



Nuove tendenze del diritto processuale italiano

New trends in italian procedural law

Giorgio Constantino

Professor at Università Degli Studi Roma Tre, Italy.

Abstract: This short research analyses the new trends in Italian Procedural Law. First, it is important to notice the different rules of procedural law and the numerous acts that have been approved in the last century. Then, it will be analyzed the structure of procedures in which parties have the opportunity to bring every sort of evidence to court. Finally, we will evaluate the different objectives of enforcement proceedings.

Summary: 1. Introduzione. Le regole del processo e la frenesia legislativa – 2. L'esigenza della predeterminazione delle regole del processo – 3. La struttura dei processi a cognizione piena – 4. La funzione dei processi esecutivi; – 5. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE. LE REGOLE DEL PROCESSO E LA FRENESIA LEGISLATIVA

1.1. Il processo civile, in Italia, non gode di buona salute.

L'orgoglio di trovarsi qui nel ricordo di Enrico Tullio Liebman e di Ada Pellegrini a dare conto della delle tendenze del diritto italiano deve misurarsi con la frenesia legislativa, con l'ansia del potere politico di perseguire obiettivi di immagine, più che l'efficienza della giustizia civile.

Dopo aver dedicato attenzione alle questioni relative alla legittimazione ad agire e a contraddire e ai giudizi con pluralità di parti, alle controversie localizie e

alla esecuzione forzata, per circa dieci anni ho curato la *Rassegna di legislazione per la Rivista di diritto processuale*. Poi mi sono arreso ed ho orientato gli interessi di ricerca ai rischi di sommarizzazione della tutela di cognizione, alle impugnazioni, alla giurisdizione e alle procedure concorsuali.

È opportuno ricordare che, nel testo del codice convivono norme del 1940-42, del 1950, del 1973, del 1984, del 1990, del 1995, del 1998, del 2001, del 2005, del 2006, del 2008, del 2009, del 2010, del 2011, del 2012, del 2014, del 2015, del 2016 e del 2017, e che, quindi, attualmente, il codice è l'insieme di tessere di un mosaico, le figure del quale l'interprete è chiamato ad individuare¹.

1. Il codice di procedura civile, approvato con il r.d. 28 ottobre 1940, n. 1443, infatti, è stato modificato già il r.d. 18 dicembre 1941, n. 1368, che introdusse norme non meramente di attuazione, ma integrative della disciplina processuale. Ed altre non secondarie modifiche sono contenute nel r.d. 20 aprile 1942, n. 504, emanato un giorno prima l'entrata in vigore.

La l. 14 luglio 1950, n. 581, e il d.P.R. 17 ottobre 1950, n. 857, noti come la «Novella del 1950», contengono la prima, radicale riforma del codice.

La l. 11 agosto 1973, n. 533, nota come la «Novella del 1973» ha riformato il processo del lavoro, sul quale, dopo una sterminata serie di interventi legislativi, sono intervenute la l. 4 novembre 2010, n. 183, e la l. 28 giugno 2012, n. 92, fino al c.d. *job's act*, avviato con la l. 10 dicembre 2014, n. 183, ed attuato con il dd.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, 15 giugno 2015, n. 80 e n. 81, 14 settembre 2015, n. 148, n. 149, n. 150, n. 151.

La l. 30 luglio 1984 n. 399, tentò di rivitalizzare il giudice conciliatore, sostituito, con la l. l. 21 novembre 1991 n. 374, dal giudice di pace.

La l. 13 aprile 1988, n. 117, novellata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, ha regolato la responsabilità civile dei magistrati.

La «Novella del 1990» è contenuta nella l. 26 novembre 1990, n. 353, e nella l. 21 novembre 1991, n. 374, modificate ed integrate dai dd.l. 16 dicembre 1993, n. 521, 14 febbraio 1994, n. 105, 14 aprile 1994, n. 235, 18 giugno 1994, n. 380, 8 agosto 1994, n. 493, non convertiti in legge, e dal d.l. 7 ottobre 1994, n. 571, quest'ultimo convertito in l. 6 dicembre 1994, n. 673, nonché dai dd.l. 21 aprile 1995, n. 121, 21 giugno 1995, n. 238, 9 agosto 1995, n. 347, non convertiti in legge, e dal d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito in l. 20 dicembre 1995, n. 534.

In attuazione della legge delega prevista dalla l. 16 luglio 1997, n. 254, il d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, ha soppresso l'ufficio del pretore ed ha istituito il giudice unico di primo grado.

La l. 24 marzo 2001, n. 89, (ancora novellata dall'art. 1, comma 777, l. 28 dicembre 2015, n. 208) ha regolato l'equo indennizzo per durata irragionevole del processo, attribuendo la relativa competenza alla corte di appello, quale giudice di unico grado; ha anche modificato la disciplina del procedimento innanzi alla Corte di cassazione, oggetto di ulteriori successive riforme. L'art. 55, co. 1, lett. c-f), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, ha modificato gli artt. 3 ss. l. 24 marzo 2001, n. 89; ha previsto un procedimento di ingiunzione attribuito, per quanto riguarda la fase sommaria, al presidente della corte d'appello competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p. o, comunque, ad un giudice monocratico. La legge segna i confini dell'equa riparazione sulla traccia segnata dalla giurisprudenza della Cassazione e di quella della CEDU.

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha introdotto il «processo commerciale», poi abrogato dall'art. 54, co. 4, l. 18 giugno 2009, n. 69.

Diverse disposizioni riguardano il processo civile telematico (PCT).

Il primo regolamento sull'uso «di strumenti informatici e telematici nel processo civile» è stato emanato con il d.m. 13 febbraio 2001, n. 123; con d.p.c.m. 1 aprile 2008 e con il d.p.c.m. 13 novembre

Una delle più impegnative, seppur fastidiose, attività, infatti, consiste nel tentare

2014, sono state dettate le regole tecniche in riferimento al «Codice della amministrazione digitale»; l'art. 51 d.l. 25 giugno 2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, ha introdotto le notifiche in forma telematica secondo le tecniche previste per il PCT: la posta elettronica certificata (PEC), infine, è indicata quale strumento unico per le comunicazioni anche nel processo civile telematico (PCT). L'art. 4 d.l. 29 dicembre 2009, conv. in l. 22 febbraio 2010, n. 24, ha esteso agli uffici giudiziari da individuare con disposizioni di produzione secondaria quanto stabilito dall'art. 51 d.l. 25 giugno 2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133; ha aggiunto l'art. 149 *bis* c.p.c., sulle notificazioni per posta elettronica certificata (PEC); il co. 3 *bis* ha modificato l'art. 16 r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 (già modificato dall'art. 51 d.l. 25 giugno 2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133) ed ha stabilito che negli albi degli avvocati «è indicato, oltre al codice fiscale, l'indirizzo di posta elettronica certificata». L'art. 2 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha istituito «l'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR)»; l'art. 4 il «domicilio digitale»; l'art. 5 «il pubblico elenco denominato Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti». Un ulteriore impulso alla applicazione del PCT è stato dato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, in base al quale il processo telematico è diventato la regola generale. Con il decreto del 19 gennaio 2016, è stata prevista la notifica telematica degli atti e dei provvedimenti nel giudizio di Cassazione; questo è rimasto l'unico processo che si svolge in forma cartacea.

I limiti internazionali della giurisdizione sono regolati dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, nonché da numerose convenzioni internazionali.

Il Reg. UE n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 regola la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Ha sostituito il Reg. CE n. 44/2001. Prevede, tra l'altro, l'abolizione di ogni passaggio intermedio per il riconoscimento dell'esecuzione dei provvedimenti, l'estensione dei criteri di giurisdizione alle controversie nelle quali siano coinvolti soggetti estranei alla UE, il rafforzamento del principio di effettività, il miglioramento dei rapporti concernenti le discipline sull'arbitrato, un generale migliore coordinamento dei procedimenti innanzi ai giudici degli stati membri, il miglioramento dell'accesso alla giustizia per particolari specie di controversie e il chiarimento delle condizioni per la circolazione dei provvedimenti cautelari nello spazio giuridico europeo.

Il Reg. CE n. 1393/2007 del 13 novembre 2007 regola le notificazioni e le comunicazioni; il Reg. CE n. 1896/2006 del 12 dicembre 2006 ha istituito un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento; il Reg. CE n. 805/2004 del 21 aprile 2004, ha istituito il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati; il Reg. CE n. 1346/2000 del 22 maggio 2000 regola le procedure di insolvenza transfrontaliere; il Reg. CE n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 regola la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale; il Reg. CE n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 attua «cooperazione rafforzata» in materia di divorzio e di separazione personale dei coniugi.

Tra il 2005 e il 2006, sulla giustizia civile italiana si è scatenato uno *tsunami* di riforme. L'ondata riformatrice è stata avviata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, al quale hanno fatto seguito la l. 28 dicembre 2005, n. 263, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 271, non convertito in legge, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51, e la l. 28 febbraio 2006, n. 52.

Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha riformato la disciplina dell'arbitrato e il procedimento innanzi alla Corte di cassazione.

Lo *tsunami* è stato, in parte «corretto» dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, che costituisce un'ulteriore, rilevante «Novella».

Il d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, ha attuato la delega sulla «riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione» di cui all'art. 54 l. 18 giugno 2009, n. 69.

di risolvere le numerose questioni di coordinamento tra disposizioni ispirate a diverse

Il capo I contiene le disposizioni generali, tra le quali l'art. 4 sul mutamento di rito e l'art. 5 sulla «sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato»; nel capo II sono comprese le controversie regolate dal rito del lavoro di cui agli artt. 414 ss. c.p.c.; nel capo III quelle regolate dal procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.; nel capo IV quelle regolate dal processo ordinario di cognizione di cui agli artt. 163 ss. c.p.c.; il capo V contiene le abrogazioni e le modifiche delle disposizioni anteriori.

Appare opportuno ricordare che, al di fuori delle ipotesi menzionate nel capo III del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, l'utilizzazione del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c., è rimessa alla scelta della parte o al potere discrezionale del giudice: ai sensi dell'art. 702 *bis* ss., comma 1, c.p.c., infatti, «la domanda può essere proposta» e, ai sensi dell'art. 183 *bis*, c.p.c. (aggiunto dall'art. 14 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162), «il giudice ... può disporre». Il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c. costituisce, invece, l'unica forma di tutela esperibile in ciascuna delle fattispecie indicate nel capo III del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

Anche la legge sulla responsabilità medica (l. 8 marzo 2017, n. 24) ha imposto il procedimento sommario di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.

Con la l. 25 luglio 2005, n. 150, è stata approvata la riforma dell'ordinamento giudiziario, attuata con diversi decreti legislativi, modificati dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269, e dalla l. 30 luglio 2007, n. 111: il d.lgs. 16 gennaio 2006, n. 20, regola il conferimento degli incarichi direttivi; il d.lgs. 23 gennaio 2006, n. 24, ha modificato l'organico della Corte di cassazione; il d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, novellato dal d.lgs. 28 febbraio 2008, n. 35, ha istituito il Consiglio direttivo della Corte di cassazione ed ha riformato i consigli giudiziari; il d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26, riguarda la Scuola della magistratura e il tirocinio degli uditori giudiziari; il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 35, regola la pubblicità degli incarichi extragiudiziari; il d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, detta l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero; il d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, contiene le disposizioni sulla disciplina dei magistrati; il d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, regola l'accesso in magistratura e la carriera dei magistrati; il d.lgs. 25 luglio 2006, n. 240, contiene le regole sulla dirigenza degli uffici e sul decentramento del Ministero della giustizia. Sopravvive, tuttavia, il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, che contiene numerose disposizioni anche di immediata rilevanza processuale.

Con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con l. 24 marzo 2012, n. 27, sono state istituite le «sezioni specializzate in materia di impresa». La istituzione di questi uffici, operativi dal 20 settembre 2012, è stata disposta «senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche», indipendentemente da ogni valutazione sul tessuto economico e sui flussi di contenzioso, ma anche, banalmente, dal numero dei tribunali del distretto o della regione. Le sezioni specializzate sono mere articolazioni degli uffici presso i quali sono istituite e dovrebbero essere composte da «magistrati dotati di specifiche competenze». La portata precettiva della previsione sembra ridursi alla applicazione della regola per la quale la funzione sviluppa l'organo; in sede di prima applicazione, il significato della generica espressione legislativa è stato affidato alla organizzazione di ciascun ufficio.

L'art. 1, co. 1 - 5, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, ha realizzato la revisione delle circoscrizioni giudiziarie: i dd.lgs. 7 settembre 2012, n. 155, e n. 156, hanno soppresso 33 tribunali, 220 sezioni distaccate di tribunale e 667 uffici del giudice di pace. La riforma ha superato il vaglio di costituzionalità in riferimento alle diverse questioni da più parti sollevate. Attualmente, i tribunali, senza sezioni distaccate, sono 135 e gli uffici del giudice di pace 179.

Il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, ha istituito le «Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'UE»; con la modifica dell'art. 35 *bis* d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, ha previsto l'applicazione del rito camerale, in luogo del procedimento sommario di cognizione. La l. 7 aprile 2017, n. 7, ha introdotto «misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati».

rationes, nel tentativo di costruire un sistema, che certamente, per quanto riguarda la vigente normativa codicistica, non è un dato immanente.

Contro l'alluvione legislativa si sono espressi, con appelli rimasti inascoltati, l'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, l'Associazione Nazionale Magistrati, il Consiglio Nazionale Forense, l'Unione Camere Civili ed altri organismi rappresentativi della Avvocatura.

I tentativi di porre mano ad una riforma complessiva, riscrivendo interamente il codice di rito non hanno avuto alcun esito. Basti ricordare il «Progetto Liebman» (in *35° Quaderno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Milano, 1979), il «Progetto Tarzia» (in *Giur. it.*, 1988, IV, 257); il «Progetto Vaccarella», oggetto del d.d.l. C/XIV/4573; il «Progetto Proto Pisani» (in *Foro it.*, 2009, V, 1); il «Progetto Vaccarella», consegnato al ministro Severino il 1 dicembre 2013.

Questi progetti, tuttavia, avevano per oggetto soltanto la normativa codicistica.

Nessuno di essi ha proposto di inserire nel futuro codice, come si è fatto altrove, tutta la normativa sulla tutela giurisdizionale civile, ormai sparsa in un diluvio di leggi speciali.

In questa direzione era la *Relazione* presentata nella IX Legislatura, alla Commissione Giustizia del Senato dal sen. Nicolò Lipari, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 520 ss., e in *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1986, p. 318 ss.

Ogni riforma, tuttavia, non può prescindere dal contesto normativo.

Né può prescindere dai contributi della giurisprudenza, che, a sua volta, risente della elaborazione teorica.

1.2. È acceso ed intenso il dibattito sulle fonti e, in particolare, sulle regole del processo.

Il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, ha riformato la magistratura onoraria. La nuova disciplina della competenza entrerà in vigore il 31 ottobre 2021; alcune disposizioni il 31 ottobre 2025.

L'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, ha riformato la disciplina dell'appello e della cassazione.

Altre, non secondarie, modifiche della disciplina processuale sono contenute nel d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98.

Il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 117 ha aggiunto alla l. 26 luglio 1975, n. 354, l'art. 35 *ter* ed ha introdotto un nuovo procedimento a tutela dei detenuti.

Sono stati, quindi, emanati il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 1990, n. 114, intitolato «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari»; il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162, intitolato «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile».

Disposizioni di rilevanza processuale sono contenute nelle leggi di stabilità: l. 23 dicembre 2014, n. 190, e l. 28 dicembre 2015, n. 208; nonché nei c.d. decreti «mille proroghe»: d.l. 31 dicembre 2014, n. 192, conv. in l. 27 febbraio 2015, n. 11, e d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, conv. in l. 25 febbraio 2016, n. 21.

La disciplina del procedimento di legittimità, di cui agli artt. 360 ss. c.p.c., è stata ancora riformata dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197; in particolare dall'art. 1 *bis*, aggiunto con la legge di conversione.

La legge 22 maggio 2017, n. 81, in tema di lavoro autonomo, ha modificato gli artt. 409 e 634 c.p.c.

Queste sono state oggetto di analisi nel corso del XXXI Congresso A.I.S.P.C., a Padova, il 29 e 30 settembre 2017.

La pluralità delle fonti e la realizzazione di un sistema multilivello orientano l'attenzione, in generale, sulle fonti del diritto. Questo dibattito tuttavia non sempre tiene in debito conto l'insegnamento di un altro grande Maestro, che pure ha lasciato il Suo segno in questa parte del mondo; prescinde dalla distinzione tra «norma» e «testo» di Tullio Ascarelli, per il quale, appunto, la «norma» costituisce il risultato della interpretazione del «testo» delle disposizioni.

Ciascuna e tutte le disposizioni processuali debbono essere conformi agli artt. 3, 24 e 111 Cost., all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (richiamata dal Trattato sull'Unione Europea) e all'art. 6 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (CEDU). La conformità delle disposizioni processuali alla Costituzione, al diritto dell'Unione Europea e alla Convenzione sui diritti dell'uomo è garantita, rispettivamente, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di giustizia (Corte UE) e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

Ne consegue che, almeno sulla carta, questo è il migliore dei mondi possibili, perché non è mai esistito, nella storia dell'umanità, un momento nel quale fosse riconosciuto a tutti, cittadini e non cittadini, senza distinzione di sesso, razza, religione o altro, il diritto alla tutela effettiva e ad un processo giusto, ad ottenere «tutto quello e proprio quello che si avrebbe diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale» (G. Chiovenda).

In questo contesto, non è necessario il richiamo di Antigone alle «leggi non scritte». È la rivincita di Creonte. Se il mugnaio di *Saint Souci* poteva sperare che vi fossero giudici a Berlino, oggi chiunque non solo gode delle garanzie appena indicate, ma, se queste sono negate anche dal legislatore nazionale, può trovare tutela a palazzo della Consulta, alla Corte del Lussemburgo ed alla Corte di Strasburgo.

Se si volge lo sguardo al passato, questa constatazione può generare soddisfazione e gratitudine per il patrimonio di valori che le generazioni precedenti hanno trasmesso. Se si volge lo sguardo al presente, essa può generare sconforto, perché l'esperienza mette in evidenza le profonde contraddizioni tra i principi ed i valori formalmente riconosciuti e la realtà effettuale. Se si volge lo sguardo al futuro, tuttavia, può stimolare l'impegno a contribuire al superamento di queste contraddizioni.

1.3. Nella corrente XVIII Legislatura, dopo la riforma delle procedure concorsuali² e della tutela collettiva³, un'ulteriore proposta di riforma del processo civile è stata

2. La riforma delle procedure concorsuali è stata attuata con la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, seguita dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14; dovrebbe entrare in vigore nell'agosto 2020. La riforma del fallimento, regolato dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267, e delle altre procedure concorsuali era stata avviata con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80. Sono sopravvenuti il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con l. 23 febbraio 2006, n. 51. La riforma è stata, quindi, attuata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 6, seguito dal decreto «correttivo» 12 settembre 2007, n. 169. A quest'ultimo hanno fatto seguito il d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con l. 28 gennaio 2009, n. 2, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122, la l. 18 giugno 2009, n. 69, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134; il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221, il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98, il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con l. 21 febbraio 2014, n. 4, il d.l. 27

annunciata dal Ministro della giustizia già dall'estate del 2018, ma non è stata ancora formalmente presentata. L'intervento annunciato appare motivato, ancora una volta, da ragioni di mera immagine e, quindi, diretto soprattutto allo sviluppo dell'editoria giuridica e del turismo processuale.

La proposta induce a ribadire le perplessità già manifestate in riferimento ad interventi sulla disciplina processuale, che ignorano le esigenze strutturali della giustizia civile. Se il processo civile funziona in modo accettabile in alcune sedi e non in altre, appare ragionevole dubitare che la causa della inefficienza risieda nella normativa del processo e ritenere, invece, che sia necessario considerare i flussi di contenzioso ed assumere, in relazione a questi, provvedimenti conseguenti.

Essa induce anche e soprattutto a ribadire la necessità di una preventiva opera di «pulizia» complessiva della disciplina del processo, per eliminare le contraddizioni e le incrostazioni, determinate dalla frenesia legislativa.

1.4. Non sembra, tuttavia, che le calamità che affliggono il processo civile italiano assumano rilevanza in questa sede.

Nonostante la frenesia legislativa, grazie alla buona volontà degli studiosi e degli operatori, la giustizia civile in Italia, almeno in alcune sedi, funziona.

giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132, il d.l. 3 maggio 2016, n. 116, convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119, il d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. in l. 1 dicembre 2016, n. 225.

3. La l. 12 aprile 2019, n. 31, ha aggiunto, alla fine del codice, la nuova disciplina della tutela collettiva. Entrerà in vigore tra un anno.

La tutela collettiva è prevista per le «*associazioni di promozione sociale*» dall'art. 27 l. 7 dicembre 2000, n. 383, e, per le associazioni di imprenditori, dall'art. 2601 c.c. e dall'art. 8 d.lgs. 9 ottobre 2001, n. 231, nonché dall'art. 4 l. 11 novembre 2011, n. 180. E' anche prevista per gli organismi locali dei sindacati maggiormente rappresentativi a tutela della libertà e della attività sindacale dall'art. 28 l. 20 maggio 1970, n. 300; per le associazioni a tutela dell'ozono stratosferico dall'art. 14 l. 28 dicembre 1993, n. 549, e a tutela dell'ambiente, ai sensi dell'art. 310 del codice dell'ambiente di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; contro le discriminazioni razziali ed etniche dagli artt. 4 e 5 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, contro quelle in danno dei disabili dagli artt. 3 e 4 l. 1 marzo 2006, n. 67, contro quelle sessuali nei luoghi di lavoro, ai sensi dell'art. 37 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, regolate, quanto al rito applicabile, dall'art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. L'inibitoria a tutela dei consumatori è regolata dall'art. 140 del codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, al quale rinviano gli artt. 37 e 67 *noviesdecies* dello stesso codice, nonché l'art. 32 *bis* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. La legittimazione delle associazioni è anche prevista dagli artt. 1 ss. d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, «*per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*».

La tutela collettiva risarcitoria è disciplinata dall'art. 140 *bis* dello stesso codice del consumo, nel testo modificato dall'art. 49, co. 1, l. 23 luglio 2009, n. 99; è in vigore dal 1 gennaio 2010, ai sensi dell'art. 23, co. 16, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102; si applica «*agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore*», ai sensi dell'art. 49, co. 2, l. 23 luglio 2009, n. 99. Ai sensi dell'art. 6 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, in luogo della previsione per la quale i diritti al risarcimento dei danni devono essere «*identici*», si è stabilito che devono essere «*omogenei*».

Può, allora essere utile, nel ricordo dei Maestri e degli insegnamenti trasmessi, ricordare alcuni punti fermi che dovrebbero essere tenuti presente anche dall'improvvido legislatore in riferimento alla struttura del processo di cognizione e alla funzione di quello di esecuzione e ad indicare alcuni obiettivi che appaiono meritevoli di essere perseguiti.

2. L'ESIGENZA DELLA PREDETERMINAZIONE DELLE REGOLE DEL PROCESSO

2.1. Le regole del processo sono considerate un elemento essenziale del «giusto processo».

L'art. 111, comma 1, Cost. (novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) stabilisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

La previsione di regole del processo predeterminate e preventivamente conosciute o conoscibili dagli utenti costituisce la *ratio* dei processi a cognizione ed a contraddittorio pieni.

È diffusa l'opinione secondo la quale la previsione di forme più rapide e più semplici per l'attuazione del contraddittorio e per la cognizione del giudice non dovrebbe escludere la possibilità di accedere ad un processo «regolato dalla legge», ma l'accelerazione dei processi non può dipendere dall'estro del giudice. L'uguaglianza delle parti e degli utenti della giustizia civile presuppone regole uniformi e predeterminate; chi invoca giustizia ha il diritto di conoscere preventivamente le regole del gioco.

Appare, pertanto, doveroso reagire ai tentativi diretti a far sì che la tutela dei diritti sia attuata mediante un processo privo di regole, semmai qualificando ipocritamente le relative ipotesi come cognizione piena in considerazione della idoneità al giudicato dei provvedimenti conclusivi.

Già nella Relazione al codice del 1940, si era messo in evidenza (§ 15) che «la chiarezza e la lealtà dei dibattiti sarebbe messa in pericolo se le parti e i loro patroni non potessero conoscere in anticipo con sicurezza quale sarà lo svolgimento del processo che si inizia; e troppo pericoloso sarebbe consentire alla discrezione del giudice la soppressione di qualsiasi forma di procedimento, perfino di quelle che sono state considerate in ogni tempo come garanzia essenziale o insopprimibile d'ogni giudizio».

Tradizionalmente si ritiene che i procedimenti sommari abbiano la funzione di ripartire diversamente l'onere di sopportare i tempi ed i costi del processo ordinario: normalmente tale onere incombe a chi lamenta la lesione di un diritto; l'anticipazione della tutela fa sì che esso ricada sull'altra parte. Ma, in riferimento alla frenesia legislativa, questa spiegazione non si manifesta rispondente alla realtà.

Numerose controversie, infatti, sono interamente affidate all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice, mediante l'attribuzione a questo del potere di regolare il

processo «nel modo che ritiene più opportuno»⁴. Più numerose sono le controversie regolate dal rito camerale: ai diversi procedimenti camerali in materia di famiglia e di tutela dei minori ed a quelli nell'ambito delle procedure concorsuali, si aggiungono quelli in tema di immigrazione. Ai sensi degli artt. 737 ss. c.p.c., il procedimento in camera di consiglio è introdotto con ricorso, il giudice può assumere informazioni e si conclude con decreto. Questa evanescente disciplina deve essere riempita di contenuti dall'interprete.

Nonostante quanto previsto dall'art. 111, comma 1, Cost., in tutte queste ipotesi, la regolazione del processo è affidata alla discrezione del giudicante, senza alcuna possibilità di accedere ad un modello processuale con regole predeterminate, come avviene nelle altre ipotesi in cui è prevista la cognizione sommaria.

Anche nel procedimento arbitrale, l'attribuzione al giudicante del potere discrezionale di regolare il processo è rimessa alla scelta delle parti, che, consapevolmente, ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c., possono omettere di stabilire «le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento» e, quindi, possono consapevolmente affidare agli arbitri la «facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio ... nel modo che ritengono più opportuno». Nell'arbitrato amministrato, ai sensi dell'art. 832 c.p.c., le regole del processo sono quelle del regolamento arbitrale.

Nelle ipotesi nelle quali è imposto il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* c.p.c. o è previsto il procedimento camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. in materie contenziose, invece, la trattazione del processo è affidata all'estro del giudicante. Questi è tenuto comunque ad osservare le garanzie fondamentali, ma può farlo secondo la propria interpretazione; in assenza di regole predeterminate, non sono censurabili, o lo sono a maglie larghissime, gli *errores in procedendo*.

4. Il procedimento sommario di cognizione, oltre che per scelta delle parti o del giudice nelle cause attribuite alla competenza del tribunale in formazione monocratica e regolate dal rito ordinario, ai sensi degli artt. 702 *bis*, comma 1, e 183 *bis* c.p.c., infatti, si applica alle controversie «di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria», ai sensi dell'art. 8, co. 3, l. 8 marzo 2017, n. 24; e si applica quale unica forma di tutela, senza possibilità di conversione del rito, alle controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato, ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 1.9.2011, n. 150; all'opposizione al decreto di pagamento di spese di giustizia, ai sensi dell'art. 15 dello stesso decreto e, quindi, anche all'opposizione avverso i decreti di rigetto e di inammissibilità delle istanze di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nonché a quelle avverso i decreti di revoca; a diverse controversie in materia di immigrazione, specificatamente indicate dagli artt. 16, 17, 18 e 19 *bis* dello stesso decreto; all'opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 21; a diverse controversie elettorali menzionate negli artt. 22, 23 e 24; alle controversie sulla illecita diffusione del contenuto di intercettazioni telefoniche ai sensi dell'art. 25 dello stesso decreto; all'impugnazione dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai e dei giornalisti ai sensi degli artt. 26 e 27; alle controversie in tema di discriminazioni ai sensi dell'art. 28; all'opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità ai sensi dell'art. 29; alle controversie in materia di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento, ai sensi dell'art. 30.

In considerazione di ciò, in alcuni uffici giudiziari, la materia è oggetto di linee guida o di protocolli; l'efficacia vincolante di queste disposizioni di *soft law* è oggetto di attenzione. Dove sono state emanate o concordate, esse garantiscono almeno la trasparenza e la preventiva conoscenza delle regole del gioco.

In questa prospettiva, non appare meritevole di essere condivisa la qualificazione di tali ipotesi come casi di cognizione piena, confondendo il dover essere con l'essere ovvero affermare l'inammissibilità di deroghe al diritto alla prova ovvero la limitazione degli spazi per l'esercizio dei diritti di azione e di difesa. Lo svolgimento del processo, pur destinato a concludersi con un provvedimento idoneo al giudicato, è comunque affidato all'estro del giudicante, senza possibilità di accesso ad un modello con regole predeterminate, nell'ambito del quale può essere contestata e censurata la violazione delle norme processuali.

2.2. Queste scelte legislative sono state ritenute legittime dal Giudice delle leggi e questo indirizzo è stato condiviso dalla Corte di cassazione⁵.

L'una e l'altra Corte, tuttavia, nel dichiarare inammissibili, infondate o manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale, spesso non hanno mancato di richiamare all'osservanza delle garanzie fondamentali del processo, ma si tratta di mere esortazioni, con un'efficacia minore delle sentenze interpretative di rigetto.

-
5. Basti ricordare, a mero titolo esemplificativo, giacché si tratta di affermazioni ricorrenti, che, per Corte cost. 2. Luglio 1970, n. 142, «il giudizio conclusivo non può essere basato su supposizioni o su congetture»; Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1 (in *Foro it.*, 2003, I, 423), ha ritenuto inammissibile la questione sottoposta al suo esame, «in considerazione del potere del giudice di interpretare la normativa impugnata in senso conforme a Costituzione», ed ha aggiunto che, «quanto alle eventuali prassi distorsive, esse si risolverebbero in errori cui rimediarebbe in sede di reclamo il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza»; ugualmente Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 10 (in *Giur. cost.*, 2013, 239), ha concluso per l'inammissibilità, perché «il giudice remittente non si è fatto carico di individuare una possibile interpretazione delle norme censurate idonea a superare i dubbi di costituzionalità». A sua volta, Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629 (in *Foro it.*, 1996, I, 3070), ha ricordato che «una parte della dottrina processualcivilistica è saldamente attestata nel ritenere la legittimità del procedimento ordinario utilizzato anche per rapporti non contenziosi, ma dubita della legittimità del procedimento camerale (o volontario) avente ad oggetto controversie su diritti o addirittura su *status*»; ma ha ribadito che «il ricorso al procedimento camerale anche in tema di tutela giurisdizionale di diritti soggettivi o di *status* non impedisce l'osservanza del diritto di difesa e non preclude la possibilità che la relativa disciplina si conformi alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, purché siano assicurati la garanzia del contraddittorio e l'esperibilità di ogni mezzo di prova, in modo da consentire alle parti di far valere tutte le loro ragioni»; e che «la recente produzione normativa ... non toglie che ... lo stesso legislatore ordinario debba rispettare quel minimo di garanzie procedurali in funzione della struttura del rapporto in contestazione»; Cass., sez. un., 28 luglio 2004, n. 14200 (*id.*, 2005, I, 777), per la quale «la giurisdizione camerale ... si è gradualmente trasformata ... in un contenitore neutro ... la celerità e la semplicità di forme non possono mai pregiudicare, i diritti delle parti; in particolare, il diritto alla prova e la facoltà di prova, per la cui tutela giurisdizionale soccorrono, salvo specifiche disposizioni di legge, i principi che regolano il processo a cognizione piena».

Nuovi orizzonti in relazione alla sindacabilità vuoi della previsione di modelli processuali deformalizzati, vuoi della individuazione dei soggetti che possono goderne o che debbano subirle sono stati aperti da Corte cost. 19 aprile 2018, n. 77, nella parte in cui ha ritenuto sindacabile la discrezionalità del legislatore ordinario nel dettare norme processuali e, in particolare, nel regolamentare le spese di lite.

In questo senso, peraltro, non mancano, pur sporadici, precedenti⁶.

La speranza di applicare le regole del «giusto processo» alle frenetiche e talvolta contraddittorie riforme della disciplina processuale, può essere frustrata da un recupero del *self restraint* della Corte, contro il quale appare doveroso impegnarsi, affinché trovino applicazione anche nelle controversie attualmente affidate all'estro del giudicante i principii del giusto processo, che deve essere «regolato dalla legge» e deve garantire il «contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale».

2.3. Il menu fisso della tutela giurisdizionale dei diritti comprende la tutela a contraddittorio e a cognizione pieni, la tutela cautelare e gli strumenti di realizzazione coattiva dei diritti. Appare anche doverosa la previsione dell'arbitrato. È utile, ma non

6. Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 665 c.p.c., Corte cost. 14 giugno 1973, n. 94, non si è fermata alla discrezionalità del legislatore, ma ha richiamato l'istituto della condanna con riserva delle eccezioni: ha ritenuto ragionevole l'anticipazione della formazione di un titolo esecutivo a favore del locatore, perché questi dispone di una prova scritta del diritto al rilascio. Con una decisione additiva, Corte cost. 4 maggio 1984, n. 137 (in *Foro it.*, 1984, I, 1775), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 648 c.p.c. nella parte in cui escludeva la discrezionalità del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, se il creditore opposto avesse offerto cauzione. In considerazione della assenza di rimedi contro l'uno e contro l'altro provvedimento, queste pronunce sono prive di rilevanza pratica. Esse indicano, tuttavia, un criterio di giudizio, pretermesso dalla prevalente giurisprudenza costituzionale. In altre ipotesi la Corte è entrata nel merito delle scelte processuali con pronunce espressamente additive: Corte cost. 28 novembre 1986, n. 250 (*id.*, 1987, I, 1), e Corte cost. 6 giugno 1989, n. 317 (*id.*, 1989, I, 2388), hanno integrato le previsioni di cui all'art. 292 c.p.c., per quanto riguarda gli atti da notificare al contumace. Corte cost. 29 giugno 1995, n. 285 (*id.*, 1995, I, 2323), 20 marzo 1998, n. 69 (*id.*, 1998, I, 1352), e 18 giugno 2003, n. 211 (*id.*, 2003, I, 2217), hanno imposto l'osservanza dell'«ordine cronologico delle fatture» ovvero dei pagamenti quale presupposto per la impignorabilità dei crediti delle pubbliche amministrazioni. In relazione alla terzietà ed indipendenza del giudice, oggetto della Raccomandazione CM / Rec (2010) 12 (<https://bit.ly/2KEcx7y>), il Giudice delle leggi, con la decisione 15 ottobre 1999, n. 387, non ha ritenuto necessaria l'estensione al processo civile della nozione di «incompatibilità» prevista dall'art. 34 c.p.p., ma, in base ad una interpretazione estensiva dell'art. 51, n. 4, c.p.c., ha ritenuto «non arbitraria la diversa scelta di garantire la imparzialità-terzietà del giudice nel processo civile solo attraverso gli istituti dell'astensione e ricusazione» e, ancora, con una pronuncia interpretativa di rigetto ma additiva, ha rinviato ai meccanismi tabellari. In linea con questa decisione, il legislatore ha applicato la regola prevista dall'art. 669 *terdecies*, co. 2, c.p.c. per il reclamo cautelare, alle opposizioni agli atti esecutivi, con l'art. 186 *bis* disp. att. c.p.c., nonché ai reclami contro i provvedimenti del giudice delegato al fallimento ed ai giudizi da quest'ultimo autorizzati, con l'art. 25, co. 2, l.f. Sennonché le indicazioni di questa pronuncia e l'adesione ad essa del legislatore sono state smentite da Corte cost. 13 maggio 2015, n. 78, in relazione all'opposizione nel procedimento speciale per i licenziamenti.

è necessaria, la previsione della tutela sommaria non cautelare. Ma quest'ultima non può essere sostitutiva della cognizione piena.

In relazione alle tutele di cognizione, dunque, si può ritenere che la tendenza del diritto italiano è nel senso di garantire la predeterminazione delle regole del processo, contro la frenesia legislativa, diretta, invece, alla sommarizzazione e alla frammentazione dei riti, nella consapevolezza che la pluralità dei modelli processuali favorisce gli esercizi di tetrapiloctemia, ma non garantisce l'efficienza della giustizia.

Una prossima occasione di dibattito e di approfondimento di questo primo fondamentale aspetto è prevista per il 17 dicembre 2019, in occasione della XXXI *Giornata di studio della Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, con i contributi di Michele Taruffo, di Paolo Biavati, di Antonio Carratta, di Marco De Cristofaro, e di Stefania Pellegrini.

3. LA STRUTTURA DEI PROCESSI A COGNIZIONE PIENA

3.1. Se il processo «giusto» deve essere regolato dalla legge, appare utile considerare la struttura dei processi regolati a contraddittorio e a cognizione pieni.

Ogni processo di cognizione, quale che sia la disciplina, si snoda attraverso una serie di passaggi obbligati, che non possono essere pretermessi. La normativa può fissare diversi tempi e scadenze, può concentrare o diluire le diverse attività; non può ignorarle.

In primo luogo, sono necessarie alcune verifiche formali.

Quanto previsto dall'art. 183, comma 1, c.p.c. nel processo ordinario di cognizione riflette esigenze generali, operanti in tutti i processi. In ogni processo, anche in quelli cautelari e nei procedimenti camerale, il giudice è tenuto a verificare la regolarità del contraddittorio e, se occorre, a disporre l'integrazione, a rilevare la nullità degli atti introduttivi, ad ordinare la regolarizzazione della costituzione in giudizio e a dichiarare la contumacia delle parti non costituite.

Compite queste attività, che non richiedono un autonomo e specifico *spatium deliberandi*, il passaggio successivo consiste nella definizione del *thema decidendum*, ossia nella individuazione dei fatti rilevanti ai fini del decidere, ovvero dei termini della controversia.

Tale attività presuppone la tradizionale opera di ricognizione della fattispecie.

A seconda del rapporto dedotto in giudizio o della pretesa fatta valere, tale attività può essere più o meno complessa, perché implica una analisi degli elementi costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Si tratta, comunque, di un'attività fisiologica, diretta a scomporre la fattispecie per individuarne i singoli elementi costitutivi.

Un primo momento valutativo è, quindi, possibile già in base alla mera prospettazione dell'attore; indipendentemente dalla strategia difensiva del convenuto,

il giudice è tenuto a verificare la sufficienza o l'idoneità dei fatti costitutivi allegati dall'attore a fondare la pretesa dedotta in giudizio.

Le strategie di difesa del convenuto possono consistere nella negazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore ovvero nella contestazione della idoneità di essi a fondare il diritto fatto valere; nella allegazione di fatti estintivi, modificativi ed impeditivi e nella proposizione di domande riconvenzionali.

La prima attività consiste nelle mere difese ed assume rilevanza, in relazione alle conseguenze collegate alla inosservanza dell'onere di contestazione, soprattutto in riferimento alla pianificazione della istruzione probatoria.

La seconda implica la allegazione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi: talvolta è sufficiente l'allegazione del fatto, altre volte occorre una espressa dichiarazione di volontà di avvalersene, cosicché soltanto la parte, non anche il giudice, può rilevarli.

Il terzo momento valutativo, relativo alla idoneità dei fatti costitutivi a fondare il diritto affermato e alla rilevanza dei fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, è quello più complesso e delicato nella gestione delle attività processuali e nella direzione del processo.

L'attività istruttoria è meramente eventuale: è possibile omettere l'accertamento dei fatti costitutivi, allorché questi non siano comunque idonei a costituire fondamento del diritto o allorché sussistano fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, non contestati o di facile accertamento.

Costituisce principio generale, espressione di un orientamento consolidato, quello per il quale il Giudice deve dare la precedenza alla «ragione più liquida», cioè a quella che consenta la più rapida conclusione della vicenda processuale, anche in deroga all'ordine logico delle questioni.

La giurisprudenza afferma senza contrasti che, in applicazione del principio della «ragione più liquida», la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre: in questo senso, tra le ultime, è Cass. 21 novembre 2018, n. 30100, per la quale «in applicazione del principio processuale della “ragione più liquida” - desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost. (Sez. Un, Sentenza 8 maggio 2014 n. 9936) deve esaminarsi anzitutto il motivo di ricorso suscettibile di assicurare la definizione del giudizio».

Questo orientamento fa assurgere a principio generale la regola espressa dall'art. 187, commi 2 e 3, c.p.c., per il quale il giudice, se ritiene presumibilmente fondata una questione pregiudiziale di rito avente carattere impediente ovvero una questione preliminare di merito avente carattere assorbente, dichiara la causa matura per la decisione e il processo viene definito prima di esaminare il merito della controversia.

Nello stabilire se la causa sia matura per la decisione prima dell'accertamento dei fatti costitutivi controversi e indipendentemente dai risultati della istruzione probatoria ad essi relativa, il giudice è tenuto ad una prognosi della presumibile ed apparente

infondatezza della domanda o della fondatezza delle eccezioni proposte, ossia della presumibile ed apparente insussistenza dei fatti costitutivi o della loro inidoneità a fondare il diritto affermato e della presumibile ed apparente sussistenza dei fatti estintivi, impeditivi e modificativi allegati dal convenuto e, quindi, della sufficienza di questi ultimi a fondare il rigetto della domanda, indipendentemente dall'accertamento dei fatti costitutivi.

L'esperienza, tuttavia, indica che, sovente, tali possibilità non vengono colte.

Non sono infrequenti i casi in cui, nonostante la manifesta infondatezza della domanda o la manifesta fondatezza delle eccezioni proposte dal convenuto, il processo prosegue per l'accertamento dei fatti costitutivi e addirittura si apra e si svolga l'istruzione probatoria su tali fatti e, al momento della decisione, tale attività si riveli affatto inutile.

La possibilità di definire immediatamente le controversie nelle quali si pongano questioni preliminari di rito aventi carattere impediente, di rigettare subito le domande manifestamente infondate, di evitare l'accertamento dei fatti costitutivi in presenza di questioni preliminari di merito aventi carattere assorbente, costituisce un potere-dovere del giudice in ciascun modello processuale.

L'attenzione tradizionalmente dedicata alla fase introduttiva dei processi di cognizione riflette l'esigenza di realizzare un effetto deflattivo, definendo le controversie *in limine litis*, anche mediante la rinuncia a resistere ad una pretesa manifestamente fondata ovvero a coltivare una pretesa presumibilmente infondata o, comunque, mediante una conciliazione.

Quest'ultima appare più probabile, se l'esito è prevedibile, ma, se l'esito è incerto, il processo sarà coltivato fino all'esaurimento di ogni possibilità.

3.2. Non essendo possibile incidere sui flussi in entrata, l'impegno riformatore si è orientato su quelli in uscita, in base all'ovvio presupposto che è più semplice definire una causa correttamente impostata, piuttosto che cercarne il bandolo in un fascicolo farraginoso.

La disciplina dei processi a cognizione piena ha avuto diverse varianti: dal «*procedimento sommario*» del 1901, al codice del 1940, alle Novelle del 1950, del 1973, del 1990/1995 e del 2005/2006.

Il codice del 1940, nel suo testo originario, imponeva uno sbarramento alla prima udienza, ma consentiva la costituzione del convenuto in quella occasione, cosicché quel sistema non avrebbe mai potuto funzionare, essendo evidentemente necessario concedere all'attore uno *spatium temporis* per replicare alle difese del convenuto e a quest'ultimo un ulteriore termine per definire la propria posizione.

Con la Novella del 1950, le preclusioni furono previste in riferimento alla udienza di precisazione delle conclusioni, senza alcuna distinzione tra attività diretta alla individuazione del *thema decidendum* e attività istruttoria, cosicché questa aveva un oggetto obiettivamente incerto e, sovente, si rivelava inutile.

Uno dei punti fermi dell'ampio dibattito sull'argomento, che precedette la riforma del 1990/1995, riguardava appunto la necessità di prevedere uno scambio di scritture preparatorie della trattazione orale della causa, anche semplicemente mediante la previsione della obbligatorietà della costituzione anticipata delle parti rispetto all'udienza: «ciò che conta veramente non è tanto l'accelerazione "in assoluto", quanto il fatto che il processo, magari a costo di una pausa iniziale, sia posto in condizioni di non partire col "piede sbagliato" di una udienza di mero rinvio» (così la *Risoluzione sul tema "misure per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile", con riferimento al d.d.l. governativo presentato sull'argomento nella decorsa legislatura e in vista di eventuali iniziative*, approvata dal C.S.M. il 18 maggio 1988, in *Foro it.*, 1988, V, 249 ss.).

Con le modifiche del 1995, è stata introdotta l'udienza di prima comparizione di cui all'art. 180 c.p.c.

Ai problemi ed alle questioni suscitati da quella modifica ha tentato di porre rimedio la riforma del 2005/2006, che ha sostituito alla uggiosa cadenza 180-183-184 quella, altrettanto uggiosa, di 30+30+20.

3.3. La tendenza più recente, come si è rilevato, è nel senso di rinunciare alla regolazione del processo e di attribuire ai giudici il potere di regolarne l'andamento «nel modo che ritengono più opportuno».

Senonché il processo «giusto», ai sensi dell'art. 111 Cost., è quello «regolato dalla legge».

La distinzione tra controversie semplici e complesse ovvero tra controversie in puro diritto o meramente documentali e controversie la cui definizione dipende da una consulenza tecnica o che implicano una articolata fase istruttoria, richiama esperienze maturate in ordinamenti diversi da quello italiano. Richiama anche risalenti esperienze realizzate in alcuni tribunali italiani, nei quali le cause erano divise in tre gruppi: quelle di puro diritto o documentali, quelle la cui definizione dipendeva da una consulenza tecnica e quelle che richiedevano prove costituenti; le prime erano indirizzate alla immediata decisione; nelle seconde, oggetto della discussione nella prima udienza, era la determinazione dei quesiti da sottoporre al consulente e si rinviava la compiuta definizione del *thema decidendum* all'esito della consulenza; soltanto nelle terze si fissavano termini per la articolazione dei mezzi istruttori non richiesti negli atti introduttivi.

Già nella relazione del 1940, si era rilevato che «il codice si è ispirato al principio della adattabilità (o, come anche autorevolmente fu detto, della elasticità) del procedimento: ad ogni tappa del loro *iter* processuale le parti e il giudice trovano dinanzi a sé, proposte dalla legge alla loro scelta, molteplici strade e sta a loro scegliere, secondo i bisogni del caso, la via più lunga o le scorciatoie [...] la legge, invece di costruirlo tutto d'un pezzo, lo ha costruito come un congegno composto di pezzi smontabili e tra loro variamente combinabili, che sta alla sensibilità delle parti e alla saggezza del giudice rimontare caso per caso nel modo più conforme ai fini sostanziali della giustizia [...] il giudice istruttore deve per prima cosa eliminare dalla discussione il troppo e il vano, e

se non riesce a conciliare le parti su tutti i punti, ridurre la controversia a quelle poche questioni essenziali che hanno veramente bisogno di esser decise».

Nella richiamata *Risoluzione sul tema “misure per l’accelerazione dei tempi della giustizia civile”*, i passaggi erano così indicati: «1) per l’attore, allegazione nell’atto introduttivo, a pena di decadenza, dei fatti storici posti a fondamento della domanda; 2) per il convenuto, allegazione nella comparsa di risposta, a pena di decadenza, dei fatti storici modificativi, impeditivi ed estintivi; e, sempre a pena di decadenza, proposizione delle eccezioni in senso stretto di merito e di rito, nonché proposizione di domande riconvenzionali; 3) costituzione del convenuto anticipata rispetto all’udienza, pena la decadenza di cui al punto 2); 4) in prima udienza, possibilità per l’attore di allegazione di fatti storici nuovi correlati alle domande ed eccezioni del convenuto e per entrambe le parti, previa autorizzazione del giudice, possibilità, ferme le allegazioni dei fatti storici, di modificare le domande, eccezioni e conclusioni formali; 5) termini perentori, correlati alla data della seconda udienza, fissata dal giudice, per la produzione e richiesta dei mezzi di prova, nonché ulteriori termini perentori (sempre correlati come momento, alla seconda udienza) per la formazione di prova contraria alla prova altrui; 6) discussione e decisione, nella seconda udienza, sull’ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova richiesti; 7) nel caso in cui vengano disposti d’ufficio mezzi di prova, concessione di un termine alle parti per dedurre le prove che si rendono in relazione a ciò, necessarie; 8) possibilità di superare in corso di causa le preclusioni maturate (sia in punto di allegazioni e di eccezioni che in in punto di prove) soltanto per motivato provvedimento del giudice, che accerti la forza maggiore o il fatto dell’avversario; 9) adeguamento della tecnica degli interventi e delle chiamate alla struttura della fase introduttiva del giudizio, come sopra delineata».

3.4. Con le precisazioni prima indicate, questo è il modello adottato dal processo ordinario di cognizione, ma, in una serie di controversie ritenute più semplici⁷, l’operatività delle preclusioni è anticipata al momento della costituzione in giudizio e al deposito degli atti introduttivi.

Non è chiaramente prevista e costituisce oggetto di dibattito la possibilità che la controversia sia definita alla prima udienza, in assenza di questioni formali che ne impongano il rinvio, ovvero nel caso in cui l’attività istruttoria non sia stata chiesta o se

7. Si tratta delle controversie di lavoro di cui all’art. 409 c.p.c., di quelle previdenziali di cui all’art. 442 c.p.c., di quelle locative di cui all’art. 447 *bis* c.p.c., di quelle agrarie di cui all’art. 11 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, delle opposizioni ad ordinanza-ingiunzione di cui all’art. 6 dello stesso decreto, al verbale di accertamento di violazione del codice della strada di cui all’art. 7 dello stesso decreto, a sanzione amministrativa in materia di stupefacenti di cui all’art. 8 dello stesso decreto, ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato di cui all’art. 9 dello stesso decreto, delle controversie in materia di applicazione delle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali di cui all’art. 10 dello stesso decreto, nel testo novellato dall’art. 17 d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di registro dei protesti, di cui all’art. 12 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, dell’opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato di cui all’art. 13 di questo stesso decreto.

si manifesti superflua, anche in considerazione di questioni pregiudiziali di rito aventi carattere impediente o di questioni preliminari di merito aventi carattere assorbente.

Appare, tuttavia, ragionevole ritenere che, se non occorre assumere prove costituende, vuoi perché non richieste, vuoi perché ritenute inammissibili o irrilevanti, il processo può essere definito già nella prima udienza, come prevedono, sulla carta, il primo periodo dell'art. 183, comma 7, e l'art. 420 c.p.c., al fine di evitare il rischio che, che sia disposto sempre, senza alcuna valutazione preventiva, lo scambio di memoria integrative, e sia ancora riprodotta la sequenza 180-183-184 ovvero quella 30+30+20, ovvero ancora quella memoria+memoria, in base all'art. 420, comma 6, c.p.c.

Piuttosto che rinunciare a regolare lo svolgimento del processo e, in particolare, la fase introduttiva, appare, dunque, doveroso continuare ad operare al fine di sventare la prassi di non consultare il fascicolo, di limitarsi a fissare termini per memorie integrative degli atti introduttivi, di ammettere ogni attività richiesta e di riservarsi una lettura degli atti soltanto al momento della decisione, che, in questo modo, diventa, come sovente si ripete, il collo di bottiglia.

3.5. In relazione ai processi a contraddittorio e a cognizione pieni, dunque, la tendenza del diritto italiano, dunque, è, da tempo, nel senso di favorire l'immediata determinazione del *thema decidendum*, lasciando spazio alla dibattito sul conflitto di interessi sostanziali, che è l'unico che interessa gli utenti del processo.

Sulla determinazione delle forme e dei termini, in base ai quali ciò possa o debba avvenire, il dibattito è aperto.

Un'ultima occasione di vivace confronto su questi temi si è avuta il 27 e il 28 settembre 2019, a Messina, nel XXXII Convegno Nazionale della Associazione Italiana tra gli Studiosi del Processo Civile (AISPC) su «*Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*»: sulle relazioni di Angelo Castagnola, di Roberto Martino, di Giuseppe Miccolis e di Renato Rordorf si è aperto un vivace dibattito, al quale ha fatto seguito la tavola rotonda, con i contributi di Carmine Punzi, di Salvatore Boccagna, di Marco Gradi, di Luca Passanante e di Roberto Poli.

4. LA FUNZIONE DEI PROCESSI ESECUTIVI

4.1. In relazione alla esecuzione forzata, appare opportuno ribadire che il processo esecutivo, *et quidem* i processi di espropriazione, costituiscono esercizio di giurisdizione.

Non possono avere cittadinanza le ricorrenti suggestioni alla degiurisdizionalizzazione della espropriazione. Le notizie relative all'affidamento alla malavita dell'attività di recupero crediti da parte di imprese indicano i rischi sottesi a questa prospettiva.

La realizzazione coattiva dei crediti è un'attività riservata allo Stato nell'esercizio della giurisdizione.

Essa deve godere, e non può non, tutte le garanzie della giurisdizione.

Costituisce esercizio di sovranità nella piena osservanza delle previsioni legali, ai sensi degli artt. 1 e 101, commi 1 e 2, Cost, e deve essere esercitata attraverso un percorso che deve essere «giusto», ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost.

Anche qualora si volesse prescindere dalle disposizioni costituzionali, peraltro, costituisce principio elementare dello Stato di diritto che l'uso della forza è riservato allo Stato.

Già nella Relazione al codice del 1865, infatti, si rilevava che «la esecuzione forzata è tra le parti più rilevanti della legislazione, perché presenta difficoltà gravi sia d'ordine privato e pubblico, sia d'ordine economico. Assicurare, da una parte, il diritto del creditore; mantenere dall'altra, il rispetto dovuto alla condizione e agli interessi del debitore; regolare l'uso della forza, sì che diventi ausiliatrice e compimento del diritto; conciliare le garentie del credito e le garentie della proprietà, rendendo armonico il loro concorso a costituire e svolgere la pubblica ricchezza: tali sono i precipui problemi a sciogliere».

Per la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), «l'esecuzione di un giudizio deve essere considerato come facente parte integrante del processo ai sensi dell'articolo 6 [...]. Dato che l'esecuzione è la seconda fase della procedura di merito, il diritto rivendicato non trova la sua realizzazione effettiva che nel momento dell'esecuzione»: così CEDU, 21 dicembre 2010, Gaglione, <http://bit.ly/V558jg>.

Non può, pertanto, essere condiviso il brocardo per il quale *jurisdiction in sola notione consistit*.

In Italia, residui di un antico passato sopravvivono nell'art. 475, comma 3, c.p.c., per il quale la spedizione del titolo esecutivo implica l'apposizione della formula: «Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che ne siano richiesti e a chiunque spetti, di mettere a esecuzione il presente titolo, al pubblico ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi quando ne siano legalmente richiesti»⁸.

8. La previsione non riesce applicabile agli atti amministrativi, dotati di autonoma efficacia esecutiva, nonché agli atti ed ai provvedimenti formati in altri paesi della Unione Europea, pure dotati di autonoma efficacia esecutiva. In relazione ai primi, l'art. 229 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, dispone che «il potere del pretore di rendere esecutivi atti emanati da autorità amministrative è soppresso e gli atti sono esecutivi di diritto»; inoltre, per i crediti che possono realizzati mediante ruolo, le disposizioni che attribuiscono efficacia esecutiva ad atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni si prestano ad essere lette nel senso che quei documenti consentono la formazione dei ruoli. In relazione ai secondi, l'art. 256 del Trattato sull'Unione europea, dispone che «le decisioni del Consiglio o della Commissione che importano, a carico di persone che non siano gli Stati, un obbligo pecuniario costituiscono titolo esecutivo; e tanto il Reg. CE 21 aprile 2004, n. 805, quanto il Reg. UE 12 dicembre 2012, n. 1215, attribuiscono immediata efficacia esecutiva agli atti ed ai provvedimenti espressamente menzionati. Cosicché l'esercizio dell'azione esecutiva in base agli uni e agli altri non richiede che sull'atto o sul provvedimento sia apposta la formula esecutiva di cui all'art. 475, co. 3, c.p.c.

La mancanza di quest'ultima, quando prevista determina una «irregolarità» del titolo esecutivo, denunciabile con l'opposizione agli atti esecutivi, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., ma si è giustamente ritenuto che, «in base ai principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire, il debitore opponente non può limitarsi, pena l'inammissibilità dell'opposizione, a dedurre l'irregolarità formale in sé considerata, ma ha l'onere di indicare quale concreto pregiudizio ai diritti tutelati dal regolare svolgimento del processo esecutivo essa abbia cagionato» (così Cass. 12 febbraio 2019, n. 3967). Poiché appare improbabile che la mancata apposizione della formula prevista dall'art. 475 c.p.c. sia fonte di uno specifico pregiudizio per l'esecutato e poiché è comunque difficile dimostrarne l'esistenza, si può prendere atto della pratica irrilevanza della formula esecutiva, residuo di un antico passato, e ribadire che *jurisdictio non in sola notione consistit*.

4.2. La realizzazione coattiva dei crediti, quale esercizio di giurisdizione, si attua attraverso un processo. Questo, a sua volta, è instaurato mediante l'esercizio dell'azione.

Elementi dell'azione sono le parti, le ragioni, ovvero la *causa petendi*, e l'oggetto, ovvero il *petitum*.

L'oggetto mediato dell'azione esecutiva per espropriazione consiste nella soddisfazione del credito. Questo è il «bene della vita», al quale tende chi la esercita.

L'oggetto immediato ovvero il provvedimento richiesto mediante l'esercizio dell'azione esecutiva, tuttavia, ai sensi dell'art. 2910, comma 1, c.c., consiste nella trasformazione in danaro dei beni del debitore: «Il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore, secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile».

L'oggetto immediato dell'azione esecutiva non può consistere nella soddisfazione del credito, perché questa deve fare i conti con il principio della *par condicio creditorum*, per il quale, ai sensi degli artt. 2740 e 2741 c.c., il patrimonio del debitore è a garanzia di tutti i creditori e questi possono soddisfarsi nel rispetto delle cause di prelazione, che sono l'unico criterio per determinarne l'uguaglianza o la disuguaglianza.

Il diritto al concorso, nel rispetto delle cause di prelazione, esclude che alcuno possa soddisfare coattivamente il proprio credito, al di fuori delle regole del processo: le eccezioni, infatti, riguardano i crediti collocati al di sopra di tutti gli altri, come quelli del creditore pignoratizio e di quelli titolari di privilegi speciali mobiliari, ai sensi dell'art. 2797 c.c. e dall'art. 53 l.f., nonché dall'art. 152 c.c.i. di cui al d.lgs. 12 febbraio 2019, n. 14. Questa è la *ratio* della previsione per la quale l'art. 669 *duodecies* c.p.c. stabilisce che «l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli artt. 491 e seguenti in quanto compatibili».

Il processo esecutivo per espropriazione è unitario; comincia con il pignoramento, ai sensi dell'art. 491 c.p.c. e si conclude, se tutto va bene, con la distribuzione del ricavato. Nonostante quanto previsto dall'art. 2910, comma 1, c.c., si può ritenere, quindi, che l'oggetto immediato dell'azione esecutiva consista non soltanto nella

trasformazione in danaro dei beni del debitore, ma anche nella partecipazione alla, eventuale, distribuzione della somma ricavata.

Le ragioni dell'azione esecutiva ovvero la *causa petendi* si esauriscono nel possesso di un titolo esecutivo, che è considerato, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., condizione necessaria e sufficiente per l'esercizio dell'azione.

Da tempo, ormai, si è preso atto che le «parti», come tali legittimate all'esercizio dell'opposizione alla esecuzione e dell'opposizione agli atti esecutivi, ai sensi degli artt. 615 e 617 c.p.c., non sono soltanto i soggetti nominativamente indicati nel titolo esecutivo, i «successori», menzionati nell'art. 475, comma 2, c.p.c. e gli «eredi», considerati nell'art. 477, comma 1, c.p.c. La legittimazione alla proposizione delle opposizioni è stata riconosciuta anche a coloro nella sfera giuridica dei quali si manifestano gli effetti esecutivi.

4.3. L'azione esecutiva, gli elementi della quale sono stati sinteticamente ricordati, come quello di ogni azione, è esercitata in un processo.

Il processo esecutivo, ai sensi dell'art. 484, comma 1, c.p.c., è diretto da un giudice.

A questo, l'art. 175 c.p.c., espressamente richiamato, attribuisce «tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento».

L'attribuzione al giudice del potere di direzione del processo trova la sua *ratio* nella varietà di percorsi previsti per il processo esecutivo.

Quest'ultimo è un binario con molti scambi.

L'esercizio dei poteri del giudice è successivo nei procedimenti speciali, nei quali la disciplina non presenta variabili, e consiste nel controllo della osservanza delle previsioni legali. Nella riscossione coattiva, che, ai sensi degli artt. 45 ss. d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, è un binario senza scambi, il giudice ha il compito di verificare *ex post* il rispetto della legge.

Il processo ordinario di espropriazione immobiliare comincia con il pignoramento.

Depositati gli atti nella cancelleria del giudice dell'esecuzione, questi viene designato ed è formato il fascicolo d'ufficio.

Il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 559 c.p.c., può sostituire il debitore quale custode dell'immobile pignorato. Ai sensi dell'art. 560 c.p.c., vuoi nel testo anteriore, vuoi in quello novellato dall'art. 4, comma 2, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in l. 11 febbraio 2019, n. 12, può disporre, in base ai requisiti e alle condizioni previsti dai diversi testi della disposizione, la liberazione dell'immobile. Presentata l'istanza di vendita e la documentazione ipocatastale o la certificazione notarile, ai sensi dell'art. 567 c.p.c., il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 569, comma 1, c.p.c., nomina un esperto e ne determina i compiti ai sensi dell'art. 173 *bis* disp. att. c.p.c.

All'udienza fissata per la vendita, si aprono diverse possibilità.

Il giudice dell'esecuzione, infatti, ai sensi dell'art. 569, comma 4, c.p.c., dispone la vendita con modalità telematiche «salvo che sia pregiudizievole per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura»; ai sensi del comma 3 dello

stesso articolo, dispone la vendita con incanto, soltanto «quando ritiene probabile che la vendita con tale modalità possa aver luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene»; ai sensi dell'art. 591 *bis*, commi 1 e 2, c.p.c., delega ad un professionista «il compimento delle operazioni di vendita», a meno che «ravvisi l'esigenza di procedere direttamente ... a tutela degli interessi delle parti».

La vendita dell'immobile, quindi, può avvenire in forma telematica o digitale, senza incanto o con incanto; ad essa può provvedere direttamente il giudice o può delegarne il compimento ad un professionista.

La disciplina positiva orienta verso la vendita delegata, senza incanto e telematica; quest'ultima, a sua volta, può essere asincrona, sincrona e sincrona mista, ma non sono escluse, in base ai presupposti e alle condizioni specificatamente indicati, diverse soluzioni. La scelta, in ogni caso, deve essere motivata, ed è sindacabile, nel merito, in sede di opposizione agli atti esecutivi.

La trasformazione in danaro dei beni del debitore, che l'art. 2910, comma 1, c.c. indica quale oggetto immediato dell'azione esecutiva per espropriazione, è un'attività giurisdizionale, ma è, allo stesso tempo, una attività economica, che implica una professionalità imprenditoriale ai sensi degli artt. 2082 e 2195 c.c.

L'esercizio di un'attività di impresa implica la flessibilità delle scelte e la variabilità di esse in funzione dell'adozione di quella più conveniente.

Il legislatore del 1940 aveva dichiarato di essere consapevole di queste esigenze.

Nella Relazione (§ 31), infatti, si era affermato : «Come il giudice istruttore nel processo di cognizione, così il *giudice dell'esecuzione* (art. 484) sta al centro del processo esecutivo, per dirigere, coordinare, stimolare le attività degli interessi che vi partecipano. [...] Il nuovo Codice, ammettendo accanto alla vendita all'incanto [...] la vendita degli immobili senza incanto (art. 570 e segg.) ed ammettendo altresì in certi casi l'assegnazione al creditore dei beni pignorati (art. 505), ha cercato di dare al processo esecutivo quella scioltezza e quella adattabilità di forme che permetterà, secondo le circostanze, di trovare nella espropriazione quello stesso rendimento economico che potrebbe essere raggiunto sul mercato attraverso le intese tra privati. La diretta ingerenza che il giudice dell'esecuzione avrà nelle trattative, la possibilità che egli avrà di mettere a profitto in ogni momento la consulenza degli interessati e la loro esperienza pratica di affari, faranno sì che questi nuovi mezzi di liquidazione ora adottati dal Codice possano essere messi in opera col massimo dei vantaggi e senza gli inconvenienti ai quali potrebbero dar luogo se non si svolgessero con appropriate cautele e sotto il controllo dell'autorità. [...] L'ordinamento delle vendite giudiziali anziché a favorire l'interesse del creditore o quello contrapposto del debitore, deve sopra tutto tener presente le supreme esigenze della pubblica economia, la quale, mentre da un lato considera la perfezione dei meccanismi esecutivi come una garanzia del credito e come un motivo per accrescere la fiducia nelle contrattazioni, dall'altro non potrebbe tollerare un sistema di espropriazione che pur di arrivare a soddisfare

il creditore disperdesse i beni espropriati e distruggesse i cespiti della ricchezza nazionale».

L'esperienza ha dimostrato che l'applicazione della disciplina non è stata conforme alle aspirazioni del legislatore del 1940.

Nella maggior parte dei casi, il giudice dell'esecuzione non ha diretto, coordinato e stimolato le attività degli interessati: non ha utilizzato la scioltezza e la adattabilità di forme che avrebbero permesso di trovare nella espropriazione quello stesso rendimento economico che potrebbe essere raggiunto sul mercato attraverso le intese tra privati; i nuovi mezzi di liquidazione non sono stati messi in opera col massimo dei vantaggi.

Il giudice dell'esecuzione non ha, per lo più, svolto un'attività di impresa per trasformare in danaro i beni del debitore.

Alcuni giudici, tuttavia, lo hanno fatto.

Quei modelli sono stati recepiti dal legislatore e sono stati imposti come preferenziali.

La sostituzione del debitore quale custode dell'immobile è stata imposta quale regola. È stata prevista, in base a presupposti parzialmente diversi, la liberazione dell'immobile. Sono stati predeterminati i criteri di nomina dei professionisti delegati, che possono coincidere con gli esperti nominati prima della vendita, e ne sono stati specificati i compiti. Si è stabilito che la vendita forzata immobiliare, di regola, deve svolgersi senza incanto, che deve essere delegata, che deve svolgersi in forma telematica.

Nelle procedure concorsuali, volontarie e giudiziali, la scelta del percorso è interamente affidata alla discrezionalità degli organi liquidatori. La disciplina positiva si limita a prevedere l'uso di «procedure competitive». Sono, infatti, in questo senso l'art. 107, comma 1, l.f. e l'art. 216, comma 2, c.c.i., l'art. 14 *novies* l. 27 gennaio 2012, n. 3, nonché l'art. 60, comma 2, del codice antimafia di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

4.4. Il sistema che faticosamente emerge dalle ripetute ondate delle frenetiche riforme legislative suscita ragionevoli dubbi sulla efficienza del processo espropriativo immobiliare secondo gli auspici del legislatore del 1940.

Può essere, allora, utile considerare in una diversa prospettiva le questioni relative al processo di espropriazione e, in particolare, a quello di espropriazione degli immobili.

Sul piano positivo, l'obiettivo del processo esecutivo consiste nella realizzazione del credito. Questo risultato è perseguito mediante la trasformazione in danaro dei beni del debitore.

Quest'ultimo, in base al titolo esecutivo, è obbligato al pagamento. Ogni questione relativa all'esistenza o all'ammontare del credito e della corrispondente obbligazione è estranea al processo esecutivo. L'aggettivo «certo» di cui all'art. 474 c.p.c. è applicato a titoli esecutivi che implicano accertamenti di diversa intensità. La portata precettiva

di esso consiste nel precludere al giudice dell'esecuzione e agli organi del processo esecutivo ogni valutazione sull'esistenza del diritto di credito. Nell'ambito del processo esecutivo è comunque «certo» il diritto risultante dal titolo, vuoi nel caso in cui questo sia una sentenza passata in giudicato, vuoi in quello in cui sia un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo o una scrittura privata.

Nell'ambito del processo esecutivo, gli interessi del creditore, o dei creditori, e del debitore coincidono o dovrebbero coincidere. Tutti hanno interesse a che i beni siano trasformati in danaro nel modo più vantaggioso, perché i creditori possono così sperare nella soddisfazione del proprio credito e il debitore di liberarsi dell'obbligazione. Appare contrario agli interessi di tutti la svendita dei beni a prezzo vile, perché i creditori non ottengono quanto loro dovuto e il debitore si trova privato dei beni ed ancora obbligato al pagamento.

Eppure sovente è quello che succede. Si considera fisiologico che un primo bando non abbia offerenti e che debba essere ripetuto ad un prezzo più basso. Il che induce a sospettare che quel bando non fosse corretto e, comunque, a dubitare della efficienza del processo esecutivo.

Nell'ambito di una attività commerciale, un'offerta che non trova compratori e che deve essere più volte ripetute non è una buona offerta.

Appare ragionevole ritenere che vi sia qualcosa che non funziona.

Si ritiene che gli utenti del processo esecutivo siano prevalentemente le banche. Ma, nell'ambito dei processi esecutivi, gli utenti sono prevalentemente le società cessionarie dei crediti ai sensi dell'art. 58 del testo unico bancario (t.u.b.) di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, perché la ristrutturazione del sistema bancario ha consentito alle banche di liberarsi dei crediti «in sofferenza» e di distinguere l'attività diretta alla raccolta del risparmio e alla erogazione dei finanziamenti da quella diretta al recupero dei crediti.

Quest'ultima non è più, ormai, un'attività bancaria. È esercitata da imprese che si dedicano esclusivamente ad essa. E sovente svolgono anche attività di intermediazione immobiliare. Hanno acquistato i crediti per un valore inferiore al loro importo e sono interessate all'acquisizione degli immobili per rivenderli sul mercato.

Nell'ambito delle procedure concorsuali, sono favorite, sia dalla legislazione vigente sia dal codice della crisi d'impresa, le soluzioni concordate della crisi rispetto al fallimento o alla liquidazione giudiziale o controllata, ma i principali interlocutori nelle prime non sono più le banche che hanno erogato i finanziamenti, ma le società cessionarie dei crediti, che non hanno alcun potere di concedere finanziamenti. I dati statistici indicano una rilevante sproporzione tra concordati liquidatori e concordati in continuità, ed una più rilevante sproporzione tra concordati chiesti e concordati eseguiti; il rapporto tra i primi ed i secondi si aggira tra il 10-20% e il 90-80%. E non rileva, in questa proporzione, quella tra i concordati chiesti e quelli omologati, che è intorno al 70%. Ciò che occorre considerare è il risultato finale, non la speranza dei creditori.

Non appare, allora, infondato il sospetto che l'interesse dei principali utenti del processo esecutivo non consista nella liquidazione dei beni al maggior prezzo.

Sull'opposto versante, i debitori delle banche e dei cessionari dei crediti di queste ultime sono soggetti che hanno ricevuto finanziamenti superiori alle proprie possibilità e che non sono stati in grado di trasformare in danaro i propri beni prima che fossero aggrediti con il pignoramento.

Tra gli attori di questa complessa vicenda, non possono essere pretermessi i professionisti delegati e le società che gestiscono le vendite telematiche.

La diffusione della delega ha fatto emergere una classe trasversale di professionisti, dediti ad una attività diversa da quelle tradizionali dei notai, degli avvocati e dei dottori commercialisti ed ha aperto un nuovo mercato informatico.

I conflitti più aspri si manifestano sulla sospensione, non dell'esecuzione, ma dell'efficacia esecutiva del titolo. Iniziato il processo esecutivo, il debitore ha solitamente perduto ogni possibilità di ricevere credito.

Se si considera il processo esecutivo, non solo quello singolare, in una prospettiva diversa da quella deducibile dalla analisi dei dati positivi e dalle intenzioni espresse dal legislatore, la situazione si presta ad essere assimilata alla cattura di una preda nella foresta. Una volta azzannata con il pignoramento, il conflitto riguarda la spartizione delle spoglie e la vittima non manifesta alcun interesse a questo aspetto.

4.5. Il contemperamento degli interessi in gioco, di quelli deducibili dalla disciplina positiva e di quelli inespressi ma comunque presenti nel processo esecutivo, dovrebbe essere compiuto dal giudice.

Senonché, tranne alcuni casi, assunti a modello come prassi virtuose, il giudice dell'esecuzione non ha né una formazione, né un interesse per lo svolgimento di un'attività di impresa diretta alla trasformazione in danaro dei beni pignorati.

La risposta del sistema alla inerzia dei giudici dell'esecuzione ad assumere il ruolo e le funzioni già enunciate nella relazione al codice di rito, è stata nel senso della produzione di disposizioni di produzione secondaria, di linee guida, di circolari, di protocolli.

La diffusione del processo civile telematico ed il ruolo assunto dalle società che curano la gestione delle vendite ha determinato l'accoglimento di prassi applicative uniformi, almeno all'interno di ciascun ufficio. Nei siti internet di ciascun tribunale sono reperibili i moduli delle ordinanze di vendita telematiche, senza incanto, con la delega al professionista.

Il Consiglio Superiore della Magistratura ha elaborato «Linee guida» sulle esecuzioni immobiliari. A queste ultime, sono anche allegati modelli di provvedimenti relativi a ciascuna fase del processo esecutivo (<https://bit.ly/2ujcXu3>). L'Associazione Bancaria Italiana, a sua volta, ha elaborato le linee guida per la valutazione degli immobili (<https://bit.ly/2KLqXYs>). Ciò che qualche anno addietro era considerato un

attentato alla indipendenza ed alla autonomia della magistratura, oggi non ha suscitato reazioni aprioristicamente negative, ma un dibattito sui contenuti.

I giudici dell'esecuzione più sensibili hanno elaborato modelli di provvedimenti più avanzati di quelli proposti dall'organo di autogoverno.

Nonostante l'ampio ventaglio di possibilità offerte dalla disciplina positiva al giudice dell'esecuzione in funzione dell'esercizio di «tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento», l'ordinanza di vendita che il legislatore ha considerato il passaggio centrale del processo esecutivo, da un provvedimento da confezionare su misura, in relazione alla qualità dell'immobile e delle parti, è diventata *prêt-à-porter*.

Disporre la vendita non significa più stabilire il percorso più adatto al caso concreto, ma compilare un modulo. Questo contiene la designazione del professionista delegato, la determinazione dei suoi compiti e le modalità della vendita. Questa, a sua volta, è senza incanto, delegata, telematica e sincrona mista.

Nello stesso senso sono orientate le sezioni fallimentari, che pure hanno predisposto modelli delle «procedure competitive».

Nella parte del corso di diritto processuale civile dedicata alla esecuzione forzata, pertanto, alle fonti normative sono aggiunte le Linee guida del Consiglio Superiore della Magistratura e i modelli di ordinanze di vendita. Ormai questi modelli sono la disciplina del processo di espropriazione.

In relazione alle forme di realizzazione coattiva dei diritti e, in particolare, dei diritti di credito, dunque, la tendenza del diritto italiano è nel senso di conciliare l'esercizio della giurisdizione con quello di un'attività economica, diretta alla trasformazione in danaro dei beni e alla distribuzione del ricavato.

4.6. In riferimento ai processi esecutivi per espropriazione è più difficile individuare la tendenza del diritto italiano, perché, accanto ai soggetti formalmente coinvolti nello svolgimento del processo, creditori e debitore, ve ne sono altri. L'interesse dei primi dovrebbe coincidere e consiste nella migliore realizzazione del ricavato. Quelli degli altri soggetti sono eterogenei, ma incidono sul funzionamento dei processi esecutivi: le banche, le società cessionarie dei crediti, le società immobiliari, i custodi, i professionisti delegati, le società che gestiscono i *software* sono portatori di interessi che non sempre coincidono con quelli dei creditori e del debitore.

Un importante contributo alla composizione di questi interessi è stato fornito dalla Corte di cassazione e, in particolare, dalla terza sezione, con il «*Progetto esecuzioni*».

Il progetto prevede «l'individuazione e lo spoglio – da parte di un gruppo di lavoro – delle controversie che presentano particolare rilevanza nomofilattica; la selezione delle questioni a) per i loro profili sistematici, b) per le contrastanti interpretazioni nella giurisprudenza di merito o di legittimità c) per l'applicabilità di rilevanti novità normative, d) per l'immediato impatto sulle procedure esecutive pendenti; l'assegnazione dei ricorsi così selezionati ad un apposito collegio, composto da consiglieri specializzati

nella materia dell'esecuzione forzata, la sollecita fissazione dell'udienza di discussione e l'espressa enunciazione dei principi di diritto nelle sentenze».

Il dibattito ed il confronto, che si sono sviluppati in riferimento a questa iniziativa, consentono, in riferimento a ciascuna delle questioni esaminate, la emersione e la esplicitazione degli interessi in gioco e, quindi, dei giudizi di valore sottesi alla difesa di ciascuno di essi.

L'iniziativa della terza sezione costituisce un modello di trasparenza per la individuazione delle tendenze della evoluzione dell'ordinamento.

Essa meriterebbe di essere esportata in altri settori della esperienza giuridica.

In relazione ai processi esecutivi, se non appare possibile indicare una univoca linea di tendenza del diritto italiano è possibile, tuttavia, indicare la trasparenza delle scelte e la determinazione degli interessi meritevoli di tutela attraverso il confronto come l'obiettivo che merita di essere difeso e perseguito, sulla traccia segnata dalla iniziativa appena indicata.

5. CONCLUSIONI

Nell'espletamento del gravoso, e prestigioso, impegno di indicare le «Nuove tendenze del diritto italiano», l'attenzione è stata orientata sull'esigenza della predeterminazione delle regole del processo, su quella di favorire la determinazione *in limine litis* del *thema decidendum* e del *thema probandum*, nonché su quella di trasparenza nell'affrontare e risolvere le questioni relative alla realizzazione coattiva dei diritti.

Nel Discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile, tenutosi a Firenze il 30 settembre 1950 (ripubblicato con tutte le opere da *RomaTrePress*), Piero Calamandrei, tra l'altro ha rilevato che i processualciviliisti coltivano «una disciplina che, secondo l'animo con cui si considera, può essere la più gretta e la più sorda oppure la più vicina allo spirito [...] lo studio del diritto processuale civile è quello che più da vicino ci permette di avvicinarci a cogliere [...] il palpito della giustizia».

Nel ricordo dei principii e dei valori trasmessi dalle generazioni che ci hanno preceduto e che hanno utilmente fecondato questa terra lontana, l'attenzione è stata orientata su alcuni aspetti che consentono di cogliere il «palpito della giustizia», pur nella consapevolezza che gli obiettivi indicati possono essere illusori, «come succede a chi, camminando sulla riva del mare, non trova mai termine al suo cammino, perché dietro ogni sabbiosa quinta di dune, a cui voleva giungere, altre ampie distese lo attraggono più avanti verso altre dune» (Th. Mann).