

Sergio Menchini

Diritto processuale civile

Volume I

Parte generale



Giappichelli

PREFAZIONE

Questo libro è il risultato di quasi quaranta anni di insegnamento di diritto processuale civile nelle università di Siena, Ferrara, Firenze e Pisa.

È dato alle stampe il primo volume, avente a oggetto la *Parte generale*; il progetto editoriale prevede la pubblicazione di un secondo volume dedicato ai riti di cognizione, ai processi sommari e alle tutele cautelari.

La decisione di pubblicare autonomamente la *Parte generale* è giustificata dalla convinzione che, tanto più nell'attuale momento storico, nel quale le regole dei processi e dei riti sono soggette alle intemperie provocate da continue riforme, la conoscenza della disciplina generale fornisca gli strumenti necessari per lo studio dei processi mediante i quali è esercitata la giurisdizione e sono attribuite (o negate) le tutele.

Questo è l'insegnamento che ho ricevuto dal mio maestro Giovanni Fabbrini, prima, nelle aule dell'Università di Pisa e, poi, nei settimanali confronti presso il dipartimento dell'Università di Firenze.

Il libro, vuoi nella impostazione vuoi nei contenuti, attinge al pensiero e ai lavori di Giovanni Fabbrini; l'auspicio è che esso sia in grado di proporre almeno alcune delle idee che sarebbero state espresse da Giovanni Fabbrini, se soltanto avesse avuto il tempo di pubblicare il lavoro al quale si stava dedicando.

La dedica è ai miei amati nipoti Alice, Andrea, Anita e Francesco (in rigoroso ordine alfabetico) e ai nipoti che, spero, ancora verranno; la loro presenza mi ha confortato e mi ha dato la convinzione di proseguire nel lavoro, nonostante i tempi, che reputo bui, della giurisdizione civile.

Un affettuoso ringraziamento va al mio allievo Alessandro Motto, con il quale mi sono costantemente confrontato e il quale, con rigore e non rifuggendo da muovere osservazioni critiche ove reputate necessarie, ha letto e riletto queste pagine.

Non posso non ringraziare mia moglie Francesca e i miei figli Antonio, Camilla e Marta per la pazienza che hanno avuto e per la disponibilità a sacrificare il tempo che avrei dovuto dedicare a loro, per consentirmi di scrivere questo libro.

Massa, novembre 2023

Parte Prima

LA GIURISDIZIONE E IL PROCESSO

Sezione I

LA GIURISDIZIONE E L'AZIONE

Capitolo Primo

LA GIURISDIZIONE CIVILE

Sommario: 1. La nozione. – 2. Le fonti. – 3. Le riforme: il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. – 4. Le norme costituzionali: il diritto al processo. – 5. Segue: il diritto al giusto ed equo processo. – 6. La giurisdizione condizionata. – 7. I modi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR). – 8. La giurisdizione volontaria.

1. La nozione

Il diritto processuale civile, da ricondurre al diritto pubblico, è l'insieme di norme, secondarie e strumentali, che disciplinano l'esercizio della giurisdizione civile; il suo scopo è di assicurare l'osservanza delle norme sostanziali di diritto privato.

Sotto l'aspetto soggettivo, è da ricondurre alla giurisdizione ogni attività attribuita dalla legge ai giudici dello Stato, individuati e organizzati sulla base di quanto stabilito dagli artt. 101 e seguenti della Costituzione e dalle norme sull'ordinamento giudiziario; dunque, da questo punto di vista, per qualificare «giurisdizionale» una funzione, assume valore decisivo non il suo oggetto, ma il soggetto (potere giudiziario-apparato dello Stato) al quale essa è assegnata.

Sotto l'aspetto oggettivo, invece, la giurisdizione non si presenta come un fenomeno unitario, potendo avere contenuti differenti.

Si distinguono due figure: a) la **giurisdizione contenziosa**, che è diretta alla tutela delle situazioni giuridiche sostanziali (diritti soggettivi e *status*), quante volte esse siano violate o minacciate da un'altrui condotta illecita; b) la **giurisdizione non contenziosa o volontaria**, la cui funzione è, anziché di dirimere controversie relative a situazioni soggettive, di realizzare la gestione di interessi dei privati.

Sempre, però, ed è questo il comune denominatore, la giurisdizione consiste nell'applicazione della norma sostanziale (astratta) al caso concreto: la giurisdizione è attuazione della volontà della legge.

Su impulso di parte, il giudice stabilisce la volontà della legge rispetto alla vi-

cenda sottoposta alla sua cognizione: accerta i fatti, applica il diritto obbiettivo ed enuncia la regola del caso concreto.

La norma sostanziale, per sua natura generale e astratta, è resa concreta nel giudizio; in questo modo, allo stesso tempo, è soddisfatto l'interesse del privato, in quanto è data protezione al suo diritto, e dell'ordinamento, in quanto è garantita l'osservanza della legge.

L'ordinamento utilizza l'interesse del privato a richiedere tutela per i propri diritti, al fine di assicurare la propria effettività (*id est*, l'attuazione della legge); l'azione del privato è lo strumento per il raggiungimento dell'interesse collettivo.

Il cuore della giurisdizione civile è costituito dalle attribuzioni contenziose, finalizzate alla tutela dei diritti soggettivi.

Secondo l'art. 24, comma 1, Cost., "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"; per gli artt. 6, comma 1, Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), e 47, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta dei diritti UE), lo Stato deve assicurare a ogni individuo un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, avendo ogni persona diritto a che "la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge" (art. 6, comma 1, CEDU).

Con una norma paracostituzionale, l'art. 2907, comma 1, c.c., stabilisce che "alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte"; il processo è lo strumento, predisposto dall'ordinamento, per la tutela delle situazioni giuridiche violate.

La giurisdizione è esercitata dagli organi dello Stato (apparato giudiziario); è manifestazione della sovranità dello Stato ed ha il proprio fondamento nel principio di autorità.

Il carattere autoritativo del potere dipende dalla natura pubblica della funzione e si ripercuote sul contenuto delle potestà conferite al giudice.

La giurisdizione civile è «ordinaria», perché, fatte salve speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari, secondo le norme del codice di procedura civile (art. 1 c.p.c.).

Essa, proprio perché ordinaria, ha portata generale, in quanto è il mezzo normale per la risoluzione delle controversie civili, e deve essere tenuta distinta dalle giurisdizioni speciali (amministrativa, tributaria, contabile), alle quali la legge attribuisce specifiche materie.

Le norme del codice di procedura civile costituiscono il paradigma di riferimento per le giurisdizioni speciali; infatti, per quanto non disciplinato dalla legislazione speciale e nel rispetto della clausola di compatibilità, i giudici speciali applicano le norme del codice di procedura civile (rinvio esterno) (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 546/1992 per il processo tributario; art. 39, comma 1, d.lgs. n. 104/2010 per la giustizia amministrativa).

Lo strumento, tramite il quale la giurisdizione è esercitata, è il processo.

Il legislatore descrive una sequenza di attività e di atti, che, unitariamente con-

siderati, in quanto previsti in funzione dell'emanazione del provvedimento finale, danno luogo a un procedimento; elemento caratteristico e irrinunciabile dei procedimenti civili è il contraddittorio (tra le parti e tra queste e il giudice) e, per questo motivo, essi sono definiti «processi».

Più sono i modelli (i riti) stabiliti per lo svolgimento della giurisdizione; la pluralità dei processi è la diretta conseguenza della diversità delle funzioni espletate.

La struttura del processo dipende, prioritariamente, dall'attività che con esso è compiuta; ad attività differenti corrispondono, necessariamente, procedimenti con forme diverse.

Le attività del giudice e delle parti nel processo sono regolate dalla norma processuale; essa è definita norma secondaria, al fine di distinguerla da quella primaria, ossia dalla norma sostanziale.

La norma sostanziale risolve i conflitti di interesse rispetto a beni giuridici, stabilendo la prevalenza della posizione di un soggetto rispetto a quella di un altro, mediante l'imputazione di situazioni giuridiche soggettive (diritti, poteri, facoltà, doveri, obblighi).

La norma processuale disciplina le modalità di risoluzione dei conflitti, allorché la norma primaria non è stata rispettata; essa svolge la funzione di attribuzione e di qualificazione di situazioni soggettive all'interno del processo (poteri, oneri, doveri processuali).

La risoluzione delle controversie non è monopolio dello Stato.

Innanzitutto, possono darsi, e in realtà si danno, sistemi di giustizia privata, alternativi rispetto alla giurisdizione statale, i quali, non diversamente da questa, accordano protezione alle situazioni sostanziali, mediante una decisione resa da un soggetto terzo e imparziale: è il fenomeno dell'arbitrato (art. 806 ss. c.p.c.).

L'arbitrato è fondato sul consenso delle parti, che, di regola, è espresso mediante un apposito negozio (convenzione arbitrale), con il quale le parti convengono di rimettere a un privato la definizione di una lite non ancora sorta (clausola compromissoria) oppure già sorta (compromesso).

L'arbitro esercita un'attività che è simile, quanto a contenuto e ad effetti, a quella compiuta dal giudice dello Stato; infatti, egli dirime una lite, rendendo una decisione, che è assunta con un provvedimento definitivo (il lodo) e accorda o nega la tutela richiesta dal privato (art. 820 ss. c.p.c.).

Il potere arbitrale, contrariamente a quello dei giudici dello Stato, che è basato sul principio di autorità, trova giustificazione nella volontà delle parti e nell'autonomia privata; l'arbitro è un soggetto privato, non è un pubblico ufficiale (art. 813, comma 2, c.p.c.), non esercita una funzione pubblica, agisce nell'interesse delle parti e su loro mandato.

Proprio in ragione del suo fondamento (l'autonomia privata), il ricorso all'arbitrato è ammesso soltanto per le controversie che non abbiano per oggetto diritti indisponibili (art. 806 c.p.c.).

In secondo luogo, le parti, sempre che si tratti di diritti disponibili (art. 1966 c.c.),

possono porre fine a una lite già cominciata o prevenire una lite che può sorgere tra loro mediante un contratto tipico, che è la transazione (art. 1965 c.c.).

L'ordinamento, a fini deflattivi del contenzioso, promuove la stipula di contratti di questo tipo, attraverso istituti a ciò preordinati, quali la mediazione e la negoziazione assistita, la cui caratteristica è di agevolare la conclusione di un accordo tramite l'intervento di un soggetto terzo (il mediatore) (d.lgs. n. 28/2010 e successive modificazioni) oppure mediante l'assistenza di professionisti (avvocati) (legge n. 162/2014 e successive modificazioni).

L'accordo delle parti (transazione) consiste in una fonte regolatrice autonoma, in quanto la disciplina del rapporto giuridico proviene direttamente da un atto degli interessati, e, per questo motivo, si fa preferire alla decisione di un terzo (arbitro o giudice dello Stato), che è, invece, atto regolamentare eteronomo; ciò in quanto, mentre il terzo, non avendo poteri dispositivi sostanziali, altro non può fare che accertare il modo di essere della situazione giuridica preesistente al processo, le parti, in attuazione del principio di autonomia privata, possono disporre dei loro diritti, stipulando un contratto dal quale scaturisce un nuovo assetto dei loro interessi.

2. Le fonti

La giurisdizione rinviene la propria disciplina in norme costituzionali e ordinarie, nazionali e sovranazionali.

Innanzitutto, vengono in rilievo le previsioni costituzionali, in specie, le disposizioni sulla magistratura (artt. 101-110) e sulla giurisdizione (artt. 24, 111-113), le norme della CEDU (soprattutto, artt. 6 e 13) e quelle della Carta UE dei diritti (in particolare, art 47).

A un livello inferiore, stanno le disposizioni ordinarie.

Il codice di procedura civile continua ad avere un ruolo centrale; tuttavia, sarebbe un errore ritenere che esso abbia carattere esaustivo.

Infatti, le norme del codice di rito debbono essere integrate, a tacere di altre, da quelle: a) del codice civile, tra le quali debbono essere segnalate, oltre alle disposizioni del libro sesto (*La tutela dei diritti*, art. 2643 ss.), quelle che riguardano singoli istituti, quali, ad esempio, gli artt. 948 ss., concernenti le azioni a difesa della proprietà; b) della legge n. 218/1995 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*); c) delle leggi sulla cooperazione giudiziaria tra Stati, tra le quali hanno preminente rilievo i regolamenti della Unione europea, quali il Reg. UE n. 1215/2012, circa la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il Reg. CE n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, il Reg. CE n. 4/2009, riguardante la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e la cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, il Reg. CE n. 805/2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, il Reg. CE n.

1896/2006, che introduce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, il Reg. CE n. 861/2007, che stabilisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, il Reg. CE n. 1206/2001, in ordine alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale, il Reg. CE n. 1393/2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale; d) della legislazione speciale, che, nel disciplinare specifiche materie, introduce regole non solo sostanziali, ma anche processuali (così, ad esempio, la legge n. 392/1978, sulle locazioni di immobili urbani); e) del d.lgs. n. 150/2011, il quale, in esecuzione dell'art. 54, legge n. 69/2009, ha provveduto alla riduzione, razionalizzazione e semplificazione dei procedimenti civili speciali; f) delle leggi e dei regolamenti sul processo telematico (d.lgs. n. 82/2005, legge n. 24/2010, d.m. n. 44/2011, legge n. 221/2012, d.m. n. 32/2015 e successive modificazioni).

Il codice di procedura è stato approvato nel 1940 con r.d. n. 1443 ed è entrato in vigore il 21 aprile 1942.

Esso, nonostante i numerosi interventi e modifiche che, nel corso degli anni, lo hanno interessato, ha mantenuto la conformazione originaria, incentrata sulla divisione in quattro libri.

Il primo libro (dal titolo: *Disposizioni generali*) contiene le regole di portata generale, applicabili, salvo che non sia diversamente disposto, a ogni tipo di procedimento, a prescindere dalla sua funzione e dalla sua struttura.

Il secondo libro, dedicato al processo di cognizione, disciplina il rito ordinario, sia di primo grado sia d'impugnazione, il rito semplificato e taluni riti speciali (per le controversie di lavoro, in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, di locazione, comodato e affitto di azienda, di persone, minorenni e famiglie).

Il terzo libro, riguardante l'esecuzione forzata, regola i processi di esecuzione diretta, vuoi di espropriazione vuoi in forma specifica, e le misure di esecuzione indiretta.

Il quarto libro, concernente i processi speciali, costituisce una sorta di miscellanea, occupandosi dei procedimenti che sono rimasti fuori dagli altri tre libri, indipendentemente dalla funzione che essi sono chiamati a svolgere; il suo contenuto è eterogeneo, in quanto spazia dai processi monitori a quelli cautelari, dall'arbitrato alla tutela collettiva e di classe, dal rito possessorio a quello in camera di consiglio.

Il codice del 1942, fatte salve la riforma del 1950 sul processo di cognizione e quella del 1973 sul processo del lavoro, per parecchi lustri, è rimasto sostanzialmente immutato.

Sul finire del secolo scorso, il dilatarsi dei tempi di durata dei giudizi ha indotto il legislatore a un intervento radicale, che ha interessato soprattutto il giudizio ordinario di cognizione (legge n. 353/1990, entrata in vigore, in parte, nel 1993 e, in parte, nel 1995), il quale è stato informato al principio di preclusione, con l'introduzione del giudice di pace (legge n. 374/1991) e del giudice unico di primo grado (d.lgs. n. 51/1998).

Tuttavia, i risultati non sono stati quelli sperati; da qui, un incessante moto riformatore, teso a migliorare l'efficienza della giustizia civile e a renderla più celere.

I valori dell'efficienza e della ragionevole durata, perseguiti, piuttosto che con modifiche ordinamentali e organizzative, mediante ravvicinate e spesso contraddittorie novelle riguardanti le regole del processo, hanno sortito, come principale effetto, la riduzione dei diritti delle parti; tutto ciò, peraltro, senza ottenere risultati decisivi sul fronte della durata dei procedimenti.

Si è assistito, così, nel corso del primo ventennio di questo secolo, all'emanazione, in modo quasi alluvionale, di norme in tema di rito ordinario di cognizione, vuoi di primo grado vuoi di impugnazione, di processi speciali, di istituti alternativi alla giurisdizione, di arbitrato, di esecuzione forzata e altro ancora, il cui risultato è stato di disincentivare il ricorso al giudice dello Stato, con inevitabili conseguenze (negative) sul principio di effettività del diritto di azione.

Il risultato di questo (asistematico) modo di procedere è stato deludente: piuttosto che realizzare miglioramenti del servizio giustizia, è stata generata incertezza tra gli operatori; il codice di rito è divenuto una stratificazione di norme, spesso non agevolmente coordinabili tra di loro.

Da ultimi, sono intervenuti il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151 (*Riforma Cartabia*), che hanno riguardato la giurisdizione civile in ogni suo aspetto (organizzativo, ordinamentale e procedurale).

3. Le riforme: il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149

Il Piano di ripresa e resilienza nazionale (PNRR) impegna lo Stato italiano, a partire dal 2024, a raggiungere gli obiettivi di riduzione dell'arretrato e della durata dei procedimenti civili; la Ministra della giustizia, professoressa Marta Cartabia, nel marzo del 2021, ha insediato una Commissione di studio, presieduta dal professore Francesco Paolo Luiso (*Commissione Luiso*), con il compito di elaborare proposte in materia di processo civile e di strumenti alternativi.

Sul finire dell'anno 2021, il Parlamento, con la legge 26 novembre 2021, n. 206, ha approvato il disegno di legge n. 3289/2021, contenente la delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia dei diritti delle persone e delle famiglie, nonché in materia di esecuzione forzata; nel rispetto del termine previsto dalla legge di delega, il governo ha emesso: i) il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della legge n. 206/2021; ii) il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151, recante norme sull'ufficio del processo, in attuazione della legge n. 206/2021 e della legge n. 134/2021.

L'intervento segue più direttrici.

In primo luogo, sono previste radicali riforme sul piano organizzativo, mediante: a) il rafforzamento dell'ufficio per il processo; b) il trasferimento alle amministrazioni interessate, ai notai e ad altri professionisti dotati di specifiche competen-

ze di funzioni amministrative, prive di collegamento con l'esercizio della giurisdizione, in precedenza devolute alla giurisdizione volontaria; c) la digitalizzazione del processo, stabilendo: c1) l'obbligo del deposito telematico degli atti (non solo endoprocedimentali) e dei documenti; c2) l'applicazione delle nuove modalità di svolgimento delle udienze (a distanza e mediante scambio di note scritte), introdotta dalla legislazione emergenziale; c3) la notificazione degli atti giudiziari in materia civile e degli atti stragiudiziali da parte dell'avvocato a mezzo di posta elettronica certificata o servizio elettronico di recapito certificato qualificato; d) l'incentivo al ricorso ai mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (mediazione e negoziazione assistita), mediante il riconoscimento di benefici fiscali, l'introduzione di misure tese ad assicurare la competenza e la terzietà del mediatore, l'estensione del patrocinio a spese dello Stato, nei casi in cui la mediazione e la negoziazione assistita rappresentano una condizione di procedibilità della domanda.

In secondo luogo, sul piano ordinamentale, la novità più significativa è costituita dalla istituzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, distinto rispetto al tribunale ordinario, in quanto dotato di una propria pianta organica e di autonomo personale amministrativo, il quale è composto da una sezione distrettuale presso ciascuna sede di Corte di appello e da sezioni circondariali presso ogni sede di Tribunale ordinario.

Infine, vi sono le modifiche alle regole di procedura: sono introdotti due nuovi riti (il rito semplificato di cognizione e il rito per le controversie in materia di persone, minorenni e famiglia); è radicalmente mutata la fase preparatoria del processo ordinario di cognizione, caratterizzata dalla trattazione scritta anticipata rispetto alla prima udienza di comparizione davanti al giudice; non mancano novità in tema di impugnazioni (appello e ricorso in cassazione), di arbitrato, di procedimenti cautelari, di esecuzione forzata; sono previste ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto della domanda, emesse in corso di causa e non idonee al giudicato.

Il quadro, di per sé già complesso, è reso di ancora più difficile lettura dalla disciplina riguardante l'entrata in vigore delle nuove norme.

In estrema sintesi: a) in generale, le nuove disposizioni si applicano ai procedimenti introdotti successivamente al 28 febbraio 2023, mentre quelli già pendenti a tale data continuano ad essere disciplinati dalle norme anteriormente vigenti; tuttavia, le nuove disposizioni relative al giudizio di cassazione sono applicate ai ricorsi proposti successivamente al 1 gennaio 2023 e le nuove norme relative alle impugnazioni in generale e al giudizio di appello operano per le impugnazioni proposte successivamente al 28 febbraio 2023; b) le modifiche apportate alla mediazione e alla negoziazione assistita entrano in vigore in parte dal 28 febbraio 2023 e in parte dal 30 giugno 2023; c) le modifiche relative al Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie hanno effetto decorsi due anni dalla pubblicazione del decreto delegato nella Gazzetta Ufficiale e, dunque, dal 17 ottobre 2024.

4. Le norme costituzionali: il diritto al processo

La Costituzione contiene norme relative alla giurisdizione; queste stabiliscono garanzie che riguardano il diritto di agire in giudizio (**diritto al processo**) e l'organizzazione dei procedimenti (**diritto al giusto ed equo processo**).

Le previsioni costituzionali enunciano i principi, che costituiscono gli architravi sui quali il legislatore è chiamato a costruire i riti processuali, e orientano l'interpretazione e l'applicazione delle norme ordinarie.

Poi, vi è la legislazione di carattere sovranazionale (CEDU e Carta UE dei diritti), alla luce della quale, in una sorta di valutazione circolare, le norme costituzionali, a loro volta, debbono essere interpretate.

Infine, vi sono i principi subcostituzionali, ricavabili dalla legislazione ordinaria, che, pur non avendo copertura costituzionale, qualificano il modo di estrinsecarsi della giurisdizione: il doppio grado di giurisdizione, la cosa giudicata, la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, l'economia processuale, il divieto di scienza privata del giudice, l'onere della domanda di parte e la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il potere dispositivo e l'impulso di parte, e altro ancora.

Il significato e le implicazioni di questi principi saranno chiariti, allorché mi occuperò dei singoli istituti.

Per il momento, ricorderò, in termini generali, le previsioni costituzionali e quelle sovranazionali, le quali, congiuntamente considerate, definiscono il dover essere del modello costituzionale.

Per l'art. 24, comma 1, Cost., "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" (in modo analogo, l'art. 47, comma 1, Carta UE dei diritti, e l'art. 6, comma 1, CEDU); identica garanzia è prevista dall'art. 113, comma 1, Cost., allorché i diritti e gli interessi legittimi sono incisi da atti della pubblica amministrazione.

A ogni persona è riconosciuto il **diritto di azione** (pubblico, in quanto diretto nei confronti dello Stato), potendo la stessa agire in giudizio dinanzi al giudice naturale precostituito per legge, ogni volta che una sua situazione giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo) sia violata.

Allorché una norma sostanziale qualifica un interesse materiale, facendolo assurgere a contenuto di una situazione soggettiva, deve essere riconosciuto al titolare il potere di agire in giudizio per la sua tutela.

Sussiste una correlazione inviolabile tra diritto soggettivo e azione: ogni situazione sostanziale, allorché versi in uno stato di insoddisfazione, deve poter ricevere tutela per mezzo della giurisdizione.

L'ordinamento non può negare alla parte il diritto di ricorrere al giudice, al fine di ottenere protezione per un suo diritto (o interesse) leso.

Il diritto di azione: i) spetta a ciascun soggetto (quindi, non soltanto ai cittadini italiani); ii) ha per contenuto il potere di ottenere, tramite lo svolgimento di un giusto ed equo processo, un provvedimento di merito definitivo circa la fondatezza della

pretesa avanzata; iii) non può subire limitazioni o condizionamenti, che rendano oltre modo difficile o, addirittura, impossibile l'accesso alla giurisdizione.

In maniera corrispondente, è stabilito un dovere dello Stato di assicurare, tramite i propri uffici, un'ideale assistenza giudiziaria a coloro che ne facciano richiesta, predisponendo adeguate forme di tutela.

Queste debbono essere idonee a fornire protezione rispetto a ogni tipo di lesione delle situazioni sostanziali; perciò, debbono essere approntati rimedi (efficienti ed effettivi) di natura non soltanto dichiarativa, ma anche esecutiva e cautelare.

Il diritto garantito dallo Stato ha per oggetto una tutela piena ed effettiva (art. 47, comma 1, Carta UE dei diritti): la parte che ha ragione deve ottenere, mediante il processo, tutto quello e proprio quello che le spetta sulla base delle norme sostanziali (effettività della tutela).

Scopo del processo è di attuare le situazioni soggettive sostanziali; la sentenza deve attribuire all'avente diritto il bene della vita, che le norme sostanziali riconoscono a suo vantaggio (principio di strumentalità).

Sotto diverso ma complementare profilo, l'effettività dell'azione è da intendersi nel senso che deve essere riconosciuto "il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa", di guisa che eventuali errori circa l'individuazione del giudice competente o munito di giurisdizione non possono "risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda", con l'ulteriore conseguenza che è da reputare costituzionalmente illegittima ogni disposizione che "non preveda la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti a giudice munito di giurisdizione" (Corte cost., sentenza n. 77/2007, con riguardo alla disciplina relativa al difetto di giurisdizione, vigente anteriormente alla riforma del 2009).

Questa pronuncia ha un valore fondamentale, in quanto essa, pur resa con riferimento alle conseguenze derivanti dall'errore sulla giurisdizione, esprime un principio di portata generale: il diritto al processo, come riconosciuto dall'art. 24, comma 1, Cost., ha per contenuto non semplicemente il diritto di domandare tutela al giudice, ma quello di ottenere una pronuncia sul merito della pretesa avanzata, con gli ulteriori corollari che: i) in presenza di un vizio processuale impediente, debbono essere previsti, ove oggettivamente possibili, strumenti di sanatoria dello stesso; ii) l'errore sul rito non deve pregiudicare il diritto sostanziale della parte, per cui deve essere stabilita, a seguito della sanatoria, la conservazione degli effetti della domanda, pur se in origine viziata.

Sempre con riguardo al diritto al processo, è da negarsi che le disposizioni costituzionali e quelle della Unione europea riservino in via esclusiva agli organi dello Stato l'esercizio della funzione giurisdizionale contenziosa; il ricorso al giudice ordinario deve essere assicurato, ma non può essere imposto, essendo permesso alle parti di devolvere la controversia a un giudice privato.

Le parti, purché sulla base di una libera scelta e sempre che si tratti di diritti di-

sponibili, possono accordarsi di rinunciare alla tutela giurisdizionale offerta dallo Stato e di seguire la via dell'arbitrato; è ammesso il ricorso all'arbitrato, sempre che esso non sia obbligatorio, ossia imposto dalla legge o da altra fonte eteronoma, ma sia basato sul consenso degli interessati (Corte cost., sentenza n. 2/1963 e molte altre successive pronunce).

Ciò che la Costituzione vieta è che norme di grado inferiore prevedano, come unica via di tutela dei diritti, l'arbitrato, in assenza di una manifestazione di volontà a ciò diretta dei soggetti in lite.

A proposito dei mezzi di risoluzione dei conflitti alternativi alla giurisdizione statale, occorre dare conto dei fenomeni, tutt'altro che infrequenti, di giustizia privata.

Ogni organizzazione (culturale, professionale, sportiva, e così via) persegue l'obiettivo di dare vita a un ordinamento, per quanto possibile, autonomo da quello dello Stato (pluralità degli ordinamenti); per rafforzare l'indipendenza dell'ordinamento privato, è fatto ricorso all'autodichia, ossia la risoluzione dei conflitti tra l'associazione e gli associati e tra questi ultimi è rimessa a organi interni di giustizia, mediante lo svolgimento di procedimenti più o meno complessi (si pensi, a ciò che accade negli ordinamenti sportivi e professionali, nei partiti politici e nelle organizzazioni sindacali).

Il provvedimento, reso in ultima istanza dagli organi di giurisdizione domestica, allorché incide su diritti soggettivi o su interessi legittimi, è impugnabile, a seconda dei casi, di fronte al giudice ordinario o a quello amministrativo (ad esempio, i provvedimenti disciplinari del Consiglio nazionale forense sono ricorribili in Cassazione), la qual cosa rende il procedimento costituzionalmente legittimo sotto il profilo dell'osservanza delle norme sul diritto di azione.

In alcuni casi, pur non essendo consentita l'impugnazione del provvedimento lesivo ed essendo esclusa, quindi, la tutela in forma specifica mediante l'annullamento dell'atto, è concesso il diritto di agire dinnanzi al giudice dello Stato per il risarcimento del danno, ossia è ammessa la (sola) tutela per equivalente.

Ciò accade, ad esempio, sulla base di quanto previsto dalla legge n. 280/2003, per le sanzioni disciplinari disposte dagli organi di giustizia sportiva: l'atto di irrogazione della sanzione disciplinare non può essere annullato dal giudice amministrativo, ma il soggetto che ritenga leso un suo diritto o interesse legittimo può agire di fronte a questo per ottenere il risarcimento del danno.

Questa previsione è stata ritenuta costituzionalmente legittima e non in contrasto con le norme sul diritto di azione dalla Corte costituzionale, una prima volta con la decisione n. 49/2011 e una seconda volta con la sentenza n. 160/2019.

Deve anche escludersi che sia vietato al legislatore ordinario, allo scopo di ottenere, in tempi rapidi, la stabilità degli atti giuridici e la certezza dei rapporti sostanziali, stabilire termini di decadenza per l'esercizio dell'azione (si veda, ad esempio, l'art. 2377, comma 5, c.c., circa la domanda di annullamento delle deliberazioni dell'assemblea di società per azioni).

Tuttavia, tale tecnica processuale è ammessa a condizione che: a) il termine di decadenza sia di durata congrua, ossia non sia tale, a causa della sua esiguità, da pregiudicare la possibilità di agire in giudizio; b) il *dies a quo* per la decorrenza del termine sia conoscibile dall'avente diritto; c) risponda al criterio di ragionevolezza, nel senso che lo scopo sia quello di realizzare interessi meritevoli di protezione, al fine di un più efficiente svolgimento della giurisdizione.

Da ultimo, non si deve trascurare che l'interesse del singolo ad accedere alla tutela giurisdizionale deve trovare un punto d'incontro con le esigenze di carattere pubblicistico.

La giurisdizione è una risorsa limitata; il numero crescente di domande giudiziali impone di porre un freno al ricorso al giudice, in modo che possa essere attribuito a ciascuna controversia un numero appropriato di risorse (principio di proporzionalità).

Da qui, la scelta del legislatore di potenziare le forme alternative di risoluzione delle liti (*ADR*), di riformare la disciplina degli oneri patrimoniali e delle spese processuali, di far precedere, in talune ipotesi, l'esercizio dell'azione dallo svolgimento di un procedimento di mediazione o di negoziazione assistita; operazioni queste da reputare costituzionalmente legittime, nella misura in cui “non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di azione e di difesa, nonché lo svolgimento dell'attività processuale” (Corte cost., sentenza n. 272/2012).

Proprio nella prospettiva dell'efficienza deve essere letto l'istituto dell'abuso del processo, di matrice giurisprudenziale.

Allo scopo di impedire abusi nel ricorso al processo e nell'esercizio dei poteri processuali, è stato sanzionato, a volte, con misure di carattere economico e, altre volte, con la nullità degli atti o l'inammissibilità della domanda, il compimento di attività, che, pur non essendo vietate da alcuna previsione di legge e, dunque, pur essendo formalmente lecite, perseguono fini diversi rispetto a quelli voluti dal legislatore, dando luogo a una sorta di sviamento di potere.

Non è dubbio che l'interesse del privato e quello pubblico siano (parimenti) meritevoli di attenzione e che, nell'esercizio della giurisdizione, debba esservi il temperamento di questi interessi, spesso in conflitto tra loro.

Tuttavia, le esigenze di semplificazione e di accelerazione dei giudizi, di efficienza e di economia dei rimedi processuali non debbono far perdere di vista la funzione ultima del processo, che è costituita dall'attuazione dei diritti soggettivi e delle norme sostanziali.

5. Segue: il diritto al giusto ed equo processo

L'art. 24 Cost. stabilisce, al comma 2, che “la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”, e, al comma 3, che “sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”,

mentre per l'art. 25, comma 1, Cost. "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge".

I primi due commi dell'art. 111 Cost. consacrano una serie di principi relativi all'organizzazione del processo: "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" (comma 1); "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata" (comma 2).

I successivi commi 6 e 7 completano il quadro, stabilendo le garanzie circa i provvedimenti giurisdizionali: "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati" (comma 6); "contro le sentenze... è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge" (comma 7).

I parametri di riferimento per il legislatore (e per l'interprete) sono completati dagli artt. 6 CEDU e 47 della Carta UE dei diritti, i quali pongono in evidenza taluni valori lasciati in ombra dalla Carta costituzionale, quale il diritto della parte all'equo e pubblico esame della causa.

In questo modo, è enucleato un modello costituzionale e sovranazionale, al quale deve conformarsi la legge ordinaria, allorché disciplina i riti processuali e le loro forme (**giusto e dovuto processo legale**).

I soggetti sono titolari non di un semplice diritto al processo, ma del diritto a un giusto ed equo processo legale, costruito in coerenza con i valori della Costituzione e delle fonti sovranazionali (in particolare, quelle dell'Unione europea): non basta che tutti possano agire e difendersi in giudizio, ma è necessario che il giudizio si svolga con le garanzie processuali, che, unitariamente considerate, lo configurano come giusto.

Il processo, regolato dalla legge (art. 111, comma 1, Cost.), deve essere rispettoso dei seguenti canoni: a) inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del giudizio; b) osservanza del contraddittorio, nei rapporti tra le parti e tra queste e il giudice; c) parità delle parti in ogni fase processuale e rispetto a ogni potere processuale (parità delle armi); d) svolgimento del giudizio di fronte a giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge e soggetto soltanto alla legge; e) pubblicità dell'esame e della decisione della causa; f) garanzia dell'assistenza tecnica, da assicurare, con idonei strumenti, anche ai non abbienti; g) definizione della lite, entro un termine ragionevole, con un provvedimento motivato e impugnabile con ricorso per Cassazione per violazione di legge.

La portata di tali regole sarà chiarita nelle parti dedicate agli istituti che da esse sono interessati: così, ad esempio, la terzietà e l'imparzialità del giudice saranno valutate nelle loro implicazioni, quando studieremo il ruolo e la posizione del giudice; o, ancora, vedremo se e come l'ordinamento assicuri l'assistenza tecnica, nel momento in cui approfondiremo il tema della difesa in giudizio.

In questa sede, mi soffermo su due temi: l'obbligo della motivazione e la ragionevole durata.

Per l'art. 111, comma 6, Cost., “tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”.

L'**obbligo della motivazione** riguarda non soltanto la sentenza, ma ogni provvedimento giurisdizionale: il giudice deve enunciare l'*iter* logico della decisione, in modo da consentire di coglierne la giustificazione.

Ciò con un duplice scopo: i) permettere alle parti di controllare la legalità (formale e di merito) del provvedimento, ai fini dell'esercizio dei mezzi di impugnazione; ii) favorire la verifica diffusa (esterna e popolare) della decisione, ponendo in condizione ciascun interessato di valutare che essa non sia il frutto di scelte arbitrarie o di comportamenti non improntati al principio di imparzialità.

La **ragionevole durata** è la bussola che ha guidato il legislatore e la giurisprudenza negli ultimi decenni, allo scopo di porre rimedio, in qualche modo, alla crisi emergenziale della giustizia, incidendo sui tempi di svolgimento del processo.

Il legislatore costituzionale, allorché, sul finire del secolo scorso, è intervenuto sull'art. 111 Cost. e ha introdotto, tra gli altri, il principio della ragionevole durata, aveva in animo di prevedere una garanzia di carattere soggettivo: diritto delle parti di ricevere tutela in tempi prevedibili e, appunto, ragionevoli.

Invece, in una sorta di eterogenesi dei fini, questo principio è stato valorizzato soprattutto in senso oggettivo, quale mezzo per realizzare l'efficienza del sistema, al fine di ottenere, in attuazione del canone di proporzionalità, un'ottimale allocazione delle risorse; in questo modo, però, esso è divenuto, paradossalmente, uno strumento di compressione dei diritti individuali.

Mediante il riferimento alla ragionevole durata, sono state prospettate ricostruzioni degli istituti processuali, le quali, piuttosto che essere costituzionalmente orientate, sono *praeter* o addirittura *contra legem*.

Il principio in esame è stato utilizzato dalla Corte di cassazione in più direzioni.

Innanzitutto, esso è stato richiamato allo scopo di introdurre istituti che non hanno alcuna base normativa, quale l'abuso del processo; il diritto di ciascuno di agire in giudizio è bilanciato da quello della ragionevole durata, di guisa che l'azione deve essere esercitata in modo proprio e non abusivo, pena l'inammissibilità della domanda (per tutte, Cass., sez. un., n. 23726/2007).

L'interesse individuale è sacrificato sull'altare di quello collettivo; tuttavia, in questo modo, è inserita una clausola generale (l'abuso del processo), dai contorni incerti, che rafforza il ruolo del giudice e i suoi poteri discrezionali, incidendo sulla certezza e sulla prevedibilità della regola processuale.

In secondo luogo, la ragionevole durata è stata il grimaldello per interpretazioni delle norme processuali in contraddizione con il tenore letterale delle stesse, in violazione di quanto disposto dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale.

Un esempio valga per tutti: le Sezioni Unite della Corte di cassazione (sentenza n. 24483/2008, poi ripresa dalle successive pronunce n. 17349/2009 e n. 19256/2010) hanno riscritto l'art. 37 c.p.c., nel testo vigente prima del d.lgs. n. 149/2022, introdu-

cendo una disciplina dell'eccezione di difetto di giurisdizione del tutto diversa da quella stabilita dal legislatore.

Questa operazione, che è stata motivata facendo leva sulla necessità di non dilatare i tempi del processo e di rendere la decisione di merito in tempi ragionevoli, deve essere censurata: il giudice modifica il contenuto di una norma positiva, correggendolo sulla base di una propria valutazione discrezionale degli interessi in gioco, la quale si sostituisce a quella compiuta dalla legge.

Ciò, però, non è consentito; non è permesso al giudice di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle effettuate dal legislatore con la norma processuale.

Il bilanciamento tra i valori costituzionali è riservato alla legge e non può il magistrato dettare una regola apertamente in contrasto con quella stabilita dalla norma positiva.

I giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), ma alla legge sono pur sempre sottoposti; la soggezione del giudice alla legge non è soltanto garanzia di autonomia e di indipendenza, ma anche misura e limite del potere che è conferito al giudice.

6. La giurisdizione condizionata

Il legislatore, talvolta, condiziona l'esercizio della giurisdizione al previo compimento di attività, le più svariate, delle parti (**giurisdizione condizionata**).

A rigore, questo fenomeno ricorre quando l'azione è subordinata al preventivo esperimento di un rimedio amministrativo; peraltro, in un'accezione più ampia e, direi, più moderna, sono ricondotti a questo istituto tutti i casi in cui, a prescindere dalla natura dell'atto o del procedimento condizionante, la trattazione della domanda (e della causa) deve essere preceduta dallo svolgimento di un'attività stragiudiziale.

A più riprese, la Corte costituzionale è stata chiamata a occuparsi di questo istituto, al fine di verificarne la compatibilità con le norme che garantiscono il diritto di azione (artt. 24, comma 1, 113, comma 1, Cost.); i ripetuti interventi della Corte hanno individuato le linee guida alle quali deve attenersi il legislatore ordinario e hanno espunto dall'ordinamento le fattispecie che sono state ritenute non compatibili con la normativa costituzionale.

La giurisdizione condizionata costituisce un limite al diritto di accesso al processo; essa, perciò, deve trovare giustificazione, in una logica di bilanciamento dei valori, in interessi di carattere pubblico, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, sotto l'aspetto della gravosità del condizionamento.

Sulla base dell'interpretazione della Corte costituzionale, il ricorso a questo istituto è ammesso nei soli casi tipici previsti dalla legge (sentenza n. 403/2007) e sempre che siano rispettate le seguenti condizioni: a) debbono essere perseguiti interessi di ordine generale o sociale (sentenze n. 251/2003 e n. 296/2008), deve essere ostacolato l'abuso del processo (sentenza n. 82/1992), deve essere favorita la composizione preventiva della lite (sentenze n. 82/1992, n. 276/2000 e n. 98/2014); b) gli oneri

da adempiere non devono essere tali da rendere impossibile o eccessivamente difficoltosa o gravemente ritardata la tutela giurisdizionale (sentenze n. 73/1988, n. 15/1991 e n. 406/1993), per cui deve essere stabilito un termine ragionevole e comunque non eccessivamente lungo per l'esaurimento della procedura, trascorso il quale l'attività si considera come effettivamente compiuta e cessa il divieto del ricorso al giudice (sentenza n. 276/2000); c) il mancato o il non tempestivo compimento degli adempimenti deve essere condizione non di proponibilità o di ammissibilità ma di procedibilità della domanda, con la conseguenza che il processo non può proseguire sino a che l'attività condizionante non sia stata svolta (sentenza n. 93/1979); d) l'instaurazione del procedimento condizionante deve produrre effetti sostanziali analoghi a quelli realizzati dalla domanda giudiziale rispetto all'interruzione e alla sospensione della prescrizione e all'impedimento della decadenza (sentenza n. 276/2000); e) prima e durante lo svolgimento della procedura (condizionante), la situazione sostanziale deve essere tutelabile in via cautelare, in modo da porla al riparo da eventuali pregiudizi irreparabili (sentenza n. 276/2010).

Questi principi, enunciati dal nostro giudice delle leggi, trovano conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE, 14 giugno 2017, C-75/16).

In forza di questi orientamenti, essendo la disciplina positiva coerente con le garanzie richieste e i fini perseguiti meritevoli di protezione (deflazione del contenzioso e, più in generale, efficienza dell'organizzazione del servizio giustizia), sono da considerare compatibili con la Carta fondamentale le figure in cui la domanda giudiziale è subordinata: i) all'espletamento di una procedura amministrativa obbligatoria volta a favorire la definizione extragiudiziale della lite, come quella stabilita dall'art. 443 c.p.c. per le controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie di cui al comma 1 dell'art. 442 c.p.c.; ii) allo svolgimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla Direzione territoriale del lavoro, relativamente ai giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, qualora sussistano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, Statuto dei lavoratori (art. 40, legge n. 92/2012); iii) all'introduzione di procedure obbligatorie volte a facilitare la conciliazione della lite, quali quelle di mediazione (d.lgs. n. 28/2010 e successive modifiche) e di negoziazione assistita (legge n. 162/2014 e successive modifiche); iv) al preventivo maturare di un termine, con finalità di *spatium deliberandi* sulla richiesta avanzata dal creditore, come nel caso disciplinato dall'art. 145 del d.lgs. n. 209/2005, per il quale l'azione di risarcimento dei danni causati dalla circolazione del veicolo e dei natanti, di cui agli artt. 144 e 148 dello stesso decreto legislativo, può essere proposta solo dopo che sono decorsi sessanta giorni dalla richiesta di liquidazione all'impresa di assicurazione.

Per contro, sono da considerare vietate dalla normativa costituzionale le ipotesi di giurisdizione condizionata, il cui scopo è la protezione di interessi che non sono coerenti con l'esigenza di un più efficiente funzionamento della giurisdizione, quali quelle che impongono la costituzione preventiva di una cauzione o il pagamento anticipato dell'imposta contestata (clausola del *solve et repete*), in quanto l'interes-

se della parte alla tutela del diritto non può essere sacrificato alle esigenze di carattere fiscale dello Stato.

7. I modi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR)

La risoluzione di una controversia concernente situazioni soggettive sostanziali, mediante un atto vincolante per le parti, può essere ottenuta anche per mezzo di istituti diversi dalla giurisdizione statale, i quali, pur non avendo un fondamento imperativo o autoritativo, realizzano lo stesso risultato della prima: si tratta dell'arbitrato e dei negozi diretti alla composizione di una lite.

Nell'arbitrato, come nella giurisdizione dello Stato, la definizione della lite e la determinazione della regola di condotta sono opera di un soggetto terzo, sebbene a ciò deputato dalle parti.

Invece, negli strumenti negoziali, sono le parti che, attraverso un contratto, individuano direttamente il modo per superare il contrasto e stabiliscono l'assetto degli interessi per il futuro.

In questi ultimi casi, può essere previsto anche l'intervento di un terzo, con il compito di favorire l'accordo delle parti (mediatore o negoziatore).

La soluzione della controversia con un atto delle parti si fa preferire rispetto alla decisione di un terzo (giudice ordinario oppure arbitro), in quanto le parti, diversamente dal terzo che deve rendere la sua decisione applicando la legge sostanziale al caso concreto e nei limiti delle pretese fatte valere, sono libere, sulla base dell'autonomia privata, di individuare la disciplina che reputano più confacente ai loro interessi, a prescindere dal modo di essere della situazione sostanziale preesistente.

Il progressivo aumento del numero dei processi e la cronica incapacità della giurisdizione di smaltire l'arretrato hanno indotto il legislatore a valorizzare quegli istituti, che hanno la funzione di ridurre la quantità delle cause portate alla decisione dei giudici.

Si parla, a tale proposito, di sussidiarietà della giurisdizione dello Stato: questa interviene solo quando non è stato possibile risolvere il conflitto mediante il ricorso ad altri mezzi, negoziali e non negoziali.

In questo contesto, si collocano gli interventi del legislatore che hanno introdotto nel nostro ordinamento le **ADR** (*alternative dispute resolution*), su base a volte obbligatoria e altre volte volontaria.

Gli strumenti di composizione negoziale delle controversie cui ha fatto ricorso il legislatore sono, principalmente, due: la mediazione e la negoziazione assistita.

Il d.lgs. n.149/2022 ha incentivato il ricorso a tali strumenti, con una riforma ad ampio raggio della disciplina preesistente e con il dichiarato scopo di agevolare la conciliazione stragiudiziale delle liti civili e commerciali.

Le nuove norme relative alla mediazione e alla negoziazione assistita sono in vigore, in parte, dal 28 febbraio 2023 e, in parte, dal 30 giugno 2023, essendo stata adottata la necessaria normazione secondaria.

La **mediazione** è l'attività, svolta da un terzo imparziale e indipendente (il mediatore), nell'ambito di organismi abilitati allo svolgimento dei procedimenti di mediazione, finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (conciliazione), eventualmente con la formulazione di una proposta.

Questo istituto è stato introdotto dal d.lgs. n. 28/2010 ed è stato successivamente modificato dal d.l. n. 69/2013 e dal d.lgs. n. 149/2022.

Il procedimento di mediazione è avviato dalla domanda di mediazione, da depositarsi da una delle parti presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.

La mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione è attestata dal mediatore nel processo verbale e, se non sussiste un giustificato motivo, può essere valutata dal giudice come argomento di prova.

In caso di mancato raggiungimento dell'accordo, il mediatore ne dà atto in un apposito processo verbale.

Quando il mediatore, di sua iniziativa o su concorde richiesta delle parti, avanza una proposta, le parti sono libere di accettarla o meno; egli non ha il potere di imporla e, a maggior ragione, di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio: la mancata accettazione della proposta ha riflessi soltanto sulle spese processuali.

L'accordo, se intervenuto, è sottoscritto dalle parti e dagli avvocati.

La conciliazione, così raggiunta, è un negozio sostanziale, che trova la propria fonte nell'autonomia privata e mediante il quale le parti individuano autonomamente il modo di risoluzione della lite (appartiene, cioè, agli istituti di autocomposizione delle controversie); essa ha presupposti, contenuti ed effetti simili ma non identici a una transazione stragiudiziale, in quanto il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e può essere trascritto nei registri immobiliari, se le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c.

Possono essere sottoposte a mediazione, su richiesta di parte e anche su impulso del giudice di fronte al quale pende il giudizio, tutte le controversie civili e commerciali su diritti disponibili (mediazione facoltativa).

Invece, relativamente a determinate controversie, indicate in modo tassativo dalla legge (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010) (più precisamente, in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura), colui che intende agire in giudizio è obbligato a esperire preliminarmente il procedimento di mediazione, che è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (mediazione obbligatoria *ex lege*).

Secondo la C. Giust. UE, la direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, non osta a una normativa nazionale che prevede il ricorso a una procedura di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, purché non sia impedito alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

A questo fine, è richiesto che la procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti e che sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone.

La mediazione obbligatoria, che è da ricondurre alla giurisdizione condizionata, ha una disciplina, nell'ordinamento interno, del tutto conforme a questi principi.

Infatti, il fine perseguito, che è quello di ridurre il contenzioso davanti ai giudici ordinari, è meritevole di tutela e la procedura è coerente con i requisiti indicati dalla Corte costituzionale e dalla C. Giust. UE: condizione di mera procedibilità, non eccessiva durata del procedimento, ammissibilità di provvedimenti urgenti e cautelari, possibilità di trascrivere la domanda giudiziale, effetti sulla prescrizione e sulla decadenza della domanda di mediazione uguali a quelli della domanda giudiziale.

Una figura intermedia è la conciliazione concordata (art. 5, comma *sexies*, d.lgs. n. 28/2010): le parti, in ipotesi non sottoposte per legge alla mediazione obbligatoria, sulla base di una concorde manifestazione di volontà, si obbligano alla mediazione, la quale diviene condizione di procedibilità del giudizio (mediazione obbligatoria per volontà delle parti).

In ogni caso, dunque anche al di fuori di queste fattispecie, può essere il giudice, anche nel giudizio di appello, sino al momento della precisazione delle conclusioni, a obbligare le parti a esperire il tentativo di conciliazione (art. 5, comma *quater*, d.lgs. n. 28/2010) (mediazione delegata obbligatoria per provvedimento del giudice).

Il d.lgs. n.149/2022, oltre a prevedere interventi in ordine alla disciplina della procedura di mediazione, nell'intento di implementare l'utilizzo dell'istituto, ha introdotto misure volte a: i) assicurare l'effettiva competenza, terzietà e indipendenza del mediatore; ii) consentire lo svolgimento del procedimento in modalità telematica; iii) rafforzare gli incentivi, specialmente fiscali, per le parti e per gli organismi; iv) garantire l'assistenza di un difensore alle parti, anche mediante il ricorso al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, nei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (ossia, quando la mediazione è obbligatoria).

Il d.lgs. n. 130/2015, in attuazione della direttiva comunitaria 2013/11 relativa alla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, ha integrato e modificato il Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005), con la sostituzione dell'art.

141 e l'inserimento di nove articoli, dall'art. 141 *bis* all'art. 141 *decies*.

Sono disciplinati gli organismi ADR, che debbono essere iscritti in appositi elenchi presso le autorità individuate dall'art. 141 *octies* e debbono presentare i requisiti e assumere gli obblighi di cui all'art. 141 *bis*; la procedura di ADR è volontaria ed è diretta alla composizione extragiudiziale, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere tra consumatori e professionisti stabiliti nell'Unione europea, relative a obbligazioni derivanti da un contratto di vendita o di servizi (individuati sulla base di quanto stabilito dall'art. 45, lettere e), f) del Codice del consumo), nell'ambito delle quali il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede o nello stesso Stato membro dell'Unione europea in cui è stabilito il professionista oppure in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stabilito il professionista.

L'organismo di ADR riunisce le parti al fine di agevolare una composizione amichevole e propone, ma non impone, una soluzione.

La domanda di apertura della procedura, dalla data di ricevimento da parte dell'organismo, produce sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale e impedisce la decadenza per una sola volta; le procedure devono essere indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque, gratuite e disponibili a costi minimi per i consumatori, senza obbligo di assistenza legale, di una durata massima di novanta giorni, prorogabili di ulteriori novanta giorni, a discrezione dell'organismo, in caso di controversie particolarmente complesse.

Le ADR in materia consumeristica sono riconducibili al modello della mediazione; a fianco di esse, sono previste le negoziazioni paritetiche tra rappresentanti dei consumatori e dei professionisti (art. 141 *ter*).

Con il d.l. n. 132/2014, convertito con legge n. 162/2014, è stata introdotta la **negoziazione assistita**, la quale, non prevedendo l'intervento di un terzo al fine di agevolare l'accordo, non può essere considerata, a stretto rigore, una ADR, per lo meno sulla base della definizione che di questa figura offrono la direttiva europea (art. 4, lett. g) e il d.lgs. n. 130/2015 (art. 141, comma 1, lett. g); tali norme richiedono, infatti, la presenza e l'attività di un soggetto terzo e imparziale.

La procedura prende avvio da una convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati, con la quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati.

La convenzione, preceduta da un invito alla stipula e conclusa con l'assistenza di uno o più avvocati, è redatta, a pena di nullità, in forma scritta, deve precisare il termine concordato tra le parti per l'espletamento della procedura e, soprattutto, l'oggetto della controversia, che non può riguardare diritti indisponibili.

Se la procedura ha esito positivo, è stipulato l'accordo che, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ed è suscettibile di trascrizione, ove contenga uno dei negozi indicati dall'art. 2643 c.c.

Una figura speciale è quella prevista dall'art. 6, per la soluzione consensuale di

procedure di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

L'accordo raggiunto a seguito della convenzione, producendo gli effetti e tenendo luogo dei provvedimenti che definiscono i relativi processi, si è rivelato un utile strumento per evitare il ricorso al giudice, alleggerendo il carico dei tribunali in un settore in cui il numero dei procedimenti è particolarmente elevato.

Generando una sovrapposizione con la mediazione obbligatoria, l'art. 3 stabilisce che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa al risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita, che è, dunque, obbligatoria; parimenti, ma questa volta avendo cura di raccordare la previsione con le ipotesi di mediazione obbligatoria, è prevista l'obbligatorietà della procedura per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro.

Rispetto a queste ultime controversie, l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda.

Per questa ragione, la negoziazione assistita obbligatoria appartiene alla giurisdizione condizionata; essa, per gli stessi motivi evidenziati con riguardo alla mediazione obbligatoria (meritevolezza dell'interesse perseguito e adeguatezza della disciplina stabilita dalla legge), non è in contrasto con le norme costituzionali relative al diritto di azione.

Il d.lgs. n. 149/2022: i) ha esteso il ricorso alla negoziazione assistita in materia di famiglia alle controversie di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio; b) ha ammesso la negoziazione assistita nell'ambito delle controversie di lavoro dell'art. 409 c.p.c., la quale, però, è sempre facoltativa e non può mai costituire condizione di procedibilità della domanda; iii) ha stabilito che le parti, con la convenzione di negoziazione, possono prevedere la possibilità di acquisire dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e dichiarazioni della controparte sulla verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono rese (la legge disciplina anche l'efficacia di tali dichiarazioni nel giudizio davanti al giudice dello Stato, nel caso in cui la negoziazione non sfoci in un accordo); iv) ha consentito lo svolgimento della procedura con modalità telematiche e con collegamenti audiovisivi a distanza.

Deve essere ricordato anche l'Arbitrato bancario finanziario (ABF), istituito in attuazione dell'art. 128 del Testo unico bancario (TUB) e introdotto dalla legge n. 262/2005, la cui organizzazione e il cui funzionamento sono determinati da delibere della Banca d'Italia (l'ultima riforma si applica ai procedimenti introdotti dopo il 1 ottobre 2020).

La richiesta è esaminata esclusivamente sulla base della documentazione prodotta dalle parti e può essere avanzata solo dopo che il cliente ha tentato di risolvere la controversia inviando un reclamo scritto all'intermediario; non è necessaria l'assistenza di un avvocato.

Il ricorso all'ABF è volontario; la decisione non è vincolante per le parti: se la proposta è reputata non soddisfacente, il cliente e l'intermediario possono rivolgersi al giudice; tuttavia, se l'intermediario non rispetta la decisione, la notizia del mancato adeguamento è resa pubblica.

Quest'ultima previsione ha reso efficace, a fini deflattivi, questo strumento, in quanto l'intermediario è spinto, direi quasi costretto, a dare esecuzione alla decisione dell'organismo, subendo, in caso contrario, una pubblicità negativa.

Del tutto simile all'ABF è l'Arbitrato per le controversie finanziarie (ACF), istituito con delibera Consob n. 19602/2016, per la risoluzione stragiudiziale delle controversie finanziarie tra risparmiatori e intermediari.

Infine, non può essere trascurata la **conciliazione giudiziale**, ossia l'accordo che è concluso in corso di causa e che, proprio per questa ragione, si distingue dalla conciliazione stragiudiziale, la quale interviene, invece, *extra processum*, eventualmente per mezzo di uno degli istituti ora esaminati.

Per l'art. 185 c.p.c., richiamato dall'art. 183, comma 3, c.p.c. relativamente alla prima udienza di trattazione, in qualunque momento dell'istruzione e anche più di una volta, il magistrato può fissare la comparizione delle parti al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione.

Quando le parti si sono conciliate, è formato processo verbale, il quale costituisce titolo esecutivo (art. 185, ultimo comma, c.p.c.).

L'accordo conciliativo è una convenzione negoziale, che si basa sull'autonomia privata e consiste in una forma di autocomposizione della lite; esso ha gli effetti sostanziali dei negozi privati di composizione delle controversie ed è impugnabile con i mezzi propri di tali atti.

In modo non dissimile, dispongono gli artt. 420, comma 1, c.p.c. per le controversie di lavoro, e 320, comma 1, c.p.c. per le cause devolute al giudice di pace.

Di particolare interesse è l'istituto risultante dagli artt. 185 *bis* e 91, comma 1, c.p.c.

Per la prima norma, il giudice, fino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, sempre che l'oggetto della domanda sia costituito da diritti disponibili, formula alle parti una proposta transattiva o conciliativa; la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricasazione o di astensione.

Dal canto suo, l'art. 91, comma 1, c.p.c., in punto di condanna alle spese, stabilisce che, se la domanda è accolta in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, il giudice condanna la parte, che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta, al pagamento delle spese maturate dopo la formulazione della stessa, impregiudicato, peraltro, il suo potere di compensare le spese, ai sensi dell'art. 92, comma 2, c.p.c.

Questo istituto merita di essere valorizzato; infatti, al di là della sanzione in punto di spese, la provenienza della proposta dal giudice, soprattutto se il tentativo di con-

ciliazione è svolto quando la trattazione della causa e le attività istruttorie compiute hanno permesso di fare sufficiente chiarezza sulle questioni controverse, ha indubbia forza persuasiva per le parti e per i loro difensori, circa l'opportunità di conciliare la lite nei termini indicati.

Tuttavia, è bene avere presente che le funzioni del giudice consistono in un'attività di mera cooperazione alla formazione di un atto (la conciliazione), che è e resta, a ogni effetto, di diritto privato.

La conciliazione, fatte salve alcune peculiarità (ad esempio, ai sensi dell'art. 2113, ultimo comma, c.c., relativamente ai rapporti di lavoro e a quelli di cui all'art. 409 c.p.c., non sono invalide le rinunce e le transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge e dei contratti e accordi collettivi, se compiute in sede giudiziale), è soggetta alla disciplina del codice civile e, in particolare, a quella stabilita per la transazione (art. 1965 ss. c.c.).

8. La giurisdizione volontaria

Ai giudici ordinari sono assegnate funzioni ulteriori rispetto alla tutela dei diritti, di carattere *lato sensu* amministrativo; a questo proposito, si parla di **giurisdizione volontaria**.

Tale attività ha per oggetto non la risoluzione di una controversia su diritti soggettivi, quindi è non contenziosa, bensì la gestione di interessi; la legge affida la protezione di un interesse ai giudici dello Stato.

Si dice, correttamente, che queste attribuzioni sono costituzionalmente non necessarie, volendo evidenziare che, sulla base di quanto stabilito dagli artt. 24, comma 1, 102, comma 1, e 113, comma 1, Cost., il dovere dello Stato di garantire l'accesso alla giurisdizione riguarda esclusivamente la funzione contenziosa volta alla tutela dei diritti e che, di conseguenza, il legislatore ordinario può ma non deve attribuire ai giudici dello Stato questo tipo di prerogative.

Sono rimesse alle valutazioni discrezionali del legislatore, sindacabili soltanto in punto di rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, le scelte, innanzitutto, se riservare o meno tali attività all'autonomia privata, escludendo qualsivoglia ingerenza esterna, e, poi, una volta sciolta l'opzione a favore dell'intervento esterno, se assegnare tali attribuzioni all'apparato giurisdizionale oppure a quello amministrativo.

La legge, quando si esprime a favore del controllo pubblico degli atti privati, stabilisce, senza alcun vincolo di natura costituzionale, se assegnare tali funzioni al giudice dello Stato ovvero ad altri soggetti (di regola, autorità amministrative o professionisti che operano in qualità di pubblici ufficiali, come i notai).

Nell'attuale momento storico, tenuto conto del carico di lavoro che grava sui giudici ordinari in conseguenza dell'attività contenziosa, le determinazioni di politica giudiziaria si sono orientate a favore della "degiurisdizionalizzazione", sollevando l'apparato giudiziario da compiti che sono costituzionalmente non necessari,

i quali vengono demandati a soggetti non appartenenti all'ordine giudiziario.

Il d.lgs. n. 149/2022 ha dato forte impulso a questo processo, trasferendo alle pubbliche amministrazioni interessate, ai notai e ad altri professionisti funzioni amministrative di tipo gestorio, in precedenza assegnate al giudice (tribunale ordinario e tribunale dei minori) in sede di volontaria giurisdizione.

Il più delle volte, non è previsto un vero e proprio trasferimento di competenze dall'autorità giudiziaria al notaio, ma è aggiunta la competenza del notaio a quella del giudice; così, ad esempio, la riabilitazione del debitore protestato è accordata, oltre che con decreto del presidente del tribunale, con atto notarile.

In modo simile, i notai che procedono alla stipula di atti pubblici o di scritture private autenticate hanno il potere di autorizzare la stipula stessa quando debba intervenire all'atto un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto sottoposto alla misura dell'amministrazione di sostegno o quando l'atto sia relativo a beni ereditari; peraltro, la parte interessata può impugnare davanti all'autorità giudiziaria l'autorizzazione notarile e il potere del notaio non è esclusivo, in quanto le parti possono sempre rivolgersi all'autorità giudiziaria per richiedere l'autorizzazione (l'interessato ha a disposizione un doppio binario, potendo scegliere di avvalersi, in via alternativa, o del notaio o del giudice dello Stato).

In altre ipotesi, invece, si ha il trasferimento effettivo di competenze dell'autorità giudiziaria alle amministrazioni interessate; è questo il caso, ad esempio, dell'assegnazione all'ufficiale di stato civile del potere di ricostituzione di un atto distrutto o smarrito e di correzione degli errori di atti già formati.

Ciò ricordato, occorre avere ben chiaro, però, che, in tutte le ipotesi in cui la legge affida potestà gestorie o amministrative ai giudici ordinari, sulla base del principio che, a prescindere dal tipo di attività svolta, appartengono alla giurisdizione tutti i procedimenti (e i provvedimenti) devoluti ai magistrati ordinari, siamo, comunque, in presenza di funzioni giurisdizionali, che debbono essere esercitate con le garanzie tipiche del giusto e dovuto processo legale, di cui all'art. 111 Cost.

Le fattispecie di giurisdizione volontaria sono eterogenee.

L'ambito di elezione è rappresentato dai settori del diritto civile in cui emergono interessi di minori o di incapaci (tipico il diritto di famiglia) o nei quali vengono in rilievo interessi pubblici o di una pluralità di soggetti, come il diritto delle società.

In tali ambiti, non di rado, il giudice è chiamato a controllare e/o autorizzare, *ex ante* oppure *ex post*, negozi sostanziali.

La norma prevede una fattispecie complessa per il perfezionamento e la validità di un atto giuridico privato, all'interno della quale si colloca, quale presupposto necessario, il provvedimento del magistrato, reso in esito ad un apposito procedimento di volontaria giurisdizione.

Esempio: per l'art. 21, ultimo comma, d.lgs. n. 149/2022, sono riservate "in via esclusiva all'autorità giudiziaria le autorizzazioni per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi, nonché per la continuazione dell'impresa commerciale da parte dei minori"; in modo analogo, l'art. 169 c.c. stabilisce che gli

atti di straordinaria amministrazione concernenti beni oggetto del fondo patrimoniale, destinati a far fronte ai bisogni della famiglia, se vi sono minori, richiedono l'autorizzazione del giudice.

Questi provvedimenti concorrono, quali elementi costitutivi, alla formazione dell'atto sostanziale che, a volte, autorizzano e, altre volte, invece, ratificano.

Ancora, meritano di essere segnalati i procedimenti che, in considerazione della sussistenza di interessi pubblici oppure riferibili a un ente collettivo (associazione, società, condominio), sono diretti alla nomina e revoca degli organi dell'ente (esempio: art. 1129, commi 1 e 11, c.c., circa la nomina e la revoca dell'amministratore di condominio) oppure al controllo giudiziale, sotto veste di autorizzazione o di omologazione, di atti giuridici dello stesso.

Le funzioni di volontaria giurisdizione sono esercitate dal giudice, mediante procedimenti regolati dal rito camerale degli artt. 737-742 *bis* c.p.c.

La struttura del procedimento dipende dalla funzione che con esso è esercitata.

I procedimenti di volontaria giurisdizione sono deputati non alla tutela dei diritti, ma alla gestione di interessi; da qui, l'individuazione, da parte del legislatore, di un rito sommario, deformalizzato, semplificato, da svolgersi non in pubblica udienza ma in camera di consiglio.

Considerata la rilevanza pubblica degli interessi coinvolti, sono attribuiti al giudice poteri istruttori (art. 738, ultimo comma, c.c.) e, spesso, è previsto l'intervento del pubblico ministero (art. 738, comma 2, c.p.c.).

I provvedimenti, non avendo ad oggetto l'accertamento di diritti soggettivi, hanno forma di decreto motivato, salvo che la legge disponga altrimenti (art. 737 c.p.c.).

Essi, di regola, sono reclamabili davanti a un giudice diverso da quello che ha emesso il provvedimento; il reclamo è trattato, pure esso, con le forme camerale (art. 739 c.p.c.).

Poiché gli interessi che vengono gestiti sono facilmente soggetti a modificazioni o mutamenti, tali provvedimenti non producono l'autorità di cosa giudicata, ai sensi dell'art. 2909 c.c., ma sono revocabili e modificabili in ogni tempo, salvi i diritti acquisiti in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca (art. 742 c.p.c.).