanza è stata adottata una formulazione ampia, sebbene il legislatore delegato si sia avvalso della possibilità di operare una selezione riservatagli dalla legge delega. Sono soggette alla nuova disciplina ex art. 1, n. 1, lett. d), tutte le controversie riguardanti "rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di rapporti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa". Sebbene non si faccia riferimento alla normativa sulle società quotate, deve ritenersi che le controversie riguardanti queste ultime rientrino nell'ambito di applicazione del Decreto in quanto comprese nelle precedenti lettere dello stesso art. 1.

Relativamente alle controversie riguardanti le banche, è stato seguito un criterio soggettivo, ricomprendendovi quelle in cui le parti si trovino in condizione di sostanziale parità (come rilevato nel parere del Consiglio Superiore della Magi-

stratura in data 12 dicembre 2002). Ad esempio, quindi, sono esclusi dall'ambito di applicazione del Decreto i procedimenti monitori e i relativi procedimenti di opposizione che coinvolgano una banca ed un cliente; vi rientra, invece, l'azione inibitoria in tema di condizioni generali di contratto ex art. 1469 c.c. promossa da un'associazione di consumatori⁶.

Nei giudizi oggetto del Decreto, il tribunale giudicherà in composizione collegiale, con l'eccezione dei giudizi riguardanti le banche che non siano stati promossi da associazioni rappresentative di consumatori o da camere di commercio. Inoltre, qualora una causa rientrante nell'ambito di applicazione del Decreto venga introdotta in una forma diversa da quelle ivi previste, il giudice disporrà il mutamento del rito e la cancellazione della causa dal ruolo con ordinanza (art. 1, comma 5).

1.2 La riserva di giurisdizione

Il secondo comma dell'art. 1 del Decreto dispone che "restano ferme tutte le norme sulla giurisdizione", riferendosi essenzialmente alla giurisdizione in materia di pubblici servizi, che comprende anche gli atti delle autorità di vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare, come la Banca d'Italia e la Consob.

È stata altresì confermata la competenza della corte di appello in unico grado con riguardo a determinate controversie, tra cui quelle di opposizione alle sanzioni amministrative previste dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia nonché, sebbene non espressamente menzionate, quelle previste dalla legge n. 287/90 in tema di tutela della concorrenza⁷.

II. Il giudizio ordinazione di cognizione (artt. 2-18)

II.1 Considerazioni generali

Come accennato, il Decreto introduce un rito "speciale" a cognizione piena, che si affianca al rito ordinario previsto dagli artt. 163 e ss. del codice di procedura civile ed a cui saranno applicabili le norme contenute in quest'ultimo soltanto al fine di colmare eventuali lacune ed "in quanto compatibil". Trattasi di un rito innovativo che, oltre ad esprimere una nuova concezione dei ruoli dell'avvocato e del giudice nell'impostazione e nello svolgimento della causa, prevede una particolare commistione tra le funzioni del giudice monocratico e quelle del collegio.

Il procedimento a cognizione piena disciplinato dal Decreto si articola sostanzialmente in due fasi:

- (i) **una fase preparatoria o introduttiva**, nella quale il contraddittorio si svolge tra le parti, *senza l'intervento del giudice*, attraverso lo scambio di atti finalizzati alla definizione delle rispettive posizioni difensive;
- (ii) **una fase di discussione e di decisione collegiale**, tendenzialmente concentrata in una sola udienza, il cui inizio è rimesso, entro determinati limiti temporali, alla decisione della parte interessata a porre fine alla fase preparatoria, tramite la notifica all'altra dell'istanza di fissazione di udienza ed il deposito della stessa in cancelleria.

Come nell'esperienza applicativa del vigente procedimento di cognizione alla materia societaria, così nella futura applicazione del rito speciale previsto dal

⁶ Sull'applicazione del Decreto alle controversie in materia finanziaria ed a quelle riguardanti le banche, cfr. la *Relazione*, in Guida al Diritto, cit., pag. 109. Vedi anche CRUGNOLA, *Le attività del giudice nel nuovo "processo societario" di cognizione di primo grado: fissazione dell'udienza, istruzione, fase decisoria*, in *Le Società*, n. 6, 2003, pag. 781 e ss.; COSTANTINO, *op. cit.*, pagg. 3-4 e 11-12; SANTOSUOSSO, *op. cit.*, pagg. 290-291; TRICOMI, *Corsia preferenziale per processi più rapidi*, in Guida al Diritto, cit., pag. 121 e ss.; TRISORIO LIUZZI, *Il nuovo rito societario: il procedimento di primo grado davanti al tribunale*, in www.judicium.it, pagg. 6 e 7.

⁷ In tal senso, COSTANTINO, *op. cit.*, pag. 4, il quale sottolinea altresì che la legge delega ha espressamente escluso qualsiasi modifica dei criteri di competenza per materia e per territorio.

Decreto, il concreto svolgimento dell'iter processuale dipenderà anche dalla natura della causa. In proposito, appare ragionevole raggruppare il contenzioso societario in tre tipi di cause:

- *cause documentali o di puro diritto*, che non richiedono attività istruttoria (tra cui, quelle aventi ad oggetto le impugnazioni delle deliberazioni assembleari e le controversie relative a patti parasociali o ad altri contratti);
- *cause la cui decisione richiede lo svolgimento di una consulenza tecnica o contabile* (tra cui, quelle aventi ad oggetto le impugnazioni delle deliberazioni di approvazione del bilancio, le controversie relative al recesso del socio ed alla liquidazione della quota nonché le controversie riguardanti il trasferimento delle partecipazioni societarie o altri diritti ad esse inerenti);
- *cause la cui decisione richiede l'assunzione di prove costituenti* (tra cui, quelle aventi ad oggetto le azioni di responsabilità contro gli organi di gestione e/o di controllo).

II.2 La fase introduttiva: lo scambio degli atti difensivi

La fase introduttiva del procedimento ordinario di cognizione è basata sull'intenzione di riservare al giudice soltanto il compito di giudicare; a tal fine, la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* è rimessa esclusivamente alle parti prima della fissazione dell'udienza, mentre il giudice interviene in un momento successivo con l'esercizio dei poteri di disciplina della discussione e di decisione.

In sintesi, sono previsti i seguenti scambi di atti difensivi: (i) un *primo* scambio (atto di citazione e comparsa di risposta); (ii) un *secondo* scambio (memoria di replica dell'attore e seconda memoria difensiva del convenuto); (iii) un *terzo* scambio (ulteriore replica dell'attore e memoria di controreplica del convenuto); (iv) *ulteriori* scambi nel termine massimo fissato dall'art. 7, comma 3, del Decreto.

Il grafico alla pagina seguente descrive gli scambi di atti difensivi nella fase introduttiva.⁸

Dopo il primo scambio, ciascuna parte può replicare oppure interrompere la fase introduttiva tramite la notifica dell'istanza di fissazione di udienza nei quindici giorni successivi alla notificazione dell'atto cui non intenda replicare. Trattasi di una facoltà che dovrebbe attribuire ulteriore rilievo al ruolo dell'avvocato nell'impostazione del giudizio, imponendogli complesse scelte strategiche ed esaltandone le capacità di lettura della situazione processuale. Come indicato nella Relazione allo schema di legge delega per la riforma del codice di rito, si tratta di un meccanismo di introduzione della causa "che fa leva sulla responsabile valutazione dei difensori e che stimola alla completezza degli scritti difensivi – senza rigidamente imporla ab externo, come le attuali preclusioni – nella dialettica tra le parti: così tutelando l'interesse ad una sollecita decisione e impedendo che la parte a ciò interessata possa far prevalere il suo intento dilatorio".⁹

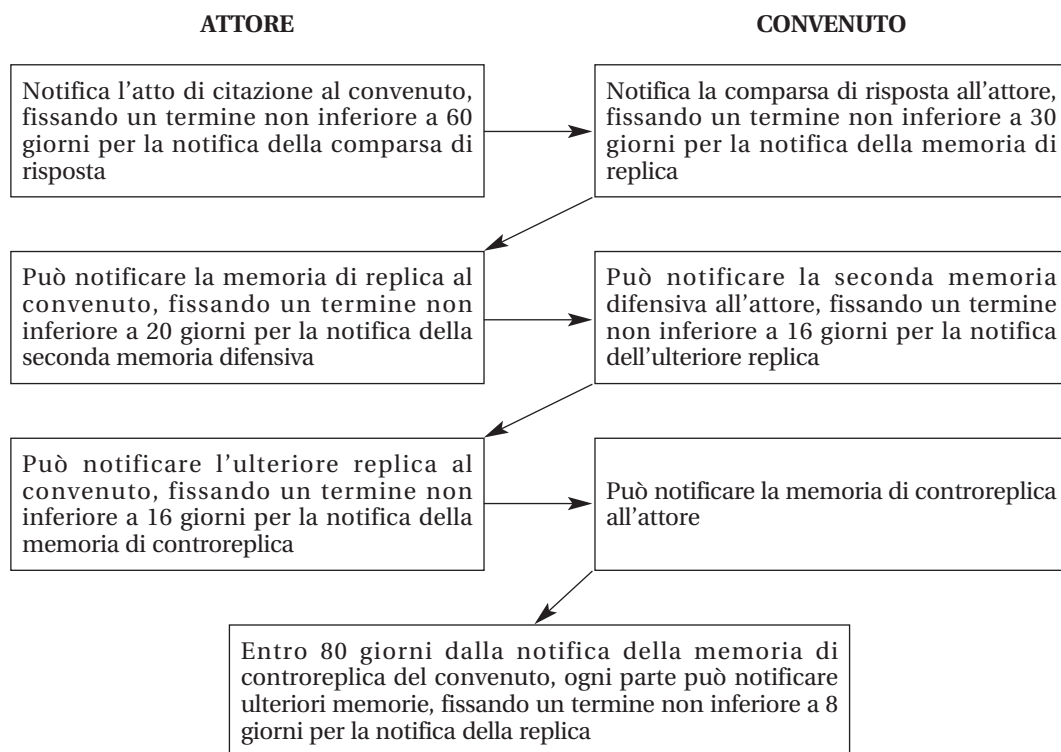
La fase preparatoria della causa, tuttavia, può durare oltre sei mesi qualora ciascuna parte decida di non interrompere la descritta sequenza di scambi e repliche ad ogni atto avversario.

secondo può essere effettuato "fino al deposito dell'istanza di fissazione di udienza", ma l'interveniente non può compiere atti che non siano consentiti alle parti originarie, salvo che il giudice lo rimetta in termini ove ritenga fondata la deduzione del

dolo o della collusione delle altre parti in suo danno. Anche in tal caso, la costituzione avviene con deposito in cancelleria di una comparsa notificata alle altre parti.

⁹ In http://www.giustizia.it/ministro/com-stampa/XIV_leg/

⁸ Tale grafico non tiene conto del possibile intervento di terzi, anch'esso oggetto di apposite disposizioni. In particolare, in linea con l'esigenza di concentrazione espressa dalla legge delega, gli artt. 14 e 15 del Decreto dettano una diversa disciplina per l'intervento volontario autonomo e per l'intervento volontario dipendente (rispettivamente previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 105 c.p.c.). Il primo, salvo che sia effettuato per l'integrazione necessaria del contraddittorio o per ordine del giudice *ex art.* 107 c.p.c., "non può avere luogo oltre il termine previsto per la notifica da parte del convenuto della comparsa di risposta". L'interveniente deve costituirsi nelle forme previste per la costituzione del convenuto e, inserendosi nella descritta serie di scambi di atti, fissa alle altre parti un termine per la replica non inferiore a trenta e non superiore a novanta giorni dalla notificazione della comparsa di intervento. Il



II.2.1 Il primo scambio: atto di citazione e comparsa di risposta. La costituzione delle parti (artt. 2-5)

A. L'attore. Il giudizio ordinario inizia con la notifica di un *atto di citazione*, il cui contenuto presenta le seguenti differenze rispetto al modello disciplinato dall'art. 163 c.p.c.:

non contiene l'indicazione della data della prima udienza né l'avvertimento relativo alle conseguenze della mancata costituzione del convenuto; fissa al convenuto un termine "*non inferiore a sessanta giorni dalla notificazione della citazione, per la notifica al difensore dell'attore della comparsa di risposta*";¹⁰ indica il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica del difensore dell'attore. Entro dieci giorni dalla notifica dell'atto di citazione (o, in caso di più convenuti, dall'ultima notificazione), l'attore deve costituirsi in giudizio, depositando in cancelleria la nota di iscrizione a ruolo e il fascicolo contenente l'originale o la copia della citazione, la procura e i documenti offerti in comunicazione. In difetto, una volta costituitosi, il convenuto può eccepire l'estinzione del giudizio e depositare l'istanza di fissazione di udienza al solo fine di ottenere il provvedimento di estinzione (art. 13, comma 1). Dopo la costituzione dell'attore, il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio (in cui inserirà tutti gli atti e i documenti man mano depositati dalle parti), ma la causa non viene assegnata ad un giudice prima del deposito dell'istanza di fissazione di udienza, pur essendo pendente sin dalla notifica dell'atto di citazione *ex art.* 39 c.p.c.

B. Il convenuto. Entro sessanta giorni dalla notifica dell'atto di citazione, il convenuto notificherà all'attore una *comparsa di risposta*, dal contenuto corrispondente a quello richiesto dall'art. 167 c.p.c., con

¹⁰ Disposizione da leggere in combinato disposto con l'art. 17, secondo cui alle notificazioni e comunicazioni può procedersi mediante trasmissione via fax o per posta elettronica, nel rispetto della normativa sulla sottoscrizione o trasmissione dei documenti informatici o telematici, oltre che con biglietto di cancelleria *ex art.* 136 c.p.c. o con scambio diretto tra difensori attestato da sottoscrizione sull'originale per ricevuta.

¹¹ Sull'insussistenza, nel nostro ordinamento, di un principio che vincoli la parte alla contestazione specifica di ogni fatto allegato dall'altra parte, cfr., da ultimo, Cass., sez. III, 28.2.2002 n. 2959, secondo cui, perché un fatto allegato da una parte possa considerarsi "pacifico" ed essere posto a fondamento della decisione ancorché non provato, non è sufficiente la mancata contestazione, occorrendo invece che lo stesso sia esplicitamente ammesso dalla controparte, ovvero che quest'ultima, pur non contestandolo in modo specifico, abbia impostato il proprio sistema difensivo su circostanze ed argomentazioni logicamente incompatibili con il suo disconoscimento.

II.2.2 Il secondo scambio: la memoria di replica e la seconda memoria difensiva del convenuto (artt. 6-7)

l'aggiunta del "termine non inferiore a trenta giorni dalla notificazione della stessa comparsa per eventuale replica" nonché dell'indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica del difensore.

Nei dieci giorni successivi alla notifica della comparsa di risposta, il convenuto deve costituirsi in giudizio, depositando il proprio fascicolo contenente la comparsa stessa, la copia dell'atto di citazione notificatagli, la procura e i documenti offerti in comunicazione.

Con una formula di rottura rispetto alla nostra tradizione processuale, la contumacia del convenuto (derivante dalla mancata o tardiva notificazione della comparsa di risposta seguita dal deposito dell'istanza di fissazione di udienza ad opera dell'attore) è equiparata ad una *ficta confessio*, che rende incontestati i fatti affermati nell'atto di citazione, con la conseguenza che il tribunale dovrà decidere sulla domanda in base alla relativa "concludenza" (pur potendo deferire il giuramento suppletorio all'attore stesso).¹¹

Inoltre, a differenza di quanto stabilito dall'art. 167, commi 2 e 3, c.p.c., non sono previste decadenze per la mancata proposizione di domande riconvenzionali nella comparsa di risposta. Il convenuto potrà proporle in un momento successivo, esponendosi però al rischio che l'attore rinunci alla facoltà di replicare e notifichi l'istanza di fissazione d'udienza.

Infine, qualora non proponga domande riconvenzionali, non richieda la chiamata in causa di terzi e non depositi nuovi documenti, il convenuto può ritardare la propria costituzione fino a dieci giorni dopo la notificazione dell'istanza di fissazione di udienza ad opera dell'attore.

A **L'attore.** Se non intende presentare l'istanza di fissazione di udienza, l'attore può notificare una *memoria di replica* al convenuto e depositare documenti entro il termine fissato nella comparsa di risposta, assegnando al convenuto medesimo un "termine non inferiore a venti giorni per ulteriore memoria difensiva". L'art. 6 del Decreto dispone che, nella memoria di replica, l'attore può: "a) precisare o modificare le domande e le conclusioni già proposte; b) proporre nuove domande ed eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle difese proposte dal convenuto; c) dichiarare che intende chiamare un terzo ai sensi dell'articolo 106 del codice di procedura civile, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto; d) depositare nuovi documenti in cancelleria, ovvero formulare nuove richieste istruttorie".

Pur riproducendo parzialmente il contenuto dell'art. 183, commi 4 e 5, c.p.c. (che prevede la possibilità di definire il *thema decidendum* all'udienza di trattazione o nelle relative appendici scritte), l'art. 6 non commina alcuna decadenza. Pertanto, anche in prosieguo di giudizio, l'attore può precisare e modificare le domande già proposte, depositare nuovi documenti e proporre nuove istanze istruttorie. La memoria di replica, tuttavia, costituisce l'ultimo atto con cui esercitare le suddette facoltà processuali qualora: (i) successivamente alla notifica della stessa memoria di replica, il convenuto presenti l'istanza di fissazione di udienza; (ii) la comparsa di risposta contenga domande riconvenzionali, dato che il secondo periodo del quinto capoverso dell'art. 13 (come meglio vedremo al successivo paragrafo II.3.1) sancisce "l'inammissibilità delle eccezioni non rilevabili d'ufficio, delle allegazioni, delle istanze istruttorie proposte, nonché dei documenti depositati (...) dall'attore dopo la memoria successiva alla proposizione della domanda riconvenzionale"¹².

¹² In proposito, si veda COSTANTINO, *op. cit.*, pag. 8, il quale conclude nel senso che la memoria di replica, qualora segua la proposizione di domanda riconvenzionale, costituisce l'ultima occasione per la deduzione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi, nonché per la formulazione di istanze istruttorie ed il deposito di nuovi documenti.

B. Il convenuto. A sua volta, se non intende presentare l'istanza di fissazione di udienza, il convenuto può notificare all'attore, entro il termine fissato nella memoria di replica (o, in mancanza, nel termine di 30 giorni dalla ricezione di quest'ultima), una *seconda memoria difensiva*, contenente l'eventuale indicazione di nuovi documenti e richieste istruttorie "nonché la fissazione di un termine, non inferiore a sedici giorni dalla notificazione, per una ulteriore replica".

II.2.3 Il terzo scambio: l'ulteriore replica dell'attore e la memoria di controreplica del convenuto. Gli ulteriori scambi di memorie (art. 7, commi 2 e 3)

Qualora non vogliano porre fine allo scambio di atti difensivi tramite la notifica dell'istanza di fissazione di udienza, le parti possono notificarsi altri scritti. In particolare:

- (i) l'attore può notificare al convenuto un' *ulteriore replica* entro il termine non inferiore a sedici giorni fissato nella seconda memoria difensiva o, in mancanza, entro sedici giorni dalla notificazione di quest'ultima;
 - (ii) il convenuto può notificare all'attore una *memoria di controreplica* entro il termine non inferiore a sedici giorni fissato nell'ulteriore replica dell'attore stesso o, in mancanza, entro sedici giorni dalla notificazione di quest'ultima.
- L'art. 7, comma 3, del Decreto pone un limite temporale allo scambio di atti difensivi prima dell'udienza di discussione, prevedendo che le parti possano reciprocamente notificarsi *ulteriori memorie* finché non sia decorso "il termine massimo di ottanta giorni dalla notifica della memoria di controreplica".

II.3 La fase di discussione e di decisione (artt. 8-16)

Come accennato, il passaggio alla fase *apud iudicem* è determinato dalla notificazione e dal successivo deposito dell'istanza di fissazione di udienza (attività ulteriori rispetto all'iscrizione della causa al ruolo generale dell'adito ufficio giudiziario).

Il grafico alla pagina seguente descrive lo svolgimento del giudizio *successivamente* agli scambi degli atti difensivi delle parti.

II.3.1 L'istanza di fissazione di udienza e le note conclusive (artt. 8-11)

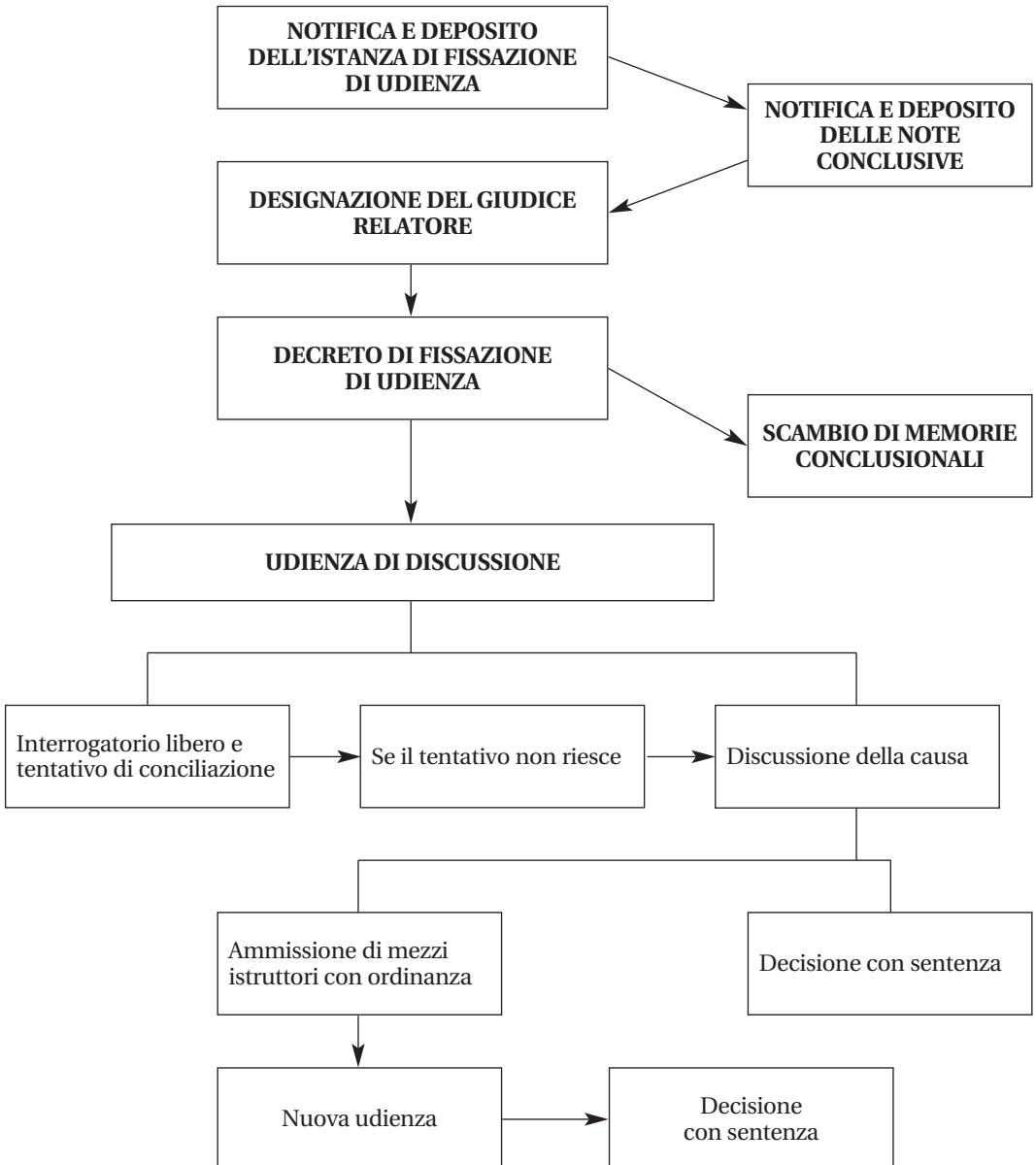
Gli artt. 8-11 del Decreto disciplinano i termini e le modalità della notificazione e del deposito dell' *istanza di fissazione di udienza*, il relativo contenuto e gli effetti ad essa riconducibili nonché le *note conclusive* che possono essere depositate dalle parti cui è stata notificata.

Il termine per la notifica dell'istanza di fissazione di udienza è di quindici giorni, con decorrenza diversa a seconda che l'iniziativa sia assunta dall'attore o dal convenuto.

Per l'attore, il termine decorre: (a) dalla data di notifica della comparsa di risposta del convenuto, se non intende avvalersi della facoltà di notificare la memoria di replica; (b) dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto, qualora quest'ultimo non si sia costituito; (c) se il convenuto ha chiamato in causa un terzo, dalla data di notifica della comparsa di risposta del terzo oppure dalla scadenza del termine per la sua costituzione; (d) dalla data di notifica dello scritto difensivo cui non intenda replicare.

Per il convenuto, il termine decorre: (a) dalla data della propria costituzione in giudizio, qualora non abbia proposto domande riconvenzionali o eccezioni in senso stretto; (b) se le ha proposte, dalla data di notifica della memoria di replica dell'attore o dalla scadenza del relativo termine; (c) se ha chiamato in causa un terzo, dalla data di notifica della comparsa di risposta del terzo stesso o dalla scadenza del relativo termine di costituzione; (d) dalla data di notifica dello scritto difensivo cui non intenda replicare.

La disciplina dei termini per la presentazione dell'istanza è volta a garantire l'effettività del contraddittorio, assicurando a ciascuna parte la possibilità di replicare qualora l'altra proponga una domanda o sollevi un'eccezione non rilevabile d'ufficio.



La notificazione dell'istanza di fissazione di udienza costituisce un momento centrale nel nuovo rito in quanto, oltre a comportare la devoluzione della causa al giudice adito, determina una generale preclusione finalizzata a consentire la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* prima dell'udienza di discussione. L'art. 10, comma 2, infatti, dispone che, "a seguito della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza, tutte le parti decadono dal potere di proporre nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio, di precisare o modificare domande o eccezioni già proposte, nonché di formulare ulteriori istanze istruttorie e depositare nuovi documenti. La decadenza può essere dichiarata soltanto su eccezione della parte interessata, da proporsi nella prima istanza o difesa successiva a norma dell'art. 157 del codice di procedura civile.". Risponde allo stesso scopo anche l'art. 9, comma 1, che disciplina il contenuto dell'istanza, prevedendo che debba "sempre contenere le conclusioni, di rito e di merito, con esclusione di ogni modificazione delle domande, nonché la definitiva formulazione delle istanze istruttorie già proposte. In mancanza, si intendono formulate le conclusioni di cui al primo atto difensivo dell'istante".

¹³ Per tutti, si veda BALENA, *op. cit.*, pag. 3, e CRUGNOLA, *op. cit.*, pag. 784.

Tuttavia, come rilevato in dottrina,¹³ non è semplice ricostruire compiutamente il sistema delle preclusioni applicabile al nuovo rito. Da una parte, come notato, l'unica espressa decadenza è comminata dal citato art. 10, comma 2, in conseguenza della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza, mentre gli artt. 2, 4, 6 e 7 elencano le iniziative difensive che la parte *deve* esercitare nei vari atti da essi rispettivamente disciplinati (atto di citazione, comparsa di risposta, memoria di replica dell'attore e seconda memoria difensiva del convenuto), senza prevedere alcuna decadenza. Pertanto, alla luce del principio di tassatività dei termini perentori *ex art.* 152, comma 2, c.p.c., si dovrebbe concludere nel senso che nessuna preclusione consegua all'inosservanza di tali norme. Dall'altra parte, però, nel disciplinare il potere di rimessione in termini esercitabile dal giudice in favore della parte che "da irregolarità procedurali abbia risentito pregiudizio nel suo diritto di difesa", l'art. 13, ult. comma, dispone che "rimane ferma l'inammissibilità, purchè eccepita, delle eccezioni non rilevabili d'ufficio, delle allegazioni, delle istanze istruttorie proposte, nonché dei documenti depositati dal convenuto dopo la seconda memoria difensiva ovvero dall'attore dopo la memoria successiva alla proposizione della domanda riconvenzionale" (si veda anche il precedente paragrafo II.2.2). L'istanza di fissazione di udienza deve essere depositata in cancelleria nei dieci giorni successivi all'ultima notificazione. Qualora le parti si siano avvalse della facoltà di presentarla congiuntamente *ex art.* 11, comma 1, ciascuna di esse può provvedere al relativo deposito.

Sono anche disciplinate le conseguenze della presentazione dell'istanza di fissazione di udienza fuori dei casi stabiliti dall'art. 8, stabilendo che la stessa "è dichiarata inammissibile, su richiesta della parte interessata depositata in cancelleria nel termine perentorio di dieci giorni dalla notifica dell'istanza, dal presidente del tribunale che, sentite le parti, provvede con decreto non impugnabile, con lo stesso provvedimento il Presidente assegna il termine per lo svolgimento delle ulteriori attività eventualmente necessarie" (art. 8, comma 5). Invece, il processo viene dichiarato estinto in caso di mancata presentazione dell'istanza di fissazione di udienza "nei quindici giorni successivi alla scadenza del termine per il deposito della memoria di controreplica del convenuto di cui all'articolo 7, comma 2, ovvero dalla scadenza del termine massimo di cui all'articolo 7, comma 3".

Nei dieci giorni successivi alla notificazione dell'istanza di fissazione di udienza, le altre parti devono "depositare in cancelleria una nota contenente la definitiva formulazione delle istanze istruttorie e delle conclusioni di merito e di rito già proposte, esclusa ogni loro modificazione. In mancanza, si intendono formulate le istanze e le conclusioni di cui al primo atto difensivo".

A questo punto, le parti hanno depositato i propri atti conclusivi, definendo le rispettive posizioni sulla materia del contendere, e la fase preparatoria può ritenersi conclusa.

11.3.2 Il decreto di fissazione di udienza (art. 12)

Dopo che il cancelliere gli abbia presentato il fascicolo di causa¹⁴, il presidente del tribunale nomina il giudice relatore, il quale deve depositare il *decreto di fissazione di udienza* entro cinquanta giorni (prorogabili per "comprovate ragioni")¹⁵.

Lungi dal costituire un mero provvedimento ordinatorio, il decreto di fissazione di udienza richiede al giudice relatore delle valutazioni dalle quali dipenderà la fruttuosità dell'udienza stessa, contenendone il programma di lavoro. In sostanza, il nuovo rito prevede un'ulteriore fase preparatoria affidata ad un giudice *monocratico*, il quale è dotato di specifici poteri in funzione della discussione e della decisione *collegiale*.

Ai sensi dell'art. 12, comma 3, il decreto di fissazione di udienza deve contenere "a) la fissazione dell'udienza collegiale che deve tenersi non prima di dieci e non oltre trenta giorni dalla comunicazione del decreto stesso; b) l'ammissione di mezzi istruttori disponibili d'ufficio o dei mezzi di prova richiesti dalle parti, nonché la succinta esposizione delle ragioni di inammissibilità o irrilevanza delle istanze istruttorie; c) l'indicazione delle questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio; d) l'invito alle parti, ove appaia opportuno, a comparire personalmente all'udienza per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione, nonché, ove taluna di esse abbia dichiarato le condizioni alle quali sia disposta a conciliare, l'invito alle altre parti a prendere all'udienza esplicita posizione sulle stesse; e) l'invito alle parti a depositare, almeno cinque giorni prima dell'udienza, memorie conclusionali, anche indicando le questioni bisognose di trattazione; f) il deferimento del giuramento suppletorio a norma dell'articolo 13, comma 2".

Onde evitare "tempi morti"¹⁶, quindi, vengono concentrate in un unico provvedimento quelle attività di trattazione della causa per il cui svolgimento il codice di rito prevede varie udienze. Secondo alcuni commentatori, tuttavia, è dubbio che la scelta compiuta dal legislatore garantisca un effettivo snellimento dell'iter procedurale, in quanto la concentrazione di molteplici decisioni in un unico provvedimento può comportare un appesantimento del ruolo del giudice e, soprattutto, la necessità di esaminare questioni preliminari di merito o di rito in un momento in cui le parti hanno già definito le rispettive posizioni difensive (ed in cui, a rigore, non potrebbe riaprirsi il contraddittorio)¹⁷. A causa del ritardato ingresso del giudice sulla scena, cioè, è concreto il rischio che le parti debbano ricominciare la fase introduttiva o, almeno, rivedere e modificare le posizioni assunte all'esito della stessa.

A ciò aggiungasi che l'art. 12 disciplina altresì le ipotesi di anomalo svolgimento della fase preparatoria, disponendo che il giudice relatore: con ordinanza non impugnabile, dichiara l'interruzione del processo; con ordinanza reclamabile, dichiara l'estinzione del processo, su eccezione di parte; con decreto, assegna i termini per regolarizzare la costituzione ex art. 182 c.p.c., in caso di difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione; con decreto, rilevata la nullità della notificazione della citazione al convenuto, assegna all'attore il termine per la relativa rinnovazione; con decreto, rilevata l'esigenza di integrare il contraddittorio ex artt. 102 e 107 c.p.c., assegna i termini per provvedere alle notificazioni nei confronti dei litisconsorti e dei terzi cui ritiene comune la causa.

¹⁴ L'art. 12, comma 1, dispone che, decorsi dieci giorni dal deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza, il cancelliere, nei tre giorni successivi, forma il fascicolo contenente tutti gli atti e documenti depositati dalle parti e lo presenta senza indugio al presidente.

¹⁵ Il decreto deve essere comunicato alle parti costituite a cura del cancelliere.

¹⁶ Così, Sassani, *op. cit.*, pag. 4.

¹⁷ Cfr. Crugnola, *op. cit.*, pag. 786.

II.3.3 L'udienza di discussione e la decisione (art. 16)

A Il percorso finora descritto è destinato a confluire nell'*udienza di discussione*, disciplinata dall'art. 16 del Decreto, che dovrebbe costituire l'ultimo passaggio procedimentale prima della decisione della causa (pur essendo possibile che sia seguita da altre udienze per la complessità dell'eventuale istruttoria, per la natura della controversia o per altre ragioni).

Svolgendosi dinanzi al collegio successivamente al completamento delle attività rimesse al giudice monocratico, tale udienza richiede un attento lavoro di raccordo e coordinamento tra questi due organi, potendosi profilare problemi procedurali allo stato non integralmente prevedibili ed a cui solo l'esperienza applicativa potrà dare adeguate risposte. A grandi linee, è previsto che si succedano le seguenti attività:

- (i) se nessuna parte costituita compare, il tribunale ordina la cancellazione della causa dal ruolo;
- (ii) se il decreto di fissazione di udienza contiene l'invito alle parti a comparire personalmente, *il giudice* procede all'interrogatorio libero e, se la natura

della causa lo consente, al tentativo di conciliazione ("*eventualmente proponendo soluzioni di equa composizione della controversia*")¹⁸

(iii) se il tentativo di conciliazione non ha esito positivo, i difensori delle parti procedono alla discussione della causa, con la direzione del presidente del collegio (il quale può consentire brevi repliche);

(iv) all'esito della discussione, il tribunale conferma o revoca, in tutto o in parte, il decreto di fissazione di udienza con ordinanza;

(v) emessa tale ordinanza, il tribunale procede all'assunzione dei mezzi istruttori ritenuti necessari o la delega al giudice relatore, fissando una nuova udienza di discussione nei trenta giorni successivi

all'assunzione stessa;

- (vi) se non dispone che vengano assunti mezzi istruttori, il tribunale decide la causa in camera di consiglio con sentenza, anche ai sensi dell'art. 187, commi 2 e 3, c.p.c.

Allo scopo di conferire maggiore rilievo al tentativo di conciliazione (raramente esperito in modo proficuo all'udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c.*) è altresì volta sia la previsione che gli atti conclusivi possano contenere le condizioni alle quali ciascuna parte "*sarebbe disposta a conciliare la lite*" (senza pregiudicare la decisione della causa), sia l'attribuzione al Tribunale del potere di porre le spese di lite "*a carico della parte vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative*".

Conclusa la discussione, quindi, il collegio dovrà prendere posizione sulle determinazioni del giudice relatore contenute nel decreto di fissazione di udienza e, in particolare, dovrà stabilire se il giudizio debba continuare in altra udienza per l'espletamento dei mezzi istruttori ritenuti necessari.¹⁹

B. Secondo l'art. 5, comma 2, all'esito dell'udienza di discussione (o di quella successiva all'assunzione dei mezzi istruttori), il collegio decide la causa in camera di consiglio con sentenza "*emessa a norma dell'art. 281 sexies cpc*", ovvero "*dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*". Tuttavia, "*in caso di particolare complessità della controversia, il collegio può disporre, con ordinanza della quale dà lettura in udienza, che la sentenza sia depositata nei trenta giorni successivi alla discussione orale*". Coerentemente con la riduzione a trenta giorni del termine (non perentorio) per il relativo deposito, la stessa norma prevede che la sentenza possa "*essere motivata in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento a precedenti conformi*".

¹⁸ Ai sensi dell'art. 16, comma 2, se il tentativo di conciliazione riesce, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo anche per la consegna di cose mobili o il rilascio di immobili nonché per l'esecuzione di obblighi di fare e non fare.

¹⁹ Il rinvio ad altra udienza sembra possibile, se non necessario, in almeno un'altra ipotesi non espressamente contemplata dall'art. 16. Non sembra, infatti, che possa negarsi al collegio il potere di indicare questioni rilevabili d'ufficio non previste dal decreto di fissazione di udienza né alle parti il diritto di precisare le proprie posizioni sulla materia del contendere così ampliata.

II.3.4 L'appello (artt. 20-22)

Il Decreto non ha dettato un'innovativa disciplina per il giudizio di appello (cui saranno, quindi, applicabili gli artt. 341 e ss. del codice di rito) in quanto, come affermato nella *Relazione*, “nessuna cogenza logica sta a imporre il rimodellamento dell'impugnazione di merito sul tipo processuale disegnato per la decisione della controversia in primo grado”.²⁰ Sono state apportate solo alcune modifiche alla disciplina generale, prevedendo espressamente l'inammissibilità dell'atto di citazione qualora non contenga “specifiche censure nei confronti della sentenza impugnata”, l'ammissibilità dell'intervento adesivo e la possibilità che le parti concordino sul ricorso in cassazione *per saltum* con atto scritto “anteriore alla sentenza”.

²⁰ Cfr. la *Relazione*, in Guida al Diritto, *cit.*, pag. 111.

III. II procedimento sommario di cognizione (art. 19)

A. Come accennato, l'art. 12 della legge delega ha attribuito al Governo il compito di introdurre anche delle forme semplificate di tutela giudiziaria, tra cui “un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma con il rispetto del principio del contraddittorio, che conduca all'emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo di efficacia di giudicato”.²¹

Il Decreto ha, quindi, delineato un procedimento sommario di cognizione finalizzato ad una più celere definizione delle controversie di agevole soluzione grazie ad una struttura semplificata. Trattasi di un procedimento, recante apparenti affinità e significativi elementi differenziali rispetto a quello monitorio, che offre all'interessato un'importante alternativa: se intende ottenere un titolo esecutivo idoneo al giudicato *ex art.* 2909 c.c., dovrà ricorrere al giudizio ordinario; se, invece, mira soltanto a conseguire un titolo esecutivo e non è interessato alla stabilità dell'accertamento giurisdizionale tipica del giudicato, potrà avvalersi del procedimento in esame.²²

L'inattitudine al giudicato della decisione con cui il procedimento si conclude costituisce un primo elemento differenziale rispetto al decreto ingiuntivo.

B. L'ambito di applicazione del procedimento sommario di cognizione è più limitato rispetto a quello del giudizio a cognizione piena, ricomprendendo soltanto le controversie di cui all'art. 1 del Decreto “che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, anche se non liquida, ovvero la consegna di cosa mobile determinata” (tra cui, ad esempio, la consegna di certificati azionari o di altro documento).

L'estensione alle richieste di pagamento di somme non liquide costituisce un secondo elemento differenziale rispetto al procedimento monitorio. Inoltre, pur tendendo alla condanna al pagamento di somme di denaro, le azioni di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e controllo della società non possono essere esercitate nel procedimento sommario in quanto, per la sua struttura semplificata, quest'ultimo è stato ritenuto incompatibile con azioni che presuppongano accertamenti complessi.

Come altri procedimenti previsti dal Decreto, anche il procedimento sommario di cognizione può confluire nel giudizio ordinario. Infatti, una volta depositato il ricorso nella cancelleria del Tribunale competente, il giudice (monocratico) fissa l'udienza di comparizione delle parti (dieci giorni prima della quale il convenuto dovrà costituirsi) e, all'esito dell'udienza, può assumere le seguenti decisioni: se “ritiene sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto”, emette ordinanza di condanna immediatamente esecutiva;

se, invece, ritiene che “l'oggetto della causa e le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria, assegna all'attore [rectius: ricorrente] i termini di cui all'art. 6 del presente decreto”.

²¹ Sul procedimento sommario di cognizione disciplinato dall'art. 19 del Decreto, cfr. CATALDI, *La riforma del diritto societario: il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it; CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in www.judicium.it; SALETTI, *Il Procedimento sommario*, in www.judicium.it; TISCINI, *Procedimento sommario di cognizione, procedimento cautelare, procedimenti camerali, conciliazione*, in www.judicium.it; TRICOMI, *Procedura semplificata simile a référé francese*, in Guida al Diritto, *cit.*, pag. 130 e ss.;
²² In tal senso, TISCINI, *op. cit.*, pag. 2.

Nel secondo caso, cioè, al fine di consentire la prosecuzione del giudizio nelle forme ordinarie, il giudice assegna al ricorrente il termine per la notificazione della memoria di replica al convenuto (vedi il precedente paragrafo II.2.2), mentre il ricorso e la comparsa di risposta depositati dalle parti nel procedimento sommario terranno luogo degli atti introduttivi del giudizio a cognizione piena, che potrà così proseguire con gli altri scambi di atti difensivi sopra descritti.

Pertanto, il procedimento sommario si convertirà nel giudizio ordinario qualora il convenuto sollevi contestazioni serie, che richiedano complesse valutazioni o comportino un ampliamento dell'oggetto del contendere incompatibile con le caratteristiche di tale procedimento (come nel caso in cui il convenuto proponga domande riconvenzionali che non rientrino nel relativo ambito di applicazione).

Inoltre, la mancanza di prova scritta a sostegno delle domande del ricorrente non è motivo di rigetto del ricorso, mentre l'ordinanza che conclude il procedimento sommario può essere impugnata nelle forme del giudizio di appello, non essendo invece previsto un autonomo procedimento di opposizione (ulteriori elementi differenziali rispetto al procedimento monitorio).

IV. II procedimento cautelare (artt. 23-24)

Nell'intenzione del legislatore, il nuovo procedimento cautelare risponde all'esigenza di definire celermente le controversie in materia, onde evitare che una decisione resa a distanza di molto tempo dall'introduzione del giudizio e dai fatti oggetto dello stesso possa avere effetti pregiudizievole per la vita societaria.

Il Decreto ha mantenuto la distinzione tra procedimenti *ante causam* ed in corso di causa, ricordando la relativa disciplina alla nuova struttura del giudizio ordinario di cognizione. Inoltre, come si legge nella *Relazione*, "con l'occasione, si è dettata una disciplina volta a risolvere talune incertezze (non di rado foriere di allungamenti notevoli degli itinerari procedurali) sorte in relazione al vigente procedimento cautelare uniforme"²³.

Per completezza, è opportuno ricordare che, in materia societaria, l'intervento del giudice in funzione cautelare è generalmente sollecitato al fine di ottenere i seguenti provvedimenti: la sospensione delle impugnate deliberazioni assembleari ex art. 2348 c.c.; il sequestro conservativo dei beni degli organi di gestione e controllo, a garanzia della fruttuosità della sentenza di condanna al risarcimento dei danni emessa nei loro confronti all'esito del giudizio di merito; il sequestro giudiziario delle partecipazioni sociali in funzione della fruttuosità della sentenza di merito relativa alla titolarità o al possesso delle stesse; ordinanze ex art. 700 c.p.c. nelle controversie riguardanti le società di persone (non essendo ad esse applicabile la denuncia di gravi irregolarità ex art. 2409 c.c.) ed in controversie di varia natura che coinvolgono società di capitali.

²³ Oltre alla stabilizzazione della misura cautelare in caso di mancato inizio o di estinzione del giudizio di merito ed alle altre modifiche indicate nel testo del presente scritto, l'art. 23 (i) impone, in deroga all'art. 669 *octies* c.p.c., la liquidazione delle spese di lite anche in caso di accoglimento del ricorso, (ii) attribuisce al giudice "che ha provveduto sull'istanza cautelare" la competenza per la revoca o la modifica del provvedimento qualora il giudizio di merito non venga instaurato e (iii) individua nella comunicazione del provvedimento cautelare il *dies a quo* per la decorrenza del termine relativo alla proposizione del reclamo.

IV. I II procedimento ante causam (art. 23)

La principale novità consiste nella permanenza degli effetti del provvedimento reso *ante causam* anche nell'ipotesi in cui il giudizio di merito non venga iniziato o si estingua, in attuazione dell'art. 12 della legge delega che aveva attribuito al legislatore delegato il compito di prevedere "la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l'emanazione di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare in relazione alle controversie nelle materie di cui al comma 1, con la conseguente definitività degli effetti prodotti da detti provvedimenti, ancorché gli stessi non acquistino efficacia di giudicato in altri eventuali giudizi promossi per finalità diverse". Nelle materie oggetto del Decreto, quindi, non si applica l'art. 669-*novies* c.p.c.,

che prevede la perdita di efficacia del provvedimento cautelare qualora il giudizio di merito non venga iniziato nel termine stabilito o si estingua successivamente. Secondo la dottrina maggioritaria, l'eliminazione del nesso di strumentalità tra cautela e merito conseguente alla descritta modifica riguarderebbe solo i provvedimenti "anticipatori" (il cui contenuto anticipa gli effetti della decisione di merito) e non quelli "conservativi" (volti alla conservazione di una determinata situazione fattuale o giuridica nelle more della decisione di merito): ad esempio, nell'ipotesi di mancato inizio del giudizio di merito, un'inibitoria o altro provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. dovrebbe rimanere efficace in quanto, generalmente, soddisfa in via anticipata l'esigenza di tutela del richiedente e rende sostanzialmente inutile tale giudizio; invece, un sequestro conservativo o giudiziario diverrebbe inefficace, in quanto meramente funzionale alla fruttuosità della decisione di merito che tutela il diritto del richiedente²⁴.

La stabilizzazione degli effetti del provvedimento cautelare, privo comunque dell'attitudine al giudicato, non equivale ad immutabilità, essendo possibile chiederne la revoca o modifica. Infatti, ai sensi dell'art. 23, comma 3, del Decreto, "quando il giudizio di merito non sia iniziato, la revoca e la modifica dell'ordinanza di accoglimento, esaurita l'eventuale fase di reclamo, possono essere sempre richieste al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare. La revoca e la modifica sono concesse soltanto se si verificano mutamenti nelle circostanze. Possono altresì essere concesse sulla base di circostanze anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza". È stato, quindi, recepito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la revoca o la modifica possono essere disposte in base non soltanto a "mutamenti nelle circostanze" (derivanti da oggettive modifiche della realtà sostanziale), ma anche ad un'insufficiente allegazione di fatti già esistenti al momento della concessione del provvedimento²⁵.

Per il resto, si applica la disciplina del codice di rito: il procedimento inizia con il deposito del ricorso; prosegue con la notificazione al resistente dello stesso ricorso e del pedissequo decreto presidenziale di fissazione di udienza (con cui può essere stata concessa la misura cautelare *inaudita altera parte*); dopo una o più udienze, si conclude con ordinanza.

Rilevante, infine, è la conferma della natura sostitutiva della decisione sul reclamo, che risulta sia dall'espressa previsione del potere del Tribunale di "assumere informazioni e acquisire nuovi documenti", sia dall'esclusione del potere di rimettere la causa al primo giudice²⁶.

²⁴ In considerazione della frequente difficoltà di qualificare il provvedimento richiesto come anticipatorio o conservativo, è prevedibile che il giudizio di merito sarà iniziato nella maggioranza dei casi, almeno fino alla soluzione dell'accennata incertezza interpretativa. Sui procedimenti cautelari disciplinati dal Decreto, cfr. COSTANTINO, *I procedimenti cautelari (anteriori alla causa ed in corso di causa)*. Il giudizio abbreviato, in www.judicium.it; OLIVIERI, *Il procedimento cautelare nel c.d. processo societario*, in www.judicium.it.

²⁵ Cfr. Tribunale di Roma 23.10.1996, in Foro Padano, 1997, I, pag. 138; Tribunale di Firenze 15.5.1995, in Foro It., 1996, I, pag. 1097; Tribunale di Bari 25.03.1993, in Foro It., 1993, I, pag. 1680; Tribunale di Foggia 12.7.1993, in Foro It., 1993, I, pag. 2983.

²⁶ Sulla natura sostitutiva del procedimento di reclamo, cfr. Cass. 2.4.1985 n. 2260 e 21.1.2000 n. 647.

IV. Il procedimento in corso di causa e il giudizio abbreviato (art. 24)

Nonostante le indubbie esigenze di adattamento alla nuova struttura del giudizio ordinario, ai procedimenti cautelari in corso di causa è dedicata una disciplina piuttosto scarna e, almeno a prima lettura, suscettibile di creare difficoltà applicative.

La domanda si propone con ricorso "al giudice designato per la trattazione del merito", se proposta dopo l'emissione del decreto di fissazione di udienza previsto dall'art. 12; oppure al presidente del tribunale, il quale designerà "il magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento". Il giudice designato, quindi, fissa l'udienza con decreto, contenente l'invito a depositare i documenti che ritiene rilevanti "anche in relazione alla decisione della causa a norma dei commi 4 e seguenti. Può anche fissare termine per il deposito di documenti, memorie e repliche" (nostra enfasi).

La disciplina del procedimento cautelare in corso di causa è incentrata sul pote-

²⁷ Si veda, tra gli altri, DE SANTIS, *Il rito abbreviato societario* (art. 24, commi 4-7, del decreto legislativo n. 5 del 2003), in www.judicium.it.

re del giudice designato di andare oltre la domanda cautelare, definendo il giudizio qualora lo ritenga maturo per la decisione di merito.²⁷ Infatti, svolta l'udienza, se ritiene che la causa sia "matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova" o, comunque, "in condizione di essere definita", il giudice designato, previa comunicazione alle parti con invito a precisare le rispettive conclusioni:

- (i) pronuncia sentenza (o da lettura del dispositivo), se la causa non rientra tra quelle a decisione collegiale;
- (ii) se la causa è a decisione collegiale, invece, fissa l'udienza di discussione dinanzi al collegio nei successivi trenta giorni, potendo comunque emettere i provvedimenti cautelari idonei ad assicurare gli effetti della decisione di merito quando l'urgenza è tale da rendere ingiustificata l'attesa dell'udienza di discussione o della pronuncia della sentenza.

V. I procedimenti in camera di consiglio (artt. 25-33)

A. Come nel modello processuale tradizionale, così il procedimento camerale contemplato dal Decreto non si pone in alternativa al giudizio ordinario, ma costituisce un rito esclusivo per la definizione di determinate controversie o per lo svolgimento di attività e il compimento di accertamenti sotto la guida del giudice; non si tratta, insomma, di un procedimento finalizzato al soddisfacimento in via anticipata o sommaria di esigenze di tutela che potrebbero essere soddisfatte nei tempi e con le forme del giudizio ordinario.²⁸

Anche per questo procedimento è prevista la possibilità di conversione nel rito ordinario al ricorrere di certi presupposti, possibilità particolarmente rilevante ove si considerino le numerose posizioni giuridiche in materia societaria che risultano suscettibili di tutela nelle forme camerali.

Tradizionalmente, la giurisdizione a cognizione piena e quella camerale si distinguono in base alla diversa disciplina delle forme di attuazione del contraddittorio e di decisione: nella prima, tali forme sono dettagliatamente disciplinate con riguardo alle varie fasi procedurali; nella seconda, invece, sono affidate a formule ampie e generiche, che riservano al giudice una maggiore discrezionalità nella conduzione delle attività processuali ("sentite le parti" ed altre simili espressioni).

B. Oltre a dettare una disciplina generale, il titolo IV del Decreto mantiene la distinzione tra "procedimento in confronto di una parte sola" e "procedimento in confronto di più parti", dettando specifiche norme per ciascuno di essi. Come indicato nella *Relazione*, cioè, "si sono previsti (attraverso una struttura redazionale in cui ad un tronco comune si annettono due ramificazioni) due articolati procedimenti camerali, uno dei quali (tendenzialmente) unilaterale e l'altro bipartito (quest'ultimo con la possibilità di sfociare ex art. 34 c.p.c. in un giudizio di cognizione piena secondo il descritto rito speciale)". Inoltre, trattandosi di procedimenti suscettibili di limitata ed esclusiva utilizzazione, il legislatore delegato ha indicato le fattispecie del codice civile cui si applicano, prevedendone l'estensione "in quanto compatibili, ai casi analoghi previsti dal codice civile e dalle leggi speciali". Più precisamente, come spiegato nella *Relazione*, "al fine di evitare incertezze applicative, ciascuno dei due procedimenti viene seguito da una norma che indica le fattispecie del codice civile alle quali si applica, ferma la vis espansiva del modello verso le fattispecie analoghe, anche di legislazione speciale"²⁹.

Il procedimento "in confronto di una sola parte", che non richiede l'assistenza di un difensore ed è affidato ad un giudice monocratico,

²⁸ Si veda COSTANTINO, *Sull'udienza camerale decide il giudice monocratico*, in *Guida al Diritto*, cit., pag. 136 e ss.; FABIANI, *I limiti dello sviluppo contenzioso all'interno del procedimento camerale societario*, in *Foro It.*, 2003, V, pag. 65 e ss. Per una specifica applicazione del procedimento camerale, cfr. ARIETA, *L'opposizione camerale alla costituzione di patrimonio destinato ad uno specifico affare* e l'art. 32 D. Lgs. n. 5 del 2003, in www.judicium.it.

²⁹ Si veda la *Relazione*, in *Guida al Diritto*, cit., pag. 112.

deve essere seguito per le fattispecie contemplate dai seguenti articoli del codice civile: (i) 2343, comma 1 (*nomina dell'esperto per la stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti*); (ii) 2343-bis, comma 2 (*nomina dell'esperto per la stima di beni o di crediti dei promotori, dei fondatori, dei soci o degli amministratori da parte della società, previa autorizzazione assembleare, nei due anni dall'iscrizione della società nel registro delle imprese, ad un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale*); (iii) 2417, comma 2 (*nomina del rappresentante comune degli obbligazionisti, se non nominato dalla relativa assemblea*); (iv) 2436, comma 4 (*iscrizione della società nel registro delle imprese qualora il notaio non ritenga adempiute le condizioni stabilite dalla legge*); (v) 2437-ter, comma 6 (*nomina dell'esperto per la determinazione del valore di liquidazione delle azioni del socio recedente in caso di contestazioni*); (vi) 2501-sexies, comma 3 (*nomina dell'esperto per la relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote in caso di fusione*); (vii) 2545-undecies, comma 2 (*nomina dell'esperto per la relazione attestante il valore effettivo del patrimonio dell'impresa in caso di trasformazione della società cooperativa*).

Il procedimento "in confronto di più parti", di competenza collegiale, deve essere seguito per le fattispecie contemplate dai seguenti articoli del codice civile: (i) 2367, comma 2 (*convocazione dell'assemblea su richiesta di soci rappresentanti almeno un decimo del capitale sociale in caso di inerzia degli organi di gestione e controllo*); (ii) 2400, comma 2 (*approvazione della delibera di revoca del sindaco*); (iii) 2409 (*denuncia di gravi irregolarità al tribunale*); (iv) 2437-quater, ultimo comma (*autorizzazione alla riduzione del capitale sociale in seguito al recesso del socio, nonostante l'opposizione dei creditori*); (v) 2445, comma 4 (*autorizzazione alla riduzione del capitale nonostante l'opposizione dei creditori*); (vi) 2446, comma 2 (*riduzione del capitale sociale per perdite qualora l'assemblea o il consiglio di sorveglianza non vi abbiano provveduto*); (vii) 2447-quater, comma 2 (*autorizzazione all'esecuzione della deliberazione costitutiva di patrimonio separato nonostante l'opposizione dei creditori*); (viii) 2482, comma 3 (*autorizzazione alla riduzione del capitale sociale di s.r.l. nonostante l'opposizione dei creditori*); (ix) 2482-bis, comma 4 (*riduzione del capitale sociale per perdite qualora l'assemblea non vi abbia provveduto*); (x) 2485, comma 2 (*accertamento del verificarsi di una causa di scioglimento della società in caso di inerzia degli amministratori*); (xi) 2487, commi 3 e 4 (*convocazione dell'assemblea per la nomina e la revoca dei liquidatori in caso di inerzia degli amministratori; nomina e revoca dei liquidatori qualora l'assemblea non abbia provveduto*); (xii) 2487-ter, comma 4 (*revoca dello stato di liquidazione nonostante l'opposizione dei creditori*); (xiii) 2500-novies, comma 3 (*autorizzazione all'efficacia della trasformazione eterogenea, prima del decorso di sessanta giorni dall'ultimo adempimento pubblicitario, nonostante l'opposizione dei creditori*); (xiv) 2503, comma 2 (*autorizzazione all'efficacia della fusione nonostante il mancato decorso del termine di sessanta giorni dall'ultima iscrizione nonostante l'opposizione dei creditori*); (xv) 2545-quinquiesdecies (*denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione di società cooperativa*).

Il procedimento inizia con ricorso (depositato anche presso l'ufficio del P. M. qualora sia previsto il suo intervento); prosegue generalmente con l'udienza, in cui il giudice assume le informazioni ritenute necessarie; si conclude con decreto motivato (da emettere entro venti giorni dal deposito del ricorso o dall'udienza), che è suscettibile di reclamo nel termine di dieci giorni dalla relativa comunicazione.

L'udienza, necessaria nei procedimenti in confronto di più parti al fine di instaurare il contraddittorio tra loro ed assumere informazioni, viene svolta nei procedimenti unilaterali solo qualora il giudice "ne ravvisi l'opportunità". Altro elemento differenziale deriva dall'art. 31 che, nei procedimenti in confronto di più

parti, consente la pronuncia sul ricorso con decreto *inaudita altera parte* in caso di “*eccezionale e motivata urgenza*”, che il collegio confermerà, revocherà o modificherà a contraddittorio instaurato con l’udienza da tenersi entro i quindici giorni successivi.

Il decreto reso all’esito del procedimento di reclamo non è impugnabile, ma dovrebbe restare aperta la strada del ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111 Cost.* avverso i provvedimenti di natura contenziosa (in quanto dotati di portata decisoria e definitiva).

Analogamente a quanto previsto per i provvedimenti cautelari, l’art. 26 consente la riproposizione dell’istanza rigettata, purché “*fondata su nuovi presupposti di fatto*” (comma 2) nonché la revoca o la modifica del provvedimento di accoglimento “*in presenza di nuove circostanze e previa audizione delle parti*” da parte del giudice che lo ha emesso (comma 3).

Innovativo, oltre che suscettibile di generare difficoltà applicative, è l’art. 32, che consente a ciascuna parte di chiedere la decisione delle questioni pregiudiziali con “*efficacia di giudicato*”. In materia societaria, è frequente che il giudice sia chiamato a compiere accertamenti sui presupposti di concedibilità della misura richiesta in sede camerale e, quindi, su situazioni giuridiche presupposte: si pensi all’accertamento della ricorrenza di un caso di scioglimento della società nell’ambito di un procedimento volto alla nomina dei liquidatori *ex art. 2487 c.c.* In tali ipotesi, al fine di evitare il rischio di decisioni confliggenti (in sede di accertamento pregiudiziale e di giudizio ordinario), oltre che di evitare ritardi procedurali, l’art. 32 impone al giudice di pronunciarsi sul ricorso con effetti limitati al procedimento camerale e di disporre la prosecuzione del giudizio *nelle forme ordinarie* allo scopo di decidere la questione pregiudiziale con efficacia di giudicato, assegnando un termine perentorio per la notifica alle altre parti dell’atto di citazione. In sostanza, sorta una questione pregiudiziale, il giudizio ordinario si sostituisce a quello camerale, che comunque deve essere definito con il decreto motivato del giudice adito.

SALVATORE ORESTANO

IL RUOLO DELL'AVVOCATO TRA MERITO E LEGITTIMITÀ

Con il presente scritto si vuole tentare di mettere in luce alcuni aspetti peculiari del funzionamento della Suprema Corte, riguardati dal punto di vista dell'avvocato, inteso quale filtro tecnico tra la domanda di giustizia del cittadino e la pronuncia giurisdizionale che tale domanda deve soddisfare o frustrare.

In particolare si prenderanno in esame due articoli del codice di rito civile: l'art. 375, come di recente novellato dalla cd. "legge Pinto" (l. 24 marzo 2001, n. 89), che disciplina i casi di pronuncia in camera di consiglio; e l'art. 384 che prevede la possibilità per la Corte di decidere il "merito" della controversia.

Preliminarmente, però, mi pare il caso di ricordare che la causa che giunge dinanzi la Corte di legittimità ha una lunga storia, ed ha già percorso un faticoso cammino.

Essa origina da un evento percepito da un soggetto come lesivo della propria sfera giuridica; come, attecnicamente in tale primigenia fase, "antigiuridico".

Il soggetto "leso" espone, quindi, la propria doglianza all'avvocato, al quale spetta il compito di verificare se, sparse tra la mole di notizie, racconti, documenti, assolutamente inconferenti (ma sempre "fondamentali" a detta della parte "lesa"), vi siano elementi giuridici sui quali fondare una "domanda giudiziaria" in grado di rispondere alla "domanda di giustizia". In caso positivo la vicenda raggiunge le aule del Tribunale.

Il primo grado di giudizio risponde in pieno alle aspettative del cittadino attore o convenuto; è più vicino alla sua "sensibilità": si "litiga" su fatti che ben conosce, si ascoltano testimoni, si effettuano "perizie". Insomma, in tale fase egli è assolutamente in grado di afferrare il senso di ciò che va accadendo, di "apprezzare" il susseguirsi degli eventi.

Già dal secondo grado, però, il distacco tra fatto e diritto si rende maggiormente percepibile. All'esito dell'appello, poi, il cittadino ancora insoddisfatto deve scontrarsi con la dura realtà di un giudizio per lui "alieno". Alle sue primordiali esigenze di giustizia, tutte incentrate su elementi di fatto, materiali e tangibili, si sostituiscono le "categorie" elencate dall'articolo 360 c.p.c.; ad un giudizio incentrato sulla risoluzione del quesito se egli abbia o meno ragione, fa seguito un giudizio incentrato sulla risoluzione del quesito se il giudice abbia o meno errato. Risolto in senso positivo tale ultimo quesito occorre obbligatoriamente, almeno fino alla riforma del 1990, ripercorrere un nuovo grado di merito, grado che, sebbene vincolato al rispetto del principio di diritto enunciato dalla Corte, poteva essere seguito da un nuovo giudizio di legittimità e così via all'infinito.

Se a ciò assommiamo l'interpretazione correntemente fornita dalla giurisprudenza circa l'istituto delle spese di lite, e la notoria durata pluriennale dei giudizi, ben ci possiamo rendere conto che, sin troppo spesso, i processi avevano, ed hanno, termine più per "stanchezza", morte, o esaurimento delle risorse finanziarie di una delle parti, che per effettiva risposta alla domanda di giustizia. Simile modalità di conclusione, da un lato probabilmente "fisiologica" laddove si consideri che in un giudizio entrambe le parti sono di norma fermamente convinte di trovarsi dalla parte della ragione, non è, certo, quella che avevano ipotizzato i nostri padri nella costruzione del sistema processuale.

I due istituti dei quali, come detto, si tratterà sono accomunati proprio dal fatto che pongono fine alla controversia per mezzo di una decisione che, accogliendo il ricorso, non comporta ulteriori giudizi.

L'art. 375 c.p.c.

Come è noto, il progetto di riforma Vassalli del codice di procedura civile non prevedeva interventi diretti con riguardo al giudizio innanzi la Cassazione (espressamente la relazione governativa faceva riferimento alla necessità che tali interventi fossero contenuti in un testo organico e specifico, stante la peculiare struttura e funzione del giudizio di legittimità). Peraltro, entrambi gli articoli dei quali qui ci si occupa hanno subito innovazioni (maggiormente marcate l'art. 384) in sede di approvazione della novella del 1990.

Il testo originario dell'art. 375 così disponeva:

Art. 375 (Pronuncia in camera di consiglio).

Oltre che per il caso di regolamento di competenza e per quello previsto dall'art. 373, la Corte, a sezione semplice, pronuncia in camera di consiglio con ordinanza quando, su richiesta del pubblico ministero o di ufficio, riconosce di dover dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale, pronunciare il rigetto di entrambi per mancanza dei motivi previsti nell'articolo 360, ordinare la integrazione del contraddittorio o la notificazione di cui all'articolo 332, oppure dichiarare la estinzione del processo per avvenuta rinuncia.

Le conclusioni del pubblico ministero sono notificate almeno venti giorni prima dell'adunanza della corte in camera di consiglio agli avvocati delle parti, i quali hanno facoltà di presentare memorie entro il termine di cui all'articolo 378.

Con la riforma del 1950 dell'art. 373, che assegnava al giudice a quo il potere di sospendere l'esecuzione della sentenza impugnata con ricorso per cassazione, sottraendolo alla Corte, l'inciso che faceva riferimento a tale articolo è stato, correttamente, ritenuto soppresso.

Venendo alla novella del 1990, pur se, come detto, essa non prevedeva nella sua originaria formulazione interventi relativi al giudizio di legittimità, istanze provenienti proprio dalla Corte suggerirono alcuni interventi in sede di approvazione del testo di riforma.

Per quel che riguarda la norma in parola, al Senato venne approvato un emendamento che prevedeva la possibilità di provvedere in camera di consiglio (sull'esempio di quanto avviene per i giudizi innanzi la Corte Costituzionale) anche nel caso in cui il ricorso principale o quello incidentale si fosse rivelato "manifestamente infondato".

Simile scelta appariva dettata da intenti meramente deflatori ed acceleratori, tanto da essere bollata come maggiormente attenta ad esigenze quantitative piuttosto che qualitative.

Proprio tali dubbi, oltre a quelli avanzati dalla avvocatura, che vedeva in simile procedimento una ingiustificata compressione del diritto di difesa, portarono la Commissione giustizia della Camera a rivedere il testo, limitando le innovazioni ed approvando un testo (che sarà, poi, quello definitivo) che si discosta dalla formulazione del 1940 solo per i seguenti aspetti:

la applicabilità della norma anche da parte delle Sezioni Unite (ma deve darsi conto che una decisione della Corte già aveva statuito che: «*anche i ricorsi decisi dalle sezioni unite della Corte di cassazione possono essere trattati in camera di consiglio, ove sussistano le condizioni previste dall'art. 375, comma 1 c.p.c.*», così Cassazione civile, sez. un., 22 dicembre 1989, n. 726);

la possibilità per la Corte «*se ritiene che non ricorrono le ipotesi*» per la decisione in camera di consiglio di rinviare «*la causa alla pubblica udienza*».

Ben maggiori sono state le innovazioni alla norma in commento introdotte per mezzo della cd "legge Pinto".

Infatti, il nuovo testo dell'art. 375 così recita:

«[I]. La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio quando riconosce di dovere:

- 1) dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto;
- 2) ordinare l'integrazione del contraddittorio o disporre che sia eseguita la notificazione dell'impugnazione a norma dell'articolo 332;
- 3) dichiarare l'estinzione del processo per avvenuta rinuncia a norma dell'articolo 390;
- 4) pronunciare in ordine all'estinzione del processo in ogni altro caso;
- 5) pronunciare sulle istanze di regolamento di competenza e di giurisdizione.

[II]. La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia sentenza in camera di consiglio quando il ricorso principale e quello incidentale eventualmente proposto sono manifestamente fondati e vanno, pertanto, accolti entrambi, o quando riconosce di dover pronunciare il rigetto di entrambi per mancanza dei motivi previsti nell'articolo 360 o per manifesta infondatezza degli stessi, nonché quando un ricorso va accolto per essere manifestamente fondato e l'altro va rigettato per mancanza dei motivi previsti nell'articolo 360 o per manifesta infondatezza degli stessi.

[III]. La Corte, se ritiene che non ricorrano le ipotesi di cui al primo e al secondo comma, rinvia la causa alla pubblica udienza.

[IV]. Le conclusioni del pubblico ministero, almeno venti giorni prima dell'adunanza della Corte in camera di consiglio, sono notificate agli avvocati delle parti, che hanno facoltà di presentare memorie entro il termine di cui all'articolo 378 e di essere sentiti, se compaiono, nei casi previsti al primo comma, numeri 1), 4) e 5), limitatamente al regolamento di giurisdizione, e al secondo comma.»

L'inserimento del nuovo testo dell'art. 375 c.p.c. nell'ambito di un provvedimento avente ad oggetto principale la previsione dell'equa riparazione in caso di irragionevole durata del processo rafforza la, peraltro esplicita, finalità della riforma, volta ad accelerare la durata del giudizio.

Nella relazione di accompagnamento della legge vi è il riferimento alla iniziativa della Commissione giustizia del Senato del 1990 alla quale si è innanzi fatto cenno, ed alle critiche mosse nei suoi confronti, critiche da ritenersi superate – a detta del relatore - dalla previsione della audizione dei difensori in camera di consiglio, secondo quanto previsto dal nuovo quarto comma.

Pertanto, con il nuovo testo, la Corte potrà decidere in via "semplificata" (e non più su istanza del P.M., ma solo d'ufficio), in aggiunta ai casi già previsti, anche: in tutti i casi in cui debba pronunciare l'estinzione del processo (e, quindi, non più solo per rinuncia);

nel caso in cui il ricorso principale e quello incidentale siano manifestamente fondati;

nel caso in cui gli stessi siano manifestamente infondati;

nel caso in cui il ricorso principale o quello incidentale sia manifestamente fondato e l'altro vada rigettato per mancanza dei motivi di cui all'art. 360 o perché manifestamente infondato.

In tutti i casi di nuova introduzione, nonché quando la Corte debba dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi, e quando debba statuire sul regolamento di giurisdizione, vi è la possibilità, come accennato, che siano sentiti i difensori che «compaiono».

Una breve notazione pratica, che si fonda sulla prassi interpretativa della nuova norma seguita da qualche sezione della Corte: l'avviso di fissazione di udienza in camera di consiglio, come è noto, riporta le conclusioni del P.M.; dalla analisi di queste – e non, come dovrebbe avvenire, da una esplicita affermazione della Corte – il difensore "comprende" per quale dei motivi surriportati la trattazione avverrà nella forma camerale di cui all'art. 375 e, se si tratta di uno dei casi per i

quali è "ammessa" la discussione orale, si reca presso la Corte il giorno della udienza. Al termine della pubblica udienza, il Cancelliere si informa se vi siano difensori per le cause da trattare in sede camerale. A quel punto lo svolgimento della udienza in camera di consiglio è in tutto simile a quella pubblica, fatto salvo che, normalmente, il P.M. si limita a riportarsi alle conclusioni depositate e la illustrazione del "relatore" è più succinta.

Devo, però, osservare che la nuova strutturazione dell'art. 375 avrebbe dovuto suggerire l'introduzione dell'obbligo di menzionare nell'avviso di fissazione di udienza quale dei motivi (molteplici e tra loro differenti) indicati nella norma sia alla base della scelta del rito "breve", e ciò in modo da poter articolare compiutamente le difese, scritte ed orali, sul punto [segnalo che una quasi coeva riforma del codice di procedura penale - che conosce anch'esso della possibilità di decisioni in camera di consiglio, peraltro senza audizione dei difensori (e con ulteriori gravi pregiudizi lamentati dagli avvocati penalisti sotto il profilo defensionale), nel caso in cui il presidente rilevi la presunta inammissibilità del ricorso - nel novellare gli artt. 610 e 611 c.p.p. ha previsto che l'avviso di fissazione della udienza in camera di consiglio debba contenere l'esplicitazione della causa di inammissibilità rilevata, cosa che, peraltro, per prassi non sembra avvenire con il grave nocumento per la difesa sopra rimarcato quanto al rito civile].

Oltre alla possibilità della audizione in camera di consiglio, elemento sicuramente importante ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa (anche se sul punto si nutre qualche riserva che sarà illustrata tra breve), ulteriore importante elemento di novità è costituito dalla previsione che, in tutti i casi di cui al secondo comma del più volte citato art. 375 c.p.c., la Corte pronunci sentenza.

Una breve osservazione che prende le mosse dalla comparazione con una altra recente riforma processuale, quella del processo amministrativo (l. 21 luglio 2000, n. 205).

L'intento deflatorio ed acceleratorio perseguito dalla riforma non offre, francamente, chiari elementi per stabilire in cosa consisterà la maggiore celerità voluta: infatti, non avendo il legislatore, giustamente, eliminato la discussione (e, quindi, i pochi minuti di tempo che così si "perdono"); né modificato la "forma" del provvedimento decisorio, che era e resta quella di sentenza (e, quindi, non avendosi neanche sotto tale profilo un guadagno temporale che sarebbe, invece, derivato dalla scelta, improvvida peraltro, della forma di ordinanza, più "breve" rispetto alla sentenza); né, ancora, ravvisandosi sostanziali differenze tra modalità di svolgimento della udienza pubblica e di quella in camera di consiglio, nulla sembra distinguere il rito "rapido" della pronuncia camerale da quello "lento" della pronuncia a seguito di pubblica udienza.

Come dicevo, la riforma del processo amministrativo offre elementi di raffronto, dal momento che è stata esplicitamente prevista, nel rispetto del contraddittorio, la possibilità di pronunciare sentenza "succintamente motivata". Tale modalità decisoria potrà essere seguita laddove il Collegio ravvisi la manifesta fondatezza, ovvero infondatezza dell'azione oppure la manifesta irricevibilità e/o inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso. Caratteristica peculiare è costituita da un attenuato obbligo di motivazione, che si ritiene assolto anche da un semplice richiamo ad un precedente giurisprudenziale ovvero ad un punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.

Simile soluzione appare di maggiore efficacia rispetto a quella introdotta dalla cd. "legge Pinto", a meno che, pur nel silenzio del legislatore, anche la Corte non ritenga di poter pronunciare "sentenze brevi" nei casi di cui al secondo comma dell'art. 375, pur se ciò potrebbe ledere la funzione nomofilattica della Corte stessa.

E veniamo ad un altro aspetto di criticità.

Il momento decisorio del procedimento innanzi la Corte, così come quello innanzi le altre autorità giudiziarie, deve sempre essere successivo alla conclu-

sione dell'iter processuale, perché su di esso, ontologicamente, si fonda. Nei casi in esame, invece, vi è un "pre-giudizio", fondato solo sugli atti introduttivi, svolto, presumibilmente, in via semi-esclusiva dal giudice relatore, fuori dal contraddittorio, all'esito del quale la Corte si "convince" che ricorrono i presupposti perché, ad esempio, il ricorso sia dichiarato manifestamente fondato ed il controricorso manifestamente infondato.

A quel punto, e cioè prima, tanto delle conclusioni del P.M., quanto della memoria d'udienza, quanto – ancora - della discussione orale, la decisione finale è già stata assunta, pur se per palesarsi si dovrà attendere lo svolgimento delle tre ore dette attività che non potranno che essere, però, svuotate di ogni utile contenuto. L'intento acceleratorio, pertanto, potrebbe realizzarsi a danno del corretto svolgimento delle attività difensive (ivi comprese quelle, lato sensu difensive, del P.M), comportando, per quel che riguarda la posizione dell'avvocato, una compressione delle possibilità di difesa ed una restrizione del potere di controllo dell'attività giurisdizionale, legittimandosi la pratica (peraltro non ignota) di giungere in udienza con la decisione già scritta.

Lo strumento di cui all'art. 375, pertanto, ad avviso di chi scrive, dovrà essere utilizzato con grande "parsimonia" dalla Corte, limitandolo a cause "seriali", o per le quali vi è una giurisprudenza ampiamente consolidata, e facendo ricorso, senza eccessive preoccupazioni, all'istituto del rinvio alla pubblica udienza ogni volta che l'attività defensionale espletata, sia scritta che orale, convinca il Collegio a mutare la propria opinione già formata.

L'art. 384 c.p.c.

Il breve inciso aggiunto dalla novella del 1990 all'art. 384 c.p.c., «*ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto*», ha prodotto una delle maggiori innovazioni relativamente alla struttura del giudizio della Corte.

Tale innovazione nasce dall'intento di evitare superflui rinvii nei casi in cui la causa possa essere direttamente decisa dalla Corte stessa.

Il problema principale consiste nel determinare esattamente i contorni di tale potere decisorio; per far ciò, brevemente e senza pretese di esaustività, pare utile soffermare l'attenzione su alcune significative pronunce della Suprema Corte in materia.

In particolare è stato affermato che l'art. 384 c.p.c., come risultante a seguito della Novella del 1990, nell'attribuire alla Corte di cassazione la possibilità di decidere nel merito a seguito dell'annullamento della sentenza impugnata per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, quando non siano più necessari ulteriori accertamenti di fatto, non costituisce, attesa la ratio di riduzione dei tempi del processo civile, norma eccezionale. Conseguentemente esso deve trovare applicazione anche nel caso in cui gli accertamenti di fatto necessari in relazione alla domanda oggetto del giudizio non siano concretamente possibili nel giudizio di rinvio per effetto di preclusioni o decadenze rilevabili d'ufficio, e non superabili per comportamenti processuali delle parti, e quindi sia di fatto predeterminato dalla Corte di cassazione il rigetto della domanda per difetto di prova (*Cassazione civile, sez. lav., 19 febbraio 1997, n. 1526*).

Si è, poi, precisato che la cassazione sostitutiva, con giudizio nel merito, è consentita nei soli casi in cui, dopo l'enunciazione del principio di diritto, la controversia debba essere decisa in base ai medesimi apprezzamenti di fatto che costituivano il presupposto del giudizio di diritto errato, in tal guisa postulandosi che il giudice del merito abbia avuto modo di esprimere siffatti apprezzamenti ai fini di una specifica decisione; essa non è pertanto consentita nei casi in cui l'intervento caducatorio della decisione di legittimità apra la via ad una pronuncia su questioni non esaminate nella pregressa fase di merito, atteso che la norma suddetta, nell'escludere la cassazione sostitutiva in presenza della necessità di accer-

tamenti "ulteriori", limita la possibilità di tale provvedimento alla sola ipotesi in cui tutti gli accertamenti siano stati compiuti dal giudice competente e quindi impedisce che in sede di cassazione sostitutiva possano essere rese decisioni che, pertanto, non essendo destinate a sostituire alcuna pronuncia precedente, si configurino a loro volta come ulteriori rispetto a quelle cassate (*Cassazione civile, sez. un., 9 settembre 1998, n. 8917*, nonché, tra le tante, recentemente *Cassazione civile, sez. III, 2 giugno 2000, n. 7367*, in relazione ad una fattispecie nella quale la sentenza cassata aveva avuto ad oggetto il mero annullamento di una sanzione amministrativa, in quanto erroneamente ritenuta, dal giudice di merito, emessa da autorità incompetente).

Si è, inoltre, ritenuto che la decisione della causa nel merito è limitata alla sola ipotesi di accoglimento del ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, restando esclusa quella di accoglimento per vizi in procedendo. Conseguente che la decisione della causa nel merito non trova applicazione nel caso di vizio della sentenza di omessa pronuncia, che può dar luogo sotto il diverso profilo dell'art. 360 n. 4 ad annullamento con rinvio della causa alla fase nella quale l'omissione si è verificata e non già a cassazione con enunciazione del principio di diritto, come si evince dal disposto del comma 1 dell'art. 384 c.p.c., in relazione all'art. 383 (*Cassazione civile, sez. III, 30 ottobre 1998, n. 10896*).

Conseguentemente, se il ricorso in Cassazione è accolto per errores in procedendo non è possibile la decisione della causa nel merito senza rinvio (art. 384, comma 1, c.p.c.) perché la ratio dell'art. 66 l. 26 novembre 1990 n. 353 non è tanto quella di realizzare al massimo l'economia dei giudizi, quanto di evitare un terzo - o un secondo, se in unico grado - giudizio di merito, ma senza sopprimerne uno, come si verificherebbe nel caso di sostituzione della Cassazione al giudice del fatto in mancanza di giudizio di merito nella sentenza impugnata (*Cassazione civile, sez. III, 26 febbraio 1998, n. 2123*).

Altra giurisprudenza della Corte ha, però, precisato che la decisione della causa nel merito può aversi non soltanto nel caso di violazione o falsa applicazione di norme sostanziali, ma anche nel caso in cui il suddetto vizio attenga a norme processuali, ritenendo l'elemento qualificante dell'istituto la non necessità di compiere ulteriori accertamenti in fatto (nella specie la Corte, rilevata la nullità della procura rilasciata al difensore per il giudizio di appello, ha dichiarato l'innammissibilità di quest'ultimo, così, *Cassazione civile, sez. III, 12 giugno 1999, n. 5820*).

Giunto al termine della esposizione fin qui effettuata, credo che possa a ragione formularsi l'auspicio che la Corte mantenga comunque ben saldo il proprio ruolo nomofilattico, ascoltando, tuttavia, con la maggiore intensità possibile, le ragioni contrapposte, così come esposte dai difensori, nel loro sforzo costante di offrire al giudice fondamentali elementi di valutazione per la più coerente e secondo diritto risposta alla domanda di giustizia.

PIERO SANDULLI

RIFLESSIONI IN MATERIA DI ARBITRATO NEI RAPPORTI LAVORO SUBORDINATO

I. Le fonti

A seguito del processo di “privatizzazione” del pubblico impiego, iniziato con la legge di delega n. 421 del 1992 e proseguito con la successiva delega contenuta nella legge 59 del 15 marzo 1997,¹ anche la materia dell’arbitrato nell’ambito dei rapporti di lavoro subordinato ha subito numerose e non sempre ponderate rivisitazioni; circostanze queste che impongono uno sforzo di razionalizzazione del tema.

La normativa che attualmente regola la materia è individuabile nell’ambito dell’articolo 5, primo comma, della legge che ha modificato il rito del lavoro (la legge n. 533 dell’11 agosto 1973) in esso si legge che l’arbitrato, definito irrituale, è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero dai contratti ed accordi collettivi e ciò senza alcun “pregiudizio” per le parti litiganti di adire l’autorità giudiziaria.

Accanto a queste precisazioni di carattere generale è necessario collocare quelle già, in precedenza, contenute nell’articolo 7 dello statuto dei lavoratori (L. 300 del 1970) che prevedeva, nei commi sesto e settimo, l’istituzione, presso l’ufficio provinciale del lavoro, di un collegio di “conciliazione ed arbitrato” per la impugnativa dei provvedimenti disciplinari, ferma restando, per il lavoratore, “la facoltà di adire l’autorità giudiziaria”.

Inoltre, la legge n. 108 del 1990, che disciplina i licenziamenti individuali, integrando e modificando la legge n. 604 del 1966, nell’articolo 5, ha normato la specifica esistenza di un procedimento arbitrale, purché previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro, applicabile per risolvere le liti insorte in tema di licenziamento, sulla base del coordinato disposto degli articoli 18 della legge n. 300 del 1970 e 2 della legge n. 108 del 1990.

Va ricordato che, in precedenza, per il solo settore del lavoro sportivo, era stato dettato uno specifico giudizio arbitrale dall’articolo 4 della legge n. 91 del 1981.

Alle norme, sino a questo momento, richiamate per completezza di analisi, è necessario aggiungere quelle ravvisabili nel quarto libro del codice di rito dettate sul tema specifico dell’arbitrato, nel titolo VIII, dagli articoli 806, 808 ed 829 e più in generale le norme contenute nell’intero titolo ottavo.

Dall’analisi di detti ultimi articoli può desumersi un giudizio originariamente sfavorevole, dato dal legislatore del 1940-42, all’utilizzazione del procedimento arbitrale per la soluzione delle controversie di lavoro.² Tale valutazione appare poi mitigata dalle modifiche intervenute al testo dei sopra richiamati articoli a seguito della legge n. 533 del 1973, ma l’arbitrato nelle vertenze di lavoro resta, comunque, generalmente affidato alle pattuizioni contenute nella contrattazione collettiva ed in ogni caso detti patti lasciano alle parti la possibilità di adire il giudice ordinario. Tale stato di cose è rimasto invariato e ciò è

¹ Art. 11, lettera g) con il quale viene delegato il governo ad emanare “procedure stragiudiziali di conciliazione ed arbitrato”.

² Già in precedenza il R.D. 26 febbraio 1928, n. 471 sanciva la nullità dei contratti collettivi che prevedevano la possibilità di sottrarre alla competenza della autorità giudiziaria ordinaria la soluzione delle controversie in materia di lavoro. Il codice di procedura civile, del 1940, nello inserirsi su tale lunghezza d’onda, con gli articoli 429 e 459 ampliò il divieto di compromettere in arbitri la materia del lavoro, lasciando il solo spazio fruibile all’arbitrato dei consulenti tecnici previsto dagli articoli 455 e seguenti del codice di rito, e disciplinato dagli articoli 451 del codice di rito e 152 delle disposizioni di attuazione allo stesso codice. La Corte Costituzionale con la decisione n. 50 del 1956 (in Foro It. 1956, I, c. 1479 ss) ha sancito la invalidità della clausola compromissoria contenente il richiamo ad un arbitrato rituale in materia di lavoro.

desumibile dalla circostanza che nessun intervento di modifica del testo dell'ultimo comma dell'articolo 808 c.p.c. è stato apportato dalla legge n. 25 del 1994. È in questo contesto normativo che vanno calate le norme dettate dall'articolo 39 del d. legislativo n. 80 del 31 marzo 1998 e dalle successive integrazioni e modifiche intervenute, pochi mesi dopo, contenute nell'articolo 19 del decreto legislativo n. 387 del 29 ottobre 1998.

Nell'esegesi delle fonti della materia, così individuate, è necessario inserire le ulteriori riflessioni derivanti dalla analisi delle risultanze del "contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato", nell'ambito del pubblico impiego, del 23 gennaio 2001, nonché quelle discendenti dall'ultima razionalizzazione della tematica della cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego, intervenuta con il testo unico contenuto nel decreto legislativo numero 165 del 30 marzo 2001 ed in particolare quelle derivanti dalla lettura dell'articolo 56.

2. L'analisi del procedimento arbitrale

Alla luce delle modifiche, sopra richiamate, l'istituto dell'arbitrato, nei rapporti di lavoro subordinato, privato e pubblico, è regolato prevalentemente dal dettato degli articoli 412 ter e quater del codice di rito civile e dalle altre ipotesi di arbitrato di cui si dirà in seguito.³

La rubrica dell'articolo 412 ter (innovata dal dodicesimo comma dell'articolo 19 del d. leg. 387/98) - per quello che questa indicazione può valere⁴ - qualifica l'arbitrato in oggetto come irrituale⁵ (nei successivi paragrafi di questo studio verificheremo l'esattezza di questa indicazione).

Preliminarmente, l'articolo richiama la necessità di ricordare che l'arbitrato in esame appare possibile solo "se i contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro prevedano tale facoltà" e ribadisce che lo stesso debba essere assoggettato al tentativo obbligatorio di conciliazione, che anche per l'arbitrato costituisce condizione necessaria di "procedibilità" (anche se alcuni Autori ritengono che, al di là della lettera della legge, non ci si trovi in presenza di una effettiva condizione di ammissibilità dell'azione) del procedimento arbitrale sarà, quindi, possibile adire il collegio arbitrale, sempre che ciò sia previsto - come detto - dalla contrattazione collettiva e sempre che le parti concordino sulla deroga alla giurisdizione ordinaria, solo dopo aver azionato il procedimento di conciliazione preventiva, procedimento che, come è noto, è retto da regole differenti a seconda che ci si trovi in presenza di un rapporto di pubblico impiego o di un rapporto di dipendenza da un datore di lavoro privato o da un ente pubblico economico; infine la legge n. 142 del 2001, che regola i rapporti di lavoro tra le società cooperative ed i soci di esse, ha individuato, per dette vertenze, una procedura conciliativa simile a quella del pubblico impiego.

Alla luce del dettato del primo comma dell'articolo 412 ter c.p.c. è, dunque, possibile esperire la procedura arbitrale solo dopo aver azionato il procedimento di conciliazione (art. 410 c.p.c.).

Anche nel caso in esame non è, però, necessario che la procedura di conciliazione si espliciti in concreto, ma è sufficiente che essa sia stata avviata e che siano trascorsi i termini di novanta giorni per il pubblico impiego e di sessanta giorni per quello privato, senza che la procedura conciliativa sia iniziata (art. 410 bis, secondo comma, c.p.c.).

In caso mancato rispetto di detta regola è da ritenere che il collegio arbitrale adito sia munito di poteri identici a quelli previsti, per il giudice ordinario, dall'articolo 412 bis c.p.c. e pertanto gli arbitri, a norma del terzo comma di detto articolo, debbano sospendere il procedi-

³ Si discute in dottrina, in assenza di un sistematico coordinamento, se sia ancora operativo di effetti il dettato dell'art. 9 della legge n. 533/73 o se lo stesso sia ormai ridotto ad una mera indicazione precettiva. Al riguardo appare condivisibile la tesi sostenuta da R. VACCARELLA (*Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in Arg. Dir. lav. 1998, p. 752 ss.) secondo cui l'unico modello arbitrale oggi ammissibile sia quello previsto dagli articoli 412 ter e 412 quater del codice di rito civile.

Contra: C. CECHELLA, *L'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi*, in *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di G. PERONE-B. SASSANI, Padova 1999, p. 133 ss., e con sfumature diverse F.P. LUISSO, *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, in Riv. arch. 1999, p. 45 ss.

⁴ È noto, infatti, che la rubrica dell'articolo non è mai vincolante per l'imputato anche se evidentemente gli altri spunti di riflessione.

⁵ Il più autorevole Studioso dell'arbitrato (C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000,

Tomo I, p. 63 ss.) fa risalire la distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato libero (o irrituale) ad una decisione della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904 (in Foro It. 1905, I, c. 366 ss.), con detta sentenza la Suprema Corte torinese nell'individuare la carenza dei requisiti codificati in relazione al compromesso ed alla nomina degli arbitri riteneva la sussistenza di una efficacia contrattuale rilevata tra le parti del lodo così emanato. In tal modo facendola risalire alla libertà negoziale la Cassazione di Torino individua la fonte dell'arbitrato irrituale.

⁶ Vedi F.P. LUISO: *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, in Riv. Arb. 1999, p. 31 ss. Sul punto, vedi anche M. DELL'OLIO - B. SASSANI (a cura di). *Commento ai decreti legislativi 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387*, Milano 2000, p. 376 ss.

⁷ Cfr. B. CAPPONI, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo la riforma del 1998*, in Diritto dell'Arbitrato rituale a cura di G. VERDE, Torino 2000, p. 427.

⁸ In Foro It. 2000, I, c. 3427.

mento arbitrale in attesa dell'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Invero, anche se una parte della dottrina non concorda con questa interpretazione c'è da chiedersi quale sia la *ratio* del richiamo alla conciliazione preventiva se da essa non derivi alcuna conseguenza e/o sanzione.

Se, infatti, come sostengono taluni autori⁶ le parole introduttive dell'articolo 413 ter c.p.c. hanno portata meramente descrittiva è necessario chiedersi perché esse siano state inserite nell'articolo, in assenza di una valenza precettiva e non comportandone il mancato rispetto alcuna conseguenza sanzionatoria.

Al riguardo, appare preferibile la tesi sostenuta da altri⁷ per i quali il richiamo fatto dal legislatore alla conciliazione obbligatoria tende a rendere omogenea e vincolante la fase della conciliazione sia che la causa venga decisa dal giudice ordinario, che nell'ipotesi in cui la vicenda sia stata devoluta alla valutazione di un collegio arbitrale.

Da questa prima considerazione derivano necessariamente due conseguenze: la prima è che durante il periodo di sospensione del procedimento arbitrale, al fine di esperire la conciliazione, non decorrono i tempi per l'emanazione del lodo, previsti dal punto d. dell'articolo 413 ter come punto essenziale delle regole da inserirsi nel contratto collettivo, i quali resteranno, pertanto, sospesi per tutto il tempo necessario all'esperimento del tentativo di conciliazione in considerazione di quanto previsto dal terzo comma dell'art. 412 bis c.p.c.; la seconda è che nel caso di mancata osservanza di tale precetto, rilevabile d'ufficio, ma che può, ovviamente, essere fatta valere anche dalle parti, si versi in una delle ipotesi di nullità del lodo di cui, a norma dell'articolo 412 quater c.p.c., dovrà conoscere il tribunale in fase di gravame.

Così inquadrata la fase prodromica della conciliazione per la quale, anche rispetto all'arbitrato, il legislatore ha inteso ribadire la necessità e la logica conseguente sanzionabilità della mancata attivazione,

ponendola quale requisito essenziale (la cui pubblica utilità è stata ricordata dalla recente decisione n. 186 del 2000 della Corte Costituzionale)⁸ sia per l'avvio di un giudizio ordinario, che per la instaurazione di un procedimento arbitrale, è ora possibile esaminare il procedimento arbitrale dettato dall'articolo 412 ter c.p.c., che ha ritenuto di dover individuare le regole generali cui la procedura deve rifarsi.

In particolare, l'articolo in esame detta i principi guida per i contratti e gli accordi collettivi in materia di:

- a) modalità della richiesta di devoluzione della controversia al collegio arbitrale ed il termine entro il quale l'altra parte può aderirvi;
- b) le composizioni del collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti;
- c) le forme ed i modi per l'espletamento dell'eventuale istruttoria;
- d) il termine entro il quale il collegio deve emettere il lodo, dandone comunicazione alle parti interessate;
- e) i criteri per la liquidazione dei compensi agli arbitri.

A questi principi, dettati per essere recepiti nella contrattazione collettiva, nonché per determinare una migliore applicazione dell'istituto dell'arbitrato alla materia del lavoro subordinato, applicazione già a suo tempo (1994) auspicata dallo stesso CNEL, il quale lamentava che "anche dopo la riforma di cui alla legge n. 25/94" la materia del lavoro "male si presta alla tradizionale distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale". Pertanto, con la individuazione di detti "principi" ispiratori dei contratti e degli accordi collettivi il legislatore delegato

del 1998 tende a superare detta distinzione dettando i criteri di "processualizzazione" "dell'arbitrato per la materia del lavoro.

Infine, gli ultimi commi dell'articolo 412 ter, oltre a consentire l'eventuale costituzione di collegi o di camere arbitrali stabili per la risoluzione di controversie di lavoro (comma 2), dettano alcuni ulteriori criteri di riferimento quali quello del rispetto del dettato del terzo comma dell'articolo 429 c.p.c. che viene ricordato quale norma percettiva e non derogabile (comma 3); e quello relativo al regime

delle spese collegate alla soccombenza individuando quale criterio residuale quello degli articoli 91 e 92 del codice di rito civile (comma 4). A ben guardare i principi che il legislatore ha voluto dettare, affinché vengano recepiti nei contratti collettivi, altro non sono se non quelli che nell'ambito della codificazione specifica in tema di arbitrato vengono regolati dagli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile ed in particolare dagli articoli 810-816-820-823-825.

Del resto la tendenza a processualizzare le regole dell'arbitrato, fuori dalla normativa del codice di procedura civile, con profili di dubbia costituzionalità, è possibile riscontrarla anche nella normativa coeva in materia di lavori pubblici Legge n. 137 del 23 maggio 1997, art. 31 bis e 32).⁹

⁹ Vedi sul punto: S.M. CARBONE – A. TARAMASSO, *L'arbitrato negli appalti pubblici comunitari, in L'arbitrato profili sostanziali*, a cura di G. ALPA, Torino 1999, vol. II, p. 1067 ss. Vedi, inoltre, C. CONSOLO, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche, in Arbitrato e pubblica amministrazione*, AA.VV. Milano 1999, p. 154 ss.

3. L'impugnazione del lodo

Anche il regime di impugnazione del lodo, dettato dall'articolo 413 quater del codice di rito civile, presenta caratteristiche tutte proprie e certamente non agevolmente riconducibili agli schemi classici individuati per l'arbitrato.¹⁰

Il legislatore nel prevedere la possibilità di impugnare il lodo arbitrale rituale sulla base dello schema dettato, per i casi di nullità, dall'articolo 828 c.p.c., comma primo, individuato un termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo ed aveva indicato come competente la Corte d'Appello nella cui circoscrizione "è la sede dell'arbitrato". Nella normativa prevista nella parte del secondo libro del codice di procedura civile relativo al processo del lavoro, viene indicato, invece, quale giudice competente, per decidere sull'impugnazione, "in unico grado il Tribunale, in funzione del giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato". Precisa, inoltre, l'ultima parte dell'articolo in esame che il ricorso, atto introduttivo del giudizio di impugnazione, deve essere depositato entro trenta giorni dalla notificazione del lodo arbitrale reso, il che, conseguentemente, comporta l'applicazione del termine lungo¹¹ di un anno per impugnare il lodo non notificato, (art. 828 c.p.c.) non essendo sufficiente la mera comunicazione resa dal collegio prevista dal punto d) del primo comma dell'articolo 412 ter c.p.c., ma ritenendosi necessaria la notificazione operata in base al dettato dell'articolo 330 c.p.c.

Nel tentativo di comprendere la esatta natura dell'arbitrato in esame, sintomatico appare il riferimento al giudice dell'impugnazione del lodo. Invero, se si fosse in presenza di un arbitrato realmente irrurale lo stesso potrebbe essere impugnato, come qualsiasi altro negozio, con un atto introduttivo di un giudizio (nel caso in esame trattandosi di un rito speciale l'atto introduttivo è il ricorso), dando luogo ad un processo ordinario mentre la regola dettata dal codice di rito per la impugnazione del lodo rituale è quella sopra individuata e prevista dal dettato dell'art. 828 c.p.c, primo comma, "davanti alla Corte d'Appello nella cui circoscrizione è la sede del arbitrato".

Nel caso in esame - come detto - il giudice indicato come competente per l'impugnazione è il tribunale, chiamato a giudicare "in un unico grado"; tale circostanza induce, ad alcune considerazioni: l'impugnazione del lodo determinando una processualizzazione della fase di gravame individua uno schema assai simi-

¹⁰ Vedi C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, Tomo II, p. 115 ss.

¹¹ Trattandosi di materia di lavoro non si applica, nel caso di specie, la sospensione feriale prevista dall'art. 1 della legge n. 742 del 1969.

le a quello dettato dall'articolo 828 c.p.c. per il lodo rituale; la seconda è relativa all'indicazione di competenza del tribunale quale giudice del gravame del lodo al riguardo è sintomatico che il testo dell'articolo 412 quater c.p.c. non abbia tenuto conto ai fini dell'individuazione della competenza del portato del decreto legislativo n. 51 del 1998, che ha posto fine alla figura del pretore, oppure considerando che il venir meno dell'ufficio giudiziario del pretore avrebbe gravato il giudice d'appello (Corte d'Appello) di un notevole carico di lavoro proveniente dai Tribunali circondariali ha deciso di lasciare presso questi ultimi, in unico grado, la competenza in materia di impugnazione del lodo arbitrale.

Preliminarmente, va ricordato, che con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 51 del 1998 il tribunale del lavoro è divenuto giudice di primo grado per le controversie relative ai rapporti di lavoro subordinato e parasubordinato, mentre il giudice di secondo grado è ora la Corte d'appello; in precedenza, sino al 30 giugno 1998, i giudizi del lavoro si svolgevano in primo grado davanti al pretore ed in grado d'appello presso il tribunale.

La nuova distribuzione delle competenze, conseguente all'abolizione della figura del pretore, ha portato sulla Corte d'appello, la cui collocazione sul territorio è assai meno capillare di quella dei tribunali, un notevole carico di lavoro concentrando tutti i giudizi di secondo grado del distretto presso un unico giudice, alla luce di questa considerazione è necessario valutare l'indicazione contenuta nell'articolo 412 quater del codice di rito, individuazione di competenza per l'impugnazione del lodo intervenuta in epoca pressoché coeva a seguito del dettato del decreto legislativo n. 80 del 1998, e presumibilmente dettata dal desiderio di evitare di concentrare presso la Corte di Appello distrettuale del lavoro un troppo gravoso carico di giudizi.

Prima di trarre dalle considerazioni sopra ricordate, alcune conclusioni è, in ogni caso, opportuno ricordare che, al di là delle indicazioni del giudice competente, la circostanza che il legislatore abbia voluto individuare un procedimento di impugnazione del lodo, da consumarsi in unico grado, avvicina questo tipo di procedura a quella rituale prevista dagli articoli 828 ed 829 c.p.c., che non alla

tipologia indicata dalla rubrica dell'articolo 412 ter c.p.c.

Tornando all'indicazione del giudice competente per l'impugnazione, operata dall'art. 412 quater c.p.c. in favore del tribunale (giudice di primo grado del rito del lavoro) e non della Corte d'appello, in analogia al procedimento previsto dall'art. 828 del codice di rito, per l'arbitrato rituale, la stessa induce a ritenere che il legislatore abbia voluto evitare di gravare la Corte d'appello di una ulteriore competenza nello stesso momento in cui essa veniva indicata come giudice del gravame di merito dei giudizi svoltisi nell'intero distretto¹²; non è, infatti, ipotizzabile un difetto di coordinamento tra il decreto legislativo numero 80 del 1998 ed il decreto legislativo n. 51 del 1998, anche se gli stessi sono stati varati da due diversi ministeri.¹³

In ogni caso - come detto - l'indicazione del giudice per l'impugnazione del lodo offre molti più elementi di analogia tra l'arbitrato in esame e quello rituale regolamentato dagli articoli 806 e seguenti del codice di rito.¹⁴

¹² Appare, però, evidente che l'indicazione del Tribunale, quale giudice per l'impugnativa del lodo arbitrale, priva questo giudizio della collegialità che ad esso avrebbe potuto assicurare la Corte d'appello.

¹³ Il decreto legislativo n. 80 del 1998 è stato predisposto dal dipartimento della Funzione pubblica, mentre il decreto legislativo n. 51 del 1998 è stato elaborato dal Ministero della Giustizia.

¹⁴ Cfr. L. SALVANESCHI, *Il nuovo arbitrato in materia di lavoro*, in Riv. dir. proc. 1999, p. 41.

4. L'esecutorietà del lodo

Un altro elemento che pone in dubbio la correttezza della qualificazione di arbitrato irrituale per le questioni in materia di lavoro subordinato contenuta nella rubrica dell'art. 412 ter c.p.c. è costituito dal procedimento di esecutorietà del lodo arbitrale.

È noto che il secondo comma dell'articolo 825 c.p.c. detta il procedimento di omologazione del lodo arbitrale rituale, cui deve dar corso la parte che intende dare esecuzione coattiva al lodo, utilizzando, in tal modo, la *vis coattiva*, propria del potere

giurisdizionale, inderogabile a norma del dettato dell'art. 102 della Costituzione, ma tale procedimento è utilizzabile quando vi sia un lodo arbitrale che sia stato

emesso sulla base di presupposti idonei a consentire quello che viene definito accertamento con prevalente funzione esecutiva,¹⁵ procedimento questo idoneo a realizzare, accanto alla efficacia vincolante per le parti (che ogni lodo ha, sin dal momento della sua emanazione e cioè dalla data dell'ultima sottoscrizione) anche la "efficacia esecutiva di sentenza" con l'eventuale possibilità di esecuzione coattiva del lodo.¹⁶

In tema di arbitrato in materia di lavoro subordinato, dunque, il dettato dell'articolo 412 quater c.p.c. nell'individuare una procedura di *exequatur*, basata sull'accertamento dei requisiti del lodo, offre all'analisi elementi di valutazione tali da far ritenere che l'arbitrato in esame sia riconducibile nell'alveo di quelli di carattere rituale piuttosto che qualificabile come irrituale.

Invero, l'aver voluto individuare per il lodo reso tra le parti un procedimento di omologazione, idoneo a determinare l'esecutorietà, equivale a voler sancire, ancora una volta, che i requisiti di procedimentalizzazione del lodo, da integrarsi ad opera della contrattazione collettiva, sono, nella sostanza i medesimi dettati del codice di rito per l'arbitrato rituale, tanto che il vaglio degli stessi e la conseguente possibilità di esecutorietà del lodo emanato vengono affidati al controllo formale del giudice ordinario chiamato evidentemente ad esaminare anche i requisiti di equità del procedimento arbitrale.

5. I poteri degli arbitri e l'atto amministrativo presupposto

La normativa in materia di "privatizzazione" del pubblico impiego ha lasciato in vita il limite interno alla giurisdizione del giudice ordinario dettato dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) in base al quale è fatto divieto al giudice ordinario di annullare l'atto amministrativo presupposto. Invero, la contrattualizzazione del pubblico impiego pur rivisitando la tematica del pubblico impiego ed i rapporti che legano i pubblici dipendenti alla Amministrazione datrice di lavoro non ha potuto e non ha voluto eliminare la "dicotomia" che sussiste, nell'ambito del pubblico impiego, tra il rapporto organico ed il rapporto di servizio. In base al primo il pubblico dipendente si immedesima nell'organo amministrativo e diviene parte integrante della macchina amministrativa, che, come è noto, è mossa da norme autoritative in cui ampio è il potere discrezionale dell'Amministrazione medesima; il secondo, invece, implica quel rapporto di subordinazione e di dipendenza che è propria di qualsiasi rapporto di lavoro subordinato.

L'intangibilità, quindi, delle norme discrezionali di organizzazione, facenti capo al rapporto organico, determina la necessità di una duplice tutela; nei confronti dell'atto amministrativo presupposto innanzi al giudice amministrativo, che ne è giudice naturale, e nei confronti del rapporto di servizio innanzi al giudice ordinario, che opera secondo lo schema dettato dagli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Il giudice ordinario, quindi, può soltanto, in base al dettato dell'art. 5 della legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, disapplicare l'atto amministrativo lesivo del diritto soggettivo del lavoratore, ma non può annullarlo. Al riguardo l'art. 63 del T.U. sul pubblico impiego (decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165), con il primo comma chiarisce che quando gli atti amministrativi sono "rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica se illegittimi" e puntualizza, ulteriormente, che "l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo".

Alla luce di tali considerazioni è possibile rilevare che l'unico profilo che è venuto meno, in base all'entrata in vigore delle norme relative alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, è quello inerente la pregiudizialità amministrativa pre-

¹⁵ Cfr. L. MONTESANO, *Privato e pubblico nella efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale*, in Riv. Arch. 1998, p. 10 ss.

¹⁶ Vedi in dottrina: C. PUNZI, *Disegno dell'arbitrato*, cit: Tomo I, p. 111 ss.; F. CARPI, *L'arbitrato*, commento al titolo VIII dal libro quarto del codice di procedura civile, Bologna 2001, p. 488 ss.

vista dal primo comma dell'art. 295 del codice di rito civile; mentre restano in piedi le regole che dettano il divieto di annullamento per il giudice ordinario dell'atto amministrativo presupposto.

In base a tali considerazioni è, ora, necessario verificare, in concreto, quali siano i poteri degli arbitri in materia di pubblico impiego nei confronti dell'atto amministrativo presupposto. Dalle osservazioni precedenti discende l'impossibilità per gli arbitri, che al riguardo hanno identici poteri rispetto a quelli assegnati dalla legge al giudice ordinario, di annullare l'atto amministrativo presupposto. Ne discenderebbe la logica considerazione che anche gli arbitri possono operare sulla base del criterio della disapplicazione dell'atto presupposto, quando esso è lesivo di diritti soggettivi inerenti al rapporto di lavoro, così come previsto dal dettato dell'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

Al fine di risolvere, però, in via definitiva detto tema occorre fermarsi ad esaminare il dettato dell'art. 819 del codice di rito civile che, con il primo comma, impedisce agli arbitri di occuparsi di questioni pregiudiziali. Questo divieto posto dal legislatore per gli arbitri deve, però, essere razionalizzato sia alla luce del disposto del primo comma dell'art. 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001, che in virtù della effettiva *ratio* del divieto. Invero, le questioni pregiudiziali a cui si riferisce l'art. 819 sono esclusivamente quelle previste dal dettato dell'art. 34 del codice di procedura civile e, a tale riguardo, la dottrina e la giurisprudenza costante, richiamano il procedimento previsto dall'art. 295 del codice di rito¹⁷, integrante la sospensione del giudizio arbitrale, in attesa dalla decisione sulla questione pregiudiziale.

In base a questa prima premessa occorre ricordare come il dettato del primo comma dell'art. 63 del T.U. in materia di pubblico impiego (decreto legislativo n. 165/2001) esclude la sospensione del giudizio civile in caso di eventuale pregiudizialità derivante dall'atto amministrativo presupposto; inoltre, nel caso in esame non ci troviamo in

presenza di ipotesi che implicano uno dei casi di pregiudizialità previsti dal dettato dell'art. 34 del codice di rito civile, bensì siamo in presenza di un limite interno alla giurisdizione del giudice ordinario, esistente da lungo tempo, che il legislatore del processo di privatizzazione del pubblico impiego (ordinario e delegato) ha, in ogni caso, inteso confermare.

Alla luce delle considerazioni, sin qui, svolte possiamo concludere che il divieto di annullamento dell'atto amministrativo presupposto del giudice ordinario si estende anche agli arbitri chiamati ad emanare un lodo in materia di pubblico impiego, in quanto il divieto contenuto nel primo comma dell'art. 819 c.p.c. non può essere invocato nel caso di specie, in quanto dalla normativa speciale che regola la presente materia (decreto legislativo 165/2001) deriva, l'impossibilità della sospensione di un giudizio civile e quindi anche del procedimento che si svolge innanzi agli arbitri, in caso di pregiudiziale derivante dall'atto amministrativo presupposto.

6. Analisi della normativa dettata con il contratto collettivo del 23 gennaio 2001

Gli articoli del contratto collettivo del 23 gennaio 2001, stipulato tra l'ARAN e le organizzazioni sindacali del pubblico impiego, regolano le procedure di conciliazione ed arbitrato in materia di rapporti di lavoro subordinato nell'impiego pubblico.

Si tratta di una previsione di carattere generale e sperimentale¹⁸ destinata ad essere integrata e/o sostituita dai successivi contratti collettivi di settore (art. 7).

Le premesse contenute nell'articolo uno del contratto in esame segnalano la volontà di individuare un "fattore di decongestione ed alleggerimento del circuito giudiziario in grado di garantire ai lavoratori pub-

¹⁷ Sul tema v. in dottrina G. LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino 1975, p. 90 ss. In Giur. v. la sentenza della Corte di Cass. 4 maggio 1981, n. 2702, in Giur. Civ. Mass., 1981, p. 1012.

¹⁸ Cfr. P. MATTEINI, *I profili organizzativi dell'arbitrato nel pubblico impiego*, in *L'arbitrato*, a cura del Forzè, Roma 2002, p. 23 ss.

blici ed alle amministrazioni una risoluzione veloce ed adeguata delle controversie di lavoro”, in questo contesto, però, sia il dettato dell’articolo 2 (facoltatività dell’arbitrato), che quello dell’articolo 7 (norma transitoria) tendono a limitare la

applicazione dello stesso e -nel rispetto della giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁹ - a ribadire la facoltatività della devoluzione agli arbitri della lite, in luogo della decisione del giudice togato che deve essere volontaria e non può integrare, per il lavoratore, alcuna imposizione.

L’articolo 3 individua la procedura per la scelta dell’arbitro (individuato come arbitro unico) proponendo un primo profilo di discrasia tra il contenuto del contratto collettivo ed il dettato dell’articolo 412 ter c.p.c. da cui trae legittimità e nel cui ambito deve essere ricondotto.

Invero, nell’articolo 412 ter, comma primo, lettera b, si legge che la contrattazione collettiva deve dettare le norme per la scelta del presidente e dei componenti del collegio e nel secondo comma dell’articolo del codice di rito si ribadisce il tema della pluralità di arbitri riferendosi appunto ai “collegi arbitrali permanenti”.

Nella previsione del legislatore non vi è, dunque, un arbitro unico, ma è chiaro il riferimento ad un collegio composto da una pluralità di arbitri.

Dato il carattere sperimentale del contratto, a più riprese affermato nel corpo dello stesso, appare opportuno, però, uno sforzo di integrazione della normativa al fine di evitare possibili nullità, le quali invece di assicurare la auspicata gestione “valoce ed adeguata della controversia” determinerebbero un evidente allungamento dei tempi del giudizio nell’incertezza della legittimità del mezzo arbitrale. Questo, però, non è il solo profilo di contrasto del C.C.N.L. del gennaio 2001 con il dettato degli articoli 412 ter e quater del codice di rito. Infatti, il dettato dell’articolo 4 del C.C.N.L. non sembra pienamente in linea con le indicazioni contenute nel codice di procedura civile inducendo ad una non certa confusione di ruoli tra il conciliatore e l’arbitro dando così luogo alla confusione tra due procedure che hanno caratteristiche e finalità diverse trattandosi nel primo caso di una procedura alternativa alla lite finalizzata al proseguimento dell’accordo tra le parti e nel secondo caso di una procedura alternativa alla risoluzione della lite

lasciate alla volontà delle parti di devolvere alla decisione arbitrale la soluzione di una lite.²⁰

Anche in relazione a questo tema è opportuno che in futuro si faccia maggiore chiarezza evitando, tra l’altro, la confusione dei ruoli di conciliatore ed arbitro onde evitare di imbattersi in procedure di dubbia costituzionalità.

Prescindendo da queste prime osservazioni relative a distonia riscontrabili tra la codificazione e la contrattazione collettiva è però sintomatico rilevare che in nessuno degli articoli del contratto si faccia carico alla natura dell’arbitrato in esame, anche se primi commentatori²¹ del contratto insistono nel qualificarlo come irrituale.

Invero, proprio il testo del dodicesimo come dell’art. 4 del contratto in esame “nel giudicare gli arbitri sono tenuti all’osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo” ed il dettato dell’ultima parte dell’articolo 2 “per l’impugnazione del lodo arbitrale si applica l’articolo 412 quater c.p.c.” induce invece a far ritenere che ci si trovi in presenza di un arbitrato rituale.

¹⁹ Cfr., da ultimo, Corte Cost. 13 aprile 2000, n. 115, in Riv. Arch. 2000, p. 275 ss., con nota di F. AULETTA, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato “obbligatorio”?*

²⁰ Vedi sul punto S. SATTA *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in Riv. Dir. Proc. Civ., 1939, I, p. 201 ss.; A. ROSSI v. *Conciliazione* (Diritto Processuale Civile) in Enc. Giur. Roma 1988, vol. VII, p. 2 ss.; ed ancora C. PUNZI, *L’arbitrato: fecondità e attualità dell’insegnamento di S. Satta*, lezione svolta presso l’Università di Cagliari, in occasione del centenario della nascita di Satta il 16 aprile 2003, in corso di pubblicazione in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 2003.

²¹ Vedi M. SALVATORELLI in *Il contenzioso nel lavoro pubblico*, in *L’arbitrato*, a cura del Foromez, cit., p. 15 ss.

7. Lo spazio residuo per arbitrato previsto dall'articolo 56 del D.LG. 165/2001

L'articolo 56 del decreto legislativo numero 165 del 2001 nel suo unico comma afferma che "se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposita procedura di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 66, con le modalità e con gli effetti di cui all'articolo 7, commi sesto e settimo, della legge 20 maggio 1970, n. 300". A sua volta l'articolo 7 dello statuto dei lavoratori ai commi 6 e 7 chiarisce "salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando le facoltà di adire l'autorità giudiziaria, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato, la costituzione, tramite l'Ufficio Provinciale del lavoro e della massima occupazione di un collegio di conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro. La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio".

"Qualora il datore di lavoro non provveda, entro dieci giorni dall'invito rivoltagli dall'ufficio del lavoro, a nominare il proprio rappresentante in seno al collegio di cui al comma precedente, la sanzione disciplinare non ha effetto. Se il datore di lavoro adisca la autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio".

Chiarito così le norme di riferimento è ora necessario verificare se, come sostiene una parte della dottrina,²² vi sia in concreto uno spazio di applicazione per questo arbitrato e come esso debba coordinarsi con la normativa generale in materia.

Appare evidente che l'analisi deve partire dall'individuazione della materia cui sono destinate le norme in esame, pertanto dal coordinamento disposto degli articoli 56 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e 7 della legge n. 300 del 1970, sopra richiamati, è evidente che la materia cui ci si riferisce è il pubblico impiego poiché il decreto legislativo n. 165 ha ad oggetto le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Ora poiché i destinatari della normativa dettata dall'art. 56 del d. lg. 165/2001 sono sostanzialmente gli stessi cui era destinato il contratto collettivo in materia di conciliazione ed arbitrato del 23 gennaio 2001 è da ritenere che nel campo del pubblico impiego non resti alcun ambito di applicazione della norma dettata dall'articolo 56.

Invero, le due sole categorie di soggetti cui ai quali non si applica il contratto collettivo del gennaio 2001 in attesa dall'attuazione delle deroghe previste dall'articolo 7 di esso sono da una parte i pubblici dipendenti non "privatizzati" individuati nel dettato dell'articolo 3 del decreto legislativo 165 del 2001²³ per i quali, però, non trova applicazione il dettato dello statuto dei lavoratori; e dall'altra i dipendenti privati cui non si applica - come detto - il decreto legislativo n. 165 del 2001.

In conclusione, quindi, non vi è allo stato della normativa alcun concreto margine di applicazione per la procedura arbitrale previsto dall'articolo 56 del testo unico in materia di pubblico impiego.

Pervenuti a questa conclusione è necessario fermare la nostra attenzione su due profili collaterali del tema.

Il primo riguarda la possibilità di devolvere in arbitri le controversie relative alle categorie di lavoratori dipendenti lasciate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il secondo inerente la necessità di adeguare la procedura dettata dal-

²² Vedi: B. CAPPONI, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo la riforma del 1998*, cit., p. 429 ss.

²³ L'Articolo 3 del D. Lgs. 165/2001 così recita: "*Personale in regime di diritto pubblico* (Art. 2, commi 4 e 5 del d. lgs. n. 29 del 1993, come sostituiti dall'art. 2 del d. lgs. n. 546 del 1993 e successivamente modificati dall'art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 80 del 1998). 1. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287. 2. Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in

attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti dalla legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421²⁴

8. L'arbitrato in materia di lavoro sportivo

l'articolo 7 della legge n. 300 del 1970 alla procedura di conciliazione preventiva prevista dall'articolo 410 bis del codice di rito. Riguardo alla prima considerazione non può sottrarsi alla autonomia negoziale delle parti che consente la possibilità di compromettere in arbitri le liti di lavoro neppure questo settore del pubblico impiego anche se la peculiarità del rapporto, integrante una intima dipendenza dalla pubblica amministrazione, è tale dallo sconsigliare almeno per il momento la sottrazione alla giurisdizione del giudice naturale, nel caso di specie il giudice amministrativo munito di giurisdizione esclusiva in materia (art. 8 della legge n. 205 del 2000).

In relazione al secondo profilo non può che invitarsi, *de iure condendo*, il legislatore ad integrare la normativa dettata dall'articolo 7 della legge n. 300 del 1970 con gli articoli del codice di rito civile che impongono l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di ammissibilità dell'azione.

L'articolo 4 della legge n. 91 del 1981²⁴, disciplina il rapporto di lavoro subordinato dello sportivo professionista. Invero, è quanto meno discutibile la qualifica di rapporto di lavoro pienamente subordinato in riferimento alle prestazioni sportive, dagli elementi che possono desumersi dalla analisi di tale prestazione lavorativa, molti sono i profili che ci consentono di inquadrare detto rapporto tra quelli più propriamente definiti di parasubordinazione e contenuti nell'indicazione resa dal punto n. 3 dell'art. 409 del codice di procedura civile.²⁵

Comunque, volendo prescindere dalla qualificazione di tale rapporto di lavoro, che ci porterebbe lontano dal tema esaminato con il presente lavoro, non può non ricordarsi come con il quinto comma dell'articolo 4 della legge in esame si inserisca un obbligo di definizione delle controversie concernenti l'attuazione del contratto, insorte tra la società sportiva e lo sportivo professionista, innanzi ad un collegio arbitrale. Chiarisce, infine, l'ultimo comma dell'articolo 4 che le controversie così insorte sfuggono alla regolamentazione dell'articolo 7 della legge del 20 maggio 1970, n. 300.

La costruzione giuridica attuata dalla legge 91/81 non può, però, non dare luogo ad alcune perplessità di ordine costituzionale, consentendo che alcuni rapporti di lavoro sfuggano, alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario per essere decisi esclusivamente da un collegio arbitrale.

Al riguardo non è possibile risolvere il problema minimizzandolo e ritenendolo che il "vincolo di giustizia può liberamente operare nell'ambito strettamente tecnico-sportivo e come tale è irrilevante per l'ordinamento dello Stato",²⁶ in quanto l'arbitrato in oggetto si occupa, comunque, di rapporti di lavoro subordinato e/o parasubordinato, che non possono, per il solo fatto di esplicarsi all'interno di una struttura sportiva, che aderisce ad una federazione, ritenuta dal decreto legislativo del 23 luglio 1999, n. 242 organismo di diritto privato, essere considerati di rango inferiore rispetto a tutti gli altri rapporti di lavoro.²⁷

Una possibile soluzione del problema può essere data distinguendo tra sanzioni di carattere disciplinare, che incidono esclusivamente nella sfera della prestazione sportiva, ad esempio la comminazione di una sanzione di squalifica, rispetto a quelle che, invece, incidono sul rapporto professionale determinando una ricaduta economica sullo sportivo professionista. In relazione a queste ultime sanzioni, infatti, non può prevedersi la decisione in virtù di un arbitrato obbligatorio, ma deve essere lasciato alle parti la possibilità di adire il giudice ordinario. Dovendo, comunque, qualificare l'arbitrato, in materia di rapporto di lavoro,

²⁴ Vedi, sul punto: C. COLANTUONI - M. VALCALDA, *La giustizia sportiva e l'arbitrato sportivo*, in *L'arbitrato profili sostanziali*, a cura di G. ALPA, cit., volume II, p. 1129 ss.

²⁵ In dottrina v. C. CECHELLA, *Giurisdizione ed arbitrato nella riforma della legge n. 91 del 1981 sullo sport*, in Riv. Dir. Proc. 1995, p. 846 ss.

²⁶ Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, Ordinanza 9 ottobre 1993, n. 536.

²⁷ Sul punto v.: M. SANINO, *Diritto sportivo*, Padova 2002, p. 467 ss.

²⁸ Cfr. Cass. 18 febbraio 1995, n. 1367, in *Le Società*, 1995, p. 951; in dottrina v. R. FRASCAROLI, voce *Sport*, in Enc. Dir., Milano 1990, vol. XLIII, p. 532 ss.

dello sportivo professionista, certamente lo stesso presenta le caratteristiche proprie della autonomia negoziale, anche se veicolata dalle clausole regolamentate dagli articoli 1341 e 1342 del codice civile,²⁸ che consentono di inquadrare l'arbitrato in parola tra quelli di carattere irrituale, non essendo peraltro prevista alcuna ipotesi di impugnazione innanzi al giudice ordinario, al riguardo non può considerarsi tale l'impugnazione davanti alla commissione arbitrale del CONI, né alcuna ipotesi di omologazione del lodo.

9. Un tentativo di razionalizzazione del tema

Con il disegno di legge 848bis, il Senato della Repubblica ha stralciato, in data 13 gennaio 2002, alcuni argomenti dal disegno di legge numero 848, relativo alla delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro, in particolare l'articolo 4 del disegno di legge 848bis si occupa dell'arbitrato nelle controversie individuali di lavoro, è sintomatico, al riguardo, che detto arbitrato non viene più definito, in alcuna parte del disegno di legge, come irrituale.

Invero, il primo comma dell'articolo 4 prevede una delega al Governo, su proposta del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro del Lavoro ed il Ministro della Funzione Pubblica, per emanare uno o più decreti legislativi "in materia di arbitrato nelle controversie individuali di lavoro, abrogando l'art. 412ter del codice di procedura civile e modificando parzialmente l'art. 412quater del medesimo codice... sostituendoli con disposizioni ispirate ai seguenti principi e criteri direttivi: a) natura volontaria della compromissione in arbitri delle controversie individuali di lavoro, direttamente ovvero ad opera delle associazioni rappresentative dei datori e prestatori di lavoro cui essi aderiscano o conferiscano mandato; b) forma scritta della clausola compromissoria contenente, a pena di nullità, il termine per l'emanazione del lodo, nonché i criteri per la liquidazione dei compensi spettanti agli arbitri; c) possibilità delle parti, in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, di affidare allo stesso conciliatore il mandato a risolvere in via arbitrale le controversie; d) superamento del divieto di compromettibilità in arbitri delle controversie individuali aventi ad oggetto diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi, affermandosi conseguentemente il lodo secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento; e) decadenza del collegio arbitrale allo spirare del termine di incarico senza emissione del lodo; f) alternatività fra risarcimento del danno con qualificazione interamente rimessa al collegio arbitrale e reintegrazione nel posto di lavoro, a discrezione del collegio arbitrale, in deroga a quanto previsto dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300; g) impugnabilità, in un unico grado e davanti alla Corte di Appello, del lodo arbitrale, soltanto per vizi procedurali; h) immediata esecutività del lodo, nonostante l'impugnazione proposta ai sensi della lettera g) a seguito del deposito presso la cancelleria del giudice; i) istituzione di collegi o camere arbitrali stabili, distribuiti su tutto il territorio nazionale."

Il disegno di legge delega, che attualmente non ha ancora ricevuto attuazione (mentre il 14 febbraio 2003 con il numero 30 è stata varata la delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro),²⁹ tende al superamento di alcuni profili critici in precedenza segnalati.

Quale prima considerazione, non esiste più - come detto - la definizione di irrituale dell'arbitrato in materia di lavoro ed anche se lo stesso non viene qualificato come rituale, molti degli elementi contenuti nell'articolo 4 sopra richiamato lasciano supporre che ci si trovi in presenza di un arbitrato rituale. Viene, inoltre, superato il divieto di compromettibilità in arbitri delle controversie individuali di lavoro, e viene indicato come giudice per l'impugnazione del lodo la Corte di Appello.

²⁹ In Gazz. Uff. 26 febbraio 2003, n. 47, serie generale.

Inoltre, deve essere rilevato come si segnali la necessità di legare con maggiore chiarezza al filtro della conciliazione anche il giudizio arbitrale.

Un profilo di indubbia criticità del disegno di legge delega è, però, rappresentato dalla possibile confusione che può ingenerarsi, a causa della non sufficiente distinzione tra conciliazione ed arbitrato, sulla base di quanto previsto al punto c) dell'articolo 4.

Invero, come ricordato in precedenza, è opportuno, al fine di una corretta utilizzazione dei due strumenti alternativi (ADR), che gli stessi vengano tenuti separati consentendo al conciliatore di rendere il proprio *concilium* in piena autonomia e non vincolandolo a possibili successive decisioni relative alle controversie nel caso di mancata conciliazione.

Al riguardo va ricordato come in più circostanze si sia raggiunto il buon esito della conciliazione quando il conciliatore viene svincolato da qualsiasi attività ed incidenza rispetto al successivo eventuale giudizio. Invero, il conciliatore può svolgere la sua funzione di autorevole compositore della lite, tendente ad ottenere attraverso il suo *concilium* la conciliazione delle parti che si trasforma in un negozio transattivi, tutte le volte in cui il suo compito si limita al consiglio reso. Pur con questi elementi di critica, il disegno di legge delega n. 848bis, presenta l'indubbio vantaggio del superamento delle incertezze prodotte dalla poco chiara formulazione degli articoli 412ter e 412quater del codice di procedura civile, ci consente di inquadrare senza più alcun dubbio, l'arbitrato previsto dal codice di rito, come rituale.

10. Conclusioni

L'arbitrato nei rapporti di lavoro subordinato e parasubordinato sia di privato, che di pubblico impiego, a differenza della originaria impostazione del codice di rito civile, ha oggi trovato concreta applicazione nell'ambito del nostro diritto. Ancora incerta, però, appare la qualificazione che il legislatore dà di esso.

In virtù di quanto emerge dal presente studio, è, però, possibile affermare che l'arbitrato in oggetto, la cui fonte è, comunque, rappresentata dall'autonomia negoziale (così come accade per qualsiasi altra ipotesi di arbitrato) integra una ipotesi di arbitrato rituale dove le regole del procedimento sono dettate dalla contrattazione collettiva, che in virtù di quanto disposto dall'ultima parte dell'art. 63 del decreto legislativo n. 165/2001 costituisce fonte autonoma dei rapporti di servizio del pubblico impiego ed analogamente costituisce fonte dell'autonomia contrattuale delle parti in materia di rapporti di diritto privato.