

SESTA COMMISSIONE

Fasc. 34/PA/2014 - Nota pervenuta in data 18 settembre 2014 prot. CSM n. 46733/2014 dal Ministro della Giustizia con cui trasmette per il previsto parere il testo del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 29 agosto 2014, concernente: “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile.”

(relatore Consigliere MOROSINI)

La Commissione propone al *Plenum* di adottare la seguente delibera:

«GLI INTERVENTI SUL PROCESSO CIVILE.»

1. Stratificazione e asistematicità degli interventi di riforma.

Il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, intitolato *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, è, in ordine di tempo, l'ultima modifica dell'ordito del codice di procedura civile introdotta a mezzo della decretazione d'urgenza.

Infatti, il codice di rito è stato interessato, negli ultimi anni, da molteplici interventi, effettuati quasi sempre con la medesima tecnica legislativa, spesso non coordinati fra loro e apparentemente rispondenti all'esigenza di dare riscontro alla crisi della giustizia civile che, solo di recente, ha trovato ampio ingresso nel dibattito pubblico italiano.

Così, in via esemplificativa, si rammenta che, inizialmente, è stato introdotto il rito societario (con il D.Lgs. n. 5/2003, poi abrogato dalla L. n. 69/2009); quindi, vi è stata la riforma del 2005 (D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, con L. 14 maggio 2005, n. 80) che ha costituito l'evoluzione della L. n. 353/90, con la quale si è posta in continuità. Nel 2006 sono poi intervenute alcune modifiche al giudizio di cassazione ed all'arbitrato, nonché la riforma delle esecuzioni mobiliari ad opera della L. 24 febbraio 2006, n. 52. Numerose modifiche al cod. proc. civ. sono state introdotte dalla L. n. 69/2009; quindi, il D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, ha delineato le responsabilità in caso di mancato rispetto dei termini fissati nel calendario del processo, di cui all'art. 81-*bis* disp. att. cod. proc. civ..

Ancora: è stato approvato il D.Lgs. n. 150/2011 sulla semplificazione dei riti; la legge di stabilità 12 novembre 2011, n. 183 (contenente varie modifiche per rendere compatibile il codice di rito con il processo telematico e che ha introdotto la norma processuale che, in assoluto, ha avuto la vita più breve: ci si riferisce all'art. 26 sull'istanza di prelievo in appello e cassazione, abrogato, dopo aver prodotto ritardi ed ingolfamenti dei ruoli, dal D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, conv. con L. 17 febbraio 2012, n. 10). Inoltre, le ulteriori modifiche introdotte dall'art. 27 della stessa legge, che ha apportato vari ritocchi alle norme sull'appello.

E' poi intervenuta la L. 218/2011 (che ha eliminato l'ultima parte dell'art. 645 cod. proc. civ. in tema di opposizione a decreto ingiuntivo dopo la nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sulla riduzione dei termini nell'opposizione: Cass., SS.UU., 9 settembre 2010, n. 19246); successivamente il cd. decreto sviluppo n. 83/2012 convertito, con modifiche, nella L. n. 134 del 2012 (modifiche all'appello, al giudizio di cassazione e modifiche alla cd. legge Pinto). Poi è stata la volta della L. 28 giugno 2012, n. 92, recante *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, che ha introdotto il cd. rito Fornero per i licenziamenti. Di nuovo: la L. n. 228 del 2012 (*legge di stabilità per il 2013*), che, all'art. 1, comma 17, ha modificato l'art. 13, comma 1-*quater*, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, sulle spese di giustizia, prevedendo il raddoppio del contributo unificato in appello in caso di rigetto o inammissibilità del gravame; il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (*misure urgenti per la crescita del Paese*), convertito con modifiche nella L. 7 agosto 2012, n. 134, contenente modifiche sulla forma dell'appello, che ha introdotto il cd. filtro ed apportato modifiche al giudizio di cassazione. Dopo l'adozione delle nuove disposizioni in materia di mediazione, introdotte dalla L. n. 98 del 2013 (di conversione del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, cd. *decreto del fare*, avente ad oggetto disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), si è quindi passati alle modifiche introdotte, specie in materia esecutiva e di processo civile telematico, dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114.

Benché intervenute in un arco temporale assai ridotto, tali modifiche normative sono state tanto numerose quanto non rispondenti ad un'unica filosofia di fondo del processo civile.

Inoltre, esse sono state tutte focalizzate sulla legge processuale, senza essere accompagnate da un profondo ripensamento del diritto sostanziale, anche di fonte codicistica (come, invero, avvenuto con riferimento al diritto condominiale o ad alcune parti del diritto di famiglia), volto ad aggiornare l'assetto normativo all'evolversi del mutato vivere sociale (sul punto, si pensi all'ormai indifferibile revisione del libro secondo del codice civile). Al contrario, i due versanti della tutela dovrebbero essere tendenzialmente connessi, nel senso

che la specifica conformazione del diritto sostanziale impronta le specifiche tecniche del processo e, al contempo, è attraverso le specificità degli strumenti processuali che il legislatore consegue il risultato di maggiore o minore tutela dei diritti.

Per di più, come poi meglio si vedrà in tema di negoziazione assistita, l'odierno intervento del legislatore si colloca lungo una direttrice di rinnovamento del sistema volta a privilegiare la risoluzione negoziale, cioè non giustiziale, delle controversie, secondo linee evolutive non prive di possibili criticità.

In ogni caso, la frammentarietà e la segmentazione degli interventi legislativi, a distanza di alcuni anni, hanno creato incertezza negli operatori in relazione alle norme applicabili, *ratione temporis*, alle singole controversie pendenti; e - ciò che più importa - hanno comportato una condizione complessiva di assoluta precarietà dell'ordito legislativo, rendendo assai difficile individuare il modello di processo civile che il legislatore intendeva effettivamente invero. E con palese eterogeneità dei fini, le ripetute novellazioni della legge processuale attuate a mezzo della decretazione d'urgenza, hanno provocato dubbi applicativi e perplessità ermeneutiche, esse stesse fonte di ulteriore contenzioso e causa di aggiuntivi ritardi nella definizione dei procedimenti già pendenti, in definitiva aggravando la pesante situazione in cui versa la nostra giustizia civile.

Il decreto legge sul quale si esprime il parere non rimane esente da tali considerazioni, tanto più che propone sistemi alternativi al contenzioso di nuovo conio rispetto a quelli, in precedenza, più volte, perseguiti, oltre ad introdurre ulteriori novità sul governo delle spese o riguardanti il processo esecutivo, già recentemente oggetto di penetranti modifiche.

E necessario chiedersi se non sia più opportuno abbandonare lo schema di riforme volte a fornire risposte di immediato impatto, e tuttavia non sufficientemente ponderate oltre che sempre "a costo zero", aprendo invece ad un più ampio dibattito con gli operatori, dentro e fuori le aule parlamentari, in questo modo assicurando, sia pure in tempi più lunghi, una più organica e ponderata riflessione sulle necessarie modifiche. Il che eviterebbe il reiterarsi di molteplici decreti, ognuno di essi introduttivi di una riforma presentata come risolutiva dei mali della giustizia civile, ma che, tuttavia, all'esito dei fatti, dà luogo a modifiche segmentate o di settore, che, nell'insieme considerate, sono, come detto, ben difficilmente riconducibili ad una *ratio* unitaria.

La scelta di intervenire con provvedimenti parziali e necessariamente disorganici va, a parere di questo Consiglio, ripensata nel senso di pervenire (e in questa direzione sembrano muovere le iniziative annunciate, e in parte già tradotte in atti conseguenti, da parte dell'on.le Ministro) a una revisione organica della materia della giustizia civile, che

valga anche a mettere i cambiamenti introdotti al sicuro rispetto a possibili censure di incostituzionalità relative agli strumenti di intervento prescelti (cioè ai decreti-legge susseguitisi negli ultimi anni in materia), le quali comporterebbero conseguenze profondamente negative per la certezza delle posizioni soggettive e delle relative situazioni processuali.

Ad analoga considerazione si presta il disallineamento tra l'intenzione, esplicitata nelle premesse del provvedimento, di intervenire in materia di giustizia civile e l'effettivo contenuto del provvedimento, che coinvolge non soltanto la magistratura giudicante civile, ma altresì quella penale e la magistratura requirente (si pensi, ad esempio, alle disposizioni in tema di ferie dei magistrati, di sospensione feriale dei termini processuali e di tramutamento): anche in proposito il Consiglio suggerisce l'opportunità di un intervento organico, in cui inserire (con le avvertenze e le cautele che saranno meglio delineate nel prosieguo del parere) i contenuti del presente provvedimento.

2. Esame del nuovo provvedimento legislativo.

Il Governo, con il decreto legge n. 132 del 12 settembre 2014, ha predisposto diverse misure normative finalizzate allo smaltimento dell'arretrato civile e allo snellimento dei procedimenti contenziosi.

Nel perseguimento di tale obiettivo il provvedimento sembra muoversi su due differenti piani d'intervento poiché, da un lato vengono introdotte misure tese ad implementare il fenomeno della c.d. *degiurisdizionalizzazione* e, dall'altro, vengono apportate modifiche processuali dirette ad incidere sulla funzionalità del processo civile di cognizione.

Rinviando al seguito un'analisi più approfondita delle singole misure, è possibile sin dalle battute iniziali evidenziare che, in relazione ai menzionati piani d'intervento, i punti principali del provvedimento si rinviengono nei Capi I-IV del citato decreto e possono così sintetizzarsi:

- decisioni delle cause pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria mediante trasferimento alla sede arbitrale (art. 1);
- procedura di negoziazione assistita da un avvocato (artt. 2-5);
- negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio (art. 6);
- ulteriore semplificazione dei procedimenti di separazione o divorzio mediante accordo ricevuto dall'ufficiale dello stato civile (art. 12);
- modifica al regime della compensazione delle spese (art. 13);

- passaggio dal rito ordinario al rito sommario (art. 14);
- dichiarazioni rese al difensore (art. 15).

Circoscrivendo, per ora, la valutazione alle finalità dell'intervento normativo, non può che esprimersi apprezzamento, in via di prima approssimazione, per la scelta del legislatore di ridurre il contenzioso e di rendere maggiormente gestibile il sistema giudiziario italiano, anche mediante l'introduzione di modalità alternative di soluzione delle controversie. **Deve infatti esprimersi un giudizio assolutamente positivo sulla scelta di fondo del legislatore di favorire il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.**

E tuttavia va ribadito, in premessa, che l'eccesso di conflitti deriva, in consistente parte, anche dall'incertezza delle norme giuridiche. Per tale motivo, sarebbe opportuno che il costante incremento della domanda di giustizia potesse trovare un efficace contenimento proprio attraverso l'implementazione della certezza del diritto, frutto a sua volta di un tempestivo recupero di forza regolativa da parte della legge.

Ad ogni buon conto, con il presente intervento legislativo, muovendo dalla perdurante esistenza di una palese sproporzione del numero dei procedimenti civili in entrata rispetto alle reali capacità di smaltimento del sistema giudiziario, si è dato un ulteriore sviluppo al sistema delle cd. *Alternative Dispute Resolutions*¹, verso il quale, già da alcuni anni, risulta orientata la politica giudiziaria nazionale e sovranazionale. Invero, come più volte rilevato anche dalla Commissione Europea, da tempo la crisi della giustizia in Italia ha reso evidente la necessità di istituire metodi alternativi di risoluzione delle controversie, quale possibile mezzo per alleggerire il carico di lavoro delle aule giudiziarie. E del resto anche la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea n. 362 del 2013 *“sul programma nazionale di riforma 2013 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità dell'Italia 2012-2017”*, richiede espressamente al nostro Paese di adottare provvedimenti per *“abbreviare la durata dei procedimenti civili e ridurre l'alto livello di contenzioso civile, anche promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie”*.

Tuttavia, venendo al decreto legge n. 132/2014, non può sfuggire che tale intervento normativo si presenta come un importante momento di snodo, che getta una luce nuova sul tema generale della cd. degiurisdizionalizzazione, sollecitando alcune riflessioni critiche, in particolare attinenti al neointrodotta istituto della negoziazione assistita.

¹ Come recentemente ricordato dal Primo Presidente della Cassazione, Giorgio Santacroce, nella seconda edizione del suo *“Disegno sistematico dell'arbitrato”* il prof. Carmine PUNZI ha scritto che *“se appare essenziale al nascere dello Stato il monopolio della forza nell'attuazione coattiva dei diritti e se può apparire essenziale il monopolio legislativo, non altrettanto essenziale è l'affermazione del monopolio della composizione delle controversie e in particolare del potere di risolverle e deciderle mediante lo jus dicere”*.

Il ragionamento prende le mosse dalla constatazione che, sino ad oggi, l'evoluzione ordinamentale si è tendenzialmente sviluppata nel segno dell'implementazione di sistemi integrati della giustizia, cioè di strumenti alternativi alla giurisdizione ma pur sempre collocati all'interno di un circuito giustiziale, nel quale cioè la risoluzione del conflitto si fonda su una valutazione *lato sensu* giuridica, al limite equitativa, dei torti e delle ragioni, ma pur sempre entro l'orizzonte dello *ius dicere*. Sotto il profilo soggettivo, inoltre, la definizione extragiudiziale delle controversie è stata sino ad oggi affidata a soggetti collocati sul piano formale in una posizione di tendenziale terzietà, cioè equidistanza, rispetto alle parti in conflitto.

E' proprio sulla base di queste salienti caratteristiche, che il C.S.M. ha, in passato, espresso la propria favorevole valutazione sugli strumenti alternativi, preoccupandosi peraltro di evidenziare l'importanza che gli stessi pervengano ad un "*giusto*" esito, sulla base di qualità essenziali del procedimento, strutturali e funzionali. Così, ad esempio, la delibera del marzo 2009 ha precisato che la mediazione "*per conseguire le finalità cui è preposta, deve caratterizzarsi come professionale, strutturata e tecnicamente organizzata ... solo in tal modo, infatti, le parti potranno superare la preoccupazione che al di fuori del giudizio ordinario non siano rispettate le garanzie giurisdizionali, dalle stesse ritenute indispensabili per la "giusta" definizione della controversia*". E similmente, sempre in tema di mediazione, il Consiglio ha più volte rimarcato l'esigenza che il mediatore presenti un profilo personale di affidabilità e garanzia, tale da assicurare la sua assoluta terzietà ed imparzialità, proponendosi al legislatore l'estensione anche a questa figura delle incompatibilità previste per il personale togato.

Ora, nel decreto legge in esame il legislatore ha per la prima volta manifestato un netto favore per la definizione prettamente negoziale dei conflitti, attraverso un accordo oggetto di pura contrattazione tra le parti. L'assistenza degli avvocati, invero, certamente assicura alle parti un supporto tecnico, ma naturalmente ciò avviene nella prospettiva dell'interesse individuale di ciascuna di esse e cioè del maggior vantaggio egoisticamente ottenibile, evidentemente sulla base della forza negoziale concreta di ciascun soggetto.

Interessa, insomma, porre nel giusto risalto che l'accordo conclusivo è un negozio rimesso integralmente alla volontà delle parti ed è il frutto di una trattativa pura e semplice, senza alcun necessario legame rispetto alla reale posizione giuridica dei litiganti; e che dunque l'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di fornire alla cittadinanza una soluzione rapida e certa alle questioni, di qualsiasi natura essa sia.

Ora, se per un verso la pronta e certa definizione delle liti è un fondamentale momento di salute del sistema socio-giuridico, sicché l'introduzione di modi alternativi per la risoluzione di numerose categorie di controversie rappresenta un innegabile vantaggio per gli utenti e per l'amministrazione della giustizia ordinaria, per altro verso suscita dubbi la scelta dello Stato di abdicare ad una delle sue principali funzioni per rimettere la soluzione dei conflitti tra i cittadini alla loro forza di negoziato, in specie quando questo avvenga nei settori della realtà socio economica – spesso eccedenti l'area dei diritti indisponibili – in cui la disparità sostanziale delle posizioni di partenza rende in concreto più vulnerabile l'energia negoziale degli individui²

Se, dunque, è tendenzialmente da sostenere la logica dell'accordo e del consenso tra le parti (e ciò non per un'incapacità dello Stato a fornire un'adeguata risposta, ma proprio per la intrinseca positività della filosofia della pacificazione spontanea³), tuttavia è questa l'occasione per ribadire la centralità della giurisdizione, richiamata spesso dal C.S.M., quale *“principio assolutamente ovvio, che trova fondamento negli artt. 24 e 111 Costituzione: la tutela giurisdizionale dei diritti è un'attività costituzionalmente necessaria, che il legislatore non può circoscrivere o eliminare”*⁴ e ciò in ragione degli insopprimibili valori di giustizia sociale, di cui al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione.

Tanto premesso, passando ad un giudizio sulla rispondenza delle scelte legislative rispetto al fine perseguito, non è possibile esimersi dal rilevare che gli interventi proposti con il decreto legge in esame non appaiono particolarmente idonei ad assicurare un reale incremento dell'efficienza del sistema giustizia.

Ed invero, molte delle nuove disposizioni presentano, sul piano ermeneutico, non poche criticità sotto il profilo del coordinamento sistematico, probabilmente imputabili alla scelta di incidere sul complesso sistema processual-civilistico, ancora una volta con lo strumento della decretazione d'urgenza, piuttosto che mediante un intervento legislativo di riforma organica della giustizia civile.

² Per un approfondimento di tale profilo in relazione alla modifica normativa in materia di negoziabilità dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato, v. *infra* § 2.2.

³ In questo senso, G. Santacroce, *Il ruolo della mediazione nel sistema giudiziario italiano*, relazione al convegno *La mediazione in Europa e in Italia*, Roma, Camera dei Deputati, 16 gennaio 2014, ore 9,30.

⁴ Così Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, citato anche nella Delibera del Consiglio Superiore della Magistratura in data 11 marzo 2009, relativa al *Parere, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del D.d.l. n.1441 bis-C., recante: “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e perequazione tributaria”, limitatamente alla parte relativa alla delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali e di contenimento e di razionalizzazione delle spese di giustizia”*.

Per altro verso, gli istituti di nuova creazione (come la procedura di negoziazione assistita e la *translatio iudicii* in sede arbitrale), riconducibili nell'alveo delle cd. *Alternative Dispute Resolutions*, non hanno, salvo alcune accezioni, caratteristiche tali da indurre ad ipotizzare che la relativa introduzione possa determinare un'effettiva riduzione dell'arretrato ed un'accelerazione dei processi. Ciò in quanto tali istituti rappresentano una sorta di duplicazione di strumenti processuali già esistenti e rispetto ai quali, peraltro, è anche forte il rischio di sovrapposizione.

La disciplina attualmente in vigore, infatti, già offre meccanismi astrattamente idonei a prevenire e/o contenere il ricorso al contenzioso giudiziario oppure a garantire l'accesso concordato al procedimento arbitrale nel corso del giudizio. Basti pensare, in particolare, ai metodi alternativi di definizione dei conflitti che operano in via stragiudiziale, siano essi autonomi (come la transazione di cui all'art. 1965 cod. civ., che è il contratto con cui le parti autonomamente prevengono l'insorgere di una lite o fanno cessare una lite già sorta facendosi reciproche concessioni) o eteronomi (come la conciliazione, la mediazione e l'arbitrato, che presuppongono l'intervento di un terzo che coopera al raggiungimento dello scopo conciliativo), nonché all'accordo di rinuncia al giudizio ordinario finalizzato alla devoluzione della *res litigiosa* alla cognizione degli arbitri.

Nondimeno deve ancora una volta ribadirsi che interventi sporadici e settoriali, come quello in esame, destinati ad incidere esclusivamente sulle regole processuali, non appaiono in alcun modo idonei a sortire gli effetti ipotizzati se non accompagnati da un adeguamento dei ruoli organici del personale amministrativo e dalla immediata copertura dei ruoli della magistratura mediante espletamento dei concorsi.

Infatti, solo un'adeguata dotazione di uomini e mezzi è in grado di riequilibrare la storica e persistente asimmetria tra il numero dei procedimenti civili in entrata e le potenzialità di smaltimento del sistema giudiziario.

Passando ora all'esame specifico delle singole misure introdotte dal decreto legge n. 132 del 12 settembre 2014, per logicità espositiva appare opportuno intraprendere il percorso argomentativo dalle disposizioni normative finalizzate all'implementazione della c.d. *degiurisdizionalizzazione*.

2.1. La *translatio iudicii* in sede arbitrale.

L'art. 1 del testo di legge in commento⁵ consente alle parti, con istanza congiunta, di richiedere in corso di giudizio che venga promosso un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile purché non ricorrano le seguenti condizioni ostative: a) la causa non abbia ad oggetto diritti indisponibili; b) essa non verta in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale; c) la causa non sia stata già assunta in decisione.

A ben vedere questa disposizione sostanzialmente riproduce, nel suo contenuto, la previsione di cui all'art. 806, comma 1, cod. proc. civ., così come sostituito dal D.Lgs. n. 40/2006, a mente del quale *“le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”*.

Sul piano del coordinamento normativo, tuttavia, si osserva, in vista del provvedimento di conversione, che mentre l'art. 806, comma 2, cod. proc. civ. ammette la controvertibilità in arbitrati anche delle controversie di cui all'art. 409 cod. proc. civ., ove ciò sia *“previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”*, analoga possibilità non è contemplata dall'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 132/2014.

L'opportunità, introdotta dalla norma, di transitare dalla sede giurisdizionale a quella arbitrale, si pone sostanzialmente in linea con la giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra arbitrato e processo ordinario.

Ed invero, già con la sentenza n. 376 del 2001 la Corte Costituzionale ha riconosciuto che *“l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura*

⁵ Tale disposizione, intitolata *“Trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria”*, così recita: *“1. Nelle cause civili dinanzi al Tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, che non hanno ad oggetto diritti indisponibili e che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, nelle quali la causa non è stata assunta in decisione, le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile. 2. Il giudice, rilevata la sussistenza delle condizioni di cui al comma 1, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, dispone la trasmissione del fascicolo al presidente del Consiglio dell'Ordine del circondario in cui ha sede il Tribunale ovvero la corte di Appello per la nomina del collegio arbitrale. Gli arbitri sono individuati, concordemente dalle parti o dal presidente del Consiglio dell'ordine, tra gli avvocati iscritti da almeno tre anni all'albo dell'ordine circondariale che non hanno avuto condanne disciplinari definitive e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso. 3. Il procedimento prosegue davanti agli arbitri. Restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza. 4. Quando la trasmissione a norma del comma 2 e' disposta in grado d'appello e il procedimento arbitrale non si conclude con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni. Quando il processo e' riassunto il lodo non può essere più pronunciato. Se nessuna delle parti procede alla riassunzione nel termine, il procedimento si estingue e si applica l'articolo 338 del codice di procedura civile. Quando, a norma dell'articolo 830 del codice di procedura civile, e' stata dichiarata la nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni di cui al primo periodo o, in ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione, il processo deve essere riassunto entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità. 5. Nei casi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, con decreto regolamentare del Ministro della Giustizia possono essere stabilite riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri. Nei medesimi casi non si applica l'articolo 814, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile”*.

civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli Organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie" ed ha affermato, altresì, che il giudizio degli arbitri "è potenzialmente fungibile con quello degli Organi della giurisdizione".

Più di recente, con sentenza n. 223 del 2013, la stessa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 819-ter, comma 2, cod. proc. civ., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. cod. proc. civ.. Secondo il giudice delle Leggi, infatti, *"nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite. Se, quindi, il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, e' necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse. Una di queste misure è sicuramente quella diretta a conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta davanti al giudice o all'arbitro incompetenti, la cui necessità ai sensi dell'art. 24 Cost. sembra porsi alla stessa maniera, tanto se la parte abbia errato nello scegliere tra giudice ordinario e giudice speciale, quanto se essa abbia sbagliato nello scegliere tra giudice e arbitro. Ed invece la norma censurata, non consentendo l'applicabilità dell'art. 50 cod. proc. civ., impedisce che la causa possa proseguire davanti all'arbitro o al giudice competenti e, conseguentemente, preclude la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda"*.

In termini puramente astratti, quindi, l'opzione processuale introdotta dall'art.1, comma 1, del decreto legge non desta perplessità in se stessa, salvo quanto si dirà da qui a breve in merito all'estensione dell'istituto al giudizio di appello.

Profili di criticità, tuttavia, si palesano in modo evidente sull'effettiva utilità dello strumento in esame rispetto all'auspicata finalità deflattiva e su alcune previsioni volte a disciplinare le modalità di esercizio di tale opzione processuale.

In ordine al primo aspetto si osserva che la devoluzione al collegio arbitrale di una controversia già pendente in sede giurisdizionale presuppone necessariamente, per esplicita previsione normativa, l'accordo di tutte le parti in causa, dovendo la relativa richiesta essere formulata con apposita "*istanza congiunta*".

Ne consegue, pertanto, che l'effetto devolutivo, al quale dovrebbe teoricamente conseguire l'auspicato risultato deflattivo, è interamente rimesso alla volontà delle parti.

Senonché, è davvero poco realistico ipotizzare che esse, dopo aver già sostenuto ingenti spese (contributo unificato, acconti per eventuali CTU, anticipi di compenso ai difensori) e dopo aver atteso diverso tempo per una pronuncia giurisdizionale decidano, magari in prossimità della pronuncia, di abbandonare la sede naturale del processo e di devolvere la relativa controversia ad arbitri.

Ancor più improbabile è che una simile eventualità si verifichi in grado di appello, ove solo si consideri che in tal caso la devoluzione al collegio arbitrale presupporrebbe il consenso anche della parte non soccombente, la quale difficilmente sarà disposta a percorrere la via del procedimento arbitrale in presenza di una sentenza favorevole di primo grado, peraltro provvisoriamente esecutiva.

Occorre poi considerare, secondo la comune esperienza delle aule giudiziarie civili, che non sempre tutte le parti di un giudizio condividono l'uguale desiderio di abbreviare i tempi per pervenire rapidamente ad una applicazione rigorosa del diritto nei rapporti tra di loro, essendo piuttosto la resistenza in giudizio talvolta uno strumento utilizzato da debitori consapevolmente inadempimenti per procrastinare ed eventualmente sfuggire ai propri doveri. E' per questo che non appare facilmente prevedibile una generalizzata adesione volontaria delle parti dei giudizi pendenti alla prospettiva di guadagnare una rapida definizione del contenzioso, ove ne sia prevedibile l'esito sfavorevole. Senza considerare che l'art. 1 del decreto-legge in commento, nei termini in cui risulta formulato, non prevede alcun beneficio che possa stimolare le parti ad una devoluzione della controversia pendente alla sede arbitrale.

Paradossalmente, quindi, in assenza di meccanismi incentivanti, lo strumento in esame potrebbe rivelarsi pregiudizievole per le parti, poiché le stesse, ove mai optassero per una *translatio iudicii*, in aggiunta agli esborsi già sostenuti in pendenza del procedimento giudiziale, si troverebbero nella condizione di dover sopportare anche i costi del procedimento arbitrale.

In sede di conversione, pertanto, sarebbe necessario introdurre dei forti meccanismi incentivanti – non potendosi certo ritenere sufficiente la previsione di cui al comma 5, art. 1 del decreto legge, in ordine alla mera possibilità di stabilire con decreto regolamentare del Ministro della Giustizia riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri – in assenza dei quali, la già esigua potenzialità deflattiva dello strumento risulterebbe pressoché nulla.

Quanto al profilo più strettamente processuale, la norma presenta alcuni aspetti di incertezza.

Come sopra evidenziato, la devoluzione al collegio arbitrale della controversia pendente, in primo grado o in grado d'appello, necessita dell'accordo di tutte le parti in causa, richiedendosi a tal fine un'apposita "istanza congiunta".

La disposizione, però, non specifica quale debba essere la forma di quell'istanza ovvero se la stessa debba rivestire la forma scritta o possa essere formulata anche verbalmente in udienza, né chiarisce se debba essere formulata dalle parti personalmente o possa essere formulata dai rispettivi Procuratori.

In sede di conversione sarebbe quanto mai opportuna una chiarificazione sul punto.

Sarebbe altresì opportuno chiarire, in sede legislativa, la soluzione da preferire nell'ipotesi in cui l'istanza sia formulata solo da alcune delle parti di contenziosi plurisoggettivi, sia nelle ipotesi in cui di tratti di litisconsorzi facoltativi, ovvero in quelle in cui le cause eventualmente connesse risultino inscindibili, in primo grado ovvero in grado di appello. Né l'attuale testo suggerisce una modalità di sollecitazione dell'eventuale convenuto - o appellato - contumace.

Un ulteriore aspetto distonico sul piano sistematico è rappresentato dall'omessa previsione di termini certi per la definizione del procedimento arbitrale azionato in primo grado.

Infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 4, "*Quando la trasmissione a norma del comma 2 è disposta in grado d'appello e il procedimento arbitrale non si conclude con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni*". Analoga limitazione temporale, invece, non è prevista per l'ipotesi di *translatio* richiesta dei giudizi di *prime cure*. Anche in tal caso, quindi, è fortemente auspicabile un intervento correttivo in sede di conversione, poiché l'assenza di termini certi per la definizione del procedimento arbitrale eventualmente azionato in primo grado, si pone palesemente in antitesi con la finalità di una rapida definizione, tenuto conto della circostanza che in ipotesi di omessa pronuncia del lodo il giudizio potrebbe comunque essere riassunto in sede giurisdizionale.

Peraltro, sarebbe opportuno sanzionare efficacemente, non solo sul piano civilistico e semmai prevedendo l'impossibilità di essere nuovamente nominati tali, gli arbitri che non rispettino tale tempistica. Tanto più che nella fase di appello tale inerzia comporta il ritorno della controversia dinanzi al giudice ordinario, ipotesi non prevista per la controversia pendente innanzi al giudice di *prime cure*.

Apprezzabile, invece, sul piano della certezza dei tempi del giudizio, è l'individuazione di un termine finale per l'eventuale attivazione della procedura arbitrale, identificato dalla norma nel momento antecedente all'assunzione della causa in decisione.

In merito giova ricordare che ai sensi dell'art. 188 cod. proc. civ. il giudice, esaurita l'istruzione, rimette le parti al collegio per la decisione a norma dell'art. 189 cod. proc. civ. il quale, a sua volta, dispone che “il giudice istruttore, quando rimette la causa al collegio, a norma dei primi tre commi dell'articolo 187 o dell'articolo 188, invita le parti a precisare davanti a lui le conclusioni che intendono sottoporre al collegio stesso, nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell'articolo 183 cod. proc. civ.”.

Ne consegue che l'istanza di cui all'art. 1, comma 1, D.L. n. 132/2014, non è esperibile non solo nell'ipotesi di cui all'art. 188 cod. proc. civ. (ovvero una volta rimesse le parti al collegio per la decisione a seguito di istruttoria), ma anche nei casi previsti dai primi tre commi dell'art. 187 cod. proc. civ. ovvero quando il giudice istruttore rimette le parti davanti al collegio ritenendo che la causa sia matura per la decisione senza bisogno di assunzione di mezzi di prova; rimette le parti al collegio affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare idonea alla definizione del giudizio; rimette le parti al collegio affinché siano decise separatamente questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali.

Perplessità, tuttavia, potranno emergere nelle ipotesi di cui all'art. 281 *quinquies*, comma 2. cod. proc. civ. e 275, comma 2, cod. proc. civ., dovendosi in tal caso verificare se l'istanza sia proponibile anche all'udienza di discussione.

Ancora sotto il profilo processuale, merita attenzione la disposizione del comma 2 dell'art. 1, secondo cui, quando il giudice dispone la trasmissione del fascicolo processuale al Presidente del Consiglio dell'Ordine, restano ferme le preclusioni e le decadenze intervenute.

Ora, la norma, se interpretata nel senso di trasferire in sede arbitrale le preclusioni e decadenze maturate davanti al giudice⁶, non si pone in sintonia con il sistema conosciuto, ove

⁶ Interpretazione alternativa potrebbe essere quella per cui le preclusioni e le decadenze processuali maturate rimangono ferme con riferimento all'eventuale riassunzione del processo dopo l'insuccesso del procedimento

si consideri che il procedimento arbitrale è normalmente governato dalle parti secondo quanto previsto nella convenzione arbitrale o da quanto stabilito dagli arbitri nel rispetto del principio del contraddittorio. Non esistono, o non esistevano fino ad ora, preclusioni o decadenze imperative ed indisponibili. Con la norma citata, si impongono anche al processo arbitrale rigidità processuali insuperabili ed eteronome, ereditate dal procedimento giurisdizionale.

Allo stesso modo si deve osservare che fino ad oggi l'arbitrato è stato un giudizio di unico grado, soggetto a un'impugnazione per nullità sostanzialmente limitata al controllo di legittimità. Con l'istituto di nuova introduzione il lodo finirà per intervenire, in secondo grado su una pronuncia giurisdizionale di primo, ed a sua volta – probabilmente – potrà essere oggetto di ricorso in cassazione come una sentenza d'appello: fortissime perplessità suscita la previsione che consente alle parti di “proseguire” il giudizio di appello dinanzi agli arbitri ovvero in un momento addirittura successivo alla pubblicazione di una sentenza di primo grado e quando i motivi di appello risultano ormai cristallizzati.

Così facendo risulterebbe stravolto il sistema processuale nella sua fundamenta, giacchè verrebbe introdotto un meccanismo che consente ad arbitri di statuire persino su situazioni già definite nel merito con un provvedimento giurisdizionale e sottoposte, in sede di gravame, alla cognizione del giudice di secondo grado, peraltro nei limiti di una materia del contendere già confinata e delimitata con i motivi di appello.

Infine, merita qualche riflessione sul piano dell'opportunità, la scelta del legislatore di introdurre deroghe all'ordinario sistema di nomina degli arbitri, già analiticamente disciplinato dall'art. 810 cod. proc. civ.

Mentre quest'ultima disposizione, infatti, attribuisce al Presidente del Tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato il potere di nominare gli arbitri in mancanza di accordo tra le parti, l'art. 1, comma 2, D.L. n. 132/2014 conferisce il relativo potere (sempre in ipotesi di mancato accordo) al Presidente del Consiglio dell'Ordine del circondario in cui ha sede il Tribunale ovvero proprio al soggetto cui, per legge (*ex art. 26, comma 3, L. n. 247/2012*), compete la rappresentanza dell'ordine circondariale cui devono essere iscritti i nominandi arbitri – gli avvocati iscritti da almeno tre anni all'Albo dell'ordine circondariale che non hanno avuto condanne disciplinari – al quale spetta, per il tramite del Consiglio, la vigilanza sulla condotta degli iscritti e, quindi, in ultima analisi, degli arbitri. Parallelamente, come è

arbitrale. Se quest'ultima fosse la lettura corrispondente alla volontà del legislatore sarebbe il caso di darne esplicito chiarimento in sede di conversione del decreto

noto, l'incarico di Presidente del Consiglio dell'ordine territoriale è conferito a seguito di elezione da parte degli avvocati iscritti.

L'effetto combinato dei due fattori ed il contesto relazionale territoriale che inevitabilmente ne deriva potrebbe produrre il rischio dell'inquinamento dell'immagine di trasparenza della designazione nonché di assoluta terzietà ed imparzialità della procedura di scelta delle persone, indispensabile per legittimare l'esercizio di una funzione di grande delicatezza e di natura sostanzialmente giurisdizionale. Per evitare tale rischio di appannamento dell'immagine si potrebbe prevedere che la designazione degli arbitri, rimanendo nel circuito della categoria professionale, sia affidata al Presidente dell'Ordine di un circondario diverso, eventualmente limitrofo, da quello in cui devono operare gli arbitri.

2.2. La negoziazione assistita.

Il capo II del decreto-legge n. 132 del 2014 introduce nel nostro Ordinamento e disciplina dettagliatamente l'istituto della convenzione di negoziazione assistita da avvocato.

Si tratta, secondo quanto precisato **all'art. 2**, dell'*accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'Albo anche ai sensi dell'art. 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001 n. 96.*

La nuova opzione normativa prosegue nella direzione, più volte indicata dal legislatore, di porre rimedio al grave *deficit* di funzionalità del sistema giurisdizionale, avviando alcuni rilevanti filoni del contenzioso civile e commerciale alla definizione attraverso metodi alternativi rispetto allo strumento del processo.

Tale obiettivo, che ha già trovato esplicitazione nel nostro Ordinamento attraverso la generalizzazione dell'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, è di essenziale valore prima di tutto per provocare una inversione di tendenza rispetto all'aumento progressivo ed esponenziale del carico di lavoro degli uffici giudiziari civili realizzatosi negli ultimi decenni, ed è oggetto di sollecitazioni rivolte al nostro Paese anche in sede europea, come si legge nella Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea n. 362 del 2013 *“sul programma nazionale di riforma 2013 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità dell'Italia 2012-2017”* per la quale *“a seguito della sentenza della Corte Costituzionale dell'ottobre 2012 sulla mediazione, è necessario intervenire per promuovere il ricorso a meccanismi extragiudiziali di risoluzione*

delle controversie”⁷, e che richiede all’Italia di adottare provvedimenti per “*abbreviare la durata dei procedimenti civili e ridurre l’alto livello di contenzioso civile, anche promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie*”⁸.

Il Consiglio Superiore ha da tempo espresso il proprio parere incondizionatamente favorevole alla prospettiva indicata, salutando con favore l’introduzione nel nostro sistema giudiziario della possibilità di ricorrere in via generale, per la risoluzione delle controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili, ad uno strumento alternativo alla giurisdizione. L’Organo di governo autonomo ha espresso una valutazione complessiva assolutamente positiva di tale innovazione, riconoscendo la sua rispondenza alle esigenze della società civile e del sistema economico, nonché la perfetta coerenza con le scelte in tale direzione già compiute dall’Unione europea⁹.

L’art. 2 del decreto legge n. 132 del 2014 definisce i caratteri generali della convenzione di negoziazione assistita, prescrivendo che essa operi solo in materia di diritti disponibili delle parti, che preveda un termine per l’espletamento della procedura, che sia redatta in forma scritta e sia sottoscritta dalle parti personalmente nonché dagli avvocati che certificano l’autografia delle sottoscrizioni. La norma stabilisce, inoltre, l’obbligo deontologico dell’avvocato di informare il cliente, all’atto del conferimento dell’incarico litigioso, della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.

L’art. 3 del decreto configura, in alcune materie, il ricorso alla procedura di negoziazione assistita quale condizione di procedibilità della eventuale domanda giudiziale, imponendo a chi agisce di invitare preventivamente l’altra parte alla stipula di una

⁷ Così il Considerando 11.

⁸ Così il Punto 2 della Raccomandazione.

⁹ Si richiama, tra le altre, la delibera dell’11 marzo 2009 recante parere sulla delega contenuta nell’art. 39 del disegno di legge n. 1441-bis C, norma sostanzialmente recepita nell’art. 60 della legge delegata n. 69/2009 in cui si osservava che “*Invero, lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie (per usare la terminologia dell’art. III-269, n. 2 lett. g) del trattato costituzionale europeo) è una delle politiche dell’Unione europea nel settore della giustizia civile. Questa politica si è tradotta in numerosi interventi; tra i principali vanno senza dubbio annoverati: a) le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 19993; b) il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie, presentato il 19 aprile 20024; c) il Codice europeo di condotta per i mediatori5, presentato a Bruxelles il 2 luglio 2004; d) la proposta di direttiva sulla mediazione6 del 21 ottobre 2004; e) la scelta di campo a favore degli strumenti alternativi contenuta in molte direttive (tra tutte, a titolo esemplificativo, l’art. 17 della direttiva 2000/31 sul commercio elettronico7); f) la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, che ha sostanzialmente recepito la proposta di direttiva di cui alla precedente lett. d), limitandone tuttavia l’applicazione alle controversie transfrontaliere*”. Successivamente alle delibere citate, ulteriori atti comunitari hanno consolidato e rafforzato tale generale indirizzo; a titolo di esempio vale la pena citare, da ultimo, la *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull’ADR per i consumatori)*.

convenzione e stabilendo che l'improcedibilità debba essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza.

Come è noto, la obbligatorietà del ricorso al tentativo di definizione alternativa della lite quale necessaria condizione per adire la giurisdizione, è stata introdotta per la prima volta con il decreto legislativo del 4 marzo 2010 n. 28 in tema di mediazione, che nell'interpretare e fare applicazione dei criteri e principi espressi nella legge di delegazione¹⁰, aveva ritenuto di introdurre nel sistema normativo, oltre alle fattispecie di mediazione facoltativa su richiesta delle parti e su sollecitazione del giudice, anche l'istituto della mediazione obbligatoria in una pluralità di materie.

Sollecitata da numerose questioni incidentali sollevate in procedimenti civili, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 272 del 2012 ha ritenuto che *il carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e la conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 28 del 2010*, fosse estraneo ed eccedente la delega legislativa, e ne ha dichiarato pertanto la illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione.

Il decreto legge n. 69 del 21 giugno 2013, convertito con modificazione con la legge n. 98 del 2013, non vincolato dai limiti della delega legislativa del 2009, ha ripristinato l'istituto della mediazione obbligatoria, reintroducendo sostanzialmente tutte le disposizioni normative oggetto di caducazione con la sentenza n. 272/2012.

Tale scelta è stata, fin dal tempo dell'adozione del D.Lgs. n. 28 del 2010, oggetto di intenso dibattito, sia sotto il profilo politico-culturale, che sotto il profilo della sua effettiva funzionalità.

Il Consiglio Superiore, da parte sua, nella delibera di parere sulla legge di delega e, in maniera più articolata, in quella relativa allo schema di decreto legislativo adottata il 4 febbraio 2010, aveva espresso perplessità in ordine alla scelta osservando che: *“il tentativo di conciliazione può avere successo solo se è sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo. In questo caso si trasforma in un mero adempimento formale, che ingolfa gli uffici preposti, ritardando la definizione della controversia e sottraendo energie allo svolgimento dei tentativi di conciliazione seriamente*

¹⁰ Si trattava dell'art. 60 l. 18 giugno 2009, n. 69 con cui è stata conferita al Governo la delega ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

intenzionati. Pertanto, la facoltatività del ricorso alla mediazione sembra poter meglio garantire il raggiungimento delle finalità cui lo strumento stesso è preordinato”.

Il CSM aveva sottolineato come il sistema del “doppio binario” per l’accesso alla mediazione – imperniato sulla distinzione tra controversie civili per le quali il procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda e quelle per le quali, al contrario, la scelta di ricorrere a tale procedimento è rimessa alla discrezionalità delle parti – *“non trovi giustificazione nel testo della legge delega e, soprattutto, non appaia razionale avuto presente l’ampio ed eterogeneo elenco delle materie per le quali è stato configurato l’obbligo di ricorrere preventivamente alla mediazione”.*

Le considerazioni appena richiamate sono state riponderate dal C.S.M. in occasione del parere adottato ai sensi dell’art. 10 della legge n. 195/58 nella seduta dell’11 luglio 2013, alla luce del complessivo nuovo contesto ordinamentale, nonché del consapevole e coerente indirizzo di politica giudiziaria assunto dal legislatore.

In quella sede il CSM aveva considerato che, seppure con le difficoltà di rilevazione, dall’esame dei dati forniti dalla Direzione generale di statistica del Ministero della Giustizia poteva affermarsi che *“la mediazione obbligatoria”* era *“apparsa produrre risultati non irrilevanti”*. Si leggeva, infatti, nella delibera dell’11 luglio 2013 che *“l’istituto ha dimostrato di avere una capacità di portare benefici al sistema in misura superiore alle attese, smentendo l’assunto secondo il quale le parti, una volta pervenute alla determinazione di affrontare il giudizio, non manifestino alcuna disponibilità a rivedere le proprie posizioni e non intendano assoggettarsi ad un meccanismo imposto contro la loro volontà”*; e si concludeva nel senso che *“appare, quindi, ragionevole e condivisibile la scelta del legislatore d’urgenza di ulteriormente insistere per la introduzione nel sistema dell’istituto, non essendo implausibile ritenere che, a regime, esso possa divenire una forma di definizione del contenzioso concreta e generalmente praticata, capace di fornire un indispensabile contributo di funzionalità e di effettività al sistema giudiziario civile”*.

Non può che ribadirsi il giudizio in linea di massima favorevole all’adozione di strumenti che promuovano anche attraverso schemi procedurali obbligatori, la conciliazione, la quale, d’altra parte, deve essere valorizzata non soltanto quale strumento deflattivo ma quale mezzo per ampliare l’area della tutela, configurandosi come *“uno dei diversi mezzi di risoluzione delle controversie disponibile in una società moderna, che può essere il più idoneo per alcuni tipi di controversie, ma certamente non per tutte”* (cfr. paragrafo 1.1.4 della relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva europea in tema di mediazione in materia civile e commerciale).

Come si è rilevato nel parere citato, invero, *“la mediazione (come più in generale tutte le forme alternative di risoluzione della controversia) può divenire, in ultima analisi, uno strumento importante per la trasformazione della giustizia civile al fine di renderla più flessibile e più attenta alle caratteristiche del caso concreto, nell’ambito di un sistema integrato di giustizia che tenda a specializzare la funzione dei vari strumenti di definizione, in una migliore articolazione non solo degli strumenti alternativi alla decisione, ma anche della gamma di quelli decisionali in senso stretto. Non sfugge, infatti, che la mediazione ha il pregio di consentire “la continuazione dei rapporti tra le parti” e, pertanto, evita quel clima di agone proprio del ricorso alla giurisdizione, che determina, inevitabilmente, la conflittualità di tali rapporti”*.

Nondimeno, dal punto di vista pratico, l’introduzione di un nuovo strumento di definizione alternativa delle controversie, come evidenziato in premessa, pone il problema di coordinamento con quelli già esistenti, primo tra tutti proprio la mediazione obbligatoria.

Nel definire gli ambiti oggettivi di applicabilità dell’obbligo di formulare l’invito alla stipula della convenzione di negoziazione quale condizione di procedibilità, l’art. 3 del decreto elenca *l’azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti*, nonché, fuori dai casi da ultimo indicati e da quelli previsti dall’art. 5, comma 1-bis, D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28¹¹, tutte le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i 50.000 euro. E’ espressamente esclusa l’applicabilità della procedura alle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

Ora è evidente l’intento del legislatore di non sovrapporre le due diverse modalità di ricorso obbligatorio a procedure di definizione alternativa delle liti e le relative condizioni di procedibilità, disegnando l’estensione della fattispecie di nuova introduzione al di fuori dei confini stabilita per quella già esistente.

Preme però evidenziare che un certo pericolo di sovrapposizione vi è comunque per quanto riguarda la materia del risarcimento danni da circolazione dei veicoli e natanti, stante la nota procedura preventiva alla lite, costituente condizione di proponibilità (e non procedibilità della domanda), contemplata dal codice delle assicurazioni. D’altro canto, proprio tale previsione normativa aveva, appunto, suggerito al Governo di non sottoporre tale

¹¹ La norma impone il preventivo esperimento della mediazione per l’introduzione di azioni giudiziali in materia di: *“condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari”*.

tipo di controversie alla mediazione obbligatoria reintrodotta con il richiamato D.L. n. 69/2013¹².

Ancora, si deve osservare come il legislatore nell'occuparsi di ripartire il campo tra le procedure obbligatorie, ha trascurato probabilmente di considerare che l'imposizione della negoziazione assistita in tutte le materie non coperte dalla mediazione obbligatoria ha sostanzialmente sottratto ogni terreno di praticabilità dell'istituto della mediazione facoltativa che in quello stesso ambito poteva trovare luogo¹³.

Nei fatti, poi, l'operazione di definizione dei confini tra le procedure obbligatorie, allo stato ragionevole, appare d'altra parte il punto intermedio di una evoluzione normativa e culturale che richiede, per una definitiva stabilizzazione operativa, quantomeno nel medio termine, inevitabilmente una scelta più radicale di un unico modello di promozione della risoluzione del contenzioso civile al di fuori del circuito giudiziario tra quelli oggi esistenti. Ragioni di coerenza sistematica generale, di uniformità del sistema processuale nonché di funzionalità obbiettiva impongono, infatti, di prescegliere una soluzione omogenea ed unitaria tra quelle disponibili, tenendo conto delle specificità di ciascuna¹⁴.

Già allo stato, il pur apprezzabile tentativo del legislatore di non creare sovrapposizioni rischia comunque nella pratica di essere frustrato, ingenerando difficili questioni interpretative – con conseguente dispiego di significative risorse processuali – in ordine alla soddisfazione delle varie condizioni di procedibilità prospettabili nelle ipotesi concrete, ad esempio, di proposizione congiunta di più domande connesse soggettivamente, o di discutibile qualificazione, ovvero nell'ipotesi in cui ad una domanda soggetta ad un regime

¹² Ed infatti, il Governo, all'epoca, spiegò questa esclusione nella Relazione illustrativa al D.L. n. 69/13, ricordando che «operano sul punto gli impulsi alla composizione stragiudiziale di cui agli articoli 148 e 149 del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209» e ricorda i dati sulla applicazione della mediazione nel periodo tra il 21 marzo 2011 e il 30 giugno 2012. Ebbene, il Governo rileva che i dati statistici mostrano che le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli – a fronte di una percentuale generale del 46,4 per cento di raggiungimento dell'accordo nei casi di aderente (alla domanda di mediazione) comparso – registrano una percentuale specifica del 96,2 per cento di aderente non comparso: «ne consegue che, per le dinamiche innescate dalla decisiva presenza dell'ente assicurativo, la funzionalità settoriale della mediazione è particolarmente bassa».

¹³ La mediazione facoltativa, pur ancillare rispetto a quella obbligatoria, mantiene comunque peculiarità tali da renderla appetibile alle parti, quali il credito di imposta per le spese sostenute, che non è riconosciuto per la negoziazione assistita.

¹⁴ Come è noto, mentre la mediazione obbligatoria prevede l'intervento di un terzo in posizione di mediazione imparziale e quindi assegna ai Procuratori delle parti il ruolo esclusivamente difensivo, la negoziazione assistita affida a questi ultimi ed alle parti, il ruolo attivo di perseguimento dell'accordo. La prima procedura è peraltro più costosa ed articolata in tempi più lunghi di quelli previsti per la seconda. Tali diverse caratterizzazioni, di rilievo culturale ancora più che pratico, inducono a dubitare che sia giustificata tale disparità di disciplina tra le materie - spesso non eterogenee dal punto di vista sostanziale - assegnate all'una o all'altra delle sedi conciliative.

di procedibilità sia opposta in via riconvenzionale una azione per cui sia richiesto il preventivo esperimento di una procedura diversa.

Né appare sufficiente a dirimere eventuali dubbi interpretativi la disposizione del comma 5 dell'art. 3 secondo cui *“restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati”*, la quale sembra riferirsi ad ipotesi di procedure speciali per materia specifiche, e non agli strumenti di generalizzata applicazione, quale la mediazione e la nuova negoziazione assistita.

Sarebbe quindi opportuno che in sede di conversione del decreto il legislatore indicasse come realizzare un coordinamento tra le possibili condizioni di procedibilità delle azioni proposte nei casi in cui, per la specificità della fattispecie processuale concreta, ciò sia necessario.

L'art. 3 chiarisce che il preventivo esperimento del tentativo di convenzione di negoziazione assistita non è richiesto per l'instaurazione di procedimenti di ingiunzione, di consulenza tecnica preventiva, nei procedimenti di cognizione relativi ad esecuzione forzata, nei procedimenti in camera di consiglio, nonché nell'azione civile esercitata nel processo penale. Né, chiarisce il comma 4, la procedura conciliativa preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, o la trascrizione della domanda giudiziale. In sede di conversione, tuttavia, sarebbe opportuno introdurre una qualche previsione anche in ordine ai procedimenti di istruzione preventiva previsti dagli artt. 692 ss. cod. proc. civ., trattandosi di strumenti processuali finalizzati all'efficienza probatoria, la cui natura cautelare è ancora oggi controversa.

Gli **artt. 4 e 5** disciplinano la forma ed il contenuto dell'invito a stipulare l'accordo di negoziazione e degli effetti dell'accordo eventualmente raggiunto in maniera analoga a quanto previsto dalla normativa in materia di mediazione. Merita di essere segnalata, in quanto innovativa ed interessante per il suo significativo rilievo culturale, la norma del comma 4 dell'art. 5 che sancisce espressamente l'illiceità, sotto il profilo deontologico, della condotta dell'avvocato che impugni un accordo alla cui redazione ha partecipato.

Ulteriori norme generali disciplinanti l'istituto sono contenute negli **artt. 8, 9 10 ed 11** del decreto legge, i quali definiscono gli effetti dell'attivazione della procedura negoziata in relazione alla prescrizione dei diritti ed alle decadenze dell'azione, nonché il divieto per i difensori di essere nominati arbitri in relazione a controversie aventi il medesimo oggetto o connesse a quella negoziata. Il legislatore ha inteso, inoltre, rendere impermeabile il contenuto del procedimento di negoziazione rispetto al giudizio, prescrivendo che le informazioni e le dichiarazioni acquisite nel corso del tentativo di conciliazione non possano essere utilizzate

nell'eventuale successivo giudizio contenzioso, né possano essere oggetto di deposizione testimoniale, riconoscendo in ogni caso ai protagonisti della trattativa negoziale la facoltà di sottrarsi alla deposizione opponendo il segreto di cui all'art. 200 cod. proc. pen. e le garanzie del difensore di cui all'art. 103 cod. proc. pen.. La norma è condivisibilmente finalizzata a consentire alle parti una effettiva libertà nell'articolare le ipotesi conciliative, dismettendo ogni rigore formale ed inevitabilmente riconoscendo anche le ragioni altrui, sgombrando il campo dal timore che eventuali informazioni o dichiarazioni concessive o il riconoscimento dell'interesse altrui possano poi essere utilizzate in maniera avversa nell'eventuale successivo contenzioso.

L'**articolo 6** del D.L. n. 132/2014 regola una forma peculiare di negoziazione assistita finalizzata alla soluzione consensuale non giurisdizionale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio¹⁵.

La previsione è utile ed opportuna, e risponde ad una sollecitazione, da tempo presente e reiterata nel dibattito pubblico, nel quale si è già osservato che l'accordo tra coniugi sulla propria condizione personale ed economica può fare a meno di un vaglio apposito e specifico del giudice, considerato peraltro che nella prassi giudiziaria è del tutto sconosciuto il successo del tentativo di ri-conciliazione che la legge espressamente impone al Presidente del Tribunale in sede di udienza di comparizione delle parti, né, ordinariamente, viene praticato un sindacato del merito delle determinazioni che i coniugi abbiano consensualmente e liberamente assunto con l'assistenza del difensore. Conseguentemente, l'imposizione di un defatigante procedimento giurisdizionale, che impone un investimento di risorse personali e materiali delle parti e degli uffici giudiziari e che si conclude nella sostanza con la mera formalizzazione degli accordi raggiunti, appare del tutto ingiustificata e controproducente, sotto il profilo dell'economicità, dell'effettività e della tempestività degli adempimenti, nonché per la funzionalità degli uffici giudiziari.

L'innovazione legislativa mira evidentemente a perseguire due specifiche finalità, entrambe condivisibili in linea di principio: fornire ai cittadini uno strumento agile di definizione dei loro rapporti personali in ipotesi di separazione e divorzio e ridurre il carico di lavoro dei tribunali mediante la degiurisdizionalizzazione di alcuni procedimenti.

¹⁵ Il primo comma della menzionata disposizione recita *“la convenzione di negoziazione assistita da un avvocato può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 10 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio”*.

Nondimeno il legislatore ha opportunamente ritenuto di dover contemperare la finalità deflattiva con le prevalenti esigenze di tutela della prole e con la natura indisponibile dei diritti ad esse sottesi.

In questa ottica possono certamente apprezzarsi le limitazioni previste dal comma 2 del medesimo art. 6, che preclude la possibilità di ricorrere alla procedura in esame in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti.

In ordine all'ambito di estensione della predetta limitazione si impone, tuttavia, qualche considerazione.

Com'è noto il dovere al mantenimento dei figli maggiorenni trova la sua fonte primaria nell'art. 30 della Costituzione ed è ribadito dagli artt. 147 e ss. cod. civ., che impongono ad entrambi i genitori di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle inclinazioni e delle aspirazioni dei figli, in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro, non prevedendo alcuna cessazione di tale al semplice raggiungimento della maggiore età.

L'art. 155-*quinquies* cod. civ. stabilisce, a sua volta, che *“il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico”* e l'art. 155 cod. civ. puntualizza che in caso di separazione o divorzio, per la determinazione dell'assegno di mantenimento occorre fare riferimento al tenore di vita goduto dai figli in costanza di convivenza con entrambi i genitori, ai tempi di permanenza presso ciascun genitore, alle risorse economiche di entrambi e alle esigenze attuali del figlio.

La giurisprudenza, peraltro, in più occasioni ha delineato il concetto di indipendenza del figlio maggiorenne, evidenziando che non qualsiasi impiego o reddito fa venir meno l'obbligo del mantenimento (cfr. Cass. n. 18/2011), sebbene non sia necessario un lavoro stabile, essendo sufficienti un reddito o il possesso di un patrimonio tali da garantire un'autosufficienza economica (cfr. Cass. n. 27377/2013).

Ne consegue che l'indipendenza economica idonea ad estinguere l'obbligo del mantenimento può ritenersi raggiunta solo in presenza di un impiego tale da consentire ai figli un reddito corrispondente alla loro professionalità e un'appropriata collocazione nel contesto economico-sociale di riferimento, adeguata alle loro attitudini ed aspirazioni (cfr. Cass. n. 21773/2008; Cass. n. 14123/2011; Cass. n. 1773/2012).

A fronte di tale quadro normativo e giurisprudenziale deve rilevarsi come, secondo la nuova normativa, l'accertamento dell'autosufficienza economica dei figli - che è presupposto

per l'utilizzabilità della procedura conciliativa - dovrebbe avvenire in maniera del tutto informale e senza alcuna garanzia nel contraddittorio tra i coniugi, mentre l'interesse dei figli non sarebbe in alcun modo rappresentato nella procedura. E' evidente che, in alcuni contesti, la sostanziale attribuzione ai genitori del potere di definire la condizione economica dei figli può realizzare un obbiettivo conflitto di interessi che non troverebbe alcuna compensazione nel sistema, rischiando di sacrificare l'interesse che, con la previsione di esclusione della possibilità di negoziazione assistita, il legislatore ha mostrato di volere tutelare.

Sarebbe forse opportuno, allora, un maggior contenimento dell'ambito di operatività del procedimento in esame, precludendone *tout court* l'applicabilità in presenza di figli, anche se maggiorenni.

Un ulteriore aspetto problematico della nuova disciplina, sul piano del coordinamento normativo, per come articolata, attiene alla partecipazione al procedimento del pubblico ministero che, come è noto, è parte necessaria nei giudizi di separazione personale e di divorzio (art. 70 cod. proc. civ.).

Ora, la previsione di un modulo definitorio alternativo del tutto al di fuori di ogni controllo pubblico appare in contraddizione con l'esigenza di verifica della congruità delle determinazioni sullo *status* delle persone testimoniata dalla norma processuale citata.

Potrebbe porsi rimedio a tale apparente distonia semplicemente prevedendosi una comunicazione dell'accordo alla parte pubblica per le sue valutazioni, oppure, al contrario, e per simmetria normativa, eliminando l'obbligatoria partecipazione dell'ufficio del pubblico ministero nel procedimento ordinario di separazione e divorzio limitatamente alle ipotesi per cui è possibile ricorrere a siffatti moduli alternativi alla giurisdizione.

Altra possibile asimmetria tra i procedimenti giudiziali di separazione e divorzio e quelli soggetti alla procedura semplificata di cui all'art. 6 del decreto-legge può ravvisarsi in rapporto al coordinamento con gli artt. 707 e 708 cod. proc. civ. e con l'art. 7 della legge n. 898/1970.

Infatti, ai sensi degli artt. 707 e 708 cod. proc. civ., disciplinanti il procedimento di separazione giudiziale, *“i coniugi debbono comparire personalmente davanti al Presidente con l'assistenza del difensore”* e *“all'udienza di comparizione il Presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione”*.

A sua volta l'art. 4, comma 7, della legge n. 898/1970, contenente la disciplina dello scioglimento del matrimonio, prevede che *“i coniugi devono comparire davanti al Presidente del Tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi, e con l'assistenza di un*

difensore” e prosegue specificando che “all’udienza di comparizione, il Presidente deve sentire i coniugi prima separatamente poi congiuntamente, tentando di conciliarli”.

Poiché il decreto-legge in commento non ha inciso sulle menzionate disposizioni, è evidente che il tentativo di conciliazione rappresenta una fase endoprocessuale necessaria per i soli procedimenti giudiziali.

Coerenza sistematica imporrebbe, quindi, di uniformare le fasi introduttive dei menzionati procedimenti, eliminando la previsione di un’apposita udienza presidenziale finalizzata alla riconciliazione dei coniugi che, come detto, nella prassi giudiziaria presenta percentuali di successo obbiettivamente trascurabili.

Di particolare rilievo e di rilevanti effetti generali appare poi la innovazione introdotta dal D.L. n. 132 del 2014 con **l’art. 7** in materia di contenzioso di diritto del lavoro.

La norma modifica l’art. 2113 del codice civile che, come è noto, stabilisce che non sono valide e possono essere impugnate, fino a sei mesi dopo la cessazione del rapporto di lavoro, le rinunce e le transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi. Il quarto comma della norma stabilisce che sono escluse dall’applicazione di tale sanzione di invalidità le conciliazioni avvenute davanti al giudice (artt. 185 e 410 cod. proc. civ.), davanti alle Commissioni di conciliazione istituite presso la Direzione provinciale del lavoro (art. 411 cod. proc. civ.), presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 412-*ter* cod. proc. civ.), ovvero innanzi al collegio di conciliazione ed arbitrato irrituale costituito secondo le previsioni dell’art. 412-*quater* cod. proc. civ.. Ora, la norma di nuova introduzione aggiunge, quale ulteriore ipotesi di esclusione della possibilità di invalidare le rinunce e transazioni del lavoratore, quella in cui l’accordo conciliativo sia stato concluso *“a seguito di una procedura di negoziazione assistita da un avvocato”*.

La norma potrebbe essere letta, quindi, nel senso di introdurre una innovazione di enorme portata nell’intero settore del diritto del lavoro, sotto il profilo politico-culturale prima ancora che specificamente normativo.

Per una corretta impostazione del tema, bisogna intanto tenere conto che secondo una pressoché pacifica e risalente interpretazione, ai fini dell’applicazione dell’art. 2113 cit., è necessario distinguere un gruppo di diritti assolutamente indisponibili (definiti primari o strettamente personali), i cui atti dispositivi sarebbero totalmente nulli e resterebbero fuori del

campo di applicazione della norma¹⁶ ed altri diritti, di natura patrimoniale (c.d. secondari), che, invece, pur essendo posti da norme inderogabili, non sono assolutamente irrinunciabili: tali debbono intendersi non quelli direttamente discendenti dalla disposizione inderogabile bensì quelli da essa derivanti in conseguenza della sua violazione. E' in relazione ad essi che opererebbe la norma dell'art. 2113 con conseguente mera annullabilità dell'atto dispositivo¹⁷. Specularmente, la dottrina ha affermato la necessità di imporre la nullità di quei negozi dispositivi aventi ad oggetto diritti garantiti a livello costituzionale, con la conseguente esclusione di tali atti dispositivi dall'ambito di applicazione dell'art. 2113: ad esempio, l'indisponibilità preventiva del diritto al riposo settimanale derivante da norma imperativa non comporta l'indisponibilità del diritto al risarcimento dei danni conseguenti alla violazione di tale diritto: di conseguenza non si esclude che tale diritto possa formare oggetto di transazione, anche se derivante in via mediata e diretta da norma inderogabile di legge.

Ora, sotto un profilo critico, non può trascurarsi che, con riguardo alla speciale impugnativa della transazione tra datore di lavoro e lavoratore, prevista dall'art. 2113, comma 3, cod. civ., l'intervento del giudice, dei sindacati o dell'ufficio provinciale del lavoro è in sé idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro, che rende sospette di prevaricazione da parte di quest'ultimo le transazioni e le rinunce intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti previsti da norme inderogabili, e ciò sia allorché detto organismo partecipi attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, sia quando in un proprio atto si limiti a riconoscere, in una transazione già delineata dagli interessati in trattative dirette, l'espressione di una volontà non coartata del lavoratore. Conseguenza che anche in tale ultimo caso la transazione si sottrae alla impugnativa suddetta (Cass. n. 17785/2002).

Con il decreto legge n. 132, diversamente, per la prima volta, invece, si affida interamente al negoziato delle parti private, assistite da avvocati, la definizione dei diritti del prestatore di lavoro, al di fuori di ogni controllo pubblico, anche in relazione ai diritti pur disponibili, ma derivanti da disposizioni normative inderogabili.

Portandosi a conseguenze ulteriori le criticità già sopra messe in luce con riguardo all'istituto nella sua generalità, qui sembra poter vacillare l'intero impianto della disciplina

¹⁶ Cfr. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1983, p. 269; Simi, *Sull'incapacità giuridica del lavoratore a dimettere diritti in costanza di rapporto*, in *DL*, 1968, p. 191.

¹⁷ De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1979; Mazziotti, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale. Commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, Napoli, 1974; Branca, *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, in *FP*, 1958; Smuraglia, *Indisponibilità ed inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in Riva Sanseverino, Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971.

del rapporto di lavoro, basato proprio sulla premessa che in presenza di una sproporzione di potere contrattuale tra le parti, la disciplina dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro non può essere affidata alla libera determinazione individuale dei soggetti coinvolti.

E', pertanto, lampante la soluzione di continuità rispetto ad un passato ordinamentale in cui tutte le possibilità di negoziazione di diritti disponibili nati da norme inderogabili sono state assoggettate ad un'alternativa procedimentale in cui la condizione del contraente debole era comunque garantita dalla presenza di una parte terza ed imparziale, pubblica o privata, in grado di offrire adeguata vigilanza in ordine all'equità della soluzione concordata. Così, la norma originariamente prevedeva la validità e l'efficacia della negoziazione avvenuta, oltre che davanti al giudice, dinnanzi alle Commissioni di conciliazione istituite presso la Direzione provinciale del lavoro (art. 411 cod. proc. civ.) o presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 412-*ter* cod. proc. civ.), ovvero innanzi al collegio di conciliazione ed arbitrato irrituale costituito con le modalità garantite di cui all'art. 412-*quater* cod. proc. civ..

Con il testo in commento si consente, invece, che le prerogative del lavoratore sancite da norme inderogabili possano essere oggetto di valida trattativa e definizione privata con la sola presenza dell'avvocato delle parti cui, per definizione, non può essere riconosciuto il carattere di imparzialità né il ruolo di garanzia nei confronti della parte più debole del rapporto, che fino ad ora si era voluto offrire al prestatore di lavoro. Al di là di ogni considerazione in ordine alle differenti possibilità socio-economiche delle parti di un rapporto di lavoro di dotarsi di difensori professionalmente attrezzati, è evidentemente estraneo ai compiti ed alle responsabilità dell'avvocato la tutela imparziale dei valori generali dell'Ordinamento e dei principi inderogabili, se non nella misura in cui convengano, nella situazione concreta, agli interessi dell'assistito. Si rimette sostanzialmente alla valutazione concreta della convenienza patrimoniale dell'accordo la possibilità di derogare alle tutele del rapporto di lavoro ed ai diritti che il legislatore ha fino ad ora ritenuto irrinunciabili. Né la norma che attribuisce ai difensori il generale compito (art. 5, comma 2) di certificare *la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico* può essere letta nel senso di assegnare al professionista privato il ruolo improprio di garante di interessi diversi da quello immediato dei soggetti che gli si affidano. La disposizione, posta nella disciplina generale dell'istituto della negoziazione assistita, deve essere, infatti, letta nel senso di richiedere ai professionisti di verificare che l'accordo non contravvenga l'apparato ordinamentale che disciplina i limiti generali ed i confini esterni dell'autonomia negoziale delle parti. Non può da essa fare discendere un ruolo – del tutto estraneo alla natura della

professione liberale privata – di vigilanza del merito delle decisioni dei privati, rispetto alle quali all'avvocato non possono essere attribuiti doveri diversi da quelli del migliore perseguimento dell'interesse specifico, concreto e contingente del proprio cliente. E' da escludere, quindi, che il difensore possa essere onerato del dovere di verificare che la rinuncia del prestatore di lavoro – resa legittima con l'innovazione in commento, e quindi tendenzialmente priva di ogni potenzialità direttamente lesiva dell'ordine pubblico o di norme imperative – pur in ipotesi conveniente nell'immediato per il proprio assistito, in ragione delle condizioni materiali in cui avviene, si ponga in contrasto con i principi generali di tutela che governano la materia dei rapporti di lavoro.

La norma dell'art. 7, oltre a suscitare le perplessità descritte in ordine alle scelte sostanziali di politica del diritto, provoca criticità rilevanti in ordine alla individuazione del corretto ambito di applicazione del modulo conciliativo della negoziazione assistita nel contenzioso giuslavoristico.

Come già visto, l'art. 2 del D.L. in commento, che disciplina la negoziazione assistita, ne esclude la esperibilità nelle ipotesi in cui la controversia abbia per oggetto diritti indisponibili. D'altra parte, come si è visto, la modifica dell'art. 2113 cod. civ. realizzata con l'art. 7, rende suscettibili di definizione in sede negoziale anche le liti riguardanti diritti disponibili, nei termini anzidetti, derivanti da norma inderogabile¹⁸. Ulteriore conseguenza parrebbe essere che, una volta fatto rientrare il contenzioso lavoristico nell'ambito di generale applicabilità della procedura di definizione alternativa, dovrebbe ritenersene la obbligatorietà ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3 in tutti i casi in cui la controversia riguardi somme non eccedenti i cinquantamila euro¹⁹, con relativa imposizione della condizione di improcedibilità del ricorso, rendendo necessario il coordinamento del nuovo istituto conciliativo obbligatorio con quelli speciali già previsti nella materia del lavoro (artt. 410 e 412 cod. proc. civ.) che, in quanto facoltativi finirebbero per soccombere. Senza dire che il preventivo esperimento della procedura conciliativa avrebbe l'effetto diretto di precludere l'immediata trattazione e la

¹⁸ La coincidenza tra diritti indisponibili e diritti derivanti da norme inderogabili è discussa nel dibattito dottrinale, in cui si propone la tesi della non perfetta sovrapposibilità dei concetti; la giurisprudenza di legittimità appare talvolta utilizzare i due concetti in maniera fungibile, cfr. ad es. *“diritti indisponibili da parte del lavoratore non devono ritenersi soltanto quelli di natura retributiva o risarcitoria correlati alla lesione di diritti fondamentali della persona, atteso che la ratio dell'art. 2113 cod.civ. consiste nella tutela del lavoratore, quale parte più debole del rapporto di lavoro, la cui posizione in via ordinaria viene disciplinata attraverso norme inderogabili, salvo che vi sia espressa previsione contraria ...”*: così Cass. 2734/2004.

¹⁹ E' probabilmente superfluo osservare come il valore indicato è tale per ricomprendere la stragrande maggioranza delle controversie in materia di spettanze retributive e previdenziali che pendono nei Tribunali italiani.

sollecita definizione del giudizio: peculiarità specificamente perseguite dal legislatore con la previsione del rito speciale di cui agli artt. 409 e ss. cod. proc. civ..

2.3. Disposizioni per la semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio.

Il Capo III prevede all'**art. 12**, tra le ulteriori disposizioni di semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio, la possibilità dei coniugi di concludere, innanzi all'ufficiale dello stato civile del Comune di residenza di uno di loro o del Comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, un accordo di separazione personale ovvero di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio - quando dipenda dal decorso del termine di tre anni dalla separazione personale - nonché la modifica delle relative condizioni.

Secondo quanto già illustrato con riferimento all'art. 6, si tratta di un ulteriore strumento non giudiziale per consentire ai coniugi di ottenere la pronuncia di separazione e divorzio – ove non sussistano motivi di lite tra di loro – al di fuori del circuito giurisdizionale attualmente imposto, con risparmio di costi e tempi personali delle parti, nonché del relativo aggravio funzionale per gli uffici giudiziari.

Così come per la negoziazione assistita, anche in questo caso si è previsto il divieto di utilizzare la procedura amministrativa ove esistano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* gravi ovvero non economicamente autosufficienti.

Il comma 3 disciplina la procedura prevedendo che l'ufficiale di stato civile riceva la dichiarazione di volontà di separarsi o di divorziare – o di modificare le condizioni di separazione o di divorzio – da ciascuna delle parti personalmente e proceda a compilare l'atto contenente l'accordo, che deve essere immediatamente sottoscritto. La norma prevede espressamente che l'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale. Tale ultima disposizione, formulata con dizione forse volutamente generica, è verosimilmente animata dall'intenzione di evitare che l'atto amministrativo destinato a disciplinare lo *status* personale dei coniugi sia utilizzato come veicolo per realizzare trasferimenti patrimoniali evitando i costi dei tributi e le formalità di una ordinaria fattispecie contrattuale. Ed infatti, analoga norma non è presente nella disciplina della negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio che, mantenendo i caratteri dello schema contrattuale, può evidentemente accogliere le ulteriori pattuizioni che l'autonomia delle parti suggerisca di inserire.

Al comma 5 l'art. 12 risolve la questione, sia con riferimento alla negoziazione assistita in materia coniugale che all'accordo di separazione concluso avanti all'ufficiale di stato civile, della determinazione del momento esatto in cui si produrranno gli effetti della separazione personale e, quindi, del momento dal quale decorrerà il termine per poter proporre la domanda di divorzio, interpolando l'art. 3 della legge n. 898 del 1970 con l'indicazione della data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di negoziazione assistita o dell'atto contenente l'accordo concluso innanzi all'ufficiale di stato civile. Deve in proposito segnalarsi che sarebbe probabilmente opportuno inserire analogamente utile precisazione all'art. 10, comma 2, della legge n. 898 del 1970 che fissa il momento di efficacia della cessazione degli effetti civili o dello scioglimento del matrimonio, a tutti gli effetti civili, ed anche a tutela dell'affidamento dei terzi, con esclusivo riferimento alla pronuncia giurisdizionale, mentre manca una determinazione espressa del momento di efficacia degli effetti della negoziazione assistita ovvero della procedura innanzi all'ufficiale giudiziario.

In relazione alla disciplina dell'accordo di separazione o divorzio innanzi all'ufficiale di stato civile devono ribadirsi le criticità già rilevate con riferimento alla negoziazione assistita in materia di rapporti coniugali (cfr. *sub* art. 6, cui si rinvia), in ordine al ruolo ed alla funzione del pubblico ministero, nonché in relazione all'assenza di ogni verifica, da parte di un soggetto terzo ed imparziale, della condizione di autosufficienza economica degli eventuali figli maggiorenni, che costituisce condizione di accesso alla procedura non giudiziale ed è suscettibile di strumentalizzazione da parte dei genitori in eventuale conflitto di interessi.

2.4. Misure sulla la funzionalità del processo civile di cognizione.

2.4.1. Le modifiche al regime della compensazione delle spese.

L'art. 13, comma 1, del decreto legge prevede la modifica del comma 2 dell'art. 92 cod. proc. civ. nei seguenti termini: se *“vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti”*.

La precedente versione normativa, che già aveva formato oggetto di un recente intervento riformatore attuato con legge n. 69/2009, disponeva, invece, che *“se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti”*.

In un'ottica deflattiva la modifica apportata è certamente positiva in quanto finalizzata ad una più rigida applicazione del principio generale della soccombenza fissato dall'art. 91 cod. proc. civ. e, in ultima analisi, ad una maggiore responsabilizzazione delle parti nel ricorrere all'autorità giudiziaria.

Non va sottaciuto, infatti, che nonostante le modifiche restrittive apportate negli ultimi anni, nella prassi applicativa si è continuato a fare ampio uso del potere discrezionale di compensazione delle spese processuali, neutralizzando di fatto i costi della soccombenza ed incentivando, di conseguenza, una persistente litigiosità.

Per altro verso, è doveroso segnalare come l'affermazione, che si legge nella Relazione introduttiva al decreto legge, per cui l'uso da parte dei giudici del potere di compensazione, anche al di fuori delle regole già estremamente restrittive entrate in vigore in questi ultimi anni, costituirebbe un incentivo alla lite, non è ancorata a dati precisi e, comunque, la compensazione può a volte rappresentare lo strumento che permette di dare ingresso ad istanze di giustizia sostanziale.

Per effetto della modifica introdotta, invece, dovrebbe ora essere possibile disporre la compensazione, oltre che in ipotesi di soccombenza reciproca, solo quando si invocano norme giuridiche di recente entrata in vigore e prive di precedenti giurisprudenziali o quando la decisione si traduca in un mutamento giurisprudenziale non facilmente prevedibile in ragione del carattere consolidato del pregresso indirizzo.

2.4.2. Il passaggio dal rito ordinario di cognizione al rito sommario

L'art. 14, comma. 1, stabilisce che dopo l'art. 183 del cod. proc. civ. è inserito il seguente articolo: *“183-bis. (Passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione). Nelle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica, il giudice nell'udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio anche mediante trattazione scritta, con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell'articolo 702-ter e invita le parti ad indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria. Se richiesto, può fissare una nuova udienza e termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali e termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria.”*.

La norma in commento non presenta, dal punto di vista processuale, connotati particolarmente innovativi, poiché il nostro Ordinamento già contempla e disciplina

meccanismi di passaggio dal rito ordinario al rito speciale e viceversa (si pensi agli artt. 426 e 427 cod. proc. civ.).

Sul piano sistematico, tuttavia, l'innovazione introdotta appare apprezzabile, in quanto pone rimedio ad un originario difetto teorico presente nell'attuale testo degli artt. 702-*bis* ss. cod. proc. civ..

Infatti, una volta riconosciuto al giudice il potere di disporre il passaggio dal procedimento sommario a quello ordinario in presenza di un'istruzione non connotata dal carattere della sommarietà, del tutto illogico appariva l'omessa attribuzione al giudice di un potere uguale e contrario, con conseguente possibilità di disporre il passaggio dal rito ordinario al rito speciale ove ne ricorressero i relativi presupposti di applicabilità.

In una prospettiva di deflazione del contenzioso e di accelerazione delle procedure deve evidenziarsi, tuttavia, che risulta ancora invariato l'ambito di estensione oggettivo di questa disposizione legislativa, nel senso che l'applicabilità del procedimento di cui all'art. 702-*ter* cod. proc. civ. rimane circoscritta alle sole cause in cui "*il Tribunale giudica in composizione monocratica*". Ne consegue che il rito di cognizione sommaria continua a non trovare applicazione nelle cause di competenza dei giudici di pace, così come individuate dall'art. 7 cod. proc. civ..

Sotto questo profilo, quindi, una modifica estensiva della norma sarebbe auspicabile in sede di conversione; così come, per quanto si dirà in seguito, una sua rimodulazione per il giudizio contumaciale.

Un'ultima considerazione, infine, si impone sul piano della tecnica redazionale della disposizione in esame.

Si osserva, in particolare, che il generico richiamo all'intero art. 702-*ter* cod. proc. civ., contenuto nell'art. 14, comma. 1, decreto legge n. 132/2014, appare inadeguato, poiché in caso di passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione il rinvio ai primi quattro commi dell'art. 702-*ter* cod. proc. civ. non ha ragion d'essere.

E' evidente, infatti, che il provvedimento di conversione del rito necessariamente presuppone che il giudice si sia già ritenuto competente (altrimenti non avrebbe provveduto a norma dell'art. 183-*bis* cod. proc. civ. ma a norma dell'art. 38 cod. proc. civ.), abbia già valutato che la domanda rientra tra quelle per le quali il Tribunale giudica in composizione monocratica ed abbia, infine, già ritenuto che tanto la domanda principale, quanto la domanda riconvenzionale (da proporsi a pena di decadenza nella comparsa di risposta *ex* art. 167, comma 2, cod. proc. civ.) richiedano un'istruzione sommaria. Un adeguamento della formulazione normativa, quindi, sarebbe utile in sede di conversione.

2.3.1. Le dichiarazioni rese al difensore.

L'art. 15 del decreto legge ha introdotto una nuova forma di prova testimoniale introducendo un'apposita norma procedurale (l'articolo 257-ter cod. proc. civ.) rubricata "Dichiarazioni scritte" che recita la "parte può produrre, sui fatti rilevanti ai fini del giudizio, dichiarazioni di terzi, capaci di testimoniare, rilasciate al difensore, che, previa identificazione a norma dell'articolo 252, ne attesta l'autenticità. Il difensore avverte il terzo che la dichiarazione può essere utilizzata in giudizio, delle conseguenze di false dichiarazioni e che il giudice può disporre anche d'ufficio che sia chiamato a deporre come testimone".

Questa disposizione attribuisce alle parti una nuova opportunità processuale, permettendo ai difensori, una volta identificato il testimone mediante l'individuazione del "nome, il cognome, il luogo e la data di nascita l'età e la professione" (art. 252 cod. proc. civ.), di fargli rendere dichiarazioni scritte purché vertano, in linea con quanto previsto dall'art. 183, comma 7, cod. proc. civ., su fatti rilevanti ai fini del giudizio. Il comma 2 dell'art. 257-ter cod. proc. civ. prevede che il difensore ha l'obbligo di avvertire il terzo che la sua dichiarazione potrà essere utilizzata in giudizio, di avvisarlo delle conseguenze di false dichiarazioni e di informarlo che il giudice potrà disporre anche d'ufficio che sia chiamato a deporre come testimone.

A ben vedere tali obblighi ricalcano, sostanzialmente, quelli imposti al difensore, in sede di indagini difensive, dall'art. 391-bis cod. proc. pen. a mente del quale il difensore, tra l'altro, avverte le persone indicate nel comma 1 (ovvero le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa), della propria qualità e dello scopo del colloquio (comma 3, lett. a) e delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione (comma 3, lett. f).

Prescindendo da analisi prettamente teoriche sulla natura di questa nuova forma di testimonianza (sulla cui qualificazione in termini di prova costituenda potrebbero effettivamente sorgere dubbi, trattandosi di prova destinata a formarsi fuori dal processo e senza preventiva disposizione del giudice, prevista invece per l'ipotesi della testimonianza scritta ex art. 257-bis cod. proc. civ.), sul piano del coordinamento sistematico la norma non presenta particolari criticità. Al pari della testimonianza orale, infatti, anche la testimonianza scritta cd. extraprocessuale è ammissibile solo su fatti rilevanti ai fini del giudizio e postula la capacità di testimoniare.

Ne consegue, giusta la previsione di cui all'art. 246 cod. proc. civ., che non potranno essere assunti come testi e comunque non saranno utilizzabili le dichiarazioni rese da terzi portatori di interessi che potrebbero legittimare la loro partecipazione al giudizio.

Naturalmente, trattandosi di dichiarazioni acquisite fuori dal processo ed in assenza di contraddittorio, le eventuali confutazioni sulla capacità o sull'attendibilità del teste non potranno avvenire contestualmente all'espletamento della prova, ma solo in momento successivo ovvero dopo la relativa produzione in giudizio; contestazioni alle quali potrebbe far seguito una ripetizione della prova testimoniale nella naturale sede processuale, in applicazione del secondo comma dell'art. 257-ter cod. proc. civ. che recita "*il giudice può disporre anche d'ufficio che sia chiamato a deporre come testimone*".

Poiché la norma in esame non contiene alcun richiamo all'art 257-bis cod. proc. civ., in assenza di esplicita previsione l'espletamento della testimonianza scritta extraprocessuale dovrebbe prescindere dall'impiego dei cd modelli ministeriali *ex art. 103-bis disp. att. cod. pen.*

Sarebbe auspicabile, tuttavia, un intervento chiarificatore in sede di conversione, tenuto conto del fatto che all'omessa previsione di puntuali modalità di espletamento della prova oggettivamente si accompagna il rischio di ridondanti e prolisse verbalizzazioni.

Per concludere sul punto, appare ragionevole affermare che l'innovazione legislativa è certamente in linea con la finalità di riduzione dei tempi di trattazione dei processi civili, poiché secondo una nozione di evidenza comune nelle aule giudiziarie, l'attività di assunzione delle prove testimoniali impegna gran parte dell'udienza civile deputata all'istruzione di ciascun procedimento e spesso per più udienze.

Nondimeno deve evidenziarsi che l'applicazione di questo nuovo modello istruttorio introduce una forte deroga a quel principio di oralità che informa tutto il nostro sistema processuale.

3. Le modifiche in materia di esecuzione civile.

3.1. Premessa.

Il capo V del decreto legge n. 132/2014 disciplina, agli articoli 18 e ss., la semplificazione e l'accelerazione del processo di esecuzione forzata e delle procedure concorsuali introducendo una serie di modifiche alla fase iniziale delle procedure esecutive ed alla disciplina specifica dell'espropriazione immobiliare, della espropriazione presso terzi, della espropriazione per consegna e rilascio, ampliando i poteri di ricerca dei beni da parte dell'ufficiale giudiziario, introducendo l'istituto della infruttuosità dell'espropriazione forzata.

Si tratta di un intervento, nel complesso, utile ed apprezzabile, che disciplina e migliora alcuni passaggi procedurali, dando, in qualche caso, attuazione ad indicazioni e suggerimenti della dottrina e degli stessi “operatori”.

Infatti, la *ratio* che il legislatore intende perseguire con tali norme è la riduzione dei tempi della procedura esecutiva e la sua maggiore efficacia, anche mediante un potenziamento del ruolo del creditore rispetto a quello dell’ufficiale giudiziario: ad esempio onerando il primo e non più il secondo del deposito, nella cancelleria del Tribunale competente, delle copie conformi del titolo esecutivo e del precetto per l’esecuzione della nota di iscrizione a ruolo (si veda, al riguardo, l’art. 518, comma 6, cod. proc. civ.) ovvero conferendo, sempre al creditore, la possibilità di instare e di provvedere per la ricerca dei beni da pignorare con modalità telematiche (art. 155-*ter* disp. att. cod. proc. civ.). Medesima finalità persegue, poi, l’art. 609 cod. proc. civ., in tema di esecuzione per consegna o rilascio, che affronta il problema dei beni mobili rinvenuti nelle procedure di rilascio. E nella stessa ottica si pone anche il nuovo art. 26-*bis* del codice di rito, che muta il foro per i procedimenti esecutivi presso terzi incoati nei confronti di tutti i soggetti diversi dalle Pubbliche Amministrazioni, nella residenza, domicilio, dimora o sede del debitore. Di assoluta novità è, infine, la chiusura anticipata del processo esecutivo per infruttuosità (art. 164-*bis* disp. att. cod. proc. civ.), quando risulta che non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo degli *asset* patrimoniali pignorati.

E’, tuttavia, illusorio pensare che le misure adottate possano portare ad una significativa accelerazione dei tempi di durata delle procedure esecutive. Le nuove disposizioni introdotte, in particolare quella che disciplina la ricerca dei beni, se avranno una completa attuazione, potranno portare ad una maggiore efficacia complessiva dei procedimenti espropriativi, soprattutto di quello mobiliare e presso terzi, ma non potranno incidere sulla durata delle procedure.

3.2. L’attività del creditore prima della formazione del fascicolo dell’esecuzione.

Venendo alle novità più significative, l’art. 18, comma 1, lett. a), ha modificato l’art. 518, comma 6, cod. proc. civ. in materia di pignoramento di cose mobili presso il debitore nei seguenti termini: «*Compiute le operazioni, l’ufficiale giudiziario consegna senza ritardo al creditore il processo verbale, il titolo esecutivo e il precetto. Il creditore deve depositare nella cancelleria del Tribunale competente per l’esecuzione la nota di iscrizione a ruolo, con copie*

conformi degli atti di cui al periodo precedente, entro dieci giorni dalla consegna. Il cancelliere al momento del deposito forma il fascicolo dell'esecuzione. Sino alla scadenza del termine di cui all'articolo 497 copia del processo verbale è conservata dall'ufficiale giudiziario a disposizione del debitore. Il pignoramento perde efficacia quando la nota di iscrizione a ruolo e le copie degli atti di cui al primo periodo del presente comma sono depositate oltre il termine di dieci giorni dalla consegna al creditore». Pertanto, come sopra anticipato, il deposito delle copie conformi del titolo esecutivo e del precetto non sono più a carico dell'ufficiale giudiziario ma del creditore, il quale deve provvedervi unitamente al deposito della nota di iscrizione a ruolo, fin qui disciplinata per il solo processo di cognizione.

Il deposito da parte del creditore deve avvenire, a pena della perdita di efficacia del pignoramento, entro e non oltre dieci giorni dalla consegna delle suddette copie nel caso di espropriazione mobiliare presso il debitore e di espropriazione immobiliare, entro trenta giorni dalla consegna nel caso dell'espropriazione presso terzi (*ex art. 18 comma 1 lett. b*), che ha modificato l'art. 543 cod. proc. civ., comma 4). E' superato, dunque, l'obbligo del deposito da parte dell'ufficiale giudiziario entro ventiquattro ore dal compimento delle operazioni (di cui alla previgente previsione); e per altro verso, non è richiesta più il deposito della copia del processo verbale, ma solo delle copie conformi del titolo esecutivo del precetto e del processo verbale, il primo da farsi, a norma del comma 2 dell'art. 488 cod. proc. civ., nelle forme stabilite dall'art. 153 disp. att. cod. proc. civ., il secondo e il terzo, a norma dell'art. 212 cod. proc. civ.. Il cancelliere, da parte sua, deve continuare a formare il fascicolo dell'esecuzione di cui all'art. 488 cod. proc. civ. al momento del deposito.

Infatti, il sistema previgente prevedeva che l'atto di pignoramento venisse depositato a cura dell'ufficiale giudiziario presso la cancelleria del giudice competente affinché il cancelliere provvedesse a formare il fascicolo dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 488 cod. proc. civ. (cfr. artt. 518 comma 6, 543 comma 4 e 555 cod. proc. civ. in relazione ai vari tipi di esecuzione forzata, che dettano le regole processuali per lo svolgimento delle diverse forme di espropriazione forzata).

Nondimeno, secondo quanto illustrato nella relazione tecnica al decreto legge, la nuova procedura dovrebbe comunque consentire un notevole risparmio di risorse da parte delle cancellerie, generalmente gravate da numerosissimi procedimenti esecutivi e cronicamente sottodimensionate, attraverso una responsabilizzazione del creditore, il quale dovrebbe dare impulso all'esecuzione soltanto qualora intenda realmente procedervi, laddove nella prassi fin qui affermatasi era frequente che dopo l'iscrizione del procedimento il

creditore non vi desse più corso per le più disparate ragioni (in genere legate al raggiungimento di un accordo con il debitore, magari per il pagamento rateale).

La previsione della iscrizione a ruolo del processo esecutivo risponde, essenzialmente, alla finalità di rendere possibile la applicazione del processo telematico in ambito, rendendo omogenea la instaurazione del procedimento esecutivo con quella degli altri procedimenti giurisdizionali e riducendo il carico di lavoro delle cancellerie.

3.3. Le modifiche in materia di competenza per territorio.

Ancora, giova evidenziare che, per i procedimenti relativi all'espropriazione forzata dei crediti, il deposito deve avvenire nella cancelleria del Tribunale individuato a norma dell'art. 26-*bis* cod. proc. civ., introdotto dall'art. 19 comma 1, lett. b), decreto legge n. 132/2014, secondo cui: *“Quando il debitore è una delle Pubbliche Amministrazioni indicate dall'articolo 413, quinto comma, per l'espropriazione forzata di crediti è competente, salvo quanto disposto dalle leggi speciali, il giudice del luogo dove il terzo debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede. Fuori dei casi di cui al primo comma, per l'espropriazione forzata di crediti è competente il giudice del luogo in cui il debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede”*. L'art. 19, comma 1, lett. a), ha contestualmente abrogato il comma 2 dell'art. 26 cod. proc. civ., secondo cui per *“l'espropriazione forzata di crediti è competente il giudice del luogo dove risiede il terzo debitore”*. Tale disposizione va letta alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale sugli artt. 43 e 46 cod. civ.. Pertanto, per tutti i soggetti diversi dalle Amministrazioni Pubbliche la competenza per i procedimenti di espropriazione forzata di crediti viene ora radicata presso il Tribunale del luogo di residenza, domicilio, dimora o sede del debitore. Si tratta di una modifica che muove dal presupposto per il quale il terzo debitore, dopo le modifiche introdotte dalla riforma dell'espropriazione presso terzi introdotta dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228 e completata dal decreto legge n. 132/2014, non è più obbligato a recarsi in udienza per rendere la dichiarazione. In questo modo si persegue l'esigenza *“di garantire un adeguato livello di tutela dell'esecutato consentendogli un pieno ricorso all'istituto della riduzione del pignoramento ex art. 546, secondo comma, cod. proc. civ., che presuppone la pendenza dei procedimenti espropriativi presso un unico giudice”* e superando *“la necessità di notificare molteplici atti di precetto in presenza di più terzi pignorati in forza di un credito vantato nei confronti di unico debitore,*

*nonché l'onere per il debitore di proporre tante opposizioni per quanti sono i processi esecutivi generati da un'unica azione di recupero del credito*²⁰.

Fa eccezione alla regola generale l'ipotesi in cui il debitore sia una Pubblica Amministrazione, rimanendo in tal caso la competenza del giudice dell'esecuzione del luogo di residenza del terzo pignorato.

3.4. Il deposito degli atti con modalità telematiche.

Giova peraltro rilevare che l'art. 18, comma 4 del decreto legge ha aggiunto due periodi all'art. 16-bis, comma 2, decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, con i quali è stato esteso l'obbligo, a decorrere dal 31 marzo 2015, di procedere con modalità esclusivamente telematiche per il deposito, nei procedimenti di espropriazione forzata, della nota di iscrizione a ruolo, del titolo esecutivo, del precetto (art. 518, comma 6, cod. proc. civ.), della dichiarazione di cui all'art. 547 cod. proc. civ. (art. 543, comma 4, cod. proc. civ.), della nota di trascrizione restituitagli dal conservatore dei registri immobiliari (art. 557, comma 2, cod. proc. civ.). A tal fine il difensore può attestare la conformità agli originali delle copie di tali atti, anche fuori dai casi contemplati dall'art. 16-bis, comma 9-bis del decreto n. 179/2012 relativi agli atti processuali che *“contengono provvedimenti giudiziari che autorizzano il prelievo di somme di denaro vincolate all'ordine del giudice”*.

3.5. Nuove disposizioni in materia di notifica dell'atto di pignoramento al terzo e al debitore.

In più, sempre l'art. 19, comma 2, lett. e) ha previsto ulteriori modificazioni dell'art. 543 cod. proc. civ., stabilendo la possibilità di notificare l'atto di pignoramento al terzo e al debitore a norma degli artt. 137 e seguenti cod. proc. civ., con eliminazione dell'avverbio: *personalmente*. Tale novità va vista con favore perché consente che la notifica possa essere eseguita secondo quanto consentito dalla legge 21 gennaio 1994, n. 53, posto che l'art. 1 di tale normativa esclude che possa essere seguito tale percorso proprio solo quando la notifica deve essere eseguita personalmente su disposizione dell'autorità giudiziaria (e quindi, a maggior ragione, è possibile percorrere tale procedimento notificatorio allorché analoga condizione preclusiva sia stata esplicitamente esclusa *ex lege*); dall'ufficiale giudiziario, anche fuori dall'ipotesi prevista dall'art. 1, comma 2, L. 20 novembre 1982 n. 890, anche nel

²⁰ Cfr. relazione illustrativa al decreto legge.

comune ove ha sede l'ufficio, «avvalendosi del servizio postale per la notificazione degli atti» (art. 1, comma 1, L. 20 novembre 1982 n. 890); a mezzo dell'art. 149 cod. proc. civ.; nonché con la notifica a mezzo posta elettronica a norma dell'art. 149 bis cod. proc. civ..

3.6. Il nuovo contenuto dell'atto di pignoramento presso terzi e la non contestazione del credito.

Novità sono state introdotte con riguardo al tenore che deve avere l'atto di pignoramento presso terzi, il quale deve: a) contenere la citazione solo del debitore e non più del terzo a comparire; b) segnalare che la dichiarazione di cui all'art. 547 cod. proc. civ. al creditore precedente deve avvenire entro e non oltre dieci giorni a mezzo raccomandata ovvero a mezzo di posta elettronica certificata; c) avvisare il *“terzo a comunicare la dichiarazione di cui all'articolo 547 al creditore precedente entro dieci giorni a mezzo raccomandata ovvero a mezzo di posta elettronica certificata; con l'avvertimento al terzo che in caso di mancata comunicazione della dichiarazione, la stessa dovrà essere resa dal terzo comparendo in un'apposita udienza e che quando il terzo non compare o, sebbene comparso, non rende la dichiarazione, il credito pignorato o il possesso di cose di appartenenza del debitore, nell'ammontare o nei termini indicati dal creditore, si considereranno non contestati ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione”*.

La comparizione del terzo all'udienza sarà, allora, un'eventualità solo residuale, ricorrente solo allorché quest'ultimo non specifichi di quali cose o di quali somme sia debitore o se si trovi in possesso e quando ne debba eseguire il pagamento o la consegna, ovvero non chiarisca se vi sono stati sequestri precedentemente eseguiti presso di lui e/o se vi sono cessioni che gli sono state notificate o che ha accettato. In tale udienza, appositamente fissata, inoltre, la mancata comparizione o dichiarazione da parte del terzo, di cui all'art. 547 cod. proc. civ., produrrà come conseguenza che quanto chiesto dal creditore nell'atto di pignoramento dovrà considerarsi non contestato per tutto l'arco della procedura esecutiva sino al procedimento di assegnazione.

Il rilievo assegnato alla non contestazione è assolutamente in linea con il ruolo più in generale assegnato al principio della non contestazione a seguito della novellazione, dopo una lunga elaborazione giurisprudenziale, dell'art. 115 cod. proc. civ. ai sensi del quale: *salvi «i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita»*. Peraltro, la scelta operata nel decreto legge è assolutamente in linea con l'esigenza

di non disperdere preziose energie processuali, riservando, così, la comparizione del terzo all'udienza in parola ai soli casi effettivamente indispensabili²¹. Non sarebbe, tuttavia, pleonastico introdurre un'ulteriore precisazione, stabilendo, con sufficiente previsione, quando e come vanno liquidate le spese affrontate dal terzo per rendere la relativa dichiarazione e le conseguenze imputabili alla dilazione della procedura, mediante la fissazione di una nuova udienza, a cagione della condotta poco collaborativa del terzo stesso.

Di certo, un condivisibile *quid novum* è rintracciabile nella previsione per cui la non contestazione ricorre anche quando il terzo comparso in udienza si rifiuti di fare la dichiarazione di cui all'art. 547 cod. proc. civ.: infatti, in precedenza, il credito vantato si considerava non contestato solo nel caso in cui costui non fosse comparso alla nuova udienza.

3.7. Novità in materia di pignoramento immobiliare.

L'art. 18, comma 1, lett. c), dal canto suo, ha novellato radicalmente l'art. 557 cod. proc. civ. in linea con le disposizioni descritte in precedenza: infatti, è il creditore e non più l'ufficiale giudiziario che ha l'obbligo di depositare nella cancelleria del Tribunale competente per l'esecuzione la nota di iscrizione a ruolo, con copie conformi del titolo esecutivo, del precetto, dell'atto di pignoramento e della nota di trascrizione entro dieci giorni dalla consegna dell'atto di pignoramento (pena la sua perdita di efficacia). Il creditore deve consegnare la copia autentica dell'atto con le note di trascrizione al competente conservatore dei registri immobiliari che trascrive l'atto e farsi restituire una delle note (art. 555, comma 2, cod. proc. civ.) dato che l'ultimo comma dell'art. 555 cod. proc. civ., a cui fa espresso riferimento l'art. 547, comma 2, cod. proc. civ., rinvia espressamente alle attività previste dal comma precedente (ossia il comma 2). Anche per tali procedure, il cancelliere, da parte sua, forma il fascicolo dell'esecuzione sempre a norma dell'art. 488 cod. proc. civ..

3.8. Coordinamento con le disposizione di attuazione del codice di procedura civile.

²¹ Sino al decreto legge n. 132/14, la dichiarazione del debitore di cui all'art. 547, comma 1, cod. proc. civ. (ossia quella "di specificare quali cose o di quali somme si trova in possesso e quando ne deve eseguire la consegna o il pagamento") doveva avvenire di norma in udienza (giacché i casi per cui era consentito far ciò per mezzo di raccomandata o posta elettronica certificata erano solo delle eccezioni) ma adesso, per effetto dell'art. 18, comma 2, lett. f), tale comunicazione può avvenire solo "a mezzo raccomandata inviata al creditore procedente o trasmessa a mezzo di posta elettronica certificata".

È stato, altresì, abrogato il comma 1 dell'art. 548 cod. proc. civ. ai sensi del quale era previsto che, se «il pignoramento riguarda i crediti di cui all'articolo 545, terzo e quarto comma, quando il terzo non compare all'udienza stabilita, il credito pignorato, nei termini indicati dal creditore, si considera non contestato ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione, e il giudice provvede a norma degli articoli 552 o 553» cod. proc. civ.

Il comma 2 dell'art. 18 ha, inoltre, coordinato le disposizione di attuazione del codice di procedura civile a quanto innovato nel codice di rito, appunto, inserendo l'art. 159-*bis* disp. att. cod. proc. civ., intitolato “*nota d’iscrizione a ruolo del processo esecutivo per espropriazione*”, il quale prevede, con efficacia a decorrere dal trentesimo giorno successivo all’entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, che *la nota d’iscrizione a ruolo del processo esecutivo per espropriazione deve in ogni caso contenere l’indicazione delle parti, nonché le generalità e il codice fiscale, ove attribuito, della parte che iscrive la causa a ruolo, del difensore, della cosa o del bene oggetto di pignoramento. Il Ministro della Giustizia, con proprio decreto avente natura non regolamentare, può indicare ulteriori dati da inserire nella nota di iscrizione a ruolo.*

3.9. L’autorizzazione al debitore a rimanere nell’immobile.

Condivisibile è poi la previsione contenuta nell’art. 18, comma 2, lett. h), decreto legge n. 132/2014, il quale, modificando l’art. 560, comma 3, cod. proc. civ., consente al giudice dell’esecuzione di autorizzare il debitore a rimanere nell’immobile non più sino al momento della sua aggiudicazione o assegnazione, ma fino a quando sia autorizzata la vendita.

Si tratta di una modifica che accoglie l’impostazione di una parte della giurisprudenza di merito e risponde, certamente, ad esigenze di efficacia e di rapidità delle procedure esecutive (un immobile libero è, infatti, vendibile nella procedura esecutiva più agevolmente di un immobile occupato ed, inoltre, si evitano i tempi lunghi legati alle difficoltà di ottenere dopo la vendita il rilascio dell’immobile da parte dell’occupante) e, tuttavia, comporta un innegabile pregiudizio per il debitore che deve lasciare l’immobile quando lo stesso, pur non essendo più nella sua giuridica disponibilità (poiché con il pignoramento la stessa è trasferita al custode e per continuare l’utilizzazione dell’immobile è necessaria l’autorizzazione del giudice dell’esecuzione) è ancora di sua proprietà e non è certo che sia alienato.

3.10. La chiusura anticipata del processo esecutivo.

L’art. 19, comma 2, lett. b), introduce l’art. 164-*bis* disp. att. cod. proc. civ., stabilendo che “quando risulta che non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo, è disposta la chiusura anticipata del processo esecutivo”.

Si tratta, con tutta evidenza, di una norma di chiusura volta ad evitare l'inutile prolungarsi di una procedura esecutiva non idonea a raggiungere lo scopo per cui è destinata: assicurare un ragionevole soddisfacimento della pretesa creditoria.

In questo modo il legislatore ha normativizzato una prassi che da tempo parte della giurisprudenza di merito aveva adottato e che, tuttavia, era stata sempre considerata non corretta dalla giurisprudenza di legittimità (v., *ex multis*, Cass. 19 dicembre 2006, n. 27148) che non aveva riconosciuto alle ipotesi di infruttuosità dell'esecuzione la idoneità a determinare la conclusione anticipata del processo. Si tratta di una soluzione apprezzabile poiché evita l'inutile e dispendioso protrarsi di procedure esecutive che non consentono di soddisfare l'interesse del creditore.

Tale disposizione si applica ai procedimenti iniziati a decorrere dal trentesimo giorno dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (cfr. sul punto appena *infra*).

3.11. L'autorizzazione alla ricerca con modalità telematica dei beni da pignorare.

Altra rilevante novità è introdotta dall'art. 18, comma 1, lett. c) del decreto in esame, il quale, oltre ad abrogare, *sub* numero 1, il comma 7 dell'art. 492 cod. proc. civ. e a sopprimere, *sub* numero 2, al comma 8, le parole «negli stessi casi di cui al settimo comma e», ha altresì contemplato, alla lettera d), che, dopo l'art. 492 cod. proc. civ., sia inserito l'art. 492 *bis*. Si tratta della facoltà di avanzare istanza al Presidente del Tribunale del luogo di residenza, domicilio, dimora o sede del debitore per l'autorizzazione alla ricerca con modalità telematica dei beni da pignorare. Da notare che in tale istanza vanno indicati pec, e-mail e fax dell'avvocato, sebbene l'indicazione della pec sia stata appena eliminata per gli altri atti processuali.

Invero, di assoluto nuovo conio è l'attribuzione al Presidente del Tribunale di un controllo sulla sussistenza del diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata attribuendogli in via preventiva una funzione di accertamento e di controllo della sussistenza del diritto analoga a quella che spetta al giudice dell'esecuzione a processo esecutivo pendente.

Non è prevista alcuna disciplina della impugnazione del provvedimento, di accoglimento o di rigetto, del Presidente del Tribunale e non pare possibile l'adozione dei rimedi oppositivi previsti contro gli atti esecutivi poiché quella del Presidente del Tribunale è una attività che precede l'inizio dell'azione esecutiva. In mancanza di un intervento correttivo in sede di conversione spetterà alla giurisprudenza individuare il regime impugnatorio di tale

atto, che incide in maniera molto sensibile sulle modalità concrete di esercizio del diritto del creditore ad agire esecutivamente e sulla tutela della riservatezza del debitore.

La seconda novità “sistemica” è quella che attiene al ruolo dell’ufficiale giudiziario poiché la ricerca dei beni prevista dall’art. 492-bis cod. proc. civ., introduce una espropriazione che, eccezion fatta per la iniziale richiesta, si svolge ad iniziativa dell’ufficiale giudiziario e richiede solo in casi specifici la cooperazione del creditore istante.

E’, altresì, previsto che in siffatta ipotesi la parte versi un apposito contributo unificato, con la previsione di provvigioni a percentuale su ricavato o assegnazione per gli Ufficiali Giudiziari. Oltre a tali ultime singolarità, sempre per i pignoramenti derivanti dall’art. 492-bis cod. proc. civ. (ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare), è esplicitamente previsto che *“gli ufficiali giudiziari possono eseguire, a mezzo del servizio postale, senza limitazioni territoriali, la notificazione degli atti relativi ad affari di competenza delle autorità giudiziarie della sede alla quale sono addetti il verbale di cui all’articolo 492-bis del codice di procedura civile e degli atti stragiudiziali”*.

La facoltà di ricercare i beni da pignorare con modalità telematiche va vista con favore, in quanto assicura maggiore efficacia ed effettività al comando contenuto nel titolo esecutivo. Ovviamente, sarà però necessario trovare un equo temperamento con le insopprimibili esigenze della riservatezza del debitore, da tutelare attraverso, per l’appunto, l’emanazione di un’apposita normativa regolamentare, a cui dovrà provvedere il Ministero della Giustizia. Invero, lascia adito a dubbi la scelta di imporre all’istante il pagamento di un ulteriore contributo unificato, oltre che la previsione del pagamento di uno specifico aggio in favore degli ufficiali giudiziari per tale specifica forma di esecuzione, attraverso cui si attua il comando della legge contenuto nel titolo esecutivo.

Conclusivamente, si tratta di un intervento normativo che prende atto della progressiva svalutazione dell’utilità dell’esecuzione mobiliare (nella quale assai raramente vengono pignorati beni di valore e, comunque, tali da soddisfare il credito per il quale si agisce) e del sostanziale fallimento delle disposizioni sulla ricerca dei beni introdotte dalla riforma del 2005-2006 ed individua nell’ulteriore compenso previsto per l’ufficiale giudiziario lo strumento per rivitalizzare questi istituti.

3.12. Utilizzabilità esterna delle informazioni acquisite ai fini della ricerca dei beni.

L’art. 19, comma 5, disciplina, poi, la utilizzabilità esterna delle informazioni acquisite ai fini della ricerca dei beni stabilendo che *“le informazioni comunicate sono altresì utilizzabili dall’autorità giudiziaria ai fini della ricostruzione dell’attivo e del passivo*

nell'ambito di procedure concorsuali, di procedimenti in materia di famiglia e di quelli relativi alla gestione di patrimoni altrui". Si tratta di una disposizione che cerca di contemperare le esigenze informative che sottendono il procedimento di ricerca dei beni con la tutela della riservatezza del debitore esecutato limitando a fattispecie specifiche (procedure concorsuali, famiglia, gestione dei patrimoni) l'utilizzabilità delle informazioni acquisite. La soluzione adottata non sembra, tuttavia, idonea ad impedire che le informazioni acquisite e comunicate al creditore vengano da quest'ultimo utilizzate anche al di fuori delle materie indicate nell'art. 19 comma 5.

3.13. Nuove norme in materia di custodia nel procedimento per consegna o rilascio.

L'art. 609 cod. proc. civ., in materia di esecuzione per consegna o rilascio, è stato innovato dall'art. 19, comma 2, lett. i) del decreto in commento. E' stata eliminata la possibilità di disporre la custodia delle cose mobili appartenenti alla parte tenuta al rilascio qualora essa non le asporti immediatamente, essendo tenuto colui, al quale i beni risultano appartenere, di *“asportargli, assegnandogli il relativo termine» (art. 609, comma 1, primo capoverso, cod. proc. civ.) e prevedendo altresì che dell'«intimazione si dà atto a verbale ovvero, se colui che è tenuto a provvedere all'asporto non è presente, mediante atto notificato a spese della parte istante” (art. 609, comma 1, secondo capoverso).*

Le novità contenute in siffatta disposizione, seppure di tenore abbastanza complesso e non di piana lettura, vanno apprezzate, anche se, con riferimento alla figura del custode *“nominato a norma dell'articolo 559”* cod. proc. civ. (art. 609, comma 2, secondo capoverso, cod. proc. civ.), sarebbe opportuno, in sede di conversione, richiamare, per evidenti esigenze di organicità normativa, anche l'art. 560 cod. proc. civ., in quanto con tale norma sono regolate le modalità di nomina, di revoca del custode e il modo della custodia.

3.14. Considerazioni di diritto intertemporale.

L'art. 19, come visto, introduce varie novità nel campo del processo di esecuzione forzata, applicabili solo ai procedimenti iniziati dopo l'entrata in vigore della legge di conversione (cfr. il comma 6 dell'art. 19). La disposizione in questione si spiega per lo più in considerazione delle innovazioni introdotte.

Tuttavia, vi sono alcune norme innovative in relazione alle quali non si rinviene alcun ostacolo alla loro applicazione immediata.

Ci si riferisce alle seguenti disposizioni:

1) - art. 19, comma 1, lett. h), che modifica l'art. 560 cod. proc. civ., prevedendo la pronuncia dell'ordine di liberazione non più al momento dell'aggiudicazione del bene, bensì al più tardi al momento in cui il giudice dell'esecuzione autorizza la vendita del compendio pignorato.

Sarebbe opportuna l'applicabilità di tale disposizione anche ai procedimenti in corso, sia al fine di evitare disparità tra i procedimenti espropriativi a seconda del momento in cui l'esecuzione è avviata, sia al fine di evitare contestazioni pretestuose sulla legittimità della pronuncia anticipata dell'ordine anche per le vecchie procedure. Peraltro, non si porrebbe alcun problema di compatibilità tra la vecchia e la nuova disciplina.

2) - art. 19, comma 1, lett. i), che modifica l'art. 609 cod. proc. civ., introducendo un meccanismo per la soluzione dei problemi nascenti dalla presenza (in sede di esecuzione per rilascio di immobili) di beni mobili presenti *in loco*.

E' un problema pratico spesso di notevole rilievo (e sul quale gli esecutati spesso fanno leva per ritardare l'esecuzione e creare problemi). Applicare la norma anche alle esecuzioni in corso consentirebbe di risolvere molti e rilevanti problemi. Anche in questo caso non vi sarebbero problemi di compatibilità;

3) - art. 19, comma 2, lett. b), che introduce l'art. 164-*bis* disp. att. cod. proc. civ., prevedendo il meccanismo della improcedibilità per infruttuosità dell'esecuzione forzata.

L'impossibilità di applicare la disposizione anche alle procedure vecchie la rende di fatto inutilizzabile (o comunque utilizzabile solo tra qualche anno, ciò che sarebbe in contrasto con le esigenze di urgenza proprie dello strumento legislativo d'urgenza utilizzato): la gran parte delle procedure esecutive infruttuose sono quelle risalenti (per le quali hanno avuto luogo plurimi tentativi di vendita).

Pertanto, la disposta deroga al principio generale del *tempus regit actum* non è condivisibile, atteso che essa impone al giudice dell'esecuzione di proseguire procedure esecutive già incoate, benché esse non abbiano alcuna speranza di raggiungere il ragionevole soddisfacimento della pretesa creditoria. In ogni caso, una volta ravvisata l'esigenza di introdurre nell'Ordinamento siffatta norma di chiusura, esigenze di parità di trattamento avrebbero comunque imposto di estendere la sua applicazione anche alle procedure esecutive attualmente pendenti, senza chiara utilità per il creditore. Anche in questo caso non vi sarebbero problemi di compatibilità.

3.15. Novità relative alle procedure esecutive concorsuali.

Per le procedure concorsuali aventi ad oggetto il concordato preventivo con cessione dei beni e con continuità aziendale e per le procedure esecutive individuali su beni immobili viene introdotto – a carico del curatore, del liquidatore o del commissario giudiziale – l’obbligo di elaborazione e di deposito del rapporto riepilogativo finale in conformità a quanto previsto dall’art. 33, comma 5, L. FalL.. In caso di concordato con continuità aziendale, è altresì prescritto l’obbligo, per il commissario giudiziale, di redigere il rapporto riepilogativo periodico; obbligo già contemplato per il concordato liquidatorio.

E’, questa, una novità da valutare positivamente, atteso che essa garantisce la possibilità di un attento controllo da parte del giudice in sede di adempimento e finale.

Tutti i rapporti devono essere obbligatoriamente redatti sulla base di modelli che verranno adottati con decreto del Ministro della giustizia e dovranno essere depositati in cancelleria con modalità telematiche, consentendo secondo la relazione l’emersione “di dati statistici indispensabili per una verifica dell’efficienza delle procedure esecutive individuali e concorsuali”.

E tuttavia, mentre l’art. 33 L. FalL. consente ai professionisti una certa discrezionalità – quanto alla forma – nella redazione delle relazioni, la previsione di modelli prestabiliti da parte del Ministero della Giustizia, rischiano di “standardizzare” eccessivamente una procedura che può richiedere, nel caso singolo, particolari peculiarità.

Infine, è stata introdotta una parziale modifica dell’art. 40 D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, prevedendo che, nell’amministrazione straordinaria, il Commissario debba redigere, con cadenza semestrale, una relazione di aggiornamento sulla situazione patrimoniale dell’impresa e sull’andamento della gestione. Tale adempimento è finalizzato a consentire un’adeguata attività di monitoraggio da parte del Ministero dello Sviluppo economico quale autorità che vigila sulle procedure di amministrazione straordinaria, che potrà in tal modo estrarre i dati rilevanti ai fini statistici ed esercitare un’efficace attività di controllo dell’operato degli organi delle procedure.

E tuttavia non è ben chiaro, dal punto di vista interpretativo, se tale adempimento si affianchi o meno a quello relativo alla predisposizione della relazione trimestrale sull’andamento dell’esercizio dell’impresa e sulla esecuzione del programma, prevista dall’art. 61 del predetto decreto legislativo durante l’esecuzione del programma.

3.16. Misure per il contrasto del ritardo dei pagamenti.

L'art. 17 del decreto legge aggiunge due commi all'art. 1284 c.c., prevedendo uno specifico saggio di interesse, maggiore di quello previsto dal medesimo articolo, relativamente ai crediti oggetto di controversia giudiziale.

La disposizione, applicabile ai soli procedimenti intrapresi a decorrere del trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore del decreto, commisura il tasso di interesse a quello previsto dal D.Lgs. n. 231/02. Al riguardo, va rammentato che, a seguito dell'approvazione del D.Lgs. n. 192/2012, di recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, il saggio di interessi è commisurato ad un tasso che non può essere inferiore al tasso legale (tasso BCE maggiorato dell'8%, mentre in precedenza la maggiorazione era pari a 7 punti percentuali)²². Infatti, l'art. 5, comma 1 primo capoverso, del D.Lgs. 231/02, come novellato nel 2012, stabilisce gli *“interessi moratori sono determinati nella misura degli interessi legali di mora”*, che sono a loro volta definibili quali *“interessi semplici di mora su base giornaliera ad un tasso che è pari al tasso di riferimento maggiorato di otto punti percentuali”* (art. 2, comma 1, lett. e).

Corre, inoltre, l'obbligo di evidenziare che l'art. 5, comma 1 primo capoverso del decreto stabilisce gli *“interessi moratori sono determinati nella misura degli interessi legali di mora”* i quali sono a loro volta definibili quali *“interessi semplici di mora su base giornaliera ad un tasso che è pari al tasso di riferimento maggiorato di otto punti percentuali”* (art. 2, comma 1, lett. e), decreto legislativo n. 231/2002).

Il tasso di interesse in parola non è fisso ma è mutevole, in quanto l'art. 5 del D.Lgs. n. 231/02 prevede, all'ultimo comma, che *“il Ministero dell'Economia e delle Finanze dà notizia del tasso di riferimento, curandone la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana nel quinto giorno lavorativo di ciascun semestre solare”*.

Le indicazioni ministeriali stabiliscono un aggiornamento semestrale, indicando entro il 5 gennaio di ogni anno il tasso di riferimento per il primo semestre ed entro il 5 luglio di ogni anno il tasso per il secondo semestre. Dal che conseguirà una particolare complessità nel calcolo del tasso di interesse moratorio determinato nel tasso codicistico sino alla data di introduzione della lite (deposito del ricorso o notifica della citazione) e, quindi, nell'ancor più mutevole tasso di interesse speciale a decorrere da tale giorno.

E' evidente che, in ogni caso, alla disposizione consegue l'applicazione di un tasso di interesse decisamente superiore a quello normalmente stabilito dall'art. 1284, comma 1, cod.

²² Il saggio degli interessi da applicare a favore del creditore nei casi di ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali, al netto della maggiorazione prevista nel comma 1 dell'art. 5 d.lgs n. 231/02, è stato fissato allo 0,15% per il semestre 1° luglio-31 dicembre 2014 dal Comunicato 21 luglio 2014 (Gazz. Uff. 21 luglio 2014, n. 167).

civ. (pari all'1% così come è stato determinato con d.m. 12 dicembre 2013, pubblicato in G.U. 13 dicembre 2013, n. 292).

La *ratio* si conferma essere, dunque, quella di incentivare la risoluzione stragiudiziale delle controversie o, comunque, una celere definizione della lite pendente, che non deve più costituire una patologica modalità di finanziamento ad un tasso inferiore rispetto a quello praticato dagli istituti finanziari. Tuttavia, si riservano forti dubbi sulla reale utilità della norma a mutare la condotta delle Pubbliche Amministrazioni, troppo spesso convenute in ragione delle loro difficoltà finanziarie, le quali, verosimilmente, si accresceranno per effetto del maggiorato tasso di interesse.

4. La necessità di ulteriori interventi di riforma.

In ogni caso, al di là delle considerazioni già espresse sul metodo scelto dal legislatore per modificare la disciplina del processo civile e passando al merito delle scelte compiute, è da rilevarsi come le novità processuali introdotte dal decreto legge si presentino comunque parziali e non del tutto soddisfattive, per cui di certo saranno necessari ulteriori interventi, auspicabilmente nella direzione indicata in recenti delibere consiliari.

4.1. Ad esempio, sarebbe opportuno, come sostenuto dal C.S.M. con delibera dell'11 luglio 2013; inserire nell'ambito del libro primo del codice di rito una norma generale che vieti l'abuso dello strumento processuale: divieto che, sebbene già consolidato in giurisprudenza, avrebbe un'inevitabile *vis expansiva*. Da esso, infatti, potrebbe esemplificativamente conseguire una chiara esplicitazione – anche in virtù dei doveri di cui all'art. 88 cod. proc. civ. e con eventuali ricadute sulle spese di lite *ex artt.* 91 ss cod. proc. civ. – dell'obbligo di chiarezza e di doverosa sinteticità dei libelli difensionali,²³ al pari di quanto esplicitamente già prevede il codice del processo amministrativo all'art. 3, comma 2.

Peraltro, tale ultima previsione sarebbe coerente con la progressiva implementazione del processo civile telematico, in quanto atti difensionali eccessivamente lunghi e ridondanti possono richiedere per una loro adeguata lettura e comprensione, presupposto per rendere effettiva la tutela dell'art. 24 Cost., che il giudice provveda alla loro stampa.

V'è da rimarcare come questo tipo di previsioni costituiscano un modo concreto per realizzare la cooperazione delle parti, che il legislatore costituente ha posto come una vera e

²³ Anche dando una lettura intelligente del principio dell'autosufficienza del ricorso in cassazione, appunto, prevedendo che l'art. 366 cod. proc. civ. non imponga altro che l'indicazione del luogo e tempo della produzione del documento ed in nessun caso la integrale trascrizione nel ricorso dei documenti prodotti in giudizio: così la Commissione di studio per la riforma del processo civile costituita con DD.MM. 28 giugno-4 luglio 2013.

propria regola giuridica e non come mero auspicio, in vista della realizzazione della ragionevole durata del processo.

4.2. In tale ottica, il parere reso dal CSM con delibera del 10 luglio 2014 che il processo civile telematico, oggi vigente, impone l'introduzione generalizzata di un rito modellato, per quanto attiene alla fase di delineazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, su quello laburista, con decisa riduzione di scritti difensionali²⁴ ed esplicite quanto immediate preclusioni, allo scattare delle quali operi la preclusione della non contestazione *ex art. 115, comma 2, cod. proc. civ.*, piuttosto che con il barocco rito ordinario attuale, che obiettivamente spinge le parti a redigere plurime memorie, spesso ripetitive, atte solo a ritardare di almeno sei mesi dal giorno della notifica della citazione, momento a decorrere il quale la lite si intende pendente, l'inizio della concreta e piena trattazione della stessa²⁵.

4.3. Per altro verso, va evidenziato che, recentemente, le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza n. 585 in data 14 gennaio 2014, hanno composto il contrasto insorto in seno alla giurisprudenza di legittimità in ordine alla riconoscibilità in capo alla parte rimasta contumace della legittimazione a richiedere ed ottenere l'equa riparazione per durata non ragionevole del processo.

Le considerazioni svolte dalla Corte regolatrice costituiscono, però, un ulteriore stimolo, in una prospettiva *de iure condendo*, ad un radicale ripensamento del processo contumaciale.

Oggi, infatti, l'interesse pubblico ad una celere definizione del processo riguarda non solo la parte costituita, ma anche quella rimasta contumace. Ed è, allora, da ponderare se, in virtù della pacifica operatività nel diritto processuale vivente dei principi di auto responsabilità della condotta processuale, di non contestazione, e di divieto di abuso degli strumenti processuali, non sussistano gli estremi per ricalibrare la disciplina vigente sul

²⁴ Facendo eventualmente salva, nelle cause di maggiore complessità, la facoltà esclusiva del giudice di concedere termini per ulteriori scritti difensivi resi talvolta necessari dalla pluralità, originaria o sopravvenuta, di parti ed il potere-dovere di indicare le questioni la cui trattazione scritta gli sembri necessaria. Peraltro, concordano sul punto le Commissioni di studio per la riforma del processo civile costituite con DD.MM. 28 giugno-4 luglio 2013 e 27 maggio 2014.

²⁵ Per la remota ipotesi per cui si ritenessero i tempi non ancora maturi per l'introduzione di preclusioni viepiù severe rispetto a quelle attuali, sarebbe comunque indispensabile un intervento nel codice di rito che imponga alle parti di ricapitolare esplicitamente, all'esito delle memorie *ex art. 183, comma 6, cod. proc. civ.*, le istanze istruttorie avanzate in riferimento alle prove costituende dirette e contrarie, pena l'inammissibilità delle stesse. Il che consentirebbe al giudice di concentrarsi sull'ordito argomentativo della tesi difensiva, senza disperdersi nella ricerca a video, imposta dal nuovo processo civile telematico, in ciascun libello difensivo delle singole istanze istruttorie.

processo contumaciale al mutato assetto culturale e normativo, come già segnalato dal Consiglio con la delibera consiliare del 5 luglio 2012.

4.3.1. Ed appunto, possibili ipotesi di semplificazione del processo contumaciale potrebbero incentrarsi sulla seguente opzione normativa:

- nel caso di mancata costituzione, tale condotta processuale, unitamente alla mancata presentazione da parte del contumace a rendere l'interrogatorio formale dedotto nei suoi confronti (cui va parificato il caso, in cui il medesimo, compaia, ma si rifiuti di rispondere), comporta – necessariamente, come, peraltro, prevedeva l'art. 218 del cod. proc. civ. del 1865 – l'ammissione della veridicità dell'assunto attoreo (ad eccezione, ovviamente, che si versi in ipotesi di diritti indisponibili). Sotto tale profilo, può sposarsi il modello tedesco per così dire *cum iudicio*, in quanto l'effetto della *ficta confessio* può essere ricollegato non già alla mera mancata costituzione a seguito di regolare notifica dell'atto introduttivo, ma anche alla mancata presentazione della parte a rispondere all'interrogatorio formale. In tal senso sarà possibile evitare una gestione strumentale e capziosa della tempistica di introduzione della lite da parte dell'attore, salvaguardando nei limiti ragionevoli la posizione del convenuto, la cui *ficta confessio* – si ribadisce – sarà tratta dalla condotta omissiva perseverata nel corso del processo, finanche dopo la notifica dell'ordinanza con cui è disposto l'interrogatorio formale.

Ovviamente, nel caso di processo soggettivamente complesso e, segnatamente, in ipotesi di litisconsorzio necessario, la mancata costituzione della parte e la mancata presenza in sede di interrogatorio formale non può ridondare in danno del litisconsorte costituito, il quale non può subire effetti pregiudizievoli dovute alle scelte processuali del proprio consorte in lite.

Diverso è il caso di litisconsorzio facoltativo, che, verosimilmente, attiene a rapporti scindibili, in cui la perseverante condotta contumaciale non necessariamente danneggia le altre parti in lite, di modo che non si ravvedono decisivi elementi contrari all'adozione del qui proposto corso processuale, previa separazione dei relativi rapporti processuali.

Allo stesso modo deve ritenersi che la contumacia renda irrilevante l'obiettivo non conoscibilità delle circostanze oggetto di interrogatorio formale da parte del legale rappresentante dell'ente, persona o soggetto giuridico non costituitosi in giudizio.

Il quadro potrebbe trovare, poi, logica coerenza, laddove si attribuisca, in caso di procedimento contumaciale, il potere-dovere al giudice di disporre, anche d'ufficio e sin dalla prima udienza, l'interrogatorio formale del convenuto contumace ed, indi, in caso di sua mancata presentazione all'udienza all'uopo fissata per tale incumbente processuale, il potere-dovere di decidere la causa oralmente in udienza, anche se si tratti di causa rimessa alla

competenza collegiale, col modello dell'art. 281-*sexies* cod. proc. civ., prevedendo espressamente una motivazione assolutamente concisa, semmai strutturata sul modello francese del cd. *attendu*.

Sarebbe poi ingiustificata in relazione alla disciplina, già oggi prevista, per l'ordinanza per convalida di licenza o di sfratto, prevedere una qualche forma di impugnazione del provvedimento così redatto, il quale deve cadere *more solito* in cosa giudicata. Unica forma di impugnazione immaginabile può essere, sempre sulla scorta del procedimento per convalida, quella dell'opposizione tardiva, da introdursi, innanzi al medesimo ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha pronunciato la sentenza contumaciale, entro un termine perentorio, ragionevolmente breve, decorrente dal primo atto di esecuzione instaurato a seguito della sentenza contumaciale o dal precetto, se a questo anteriore e comunque notificato non *ex art.* 143 cod. proc. civ., con cui il contumace debba provare di non aver avuto tempestiva conoscenza del procedimento per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore.

4.3.2. Una differente opzione potrebbe essere quella di prevedere l'obbligo per il giudice - qualora il convenuto non si sia costituito malgrado la regolarità della notificazione, nei suoi confronti, dell'atto introduttivo del giudizio - di prosecuzione del processo nelle forme di cui all'art. 702-*bis* cod. proc. civ.: in altri termini, un passaggio inverso (ma obbligato, e non meramente rimesso alla valutazione del giudice adito, come dispone l'art. 14 del D.L. per cui è parere, introduttivo dell'art. 183-*bis* cod. proc. civ.: cfr., sul punto, *amplius* quanto osservato *supra* § 2.4.2.) a quello attualmente disciplinato dall'art. 702-*ter*, comma 3, cod. proc. civ.. Ciò, probabilmente, consentirebbe, anche nelle ipotesi di processi consortili, uno sviluppo dell'*iter* procedimentale più snello e facilmente malleabile da parte del giudice, il quale potrebbe procedere nel modo più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto, altresì provvedendo, con ordinanza, alla decisione della causa. Ad un siffatto provvedimento, poi, andrebbero ricollegati gli effetti di cui all'art. 2909 cod. civ. ove non impugnato, in un termine ragionevolmente contenuto, provando di non aver avuto tempestiva conoscenza del procedimento per irregolarità della notificazione del suo atto introduttivo o per caso fortuito o forza maggiore, ovvero di non essersi potuto costituire nel giudizio di primo grado per analoghe ragioni, pur avendo avuto rituale e tempestiva conoscenza del predetto suo atto introduttivo.

4.4. Con riguardo al giudizio di appello, fase processuale nella quale si concentra la maggior parte dell'arretrato civile in termini di durata, sarebbe auspicabile che il legislatore, sempre in coerenza con la prospettiva teleologica in cui si muove, porti a compimento la

novella del 2012 (D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito in L. 11 agosto 2012, n. 143), alla luce delle osservazioni contenute nella delibera consiliare del 5 luglio 2012, § 3, ossia mediante la definitiva chiusura dell'art. 342 cod. proc. civ., imponendo alle parti appellanti di indicare i capi della sentenza impugnati ed altresì di palesare l'*iter* logico-argomentativo alternativo a quello che ha condotto alla decisione da gravare sulla scorta delle doglianze sollevate esclusivamente in punto di violazione di legge ed errore manifesto nella valutazione del compendio probatorio da parte del giudice di *prime cure*. Anzi, proprio in ossequio alla declamata costruzione del giudizio di appello come mezzo di gravame a critica vincolata volto ad una mera *revisio prior instantiae*, va qui ribadita la proposta più volte formulata dal Primo Presidente della Cassazione, il quale ha prospettato la riduzione dei motivi proponibili con l'atto di appello (si rinvia sul punto *amplius* sempre alla delibera consiliare del 5 luglio 2012), con conseguente valorizzazione e perfezionamento del giudizio di primo grado²⁶ (cfr. ancora, *amplius* delibere del C.S.M. del 22 febbraio e del 17 maggio 2012).

4.5. Ancora, come ha argomentato la richiamata delibera consiliare del 5 luglio 2012, l'occasione sarebbe stata propizia anche per l'estensione del modello motivatorio di cui al disposto degli artt. 132, 118 disp. att. cod. proc. civ., siccome novellato dalla legge n. 69/2009, anche ai giudizi di appello già pendenti alla data del 4 luglio 2009. Si tratta, infatti, di razionalizzare la disciplina della motivazione civile, atteso che attualmente, per effetto dell'art. 58 della legge n. 69/09 esiste un doppio binario: le cause pendenti in primo grado alla data del 4 luglio 2009 sono decise con il nuovo modello motivatorio, così come i giudizi di appello riguardanti sentenze pronunciate con riguardo alle cause già pendenti in primo grado alla detta data; viceversa, in relazione alle cause pendenti in grado di appello alla detta data del 4 luglio 2009, il nuovo modello motivatorio non si applica, rimanendo il vecchio regime che impone la redazione dello svolgimento del processo e dei motivi di diritto. E' palese che si tratti di un discrimine in sé non rispondente a criteri di logica giuridica, tanto più che l'alleggerimento del percorso motivatorio consentirebbe di aiutare i giudici del gravame a ridurre l'arretrato e porrebbe i capi delle Corti di appello in grado di formulare più agevolmente il programma di gestione dell'arretrato. Ovviamente, la possibile novità non ridurrebbe i diritti di difesa delle parti né si può prestare a sospetti di irrazionalità, limitandosi

²⁶ Così si legge nella Relazione del Primo Presidente della Suprema Corte letta in occasione di apertura dell'anno giudiziario 2013: *in una visione piramidale dei gradi del processo, le impugnazioni devono infatti servire a controllare i risultati della fase precedente, e non a rinnovare gli accertamenti e le valutazioni già compiuti in detta fase. La possibilità che il giudizio di appello sia totalmente devolutivo, da un lato, non è richiesta dalle norme costituzionali e sopranazionali, dall'altro è destinata ad allungare sensibilmente i tempi della giustizia e a determinare la durata non ragionevole dei processi, come è chiaramente dimostrato dai tempi medi dei giudizi davanti alle corti di appello (1.051 giorni), enormemente più lunghi dei giudizi davanti ai tribunali (463 giorni). Ma medesimo tenore aveva anche la medesima relazione concernente l'anno 2012.*

essa solo ad allargare l'ambito applicativo del già vigente testo dell'art. 132 cod. proc. civ., peraltro in conformità con il principio *tempus regit actum* (la data del 4 luglio 2009 è, appunto, quella di entrata in vigore della L. n. 69/09).

4.6. Infine, non sarebbero inopportune misure atte ad incidere sulla disciplina del giudizio per cassazione, in primo luogo, limitando la presenza in udienza della Procura generale solo quando le stesse siano celebrate innanzi alle Sezioni Unite Civili della Cassazione, facultando il medesimo ufficio, per le singole controversie chiamate innanzi alle Sezioni semplici, di rendere o meno conclusioni, da redigersi rigorosamente, in via estremamente sintetica, per iscritto. Per altro verso, sempre per le controversie pendenti dinanzi al giudice di legittimità, sarebbe auspicabile assicurare un maggiore ricorso alle procedure camerali, attraverso la modifica dell'art. 375 cod. proc. civ., (e, *in parte qua*, dell'art. 376 cod. proc. civ.) ed anche per quanto attiene la fattispecie prevista dall'art. 380-*bis* cod. proc. civ., facendo tesoro dell'efficace *modus operandi* della Cassazione penale in virtù del disposto di cui agli artt. 610, 611 cod. proc. pen.²⁷.

LE MISURE ORDINAMENTALI.

Le considerazioni critiche già svolte in merito alle modifiche del processo civile, realizzate attraverso un'attività di produzione normativa rapsodica e priva di ogni carattere di sistematicità, devono essere ribadite, con ancora maggiore forza, sul versante delle novità in materia di Ordinamento giudiziario.

E', questa, una materia del tutto peculiare, che attiene all'organizzazione della magistratura come ordine "autonomo ed indipendente" ed al funzionamento degli Organi che configurano l'assetto dell'Autogoverno. Non è un caso, dunque, che detta materia sia coperta dalla riserva di legge (artt. 102, comma 1, e 108, comma 1, Cost.), che corrisponde alla necessità di assicurare alla sovranità del Parlamento le decisioni che attengono ad essenziali equilibri costituzionali. Una riserva di legge che, proprio in ragione dell'autonomia riconosciuta all'ordine giudiziario, deve essere declinata, nella materia ordinamentale, attraverso una determinazione dei principi generali, che spetta poi al Consiglio Superiore della Magistratura dettagliare: da un lato attraverso l'esercizio della sua potestà regolamentare per quanto attiene ai meccanismi di organizzazione e funzionamento dell'Organo di governo autonomo della magistratura; e dall'altro attraverso l'attività di normazione secondaria per

²⁷ In tal senso concordano le relazioni di entrambe le Commissioni di studio per la riforma del processo civile costituite con DD.MM. 28 giugno-4 luglio 2013 e 27 maggio 2014.

quanto attiene alle modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa attraverso sui lo stesso governo autonomo si esplica. Ed alla medesima *ratio* corrisponde, su un fronte del tutto diverso, la scelta di sottrarre la magistratura al regime proprio delle categorie professionali cd. contrattualizzate, attribuendo soltanto alla legge il compito di definirne lo *status* giuridico-economico.

Benché la dottrina costituzionalistica non escluda la legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza nella materia ordinamentale così come in quella che attiene allo *status* economico-giuridico di una categoria non contrattualizzata come la magistratura, deve nondimeno rilevarsi come i reiterati interventi attuati con tale strumento, realizzati in maniera temporalmente ravvicinata e del tutto privi della necessaria organicità, possono, alla lunga, modificare l'assetto generale della complessa trama ordinamentale.

Va, dunque, sottolineato come, al di là dell'ovvio ossequio verso le libere determinazioni del Parlamento in ordine alle scelte di politica giudiziaria, il metodo scelto – quello di ripetuti e ravvicinati interventi realizzati con lo strumento del decreto legge, del tutto frammentari e privi di sistematicità – rischi fortemente di alterare la complessiva architettura ordinamentale della magistratura, stravolgendo completamente il significato proprio della riserva di legge in questa materia.

5. L'art. 16 del decreto-legge n. 132/2014.

L'art. 16 del decreto-legge contempla una serie di interventi evidentemente finalizzati ad incidere sui livelli di produttività ed efficienza del sistema giudiziario, che si assume²⁸ essere negativamente condizionati dall'eccessiva dilatazione del periodo di sospensione dei termini processuali e, in parallelo, delle ferie dei magistrati.

Sotto il primo profilo, si stabilisce, al comma 1, che la sospensione dei termini processuali sarà contenuta in 26 giorni, decorrenti dal 6 al 31 agosto di ciascun anno, anziché in 46, come in precedenza stabilito.

²⁸ Questo, almeno, sembra esserne l'implicito presupposto, nel silenzio, sul punto, della Relazione al disegno di legge n. 1612 (di conversione in legge del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante "*misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*"), mentre nella Relazione tecnica è detto che la misura "*è tesa ad accelerare la definizione dei procedimenti ordinari*" ed in sede di Analisi tecnico-normativa si aggiunge che "*questo intervento consentirà un notevole incremento dell'efficienza degli uffici giudiziari, che potranno tenere udienze, per gli affari non urgenti, per 20 giorni in più all'anno*". L'assioma sotteso all'intervento normativo sembra, dunque, essere quello per cui la contrazione dei periodi di riposo degli appartenenti alla classe forense ed all'Ordine giudiziario si dovrebbe tradurre in una significativa accelerazione dei tempi di definizione dei procedimenti civili e penali. Per una riflessione critica sul punto, v. *infra*.

La novella incide, per questo aspetto, sull'organizzazione dell'attività professionale degli esercenti la professione forense, che viene sospinta verso ritmi più serrati, e su quella della struttura amministrativa degli uffici giudiziari, che dovrà essere modellata in funzione del relativo intensificarsi dell'attività defensionale (in termini, ad esempio, di deposito di atti o istanze) tra l'1 ed il 5 agosto e tra l'1 ed il 15 settembre.

Il comma 2 dell'art. 16 introduce, poi, dopo l'art. 8, L. 2 aprile 1979, n. 97, l'art. 8-bis, rubricato “Ferie dei magistrati e degli avvocati e procuratori dello Stato”, secondo cui “Fermo quanto disposto dall'articolo 1 della legge 23 dicembre 1977, n. 937, i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, nonché gli avvocati e procuratori dello Stato hanno un periodo annuale di ferie di trenta giorni”.

Peculiari - se non anche inconsuete - appaiono le modalità di confezione, sul piano tecnico, della novella, che lungi dall'agire sulla disposizione di Ordinamento giudiziario, l'art. 90²⁹, interviene sulla legge che ne ha modificato il testo, aggiungendovi un nuovo articolo.

²⁹ Norma primaria di riferimento in materia di ferie dei magistrati è, infatti, l'art. 90 Ord. giud. (R.D. n. 12/1941) che, nella versione (già modificata nel 1961) in vigore fino al 1979, prevedeva che i magistrati delle corti e dei tribunali godessero di un periodo annuale di ferie di sessanta giorni e che, tuttavia, “*nei primi quindici giorni*”, i magistrati definissero gli affari e gli atti in corso.

Successivamente l'art. 8, L. n. 97/1979 intitolata “*Norme sullo stato giuridico dei magistrati e sul trattamento economico dei magistrati ordinari e amministrativi, dei magistrati della giustizia militare e degli avvocati dello Stato*”, ha ridotto – attraverso la sostituzione dell'art. 90, comma 1, Ord. giud. – il periodo feriale di tutti i magistrati che esercitano funzioni giudiziarie a quarantacinque giorni, sopprimendo ogni riferimento al dovere di provvedere, nei primi quindici giorni del periodo feriale, alla definizione degli affari e degli atti in corso.

L'esplicito riferimento, nel testo dell'art. 90, ai magistrati “*che esercitano funzioni giudiziarie*”, fa sì che gli appartenenti all'Ordine giudiziario che si trovino fuori dal ruolo organico della magistratura (perché, ad esempio, distaccati presso il Ministero della Giustizia o il C.S.M.) o che stiano svolgendo il tirocinio iniziale, fruiscano del più ridotto periodo di 30 giorni di ferie annuali, a tal fine facendosi ricorso alla disciplina prevista, in via generale, per i pubblici dipendenti, estensibile ai magistrati in forza della clausola di rinvio prevista dall'art. 276, comma 3, Ord. giud..

La singolarità della disciplina riservata ai magistrati addetti a funzioni giudiziarie trova spiegazione, secondo la dottrina, “*nella specificità propria del servizio svolto dal magistrato, nel suo stretto collegamento con l'attività professionale forense, nella prevalente impossibilità di organizzarlo in schemi orari prefissati*”.

Per completezza, va detto che tutti i magistrati fruiscono, altresì, di sei giornate complessive di riposo “*per festività sopresse*” previste dalla legge n. 937/1977; istituto che non è stato interessato dal decreto-legge in commento.

A livello di normazione secondaria si pone, poi, la corposa produzione del C.S.M., stratificatasi attraverso una pluralità di circolari, risoluzioni, risposte a quesiti e compendiate, in tempi relativamente recenti, nella Circolare n. P-10588 del 22 aprile 2011, nella quale si ribadisce, tra l'altro che la concessione delle ferie ai magistrati è vero e proprio diritto, riconosciuto come irrinunciabile dalla Costituzione per ogni lavoratore, e che il suo ragionevole contemperamento con le esigenze di servizio deve tener conto, tra l'altro, del fatto che i magistrati “*spesso ricorrono al congedo ordinario per la stesura di provvedimenti particolarmente impegnativi ovvero per lo studio di processi di straordinaria complessità*”.

La vigente normativa di matrice consiliare muove dal presupposto che il congedo ordinario debba essere normalmente goduto dal magistrato in coincidenza con il periodo feriale fissato al principio di ogni anno con decreto ministeriale ai sensi dell'art. 90 Ord. giud..

Si apprezza, per tale via, il tendenziale collegamento tra il periodo feriale dei magistrati e la sospensione dei termini processuali ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 7 ottobre 1969, n. 742, disposizione pure novellata, come meglio si vedrà più avanti, dall'art. 16 D.L. n. 132/2014, nel senso che la fruizione del congedo ordinario

Prescindendo dalla clausola d'esordio di salvezza delle disposizioni sulle cc.dd. "festività soppresse", la regolamentazione che scaturisce dall'introduzione dell'art. 8-bis vede, dunque, la coesistenza dell'art. 90 ord. giud., dedicato ai soli "*magistrati che esercitano funzioni giudiziarie*", che non è stato espressamente abrogato, e della norma di nuovo conio, che ha un ambito di applicazione assai più ampio.

Si determina, per questa via, la necessità di coordinare un precetto di portata generale, quello contenuto nell'art. 8-bis, con altro riservato ad un sottoinsieme di una delle categorie elencate nella medesima norma.

Il risultato di tale coordinamento ben potrebbe consistere, dal punto di vista dell'interpretazione logico-letterale, nella sottrazione dei "*magistrati che esercitano funzioni giudiziarie*" dal novero dei soggetti per i quali il periodo feriale è portato a 30 giorni, in coerenza con le sopra evidenziate specificità del lavoro giurisdizionale. Tale esegesi sarebbe però in contrasto con l'indicazione che si trae dalla analisi tecnico-normativa allegata al disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 132/2014, ove si attesta, con univoco riferimento all'attività giudiziaria, che la riduzione del periodo annuale di ferie persegue "*l'obiettivo di realizzare una maggiore razionalizzazione dei tempi processuali, in termini di rimodulazione del calendario giudiziario*".

Ulteriormente ricordato che, per i magistrati "fuori ruolo", il contenimento delle ferie in trenta giorni l'anno discende, per come sopra enunciato, dall'applicazione della normativa in materia di Pubblico Impiego, la lettura dell'art. 8 che ne esclude l'attitudine abrogatrice del primo comma dell'art. 90 Ord. giud. finisce con il confinarne la portata innovativa ai soli avvocati e procuratori dello Stato, ai quali l'art. 58 R.D. n. 1612/1933 garantiva, sino ad ora, un periodo annuale di ferie di giorni 45.

Ed allora, sebbene sia certamente auspicabile un opportuno chiarimento in sede di conversione, non può disconoscersi come, sulla scorta dell'impianto del decreto-legge, tutt'altro che implausibile si riveli l'esegesi dell'art. 8-bis secondo cui da esso discende l'abrogazione, per incompatibilità con la norma sopravvenuta, dell'art. 90 Ord. giud..

Muovendo, dunque, dal postulato che i magistrati in ruolo matureranno, a partire dal 2015, trenta giorni di ferie l'anno, sorge, innanzitutto, l'esigenza di

deve avvenire in tendenziale coincidenza con il rallentamento dell'attività giudiziaria che consegue alla sospensione del decorso dei termini processuali.

Rilevato, tuttavia, che alla citata sospensione sono sottratti numerosi ed importanti settori, nel settore penale come in quello civile, è necessario predisporre, durante il periodo feriale, turni di servizio dei magistrati, che subiscono, pertanto, una diversa distribuzione del periodo di congedo durante l'anno, con possibilità di recupero delle ferie non godute entro il primo semestre di quello successivo.

comprendere se la misura sia o meno, ed in quale misura, funzionale al conseguimento dell'obiettivo dichiarato di dare impulso all'efficienza della macchina giudiziaria, ridurre la durata dei giudizi civili e penali, rendere più effettiva la risposta di giustizia fornita ai cittadini.

5.1. I tempi di lavoro e la produttività dei magistrati.

La riflessione in argomento non può, tuttavia, prescindere da una, sia pur sintetica, disamina delle connotazioni tipiche della prestazione lavorativa dei magistrati e dei livelli di produttività sino ad oggi assicurati.

Sotto il primo profilo, va, intanto, ricordato che l'attività del personale di magistratura nello svolgimento delle funzioni giurisdizionali, a differenza della gran parte delle altre categorie del personale pubblico, non è sottoposta - in ragione della particolare natura dell'attività prestata - ad una rigida predeterminazione dell'orario di lavoro, trattandosi di una funzione - quella giurisdizionale - che viene svolta in posizione di autonomia ed indipendenza. In questa direzione la previsione di un orario di lavoro predeterminato appare non solo poco funzionale alle esigenze del servizio, che, peraltro, non può mai patire radicali interruzioni³⁰, ma anche pregiudizievole e limitativa per le modalità, quanto mai varie in relazione alle specifiche funzioni adempiute, di svolgimento concreto della funzione giurisdizionale³¹.

In questo senso si è, del resto, costantemente orientato il C.S.M.: in proposito, val la pena di citare, tra le altre, le indicazioni che si traggono dalla delibera del 3 luglio 2013 in cui, rispondendo ad un quesito relativo alla compatibilità dell'istituto del lavoro *part-time* con il rapporto di impiego del personale di magistratura, l'Organo di autogoverno ha posto l'accento sulla singolarità dello *status* soggettivo del magistrato,

³⁰ Scrive, al riguardo, M. Battaglini, in *Enc. Dir.*, voce *Ferie Giudiziarie*, 1968, p. 211, che "l'attività giurisdizionale ordinaria, come quella degli altri poteri costituzionali (esecutivo e legislativo) non può essere mai sospesa, perché se ciò avvenisse si paralizzerebbe la vita stessa dello Stato".

³¹ Emblematico quanto scriveva *illo tempore* S. Evangelista, in *Enc. Treccani*, voce *Ferie Giudiziarie*, p. 1: "L'istituto delle ferie giudiziarie è caratterizzato da una complessità strutturale che trasmoda la semplice disciplina dell'attribuzione di un periodo di riposo al personale dell'ordine giudiziario ed affonda le radici nell'organizzazione stessa e nel funzionamento dell'attività giurisdizionale. Da una parte, invero, si impone la necessità di salvaguardare l'insopprimibile continuità di questa, quale espressione di un potere dello Stato e, dall'altra, sta l'esigenza dell'attribuzione suddetta, che pare ugualmente imprescindibile per le finalità etico-sociali cui risponde, le quali rilevano, inoltre, anche nei confronti di quanti, come gli avvocati ed i procuratori, concorrono a rendere possibile l'amministrazione della giustizia, sia pure nell'esercizio di un'attività professionale non subordinata. Di qui l'articolata disciplina delle ferie giudiziarie, la quale si svolge secondo tre linee direttrici, individuabili in norme che concernono, propriamente e rispettivamente, le ferie dei giudici, quelle degli avvocati e lo svolgimento dell'attività giudiziaria in periodo feriale".

sulla specificità del servizio reso e sulle caratteristiche precipue proprie del solo Ordinamento giudiziario.

Rebus sic stantibus, è del tutto evidente che l'affermazione secondo cui i magistrati lavorano sei giorni su sette è, in certa misura, frutto di una convenzione, ovvero, in sostanza, di una *fictio*, che pure trova aggancio, sul piano normativo, nel disposto dell'art. 155, ultimo comma, cod. proc. civ., nel testo modificato dalla legge n. 263/2005, che ha confermato *“il regolare svolgimento delle udienze e di ogni altra attività giudiziaria, anche svolta da ausiliari, nella giornata del sabato, che ad ogni effetto è considerata lavorativa”*, oltre che nel rango superprimario della norma (art. 36, ultimo comma, Cost.) dalla quale discende, per tutti i lavoratori, il diritto al riposo settimanale (assunto non smentito dall'art. 14 del Regolamento di esecuzione cod. proc. pen. che consente le attività di indagine anche nei giorni festivi).

Il complesso delle citate disposizioni, in sé considerato, non offre, dunque, sicura soluzione al problema in esame, ciò che testimonia, una volta di più, di come l'attività giurisdizionale presenti aspetti assai peculiari e non comuni agli altri plessi della Pubblica Amministrazione.

Il dato, peraltro, non è neutro ai fini della presente indagine, posto che la distribuzione su sei giorni della settimana lavorativa dei magistrati incide direttamente sulla effettiva durata delle ferie, indubbiamente compressa, a parità di giorni di congedo, rispetto alle categorie la cui prestazione lavorativa copre cinque giorni alla settimana.

L'inadeguatezza di qualunque criterio di stima del lavoro dei magistrati in chiave quantitativa e cronologica è ulteriormente evidente considerata l'ampiezza della gamma di attività proprie degli appartenenti all'Ordine giudiziario, assai diversificate, ad esempio, a seconda dell'esercizio di funzioni requirenti anziché giudicanti ovvero dell'assegnazione al settore civile o a quello penale (per non dire delle peculiarità proprie dei vari gradi di giudizio e degli uffici a vocazione marcatamente specialistica, quali quelli minorili o di sorveglianza).

Così, va notato, l'appartenenza all'ufficio del Pubblico Ministero può comportare, specie in primo grado, la sottoposizione a turni di reperibilità e la prestazione di attività lavorativa in giorni festivi, in orario notturno o per più giorni consecutivi, mentre più intenso è, di solito, l'impegno richiesto ai magistrati giudicanti in termini di redazione di sentenze ed altri provvedimenti.

Più in generale, del resto, l'attività giurisdizionale si connota, rispetto a quelle proprie di categorie in certa misura affini (quale, ad esempio, quella dei dirigenti dell'Amministrazione Pubblica) per un *quid pluris* che vede affiancarsi a compiti di organizzazione, coordinamento, conduzione degli uffici e dei ruoli le incombenze ontologicamente legate alla funzione decisoria, la cui assoluta peculiarità giustifica, in uno alla necessità di rispettare termini cogenti e sovente perentori, una singolare – e, per certi versi, originale ed irripetibile – declinazione dell'alternanza tra lavoro e riposo.

A fronte, poi, della indicata correlazione tra l'organizzazione del lavoro dei magistrati e l'attuale livello di efficienza del sistema-giustizia e, precipuamente, tra la durata delle ferie dei magistrati e la qualità del servizio offerto ai cittadini, va posto l'accento sulle informazioni che si traggono, in chiave statistico-comparativa, dalle elaborazioni acquisite nell'ambito del Consiglio d'Europa.

Il riferimento attiene, in particolare, ai dati riportati nei vari “Rapporti di valutazione dei sistemi giudiziari europei”, l'ultimo dei quali risalente al 2012, pubblicati dalla “Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ)”, dai quali emerge³² che i magistrati italiani, pur oberati da carichi assai più gravosi rispetto a paesi con sistemi giudiziari affini, hanno assicurato ed assicurano *standards* di produzione elevatissimi e riescono così a smaltire una mole di procedimenti perlomeno equivalente alle sopravvenienze, laddove la abnorme durata media dei procedimenti medesimi è dovuta a tutt'altre cause rinvenibili, tra l'altro, nell'esistenza di un pesantissimo arretrato e nella complessità delle procedure.

A confutazione del postulato logico-fattuale posto a fondamento dell'intervento sulle ferie giudiziarie, può dunque replicarsi che l'immane carico di Corti e Tribunali è stato generato non a cagione dello scarso impegno e della ridotta produttività dei magistrati, ma, al contrario, nonostante l'enorme impegno e l'elevata produttività di giudici e pubblici ministeri.

5.2. La specificità delle ferie dei magistrati.

Sino ad oggi, il periodo di congedo ordinario di 45 giorni è stato sempre fruito al lordo delle attività connesse al servizio, con ogni connessa responsabilità: ciò, deve ragionevolmente inferirsi, è avvenuto in quanto il riconoscimento di un periodo di ferie

³² Si allega, al riguardo, il “Rapporto di valutazione dei sistemi giudiziari europei” del 2012, pubblicato dalla “Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ)”, nel testo originale in lingua inglese e francese e nella sinossi predisposta con il dossier “La verità dell'Europa sui magistrati italiani n. 3”, pubblicato dall'Associazione Nazionale Magistrati nel 2013.

maggiore di quello riconosciuto ad altre categorie del Pubblico Impiego è apparso elemento decisivo per destinarne un segmento all'adempimento degli impegni lavorativi pendenti.

La prassi dell'impiego *pro parte* del periodo feriale come tempo di lavoro extra-udienza è stata dunque seguita largamente, con effetti considerevoli proprio in termini di efficienza. Basti considerare che accade con molta frequenza che il Capo dell'ufficio, il quale abbia a rilevare ritardi nel deposito dei provvedimenti da parte di qualche magistrato, concordi con lo stesso piani di rientro da realizzare durante le ferie, sfruttandosi così l'effetto espansivo dei tempi di lavoro proprio del periodo di congedo, almeno entro limiti di ragionevolezza.

Orbene, l'impatto che il decreto legge n. 132 potrebbe avere sul quadro fin qui tratteggiato appare serio ed allarmante.

Invero, la sottrazione di uno *spatium* temporale così significativo, pari a 15 giorni, da un periodo di congedo che si è visto essere al lordo dell'adempimento dei persistenti impegni di servizio extra-udienza, incide sulla razionalità del sistema e ne mina la tenuta. La riduzione temporale, infatti, priva *ipso facto* il magistrato di un tempo di lavoro ormai coesistente all'attività giudiziaria o, in alternativa, va ad incidere sul suo irrinunciabile diritto/dovere alle ferie.

Tale *impasse* pare essere ancor più grave tenuto conto del doppio *vulnus* che si viene a produrre con la novella: da un lato, la riduzione del periodo di sospensione estiva aumenta l'attività ordinaria a carico del giudice e, quindi, gli incumbenti ad essa connessi, dall'altro lato, la contrazione della pausa feriale impedisce di sfruttare una parte preziosa di quel tempo per assolvere a tutti i maggiori impegni.

Il punto nodale dell'esposizione è dunque che, allo stato dello *ius positum*, i trenta giorni di ferie dovrebbero essere di totale libertà da carichi di lavoro; ma che di contro, decorrendo, in corso di ferie, i termini per il compimento da parte del magistrato di atti processuali, il godimento del teorico lasso mensile di riposo non risulta assicurato in modo effettivo, così come invece la Costituzione impone.

5.3. Riduzione delle ferie dei magistrati e ricadute sulla funzionalità del servizio..

In una valutazione di congruenza delle misure adottate dal legislatore dell'emergenza rispetto agli obiettivi dal medesimo perseguiti non possono essere omesse alcune riflessioni critiche.

Sul punto, occorre ribadire che il D.L. n. 132 è stato emanato in considerazione della *“straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di degiurisdizionalizzazione e adottare altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile, nonché misure urgenti per la tutela del credito e la semplificazione e accelerazione del processo di esecuzione forzata”*. Le urgenti misure adottate nel decreto perseguono quindi, dichiaratamente, la finalità di assicurare una maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia civile.

L’orizzonte teleologico entro cui si muove la riforma è senz’altro condivisibile ed apprezzabile: il Consiglio Superiore, del resto, ha sempre sostenuto i progetti d’innovazione del sistema giudiziario idonei a garantire il miglioramento del servizio reso alla cittadinanza.

Nel caso di specie, ciò che però desta perplessità è proprio il nesso funzionale tra le nuove disposizioni e gli obiettivi del legislatore, nel senso che, sia detto da subito, la riduzione delle ferie del personale magistratuale non soltanto non pare in alcun modo assicurare una maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia, ma addirittura potrebbe risultare in ipotesi, rispetto a tale obiettivo, persino controproducente.

Per una corretta impostazione dell’itinerario argomentativo, è imprescindibile prendere atto che l’istituto comunemente definito delle *“ferie giudiziarie”* è caratterizzato *“da una complessità strutturale che trasmoda la semplice disciplina dell’attribuzione di un periodo di riposo al personale dell’Ordine giudiziario ed affonda le radici nell’organizzazione stessa e nel funzionamento della complessiva attività giurisdizionale”*³³.

In particolare, la questione delle cd. ferie giudiziarie attiene, a ben vedere, a tre diversi istituti, non pienamente sovrapponibili:

- la sospensione dei termini processuali;
- lo svolgimento dell’attività giudiziaria nel periodo feriale;
- le ferie dei magistrati.

Quanto al primo profilo, l’art. 1, L. 7 ottobre 1969, n. 742, ha introdotto un meccanismo di sospensione di diritto del decorso dei termini processuali relativi alle giurisdizioni ordinarie ed a quelle amministrative, stabilendo che il termine stesso riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione e prescrivendo che, se il

³³ Evangelista, *op. cit.*.

decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo.

Quale obiettivo immediato, la norma chiaramente intende evitare il prodursi di conseguenze decadenziali a cagione del mancato compimento dell'attività processuale dovuta durante il periodo estivo.

L'esistenza di questo istituto si deve, storicamente, all'avvertita esigenza di adeguata esplicazione dei diritti processuali esercitati dai difensori delle parti. In diverse pronunce, la Corte Costituzionale ha, appunto, collegato il periodo di sospensione dei termini feriali all'esplicazione dei diritti garantiti dagli artt. 3 e 24 della Costituzione (Corte Cost. n. 380 del 1992; Corte Cost. n. 255 del 1987; Corte Cost., ord. n. 61 del 1992).

La *ratio* della disposizione è, dunque, quella di assicurare un adeguato periodo di riposo agli avvocati, attraverso la libertà dalla cura delle attività soggette all'osservanza di termini.

E' quasi pleonastico rimarcare che la sospensione feriale dei termini non opera per il deposito dei provvedimenti da parte dei magistrati.

La contrazione del periodo di sospensione dei termini processuali, ad opera del decreto legge n. 132, involgerebbe pertanto unicamente la durata della pausa professionale estiva dei difensori, ridotta, come sopra rilevato, da 46 a 26 giorni.

Relativamente autonoma dalla sospensione dei termini processuali è la tematica dell'attività giurisdizionale nel periodo feriale.

Difatti, esigenze di continuità dell'attività giurisdizionale impongono di escludere soluzioni di continuità nella trattazione di alcuni affari; tale obiettivo, in connessione con la disciplina della legge n. 742, viene conseguito nell'Ordinamento attraverso il funzionamento delle sezioni feriali, di cui agli artt. 90 e 91 Ord. giud. e secondo la previsione dell'art. 24, D.Lgs.lt. n. 1353/1917.

Dei due istituti, la fonte regolatrice e la durata non sono coincidenti: mentre la sospensione dei termini processuali è fissa ed è stabilita *ex lege*, la determinazione del periodo feriale, in sé variabile, è rimessa, per ogni singolo anno giudiziario, al Ministro della Giustizia.

Il lavoro giudiziario durante questo periodo non viene sospeso ma, piuttosto, svolto a ritmo ridotto, allo scopo di assecondare contestualmente non solo finalità di tutela della categoria forense, ma anche i tempi di necessario recupero feriale del personale amministrativo in forza negli uffici giudiziari e dei magistrati.

Tuttavia, il periodo feriale ed il lavoro del singolo magistrato sono variabili parzialmente indipendenti: il funzionamento delle sezioni feriali riguarda l'ufficio nel suo complesso ed è assicurato dalla turnazione dei magistrati in servizio; il periodo estivo implica, inoltre, una sospensione dei termini valevole solo per gli avvocati, non per i magistrati ininterrottamente assoggettati ai termini loro imposti.

Quanto, infine, al periodo feriale dei magistrati merita primario risalto la constatazione che le ferie sono godute “durante” l'anno giudiziario (art. 90 cit.) e, dunque, si trova ribadito che, in qualsiasi periodo dell'anno siano fruite, non hanno alcun effetto sospensivo sui termini processuali e sui termini di compimento degli atti. Ciò vuol dire che le ferie del magistrato non incidono in alcun modo sul generale funzionamento del servizio, ribadita l'operatività delle sezioni feriali che, secondo accorte turnazioni, consentono un puntuale funzionamento della giustizia.

Non solo peraltro, in difetto di meccanismi sospensivi, l'assenza per ferie non ridonda negativamente sul servizio e sugli obblighi ad esso connessi, ma anzi essa svolge una importante funzione positiva, in termini di aumento delle *performances* di lavoro giudiziario, sulla base degli argomenti sopra esposti.

Alla luce del quadro testé tratteggiato, sembra difettare un nesso funzionale che lega la riduzione della sospensione dei termini processuali alla quantità di ferie dei magistrati, tenuto conto che il servizio all'utenza, ordinario o feriale, è sempre puntualmente garantito dal personale togato, che peraltro, secondo la sopra descritta, risalente e collaudata soluzione ordinamentale ed organizzativa, si avvale *pro parte* delle ferie proprio per ultimare i propri doveri di servizio.

Anzi, ciò che desta maggiore perplessità, in uno sguardo prospettico di breve periodo, è che, venendo meno quel *surplus* quindicinale sino ad oggi di grande beneficio per le esigenze di concentrazione, continuità e laboriosità, residuerebbe un lasso mensile da fruire per l'effettivo ed assoluto riposo, che imporrebbe, data l'indisponibilità del relativo diritto, la doverosa corrispondente sospensione di qualsiasi attività lavorativa.

Ne consegue che privare il magistrato di quel lasso temporale utile ad esaurire le proprie incombenze rischia di pregiudicare lo stesso intento di accelerazione dell'attività giudiziaria, ratio portante della riforma.

Si aggiunga, per coerenza sistematica, che il lavoro del magistrato, *sub specie* di produttività, è comunque oggetto di costante rilevazione statistica, funzionale sia alle valutazioni quadriennali di professionalità che all'accertamento di eventuali

responsabilità disciplinari e che il C.S.M. ha di recente avviato³⁴ la fase attuativa del disposto dell'art. 11, comma 2, lett. b) del D.Lgs. 5 aprile 2006 n. 160³⁵, introducendo, per il momento in via sperimentale ed in relazione ad alcuni settori di attività giurisdizionale, i cc.dd. “*standards di rendimento individuali*”.

5.4. Necessarie misure di razionalizzazione del sistema.

Interrogandosi sui possibili effetti scaturenti dalla novella, *rebus sic stantibus*, possono prospettarsi le considerazioni che seguono.

Intanto, non vi è dubbio alcuno circa l'esistenza dell'obbligazione, gravante in capo al datore di lavoro pubblico, di consentire la fruizione delle ferie da parte di ciascun dipendente, in maniera piena ed effettiva, in quanto “debitore” dell'obbligo di sicurezza e di tutela della personalità e della salute psico-fisica dei propri dipendenti, giusta il disposto dell'art. 2087 cod. civ..

Il Consiglio Superiore della Magistratura, sia detto incidentalmente, non rivestendo la posizione di datore di lavoro del personale di magistratura non è investito giuridicamente di questo dovere fondamentale.

Certamente, però non può trascurarsi che, in linea di principio, una qualsiasi attività di servizio comunque svolta nel periodo destinato alla fruizione delle ferie costituisce lavoro prestato con violazione di norme imperative a tutela della salute e della sicurezza del lavoratore, con ogni conseguenza di tipo risarcitorio³⁶, e ciò anche quando l'eccessivo impegno sia frutto di una scelta del lavoratore, estrinsecantesi per esempio nella rinuncia di fatto a periodi di ferie³⁷.

Peraltro, allorché il lavoratore non goda delle ferie e non chieda di goderne in altro periodo dell'anno, da tale circostanza “*non può desumersi alcuna rinuncia - che, comunque, sarebbe nulla per contrasto con norme imperative (art. 36 Cost. e art. 2109 c.c.) - e quindi permane la responsabilità del datore di lavoro*”³⁸.

³⁴ Cfr. delibera del 23 luglio 2014.

³⁵ Tale disposizione, come modificata dall'art. 2, comma 2, l. 30 luglio 2007 n. 111 prevede, ai fini delle valutazioni quadriennali di professionalità, che il parametro della laboriosità sia riferito: “*alla produttività, intesa come numero e qualità degli affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta all'interno dell'ufficio, tenuto anche conto degli standard di rendimento individuati dal Consiglio Superiore della Magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e alle specializzazioni*”.

³⁶ Cass. civ., sez. lav., 21 agosto 2003, n. 12311, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 61; Cass. civ., sez. lav., 5 febbraio 2000, n. 1307.

³⁷ Cass. civ., sez. lav., 1 settembre 1997, n. 8267.

³⁸ Cass. 12 giugno 2001, n. 7951.

Ora, da un lato, è consentito supporre che il legislatore del 2014 si sia fatto carico della esigenza indicata e tale conclusione potrebbe essere desunta da elementi sistematici, quali l'ultimo comma dell'art. 16 del D.L., ben illustrato nella relazione di accompagnamento, nella quale si puntualizza che viene rimessa agli Organi di governo delle magistrature l'adozione di misure organizzative conseguenti all'applicazione della nuova norma, *“in particolare quelle volte ad assicurare l'effettività del godimento del periodo di ferie come ridisegnato in questa sede”*.

Potrebbe cioè ritenersi che il decreto legge abbia voluto innovare la conformazione strutturale della fattispecie, prevedendo un periodo feriale mensile effettivo, cioè durante il quale non pendono in capo al magistrato obblighi lavorativi, con chiara soluzione di continuità rispetto al diritto vivente sino ad oggi invero in una costante applicazione ed interpretazione e già sopra illustrato.

Accedendo a questa opzione ermeneutica, in forza della nuova norma, sarebbe *ex se* operante il principio di necessaria effettività derivato dall'art. 36 della Costituzione, con ogni conseguenza sul lavoro dei magistrati, fatta eccezione naturalmente per le attività urgenti e quelle che debbono essere necessariamente compiute entro un termine perentorio; sicché gli Organi di governo autonomo eventualmente potrebbero sul punto limitarsi ad adottare misure organizzative di mera attuazione pratica.

In senso contrario, potrebbe invece ritenersi necessario l'intervento del legislatore ordinario per la compiuta attuazione del principio di effettività, derivato della norma costituzionale. Tale soluzione appare, in ogni caso, fortemente auspicabile, data la controvertibilità della questione, e gli importantissimi effetti che ne derivano, sicché appare assolutamente opportuno che il legislatore ordinario individui soluzioni atte a salvaguardare realmente il canone indeclinabile di effettività delle ferie, tenendo conto della assoluta singolarità delle modalità esplicative del lavoro giudiziario e contemperando, in modo equilibrato e soddisfacente, tutti gli interessi in rilievo.

In particolare, il tasso di effettività della fruizione delle ferie potrebbe essere positivamente influenzato dalla sospensione del decorso dei termini di deposito dei provvedimenti in coincidenza con il periodo in cui i termini processuali sono parimenti sospesi ovvero con quello c.d. “feriale”, annualmente stabilito dal Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 90 Ord. giud..

Una soluzione, questa, che, pur connotandosi per una relativa semplicità applicativa, non è comunque integralmente soddisfattiva dei principi innanzi delineati, atteso, in particolare, che la sospensione, se correlata a quella *ex art. 1, L. n. 742/1969*,

non potrebbe operare in relazione all'amplessima gamma di procedimenti (si pensi a tutta la gamma lavoristica) che, in ragione della loro obiettiva urgenza, vi sono sottratti né a quei magistrati che, proprio in quanto incaricati della trattazione dei medesimi procedimenti, svolgono, in quel periodo, servizio; dalla già evidenziata eterogeneità dei "mestieri" del magistrato (pubblico ministero, giudice civile, giudice penale, ecc.) promana, peraltro, una significativa articolazione delle conseguenze che una sospensione così congegnata è suscettibile di produrre sui ritmi di lavoro individuali.

Maggiormente efficace potrebbe rivelarsi, allora, estendere la sospensione dei termini di deposito dei provvedimenti, oltre che al periodo in cui i termini processuali sono parimenti sospesi ovvero con quello c.d. "feriale" annualmente stabilito dal Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 90 Ord. giud., anche al tempo di fruizione del congedo ordinario o delle festività soppresse da parte del singolo magistrato, quale che sia il periodo dell'anno in cui ciò avvenga.

In questo modo, la più diretta ed immediata relazione tra il godimento delle ferie e l'effettivo recupero delle energie psico-fisiche, consegue dalla previsione di una regola generale per cui i termini di deposito dei provvedimenti non decorrono durante i giorni di ferie nel frattempo goduti. In altre parole, essi sarebbero depurati da questi ultimi, i quali non dovrebbero essere computati neanche ai fini del riscontro, *inter alia* rilevante in sede di valutazione di professionalità o di eventuale giudizio disciplinare, del rispetto dei termini processuali di deposito dei provvedimenti.

Una sospensione così congegnata non presenta decisive controindicazioni, quantomeno in relazione al settore civile ed avuto riguardo all'utenza del servizio giustizia, con specifico riferimento all'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine per impugnare.

Infatti, il codice di procedura civile sancisce che i termini per l'impugnazione decorrono dal giorno di pubblicazione del provvedimento coincidente con il deposito cartaceo o telematico dello stesso. Ne consegue che lo stesso è del tutto insensibile ai giorni di ferie eventualmente *medio tempore* goduti dal magistrato.

Meno agevole potrebbe rivelarsi, per contro, l'applicazione dell'istituto alla materia penale.

In questo settore, invero, la sospensione del decorso del termine di deposito delle sentenze imporrebbe, in caso di superamento di quello fissato all'atto della pronuncia, di provvedere sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 548 cod. proc. pen. per ogni altro

caso in cui la sentenza non sia depositata entro il quindicesimo giorno o entro il diverso termine indicato dal giudice a norma dell'art. 544 comma 3.

In altri termini, qualora il giudicante penale usufruisse di giorni di ferie in periodi diversi da quello in cui operano esclusivamente le sezioni feriali (*ex artt. 90, 91 Ord. giud. e secondo la previsione di cui all'art. 24 D.Lgs. n. 1353/1917*), durante il quale il termine di deposito dei provvedimenti ordinari dovrebbe essere considerato automaticamente sospeso, alle parti dovrebbe essere comunicato l'avviso di deposito indicante di quanti giorni il termine di quindici giorni o quello, diverso, indicato *ex art. 544 comma terzo c.p.p.*, è stato spostato in avanti.

Trattasi, peraltro, di fenomeno non sconosciuto all'attuale sistema, che opera, ad esempio, nelle ipotesi di proroga dei termini di deposito *ex art. 154, comma 4-bis, disp. att. cod. proc. pen.* (in cui viene dato avviso della proroga all'atto del deposito o, prima ancora, al momento della concessione della proroga medesima), che opererebbe, peraltro, in modo analogo a quanto avviene in ogni caso di ritardo nel deposito rispetto al termine originariamente stabilito.

D'altro canto, potrebbe essere questa l'occasione per generalizzare anche nella materia penale il ricorso alle comunicazioni telematiche ai difensori, già obbligatorio nella materia civile.

Nel contesto prefigurato, dovrebbero essere oggetto di autonoma disciplina i provvedimenti collegiali – per i quali dovrebbe espressamente individuarsi un criterio di collegamento tra l'effetto sospensivo e la fruizione delle ferie da parte dei diversi componenti del collegio, eventualmente tenendo conto del ruolo presidenziale e della designazione quale estensore – mentre fuori dal meccanismo ipotizzato resterebbero, di necessità, i procedimenti in materia cautelare, per i quali le ragioni di urgenza dovrebbero, comunque, prevalere, sull'esigenza del magistrato, sì da escludere l'operatività della sospensione dei termini di deposito dei provvedimenti.

Si osserva che il sistema incentrato sulla sospensione dei termini di deposito dei provvedimenti in coincidenza con la sospensione dei termini processuali *ex art. 1, L. n. 742/1969* (o con il periodo feriale fissato *ex art. 90 Ord. giud.*) e con le ferie dei singoli magistrati, se adeguatamente calibrato e reso armonico alla vigente disciplina processuale ed ordinamentale, concorrerebbe certamente a far sì che alla fruizione del congedo da parte dei magistrati corrisponda, in ossequio al dettato costituzionale, l'astensione da ogni attività lavorativa ed il conseguente recupero delle energie psico-fisiche.

Diversamente opinando, cioè ove la soluzione testé delineata non si ritenesse percorribile, residuerebbe la sola possibilità di ritorno al sistema vigente sino al 1979, ampiamente sperimentato e sopravvissuto nella prassi al suo formale abbandono, che vedeva aggiungersi al periodo di ferie propriamente detto un ulteriore lasso temporale in cui i magistrati, lungi dall'omettere ogni prestazione lavorativa ovvero dallo svolgere l'ordinario servizio, si dedicavano, in via esclusiva, alla definizione delle pendenze che, *illo tempore* descritte quali "affari" e "atti" in corso, sono oggi costituite, pressoché per la totalità, dalla redazione di atti e provvedimenti (sentenze, ordinanze, decreti, richieste, ecc.).

Seguendo tale percorso, potrebbe, ad esempio, stabilirsi, già a livello di normazione primaria – valga notare, invero, che, trattandosi di misure atte ad incidere su norme di rango ordinario, risulta necessario un intervento normativo equiordinato – ed a prescindere dall'adozione, da parte del C.S.M., degli accorgimenti organizzativi previsti dall'ultimo comma dell'art. 16 del decreto legge, che i magistrati che esercitano funzioni giudiziarie hanno diritto, in aggiunta ai trenta giorni di congedo ordinario, di un ulteriore periodo, determinato in un certo numero di giornate lavorative, da dedicare alla redazione ed al deposito dei provvedimenti relativi a procedimenti in corso di trattazione ovvero allo studio dei processi fissati nelle udienze immediatamente successive alla sospensione estiva.

In tal senso, accedendo a tale ultima opzione ermeneutica, l'intervento conservativo e razionalizzatore del legislatore appare imprescindibile ed impellente.

Il C.S.M., invero, potrebbe, in assenza di utili indicazioni a livello di formazione primaria, dare indicazione ai Capi degli uffici di apprestare accorgimenti tali da consentire il pieno godimento del periodo feriale ai magistrati non di turno nello stesso, nonché di elaborare un sistema di recupero dei giorni di ferie non godute dai magistrati impegnati nella redazione di atti urgenti.

Accanto a tali accorgimenti, il C.S.M. deve ritenersi facultato, anche già *iure condito*, a dare disposizioni organizzative adeguate, tenuto conto della specificità delle funzioni, sì da consentire lo studio degli atti processuali e la preparazione delle udienze e dei provvedimenti giudiziari conseguenti.

Sul punto, è appena il caso di ricordare che con la circolare n. 4697 dell'1 giugno 1979 è stato stabilito che: *"in particolare, per quanto riguarda i provvedimenti per i quali sono previsti termini di deposito, i dirigenti degli uffici avranno cura di graduare convenientemente il calendario ed i ruoli delle udienze durante il mese di luglio in modo da*

consentire il deposito dei provvedimenti stessi prima dell'inizio del periodo feriale. Per i magistrati che siano impegnati durante il periodo ordinario di ferie il periodo feriale sarà determinato tenendo conto delle esigenze dei singoli uffici. Anche per detti magistrati comunque dovranno essere adottati accorgimenti organizzativi idonei a garantire il godimento di quarantacinque giorni di riposo pieno”.

Ancora, con circolare n. 3341 del 24 aprile 1982, il C.S.M. ha sottolineato *“il potere dovere dei Capi degli uffici di fissare le udienze anche nel periodo immediatamente precedente a quello di inizio delle ferie, purché non comportino una limitazione del diritto alle ferie stesse”.*

Ovviamente le determinazioni consiliari che precedono, abbastanza risalenti nel tempo ma sostanzialmente di attuale rinnovabilità, attribuendo ben a ragione portata prevalente al diritto effettivo di ferie del personale togato, di necessità, solo in via secondaria riconoscono le ragioni dell'efficienza.

Vi è quindi da interrogarsi sulla funzionalità ultima di siffatte misure, ove mai riprodotte nell'attualità, rispetto alla *ratio* di accelerazione e implementazione dell'efficienza; *ratio* che si è visto essere fondativa del decreto legge n. 132/2014.

6. L'art. 21 del decreto legge n. 132/2014.

Il Capo VI del decreto-legge, titolato *“Misure per il miglioramento dell'organizzazione giudiziaria”*, consta di un unico articolo, dedicato al tema dei cc.dd. *“trasferimenti orizzontali”*, ovvero dei tramutamenti dei magistrati, successivi rispetto all'assegnazione della sede che segue il tirocinio iniziale e non contemplanti il conferimento di incarichi direttivi o semidirettivi.

La disciplina sino ad oggi vigente, imperniata sul disposto dell'art. 10 Ord. giud., prevede che, a fronte di un bando relativo ad una pluralità di posti ed uffici (la Circolare del C.S.M. vigente in materia, n. P-12046 dell'8 giugno 2009 e successive modificazioni, dispone, al Titolo I, Par. II, comma 3, che *“La pubblicazione ordinaria delle vacanze dei posti di primo e di secondo grado, è disposta, di regola, due volte l'anno”*), le delibere approvate dal C.S.M. in esito all'istruttoria procedimentale vengano trasfuse, per ciascun magistrato, in altrettanti decreti del Ministro della Giustizia che, superato il vaglio del competente organo di controllo, vengono pubblicati nel bollettino ufficiale.

La pubblicazione segna, dunque, il *dies a quo* del termine, ordinariamente stabilito in trenta giorni, a partire dal quale il magistrato trasferito ha facoltà di prendere possesso del nuovo ufficio.

Il Ministero, tuttavia, può, su richiesta di uno degli uffici interessati dal trasferimento e previa interlocuzione con l'altro, disporre, a seconda dei casi, l'anticipazione della presa di possesso rispetto alla pubblicazione del bollettino ovvero il differimento, per un periodo non superiore a sei mesi, della medesima pubblicazione.

Il sistema vigente evidenzia, secondo quanto si legge nella relazione al disegno di legge di conversione del decreto-legge, un *deficit* di efficienza avuto riguardo al fatto che *“un ufficio dal quale sono stati trasferiti, a fronte del medesimo bando, più magistrati, potrebbe essere destinato a permanere in una condizione di scopertura di organico per tutto il tempo necessario affinché i magistrati che hanno ottenuto, in relazione al medesimo bando, il trasferimento presso lo stesso ufficio prendano effettivamente possesso”*.

Donde, si aggiunge, l'esigenza *“di evitare che l'ufficio a cui apparteneva il magistrato trasferito si trovi in situazione di sofferenza, per tutto il tempo necessario prenda possesso, nello stesso ufficio, un altro magistrato che colà abbia chiesto di recarsi, in forza del medesimo bando”*.

Per ovviare alla descritta patologia, il legislatore d'urgenza ha dettato, al comma 1 dell'art. 21, alcune regole specificamente dedicate alle procedure di tramutamento orizzontale, da applicarsi, in forza del comma 2, a quelle *“avviate con delibera del Consiglio Superiore della Magistratura adottata successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”*.

Tecnicamente, la novella agisce mediante l'inserimento nell'Ordinamento giudiziario (r.d. n. 12/1941) dell'art. 10-*bis*, che, al primo comma, attribuisce al Consiglio Superiore della Magistratura il compito di espletare, di regola due volte all'anno, le procedure di tramutamento successivo dei magistrati e di definirle entro quattro mesi.

La norma costituisce, per un verso, ripetizione, sul piano legislativo, della attuale previsione di circolare relativa alla tendenziale cadenza biennale delle pubblicazioni, che arricchisce attraverso l'indicazione di un termine quadrimestrale il quale, pur rispondendo a condivisibili e ben condivise finalità di rapidità ed efficienza, non appare *sic et simpliciter* applicabile alle varie tipologie di trasferimenti orizzontali.

Al cospetto, invero, di procedure – quali quelle dirette alla copertura di posti ordinari di primo e secondo grado – basate, in larga prevalenza, sull'applicazione di punteggi e coefficienti di agevole determinazione che, grazie allo sforzo di razionalizzazione ed ammodernamento compiuto dal C.S.M. negli ultimi anni, trovano di solito compimento entro un periodo non superiore a quello indicato dal legislatore (sicché, sotto questo aspetto, non è dato ravvisarsi il paventato *deficit* di efficienza), ne esistono altre – finalizzate al

conferimento di posti di consigliere e sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione, di sostituto procuratore presso la Direzione Nazionale Antimafia, di magistrato di Tribunale addetto all'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione – che involgono, per espressa statuizione di circolare, una diversa articolazione dei parametri e, nel caso di conferimento di funzioni di legittimità, postulano ulteriormente, per disposizione di legge, l'intervento di un'apposita Commissione tecnica.

La necessità di procedere, in questi casi, ad una attività istruttoria di gran lunga più complessa (che, peraltro, vede il C.S.M. vagliare, in molti casi, le domande di centinaia di aspiranti e compararne i rispettivi profili professionali) e di esercitare più pregnanti funzioni valutative rende, pertanto, inadeguato per difetto l'assegnato termine di quattro mesi che, pertanto, si auspica venga, in sede di conversione, opportunamente dilatato con riferimento a detta categoria di procedure, specificamente elencate al Titolo I, Par. I, della Circolare n. P-12046 dell'8 giugno 2009 e successive modificazioni.

Anche se parrebbe indiscutibile la valenza meramente ordinatoria del termine assegnato al C.S.M. , posto che in caso di omesso rispetto non si producono effetti giuridici di alcun genere, non può che essere espresso, in questa sede consultiva, un giudizio di perplessità rispetto alla scelta legislativa. Ed invero, il Consiglio Superiore della Magistratura è affidatario delle competenze di governo del personale magistratuale, che esercita in maniera discrezionale proprio allo scopo di individuare in ciascuna vicenda procedimentale la soluzione più funzionale per la definizione del caso concreto, in ragione dei diversi possibili interessi rilevanti nella specie.

Ora, interventi normativi che impongano all'Organo di governo autonomo scelte procedimentali e tempi di definizione rigidi e predeterminati in maniera astratta, rischiano di privare l'organo di quella opportuna flessibilità dei moduli operativi talvolta necessaria per declinare in ciascun caso l'esercizio del potere nelle forme più adeguate all'effettivo perseguimento degli interessi sostanziali in gioco

Resta, in ogni caso, da rimarcare la marginalità della disposizione nella complessiva struttura del nuovo art. 10-*bis*, il cui fulcro è senza dubbio costituito dal comma 2, ai sensi del quale *“Il Ministro della Giustizia adotta un solo decreto per tutti i magistrati tramutati nell'ambito della medesima procedura indetta con unica delibera del Consiglio Superiore della Magistratura”*.

Palese è lo scopo della norma, volta ad assicurare la contestualità dell'attuazione di tutti i trasferimenti disposti all'esito di procedure che, stando all'esperienza consiliare, interessano, di volta in volta, decine quando non addirittura centinaia di posti.

Il legislatore, dunque, è stato mosso dall'intento di evitare che lo sfalsamento temporale – vale a dire la non contestualità – dei trasferimenti disposti in attuazione del medesimo bando determini difficoltà di funzionamento negli uffici che, allontanatosi un magistrato, non possano immediatamente fruire delle prestazioni di chi è chiamato a sostituirlo.

Nella medesima ottica deve essere letto il successivo comma 3 che, al fine di preservare la funzionalità degli uffici che patiscono più elevate scoperture di organico (nella misura di almeno il 35%, preesistente al trasferimento ovvero determinatasi quale sua conseguenza), contempla la sospensione – da disporsi dal parte del C.S.M., sino alla copertura del posto vacante e, comunque, per un periodo non superiore a sei mesi – dell'efficacia del provvedimento di trasferimento del magistrato verso una sede con più bassa percentuale di vacanze.

Il meccanismo così introdotto appare tutt'altro che convincente perché frutto di un'impostazione della materia dei tramutamenti orizzontali non del tutto condivisibile.

Ribadito quanto già rilevato in ordine all'inopportunità di interventi estemporanei ed in via d'urgenza in ambito ordinamentale, Non può farsi a meno di notare, innanzitutto, che i problemi di copertura degli organici nelle sedi meno ambite – cioè, soprattutto, negli uffici di primo grado – discendono dall'ormai endemico divario, stabilmente superiore alla doppia cifra percentuale, tra l'organico della magistratura ed i magistrati effettivamente in servizio, divario che, ferma restando la dimensione degli organici, può essere colmato solo nel medio termine (dati i tempi necessari per l'espletamento dei concorsi) ed attraverso l'indizione di concorsi per un congruo numero di M.O.T..

Nella situazione attuale, è invero illusorio, oltre che contrastante con i dati di esperienza, ipotizzare che le sedi affette da maggior tasso di scopertura possano giovare di una tendenziale compensazione fra tramutamenti in uscita ed in entrata, implicito presupposto delle disposizioni in commento.

D'altronde, se è vero che l'art. 10-bis fa riferimento alla “*copertura del posto vacante*”, evento che può costituire effetto, come di regola avviene, dell'assegnazione di molti magistrati di prima nomina a sedi affette da notevoli scoperture di organico, non può trascurarsi, per converso, come negli ultimi anni la distribuzione dei M.O.T. sia avvenuta in

ossequio a parametri obiettivi che, nella quasi totalità dei casi, hanno condotto ad una copertura solo parziale delle vacanze.

A ciò va, peraltro, aggiunto che la destinazione dei M.O.T. avviene a posti che, per il naturale ed armonico dispiegarsi del tirocinio, risultano liberi circa 8\10 mesi prima dell'effettivo conferimento in loro favore delle funzioni giurisdizionali, sicché l'eventuale differimento semestrale non appare, in ogni caso, accorgimento effettivamente idoneo allo scopo, a meno di non ipotizzare il possibile succedersi di sospensione dell'efficacia della delibera *ex art. 10-bis* e posticipazione della presa di possesso per effetto di decreto ministeriale, meccanismo che, è facile notare, rischia di tradursi in una penalizzazione francamente eccessiva per il magistrato trasferito.

Ma v'è di più, giacché l'unicità e la contestualità del decreto ministeriale di trasferimento si rivelano, oltre che di scarsa utilità, foriere di non marginali inefficienze.

Costituisce, infatti, esperienza comune alle periodiche procedure di tramutamento orizzontale (i cc.dd. "bollettoni") afferenti a decine o centinaia di posti da assegnare, che per la stragrande maggioranza di essi non sussistano soverchie difficoltà, onde è ben possibile concludere l'*iter* con la delibera dell'Assemblea plenaria entro poche settimane dalla scadenza dei termini assegnati per la presentazione delle domande.

Al contrario, una ridotta – e, talora, di minima consistenza numerica – quota di posti presenta specificità di varia natura e fonte che involgono complessi e defatiganti approfondimenti istruttori e valutazioni assai delicate in punto, tra l'altro, di applicazione di controversi principi di diritto.

A titolo meramente esemplificativo, valga citare le ipotesi in cui debbano essere verificati – con riferimento al magistrato collocato, nella graduatoria, in posizione utile a conseguire il tramutamento – la sussistenza di situazioni di incompatibilità *ex artt. 18 e 19* Ord. giud. ovvero il rispetto dei limiti al mutamento di funzioni sanciti dall'art. 13 D.Lgs. n. 160/2006, questioni la cui soluzione può impegnare il C.S.M. per periodi anche cospicui e, in larga parte, incompressibili, ancor più in ragione della ineludibile necessità di interloquire con le articolazioni territoriali dell'autogoverno, con le dirigenze degli uffici e con altre istituzioni, oltre che con i diretti interessati.

Stando così le cose, è ragionevole inferire che unicità e contestualità del decreto finiranno, in assenza di correttivi in sede di conversione, per determinare, in forza di paradossale eterogenesi dei fini, il rallentamento – e, nei casi più gravi, la paralisi – delle procedure più semplici anziché, come sperato, la velocizzazione del complesso degli incombenenti.

Sotto il profilo della *ratio*, d'altro canto, le disposizioni in commento prestano il fianco a radicale critica perché frutto di un approccio rigido ed unilaterale, tutto proteso verso un obiettivo, la contestualità degli avvicendamenti, che, nella concreta quotidianità della vita degli uffici giudiziari, deve coesistere con altri valori di rango pari o, addirittura, superiore.

Il vero è, infatti, che qualsivoglia approccio ispirato all'efficienza non può prescindere dalla peculiare declinazione di tale concetto nel mondo della giurisdizione che, ad esempio, impone, nel settore in esame, di mantenere la dose di flessibilità occorrente per far sì che l'attuazione dei tramutamenti non determini, inopinatamente, lo spreco di attività processuale e, nei casi più eclatanti, la sostanziale impossibilità di rendere giustizia, connessa, nel dibattito penale, al mutamento della persona fisica del giudice ad accertamento ormai avanzato.

Il presente parere viene trasmesso al Ministro della Giustizia.