

## OSSERVAZIONI

DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA GIOVANI AVVOCATI

---

*Incontro con il Primo Presidente della  
Suprema Corte di Cassazione*

*Roma, 18 febbraio 2016*

---

# AREA PENALE

## L'INNALZAMENTO DELLE TUTELE NORMATIVE A FAVORE DEI C.D. SOGGETTI DEBOLI E I POSSIBILI EFFETTI SULLE GARANZIE PER INDAGATI O IMPUTATI .

A cura dell'Avv. Tania Rizzo.

Il panorama normativo e giurisprudenziale, in un quadro di produzione nazionale e sovranazionale (O.N.U., Unione europea e Consiglio di Europa; Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo), registra sempre più una marcata attenzione verso i diritti e gli interessi processuali di coloro che subiscono il crimine, nell'acquisita consapevolezza di una netta differenziazione tra il ruolo del titolare del bene giuridico protetto e leso dal reato e quello di colui al quale la condotta illecita abbia cagionato un danno risarcibile.

Da ultima, temporalmente, la Direttiva UE del 29 del 2012 ha aggiornato il punto di vista delle Istituzioni europee sul ventaglio di diritti pre-processuali e processuali delle persone offese.

Con il D. Lgv. n. 215/2015, attualmente al vaglio del Senato, l'Italia ha fatto proprie le indicazioni europee, procedendo a ipotesi di modifiche *tranchant* nel codice di rito.

In particolare, si vuole normativizzare il concetto di "persona particolarmente vulnerabile", ampliando, per l'effetto, la discrezionalità del Giudice nella fase delicatissima dell'acquisizione probatoria delle dichiarazioni di tale soggetto. Nella Relazione Ministeriale che accompagna il testo del Decreto, si legge *"In accoglimento delle osservazioni formulate dalla II Commissione (Giustizia) della Camera, si consente al Giudice di estendere alle persone offese particolarmente vulnerabili (in ragione della minore età, della infermità di mente o della natura del reato per cui si procede) le particolari cautele oggi previste solo per i procedimenti penali relativi a specifiche tipologie di reato, oggetto di preventiva elencazione da parte del legislatore. Le disposizioni introdotte consentono, in particolare, di adeguare l'ordinamento interno alle previsioni di cui all'articolo 23 della direttiva"*; inoltre, si legge che si estendono

*“(...) anche alla persona offesa che si trovi in condizione di particolare vulnerabilità le tutele contenute nell’articolo 190-bis, pertanto, nel caso di esame di un testimone che abbia già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti, l’esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze”.*

L’evoluzione giuridico-scientifica italiana sulla tutela di persone vulnerabili, partita dagli studi per la redazione della Carta di Noto, a sua volta, nel tempo, sempre meglio approfondita, pare, così, giungere alla normativizzazione su alcuni punti essenziali.

Si ritiene, tuttavia, che a fronte di un’attività di riforma a tutela delle vittime nel processo, non si sia proceduto a verificare gli effetti che tali riforme possano scaturire sulle tutele dei diritti processuali per l’indagato o l’imputato.

A parere di chi scrive, infatti, pare evidente il *vulnus*, che deriverebbe da tale limitazione all’esame della presunta persona offesa, al diritto dell’indagato o imputato al contraddittorio sulla e nella formazione della prova dichiarativa.

Si aggiungano, poi, altre considerazioni.

In materia di reati sessuali su minori, è altresì noto l’*overruling* dei Giudici di Strasburgo che, con la pronuncia della Grande Camera della Corte E.D.U. sul caso Tahery, Al Kaway a v. Regno Unito del 15 dicembre 2011, hanno ritenuta compatibile, con le garanzie convenzionali, la condanna penale fondata su dichiarazioni decisive di teste *de relato*, anche se il teste diretto non poteva essere sentito per motivi oggettivi (irreperibile, morto o ritenuto teste debole da proteggere).

Precedentemente, si deve rilevare che la Corte E.D.U. riteneva sussistere la violazione dei diritti garantiti dall’art. 6 Conv. quando una sentenza di condanna si basava, in misura unica o determinante, sulla testimonianza del teste non sottoposto a controinterrogatorio.

La giurisprudenza dominante della Suprema Corte e la migliore dottrina italiana, da tempo hanno chiarito che è inutilizzabile la testimonianza *de relato* solo se acquisita in violazione dei diritti delle parti e non, anche, laddove il Giudice ne abbia tratto il proprio unico convincimento su cui fondare la decisione.

Ci si chiede, anche in questo caso, quale possa essere la portata degli effetti processuali laddove, come pare indicare il D. Lgs. n. 215/2015 al vaglio parlamentare, il Giudice possa decidere autonomamente sulla “vulnerabilità” o meno della presunta persona offesa e, quindi, sulla sua capacità a prestare, o meno, l’attività dichiarativa sui fatti di reato o su una porzione di essi, avendo, come spesso accade, la possibilità di escutere esclusivamente i testimoni indiretti.

## NOTE SU COMPATIBILITÀ TRA DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO E DIVIETO DEL NE BIS IN IDEM.

A cura dell'Avv. Alfredo Serra.

La nota sentenza 'Grande Stevens' della Corte EDU, che ha giudicato incompatibile con il diritto al *ne bis in idem*, di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, il sistema di 'doppio binario' tra sanzione amministrativa e sanzione penale (e tra i relativi procedimenti applicativi) in materia di abusi di mercato, potrebbe determinare diverse ricadute in altri ambiti del nostro ordinamento, a partire da quello tributario, rispetto al quale – ad esempio - il legislatore, pur intervenendo recentissimamente con il D.lgs. 158/2015, non ha inteso sul punto assumere una scelta inequivoca.

In realtà, numerosi sono i campi dell'ordinamento su cui potrebbero riflettersi gli effetti della citata sentenza: ambiente, urbanistica, sicurezza sul lavoro, ovvero tutti quelli attraversati da una molteplicità di risposte punitive da parte dello Stato.

E dunque, l'interrogativo che si potrebbe porre è se, alla luce dell'esperienza giurisprudenziale sovranazionale, non sia possibile l'affermazione del *ne bis in idem* come di un principio che funga da limite al potere punitivo dello Stato, che una volta esauritosi, non può essere replicato, ancorché in sedi giurisdizionali differenti.

Ed ancora, se individuato a livello sovranazionale un principio di tal fatta, la soluzione interna passa per un ricorso alla Corte Costituzionale ex art. 117 o, viceversa, mediante diretta applicazione da parte del giudice ordinario ai sensi dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Venendo al nostro tema, in realtà va detto che nonostante la vigenza dell'art. 19 del D.lgs. 74/2000, non è venuto meno il cd. doppio binario penale-amministrativo, con ciò sollevandosi, da parte di molti interpreti, notevoli dubbi di legittimità con le previsioni europee.

Su tale aspetto probabilmente va fatta una riflessione anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha più volte mostrato resistenze all'affermazione *tout court* del principio in oggetto.

Si veda quanto affermato dalle Sezioni Unite che nel 2013, nel risolvere un contrasto sull'applicazione temporale dei reati di omesso versamento, hanno approfondito i rapporti tra reati e illeciti amministrativi di omesso versamento tributario, ritenendo che non era a parlarsi di rapporto di specialità, ma al contrario di progressione illecita, escludendo altresì un concorso apparente di norme ed eliminando così qualsiasi possibilità di applicazione del divieto di ne bis in idem: *pur nella comunanza di una parte dei presupposti (erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle stesse all'Erario con le modalità stabilite) e della condotta (omissione di uno o più versamenti mensili dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dal requisito della "certificazione" delle ritenute, richiesto per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell'omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per l'assunzione di rilevanza dell'omissione, fissato, per l'illecito amministrativo, al giorno quindici (poi passato al sedici) del mese successivo a quello di effettuazione delle ritenute, e coincidente, per l'illecito penale, con quello previsto per la presentazione (entro le date del 30 settembre ovvero del 31 ottobre) della dichiarazione annuale di sostituto di imposta relativa al precedente periodo d'imposta. Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto tra i due illeciti in termini non di specialità, ma piuttosto di "progressione": la fattispecie penale [...] costituisce in sostanza una violazione molto più grave di quella amministrativa.*

Se però, sul versante nazionale, non poche sono state le resistenze all'affermazione 'a tutto tondo' del divieto di ne bis in idem, su quello internazionale, viceversa, la Cedu a più riprese è intervenuta per segnalare le violazioni di cui all'art. 4 prot. n° 7 della convenzione, che appunto sancisce il divieto di un secondo giudizio. Così come la Corte di Giustizia Europea (cfr. sul punto *Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10*) ha sottolineato quali siano i momenti di verifica della eventuale doppia applicazione di una sanzione, evidenziando che non osta all'art. 50 CDFUE 'una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, al fine di assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione', e che per valutare

correttamente la natura penale della sanzione tributaria – accertamento preliminare alla possibilità di sollevare una questione di *ne bis in idem* – occorre analizzare la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e, infine, la natura e il grado di severità della sanzione.

Ed ancora, la Corte EDU, (cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*) ha posto in luce una interpretazione del principio del *cd. same offence*, partendo dalla considerazione che l'analisi dell'eventuale divieto del *ne bis in idem* non può vertere solo ed esclusivamente sul rapporto formale tra le fattispecie, ma deve partire dalla valutazione del fatto nella sua effettiva materialità

Nel panorama giurisprudenziale nazionale, l'esclusione da parte della Corte di cassazione di dubbi circa la duplicazione sanzionatoria in ambito tributario, si fonda su diversi argomenti: da un lato, si osserva che la duplice sanzione in caso di omesso versamento di ritenute certificate non violerebbe la garanzia del *ne bis in idem*, poiché l'illecito amministrativo tributario, in rapporto di progressione illecita con il reato, non può essere considerato avente natura penale, mancando il requisito della gravità della risposta sanzionatoria (cfr. Cass., Sez. III, n. 20266 del 2014, P.G. in proc. Zanchi; Cass. pen., Sez. III, n. 31378 del 2015). Dall'altro, ulteriore argomento è quello per il quale non sussisterebbe la violazione del *ne bis in idem*, poiché gli interessi tutelati dalla norma amministrativa e da quella penale sono differenti. Invero, secondo detta impostazione l'elemento della certificazione falsa delle ritenute qualificerebbe in modo differente la fattispecie penale rispetto all'illecito amministrativo.

Va anche sottolineato che, secondo alcuna dottrina il principio del *ne bis in idem* è sancito per regolare esclusivamente rapporti tra procedimenti penali, e dunque non dovrebbe estendersi alle relazioni con i procedimenti amministrativi, salvo non voler dare vita ad un diritto di pura elaborazione giurisprudenziale

Tuttavia, non si può non essere consapevoli che una soluzione affidata solo alle decisioni dei giudici di merito rischia di creare applicazioni discrezionali ed irragionevoli, con una prevalenza della sanzione amministrativa o penale del tutto casuale, frutto della celerità con cui si avviano o concludono i procedimenti.

Per tale motivo, l'auspicio è un intervento legislativo o giurisprudenziale di tipo nomofilattico che orienti l'interprete e argini gli effetti delle pronunce sovranazionali



# AREA CIVILE

A cura degli Avv.ti Gian Vittorio Sepe e Marco Franzini

## PREMESSA

Riflessioni sulle riforme che hanno interessato, più o meno organicamente, il codice di procedura civile negli ultimi anni, loro concreta attuazione e ruolo fondamentale di tutti gli operatori del diritto per la attuazione di qualsivoglia riforma processuale (si pensi, ad esempio, alla sostanziale quotidiana disapplicazione dell'art. 183, VII co., c.p.c. – ordinanza sull'ammissione dei mezzi di prova prevalentemente emessa a seguito di udienza appositamente fissata e non all'esito dello scambio delle memorie previste dal VI comma - e dell'art. 185-bis c.p.c. – sul tentativo di conciliazione; disapplicazione sistematica dell'art. 81-bis delle disp. att. c.p.c. sulla calendarizzazione del processo).

Aspetti critici e lacunosi in merito alle procedure stragiudiziali; interesse alla riduzione del numero delle udienze (con particolare riferimento alle udienze che nella prassi quotidiana si concretizzano una mera riproposizione di argomenti già contenuti negli atti difensivi).

- 1) Possibile intervento sull'art. 183, VII comma, c.p.c. nella parte in cui non prevede espressamente che il giudice non possa fissare una udienza successivamente allo scambio delle memorie previste dal VI comma dell'articolo in parola per la sola discussione sull'ammissione dei mezzi di prova;
- 2) Possibile intervento sull'art. 189 c.p.c. nella parte in cui non prevede espressamente che il giudice non possa fissare una udienza per la sola precisazione delle conclusioni a meno che ciò non sia richiesta almeno da una delle parti. L'avvento del PCT consente il deposito telematico delle conclusioni e potrebbe prevedersi la fissazione di un termine per detto deposito all'esito del quale, nel termine di cinque giorni, il giudice fissi i termini per lo scambio delle memorie perviste dall'art. 190 c.p.c. ovvero vengano assunti i provvedimenti di cui agli art. 281-quinquies o sexies;

- 3) Possibile inserimento delle previsioni di cui all'art. 81-bis disp. att. c.p.c. all'interno dell'art- 183 c.p.c. e generale previsione delle conseguenze disciplinari e sanzionatorie per i casi di violazione dei termini (anche ordinatori) previsti dal codice di rito a carico dei giudici;
- 4) Criticità dell'istituto della negoziazione assistita e della mediazione: ruolo degli avvocati e linea di discrimen tra gli stessi istituti (ricordarsi però che aiga sostiene adr).
- 5) Incertezza sulla modalità di chiamata in causa del terzo nell'ambito delle cause di opposizione a decreto ingiuntivo

### Possibile intervento sull'art. 183, VII comma, c.p.c.

Il 7° comma dell'art. 183 c.p.c. nella sua attuale formulazione, così come risultante dall'intervento del D.L. 14 marzo 2010, n. 35 e successive modificazioni, dispone che, salva l'applicazione dell'art. 187 c.p.c., il Giudice provveda sulle richieste istruttorie "fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti.

Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni".

Alla luce di tale previsione normativa, fatta salva, ovviamente, la remissione della causa in decisione, il giudice pare posto di fronte ad una duplice possibilità:

1. provvedere sulle richieste istruttorie **i)** immediatamente, ossia direttamente nel corso dell'udienza *ex art.183*, ovvero **ii)** a seguito di riserva e, quindi, se ammette mezzi istruttori, fissare l'udienza di cui all'art.184 per l'assunzione ovvero, ancora, se ritiene di non dover ammettere alcun mezzo istruttorio, invitare le parti a precisare le conclusioni;
2. assumere i provvedimenti di cui al precedente punto con ordinanza emanata fuori udienza evidentemente nel caso in cui gli siano stati richiesti i termini a sensi del 6° comma dell'art.183.

La formulazione letterale della norma, peraltro, ha dato e continua a dare adito ad interpretazioni molto meno rigorose e rigide di tal chè, nella applicazione quotidiana, alle due ipotesi sopra menzionate se ne affiancano altre.

Secondo alcuni autori e secondo la prassi giurisprudenziale, del resto, la disposizione non esclude che il giudice istruttore possa decidere di rinviare ad un'udienza non già per assumere le prove ammesse, ma invece per decidere se e cosa assumere; un'opportunità che consente al giudice di elasticizzare il rito, ma che non pare venire incontro ad una delle evidenti obiettivi della nuova disciplina, che è quello di evitare per quanto possibile l'inutile moltiplicarsi di udienze davanti all'istruttore.

Il Tribunale di Torino, ad esempio, ha espressamente affermato quanto segue: “nel caso di concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6 c.p.c., è possibile fissare un'udienza, all'esito della quale provvedere sulle eventuali richieste istruttorie o invitare le parti a precisare le conclusioni, tenuto conto, tra l'altro, a) del disposto di cui all'art. 183, comma 7, seconda parte, c.p.c., ai sensi del quale "se provvede con **ordinanza** pronunciata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni", b) dell'opportunità di consentire alle parti di eccepire l'eventuale tardività o irrivalenza delle memorie previste dalla norma e, in particolare, della terza memoria (destinata alle sole indicazioni di prova contraria), c) della necessità di sentire i difensori delle parti sul "calendario del processo" ex art. 81 bis disp. attuaz. c.p.c.”.

Tale pronuncia, che pure comporta un “ritorno al passato” tenuto conto del recupero implicito della fissazione di una udienza per la discussione sull'ammissione dei mezzi di prova che con il superamento del previgente art. 184 c.p.c. si pensava destinata a scomparire, può rappresentare uno spunto di riflessione in termini di revisione del contenuto dell'art. 183, VII comma: qualora, infatti, si dovesse ritenere sostanzialmente irrinunciabile una simile udienza (anche al fine di dare compiuta realizzazione alla previsione dell'art. 81 bis Disp. att. c.p.c., v. *infra*) potrebbe essere auspicabile un intervento del legislatore che ne definisca in maniera precisa i contenuti prevedendo indefettibilmente anche la discussione con i difensori delle parti del “calendario del processo”.

### Possibile intervento sull'art. 189 c.p.c

Il vigente codice di rito all'art. 189, I comma, c.p.c. prevede testualmente che “il giudice istruttore, quando rimette la causa al collegio, a norma dei primi tre commi dell'articolo 187 o dell'articolo 188, invita le parti a precisare davanti a lui le

conclusioni che intendono sottoporre al collegio stesso, nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell'art. 183. Le conclusioni di merito debbono essere interamente formulate anche nei casi previsti dall'articolo 187, secondo e terzo comma”; pari disciplina è prevista sia per il processo davanti al Tribunale in composizione monocratica, per espresso richiamo (art. 281-quinquies c.p.c.), sia per il processo davanti al Giudice di Pace, per formulazione analoga, (art. 321 c.p.c.).

A fronte del preciso dovere di invitare le parti a precisare le conclusioni da sottoporre al vaglio del giudicante, pertanto, il legislatore processuale non ha inteso prevedere, almeno espressamente, una apposita udienza per simile incumbente.

Cionondimeno la prassi giudiziale ritiene assolutamente naturale se non addirittura necessaria la fissazione di una udienza *ad hoc* nel momento in cui il Giudice (Unico, Istruttore o di Pace) ritiene la causa matura per la decisione sì che ciò avvenga a seguito di istruzione probatoria o meno; udienza nel corso della quale la precisazione delle conclusioni avviene, a seconda delle differenti consuetudini degli uffici giudiziari, mediante scambio tra le parti di fogli recanti le conclusioni definitivamente formulate che, debitamente siglati dal giudice, vengono allegati al verbale di causa ovvero mediante richiamo delle conclusioni già formulate negli atti introduttivi (ed eventualmente precisate o modificate con le memorie previste dall'art 183, VI comma, c.p.c.) ovvero, ancora, mediante trascrizione a verbale.

Si tratta, però, di udienza che, quanto meno, a partire dalla novella processuale del 1990 si è dimostrata sempre meno improntata ad una effettiva utilità processuale nella tutela del contraddittorio tra le parti e nella effettiva delineazione del perimetro entro cui valutare la corrispondenza tra il chiesto ed il giudicato, quanto più ad una organizzazione dell'ufficio giudiziario e del ruolo dello stesso giudicante.

Prima del 1990, infatti, la giurisprudenza di legittimità era orientata nell'ammettere anche in sede di udienza di precisazione delle conclusioni (già, pertanto, recepita come fenomeno processuale consolidato) anche di nuove domande sempre che l'altra parte avesse accettato, anche tacitamente, il contraddittorio sulle stesse; a mente della sent. N. 3956 del 10 giugno 1998, ad esempio, “la domanda nuova proposta nell'udienza di precisazione delle conclusioni deve ritenersi ritualmente introdotta in giudizio, per accettazione implicita del contraddittorio, ove la parte nei cui confronti è stata proposta abbia eccepito solo con la comparsa conclusionale e non nella stessa udienza

la preclusione ex art. 184 c.p.c.". Le Sezioni Unite del S.C., del resto, hanno definitivamente avallato tale orientamento con sentenza del 22 maggio 1996, n. 4712. L'evoluzione normativa, il regime delle preclusioni sempre più stringente e la conseguente elaborazione giurisprudenziale hanno, però, sempre più limitato la portata dell'istituto della precisazione delle conclusioni tanto da indurre taluni autori a ricorrere anche ad affermazioni piuttosto vigorose sostenendo che a seguito della l. 26 novembre 1990, n. 353, ha perso "buona parte della sua importanza"<sup>1</sup> e "costituisce una dannosa perdita di tempo e spreco di attività giurisdizionale"<sup>2</sup>; altri hanno persino suggerito di sopprimere l'istituto<sup>3</sup>.

Deve, peraltro, considerarsi che la stessa giurisprudenza di legittimità quando chiamata a pronunciarsi sul tema ha sempre espresso una posizione che negava la necessità della fissazione di una apposita udienza per la precisazione delle conclusioni: secondo il S.C., infatti, la rimessione in decisione non è subordinata al fatto che abbia luogo una udienza apposita e, almeno secondo l'orientamento che pare oggi più affermato, persino l'omissione dell'invito a precisare le conclusioni non cagiona nullità alcuna, tutt'al più una mera irregolarità che non inficia l'ulteriore corso del giudizio tenuto conto che tale invito non è per l'appunto previsto a pena di nullità e la sua mancanza non lede, di regola, il principio del contraddittorio, rimanendo comunque possibile per i litiganti precisare le proprie conclusioni prima dell'invio della causa al collegio (in questo secondo, ad esempio, si veda Cass. civ. Sez. I, 10 novembre 2006, n. 24041). Posizione analoga è espressa, almeno quanto alla non necessità di fissazione di una udienza *ad hoc*, anche per quanto concerne il rito dinanzi al Giudice di Pace (Cass. Civ. Sez. II, 23 dicembre 2011, n. 28681).

La prassi di fissare una simile udienza, comunque, viene sovente legittimata a livello normativo ricorrendo al generale potere di direzione del procedimento, che l'art. 175 c.p.c. riconosce al giudice istruttore. Del resto, la stessa Corte Costituzionale, seppure *incidenter tantum*, ha ritenuto che la fissazione di una udienza al solo scopo di far precisare alle parti le loro conclusioni non si ponga in contrasto con l'attuale assetto processuale (cfr. Corte Cost. sent. N. 333/2002).

---

<sup>1</sup> VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 2000, p. 147.

<sup>2</sup> MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, p. 309.

<sup>3</sup> CIPRIANI – CIVININI – PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, in *Foro it.*, 2001, V, c.82 o anche CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, ivi, 2001, V, c 326.

In questo contesto, pur non giungendo alla più estrema soluzione di sopprimere definitivamente l'istituto della precisazione delle conclusioni riservando, ad esempio, alla comparsa conclusionale (in caso di discussione scritta) la ulteriore finalità di cristallizzare in via definitiva le domande da sottoporre al giudice, ben può ipotizzarsi che venga normativamente previsto che la precisazione delle conclusioni debba avvenire mediante deposito di un atto scritto fuori udienza in un termine da assegnarsi da parte del Giudice dopo il quale il medesimo dovrà assegnare i termini per lo scambio delle memorie previste dall'art. 190 c.p.c. ovvero assumere i provvedimenti di cui agli art. 281-quinquies o *sexies*.

L'avvento del c.d. processo civile telematico ha, peraltro, di fatto già consolidato la prassi del deposito del c.d. foglio di precisazione delle conclusioni prima dell'udienza fissata proprio per tale incombente rendendone ancor meno comprensibile l'esistenza.

### [Possibile inserimento delle previsioni di cui all'art. 81-bis disp. att. c.p.c. all'interno dell'art- 183 c.p.c.](#)

L'art. 81-bis disp. att. cod. proc. civ., sotto la rubrica "Calendario del processo", stabilisce nel primo che "il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombeni che verranno in ciascuna di essa espletati, compresi quelli di cui all'articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini". Nel secondo comma, inoltre, letteralmente recita: "il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi".

La norma, introdotta dal legislatore nell'ambito della novella di cui alla L. 18 giugno 2009, n. 69 e poi ulteriormente modificata e "rafforzata" con il D.L. 13 agosto 2011, n. 138, costituisce evidentemente una articolazione dell'art. 175 cod. proc. civ. che affida

al giudice istruttore la direzione del procedimento attribuendogli “tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento” di esso.

La disposizione di cui si tratta, del resto, si inserisce in un provvedimento normativo il cui intento, a prescindere da ogni valutazione circa le singole soluzioni adottate, era evidentemente quello di velocizzare il processo civile, di evitare il proliferare di udienze prive di effettivo contenuto e di concreta utilità e di contribuire alla realizzazione del principio di ragionevole (e prevedibile) durata del processo.

Il legislatore, per usare le parole della Corte Costituzionale, “rendendo esplicito e disciplinando con maggior dettaglio il potere-dovere del giudice di formare il calendario del processo (quando provvede sulle richieste istruttorie e, quindi, non in relazione ad ogni causa e ad ogni momento di essa), ha inteso perseguire l’esigenza di rendere conoscibili alle parti (sia pure in modo non rigido) i tempi del processo stesso, la necessità di evitare (per quanto possibile) inutili rinvii e ancora la possibilità di realizzare il principio di ragionevole durata del processo, richiamato in modo espresso nel testo normativo. In sostanza, come è stato autorevolmente osservato, si tratta di uno strumento che consente un’organizzazione programmata del processo, attraverso un «governo dei tempi» delle fasi di necessaria articolazione della procedura, che ne riduca la durata, introducendo elementi di prevedibilità concreta del momento nel quale la causa arriverà a decisione” (C. Cost., sent. 3-18 luglio 2013, n. 216).

In quest’ottica, sancita la legittimità costituzionale della norma in quanto diretta espressione di una discrezionalità non manifestamente irragionevole del legislatore nel conformare gli istituti processuali, potrebbe essere preferibile ricondurre la disciplina del “calendario del processo” nell’ambito dell’art. 183 c.p.c. in modo da:

1. Espungerla dal contesto delle disposizioni attuative e transitorie (se non, eventualmente, per il secondo comma);
2. Qualificarne in via definitiva la portata escludendone l’applicabilità discrezionale che molta giurisprudenza di merito ancora rincorre (si veda, ad esempio, Trib. Catanzaro, sez. II, Ord. 3 giugno 2010, est. Tallaro o, più esplicitamente, Trib. Varese, sez. I, 15 aprile 2010, n. 710 secondo cui: “nell’ordinanza con cui il giudice si pronuncia sulle richieste istruttorie, il magistrato “può” discrezionalmente apporre il calendario, sentiti i difensori, come può, invece, ritenere tale incumbente da non espletare, motivando la sua scelta in base alle ragioni del caso

concreto”, redazione Giuffrè; ma, ancor più efficacemente, si veda la prassi rinvenibile quotidianamente nelle aule di giustizia in cui la norma viene disapplicata sistematicamente);

3. Coordinarne il contenuto con quello dell’art. 183 c.p.c. e con il contenuto dell’ordinanza ammissiva dei mezzi istruttori.

## Criticità dell’istituto della negoziazione assistita e della mediazione

A mezzo del D.L. 132/2014, così come convertito nella L. 162/2014, è stato introdotto l’istituto, di nuovo conio nel nostro Paese, della negoziazione assistita.

Scopo precipuo dell’introduzione di tale istituto si può rinvenire a buon titolo nell’obiettivo di snellire, ridurre, semplificare la mole di contenzioso, ricercando il perseguimento in una fase stragiudiziale che vede l’assistenza dei difensori di parte, di un accordo amichevole, grazie al quale si possa evitare di ricorrere al Tribunale.

Preme evidenziare, innanzitutto, che il legislatore con l’introduzione dell’istituto della negoziazione assistita non ha inteso creare uno strumento sostitutivo dell’istituto della mediazione bensì e per contro, un mezzo che si aggiunga a quanto già legislativamente previsto e disciplinato in tema di mediazione, perseguendo in entrambi i casi finalità di deflazione del contenzioso.

Innanzitutto, il dato normativo sul punto chiarisce l’assenza di sovrapposizioni tra gli istituti, laddove disciplina la negoziazione assistita come obbligatoria nelle ipotesi di controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti o afferenti al pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti l’importo di euro 50.000, con espressa esclusione e, quindi facendo salvi i casi di mediazione obbligatoria ai sensi e per gli effetti dell’art. 5 del D. Lgs. n. 28/2010 (ovvero quelle in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa, contratti assicurativi, bancari e finanziari).

Pertanto, il rischio di una sovrapposizione a livello normativo viene escluso dal tenore testuale e letterale del disposto dell’art. 3, tale per cui, essendo fatte salve le disposizioni in tema di mediazione obbligatoria, ben può escludersi che le parti



possano trovarsi nella gravosa situazione di dover fare ricorso ad entrambi i procedimenti stragiudiziali, ferma restando la possibilità di una eventuale scelta in tal senso, che resta comunque confinata nell'alveo della facoltatività. Basti precisare che nell'ipotesi di mediazione obbligatoria, pur non potendosi escludere in via opzionale il ricorso preliminare alla negoziazione assistita, tuttavia, in caso di esito negativo della stessa, non sarà possibile adire direttamente il Tribunale, ma occorrerà esperire ulteriormente il procedimento di mediazione prescritto per legge, dato che, attesa la non sovrapposibilità o equivalenza degli istituti, l'esperimento del primo rimedio non comporterà l'assolvimento dell'obbligo e la soddisfazione della condizione per cui la domanda in giudizio possa ritenersi procedibile.

Va, altresì, rilevato come benché si tratti in entrambi i casi, di istituti miranti al raggiungimento di un accordo di carattere privatistico tra le parti in via stragiudiziale, elemento principale di discrimen si rinviene proprio nel ruolo e nella figura del mediatore. In altre parole, mentre il procedimento di mediazione avviene dinanzi ad un soggetto con posizione di terzietà e di imparzialità ai fini della possibile definizione del contenzioso, nella negoziazione è prevista l'assistenza di uno o più avvocati, spettando, perciò ai legali stessi la ricerca di una soluzione concordata che permetta di risolvere amichevolmente una controversia in via stragiudiziale. Come si comprende dalla stessa denominazione dell'istituto di che trattasi, quindi, la presenza degli avvocati (uno o più) risulta espressamente qualificata come obbligatoria, in tal senso interpretandosi il termine "assistenza".

In buona sostanza, nell'ottica del legislatore, i due istituti sono destinati a convivere, in quanto se il risultato finale può essere il medesimo, ossia un accordo avente natura negoziale, diverse sono le modalità seguite per raggiungerlo.

Da quanto esposto emerge l'importanza del ruolo del/dei legali in *subiecta* materia, vuoi con riferimento agli obblighi di informativa al cliente, con indicazione della possibilità di avvalersi nell'ipotesi in cui sia essa sia facoltativa e con specificazione dei casi di obbligatorietà della stessa, vuoi di assistenza nella fase stragiudiziale della convenzione, vuoi di certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni apposte sotto la propria responsabilità professionale.

Peraltro, i legali sono tenuti, una volta raggiunto l'accordo, oltre ad accertare l'autografia delle firme, anche ad attestare la conformità dello stesso alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 5).

Inoltre, è prescritto espressamente che costituisca illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione egli abbia partecipato.

Nell'ambito della negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale dei coniugi, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, l'avvocato è tenuto a trasmettere all'Ufficiale di Stato

Civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, entro il termine di dieci giorni, copia autenticata dallo stesso dell'accordo munito di certificazioni, secondo quanto previsto dall'art. 5 "Esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione e trascrizione".

A ciò si aggiungano gli obblighi dei difensori i quali, oltre a non poter essere nominati arbitri ex art. 810 c.p.c. nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse, sono tenuti a comportarsi con lealtà e a rispettare il vincolo di segretezza sulle informazioni acquisite durante l'iter procedimentale stragiudiziale che ci occupa, informazioni che è fatto veto siano utilizzate nel corso del giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

Va ulteriormente rilevato come gli avvocati (e coloro che partecipano al procedimento) non possano essere tenuti a deporre in ordine al contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite (cfr. art. 9).

In sintesi, quindi, come specificato dal legislatore, qualora il difensore violi i doveri prescritti di lealtà e riservatezza come enunciati nel citato articolo, sarà passibile di procedimento disciplinare, nell'ipotesi in cui, invece, impugni l'accordo cui abbia partecipato, tale comportamento costituirà illecito deontologico.

La normativa sulla negoziazione assistita, tuttavia, presenta una serie di aspetti critici.

Per quanto riguarda invece i profili problematici, bisogna innanzitutto, far riferimento alla circostanza in cui l'oggetto della controversia riguardi la corresponsione di una somma di denaro. Come già ribadito, l'art. 3, comma 1 del d.l. 132/2014 in tema di negoziazione assistita, intitolato "improcedibilità", prevede che chi voglia proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti

cinquantamila euro debba, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, utilizzare l'istituto della negoziazione assistita; tuttavia, lo stesso comma fa salvi i casi di cui all'art. 5, comma 1 bis del d. lgs. 28/2010 in tema di mediazione. Sia l'art. 5 comma 4, lett. a) del d. lgs. 28/2010 in tema di mediazione che l'art. 3, comma 3, lett. a) del d.l. 132/2014 in tema di negoziazione assistita escludono infatti il ricorso ai rispettivi istituti "nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione" (la mediazione anche "fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione"), con la conseguenza che, in caso di ottenimento di decreto ingiuntivo per il pagamento delle somme *debende*, non sia più necessario ricorrere agli istituti predetti in quanto esclusi per il procedimento di ingiunzione.

In secondo luogo , va rilevata la mancata estensione **dell'istituto in questione all'ipotesi di l'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio. In sede di approvazione degli emendamenti, nell'estendere la procedura di negoziazione anche in presenza di figli minori o maggiorenni ma non autosufficienti, il legislatore avrebbe dovuto tenere conto delle modifiche introdotte al processo civile a seguito della l. 219/12 ed evitare una discriminazione che oggi non ha più ragione di esistere.** L'omesso riferimento al nuovo art. 316 c.c. si pone certamente in contraddizione sia con lo spirito del legislatore del 2012, volto ad eliminare ogni distinzione tra figli, sia con la ratio del d.l. 132/14 laddove lascia immutata un procedura che, al pari di quelle in esso disciplinate, avrebbe ben potuto trovare soluzione anche fuori dalle aule del Tribunale.

Peraltro, l'esigenza di rendere più celeri anche le controversie tra genitori non uniti in matrimonio è stata più volte sottolineata dalla giurisprudenza di merito, ribadendo la necessità di ricavare una fase preliminare di tipo conciliativo in analogia a quanto accade nel rito della separazione e del divorzio (cfr. decreto Tribunale di Milano del 31 maggio 2013 e del 4 novembre 2013).

Ciò che si auspica, a questo punto, è un ulteriore intervento normativo volto a rimediare a questa ulteriore "svista" del legislatore e ad eliminare definitivamente ogni distinzione.

**In terzo luogo**, va rilevato che, allo stato attuale la norma che disciplina la negoziazione assistita lascia completamente privi di tutela i cittadini meno abbienti,

non avendo previsto l'accesso al patrocinio a spese dello Stato e precludendo ad essi di fatto l'accesso alla procedura di negoziazione assistita.

Appare altresì necessaria ed urgente una modifica legislativa che introduca ulteriori e più significativi sgravi fiscali per coloro che accedano alla negoziazione assistita: la previsione di uno sgravio di soli € 250,00, peraltro con modalità di ottenimento piuttosto farraginose ed oscure, non appare sufficiente a svolgere quel ruolo incentivante che invece la normativa fiscale dovrebbe svolgere per favorire il ricorso all'ADR.

## Incertezza sulla modalità di chiamata in causa del terzo nell'ambito delle cause di opposizione a decreto ingiuntivo

A norma dell'art. 269 c.p.c., il convenuto che intenda chiamare un terzo in causa deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella comparsa di risposta e contestualmente chiedere al giudice istruttore lo spostamento della prima udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini dell'articolo 163 bis.

L'applicazione di tale norma nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo comporta alcune difficoltà, non essendo immediatamente e facilmente adattabile all'ipotesi in cui l'opponente intenda chiamare in causa un terzo.

Difatti, in base all'imposta tradizionale che trae origine dalla nota sentenza della Cassazione Civ. n. 8718 del 2000, in conseguenza dell'opposizione al decreto ingiuntivo non si produce alcuna inversione della posizione sostanziale delle parti nel giudizio contenzioso, (diversa è la questione formale) nel senso che il creditore mantiene la veste di attore e l'opponente quella di convenuto; questo esplica i suoi effetti non solo in tema di onere della prova, ma anche in ordine ai poteri ed alle preclusioni processuali rispettivamente previsti per ciascuna delle parti. Ne consegue, seguendo tale indirizzo giurisprudenziale, che il disposto dell'art. 269 c.p.c., che disciplina le modalità della chiamata di terzo in causa, non si concilia con l'opposizione al decreto, dovendo in ogni caso l'opponente citare unicamente il soggetto che ha ottenuto detto provvedimento e non potendo le parti originariamente essere altre che il soggetto istante per l'ingiunzione e il soggetto nei cui confronti la domanda è diretta, così che l'opponente deve necessariamente chiedere al giudice, con l'atto di

opposizione, l'autorizzazione a chiamare in giudizio il terzo al quale ritenga comune la causa sulla base dell'esposizione dei fatti e delle considerazioni giuridiche contenute nel ricorso per decreto, per poi richiedere, laddove il giudice in prima udienza conceda la predetta autorizzazione, la fissazione di altra udienza alla quale chiamare il terzo.

Tuttavia, le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità sono state sottoposte a severe critiche sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza di merito.

Innanzitutto, si sottolinea il fatto che la ricostruzione operata dalla Suprema Corte (da alcuni definita una vera e propria costruzione), si fonderebbe su un'applicazione analogica del secondo comma dell'art. 269 c.p.c., senza che in realtà ne ricorrano le condizioni: si applicherebbe infatti una soluzione dettata per l'attore in senso formale e sostanziale ad un soggetto che è attore solo in senso formale, ma convenuto in senso sostanziale, ciò che è ben più importante; pertanto, sotto il profilo analogico, assai più ragionevole ermeneuticamente sarà semmai trarre spunti per l'applicazione analogica, o meglio ancora per la ricostruzione della fattispecie, più dalla posizione del convenuto nel processo ordinario che da quella dell'attore.

In secondo luogo si evidenzia che, nel momento in cui la Corte di Cassazione afferma che l'opponente che voglia chiamare in causa un terzo non possa farlo subito, ma deve attendere la prima udienza e richiedere, in quella sede, al giudice di fissarne un'altra, per citarlo in giudizio, tradisce la ratio dell'art. 269 c.p.c.; tale norma, infatti, ponendo a carico del convenuto l'onere di richiedere, con la comparsa di risposta, lo spostamento della prima udienza, in modo tale da citare il terzo nel rispetto dei termini di cui all'art. 163 bis c.p.c., si propone di realizzare esigenze di accelerazione del processo e, dunque, evitare che si svolgano udienze di mero rinvio.

Orbene, evidenziate le criticità della soluzione proposta dalla Suprema Corte, la dottrina e larga parte della giurisprudenza giungono alla diversa conclusione che onera l'opponente a chiamare a pena di decadenza i terzi in causa già con l'atto di citazione in opposizione; ci si richiama alla posizione del convenuto in senso sostanziale, il cui diritto di chiamare un terzo in causa è sottoposto all'onere di indicare il terzo già nella comparsa di risposta e contestualmente chiedere al giudice lo spostamento della prima udienza (così da consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini dell'art. 163 bis c.p.c.); per analogia, si ritiene dunque che l'opponente

abbia non solo la facoltà, ma l'onere di proporre la domanda contro il terzo notificandogli l'atto di citazione (di opposizione al decreto ingiuntivo) in cui tale domanda è compresa. Si sottolineano i vantaggi in termini di economia e celerità dei giudizi che la soluzione comporta, evitandosi inutili udienze di rinvio, e si fa notare ancora come saltare il provvedimento necessitato di differimento dell'udienza reso dal giudice istruttore sia del tutto logico, attesa la *ratio* che ne è alla base e che si identifica esclusivamente nella necessità di consentire il rispetto dei termini per comparire per il chiamato, onere che naturalmente può essere direttamente assolto dall'opponente con la previsione di una data di udienza sufficientemente spostata nel tempo.

Non è, dunque, condivisibile la pretesa negazione della possibilità della chiamata di terzo già direttamente con l'atto di citazione, sostenuta dalla Corte di Cassazione con l'apodittica giustificazione secondo cui l'opponente potrebbe citare "unicamente il soggetto che ha ottenuto detto decreto in quanto originariamente le parti non possono essere che colui che ha proposto la domanda di ingiunzione e colui contro il quale la domanda è diretta"

In realtà, anche ad ammettere che l'atto di opposizione segni l'inizio di una fase con alcune caratteristiche delle impugnazioni, è assunto pacifico in giurisprudenza che nel giudizio che si inizia con la citazione in opposizione si dibatterà ormai sul merito della controversia, e non soltanto sulla validità o no del decreto; del resto, se si dovesse seguire l'affermazione della Suprema Corte, ne dovrebbe discendere logicamente un impedimento assoluto alla citazione del terzo (in ipotesi connesso alla natura meramente impugnatoria dell'opposizione), che la Cassazione ovviamente non si è mai sognata di proporre. Non è dato sapere, nel silenzio della motivazione, se la pretesa negazione della possibilità della chiamata di terzo già direttamente con l'atto di citazione sia sorretta da altre ragioni; non sapremo dunque mai perché la chiamata di un terzo sarebbe impossibile in un processo di cognizione che la corte di cassazione pacificamente ritiene essere anche non (solo) un giudizio di impugnazione, ma un vero e proprio processo sul merito della pretesa. *Rebus sic stantibus*, è auspicabile un pronto *revirement* della Corte di Cassazione. E tuttavia, non sono da trascurare le difficoltà cui va incontro il difensore dell'opponente che, prima di eventuali ulteriori pronunce della cassazione, si trovasse a decidere come comportarsi dovendo chiamare

un terzo in causa in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, stretto tra le esigenze di una corretta lettura delle norme e all'opposto con un precedente antitetico in materia processuale; anche per questo, è da considerarsi oltremodo severa la posizione che la giurisprudenza di merito (non senza coerenza, certo) assume quando ritiene che l'opponente decada dal diritto di chiamare in causa un terzo se non si attivi già notificandogli la citazione in opposizione; sul punto, almeno fino ad un deciso *revirement* della cassazione nel senso auspicato, sarebbe preferibile consentire comunque al giudice istruttore di autorizzare l'opponente a chiamare il terzo, mercé il rinvio dell'udienza, quando questi indichi già nell'atto di citazione la necessita di chiamare un terzo preannunciando la richiesta di spostamento dell'udienza: ciò, se si vuole, in ottemperanza: 1) al principio dell'errore scusabile (qui, beninteso, utilizzato solo come ausiliario criterio ermeneutico), certo non "canonizzato" ma con il quale tuttavia non si può evitare di fare i conti, se la procedura deve raggiungere soluzioni accettabili. 2) al principio, questo invero più accettato, per il quale nel processo alle parti non possono essere ridotte o negate facoltà quando ciò non sia disposto normativamente e si è ritenuta l'impossibilità dell'interpretazione estensiva di preclusioni pur previste, salvo che queste operazioni ermeneutiche siano necessarie per evitare censure di incostituzionalità, ipotesi che sembra applicabile anche al caso di specie, considerato come alla statuizione di decadenza si giungerebbe in forza di una complessa ricostruzione della disciplina che risponde alla *ratio* della fase introduttiva nel nuovo processo civile, ma individua la decadenza appunto in forza di un'interpretazione creativa ed innovativa di una disposizione, l'art.269 c.p.c., altrimenti non direttamente applicabile.