

**Parere ai sensi dell'art. 10 della Legge 24 marzo 1958, n. 195 sul disegno di legge n. 2229/C recante "Modifiche urgenti al codice di procedura civile".
(Parere del 21 febbraio 2002)**

Il Consiglio Superiore della Magistratura, nella seduta del 21 febbraio 2002, ha approvato il seguente parere:

"§1-Giustizia civile e riforme

Il disegno di legge recante "Modifiche urgenti al codice di procedura civile", approvato dal Consiglio dei Ministri il 21.12.2001, si propone un primo adeguamento del sistema processuale alle esigenze di una giustizia celere e perciò stesso efficace senza pregiudicare una futura e più organica riforma.

Due sono le finalità più specificatamente dichiarate:

- da un lato, quella di incidere su alcuni snodi dell'attuale disciplina al fine di eliminare talune rigidità, non sempre imposte ma quanto meno consentite dalla legge, che costituiscono altrettanti ingombri all'efficienza del processo, specie nell'esecuzione e nel cautelare;

- dall'altro, quella di risolvere, in senso meno formalistico, talune contraddizioni dell'attuale disciplina quali sono andate evidenziandosi nel corso di questi anni di applicazione.

Il pieno recupero di funzionalità della giustizia civile è un tema su cui il Consiglio è intervenuto in più occasioni e recentemente con la relazione al Parlamento sullo stato dell'amministrazione della giustizia.

E'opportuno ribadire quanto si disse allora ed in particolare come un sistema giustizia efficiente - in grado di rispondere tempestivamente e correttamente alle esigenze di tutela giurisdizionale della collettività nel rispetto dei principi costituzionali - trovi nelle regole processuali fissate dal legislatore un elemento imprescindibile ma non esaustivo, e ciò perché si impone che siano prioritariamente garantiti mezzi, strutture, organici sufficienti a consentire, in concreto, un esercizio della funzione giurisdizionale non solo conforme alle regole processuali ma anche utile e non dispersivo.

La promessa di una giustizia, che sia amministrata con efficienza ed efficacia e resa in tempi ragionevoli, per essere tradotta in pratica, richiede una strategia articolata che oltre a tendere ad un processo più agile, ma comunque rispettoso dei valori costituzionali, operi contestualmente su altri versanti.

Da qui l'ineludibilità dei seguenti ulteriori interventi:

- revisione della geografia giudiziaria in modo da creare su tutto il territorio nazionale un rapporto equilibrato tra la struttura degli uffici giudiziari, la realtà territoriale (natura del contenzioso) e la popolazione;

- potenziamento e aggiornamento dei beni e delle strutture funzionali all'attività giurisdizionale;

- completamento dell'informatizzazione degli uffici giudiziari;

- potenziamento del personale amministrativo, con garanzia di adeguata professionalità, anche al fine di costituire il c.d. ufficio del giudice;

- sollecita integrale copertura del ruolo organico dei magistrati, anche al fine di rendere effettivo l'aumento disposto con la l. 48/2000;

- revisione e razionalizzazione degli organici dei giudici di pace nonché integrale copertura dei posti di g.o.a. rimasti vacanti.

Inoltre, tra i rimedi di carattere non processuale, sarebbe opportuno inserire anche il riferimento all'esigenza di riordino della statistica giudiziaria, in modo da far sì che diventi uno strumento di conoscenza veridico, completo ed affidabile del lavoro giudiziario e dell'organizzazione degli uffici. Occorrono, in particolare, schemi di rilevamento (omogenei per tutti gli uffici e coordinati con il sistema delle registrazioni di cancelleria) che diano conto dei flussi dei procedimenti contenziosi e degli altri affari civili per tipologia e per distribuzione all'interno degli uffici giudiziari, come occorre l'inserimento in tali schemi di strumenti di misurazione oggettiva del grado di complessità delle controversie e degli affari.

D'altro canto, fermo il principio della tutela effettiva dei diritti fondamentali fissato dal sistema degli artt. 2, 3 e 24 della Costituzione, si può riflettere sulla previsione di filtri precontenziosi, secondo le linee ampiamente esposte nella Relazione al Parlamento sullo stato dell'amministrazione della giustizia.

Una cautela di fondo è comunque da porre a presidio delle riforme processuali, sia che, come nel caso del d.d.l. in esame, ci si limiti ad interventi settoriali, sia che si tenda ad un riesame del complessivo sistema processuale.

L'obiettivo di una giustizia civile efficace ed efficiente va coniugato, proprio nel rispetto dei principi costituzionali, con la valorizzazione e la promozione dell'essenza della giurisdizione e del principio di legalità, senza dimenticare come proprio i poteri d'impulso e controllo del giudice sulle diverse fasi del processo concorrano in maniera particolarmente significativa ad un'amministrazione della giustizia terza ed imparziale: da qui una preliminare preoccupazione per talune modifiche introdotte con il ddl in esame, nella misura in cui le stesse possono costituire un'anticipazione di un più vasto disegno riformatore volto a ridimensionare fortemente il ruolo del giudice nella gestione del processo, per farne quasi uno strumento a disposizione delle parti al fine del

superamento degli intralci in cui esse si imbattono nel tentativo di definizione della lite.

§2-II d.d.l. in esame: considerazioni generali

Una prima lettura delle norme consente di individuare diversi specifici ambiti d'operatività delle stesse, sebbene tutte orientate ad imprimere un'accelerazione dei tempi di celebrazione del processo civile.

a) Disposizioni di natura propriamente ordinamentale.

Tale è l'art.1 del d.d.l. che, accogliendo almeno in parte un'istanza da molti formulata, aumenta la competenza per valore del giudice di pace e così, procedendo ad una nuova e diversa distribuzione del contenzioso tra i vari uffici, mira tra l'altro anche a deflazionare i carichi di lavoro della magistratura ordinaria. In questa prospettiva può osservarsi che – tenuto conto della esperienza acquisita dai giudici di pace e dell'impegno profuso nella loro formazione – la competenza per i danni a cose nella materia della circolazione stradale potrebbe ampliarsi a 25.000 Euro. Indipendentemente da ciò la conversione in euro del limite della competenza per valore del giudice di pace dovrebbe trovare completamente in analogia disposizione in tema di giudizio d'equità e difesa personale della parte.

La norma, anche in ragione della lettura sistematica con l'art.18 che disciplina ex novo con una maggiore formalizzazione le modalità di costituzione nel giudizio civile dinanzi al g.d.p., non sembra peraltro avere un valore meramente processuale o deflattivo, ma si riverbera su struttura e funzione del g.d.p. accentuando le diversità dei profili che questa figura di magistrato onorario tende ad assumere nel nostro sistema processuale, a seconda delle funzioni civili o penali esercitate.

Pur non essendo da escludere limitate nuove attribuzioni al giudice di pace sul versante della competenza per materia, come già osservato nella relazione al Parlamento sullo stato dell'amministrazione della giustizia, occorre in proposito chiedersi se una chiave di lettura semplicemente efficientistica, comunque apprezzabile, possa tuttavia continuare a costituire la ragione di attribuzioni sempre maggiori alla magistratura onoraria, con la conseguente esigenza di un superiore tecnicismo del procedimento e dello stesso organo giurisdizionale e una crescente assimilazione di quest'ultimo al magistrato professionale. Con la riforma del processo civile il ruolo del magistrato onorario potrebbe essere diversamente rafforzato tramite il promovimento della funzione conciliativa e di mediazione non solo endoprocessuale ma anche extra processuale, nel solco già tracciato ad es. dall'art.322 c.p.c. rubricato "conciliazione in sede non contenziosa", eventualmente prevedendo con una modifica del suddetto articolo, che il processo verbale di conciliazione in sede non contenziosa costituisca titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale.

Anche l'art. 19, il quale prevede, come già nel testo del disegno di legge delega approvato il 22 giugno 1996 dalla Commissione Tarzia, che nel giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione il P.M. rassegni le proprie conclusioni prima delle altre parti, sembra incidere sul ruolo di parte pubblica del p.m., tendendo comunque a meglio assicurare il principio del contraddittorio.

b) Norme con effetto deflattivo sul contenzioso.

In questo ambito possono iscriversi l'art. 2 volto ad una nuova regolamentazione del governo delle spese di lite e almeno in parte l'art. 50 in materia di azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità .

La modifica dell'art. 92 del c.p.c., nel richiedere una espressa motivazione in merito alla sussistenza dei "giusti motivi" ai fini della compensazione delle spese di lite, àncora lo spazio equitativo per il governo delle spese al rigore di un ragionamento compiutamente espresso e pienamente sindacabile. Essa, in tal modo, impegna e responsabilizza il giudice, prevenendo un esercizio troppo superficiale e distratto del potere di regolamentazione delle spese processuali, e per ciò stesso riduce per la parte soccombente la speranza di sottrarsi agli oneri patrimoniali di una tutela giudiziaria che si è inopportunamente invocata o cui si è inopportunamente resistito.

La conseguenza auspicabile di tutto ciò è che le parti saranno, in linea generale, chiamate a una più attenta valutazione della serietà delle rispettive prospettazioni, al momento di promuovere il giudizio o di resistervi.

Certo, per altro verso, l'analiticità della motivazione sulle ragioni della compensazione delle spese implica il rischio di un successivo maggior contenzioso in appello.

In questa prospettiva non può non osservarsi come il rafforzamento dell'art.96 c.p.c. (con l'inserimento ad esempio della impugnazione manifestamente infondata tra le ipotesi tipiche di responsabilità aggravata) o la previsione di una sanzione pecuniaria, nel caso di lite temeraria, potrebbe rendere ben più consistente l'effetto deflattivo perseguito. Al riguardo, taluno ha suggerito di aggiungere al primo comma dell'art. 96 la previsione di una condanna in misura non inferiore al triplo delle spese ed al secondo comma prevedere una liquidazione equitativa, avuto riguardo al limite minimo di cui al comma precedente.

La nuova formulazione dell'art 92 non elimina comunque la previsione di giusti motivi quale ragione di compensazione e quindi non sembra, neppure indirettamente, riflettersi negativamente sull'accesso alla giustizia, anche in ragione delle disposizioni della L.134/2001 che modificando la L.217/90 ha ridisegnato l'istituto del gratuito patrocinio espressamente previsto per il giudizio civile e amministrativo.

Il nuovo testo dell'art.274 c.c. prevede la limitazione dei reclami in materia di azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità ai soli casi di ritenuta inammissibilità. Quindi positivamente riduce l'ambito dell'impugnazione alla sola ipotesi in cui la parte veda precluso l'accertamento con cognizione piena dello status di figlio, senza controindicazioni particolarmente apprezzabili, ma anche con effetti pratici probabilmente di ben poco rilievo. L'effetto deflattivo è però compensato dalla previsione del ricorso in cassazione avverso il decreto della corte d'appello. In una diversa prospettiva culturale forse l'occasione sarebbe stata opportuna per eliminare del tutto l'anacronistico filtro previsto dalla citata norma.

c) Norme di semplificazione delle attività degli uffici giudiziari e dei difensori, con effetti solo indirettamente acceleratori del processo.

In tale categoria possono essere inquadrati gli artt. 3, 4, 5-17, 13-14-15, nonché l'art. 52, volto a disciplinare nuovamente la notifica a mezzo posta, con una modifica resasi quanto mai necessaria dopo l'intervento della Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 346 del 22-23 settembre 1998 aveva dichiarato l'illegittimità, per alcuni profili, dell'art. 8 della L. 20 novembre 1982 n.890.

Notificazioni. La nuova formulazione dell'art.145 del c.p.c. prevista dall'art. 3 d.d.l. in esame, semplifica il meccanismo della notificazione degli atti alle persone giuridiche, sganciandola, già in prima battuta, dall'esclusivo riferimento alla sede delle stesse, ed introducendo una flessibilità di forme che sembra senz'altro facilitare, senza incidere sulla certezza della conoscenza e conoscibilità dell'atto, il relativo procedimento.

Per altro verso la previsione (artt. 5 e 17 d.d.l.) della notificazione della sentenza e dell'atto di impugnazione in unica copia, anche nel caso di più parti rappresentate dal medesimo difensore, integra un meccanismo idoneo ad alleggerire il carico di lavoro degli uffici notifiche, oltre che degli avvocati, con non secondari riflessi sullo svolgimento del lavoro ordinario.

Costituzione in giudizio. L'art. 4, primo comma, definitivamente legittimando una prassi in uso presso molti uffici giudiziari, consente ai difensori di regolamentare meglio i tempi degli adempimenti, ammettendo l'iscrizione a ruolo della causa anche prima che sia stato restituito l'originale con la relata di notifica.

A qualche inconveniente potrà dar luogo la modifica suddetta nell'ipotesi di pluralità di soggetti convenuti, disciplinata all'art. 165 c. II c.p.c. (art. 4 c. II d.d.l.): la previsione del decorso del termine per la costituzione dalla data dell'ultima notificazione, valutata congiuntamente alla possibilità di costituzione in giudizio dell'attore con il deposito della sola c.d. velina (priva ovviamente di ogni riferimento temporale al momento della notifica), introduce elementi di incertezza, fino al momento dell'udienza, circa la validità di quella costituzione, giacché ciascun convenuto conosce la data in cui egli ha ricevuto la notifica dell'atto, e non anche le diverse date di notifica agli altri soggetti convenuti.

Intimazione a testi. Con gli artt. 13, 14 e 15 del d.d.l. analogamente a quanto già avviene per la notificazione di determinati atti processuali, ai sensi della L.n.53 del 1994, viene attribuita al difensore la facoltà di procedere, direttamente e con modalità di comunicazione più semplici rispetto alla notificazione, all'intimazione dei testi a comparire. L'innovazione sortirà sicuramente effetti positivi sui carichi di lavoro degli ufficiali giudiziari e sulla tempestività degli adempimenti, con oggettivi riflessi sui tempi del processo.

In proposito, anche in considerazione degli effetti che l'art.15 fa discendere dalla mancata comparizione del teste, potrebbe essere opportuno prevedere, come nella L. 21 gennaio 1994 n.53, che il difensore, già evidentemente munito di procura alle liti, sia altresì autorizzato al compimento di tale attività dal Consiglio dell'ordine cui è iscritto e che trovi applicazione l'art. 6 della L. 53/94 che dispone : "1. L'avvocato [o il procuratore legale], che compila la relazione di cui all'articolo 3 o le annotazioni di cui all'articolo 5, è considerato pubblico ufficiale ad ogni effetto./2. Il compimento di irregolarità o abusi nell'esercizio delle facoltà previste dalla presente legge costituisce grave illecito disciplinare, indipendentemente dalla responsabilità prevista da altre norme".

d) Forme di intervento direttamente sul processo di cognizione.

In tale categoria può inquadarsi una serie di interventi sull'attuale tessuto normativo della cognizione, contenuti negli artt 6-7, 8-9,10-11-12, il cui esame nella complessiva cornice dell'attuale struttura del processo civile, induce ad una riflessione più articolata che sarà esposta nel successivo §3 . Può comunque sin d'ora osservarsi come tali interventi si sviluppino essenzialmente in due direzioni: da un lato, rafforzando le forme anticipate di decisioni della controversia o di capi della domanda, diverse dall'accertamento idoneo a diventare giudicato e, dall'altro, introducendo meccanismi di flessibilità tra le diverse fasi del giudizio, idonei ad adeguare il corso del singolo processo alle esigenze del caso concreto.

e) Norme di intervento sul processo esecutivo, volte anche a migliorare i risultati della procedura.

Rispetto alle norme dedicate al processo di cognizione, le disposizioni che incidono sul processo di esecuzione, dall'art. 21 fino all'art. 40, rispondono ad una più complessiva revisione dell'attuale struttura processuale in materia, che tende da un lato ad elidere meccanismi farraginosi che si prestano ad un uso strumentale in grado nei fatti di bloccare l'esecuzione, dall'altro a favorire i creditori muniti di titolo esecutivo, anche nella convinzione che l'attuale struttura economica e sociale del paese renda residuali le ipotesi di crediti non suffragati da titolo. Di tale tema si tratterà nel successivo §4.

f) Norme di intervento sui processi sommari al fine di favorire una tutela anticipatoria.

Rientrano in questo contesto non solo le minime disposizioni comuni ai procedimenti cautelari e e le più consistenti riservate al provvedimento ex art.700 c.p.c., (artt. 45, 46 e 47 d.d.l.) ma anche le norme in tema di procedimento monitorio (artt. 41, 42, 43 e 44) e di procedimento possessorio (art. 48). Anche in questo caso le disposizioni del d.d.l. non si limitano a piccoli interventi correttivi ma delineano un nuovo modo di intendere la tutela d'urgenza, imperniato sulla eliminazione del vincolo della strumentalità rispetto al procedimento di cognizione piena, e per ciò stesso orientato ad assicurare forme di tutela più rapide, le quali, anche se non definitive, siano tendenzialmente stabili così da prevenire la successiva, più lunga ed impegnativa fase della cognizione ordinaria.

Anche di questo tema si tratterà più approfonditamente nel successivo §4.

§3-Le modifiche al processo di cognizione

a) Il giudizio di primo grado.

Dopo l'acquisto di efficacia delle disposizioni introdotte dalla L. 353/90, come modificate, e ancor più a seguito delle profonde innovazioni ordinamentali e processuali di cui al d.lgs 51/98 e successive modifiche, si è avvertita una duplice esigenza: da un lato, di promuovere un sistema di riforme anche per quei settori del processo civile non toccati dalla novella del 1990; dall'altro, di affinare le modifiche già apportate al processo civile in ragione di quelle dis-funzionalità che gli operatori del diritto hanno colto nella quotidiana applicazione delle nuove norme.

Il disegno di legge in esame limitandosi, rispetto al processo civile ordinario di cognizione, a pochi, anche se significativi interventi, sembra a primo esame inscrivere in questa seconda linea di tendenza.

A ben vedere, una lettura più meditata pone in luce come la duplice esigenza di eliminare alcuni snodi farraginosi oggettivamente presenti nel meccanismo processuale vigente e di ricercare forme snelle di definizione del giudizio in modo diverso dall'accertamento idoneo a passare in giudicato, trovi nel d.d.l. in esame risposta in modifiche che pur non volendo sconfessare espressamente l'impianto attuale del codice, di fatto, rischiano di incrinare la base logica complessiva. Di talché, se non può non darsi un giudizio positivo in ordine a quelle disposizioni che inequivocabilmente tendono ad un processo di durata ragionevole, occorre segnalare: per un verso, la necessità di una revisione complessiva del nostro sistema processuale civile ordinario, anche al fine di garantire la razionalità dell'intero impianto, della qual cosa del resto sembra ben consapevole lo stesso Ministero della Giustizia che ha costituito all'uopo un'apposita Commissione di studio volta ad operare in una visione di più ampio respiro e in un contesto non "emergenziale"; e per altro verso che gli effetti delle norme di modifica proposte, poste come sono fuori da un chiaro contesto di più complessiva riforma, possono per ciò solo risultare non compiutamente valutabili.

In effetti già con le modifiche di cui ai dd.ll. n. 571/94 e n. 432/95, come convertiti, risultano introdotti nel processo degli elementi di contrasto con l'impianto della novella del 1990, caratterizzata da un procedimento governato dal giudice e in cui le attività delle parti erano scandite da rigorose decadenze e preclusioni: per attenuare le conseguenze del nuovo sistema costruito dal legislatore si sono così previsti dei correttivi che hanno ampliato e aumentato le fasi processuali, diminuendo in parte l'operatività di decadenze e preclusioni, ma si è finito col creare tuttavia dei possibili momenti di impasse nello svolgimento del processo.

L'attuale d.d.l. tende ad un recupero di efficienza introducendo, di fatto, un concetto di "flessibilità" che lascia non più solo al giudice ma anche alle parti la possibilità di incidere concretamente sull'ordine di successione delle fasi processuali e prevedendo altresì la possibilità di massima compressione delle stesse.

Così facendo il d.d.l. sembra presupporre pertanto una valutazione critica del sistema delle decadenze e preclusioni originariamente adottato, ed orientarsi verso una riduzione dei poteri di controllo ed impulso del giudice, delineando quindi, sia pure sommariamente, un diverso ruolo rispetto a quello attuale e del giudice e delle parti nel processo di cognizione.

Con ciò non si intende dare un giudizio di valore quanto porre in luce come solo l'inserimento delle norme, in un espresso contesto "di sistema" avrebbe potuto consentire un giudizio completo, su una riforma la cui pur meritevole lettura nell'ottica dell'efficienza, da sola sembra comunque riduttiva.

Il cuore delle novità per il giudizio di cognizione è rappresentato dagli artt. 6,7,10,11,12. Una riflessione a sé meritano gli artt.8 e 9, mentre sugli artt. 13,14 e 15, ci si è già soffermati in precedenza.

Gli artt. 6 e 7 modificano gli artt.180 e 184 c.p.c. e toccano quindi la prima udienza di comparizione: viene così eliminata la rigida scansione oggi prevista (udienza di prima comparizione, udienza di trattazione, udienza istruttoria), e si consente una maggiore elasticità nella conduzione del processo idonea ad adeguarlo, di volta in volta, alle necessità effettive delle singole controversie, prevedendo di regola l'ammissione della prova alla udienza di trattazione.

Ciò è sicuramente positivo e coerente con l'insegnamento della Corte Costituzionale che, con sentenza 28.7.2000 n. 401, ha rilevato come non esista un principio costituzionale di necessaria uniformità di regolamentazione tra diversi tipi di processo, ferma l'intrinseca ragionevolezza della disciplina di ognuno, mentre

già con decisione 15.10.1999 n.387 aveva affermato come le soluzioni per garantire un giusto processo non debbano seguire linee direttive necessariamente identiche.

D'altronde la non indispensabilità di una rigida scansione delle varie fasi iniziali del processo trova argomenti già nella normativa vigente ad esempio:

- nell'art.320 c.p.c., per il giudizio dinanzi al g.d.p.,
- nell'art. 350 c.p.c. per il giudizio di appello;
- nei giudizi che iniziano con ricorso.

Certo legittimo è il dubbio se sia corretto che il giudice esperisca il tentativo di conciliazione prima che il thema decidendum sia definito, o meglio se sia corretto continuare a formalizzare il tentativo di conciliazione, che comunque può essere sempre esperito in corso di causa, quando ancora le parti, per effetto delle modifiche, non abbiano ancora articolato in modo più compiuto anche se non definitivo le loro difese.

Perplexità suscita la previsione che il giudice sia tenuto necessariamente a differire l'udienza di trattazione ad istanza anche di una sola delle parti quantunque non ne ravvisi l'esigenza, giacché tale previsione è in contrasto con la tendenza introdotta proprio con il ddl in esame alla concentrazione in unica fase delle udienze di prima comparazione e trattazione: più opportuno sarebbe forse stabilire che, in quel caso, il giudice "può fissare" altra udienza.

Non condivisibili appaiono le riforme introdotte dagli artt.10, 11 e 12 del d.d.l., le quali, oltre al già denunciato rischio di comprimere eccessivamente i poteri del giudice, non introducendo meccanismi di effettiva accelerazione, possono dar luogo addirittura a ulteriori situazioni di ingiustificato rallentamento dei tempi di decisione della lite.

L'art.10, modificando l'art.187 c.p.c., sancisce l'obbligo di rimettere al collegio (ma anche – per effetto del richiamo operato dall'art. 281 bis c.p.c. - di riservare in decisione da parte del giudice monocratico) la definizione di questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito, qualora vi sia richiesta concorde di tutte le parti. E' evidente che l'assenza in questa fase del processo, di una discrezionalità del giudice, collegata all'esercizio di un potere valutativo in ordine alla fondatezza della questione sollevata, può far sì che quest'ultimo sia costretto a pronunciarsi, con ben comprensibili effetti sui tempi di definizione della lite, anche su questioni "prima facie" infondate, con effetti palesemente contrastanti con i principi sanciti dall'art.111 Cost.

La modifica, poi, ancor più per effetto di quanto previsto all'art 11, incide pregiudizievolemente, ai fini di una razionale organizzazione del lavoro, sulla c.d. agenda del giudice. Ed infatti la data dell'udienza di precisazione delle conclusioni, da cui decorrono i termini per il deposito delle comparse conclusionali e repliche e per il successivo deposito della sentenza è rimessa alle parti.

Occorre, peraltro, registrare che alcuni componenti esprimono un giudizio positivo sulla proposta di riforma dell'art. 187 c.p.c. in quanto da tempo e da più parti si è rilevato come il potere discrezionale affidato al giudice da tale norma appaia troppo ampio laddove la decisione di accantonare la questione pregiudiziale o preliminare per la sua definizione unitamente al merito sia il frutto di un provvedimento del tutto immotivato, magari conseguente ad una frettolosa lettura degli atti, e non aggredibile, nell'attuale contesto normativo, ad opera della parte che abbia sollevato fondatamente la questione, per l'inesistenza di rimedi processuali. Non sottacendosi poi che nelle controversie a decisione collegiale, il provvedimento del giudice istruttore di non decidere immediatamente una di tali questioni preclude alla parte – anche per lungo tempo attesa l'attuale durata media dei procedimenti civili – di accedere al suo giudice naturale (il collegio) dal quale ha diritto di avere una tempestiva pronuncia sull'eccezione sollevata.

La proposta di legge cercherebbe dunque opportunamente di porre un rimedio introducendo l'ipotesi della decisione immediata nel caso in cui tutte le parti concordemente lo richiedono, vale a dire in situazioni statisticamente non certo frequenti e coinvolgenti certamente questioni serie e non infondate "prima facie", se sono tutti i litiganti a convenire su tale sbocco processuale immediato. Le ragioni a favore dell'innovazione proposta sembrerebbero dunque prevalere.

In ogni caso, infine, l'introduzione del rimedio de quo imporrebbe un coordinamento con (se non una incisiva modificazione) la disciplina dei procedimenti relativi al regolamento di giurisdizione e di competenza che continuano ad operare come "processi nel processo" con evidenti ricadute negative sulla ragionevole durata del medesimo.

La finalità di tempi più stretti per la decisione delle controversie è, infine, contraddetta dall'art.12 che prevede la possibilità di prorogare di 60 e 20 giorni il termine per il deposito delle comparse conclusionali e di replica.

Quanto agli artt. 8 e 9 del d.d.l., essi presentano due oggetti ben delimitati: il primo, nel tentativo pur sempre apprezzabile di eliminare incertezze sulla disciplina dell'ordinanza-ingiunzione ex art. 186 ter c.p.c. espressamente la modella in maniera più che esauriente su quanto previsto in tema di decreto ingiuntivo; al riguardo unicamente è da segnalarsi l'opportunità di un coordinamento del nuovo testo previsto all'art. 186 ter c. IV c.p.c. con il potere immanente di revoca o di modifica da parte del giudice previsto al precedente comma III.

L'art. 9 d.d.l. invece, in tema di ordinanza successiva alla chiusura dell'istruttoria (art. 186 quater c.p.c., analogamente a quanto si vedrà esser previsto per il procedimento monitorio e per i provvedimenti ex art.700

c.p.c., fa carico alla parte per cd. soccombente, di attivarsi per la prosecuzione del giudizio di piena cognizione, contemplando in caso contrario la stabilità del provvedimento anticipatorio emesso dal giudice.

In proposito, ferma restando la valutazione positiva dello spirito che anima queste modifiche, le quali sicuramente non presentano controindicazioni e anzi qualche effetto positivo potranno anche sortire, sarà bene però non attendersi su questo versante riflessi pratici particolarmente apprezzabili; e ciò tanto più se si tien conto di come l'ordinanza ex art. 186 quater c.p.c. abbia già perso gran parte della sua incisività a seguito della prevalente monocratizzazione del giudizio di cognizione di primo grado.

Sicuramente effetti maggiori si sarebbero potuti ottenere se si fosse trasformata l'ordinanza in questione in un vero e proprio *référé-provision*, prevedendosene l'adozione anche fuori dal giudizio di merito e, nell'ambito di questo, anche prima della chiusura dell'istruttoria, nonché eliminandosi ogni limitazione relativa alla tipologia di pronunce ammissibili nell'indicata forma.

Da ultimo è questa forse la sede più opportuna per rilevare che non si comprende per quale motivo, volendosi ridurre i tempi del processo civile, non si sia drasticamente intervenuti per ridurre, ad es. a sei mesi, il termine "lungo" di un anno per appellare la sentenza di I grado non notificata alla parte, con conseguente modifica dell'art. 327 c.p.c. applicabile ad ogni altra impugnazione ivi prevista.

b) Disposizioni sul giudizio di appello e dinanzi alla Corte di Cassazione.

L'art. 16 d.d.l., nel modificare l'art. 283 c.p.c. in tema di potere d'inibitoria del giudice d'appello, prevede una maggiore elasticità (potendosi adottare la misura non solo più in presenza di gravi motivi, ma per danno gravissimo o fondati motivi) e la possibilità di cauzione. A questo riguardo non può non osservarsi come la disposizione fissa un nuovo equilibrio tra effettività, sia pure provvisoria, delle pronunce giurisdizionali e tutela del soccombente in primo grado, introducendo non solo un rafforzamento del concetto di "periculum" ma, con il richiamo di "fondati motivi" elementi per cd. di *fumus boni iuris*. Al fine di prevenire il rischio di decisioni troppo "impegnative" sulla fondatezza nel merito dell'impugnazione - suscettibili di creare situazioni di incompatibilità del giudice e quindi di intralcio ad una celere amministrazione della giustizia – opportuno sarebbe integrare la disposizione agganciando espressamente la pronuncia del giudice ad giudizio di verosimiglianza allo stato degli atti.

Altrettanto opportuno sarebbe stato prevedere la possibilità di richiedere la sospensione anche con autonoma istanza a parte, e non necessariamente con l'atto di impugnazione.

Per il giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, va ricordato come l'art.20 d.d.l. preveda la scissione tra dispositivo e motivazione e la preventiva pubblicazione del primo entro il termine di 30 giorni prorogabile per ulteriori 30 giorni.

La disposizione andrebbe meglio articolata con un espresso chiarimento sugli effetti ed il valore del dispositivo a secondo dei diversi tipi di pronuncia (cassazione con o senza rinvio) e sul rapporto tra pubblicazione del dispositivo e pubblicazione della sentenza.

Non sarà comunque inutile ribadire che la riforma del sistema delle impugnazioni, volta a far sì che l'appello diventi un filtro effettivo rispetto al giudizio di cassazione, costituisce uno dei punti nevralgici degli interventi necessari sulla disciplina del processo.

§4-Le modifiche al processo di esecuzione e ai procedimenti sommari

Del ddl governativo recante "Modifiche urgenti al codice di procedura civile" attengono al processo di esecuzione forzata gli artt.21-40, al procedimento cautelare gli artt. 45-48.

Intendimento dichiarato dei primi è di:

a) limitare l'intervento ai soli creditori pre-muniti di titolo esecutivo; b) introdurre in ogni forma espropriativa l'istituto della estensione del pignoramento; c) commisurare gli effetti del pignoramento presso terzi esattamente al credito per cui lo stesso viene attuato; d) rendere più agevole e proficua la vendita gestita direttamente dal giudice; e) ampliare il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi anche per le contestazioni derivanti dalla distribuzione del ricavato, innalzandone - in generale - il termine di proponibilità; f) definire il momento iniziale dell'esecuzione per rilascio di immobili; g) conferire al giudice dell'opposizione al precetto il potere di sospendere l'efficacia del titolo ovvero dell'esecuzione già iniziata.

Mediante gli interventi proposti sulla disciplina dei provvedimenti cautelari si intende:

aa) rendere eventuale e non necessaria la fase di merito successiva al rilascio del provvedimento d'urgenza ante causam, consentendo peraltro, nel caso di mancato inizio del giudizio di merito, la revocabilità e modificabilità del provvedimento d'urgenza da parte del giudice che l'ha emesso, allorché si verificano mutamenti delle circostanze; bb) assicurare che la fase di merito successiva si svolga – comunque - dopo la definizione, anche in sede di reclamo, della vicenda cautelare; cc) conformare al principio di non necessarietà della fase di merito il procedimento possessorio.

L'azione di riforma si ispira, anche nei settori qui direttamente considerati, ad un criterio di intervento minimalista e si volge alla ricerca di un denominatore comune per l'appunto minimo tra le diverse tensioni ed

ideologie che attraversano la materia processuale: il che ha indotto a non affrontare alcuni dei temi fortemente innovativi che il CSM ha esposto nella Relazione al Parlamento deliberata il 2 ottobre 2001 ritenendoli bisognosi di ulteriore approfondimento e consenso: si pensi, soltanto per l'esecuzione forzata, al dibattito inerente l'affermazione piena della regola di ostensibilità del patrimonio del debitore e alle tecniche di attuazione indiretta dei provvedimenti del giudice che pure sarebbe stato possibile *ratione materiae* disciplinare già nel quadro del ddl in esame.

Sarebbe, pertanto, grave errore commisurare (per poi rilevarne in limine l'insufficienza) le "modifiche urgenti" (in confronto) alla gravità e risalenza dei problemi endemici dell'amministrazione della giustizia, specialmente sul versante dell'effettività della tutela giurisdizionale che il processo esecutivo e cautelare massimamente sono destinati a garantire: esse costituiscono soltanto un primo sasso in una situazione stagnante nell'auspicio che l'abbrivio favorisca l'avvento di più radicali innovazioni.

a) Processo di esecuzione.

Molte delle iniziative riformatrici che si rinvergono nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 21 dicembre 2001 hanno ascendenze remote e si giovano di supporti scientifici o giurisprudenziali non secondari.

Può, in proposito, farsi menzione dell'"attribuzione del potere di sospendere l'efficacia del titolo esecutivo, con o senza cauzione, sia al giudice dell'opposizione al precetto sia al giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo stragiudiziale"; della "limitazione del potere di intervento [...] ai creditori muniti di titolo esecutivo"; della "estensione a tutte le forme di espropriazione del potere del creditore pignorante di indicare agli intervenuti altro bene utilmente pignorabile, quali misure - tutte - già auspiccate nei lavori della Commissione istituita per d.m. 1E dicembre 1994, sotto la presidenza di G. Tarzia.

Alcune iniziative, viceversa, appaiono indotte dallo sviluppo giurisprudenziale che, in difetto di un chiaro quadro normativo, ha portato ad un insostenibile diritto vivente: è esemplare la vicenda relativa agli effetti assolutamente eccessivi che il pignoramento del credito del debitore esecutato può produrre nella sfera patrimoniale di costui e ben oltre la necessità di soddisfazione legittima del pignorante (art.546 c.p.c.), ovvero, e stavolta con danno speculare del creditore, gli effetti di indebita dilazione del momento di liquidazione del bene pignorato che una non nitida disposizione favorisce, consentendo la presentazione di domande di conversione anche dopo l'atto che dispone la vendita (art.495 c.p.c.).

Infine, la disciplina proposta rappresenta talvolta l'adeguamento sistematico di soluzioni che, per vie indirette ma imposte dal silenzio del legislatore, si sono affermate in relazione ad esigenze di tutela insopprimibili (eppure assicurabili entro quegli spazi di vasta discrezionalità legislativa che neppure la stessa Corte costituzionale può sindacare, v. sent. 19 marzo 1996, n.81): basti considerare l'uso - ormai invalso - delle forme della tutela d'urgenza per fini di arresto dell'esecuzione minacciata da precetto (Cass. 23 febbraio 2000, n.2051; Cass. 8 febbraio 2000, n.1372).

Sulla scorta di tutte le superiori considerazioni, meritano pieno consenso quelle norme del ddl che a tali considerazioni si ricollegano, non senza qualche avvertenza.

L'art. 22 in tema di conversione del pignoramento, opportunamente rivolto ad evitare abusi da parte del debitore esecutato sembrerebbe, proprio al fine di sortire l'effetto auspicato, richiedere una ulteriore precisazione onde chiarire se con l'espressione "prima che sia disposta la vendita o l'assegnazione" si sia inteso introdurre un mero limite temporale oppure una vera e propria preclusione alla reiterazione dell'istanza.

L'art. 23, modificando l'art. 499 c.p.c., riduce la legittimazione ad intervenire, escludendo dal concorso esecutivo i soggetti muniti di un credito non integrante (ancora) titolo esecutivo. Tale norma produrrà sicuramente una accelerazione dei tempi della procedura esecutiva, favorendo anche un più agevole ricorso all'istituto della conversione, ma appare destinata a suscitare forti perplessità.

Potrebbe osservarsi, infatti, come essa rischi - se rimane fermo l'attuale elenco delle fonti di produzione dei titoli esecutivi - di generare un effetto inflattivo del processo di cognizione (quale mezzo elettivo per colui che insegue la formazione di un titolo esecutivo) e di ostacolare la propensione a transigere certamente agevolata dall'insinuazione *sine titulo*. Si vuol dire che, agendo esclusivamente su alcune delle leve che muovono il processo, è inevitabile che un'azione di rapido svuotamento di un vaso riesca compensata dall'altrettanto rapido riempimento di un vaso comunicante. Al riguardo può considerarsi come l'agevolato accesso a forme di tutela anticipata promosso dal ddl in esame possa in una certa misura ovviare al rischio predetto.

Ancora, sembra preoccupare l'incidenza negativa che la modifica di cui all'art. 23 suddetto potrebbe esercitare sulla posizione dei creditori privilegiati o ipotecari sotto il profilo della prevalenza che l'aspetto processuale della tutela finirebbe con l'aver su quello sostanziale.

Va considerato, tuttavia, che di fatto sarà ben raro il caso del creditore ipotecario sfornito di titolo esecutivo il quale assai spesso integra il presupposto stesso della garanzia reale.

Altro aspetto problematico della proposta normativa sta nel carattere di disposizione volta a favorire quei soggetti, istituzionalmente creditori, a vantaggio dei quali la legge vigente più rapidamente lascia conseguire l'acquisizione del titolo esecutivo; da ciò consegue pure che la eliminazione della simultaneità del concorso dei creditori sul patrimonio del comune debitore possa indurre sensibili alterazioni della par condicio sostanziale, sia

pure entro margini che non paiono offrire spazio a dubbi di legittimità costituzionale.

L'art. 24 in tema di risoluzione delle controversie insorte in sede di distribuzione, nel prevedere l'applicabilità della procedura ex art. 617 (opposizione agli atti esecutivi), certamente favorisce la rapidità della decisione ma sacrifica un grado di giudizio e pone quindi qualche perplessità di ordine costituzionale perché assoggetta ad un diverso regime delle impugnazioni una medesima controversia a seconda della sede processuale in cui essa si incardina.

L'art.30 modifica in parte l'art.560 c.p.c., prevedendo espressamente che l'ordinanza di liberazione dell'immobile, nelle more della procedura esecutiva, intervenga anche prima del decreto di trasferimento.

L'innovazione merita di essere condivisa. Nel medesimo senso, al fine di garantire snellimento ed efficacia alle procedure esecutive, secondo schemi la cui positività è stata dimostrata dalle esperienze effettuate in concreto, sarebbe opportuno:

- prevedere la possibilità della nomina di custode giudiziario fin dal momento in cui è disposta la vendita degli immobili, onde favorire correttezza e trasparenza delle operazioni nei confronti di tutti i potenziali acquirenti;
- intervenire sul disposto degli artt. 574, 585 e 586 c.p.c. prevedendo che l'integrale versamento del prezzo di aggiudicazione possa avvenire entro un breve termine dall'emissione del decreto di trasferimento onde consentire alla più vasta platea dei potenziali acquirenti il ricorso al credito bancario mediante accensione di ipoteca sui beni;
- prevedere la delegabilità ai notai anche delle vendite senza incanto.

La tendenziale condivisione degli intendimenti di riforma sarebbe probabilmente destinata a rafforzarsi se nel testo, conservandone lo spirito, si lasciassero confluire ulteriori razionalizzazioni che la prassi largamente reclama.

A titolo d'esempio, può segnalarsi, sempre in tema di esecuzione forzata, la enorme difficoltà, subito insorta, di assicurare la corretta interpretazione dell'art. 490 c.p.c., il cui terzo comma - per effetto della modifica apportata per legge 28 dicembre 2001, n.448, art. 52, comma 76 - stabilisce: "Il giudice dispone inoltre che l'avviso sia inserito una o più volte sui quotidiani di informazione locali aventi maggiore diffusione nella zona interessata o, quando opportuno, sui quotidiani di informazione nazionale e, quando occorre, che sia divulgato con le forme della pubblicità commerciale. la divulgazione degli avvisi con altri mezzi diversi dai quotidiani di informazione deve intendersi complementare e non alternativa".

Mentre si attende il completamento della procedura di individuazione del sostituto - telematico o elettronico - del FAL, avviata dall' art. 31, comma 4, legge 24 novembre 2000, n. 340, sembrerebbe essere così tornata in auge la carta stampata, seppure in modo enigmatico. Difatti, non può, in via pregiudiziale, escludersi che i quotidiani di informazione locale a diffusione maggiore siano quelli di informazione specialistica (del tipo degli specializzati in annunci di aste); nè che a diffusione locale debbano reputarsi i quotidiani iscritti nel Registro della stampa dello stesso circondario del giudice dell'esecuzione. Come calcolare, infine, la maggiore diffusione? E, in considerazione del fatto che la legge 7 marzo 2001, n. 62 definisce il prodotto editoriale comprendendovi anche il mezzo informatico, è possibile includere anche quest'ultimo nell'ambito applicativo della nuova disposizione?

Sarebbe bene prevenire, operando allora in sede legislativa, le divergenze già insorte nelle prassi locali. Ciò non vuol dire che tutto debba sempre trovare ingresso nella normativa primaria cui - per Costituzione (art.111 cpv.) - è affidata la disciplina processuale, ma, semplicemente, che la legge deve sempre farsi carico di evitare che la pragmatica (ed insopprimibile) integrazione delle eventuali lacune normative generi incertezze e disparità di trattamento.

Sulla linea di questi interventi additivi, il CSM ritiene di poter proporre una serie ulteriore di suggerimenti. Si considerino le difficoltà che derivano dall'art. 147 legge 23 dicembre 200, n.388 (trattasi ancora della legge finanziaria usata quale veicolo per manovre incidenti sul processo esecutivo), che ha portato da sessanta a centoventi i giorni dalla notificazione del titolo esecutivo entro i quali le Amministrazioni completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva. Il nuovo termine 'di grazia', in quanto maggiore di quello di efficacia del precetto, pone un problema - prima inesistente - di coordinamento con gli artt. 479 e 481 c.p.c.

Infine, brevi notazioni concernenti le tecniche redazionali meriterebbero alcune discipline particolari. Valgano qui, per tutte, le considerazioni che militano per l'opportunità di contemplare la notifica al debitore esecutato dell'atto di intervento del creditore, e di assicurare, a determinate condizioni, la possibile coincidenza di incombeni (oggi necessariamente) successivi, in modo che nello stesso giorno fissato per la vendita, in caso di mancanza di offerte, si possa tenere anche l'udienza ex art. 590 c.p.c., come in alcuni uffici viene già reso possibile.

b) Procedimenti sommari.

La riforma interviene a modificare il procedimento per decreto ingiuntivo, i procedimenti cautelari e il giudizio possessorio.

Sul primo versante può esprimersi pieno consenso con l'unico suggerimento di ampliare la riforma alla previsione degli effetti della revoca parziale del decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo.

Per ciò che concerne i procedimenti cautelari in genere le novità sono minime e comunque condivisibili salvo quanto può osservarsi con riferimento alla previsione dell'art. 46: far decorrere il termine per reclamare dalla comunicazione anziché dalla notifica del provvedimento è rischioso e non solo ribalta le conclusioni cui sono faticosamente pervenute le S.U. della Cassazione ma non tiene conto delle ragioni di certezza che da sempre militano per l'opposta soluzione. Sotto altro profilo, poi, incongruo appare il raddoppio dei termini dei termini di cui all'art. 669 octies c.p.c. in un contesto di misure destinate, al contrario, a ridurre e accelerare i tempi del processo.

Di più grande valore sistematico appaiono, di contro, le riforme ipotizzate con riferimento ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che prendono a modello l'istituto del *référé* la cui introduzione il CSM, con la menzionata Relazione al Parlamento, aveva già auspicato peraltro in una più ampia dimensione e quindi ben al di là della portata dell'odierna azione riformatrice.

Nella stesura normativa che si prende in esame, l'esperienza francese viene presa a modello attraverso la previsione di mera facoltatività della domanda di merito successiva al rilascio di un provvedimento d'urgenza ante causam, non predestinandolo, così, all'inefficacia in ipotesi di inerzia della parte nella coltivazione del giudizio a cognizione piena.

Occorre svolgere alcune essenziali riflessioni sull'innesto nel tessuto giuridico ed economico di questa nuova forma di tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

In primo luogo, in termini di analisi economica del diritto, non v'è dubbio che l'impegno di spesa processuale può essere ragionevolmente ridotto, rispetto a quanto avviene attualmente, da parte di colui che suppone bastevole l'intervento cautelare non seguito necessariamente dalla fase a cognizione piena (che, in questa nuova prospettiva, può essere fonte di esborsi inutili), nella misura in cui i gradi di merito siano funzionali esclusivamente all'ottenimento di quel bene della vita (a *sè stante*) che è la cosa giudicata (specie se coincidente con una qualità ulteriore del medesimo effetto già prodotto dal provvedimento d'urgenza). Posta così, non è dubbio che si tratta di tecnica di tutela che avvantaggia la parte debole del rapporto fattosi litigioso perché agevola sia l'accesso alla giustizia decrementando lo stanziamento finanziario indispensabile (se non altro in sede di anticipazione) sia le chances di soluzione transattiva (munendo la parte debole di un'arma in più al tavolo delle trattative). Non solo: poiché la tutela d'urgenza generalmente assicura forme di reintegrazione specifica della situazione violata, e non per equivalente, lo strumento vede accrescere esponenzialmente la propria capacità di riequilibrare i rapporti in favore della parte contrattualmente dotata di minori capacità di resistenza.

I dati più salienti possono così sintetizzarsi: abbattimento dei costi di giustizia, incremento del potere contrattuale della parte debole, somministrazione di una tutela per così dire itinerante in grado di accompagnare rapporti muniti di un forte dinamismo ma anche spostamento dell'accento verso una funzione lato *sensu conciliativa*. Un aspetto, quest'ultimo, già ampiamente sperimentato nella prassi delle misure cautelari in tema di concorrenza - ove è particolarmente elevato il tasso di acquiescenza e minimo il numero di giudizi che approdano al merito - e che avvicina il processo cautelare in quel settore alle forme di *moral suasion* tipiche dell'operare delle authorities.

Ora, questi dati, se sono premessa di una valutazione tendenzialmente favorevole dell'iniziativa volta a recidere il nesso di rigida strumentalità tra procedimento cautelare e giudizio di merito, non possono andare disgiunti dalla diversa considerazione circa la specifica "utilità marginale" che la cosa giudicata, di volta in volta, è idonea a rappresentare. Si vuol dire che, nelle evenienze in cui la stabilità del giudicato assume un valore non soggetto a rapida erosione da parte di agenti economici e sociali, i vantaggi descritti possono non costituire una ragione sufficiente per stabilizzare gli effetti del provvedimento d'urgenza se questo si converte nell'aggravio dei costi collaterali che la permanente incertezza della situazione giuridica può suscitare (anche dal punto di vista della conflittualità residua tra i singoli). Dunque, mentre la soluzione appare particolarmente idonea all'interno di rapporti privati (obbligatori) caratterizzati da dinamiche frequenti ed entro le quali intervengono variabili non completamente dominate dagli antagonisti (per esempio: inibitoria relativa a vendita stimabile come "sottocosto" in relazione a parametri suscettibili di modifica per effetto di indici come quelli Opec che prescindono dalla volontà delle parti in lite), non altrettanto si può ripetere per taluni diritti assoluti a carattere personalissimo (p. es. *privacy*) od ancora per quei rapporti privati connotati di realtà entro i quali la staticità della situazione che assurge ad oggetto di controversia postula una decisione in grado di sedare definitivamente la contesa per accelerare la riconquista del massimo pregio economico del bene anche in funzione della sua circolazione e fruttuosità (per esempio: inibitoria relativa all'adibizione del fondo confinante a luogo di stoccaggio di rifiuti).

Volendo sintetizzare, può affermarsi che, nel primo caso, il giudicato in senso forte rischia, tanto per l'iter precedente il conseguimento che per la fase seguente la sua formazione, di diventare un fattore di turbativa dell'ordinato incedere del mercato (indotto a riposizionare le proprie variabili all'esito di una cristallizzazione esogena, della creazione di rigidità dannose ed innaturali per l'economia, che queste mal sopporta); nel secondo caso, viceversa, il giudicato è un valore insurrogabile e di cui il mercato stesso non può fare a meno.

A voler adottare una diversa tassonomia, la *summa divisio* può farsi tra diritti che rilevano di per sé, e diritti che si ricollegano a status: all'interno di questi secondi, l'intervento del giudice è più spesso orientato a garantire lo svolgimento ovvero la reintegrazione secondo criteri di funzionalizzazione della posizione individuale (la gestione

della crisi familiare, della crisi di cooperazione imprenditoriale, della crisi condominiale et similia), e la "leggerezza" del provvedimento giudiziario (quasi antitetica al giudicato ed in prospettiva compositiva) può essere essa stessa funzionale ad assicurare il ristabilimento prevalentemente autonomo della fisiologia del rapporto (unica garanzia della sua futura stabilità). Viceversa, all' interno dei diritti che rilevano di per sè è più spesso il ristabilimento eteronomo, giudiziale, a provocare l'ottenimento della piena godibilità del bene che ad una parte è stata tolta dalla condotta altrui con conseguente riespansione della "naturale" tendenza della giurisdizione a garantire la certezza dei rapporti e quindi a produrre il giudicato.

Nella proposta normativa il modello di collegamento tra fase cautelare e di merito non sostituisce quello ordinario, ispirato al principio di rigida strumentalità del provvedimento sommario al successivo giudizio a cognizione piena; piuttosto, vi si aggiunge.

La prospettiva culturale in cui tale collegamento si iscrive mira però a valorizzare il potere dispositivo delle parti circa l'utilità di far seguire al cautelare anche il merito al fine precipuo di ottenere un giudicato vero e proprio: una prospettiva, questa, che trova motivi di condivisione soprattutto in chi ritiene impossibile costringere entro una tipizzazione legislativa le situazioni meritevoli di sfociare in un giudicato "leggero" o in uno "pesante" o troppo impegnativa l'attribuzione al giudice di poteri discrezionali al riguardo.

Non appaiono, tuttavia, degne di pregiudiziale ostilità alcune ipotizzabili alternative, pur rimaste minoritarie nell'ambito della Commissione, riguardanti il cumulo dei due modelli che, altrimenti, viene a realizzarsi.

Per esempio: che sia proprio il giudice a poter subordinare la permanenza di efficacia della misura già rilasciata al tempestivo inizio del giudizio di merito, sul modello della nota decisione in référé della Corte d'appello di Parigi riguardante la tutela della privacy nel caso Mitterand (JCP,1996,II,22632).

Si può, persino, ipotizzare una formulazione normativa che delimiti tale potere discrezionale del giudice adito con domanda cautelare ante causam (e ciò prendendo a modello l'art. 2721 cpv. c.c. in tema di limiti di valore alla ammissibilità della prova testimoniale il quale faculta l'Autorità giudiziaria a consentire la prova oltre il limite anzidetto tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza).

In tale ultima prospettiva, i provvedimenti d'urgenza e gli altri provvedimenti cautelari idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, conserverebbero efficacia se questa non viene iniziata nei termini di cui all'articolo 669-octies del codice di procedura civile e, quindi, continuerebbe a non applicarsi l'articolo 669-novies, primo comma, del codice di procedura civile, salvo che il giudice disponga altrimenti in considerazione della natura e della durata del rapporto, della qualità delle parti e di ogni altra circostanza.

Ed ancora si può prevedere: che in pendenza del giudizio di merito introdotto dalla parte che subisce attualmente gli effetti della misura cautelare (magari anche dopo aver sperimentato inutilmente il reclamo ovvero le istanze di revoca e modifica), il provvedimento, secondo un modello già noto al sistema processuale, rimanga stabile fino alla sentenza che "decide la causa" (o al decreto di accertamento di regolarità formale del lodo). Infatti, se il giudizio è d'iniziativa di chi subisce il provvedimento cautelare (ma è indubbio -nonostante l'infelice formulazione dell'articolato in parte qua: art. 45, comma 3 - che l'iniziativa rimanga sempre bilaterale), potrebbe non esservi ragione per assegnare utilità intermedie (quali la revocabilità o modificabilità della misura cautelare), quelle stesse -cioè- ottenibili prima del processo e fuori di esso. Perciò, potrebbe venir regolata la sola ipotesi di una statuizione finale incompatibile col mantenimento degli effetti prodotti dal provvedimento cautelare, da rimuovere esclusivamente in occasione della sentenza che decide la causa. Così come l'estinzione del processo (segno di accordo o di abbandono altresì della stessa pretesa di riforma del provvedimento cautelare, altrimenti ottenibile soltanto con la sentenza) potrebbe suggerire la possibilità di trasformare l'ordinanza cautelare in sentenza impugnabile, in replica parziale del modello "lessicale" dell'art.186-quater c.p.c., ma - in realtà - dell'archetipo del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

In ogni caso di "definitività" rebus sic stantibus del provvedimento che non abbia approdato al giudicato, appare opportuna l'introduzione di una formula che - almeno in negativo - ne enunci l'incapacità di fare stato; potrebbe soccorrere una formulazione concettualmente antitetica a quella dell'odierno art. 337 cpv c.p.c., per cui "l'autorità del provvedimento non è invocabile in un diverso processo".

Sotto il profilo strettamente organizzativo, le considerazioni sin qui svolte lasciano perplessi circa una eventuale nuovo riparto della competenza funzionale che reintroduca un giudice specializzato nel cautelare ante causam diverso dal giudice di merito: se, infatti, il primo corno della summa divisio prima suggerita sembra consigliare una tale specializzazione; il secondo corno milita a favore dell'unica competenza per cautelare e merito; e proprio al fine di consegnare ad unica regia lo smistamento tra i possibili percorsi delle diverse situazioni giuridiche, le quali - già per loro natura e non solo quindi per scelta delle parti - paiono propense talora ad arrestarsi al provvedimento leggero e rivedibile e talaltra protese comunque al giudicato pesante.

E' giusto dare atto della coerenza di metodo del disegno riformatore che, nella ricerca di un consenso diffuso, ha proceduto ad un mero "allentamento" della strumentalità in misura non dissimile da quanto si era affacciato de jure condendo nella precedente legislatura, secondo progetti di riforma di diversa provenienza politica: va segnalata però l'opportunità di estendere tale allentamento alla denuncia di danno temuto.

Uguali conclusioni è utile rassegnare con riguardo alla prospettata modifica delle forme di tutela del

possesso, nel recente passato poste al centro di artificiose contrapposizioni degli interpreti, veramente prive di una intelligibile valenza politica.

Non accogliendo alcuna delle posizioni radicali che il tema aveva visto formarsi attorno a sè (necessarietà del c.d. merito possessorio ovvero abolizione tout court di questa fase), la proposta governativa non si impegna in inessenziali (e obsolete) sistemazioni dogmatiche, e conforma il procedimento possessorio al venturo procedimento cautelare, conservando dunque la disciplina per relationem, ma rendendola esaustivamente specifica anche in punto di mera eventualità del c.d. merito possessorio.

Un pregevole compromesso segna anche la scelta di bilanciare le garanzie offerte in termini di rimedi, riducendo l'impugnazione contro la sentenza che definisce il merito possessorio al solo giudizio per cassazione, ma assicurando il doppio grado di merito sopra il provvedimento interdittale.

Infine, con riferimento ai procedimenti sommari in generale, va segnalata l'opportunità di prevedere l'estensione del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c a tutti i provvedimenti sommari o anticipatori non cautelari ma destinati a incidere sulla situazione sostanziale delle parti."