Parere reso ai sensi dell'art. 10 L. 24.3.1958 n. 195, limitatamente alle parti riguardanti l'amministrazione della giustizia, sul testo del decreto legge 21.6.2013 n. 69: "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia.".
(Delibera consiliare dell'11 luglio 2013)

«1. Premessa

La presente deliberazione è resa ai sensi dall'art. 10 della legge 195 del 1958, in relazione alle disposizioni previste dallo schema di disegno di legge di conversione del decreto legge n. 69 del 2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 21 giugno 2013, ed in particolare alle disposizioni contenute nel titolo III, "*Misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile*".

Deve, preliminarmente, osservarsi che l'intervento legislativo è ampio ed eterogeneo, sebbene animato da un intento unitario esplicito.

Come emerge dal testo della relazione di accompagnamento, la *ratio* ispiratrice del provvedimento risiede nell'obbiettivo di dare impulso al sistema produttivo del Paese attraverso il sostegno alle imprese, il rilancio delle infrastrutture, operando anche una riduzione degli oneri amministrativi per i cittadini e le imprese.

In questo contesto, si inseriscono gli interventi volti a stimolare la crescita economica, e a semplificare il quadro amministrativo e normativo, e per quanto concerne i temi di diretto interesse consiliare, a rendere più efficiente il sistema giudiziario ed a favorire la definizione del contenzioso civile.

E' noto, d'altro canto, che il corretto funzionamento di un'economia di mercato non può prescindere, tra le altre condizioni, dalla presenza di un sistema giudiziario capace di garantire un'adeguata tutela dei diritti, un'efficace applicazione dei contratti e una tempestiva risoluzione delle controversie che insorgono tra privati, e tra questi e lo Stato.

I canali attraverso cui la qualità del sistema giudiziario riverbera i propri effetti sull'attività economica sono diversi. Una giustizia efficiente aumenta la disponibilità e riduce il costo del credito; favorisce l'allargamento degli scambi, circoscrivendo l'incertezza delle transazioni; promuove la concorrenza, riducendo le barriere all'entrata; stimola gli investimenti.

Tanto premesso, è opportuno muovere alla valutazione dei singoli interventi previsti dal decreto, non senza avere rilevato, in via di premessa, che il provvedimento si caratterizza per l'ambizione di agire in modo sinergico e coerente su alcuni dei principali punti di crisi della giustizia civile.

La straordinarietà della situazione, complessivamente deficitaria, che, ad oggi, è dato riscontrare nelle corti di merito come in quella di legittimità e la necessità di segnare una decisa e salutare inversione di rotta ha giustificato il ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza.

L'apparato normativo compendiato nel titolo III del decreto-legge n. 69 del 2013 si snoda, d'altronde, attraverso distinte linee operative, tutte convergenti verso il fine dichiarato della significativa riduzione, in un arco temporale relativamente contenuto, del notevole arretrato che ha sin ad ora impedito il successo dei plurimi tentativi di restituire alla giustizia civile accettabili livelli di efficienza.

Nel dettaglio, sul versante del contenimento del carico di controversie in entrata, oltre alla norma in materia di scioglimento della comunione, viene in rilievo il ripristino della c.d. "mediazione obbligatoria", introdotta dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 oggetto della declaratoria d'incostituzionalità, per eccesso di delega, della Corte Costituzionale (sentenza n. 272 del 24 ottobre 2012).

Intese a rendere più celere e snello, nelle sue varie fasi, l'*iter* processuale e ad assecondare soluzioni negoziate della controversia sono, invece, le disposizioni in tema di conciliazione, di intervento del Procuratore generale davanti alla Corte di cassazione, di procedimento monitorio, di semplificazione della motivazione della sentenza.

Si riferiscono ai profili prettamente organizzativi le disposizioni relative all'introduzione dei giudici ausiliari in appello, alla regolamentazione degli *stage* formativi preso gli uffici giudiziari, alla creazione della figura dell'assistente di studio a supporto delle sezioni civili della Corte di cassazione.

Prescindendo dalla condivisibilità e della materiale praticabilità delle diverse soluzioni approntate può dirsi che la novità della riforma consiste nella evidente consapevolezza che il recupero di efficienza del sistema impone il ricorso a soluzioni moderne ed innovative.

A completamento dell'esame preliminare dei contenuti del decreto-legge, vanno citate la norma speciale per la competenza territoriale per la trattazione delle cause riguardanti le società con sede all'estero che non hanno una sede secondaria in Italia, la rimodulazione dell'istituto del c.d. "concordato con riserva" e la reintroduzione della partecipazione dei magistrati in servizio alle commissioni per l'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense.

2. La mediazione obbligatoria

L'art. 84 del Capo VIII del decreto legge n. 69/13 introduce una serie di dettagliate modifiche al decreto legislativo 4 marzo 2010 relativo alla: "*Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giungo 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*".

Occorre rammentare che l'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 aveva conferito al Governo la delega ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

Il decreto legislativo oggetto dell'odierno intervento di modifica costituisce l'attuazione di quella delega.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, con delibera datata 11 marzo 2009, ha espresso il proprio parere sulla delega contenuta nell'art. 39 del disegno di legge n. 1441 bis C, norma sostanzialmente recepita nell'art. 60 della legge delegata n. 69/2009.

Successivamente, nella seduta del 4 febbraio 2010, ha approvato il parere in ordine allo schema di decreto legislativo di attuazione.

Nel corpo di tali delibere, ricostruita la cornice normativa vigente in materia e chiariti i principi ispiratori delle forme alternative di risoluzione della controversia, si è dato favorevolmente atto dell'introduzione del nostro sistema giudiziario della possibilità di ricorrere in via generale, per la risoluzione delle controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili, ad uno strumento alternativo rispetto alla giurisdizione, già previsto , invero, da precedenti interventi normativi, ma limitato a singoli settori od a specifiche materie.

Si era espressa una valutazione complessivamente positiva sulla introduzione dell'istituto, riconoscendone la sua rispondenza alle esigenze della società civile e del sistema economico, nonché la perfetta coerenza con le scelte in tale direzione già compiute dall'Unione europea.[1]

Il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, nell'interpretare e fare applicazione dei criteri e principi espressi nella legge - delega, aveva ritenuto di introdurre nel sistema normativo, oltre alle fattispecie di mediazione facoltativa - su richiesta delle parti - e di quella su sollecitazione del giudice, anche la mediazione obbligatoria; tale procedura era stata prevista quale condizione di procedibilità - la cui mancanza poteva essere eccepita dal convenuto o rilevata dal giudice - della domanda giudiziale in una pluralità di materie elencate all'art. 5.

Sollecitata da numerose questioni incidentali sollevate nell'ambito di alcuni procedimenti civili la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 272 del 2012, ha ritenuto che *il carattere obbligatorio*

---

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

dell'istituto di conciliazione e la conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs.vo n. 28 del 2010, fosse estraneo ed eccedente la delega legislativa, e ha dichiarato pertanto la illegittimità costituzionale della disposizione di legge per violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione. Sono state così espunte dal testo normativo, oltre al comma 1 dell'art. 5, che disciplinava in via diretta l'istituto, anche, in via consequenziale, tutte le ulteriori disposizioni - collocate negli artt. 5, 6, 7, 8, 11, 13, 17 e 24 del decreto legislativo - che sarebbero rimaste prive di significato e giustificazione in assenza di esso.

Il decreto legge in esame, non vincolato dai limiti della delega legislativa del 2009, sostanzialmente ripristina l'istituto della mediazione obbligatoria reintroducendo, pur con alcune innovazioni, le disposizioni normative venute meno a seguito della sentenza 272/2012.

Il principale oggetto del nuovo intervento normativo è, quindi, la - definitiva - riaffermazione della scelta di introdurre nell'ordinamento la fattispecie obbligatoria della mediazione, almeno in una serie di materie che rappresentano una rilevante percentuale dell'intero contenzioso civile.

Tale scelta è stata, fin dal tempo dell'adozione del D.lgs. 28 del 2010, oggetto di intenso dibattito sotto il profilo, oltre che della regolarità formale rispetto alla delega, della correttezza culturale e funzionalità effettiva.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, nel parere reso sulla legge di delega e, in maniera più articolata, in quello del 4 febbraio 2010 concernente lo schema di decreto legislativo, aveva espresso perplessità in ordine alla scelta osservando che: "*il tentativo di conciliazione può avere successo solo se è sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo. In questo caso si trasforma in un mero adempimento formale, che ingolfa gli uffici preposti, ritardando la definizione della controversia e sottraendo energie allo svolgimento dei tentativi di conciliazione seriamente intenzionati. Pertanto, la facoltatività del ricorso alla mediazione sembra poter meglio garantire il raggiungimento delle finalità cui lo strumento stesso è preordinato*".

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

Le valutazioni richiamate debbono essere oggi riconsiderate alla luce del complessivo nuovo contesto ordinamentale, nonché del consapevole – ed efficace – coerente indirizzo di politica giudiziaria assunto dal legislatore.

In primo luogo bisogna prendere atto che, per il limitato periodo in cui ha avuto efficacia, la mediazione obbligatoria è apparsa produrre risultati non irrilevanti.

Dai dati disponili presso Direzione Generale di statistica del Ministero della Giustizia risulta, infatti, che tra il 21 marzo 2011 ed il 20 giugno 2012, nelle materie in cui la mediazione è prevista quale condizione di procedibilità ed in cui ha avuto effettivamente corso, si è registrata una non elevata partecipazione alla procedura delle parti – nel 64,2 per cento dei casi la parte convenuta non si è infatti presentata davanti al mediatore indicato - ; d'altra parte, quando tale partecipazione si è verificata, nel 46,4% delle ipotesi è stato raggiunto l'accordo che ha evitato il procedimento contenzioso.

I dati paiono, in definitiva, dimostrare che esiste una radicata diffidenza da parte dei cittadini nei confronti dell'istituto, fondata probabilmente sulle esperienze precedenti di insuccesso di analoghi meccanismi, nutrita dal timore che un nuovo investimento di energie in sede stragiudiziale provochi ulteriori, inutili perdite di tempo e di risorse in vista di una inevitabile progressione verso il contenzioso giudiziale.

Il fatto che in quasi la metà dei casi sottoposti a mediazione sia intervenuto un accordo stragiudiziale, dimostra che le resistenze culturali sono frutto di una percezione errata, e comunque superabile.

L'istituto ha dimostrato di avere una capacità di portare benefici al sistema in misura superiore alle attese, smentendo l'assunto secondo il quale le parti, una volta pervenute alla determinazione di affrontare il giudizio, non manifestino alcuna disponibilità a rivedere le proprie posizioni e non intendano assoggettarsi ad un meccanismo imposto contro la loro volontà.

Che si tratti di una resistenza culturale pregiudiziale è dimostrato dai dati relativi all'esperimento, sempre nel periodo marzo 2011 – giugno 2012, della mediazione facoltativa, su iniziativa volontaria delle parti o su invito del giudice atteso che essa ha trovato luogo soltanto, rispettivamente, nel 16% e nel 2,8 degli affari in cui sarebbe stata possibile.[2]

Appare, quindi, ragionevole e condivisibile la scelta del legislatore d'urgenza di ulteriormente insistere per la introduzione nel sistema dell'istituto, non essendo implausibile ritenere che, a regime, esso possa divenire una forma di definizione del contenzioso concreta e generalmente praticata, capace di fornire un indispensabile contributo di funzionalità e di effettività al sistema giudiziario civile.

---

[2] Si tratta sempre di dati offerti dalla Direzione Generale di statistica del Ministero della Giustizia

La conciliazione, d'altra parte, deve essere valorizzata non soltanto quale strumento deflattivo ma quale mezzo per ampliare l'area della tutela, configurandosi come *"uno dei diversi mezzi di risoluzione delle controversie disponibile in una società moderna, che può essere il più idoneo per alcuni tipi di controversie, ma certamente non per tutte*" (cfr. paragrafo 1.1.4 della relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva europea in tema di mediazione in materia civile e commerciale).

La mediazione (come più in generale tutte le forme alternative di risoluzione della controversia) può divenire, in ultima analisi , uno strumento importante per la trasformazione della giustizia civile al fine di renderla più flessibile e più attenta alle caratteristiche del caso concreto, nell'ambito di un sistema integrato di giustizia che tenda a specializzare la funzione dei vari strumenti di definizione, in una migliore articolazione non solo degli strumenti alternativi alla decisione, ma anche della gamma di quelli decisionali in senso stretto.

Non sfugge, infatti, che la mediazione ha il pregio di consentire "la continuazione dei rapporti tra le parti" e, pertanto, evita quel clima di agone proprio del ricorso alla giurisdizione, che determina, inevitabilmente, la conflittualità di tali rapporti.

Si tratta, pertanto, di un cambiamento di prospettiva culturale prima ancora che tecnico-giuridica, essenziale al fine di provocare una inversione di tendenza rispetto al progressivo esponenziale aumento del carico di lavoro degli uffici giudiziari civili, sollecitato anche in sede europea. Nella Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea n. 362 del 2013 *"sul programma nazionale di riforma 2013 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità dell'Italia 2012-2017"* si sottolinea, infatti, che *"a seguito della sentenza della Corte costituzionale dell'ottobre 2012 sulla mediazione, è necessario intervenire per promuovere il ricorso a meccanismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie"*[3], e si richiede all'Italia di adottare provvedimenti per *"abbreviare la durata dei procedimenti civili e ridurre l'alto livello di contenzioso civile, anche promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie"*[4].

Deve, in definitiva, esprimersi un giudizio incondizionatamente favorevole sulla scelta di fondo assunta dal legislatore.

La nuova normativa si incardina nella disciplina contenuta nel d.lgs.vo 28 del 2010 antecedentemente alla pronuncia della Consulta, e reinserisce le disposizioni espunte, introducendo alcune ulteriori modificazioni.

---

[3] considerando 11

[4] punto 2

In primo luogo l'ambito delle materie soggette alla mediazione è stato ridotto, eliminandosi la previsione della mediazione quale condizione di procedibilità nelle cause per risarcimento del danno da circolazione stradale.

Il motivo di tale esclusione non è ben comprensibile, tenuto conto che gli artt. 148 e 149 della L. 209/2005 (cd. Codice delle Assicurazioni) prevedono la facoltà dell'assicuratore di formulare una "congrua offerta" e non contemplano, quindi, alcuna forma di rapporto, quale è la mediazione, dal quale la definizione della controversia possa derivare in ragione di una preliminare modulazione delle volontà di entrambe le parti.

La circostanza che una delle parti del rapporto sia una compagnia assicuratrice non esclude, d'altro canto, la possibile efficacia del meccanismo, tenuto conto dell'interesse, comune anche a detta parte, di definire in tempi rapidi e con stabilità il rapporto con l'assicurato.

D'altra parte, occorre rilevare che l' esclusione di un così numericamente rilevante settore di contenzioso contrasta con la prospettiva dichiarata della massima diffusione ed espansione dell'istituto e non considera che si tratta di affari nei quali la litigiosità riguarda spesso profili di non particolare complessità tecnica, quali la liquidazione del danno, suscettibili di utile componimento stragiudiziale sulla base di un mero bilanciamento di costi e benefici.

Appare, quindi, auspicabile l'inclusione anche di tali controversie nel novero di quelle soggette alla mediazione obbligatoria.

Nella stessa prospettiva appare poco comprensibile l'esclusione delle azioni di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale ed extracontrattuale diverse da quelle espressamente previste dal decreto , che per numero e natura paiono, parimenti, suscettibili di utile assoggettamento alla mediazione.

Deve sottolinearsi, peraltro, la carenza di qualsiasi disciplina diretta a regolare il caso di contemporanea proposizione, nel medesimo giudizio di azioni soggette e non soggette a mediazione obbligatoria.

Il tema assume rilievo sia con riferimento , ad esempio, al caso in cui l'azione soggetta a mediazione obbligatoria sia proposta in via riconvenzionale, che con riguardo all'evenienza in cui l'attore proponga nel medesimo giudizio due domande connesse, l'una soggetta a mediazione e l'altra non soggetta a mediazione.

E' auspicabile che il legislatore, per l'ipotesi di presenza nel medesimo giudizio di più domande tra le quali una almeno soggetta alla mediazione obbligatoria, preveda un meccanismo di attrazione alla mediazione obbligatoria, al fine , da un lato, di evitare la moltiplicazione artificiosa di giudizi derivante dalla, altrimenti inevitabile, separazione e, dall'altro, di potenziare l'efficacia deflattiva della mediazione.

Appare, ulteriormente, necessario il chiarimento della portata del disposto del punto b) dell'art. 84 , nella parte in cui prevede che in caso di mancato esperimento della mediazione obbligatoria il giudice "allo stesso modo procede" al rinvio dell'udienza, non risultando chiaro se tale facoltà del giudice debba intendersi quale espressione di un suo potere ulteriore di disporre la mediazione (cioè per il caso che le parti non l'abbiano esperita e siano , quindi, incorse nella improcedibilità della domanda) oppure sia conferita ad altri fini.

Perfettamente coerente, invece, con gli obbiettivi perseguiti con la nuova disciplina della mediazione obbligatoria, orientata alla diffusione e penetrazione nella pratica comune dell'istituto, è la modifica dell'articolo 5 comma 2 del D.lgs.vo 28 del 2010 – nel testo precedente l'intervento della Consulta - per cui la mediazione facoltativa su invito del giudice durante il procedimento è sostituita da una nuova ipotesi di procedura conciliativa che il giudicante può imporre disponendone l'esperimento a pena di improcedibilità della domanda giudiziale. Il giudice, quindi, che ravvisi uno spazio di praticabilità della definizione transattiva della controversia non deve più raccogliere il consenso delle parti al tentativo di mediazione ma può rimetterle direttamente dinanzi ai mediatori, indicando l'organismo di mediazione.

Utile è la precisazione, avendo la questione dato luogo ad incertezze interpretative, che la mediazione obbligatoria è esclusa nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile, in analogia con quanto previsto dall'art. 5 comma 4 per i procedimenti urgenti e sommari.

A fronte di una marcata scelta di espansione e rafforzamento dell'area della praticabilità della mediazione anche in assenza di volontà espressa dalle parti, il testo normativo contiene una ulteriore serie di disposizioni finalizzate a bilanciarne il portato, da un lato attenuando l'effetto di appesantimento procedurale ed economico per le parti e, dall'altro orientando la disciplina procedimentale alla massima valorizzazione della funzionalità operativa e dell'effettività.

Così, il limite massimo di durata della mediazione è stato ridotto da quattro a tre mesi. L'importo massimo complessivo delle indennità di mediazione per ciascuna parte, comprensivo delle spese di avvio del procedimento, è stato limitato, in caso di esito negativo, in una somma compresa tra i 60 ed i 200 euro, a seconda del valore della causa.

E' previsto che la mediazione sia gratuita per le parti che nell'eventuale giudizio potrebbe avvalersi del patrocinio a spese dello Stato, all'evidente scopo di eliminare un incentivo economico a preferire il contenzioso.

Il nuovo articolo 8 del d.lgs.vo 28/2010, specificando la generica disciplina precedente, impone lo svolgimento di un incontro preliminare tra le parti ed il mediatore, finalizzato alla individuazione di una strategia di intervento conciliativo flessibile e modellata sul caso concreto. Tale prima

occasione di contatto, che deve avvenire entro trenta giorni dal deposito della domanda di conciliazione, appare utile, attraverso il libero ed ampio confronto tra i protagonisti della vicenda, a consentire una verifica preliminare della praticabilità del percorso conciliativo, permettendo, ove se ne ravvisi l'impossibilità, l'immediata interruzione che ne eviti l'inutile prolungamento, oppure una idonea programmazione e strutturazione secondo le peculiarità del caso concreto.

Il testo di nuova proposizione rimedia, inoltre, ad una evidente lacuna del decreto 28/2010, prevedendo la necessaria partecipazione al procedimento conciliativo anche del difensore tecnico delle parti. La presenza dell'avvocato è indispensabile, secondo il nuovo articolo 12 del d.lgs.vo 28 del 2010, al fine di attribuire l'efficacia di titolo esecutivo al verbale di accordo conciliativo sottoscritto dalle parti. La previsione appare condivisibile in quanto riconosce l'indispensabilità del coinvolgimento della difesa tecnica, in ragione della natura, parimenti tecnica delle questioni da trattare.

D'altra parte, dal punto di vista generale ed istituzionale, non pare plausibile ipotizzare un radicale mutamento di prospettiva culturale senza il coinvolgimento e la adesione convinta dell'avvocatura, deputata ad esercitare la ineludibile difesa tecnica dei diritti dei cittadini, come tale protagonista fondamentale del sistema di giustizia.

Nella stessa direzione milita anche l'ulteriore previsione contenuta nel decreto secondo cui agli avvocati iscritti all'albo è , di diritto, riconosciuta la qualifica di mediatori, in ragione – evidentemente – della specifica competenza professionale e della funzione istituzionale attribuita alla categoria.

Da ultimo deve darsi atto della singolarità della disposizione transitoria contenuta al comma 2 dell'art. 79 del d.l. 69/2013, secondo cui "*le disposizioni di cui al comma 1 si applicano decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*"; se risultano comprensibili le ragioni di cautela nell'attuazione di così radicali innovazioni, tale differimento appare incoerente dal punto di vista sostanziale – prima ancora che tecnico – con le ragioni di urgenza poste a giustificazione delle strumento della decretazione utilizzato.

Sintetizzate le novità con il decreto legge n. 69 del 2013, deve concludersi rammentando che, in ordine a numerosi altri aspetti della disciplina sostanziale e procedimentale della mediazione, il Consiglio Superiore della Magistratura, ha espresso il proprio punto di vista, talora critico, nel parere deliberato il 4 febbraio 2010 sullo schema del decreto legislativo "*Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n.69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*" poi confluito nel d.lgs.vo 28 del 2010. Non essendo però, gli ulteriori profili esaminati in quel parere oggetto di innovazione con il decreto n. 69 del 2013, si rinvia, per essi, alla delibera citata.

3. Lo stage formativo (Art. 73 del D.L. n. 69/13)

3.1 Considerazioni generali e *ratio* dell'istituto

Il Capo II si compone di un articolo unico, l'art. 73, rubricato "Formazione presso gli uffici giudiziari", articolato in 20 commi.

Lo stage, o tirocinio formativo o di orientamento, secondo la terminologia giuridica corrente, consiste in un periodo di formazione "*on the job*" presso un'azienda o un'istituzione, come occasione di conoscenza diretta del mondo del lavoro oltre che di acquisizione di una specifica professionalità.

Gli stages formativi in Italia sono stati introdotti e regolamentati, in linea generale, già dalla legge istitutiva n. 196 del 24 giugno 1997 (art.18) e dal successivo D.M. 25 marzo 1998 n. 142, che ne definisce la disciplina attuativa e di dettaglio.

La normativa pregressa, per quanto di possibile interesse in questa sede , chiarisce che la finalità dell' istituto è quella di "realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro nell'ambito dei processi formativi e di agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro".

Nel decreto legge in esame, il legislatore ha delineato un modello organizzativo ispirato allo schema adottato nell'ambito del cd. " pacchetto Treu" , conformandolo meglio, tuttavia, alla prassi applicativa scaturente dalla applicazione del più recente art. 37, quarto e quinto comma, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111, in tema di convenzioni per lo svolgimento presso gli uffici giudiziari di stages formativi durante il primo anno del corso di dottorato di ricerca, del corso di specializzazione per le professioni legali o della pratica forense per l'ammissione all'esame di avvocato.

L'istituto dello stage formativo, nella prospettiva teleologica comune a tutto il *corpus* in esame, si propone di favorire, da un lato la formazione dei giovani laureati che intendono accedere alla carriera magistratuale od alle tradizionali professioni giuridiche e , dall'altro, di implementare l'efficienza del servizio giustizia, con l'acquisizione temporanea di energie intellettuali esterne al sistema giudiziario, in affiancamento a quelle, fondamentali, del giudice.

Per quel che riguarda l'ammissione, si suggerisce un ulteriore riflessione in ordine ai criteri di scelta, con eventuale maggior valorizzazione del voto finale di laurea.

3.2. La prospettiva ed il ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura

Interessa precisare, sempre in linea generale, che la riflessione consiliare sul fenomeno degli stages formativi è stata da tempo avviata con riguardo precipuo al tema delle convenzioni stipulate dagli uffici giudiziari.

La riflessione si è sviluppata prevalentemente sul tema della valenza formativa delle convenzioni ed ha consentito di pervenire ad un risultato complessivo di "*convinta adesione a siffatta iniziativa*", tenuto anche conto dell'esigenza, "*che merita di essere perseguita con ogni sforzo, di promuovere la crescita di una comune cultura della giurisdizione arricchendo e condividendo il bagaglio di conoscenze teorico - pratiche, con un superamento degli steccati culturali fra i futuri avvocati ed i magistrati, in grado comunque di valorizzare le specificità dei diversi percorsi professionali*"[5].

Resta ferma la perplessità che suscita la surrogazione di precise e necessarie figure professionali da acquisirsi stabilmente al personale di ruolo dell' amministrazione della giustizia, con soggetti in via di formazione (come reso evidente dalla primaria finalità degli stage quale concepita dalla stesse normativa in esame che ad essi annette valenza formativa in relazione a plurime prospettive di carriera professionale del candidato) e precariamente assegnati agli uffici giudiziari , come tali non in grado di assicurare in prima battuta un sufficiente stabile contributo all'attività giudiziaria, né di dispiegarla successivamente per un periodo di tempo adeguato, una volta acquisita " sul campo" la necessaria formazione.

Si prende, comunque, positivamente atto del tentativo di immaginare forme di ausilio alla attività giudiziaria "a basso costo" che, seppure non pienamente corrispondenti alle consistenti necessità del sistema, non possono, in ogni caso, essere trascurate in un difficile contesto economico generale.

In tale quadro, merita rilievo la considerazione della consistente dose di flessibilità somministrata con il presente decreto legge a questo strumento, in comparazione alle prescrizioni introdotte dalla normazione secondaria di origine consiliare.

Sul punto, mentre può darsi atto che un irrigidimento dello schema tipologico dello *stage* possa ridurre le potenzialità dell'istituto, per altro verso occorre considerare che una eccessivamente flessibile interpretazione dell'istituto potrebbe determinare pericolose ricadute sui valori fondamentali dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'ordine giudiziario, da tutelarsi, come è noto, anche nella loro apparenza. Ciò in particolare è valso, nella normazione secondaria del Consiglio, per i delicati profili relativi all'esclusività del rapporto di stage ed al regime dei finanziamenti esterni.

---

[5] Delibera 23.7.2007.

Poiché lo stage formativo, come è di meridiana evidenza, involge molteplici profili che appartengono all'attività di autogoverno della magistratura, sarebbe, in ogni caso, auspicabile che il legislatore prevedesse adeguate forme di comunicazione dei dati essenziali sull'utilizzazione dell'istituto da parte dei singoli uffici giudiziari, idonee a garantire un ruolo unitario di raccordo e monitoraggio in favore del Consiglio Superiore.

3.3 Domanda di ammissione

La norma prescrive che la domanda dell'interessato debba essere presentata ai Capi degli uffici giudiziari con allegata la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui al predetto comma. Nella domanda può essere espressa una preferenza ai fini dell'assegnazione a uno o più magistrati dell'ufficio incaricati della trattazione di affari in specifiche materie, di cui si deve tenere conto compatibilmente con le esigenze dell'ufficio.

La fattispecie è stata, quindi, strutturata attraverso la creazione di un rapporto diretto e personale dell'aspirante stagista con l'Ufficio giudiziario di riferimento, in persona del relativo Capo. Dunque, mentre nel diritto del lavoro comune, il processo di stage richiede l'incontro di tre soggetti: il tirocinante, l'azienda, l'ente promotore (che costituisce il "motore" in grado di guidare il processo dello stage e di garantirne il buon funzionamento), la soluzione prescelta nel decreto è quella dell'individualità del rapporto tra il giovane e l'Ufficio, salvo quanto appresso si dirà a proposito delle convenzioni.

Sarebbe peraltro opportuna la previsione delle modalità formali con cui, in assenza di convenzioni, si dovrebbe costituire il rapporto di stage.

In ordine alla possibilità, ammessa dalla nuova norma, che l'aspirante esprima una preferenza, si reputa opportuno precisare che, dalla lettura dell'attuale testo, detta opzione non sembra possa essere riferita al nominativo di un singolo magistrato, come specifica persona fisica, in ipotesi individualmente preferita. Piuttosto, la disposizione pare consentire l'espressione di preferenza rispetto a singoli magistrati, solo in quanto "incaricati della trattazione di affari in specifiche materie".

L'*electio* sarebbe cioè consentita e valutata solo funzionalmente all'interesse espresso dallo stagista per la trattazione di specifiche materie. Questa lettura, scaturente dall'attuale dettato testuale, pur se in modo non adamantino, rende meglio compatibile l'istituto alle esigenze per cui è previsto, nell'interesse tutelato dalla norma, senza che sia lasciato margine ad un'accezione personalistica del rapporto di formazione, estraneo alla *ratio legis*.

Parrebbe opportuno, comunque, sul punto , una integrazione del testo normativo.

Per completezza, *ratione temporis*, onde garantire la previa entrata a regime della riforma, si dispone, infine, che la domanda di cui al comma 3 non possa essere presentata prima del decorso del termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Da ultimo, con riguardo alla platea dei candidati, si potrebbe prevedere che – ove concorrano partecipanti alle attività delle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali – i criteri di ammissione e scelta degli aspiranti possano essere integrati con i giudizi appositamente rilasciati delle Scuole medesime.

Potrebbe essere questa l'occasione per prevedere che il completamento dell'istruzione universitaria, oggi affidato alla Scuola di Specializzazione, possa essere integrato con l'attività di pre-formazione professionale affidata agli "stages", così integrando per la prima volta istruzione e formazione professionale. Si potrebbe così prevedere che, dopo un anno presso la Scuola, il candidato possa chiedere di svolgere il secondo anno presso gli uffici giudiziari. Allo svolgimento positivo di quest'ultimo periodo seguirebbe poi il rilascio del diploma di specializzazione da parte della Scuola.

3.4 Uffici giudiziari interessati

Lo stage formativo, per come strutturato dal decreto può essere svolto esclusivamente presso i Tribunali e le Corti di Appello.

Con riferimento al procedimento penale, lo stesso può essere prestato esclusivamente presso il giudice del dibattimento.

La individuazione rigida delle strutture giudiziarie presso le quali lo stage può essere prestato sollecita qualche considerazione critica.

In primo luogo, allo stato, non sembrano profilarsi reali ed insuperabili elementi per distinguere tra loro gli uffici giudiziari, ai fini dell'utilizzazione della figura di cui trattasi.

Non può peraltro essere trascurato che, con delibera del 23.7.2007, il Consiglio Superiore della Magistratura ha in linea generale ribadito l'orientamento, già in altre occasioni espresso, pienamente favorevole allo svolgimento presso gli uffici giudiziari di attività di formazione, presso gli uffici giudiziari sia giudicanti che requirenti.

Sul connesso tema delle convenzioni (v. infra) con delibera del 7.6.2012 il Consiglio, precisando il proprio precedente orientamento[6], ha ritenuto inoltre che le convenzioni di cui all'art. 37 comma IV, legge n. 98/29011 possono essere stipulate anche dagli uffici del pubblico ministero, consigliandosi solo una particolare attenzione e prudenza nell'adozione di simili strumenti di supporto data la peculiare portata e rilevanza del segreto investigativo.

[6] In particolare espresso nella delibera del 7.6.2012.

Si aggiunga che, rispondendo ad un quesito del Procuratore Nazionale Antimafia in ordine alla accoglibilità di un'istanza circa la disponibilità a tenere presso la D.N.A. stages formativi di alcuni dottorandi, il Consiglio, con la delibera del 20 febbraio 2003, ha confermato che "nulla sembra ostare a che venga in linea di massima ribadito l'orientamento di accoglibilità dell'istanza avanzata al P.N.A. dai dottorandi di ricerca".

Parimenti cauta è stata la posizione consiliare sullo stage presso gli Uffici di Sorveglianza (Delibera 4.5.2012).

Non vi sono ragioni, inoltre, per non ammettere lo stage anche presso gli uffici di legittimità.

Nell'ipotesi di un intervento modificativo favorevole ad una tendenziale applicazione generalizzata degli stages si potrebbero, comunque, prevedere gli opportuni meccanismi di modulazione dell'istituto in relazione ai diversi settori interessati.

Per completezza, si ritiene opportuno sollecitare un'ulteriore considerazione critica.

L'esclusione dall'ambito applicativo della norma, di tutta una serie di importanti uffici giudiziari potrebbe ingenerare disomogeneità regolative di un qualche rilievo. Non può non segnalarsi, infatti, l'opportunità che vengano coinvolti nell'iniziativa anche i Tribunali di Sorveglianza - specie alla luce delle recenti novità normative aventi finalità deflattiva rispetto al problema del sovraffolamento delle carceri – ed i Tribunali per i Minorenni.

In particolare, occorre considerare che, nell'ottica del magistrato affidatario, lo stage assicura due significativi vantaggi: il contributo di assistenza fornito dal giovane laureato e lo specifico titolo professionale, rilevante, per espressa previsione della legge, in sede di valutazione di professionalità, nonché ai fini del conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi di merito[7].

Va quindi considerato che il testo normativo attuale determina un'eterogeneità regolativa e valutativa all'interno del corpo magistratuale.

3.5 La scelta del magistrato affidatario

Gli ammessi allo stage sono affidati a un magistrato che ha espresso la disponibilità ovvero, quando è necessario assicurare la continuità della formazione, a un magistrato designato dal capo dell'ufficio.

Dunque, in linea con esperienze già collaudate, il capo dell'ufficio sarà tenuto a diramare un interpello preventivo per l'acquisizione delle disponibilità da parte dei magistrati a ricoprire l'incarico di affidamento dello stagista.

---

[7] L'attività di magistrato formatore espletata nell'ambito dei periodi formativi dei laureati presso gli Organi della Giustizia amministrativa non si considera ai fini dei passaggi di qualifica di cui all'art. 15 della legge 27 aprile 1982 n. 186 né ai fini del conferimento delle funzioni di cui all'art. 6 comma 5 della medesima legge.

La norma è costruita, tuttavia, sull'alternativa tra l'ipotetica spontaneità dell'offerta degli affidatari ovvero la designazione *ex ufficio* da parte del Capo dell'ufficio.

Ora, poiché la norma pone come presupposto dell'assegnazione d'ufficio, "la necessità di assicurare la continuità della formazione", sembra doversi dedurre che tale evenienza operi soltanto quando l'originario affidatario venga a mancare nelle more di svolgimento del periodo formativo, per trasferimento, congedo straordinario, od altra causa. In casi di tal fatta, dovendosi garantire il completamento del periodo di stage per tutto il corso della sua, naturale, durata, viene prescritta l'assegnazione ex ufficio del giovane ad altro formatore in caso di *turn over*.

Se non fosse questa l'intenzione del legislatore, parrebbe opportuna una esplicitazione dell'intenzione regolativa in termini più cristallini.

Ciascun magistrato non può rendersi affidatario di più di due ammessi; non è chiarito, ma è ragionevole ritenerlo, che ciò si riferisca al contestuale svolgimento dello stage.

3.6 Limiti dello stage e conflitto d'interessi

Lo stage, come delineato, può essere effettuato dalla stessa persona per una sola volta nella vita.

Esso consiste in un periodo di formazione teorico-pratico della durata complessiva di diciotto mesi.

Gli ammessi assistono e coadiuvano il magistrato nel compimento delle ordinarie attività. I medesimi hanno accesso ai fascicoli processuali, partecipano alle udienze del processo, anche non pubbliche e dinanzi al collegio, nonché alle camere di consiglio, salvo che il giudice ritenga di non ammetterli.

L'ampiezza della tenore della norma sembra esprimere la volontà di estendere, quanto più possibile, l'area di intervento degli stagisti a supporto del magistrato affidatario.

In tale direzione, sembrerebbe consentita la partecipazione del giovane laureato a tutte le attività dell'ufficio, senza esclusioni aprioristiche.

L'apporto viene implicitamente consentito sia con riferimento a compiti di studio, sia con riguardo ad attività processuali orali, anche ipoteticamente, di tipo istruttorio, sia con attinenza alla collaborazione redazionale rispetto alla minuta degli atti processuali da compiere.

L'atipicità assoluta degli atti affidabili allo stagista, se lascia impregiudicato il ruolo di controllo e direzione del magistrato, si esprime nel decreto legge attraverso una definizione davvero molto ampia degli spazi partecipativi del formando, comprensivi delle udienze, anche non pubbliche e delle camere di consiglio.

Non può essere omesso che il Consiglio Superiore della Magistratura ha, in argomento, puntualizzato[8] che "*trattandosi di attività formativa relativa a soggetti non appartenenti all'Ordine*

[8] Delibera 23.7.2007, cit.

giudiziario, l'affiancamento di magistrati deve trovare forme di articolazione compatibili con l'esclusione dei primi dall'assistenza ad attività e dall'esame di atti giudiziari coperti dal segreto ovvero riservati in forza di norme processuali.

In estrema sintesi, si osserva che la normativa vigente prevede la non pubblicità di tutte le attività processuali che non si svolgano nell'udienza di discussione della causa civile (con riguardo alle udienze civili camerali, di trattazione ed istruttorie e alle decisioni assunte in camera di consiglio: v. artt. 128 e 276 c.p.c. e 84 disp. att. c.p.c.) e nelle udienze dibattimentali penali (con riguardo agli atti d'indagine, alle udienze camerali e alle decisioni assunte in camera di consiglio penali: v. artt. 329, 127, 125 c.p.p.; con riguardo agli obblighi di segretezza e ai divieti di pubblicazione: v. artt. 326 e 114 c.p.p.) salvo, anche in questi casi, che ricorrano le speciali ragioni indicate dagli artt. 128 c.p.c. e 472 e 473 c.p.p.. In via di contemperamento delle diverse serie normative sopra richiamate, peraltro, può ritenersi consentita ai tirocinanti, in ambito civile e col consenso delle parti processuali, la frequenza di tutte le udienze, con esclusione di quelle riguardanti cause e procedimenti in materia di famiglia, stato delle persone e diritti della personalità. Agli specializzandi è, altresì, consentito l'accesso al settore penale, limitato però alla fase dibattimentale, fatta salva la previsione di cui alla delibera consiliare del 20 febbraio 2003 in tema di stages alla D.N.A".

Le precedenti considerazioni tengono conto anche dei vincoli che alla pubblicizzazione degli atti giudiziari derivano dalla disciplina della legge n. 675/1996 in materia di tutela della privacy e dei limiti d'efficacia delle specifiche deroghe previste dagli artt. 4, co. 1, lett. d), 7, co. 5- ter, lett. o), 21, co. 4, lett. a), e 27 della legge stessa.

A fronte del quadro normativo (primario e secondario) testé riportato, fortemente delimitativo degli ambiti affidabili al formando, si deve porre in risalto, in chiave critica e dubitativa, la diversa, indiscriminata ammissione dello stagista alle attività giudiziarie come espressa dalle disposizioni del provvedimento in esame.

Pare, peraltro, piuttosto imprecisa e troppo generica la previsione generale del potere-dovere del giudice di non ammettere il giovane alla partecipazione a singoli atti o attività. Rimangono infatti imprecisati i presupposti di questa facoltà *ad excludendum* esercitabile di volta in volta dal magistrato tenuto conto che il provvedimento non limita la partecipazione dello stagista ad alcun atto, contrariamente alla impostazione della materia invalsa in sede consiliare, la quale ultima sembra rappresentare la soluzione tecnica, scaturente da altre norme del sistema, meglio in grado di assicurare le esigenze di certezza, a garanzia dello stesso magistrato affidatario e delle parti dei singoli processi interessati.

Inoltre, l'aporia interpretativa si coglie considerando che, con norma specifica, la legge precisa che gli stagisti non possono avere accesso ai fascicoli inerenti ai procedimenti rispetto ai quali versano in conflitto di interessi per conto proprio o di terzi.

Dunque, se è stata definita un'ipotesi automatica *ex lege* di divieto di accesso ad alcuni fascicoli per conflitto d'interessi, va da sé che la valutazione discrezionale del magistrato di escludere il formando da qualche attività processuale dovrebbe, secondo logica, essere fondata su ragioni ulteriori che, tuttavia, rimangono, come rilevato, generiche, almeno se confrontate con i limiti generali già previsti da altre norme di legge primaria.

Quanto, poi, al conflitto d'interessi, cui la norma si riferisce, la disposizione appare anch'essa formulata in modo eccessivamente generico. Parrebbe, in particolare, opportuno un espresso richiamo alla non assegnabilità al formando dei "fascicoli relativi ai procedimenti trattati dall'avvocato presso il quale svolge il tirocinio".

Appare, inoltre, necessario che il conflitto di interessi sia esteso a tutti i professionisti appartenenti allo studio presso il quale lo stagista svolge la pratica forense, ad evitare rischi di inopportune sovrapposizioni di interessi e un sostanziale *vulnus* all' immagine di imparzialità del giudice.

In tale prospettiva potrebbe prevedersi che il tirocinante, all'atto della domanda, indichi lo studio legale di appartenenza ed il nominativo di tutti gli avvocati che ne fanno parte, al fine di consentire al magistrato affidatario, in relazione ai singoli procedimenti da sottoporre allo stagista, il necessario, effettivo, controllo sulla assenza di conflitti di interessi e, conseguentemente, l'esercizio dello *ius excludendi*.

Per il resto, la norma del comma 6 sembra alludere ai casi d'interessenza o coinvolgimento dello stagista nella singola vicenda processuale considerata, a titolo personale o per conto di terzi. Anche in questa evenienza si rileva l'approssimazione dell'espressione semantica utilizzata nel decreto, che si riverbera in profili di seria ambiguità della disposizione se letta in coordinato disposto coi successivi commi 7 e 10.

Invero, il comma 7 impone il divieto per gli ammessi di esercitare attività professionale presso l'ufficio e, quindi, non potrebbe a rigore configurare un conflitto d'interessi la violazione di questo imperativo, autonomamente tipizzato.

Il comma 10, d'altra parte, ammette il contestuale svolgimento del tirocinio legale contestualmente allo stage e consente espressamente all'avvocato affidatario del tirocinante-stagista di esercitare l'attività professionale innanzi al magistrato formatore, presupponendo, all'evidenza, che il magistrato, in relazione ai procedimenti di cui sia titolare detto avvocato, abbia esercitato lo *ius excludendi* nei confronti del tirocinante.

Pertanto, il conflitto d'interessi non appartiene neppure a questa area.

Verosimilmente, la norma pare volere alludere ai casi in cui, per ragioni essenzialmente personali o anche professionali, il giovane si trovi in qualche maniera coinvolto nella vicenda processuale o legato, in qualsiasi modo, alle parti. Ma momenti di possibile ambiguità ermeneutica possono essere individuati nella parziale vaghezza della locuzione usata, rimanendo in ogni caso *ab imis* perfettibile la mancata previsione di un obbligo preventivo e generale per lo stagista di dichiarare *ex se* l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto.

3.7 Il ruolo del magistrato assegnatario

Nel corso degli ultimi sei mesi del periodo di formazione il magistrato può chiedere l'assegnazione di un altro degli ammessi allo stage al fine di garantire la continuità dell'attività di assistenza e ausilio.

L'attività di magistrato formatore è considerata ai fini della valutazione di professionalità di cui all'art. 11, comma 2, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, nonché ai fini del conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi di merito[9].

Sul punto occorre rilevare che l'attuale normativa secondaria del Consiglio, già contempla le attività formative come esperienze di rilievo da valutarsi ai fini della valutazione di professionalità come pure dello svolgimento delle funzioni direttive o semidirettive[10].

La previsione di legge, in tale prospettiva, determina un disallineamento delle fonti atteso che per talune attività di formazione - equivalenti, se non maggiori (si pensi alla formazione dei MOT) a quella in esame - l'effetto di favore è indotto da una fonte normativa secondaria, quale è la circolare del C.S.M., mentre per quelle oggetto del decreto sarebbe contemplato da una disposizione di legge.

Si suggerisce, in tale quadro, per evidenti ragioni di omogeneità normativa, di omettere la indicazione dei benefici assegnati al magistrato, essendo essi già contemplati dalla normativa secondaria del CSM.

3.8 Obblighi di riservatezza

[9] L'attività di magistrato formatore espletata nell'ambito dei periodi formativi dei laureati presso gli organi della Giustizia amministrativa non si considera ai fini dei passaggi di qualifica di cui all'art. 15 della legge 27 aprile 1982 n. 186 né ai fini del conferimento delle funzioni di cui all'art. 6 comma 5 della medesima legge.

[10] La circolare sugli incarichi direttivi semidirettivi del 2011 prevede che venga in rilievo la "formazione in materia organizzativa e gestionale" (paragrafo 1.2 - Parametro della "capacità di organizzare e programmare l'attività" - punto 8) . Vengono valutati, quindi, i "Corsi di formazione frequentati in qualità di partecipante, relatore, coordinatore" (8.1) oppure " attività di progettazione, organizzazione della formazione professionale e del tirocinio"(8.2).

L'attività degli ammessi allo stage si svolge sotto la guida e il controllo del magistrato e nel rispetto degli obblighi di riservatezza e di riserbo riguardo ai dati, alle informazioni e alle notizie acquisite durante il periodo di formazione, con obbligo di mantenere il segreto su quanto appreso in ragione della loro attività ed astenersi dalla deposizione testimoniale.

Per quest'ultimo profilo, nel silenzio della norma, pare che il decreto intenda alludere all'obbligo di astensione degli stagisti nei giudizi di qualunque specie su ciò di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio dell'attività di collaborazione, così come analogamente previsto per gli avvocati e tirocinanti dal comma 3, dell'art. 6 della legge n. 247/2012.

In questa direzione, sembrerebbe più esaustivo un precetto imperniato sull'applicabilità della più completa e dettagliata previsione dell'art. 15 del T.U. n. 3/1957, come del resto è a dirsi dell'art. 37, comma 5, citato.

D'altro canto non può non rilevarsi che, mancando il riferimento alla normativa speciale sopra indicata, il mancato rispetto degli obblighi di riservatezza non è in alcun modo sanzionato , restando quale unica sanzione per la grave infrazione la mera possibilità di un'eventuale esclusione dal tirocinio.

3.9 Incompatibilità ed esclusività

Sul piano delle incompatibilità la disciplina in esame prevede che il contestuale svolgimento del tirocinio per l'accesso alla professione forense non impedisce all'avvocato presso il quale il tirocinio si svolge di esercitare l'attività professionale innanzi al magistrato formatore, salvo il limite costituito dal divieto di assegnare al formando praticante fascicoli trattati dall'avvocato medesimo.

Gli ammessi allo stage non possono esercitare attività professionale presso l'ufficio ove lo stesso si svolge, né possono rappresentare o difendere, anche nelle fasi o nei gradi successivi della causa, le parti dei procedimenti che si sono svolti dinanzi al magistrato formatore o assumere da costoro qualsiasi incarico professionale.

L'incompatibilità introdotta dalla norma sembra essere puramente formale, ma i possibili profili di criticità potrebbero rimanere superati dai limiti già tipizzati e dalla norma generale sul conflitto d'interessi pur se, in questo caso, il rimedio dovrebbe, per singoli atti, essere attivato dal magistrato, sempre che ne venga a conoscenza, non essendo previsto un obbligo generale ed aprioristico di denunzia di eventuali conflitti da parte del formando.

Come detto, è auspicabile che, oltre ad un dovere di denunzia dei conflitti da parte dei formando, sia imposto a costui di indicare preventivamente, all'atto della domanda, lo studio di appartenenza e il nominativo di tutti gli avvocati che ad esso appartengono, in modo da consentire al magistrato

affidatario di esercitare il necessario controllo, a tutela della immagine di imparzialità della magistratura.

Sarebbe, inoltre, opportuna l'introduzione di una previsione delimitativa, quale quella già contemplata nella libera consiliare del luglio 2007, nei termini di "*una specifica forma di incompatibilità dello studio legale di appartenenza del praticante rispetto al giudice (o alla sezione) presso il quale il tirocinante svolge lo stage onde garantire la terzietà e la imparzialità anche apparente del medesimo ufficio quanto meno per tutta la durata del tirocinio*".

Tale precetto sarebbe, infatti, un po' più rigoroso rispetto al mero divieto di assegnazione degli affari al formando, nei termini sopra tratteggiati.

Secondo la disciplina in esame, lo stage può essere svolto contestualmente ad altre attività, compreso il dottorato di ricerca, il tirocinio per l'accesso alla professione di avvocato o di notaio e la frequenza dei corsi delle scuole di specializzazione per le professioni legali, purché con modalità compatibili con il conseguimento di un'adeguata formazione.

Non è quindi prevista la esclusività dell'attività prestata presso gli uffici giudiziari.

Il legislatore stabilisce, tuttavia, che le modalità dello stage siano "compatibili con il conseguimento di una adeguata formazione".

Si tratta di una affermazione che, laddove interpretata in senso letterale, tradirebbe una esclusiva finalità formativa dell'istituto e, quindi, la natura assolutamente recessiva della valenza di supporto alla attività giudiziaria , il che imporrebbe una revisione del giudizio positivo sulla introduzione dello stage sotto il profilo del concreto ausilio che esso dovrebbe fornire alla attività dei magistrati.

Si ritiene, al contrario, per tutto quanto affermato in precedenza, che il legislatore abbia inteso valorizzare lo stage anche in funzione dell' ausilio che esso può arrecare all'attività del magistrato.

In tale prospettiva, la locuzione sopra indicata non può non intendersi come riferita anche alla necessità che le modalità dello stage siano compatibili anche con un "adeguato contributo alla funzione giudiziaria" e, comunque, in tal senso sarebbe auspicabile che intervenisse una integrazione del testo normativo.

Ferma restando la assenza di esclusività, lo stagista dovrà, quindi, assicurare all'ufficio giudiziario una porzione significativa della sua attività lavorativa quotidiana, rispettando il programma che verrà stilato dal magistrato affidatario il quale ultimo, in caso di mancato adeguato apporto - da valutarsi anche tramite rilevazioni statistiche qualitative e quantitative - potrà valutare, ai sensi della disciplina in esame, l'esclusione del candidato dalla prosecuzione del tirocinio.

3.10 Lo *status* normativo ed economico dello stagista

Lo svolgimento dello stage non dà diritto ad alcun compenso e non determina il sorgere di alcun rapporto di lavoro subordinato o autonomo né di obblighi previdenziali e assicurativi.

La apparente coerenza e razionalità della norma collide con l'indisponibilità, anche per legge, di taluni profili degli istituti ivi richiamati.

Quanto al compenso, *nulla quaestio*, visto che la natura mista dello schema tipologico proprio della stage, imperniato sullo scambio tra prestazione formativa ed energie lavorative, garantisce comunque la tenuta ordinamentale della figura, pur se priva di corrispettivo.

Più delicata è invece la imposizione *ex lege* del *nomen iuris*, cioè dello schema tipologico entro cui sussumere lo stage, seppure attraverso una definizione solo in negativo.

Costituisce, infatti, un principio consolidato nel sistema il canone generale dell'indisponibilità del tipo contrattuale, più volte affermato dalla Corte costituzionale, ad avviso della quale "*non è consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'Ordinamento e, a maggior ragione, non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto subordinato*" (v. C. cost. n. 121 del 29 marzo 1993 e n. 115 del 31 marzo 1994).

Rimane, quindi, insuperabile, nell'ambito della valutazione della effettiva natura del rapporto di lavoro, il dare esclusivo rilievo alle modalità concrete con cui tale rapporto si è di fatto svolto, e ciò in quanto, nella valutazione circa la qualificazione di un contratto, in particolare riguardo ai c.d. "indici della subordinazione", assumono rilievo dirimente le circostanze di fatto, e non già le dichiarazioni delle parti o le formule astratte della legge.

L'ampio contenzioso sviluppatosi con la Pubblica Amministrazione in tema di lavoro flessibile o istituti formativi suffraga la conclusione di criticità di questo punto, pur restando ferma l'eventuale applicazione dell'art. 36 del T.U. sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001), per cui le prestazioni di lavoro *contra ius* con pubbliche amministrazioni non possono dare mai luogo alla costituzione *ope iudicis* di rapporti di lavoro, ma generano solo il diritto al risarcimento del danno, con la responsabilità del dirigente cui è imputabile l'illegittima utilizzazione del lavoratore.

Altrettanto dubbia risulta la previsione di assenza di copertura assicurativa a favore dei formandi.

Invero, l'art. 18 della legge n. 196/1997, al comma 1, lett. e) impone l'obbligo "da parte dei soggetti promotori di assicurare i tirocinanti mediante specifica convenzione con l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)".

A propria volta, il D.M. 25 marzo 1998, n. 142, Regolamento recante norme di attuazione dei principi e dei criteri di cui all'articolo 18 della l. n. 196/1997, sui tirocini formativi e di orientamento ribadisce all'art. 3, comma 1, l'imprescindibilità delle "garanzie assicurative", chiarendo che "i soggetti promotori sono tenuti ad assicurare i tirocinanti contro gli infortuni sul lavoro presso l'INAIL nonché presso idonea compagnia assicuratrice per la responsabilità civile verso terzi".

L'obbligatorietà della copertura assicurativa sussiste del resto anche per i praticanti avvocati, giusta il disposto dell'art. 12 della legge n. 247/2012[11].

Appare, dunque, più che mai opportuna la previsione *ex lege* di una qualche forma di copertura assicurativa, tenuto conto che l'Amministrazione potrebbe comunque trovarsi a sostenere la responsabilità per gli eventuali danni subiti dallo stagista in occasione dello svolgimento della formazione o da costui provocati a terzi in occasione od in conseguenza del rapporto di tirocinio.

3.11 Le vicende dello stage

Gli stagisti sono ammessi ai corsi di formazione decentrata organizzati per i magistrati dell'ufficio ed ai corsi di formazione decentrata loro specificamente dedicati e organizzati almeno con cadenza semestrale.

Non è chiara l'obbligatorietà o mera facoltatività della partecipazione.

Lo *stage* può essere interrotto in ogni momento dal capo dell'ufficio, anche su proposta del magistrato formatore, per sopravvenute ragioni organizzative o per il venir meno del rapporto fiduciario, anche in relazione ai possibili rischi per l'indipendenza e l'imparzialità dell'ufficio o la credibilità della funzione giudiziaria, nonché per l'immagine e il prestigio dell'ordine giudiziario.

Correttamente, lo stagista non vanta alcun diritto o interesse pretensivo in ordine al completamento del periodo di formazione, dato che la sua posizione è considerata dalla legge recessiva rispetto alle oggettive esigenze dell'amministrazione della giustizia.

3.12 Interazione con la disciplina delle convenzioni

Al fine di favorire l'accesso allo stage è in ogni caso consentito l'apporto finanziario di terzi, anche mediante l'istituzione di apposite borse di studio, sulla base di specifiche convenzioni stipulate con i capi degli uffici, o loro delegati, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo.

Inoltre, viene previsto che i capi degli uffici giudiziari quando stipulano le convenzioni previste dall'articolo 37 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15

[11] All'avvocato, all'associazione o alla societa' tra professionisti e' fatto obbligo di stipulare, anche per il tramite delle associazioni e degli enti previdenziali forensi, apposita polizza a copertura degli infortuni derivanti a sè e ai propri collaboratori, dipendenti e praticanti in conseguenza dell'attività svolta nell'esercizio della professione anche fuori dei locali dello studio legale, anche in qualità di sostituto o di collaboratore esterno occasionale.

luglio 2011, n. 111 “devono tenere conto delle domande presentate dai soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 1”.

In argomento, è giusto il caso di tener conto che i commi quarto e quinto dell’ art. 37 della L. n. 111 del 2011 hanno introdotto una nuova fattispecie, diversa da quelle previste da altre disposizioni in vigore, attribuendo agli uffici la possibilità di stipulare apposite convenzioni con tre soggetti: a) facoltà universitarie di giurisprudenza, b) scuole di specializzazione per le professioni legali c) consiglio dell’ordine degli avvocati. La materia delle convenzioni comprende, peraltro, anche ulteriori forme di accordi, disciplinati da distinte fonti normative.

La materia delle convenzioni è inoltre regolata, sul piano della disciplina secondaria, da numerose deliberazioni del C.S.M., tra le quali debbono segnalarsi le fondamentali del 19 luglio 2007, aventi ad oggetto “Espletamento di tirocini e stages formativi preliminari e successivi al conseguimento della laurea in giurisprudenza anche equiparati allo svolgimento del praticantato della professione di avvocato, presso gli Uffici giudiziari giudicanti e requirenti”, e del 23 gennaio 2008, recante “Convenzioni tra Uffici giudiziari ed Università” e la deliberazione del 22 febbraio 2012 (*Risoluzione in tema di convenzioni tra uffici giudiziari, università, ordini forensi ed altri enti. Criteri per l applicazione della disciplina di cui ai commi 4 e 5 dell art. 37 della L. 111 del 2011).*

A fronte della sunteggiata stratificazione normativa, primaria e secondaria, ed a fronte delle questioni sistematiche già emerse nella prassi, sarebbe opportuno che il legislatore, anzitutto, coordinasse esplicitamente le discipline.

Il decreto in esame non prevede alcun puntuale coordinamento tra l’istituto introdotto *ex novo* e quello di cui all’art. 37 della l. 111/2011, né con quelli previsti dalle disposizioni anteriori di legge sopra citate, non risultando chiaro se sussista un rapporto di prevalenza dell’una tipologia di stage rispetto all’altra, né i rispettivi confini di contenuto, applicativi ed operativi.

L’occasione normativa potrebbe essere colta, peraltro, per definire migliori criteri di razionalizzazione del sistema, anche con riferimento ai temi della tassatività e tipicità delle convenzioni.

Infine, circa la previsione di borse di studio a favore degli stagisti, al di là dell’ampia formulazione legislativa, questo Consiglio ha già in altra occasione ritenuto opportuno segnalare l’estrema delicatezza dei finanziamenti provenienti da enti privati, in relazione ai quali i rischi di condizionamento, anche solo ipotetico e potenziale, vanno attenuati con la trasparente e completa individuazione delle modalità della contribuzione, ad evitare qualsiasi potenziale pregiudizio per l’indipendenza ed imparzialità degli uffici medesimi o la lesione della credibilità della funzione giudiziaria e dell’immagine e prestigio dell’Ordine giudiziario.

4. I magistrati ausiliari in appello (artt. 62-72 del D.L. n. 69/13)

4.1 Le norme di nuova introduzione.

Gli artt. 62-72 del decreto legge n. 69 del 21 giugno 2013 sono dedicati alla figura, di nuovo conio, del giudice ausiliario, magistrato onorario incaricato di comporre i collegi delle Sezioni civili (ivi comprese quelle competenti per le controversie in materia di lavoro e previdenza) delle Corti di appello al fine di contribuire alla definizione dei procedimenti pendenti in ossequio all'ordine di priorità indicato nei programmi di gestione elaborati ai sensi dell'art. 37, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111[12].

Il giudice ausiliario si affianca dunque, senza sostituirle, alle già esistenti categorie di magistrati onorari (GOT, VPO, Giudici di Pace), di cui mutua lo stato giuridico (art. 72, comma 1), e si connota per l'assegnazione alla trattazione dei soli procedimenti civili (in senso ampio) pendenti in grado di appello, e quindi con la significativa esclusione di quelli nei quali la Corte di Appello opera in unico grado, quali, tra gli altri, quelli di opposizione alla stima e di equa ripartizione per il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito per l'irragionevole durata di un processo.

Il decreto fissa in 400 il numero massimo di giudici ausiliari, la cui nomina sarà di competenza del Ministro della Giustizia, chiamato a recepire l'esito della selezione compiuta dagli organi di governo autonomo della magistratura.

Preliminare sarà la determinazione della pianta organica - ad esaurimento (cioè senza possibilità di subentro in caso di cessazione dall'incarico dei magistrati originariamente nominati), per ciascuna Corte di Appello - che sarà operata dal Ministro della Giustizia, sentito il Consiglio Superiore della Magistratura.

Centrale è, nella selezione degli aspiranti, il ruolo attribuito ai Consigli Giudiziari che, sedendo nella composizione allargata ai componenti designati da Consiglio regionale, Consigli dell'Ordine degli Avvocati ed Università, dovranno effettuare la proposta esaminando le domande presentate da una platea di aspiranti composta da giuristi di varia estrazione[13], previa acquisizione, per i candidati che siano avvocati o notai, dei pareri, rispettivamente, del Consiglio dell'Ordine o del Consiglio notarile cui costoro siano iscritti o lo siano stati negli ultimi cinque anni.

---

[12] a tenore del quale "*I Capi degli uffici giudiziari sentiti, i Presidenti dei rispettivi Consigli dell'Ordine degli Avvocati, entro il 31 gennaio di ogni anno redigono un programma per la gestione dei procedimenti civili, amministrativi e tributari pendenti. Con il programma il Capo dell'ufficio giudiziario determina: a) gli obiettivi di riduzione della durata dei procedimenti concretamente raggiungibili nell'anno in corso; b) gli obiettivi di rendimento dell'ufficio, tenuto conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti Organi di autogoverno, l'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti, individuati secondo criteri oggettivi ed omogenei che tengano conto della durata della causa, anche con riferimento agli eventuali gradi di giudizio precedenti, nonché della natura e del valore della stessa*"

[13] magistrati ordinari, contabili e amministrativi, ed avvocati dello Stato, a riposo, professori universitari in materie giuridiche di prima e seconda fascia anche a tempo definito o a riposo, ricercatori universitari in materie giuridiche, avvocati e notai, anche se a riposo

L'art. 65 del decreto rimette alla normazione secondaria, tra l'altro, la precisa indicazione dei criteri di priorità nella selezione e si limita, al comma 1, a circoscrivere, in termini sia numerici (non più di 40) che percentuali (non più del 10% dei posti di giudice ausiliario presso ciascuna Corte di appello), la quota di nomine di aspiranti provenienti dai ranghi delle magistrature e dell'Avvocatura dello Stato e già in quiescenza.

Al successivo comma 2 prescrive, tuttavia, che, ai fini della nomina, sia riconosciuta preferenza agli avvocati iscritti all'albo e che, a parità di titoli, siano prioritariamente nominati coloro che abbiano maturato la maggiore anzianità di servizio o di esercizio della professione.

Tra i requisiti soggettivi (art. 64), va segnalato quello anagrafico, diversificato per magistrati, avvocati dello Stato e professori universitari, da un lato, ed avvocati e notai, dall'altro: se i primi, invero, non dovranno avere compiuto il settantacinquesimo anno di età al momento di presentazione della domanda, i secondi, oltre a vantare un periodo minimo di iscrizione all'ambo di un quinquennio, non dovranno avere compiuto i sessant'anni.

Nessun limite di età è, invece, previsto per i ricercatori universitari in materie giuridiche, unica, tra le categorie elencate, per la quale non è ammessa la partecipazione di personale a riposo.

La nomina ha durata quinquennale, prorogabile – in forza di provvedimento emesso in esito a procedura analoga a quella prevista per la nomina – per un periodo non superiore a cinque anni; viene fatto salvo, comunque, il compimento, da parte del giudice ausiliario, del settantottesimo anno di età, cui consegue l'automatica cessazione dall'incarico.

Dal punto di vista operativo, il giudice ausiliario, il quale sarà inserito in Collegi integrati da giudici togati[14], dovrà rispettare una precisa tabella di marcia, incentrata sulla definizione annua di almeno 90 procedimenti, il cui rispetto sarà semestralmente verificato dal Ministero della Giustizia, competente anche al monitoraggio del conseguimento degli obiettivi di efficienza e deflazione preventivamente fissati.

La garanzia, da parte di ciascun giudice ausiliario, dell'indicato *standard* minimo di produttività costituirà, al contempo, *condicio sine qua non* per la conferma nell'incarico, per la quale è prevista una stringente cadenza annuale[15].

Il potere di vigilanza sull'operato del giudice ausiliario è affidato, per il resto, al Presidente della Corte di Appello che, in ogni momento, può promuovere la revoca del magistrato onorario che non sia "*in grado di svolgere diligentemente e proficuamente il proprio incarico*", investendo il Consiglio giudiziario, in composizione integrata, che, "*sentito l'interessato e verificata la fondatezza della proposta*", la trasmette unitamente ad un parere motivato, al Consiglio Superiore

---

[14] l'art. 68, comma 1, prevede, infatti, che "*del collegio giudicante non può far parte più di un giudice ausiliario*"

[15] "*Entro trenta giorni dal compimento di ciascun anno dalla nomina, il Consiglio giudiziario in composizione integrata verifica che il giudice ausiliario ha definito il numero minimo di procedimenti di cui all'articolo 68, comma 2, propone al Consiglio Superiore della Magistratura la sua conferma o, in mancanza e previo contraddittorio, la dichiarazione di mancata conferma*"

della Magistratura, cui compete la deliberazione, trasfusa in un decreto del Ministro della Giustizia.
In ordine, infine, al trattamento economico del giudice ausiliario, è prevista la corresponsione, con cadenza trimestrale, di un'indennità onnicomprensiva, "*cumulabile con i trattamenti pensionistici e di quiescenza comunque denominati*", nella misura di duecento euro per "*ogni provvedimento che definisce il processo, anche in parte o nei confronti di alcune delle parti, a norma dell'articolo 68, comma 2*", per un importo complessivo annuo, esente da contributi previdenziali, non superiore a 20.000 euro.

4.2 La *ratio* dell'istituto

Con l'intervento normativo in commento, il legislatore torna ad occuparsi della notevole mole procedimenti civili pendenti nella fase di appello, che costituisce, per come ormai comunemente riconosciuto, uno dei principali punti critici del sistema giudiziario italiano[16].
Dalle più recenti statistiche giudiziarie emerge, infatti, che se, in primo grado, si registrano segnali timidamente positivi, in termini sia di pendenze complessive e sopravvenienze che di durata media dei procedimenti, il secondo grado, ancora nel 2011 segna, invece, il passo e conosce, in uno ad una minima riduzione delle pendenze, un preoccupante, ulteriore incremento, frutto di una tendenza ormai pluriennale ed in apparenza inarrestabile, della durata media dei procedimenti[17].
Preso atto di una situazione la cui gravità è efficacemente rappresentata dal fatto che, in molte Corti di Appello, l'udienza per la decisione viene fissata a parecchi anni di distanza dall'introduzione del gravame, con intuibili, rovinose conseguenze anche in termini di superamento del termine ordinario di ragionevole durata del processo ed esposizione a prevedibili e fondate pretese riparatorie, il legislatore ha impostato una strategia basata, in prima battuta, sull'introduzione[18] di rilevanti innovazioni della disciplina del giudizio di appello nel settore civile e, specificamente, sulla previsione, inedita nel sistema previgente, di un filtro di inammissibilità nel merito dell'impugnazione proposta.
In quella sede è stato, in sostanza, creato un sistema di scrematura degli atti di gravame, fondato sulla probabilità di accoglimento del mezzo e finalizzato a selezionare quelli meritevoli di essere trattati approfonditamente, cui indirizzare in via esclusiva le risorse destinate dall'Ordinamento alla correzione delle decisioni di primo grado, risorse che, nella realtà delle Corti d'Appello, si sono

[16] il 31 maggio 2011, l'allora Governatore della banca d'Italia, Mario Draghi, ebbe a riferire, nella relazione annuale, che i ritardi della giustizia civile incidono sul PIL nella misura dell'1%
[17] dalla relazione tenuta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, emerge, con specifico riferimento al periodo 30 giugno 2011 - 30 giugno 2012, che i tribunali hanno conosciuto una riduzione della durata dell'1,6% (da 479 a 463 giorni), delle pendenze complessive del 3,5% e delle sopravvenienze del 2,4%, mentre per le corti di appello vi è stato un aumento della durata dell'1,7 % (da 1033 a 1051 giorni) ed una riduzione delle pendenze complessive dell'1,3% e delle sopravvenienze del 7,4%.
[18] avvenuta con decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, recante "*Misure urgenti per la crescita del Paese*", convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. "*Decreto sviluppo*")

dimostrate drammaticamente inadeguate all'enorme afflusso di affari ed incapaci di garantire l'efficienza e la tempestività della risposta giudiziaria.

L'istituto del c.d. "filtro in appello" è stato oggetto di valutazioni critiche, per ragioni di natura sia sistematica che applicativa, da parte di studiosi e pratici del processo civile[19]; la sua concreta attuazione, sperimentata secondo moduli organizzativi non omogenei[20], ha, nondimeno, alimentato speranze di risultati positivi, in chiave deflattiva, quantomeno in una prospettiva di medio-lungo periodo.

Tutti i commentatori sono stati, comunque, concordi nell'affermare che, considerate la mole, quantitativa e qualitativa, dei procedimenti che ingolfano, ad oggi, le Corti di Appello e l'ovvia applicazione del "filtro" alle sole cause di nuova iscrizione, è necessario mettere in capo ulteriori strumenti volti alla sollecita definizione dell'enorme arretrato che grava, a mo' di vera e propria zavorra, sugli uffici di secondo grado[21].

Dall'acquisita consapevolezza che una lucida strategia, intesa a migliorare la qualità del servizio ed a rendere più celere la risposta giurisdizionale passa *anche* attraverso l'adozione di soluzioni straordinarie ed emergenziali, è scaturita la previsione di arruolamento della *task force* cui sono dedicate le norme in commento, che finisce, in tal modo, per costituire una sorta di *fase due* nel percorso volto al recupero di efficienza del processo civile di appello, salutare espressione di un interesse non episodico né transeunte ad un settore in passato trascurato quando non addirittura misconosciuto.

4.3 La valutazione della disciplina introdotta

La scelta di destinare giudici onorari a funzioni collegiali non pare porsi, di per sé, in contrasto con il dettato dell'art. 106, comma 2, Cost.[22], avuto riguardo alla eccezionalità delle esigenze da fronteggiare ed alla temporaneità dell'incarico, avente il limitato scopo di consentire il ripristino dell'ordinario andamento della giurisdizione civile: in questo senso soccorrono, del resto, precedenti pronunzie della Corte Costituzionale (nn. 99/64 e 103/98).

Sotto distinto angolo visuale, non desta perplessità di sorta l'attribuzione a magistrati onorari di funzioni di appello, per come ripetutamente chiarito, ancora in epoca recente, dalla giurisprudenza di legittimità[23].

Nel dettaglio, la normativa in commento è condivisibilmente protesa ad assicurare adeguati livelli di professionalità dei magistrati ausiliari, da scegliersi all'interno di una platea prevedibilmente assai

---

[19] cfr., in proposito, il parere reso dal C.S.M. il 5 luglio 2012

[20] cfr., sul punto, la delibera approvata dall'assemblea plenaria del C.S.M. il 19 dicembre 2012

[21] in questo senso, si era da subito espresso il C.S.M., nel parere, sopra citato, del 5 luglio 2012

[22] a mente del quale "La legge sull'Ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli"

[23] cfr., tra le altre, Cassazione civile, Sez. U, nn. 12644/08 e 7849/11

ampia di giuristi di varia estrazione, nella cui individuazione non è stato, tuttavia, tenuto conto del pregresso esercizio, per un congruo lasso temporale, dell'esercizio di diverse funzioni di magistrato onorario.

Nella stessa direzione militano, da un canto, la previsione di un trattamento economico non simbolico e basato su canoni di tipo esclusivamente cottimistico e di un favorevole regime tributario e previdenziale e, dall'altro, di *standards* minimi di produttività e di stringenti verifiche periodiche, così come il decentramento di parte della procedura di selezione – che, pure, si connota per talune aporie che saranno evidenziate nel prosieguo – e di quella finalizzata alla verifica di persistenza delle condizioni per il mantenimento dell'incarico.

La coesistenza del concorrente monitoraggio sulla produttività del Ministero della Giustizia ed autogoverno va letta, per altro verso, alla luce dei diversi obiettivi perseguiti: la verifica del conseguimento del risultato di efficienza, da parte dell'autorità amministrativa, la laboriosità del magistrato e, più in generale, della sua persistente attitudine a svolgere le funzioni giurisdizionali, da parte di consigli giudiziari e C.S.M..

L'effettiva capacità deflattiva dell'inserimento nei collegi dei magistrati ausiliari potrà essere misurata solo "sul campo".

In proposito, occorre notare che la corrispondenza dell'indennità annua massima erogabile a ciascun magistrato alla definizione di cento procedimenti rende facilmente pronosticabile che la produttività media non sarà lontana dal dato numerico da ultimo indicato.

Il simultaneo inserimento nei Collegi delle Corti di Appello di 400 nuovi magistrati richiederà, specie in fase di avvio, un impegno supplementare per l'intera struttura (cancellerie, magistrati togati, presidenti di sezione), che dovrà far fronte ad un repentino incremento di adempimenti: sotto questo profilo, la gradualità della riduzione delle pendenze e la fissazione di un orizzonte temporale di dieci anni - periodo massimo di durata dell'incarico, ai sensi dell'art. 67, comma 1 - appaiono correttamente calibrati, mentre l'opzione per traguardi più ambiziosi appare perseguibile sul piano esclusivamente teorico, dovendosi tener conto, nella composizione quantitativa della *task force*, della capacità di smaltimento degli uffici, oltre che, naturalmente, dei vincoli di bilancio.

Sarà compito dei magistrati togati delle sezioni civili assecondare e favorire il progressivo ambientamento dei giudici ausiliari, cui sarà affidata anche la materia, altamente specialistica, del lavoro e della previdenza, e la cui competenza sarà indiscriminatamente estesa a tutti i procedimenti pendenti in fase di appello, a prescindere dalla data della loro iscrizione.

Restando al tema della delimitazione delle materie affidate alla cognizione dei magistrati ausiliari, potrebbe suggerirsi l'inclusione dei procedimenti per equa riparazione del danno conseguente alla violazione del termine di ragionevole durata del processo.

Il decreto-legge assume a discrimine l'attribuzione della controversia alla competenza della Corte di Appello quale giudice di unico grado in ragione, essenzialmente, della mancanza di un provvedimento impugnato, tale da sconsigliare la trattazione del procedimento da parte di un giudice non professionale.

Detta opzione, certamente apprezzabile in relazione, anche per la particolare natura di determinati procedimenti[24], ben potrebbe trovare deroga con riferimento alla materia della c.d. "*legge Pinto*", atteso, in specie, che il progressivo consolidamento di criteri ermeneutici condivisi in sede giurisprudenziale e, successivamente, la consacrazione a livello positivo, con la riforma operata dall'art. 55 del c.d. "*decreto sviluppo*", di parametri indicativi in termini di durata, nelle varie fasi, del procedimento e di entità dell'indennizzo ha reso di gran lunga più agevole il vaglio demandato all'autorità giudiziaria, sì da consentire, in ipotesi, il coinvolgimento di professionalità meno esperte.

In via alternativa, qualora si dubitasse della compatibilità tra l'opzione indicata e le modalità di determinazione dei compensi spettanti ai giudici ausiliari - collegati, in via diretta ed esclusiva, a provvedimenti di regola più complessi rispetto a quelli di cui si discute - potrebbe mutuarsi la soluzione già prefigurata dal CSM in una proposta di delibera di recente trasmessa dalla Sesta Commissione all'Adunanza Plenaria, ove si caldeggia il ricorso ai magistrati onorari di tribunale attualmente in servizio per la trattazione della fase monitoria del procedimento.

In sede di conversione del decreto-legge potrebbe, ancora, essere considerato l'eventuale utilizzo degli aspiranti inseriti nella graduatoria redatta dal Consiglio giudiziario in sostituzione di coloro i quali, dopo essere stati nominati, dovessero cessare l'incarico prima dello spirare del quinquennio ovvero del termine prorogato, sì da garantire, per tutto l'arco temporale di operatività dell'istituto, che l'organico resti al completo, con conseguente incremento del livello di efficienza del servizio.

Qualche perplessità destano, invece, soprattutto dal punto di vista del reciproco coordinamento, i criteri di priorità nella nomina indicati nel decreto-legge.

L'art. 65, comma 2, è chiaro nel riconoscere preferenza, ai fini della nomina, agli avvocati iscritti all'albo, quindi ad una sottocategoria di quella di cui alla lett. d) dell'art. 63, comma 3 ("*gli avvocati, anche se a riposo*"): ne deriva, stando alla lettera della norma, che, ove gli aspiranti all'incarico provenienti dai ranghi del foro, iscritti all'albo ed in possesso dei requisiti elencati dall'art. 64, commi 1 e 3, siano in numero pari o superiore a quello dei posti previsti dalla pianta organica, non sarà possibile procedere alla nomina di aspiranti appartenenti ad altre categorie.

Residua, in ipotesi, la diversa interpretazione – a dire il vero scarsamente compatibile con il testo in commento – per cui la preferenza agli "*avvocati iscritti all'albo*" sia riconosciuta solo all'interno

[24] si pensi, tra gli altri, al procedimento di opposizione alla stima ovvero a quelli in ambito elettorale

della categoria degli "*avvocati, anche se a riposo*" e non nei confronti degli aspiranti appartenenti ad altre categorie.

Se così fosse, si finirebbe con il demandare integralmente alla normativa attuativa (il decreto del Ministero della Giustizia citato all'art. 65, comma 1) l'individuazione dei criteri di priorità nella nomina; la marcata eterogeneità dei profili professionali da porre in comparazione accentuerebbe, peraltro, i margini di discrezionalità riconosciuti alla fonte sottordinata.

Sotto altro, connesso aspetto, la previsione in forza della quale potranno essere assegnati ai soggetti di cui all'art. 63, comma 3, lett. a) ("*i magistrati ordinari, contabili e amministrativi e gli avvocati dello Stato, a riposo*") un numero di posto non superiore al dieci per cento dei posti di giudice ausiliario previsti presso ciascuna Corte di Appello, appare foriera di non marginali incongruenze sul piano applicativo.

Posto, invero, che la pianta organica dei giudici ausiliari prevederà certamente, per molte Corti di Appello, un numero di giudici inferiore a dieci, il pedissequo rispetto della disposizione testé menzionata – dalla quale, è bene chiarire, non promana alcuna riserva – condurrebbe ad escludere i soggetti in questione dalla nomina che, ove pure circoscritta ad una unità, determinerebbe il superamento della percentuale del 10 per cento[25].

Per superare l'*impasse* potrebbe introdursi, in sede di conversione, l'arrotondamento per eccesso all'unità nei casi in cui il 10% dell'organico della Corte di appello è pari a 0,5 unità o più, vale a dire quando il numero complessivo dei giudici ausiliari indicato nella pianta organica è compreso tra 5 e 9: la percentuale massima di giudici ausiliari provenienti dalla categoria di cui all'articolo 63, comma 1, lett. a), sarebbe, quindi, in questi casi, del 20%.

Esemplificativamente, e per maggior chiarezza, la modifica ipotizzata opererebbe secondo il seguente meccanismo:

- a fronte di una pianta organico comprendente un numero di giudici ausiliari compreso tra 1 e 4, non potrebbe essere nominato alcun aspirante proveniente dalla categoria indicata;
- a fronte di una pianta organica comprendente un numero di giudici ausiliari compreso tra 5 e 19, potrebbe essere nominato un solo aspirante proveniente dalla categoria indicata;
- a fronte di una pianta organica comprendente un numero di giudici ausiliari compreso tra 20 e 29, potrebbero essere nominati due aspiranti provenienti dalla categoria indicata.

Sostanzialmente superflua appare, poi, la disposizione secondo cui "*In ogni caso le nomine dei*

[25] così, ad esempio, su un organico di nove giudici, un'unità costituisce l'11,11 per cento dell'organico

soggetti di (cui) *all'articolo 63, comma 3, lettera a), non possono superare complessivamente il numero di quaranta*".

Stando al testo del decreto-legge, infatti, l'impossibilità di varcare, in ciascuna Corte di Appello, la percentuale del 10 % rende aritmeticamente certo il contenimento del numero complessivo in non più di 40 unità.

Ove, invece, si addivenisse ad una soluzione del tipo di quella sopra proposta o, comunque, si introducessero diversi meccanismi correttivi di arrotondamento, il rispetto del limite complessivo delle 40 unità indurrebbe non marginali effetti distorsivi[26], onde verrebbe in rilievo l'opportunità di eliminare l'ulteriore vincolo imposto del periodo finale dell'art. 65, comma 1.

Avuto riguardo alla struttura del giudizio di appello - che postula, nella quasi totalità dei casi, la contestualità della decisione su tutte le questioni devolute al giudice di secondo grado - potrebbe, da ultimo, eliminarsi il riferimento, precorritore di dubbi interpretativi e suscettibile di incidere sulle prassi, alla liquidazione dell'indennità per ogni provvedimento (quindi anche diverso dalla sentenza) che definisce il processo "*in parte o nei confronti di alcune delle parti*".

5. Magistrati assistenti di studio della Corte di Cassazione (Art. 74 del D.L. n. 69/13)

5.1. Profili generali

L'intervento normativo si compone di un unico articolo ed intende rispondere alle urgenti necessità poste in evidenza dall'abnorme arretrato di cause (circa 100.000) che grava sulle Sezioni civili della Corte di cassazione.

Ci si propone il pregevole scopo di fornire un supporto tecnico affidando alle Sezioni civili della Suprema Corte un gruppo di assistenti-magistrati a fine di favorire una celere definizione dell'arretrato.

Si prevede, in tale quadro, la temporanea modifica della consistenza della pianta organica della Suprema Corte inserendo, al pari di quanto avviene per l'ufficio del Massimario e del ruolo, magistrati in numero pari a trenta che abbiano effettivamente svolto per almeno cinque anni le funzioni di merito.

La pianta organica di tale nuova figura di magistrato è, però, ad esaurimento, fino cioè alla cessazione dal servizio o al trasferimento dei magistrati assistenti di studio.

Non sono previsti incentivi economici per tale attività.

---

[26] specificamente, nel senso che gli arrotondamenti per eccesso operati nelle Corti di Appello con organico inferiore alle dieci unità imporrebbe di contenere, nelle Corti di Appello con organici di maggiore consistenza, il numero di giudici ausiliari provenienti dalla categoria di cui all'articolo 63, comma 3, lettera a) in percentuale inferiore al dieci per cento

Le funzioni, alle quali i magistrati assistenti di studio dovrebbero essere addetti, vengono stabilite dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, sentito il Procuratore Generale, in considerazione delle contingenti esigenze di definizione dell'arretrato.

E', tuttavia, fatto divieto di inserire i magistrati assistenti di studio nei Collegi giudicanti.

Inoltre, per garantire una adeguata stabilità nelle funzioni di supporto alla Corte di Cassazione si prevede che i magistrati assistenti non possano trasferiti prima di cinque anni dalla data in cui hanno preso possesso, salvo gravi motivi di salute, di servizio o di famiglia.

Ciò al fine di assicurare con continuità il raggiungimento degli obiettivi che l'intervento si propone, senza però incardinare in modo strutturale e definitivo nell'organico della Corte la figura del magistrato assistente di studio.

La norma esclude che il magistrato -assistente di studio – trasferito ad altra sede od incarico possa essere sostituito e che il posto resosi vacante possa essere ricoperto, a conferma del fatto che si tratta di una previsione d'organico ad esaurimento.

E' previsto, inoltre, che con cadenza annuale il Ministro della Giustizia proceda, con proprio decreto, alla ricognizione della consistenza effettiva della pianta organica della Corte Suprema di Cassazione.

Per garantire la celere copertura dell'organico previsto è fissato un termine di conclusione della procedura di selezione dei magistrati assistenti di studio di centottanta giorni.

5.2. I magistrati assistenti

L'intervento normativo d'urgenza proposto dal Governo risponde, senza dubbio, all' esigenza di tentare di risolvere il problema dell'arretrato di cause civili che si è accumulato nel tempo presso la Corte di Cassazione, reso ancor meno tollerabile dalla recente modifica della cd. legge Pinto, che fissa in un anno la ragionevole durata del procedimento civile dinanzi alla Suprema Corte.

Anche per la Corte di Cassazione, quindi, così come per le Corti d'Appello, si giustifica un intervento straordinario e d'urgenza volto ad affrontare, tale annoso problema.

Pertanto è da apprezzare la consapevolezza ed il coraggio dimostrate dal governo nell'elaborazione delle scelte urgenti messe a punto per risolvere l' emergenza.

Appare, tuttavia, opportuno ribadire la necessità di accompagnare l'intervento urgente con misure sistematiche, al fine di evitare che si riproponga in futuro un analogo problema di accumulo di arretrato.

Deve, inoltre evidenziarsi che i magistrati assistenti previsti dal decreto legge dovranno prima essere selezionati fra i giudici di merito e, poi, dovranno entrare nel meccanismo della giurisdizione

di legittimità con consapevolezza, il che richiederà inevitabilmente un certo lasso di tempo che non potrà essere breve.

Inoltre, i magistrati-assistenti non potranno esercitare le funzioni di legittimità e non potranno, quindi, partecipare alle udienze ed alle camere di consiglio; potranno, al più, collaborare con i consiglieri contribuendo alla predisposizione delle ricerche e fornendo gli elementi utili per la decisione, mentre non potranno esercitare in prima persona la giurisdizione. Il loro apporto, quindi, rischia di essere solo ipotetico e comunque solo sussidiario.

In tale prospettiva, pur apprezzando lo spirito dell'intervento, non può negarsi che la creazione temporanea del nuovo ruolo di magistrato-assistente desta qualche perplessità.

Anzitutto appare distonica, nell'ambito delle funzioni giudiziarie previste dal nostro Ordinamento giudiziario, la singolare funzione del magistrato-assistente il quale non esercita direttamente funzioni giudiziarie ad esso affidate, bensì esercita un'attività sussidiaria strumentale rispetto alle funzioni giudiziarie svolte dal consigliere. Pur senza evocare il principio costituzionale di cui all'art. 107, non risulta agevole inquadrare nel nostro sistema ordinamentale il ruolo e le funzioni del previsto magistrato-assistente.

Inoltre, non è facile prevedere con certezza quali potranno essere in termini quantitativi gli effetti benefici di una tale trasformazione, considerando, peraltro, che la necessità di intervenire sull’arretrato di cause civili è impellente e non più procrastinabile.

Viceversa la misura proposta sembra più tarata per raggiungere risultati proiettabili nel tempo futuro, peraltro ipotetici ed i cui vantaggi sembrano poco attendibili nelle previsioni.

Una terapia d’urto radicale è invece necessaria anche per la Cassazione civile, utilizzando il medesimo schema seguito per le Corti d’Appello con misure strutturali ed emergenziali insieme.

Ed infatti, da un lato si potrebbero recuperare nell’immediato alcune decine di giudici onorari anche in Cassazione da utilizzare per i prossimi 3 o 4 anni, scegliendoli esclusivamente tra i magistrati ritenuti idonei che esercitavano funzioni di legittimità e che sono stati posti in quiescenza negli ultimi anni ai quali, quindi, si potrebbe affidare sin da subito il compito di assumere in decisione le cause e di depositare le sentenze decise.

Ovviamente occorrerebbe porre un limite d’età oltre il quale non si ritiene più utile l’apporto dei magistrati a riposo (ad es. 76/77 anni), nonché fissare una data, antecedente all’entrata in vigore della legge, come termine dell'avvenuto collocamento a riposo del magistrato. Tale attività andrebbe remunerata in base alle sentenze depositate, stabilendo un minimo ed un massimo.

Accanto a questa misura emergenziale si potrebbe studiare la soluzione strutturale più adatta ad offrire alla Suprema Corte uno stabile e costante contributo qualificato, al fine di meglio corrispondere alle esigenze pressanti derivanti dal carico di lavoro crescente.

In tal senso l'ipotesi di creare la figura dei magistrati assistenti presso la Cassazione, così come prevista dal decreto legge, ha il pregio, più teorico che pratico, di disegnare una Corte di Cassazione sul modello di altre Corti di legittimità europee le cui competenze sono però meno ampie ed il cui carico di lavoro, purtroppo, non è assolutamente comparabile a quello della nostra Corte Suprema.
Viceversa, per raggiungere uno stabile e strutturale risultato positivo in merito alla capacità di smaltimento del contenzioso da parte della nostra Corte di Cassazione, sarebbe preferibile prevedere, nella salvaguardia della coerenza della disciplina con i requisiti e le procedure per l'accesso alle funzioni di legittimità, una diversa configurazione dell'organico e delle competenze dell'ufficio del Massimario.
Un ufficio del Massimario adeguatamente rinforzato e ricondotto ad almeno 60 unità in organico (senza sottrarre risorse di organico agli uffici di merito), ben potrebbe essere destinato a svolgere, oltre alle ordinarie funzioni di massimazione delle pronunce della Corte, anche attività di supporto, di ricerca e di studio su richiesta delle varie sezioni della stessa Corte, prevedendosi, inoltre, la possibilità per il Primo Presidente di destinare alcuni magistrati ad esercitare direttamente le funzioni di legittimità nei Collegi (come già accadeva per i magistrati di appello applicati al Massimario della Corte di Cassazione prima della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006).
Tale riforma dei compiti e della configurazione dell'ufficio del Massimario avrebbe, in definitiva, il pregio di rappresentare un più naturale e fisiologico contributo per il lavoro della Corte di Cassazione, ponendosi come strumento funzionale ed interno, adattabile alle più varie esigenze contingenti della Suprema Corte.

5.3. Necessità di interventi di accompagnamento incidenti sulla disciplina processuale ed sul regime delle impugnazioni

Come anticipato in precedenza, l'esperienza insegna che le misure straordinarie finalizzate ad eliminare l'arretrato non hanno sempre dato risultati in linea con le aspettative, ove non accompagnate da interventi di tipo strutturale che possano incidere sulla sostenibilità del carico di lavoro, a lungo termine.
Sarebbe, quindi, necessario accompagnare le misure straordinarie previste con ulteriori interventi strutturali concernenti le norme processuali ed, in generale, il sistema delle impugnazioni.
La platea delle materie considerate nella istituzione della mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria potrebbe essere utilmente considerata al fine di individuare l'area nella quale appare sufficiente assicurare il solo doppio grado di giurisdizione.
E', parimenti, ipotizzabile, in linea con la tendenza a differenziare il trattamento delle controversie in ragione del loro valore, una soglia oltre la quale è ammissibile la (libera) ricorribilità per

cassazione, prevedendo opportune, ma limitate, eccezioni in ragione della peculiare natura, o importanza, delle questioni sottoposte al vaglio della Corte.

All'intervento emergenziale sul "personale di magistratura" sarebbe opportuno, in altri termini, accompagnare una riforma capace di assegnare alla Corte di Cassazione il ruolo che le Corti supreme rivestono anche negli altri paesi europei: quello di garante della uniforme applicazione e dei diritti fondamentali dei cittadini, piuttosto che di giudice di terza istanza.

Una adeguata funzione nomofilattica presuppone, infatti, precisi limiti alla ricorribilità dinanzi alla Corte Suprema dei provvedimenti dei giudici di merito ed è incompatibile con l'"accesso di massa" alla giurisdizione superiore.

Analoghi interventi di snellimento processuale e di regime impugnatorio, debbono auspicarsi nel settore penale, atteso che anche in questo campo deve assicurarsi alla Suprema Corte la possibilità di esercitare una adeguata funzione nomofilattica, attualmente impedita dalla mole enorme di ricorsi da esaminare e decidere.

5.4. Procura generale presso la Cassazione.

Dall'art. 75 del d.l. viene, inoltre, modificata la disciplina sulla partecipazione del pubblico ministero nei giudizi civili dinanzi alla Corte di Cassazione.

Si modificano, infatti, gli articoli 70, 380-bis e 390, primo comma, del cpc.

La modifica risponde all'esigenza di finalizzare meglio il ruolo che la Procura generale presso la Corte di Cassazione svolge nel settore civile, consentendo un "*impiego maggiormente selettivo dei magistrati della Procura generale nelle udienze civili*". Pertanto, le norme in esame sono dirette ad eliminare opportunamente l'attuale obbligo generalizzato di intervento, conservandolo solo per le udienze pubbliche trattate dalle sezioni semplici e per tutte le udienze (anche quelle camerali) delle Sezioni Unite. Correlativamente l'art. 81 del d.l. adegua le modifiche introdotte alla disciplina di Ordinamento giudiziario che regola le attribuzioni della Procura generale in Cassazione (art. 76 R.D. n. 12/41).

Al fine di evitare che tale riforma della procedura produca i suoi effetti tra qualche anno è necessario che la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 75 sia modificato nel senso che le innovazioni introdotte nel comma 1 si applicano ai ricorsi la cui udienza di trattazione sia stata fissata dopo l'entrata in vigore della legge di conversione.

6. Interventi vari sul processo civile

Preliminarmente deve osservarsi che gli interventi sul processo civile contenuti nel provvedimento in esame si inseriscono in un processo di stratificazione di misure settoriali che non sembrano poter produrre effetti determinanti in assenza di ulteriori soluzioni organiche e di sistema.

Deve registrarsi, in ogni caso, positivamente, l'intento di assicurare, attraverso le misure proposte, che di seguito analiticamente si esaminano, una più rapida definizione dei procedimenti civili.

Proposta transattiva o conciliativa del giudice. Misura processuale particolarmente interessante è quella consistente nell'introduzione nel codice di rito dell'art. 185 *bis* c.p.c..

La disposizione prevede che il giudice alla prima udienza, ovvero *ad libitum* nel corso dell'istruzione, ma non oltre il momento in cui la stessa si è esaurita, ha l'obbligo, e non la facoltà, di formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa.

E' altresì previsto che il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisca comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio.

Per esigenze di simmetria, il provvedimento introduce una modifica dell'art. 420, primo comma, c.p.c., disponendo che, parimenti, il giudice del lavoro possa formulare una proposta non solo transattiva ma anche più ampiamente conciliativa.

Nel nostro Ordinamento, l'istituto della conciliazione è menzionato da diverse disposizioni (artt. 91, 185, 198, 199, 320, 322, 350, 410-412, 652, 696-*bis*, 708 c.p.c.; 88, 147 att. c.p.c.): esso si configura come un metodo alternativo di risoluzione delle controversie attraverso cui le parti cercano di raggiungere la soluzione concordata di una controversia attraverso l'opera svolta dal giudice. Chiara è la differenza con la mediazione, che è sempre l'attività svolta da un terzo soggetto diverso dal giudice, che, appunto, media tra le parti per propiziare un componimento consensuale del conflitto e formula una proposta finalizzata alla conciliazione.

In linea generale, sforzandosi di dare alla locuzione "proposta conciliativa" un contenuto diverso ed autonomo rispetto al concetto di "proposta transattiva", deve opinarsi che il giudice, al pari del mediatore, debba agire per facilitare l'incontro della volontà delle parti, e non esercitare poteri decisori[27]: perciò la proposta conciliativa e la conseguente conciliazione stessa presuppongono un largo uso di poteri equitativi da *bonus pater familias*, che, sia pure orientati dalla ragionevole previsione dell'esito della lite e senza distaccarsi del tutto dalle domande originarie dei contendenti, non rimangono stretti nei limiti angusti posti dal principio della domanda e dal principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

La norma, così, consente - *recte*, come detto, obbliga - il giudice a formulare una proposta conciliativa o transattiva. Tale ultimo termine rinvia alle reciproche concessioni, di cui fa cenno l'art. 1965 c.c. nel definire il concetto di transazione.

---

[27] A. Scarpa, *Metodi alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie: dialogo a più voci*, Relazione tenuta nell'ambito del corso C.S.M. sulle controversie bancarie, Roma, 17-19 settembre 2012.

Ne segue che il giudice possa optare *ad libitum* di formulare proposte di soluzione della controversia, sia passando per le cennate reciproche concessioni, sia prescindendo dalle stesse. L'esito, qualora le parti aderiscano alla proposta, è la conclusione di un negozio sussumibile nella transazione, qualora la proposta si connoti per le reciproche concessioni, ovvero, allorché venga, diversamente, in rilievo una proposta conciliativa, di un contratto, in ultima analisi, atipico "di accertamento" ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, c.c., esprimendo esso pur sempre una causa meritevole di tutela, anche ex artt. 41, 111 Cost., qual è appunto la soluzione della lite[28].

Si registra, così, un decisivo allargamento dei poteri- doveri del giudice, che trovano la loro più profonda *ratio* nell'esigenza di scremare il contenzioso da definire con sentenza, essendo stata individuata quest'ultima come il principale fattore di rallentamento della definizione dei giudizi civili.

La novità va, quindi, accolta con estremo favore, specie tenendo conto che la disposizione è anche utile a preservare il giudice, che voglia farsi parte attiva nel sollecitare le parti ad una definizione bonaria della controversia, da eventuali istanze di astensione o - seppure non sia neanche in tesi ipotizzabile una delle tassative ipotesi di cui all'art. 51, primo comma, c.p.c. - di ricusazione, che alcuno dei litiganti possa sollevare per dolersi di un'eventuale sconfinamento del detto giudice dai propri stretti compiti decisori.

Appare opportuno, però, focalizzare l'attenzione sull'opportunità di un migliore coordinamento della novella con il vigente art. 185 c.p.c.. Tale ultima disposizione, come è noto, è stata modificata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80 e ad oggi, obbliga il giudice a fissare la comparizione delle parti al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione solo in caso di richiesta congiunta delle stesse, al contempo consentendo all'Organo giudicante di esercitare d'ufficio la medesima facoltà ex art. 117 c.p.c., quando lo ritenga utile. D'altro canto, non è ipotesi remota che alla prima udienza, allorché la materia del contendere è ancora mutevole, il giudice, prescindendo dall'audizione delle parti personalmente, non sia in grado di formulare una convincente proposta conciliativa – transattiva.

Sembra, inoltre, estremamente timida la previsione finale dell'art. 185 *bis* c.p.c., secondo cui *il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio,* posto che chiaramente il rifiuto della proposta giudiziale non può incidere sulla sorte del giudizio, nemmeno a livello di argomento di prova, in quanto il giudice, riappropriandosi di tutti i propri poteri decisori, è tenuto ad esercitarli, somministrando il torto e la ragione *iuxta alligata et probata* .

---

[28] In ordine alle differenze tra transazione e medizione, Bove, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, 4,1065 ss; nonché Id., *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in www.judicium.it, 3.

Sul punto occorre evidenziare che la disposizione citata richiede al giudice un notevole impegno aggiuntivo atteso che la formulazione di una seria e precisa proposta transattiva, soprattutto per le controversie di una certa complessità , o quelle con più parti e caratterizzate da plurime domande, impone un oneroso studio approfondito della causa.

La obiettiva incidenza di tale istituto sul carico di lavoro del magistrato richiede, quindi, perché esso possa tradursi in un effettivo risultato, che alla serietà dell'impegno del giudice nella formulazione della proposta transattiva corrisponda un adeguato apparato sanzionatorio per il caso di ingiustificato rifiuto delle parti. Parrebbe opportuno, in tale prospettiva, il rafforzamento delle conseguenze sanzionatorie derivanti dal rifiuto ingiustificato.

Oltre al richiamo esplicito al disposto di cui all'art. 96, terzo comma, c.p.c., una possibile soluzione, che risponderebbe anche all'esigenza di omogeneizzare la disciplina di situazioni analoghe, è quella di estendere (anche alle controversie di lavoro o locatizie), nei limiti di compatibilità, al caso di rifiuto della proposta transattiva o conciliativa, il contenuto dell'art. 13, comma primo, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, oggetto di intervento da parte della lettera n) dell'art. 79 del dl. 69/2013. Il testo di tale disposizione sembra più severo rispetto al disposto, che, peraltro, fa riferimento alla sola proposta conciliativa (il che potrebbe porre dei problemi applicativi con riguardo al caso di formulazione della proposta transattiva), di cui all'art. 91, primo comma, c.p.c.. Sembra, infatti, singolare che il rifiuto della proposta formulata dal mediatore, che per quanto professionalmente attrezzato non è, comunque, comparabile al giudice che procede, già solo in considerazione delle funzioni giudiziarie da quest'ultimo svolte, possa avere conseguenze, anche di tipo sanzionatorio, più gravi rispetto al rifiuto della proposta formulata ex art. 185 *bis* c.p.c.. Né può obiettarsi che tale diverso trattamento trovi la propria *ratio* nell'esigenza di evitare proprio il radicarsi a monte del contenzioso, posto che, come sopra cennato e comprovato da molteplici studi statistici oltre che dall'esperienza concreta, non è esigibile che, pena una caduta qualitativa del prodotto-sentenza[29], il giudice possa così decidere più di un ragionevole numero di controversie. Numero che il più delle volte è inferiore alle cause sopravvenute o, comunque, non è usualmente in grado di intaccare seriamente l'arretrato formatosi.

Per altro verso tali soluzioni eviterebbero, altresì, che lo svolgimento obbligatorio da parte del giudice del detto incombente possa, di per sé, rivelarsi un inutile dispendio di energie e causa esso stesso di rallentamento del corso del processo. Si palesa, invero, necessaria un'adeguata responsabilizzazione delle parti per il caso di rifiuto, non adeguatamente ponderato, di una ragionata proposta del giudice: in altri termini, occorre innescare tra tutti i protagonisti del processo

[29] L'espressione è di Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, 806.

un circuito virtuoso di consapevole partecipazione dell'importanza del momento processuale in esame.

Motivazione della sentenza. Tali ultime considerazioni spiegano anche la profonda modifica ad opera dell'art. 18 dl. 69/2013 dell'art. 118 disp. att. c.p.c., il cui primo comma era già stato sostituito dall'art. 52, comma V, l. 69/2009, con ordito in vigore dal 4 luglio 2009 ed applicabile, si badi bene, ai soli giudizi pendenti in primo grado in tale data.

La legge 69/2009 aveva modificato il divisato primo comma, prevedendo che la esposizione dei fatti rilevanti della causa dovesse essere succinta ed introducendo il possibile rinvio a precedenti conformi.

A norma del decreto legge per cui è parere, invece, il giudice dovrà argomentare, soffermandosi esclusivamente non sui fatti rilevanti della causa, bensì sui fatti decisivi della stessa: è evidente che si tratta di un sottoinsieme contenuto, ma non coincidente con quello preso in considerazione dal legislatore del 2009.

In effetti, quanto alla stesura della sentenza, il quadro normativo si evolve nel senso che la motivazione della sentenza non si pone più quale "componimento discorsivo autosufficiente" (destinato a dar conto di tutte le vicende del processo e, analiticamente, di tutti i passaggi attraverso i quali possono essere ricostruiti i principi di diritto applicati), ma quale testo sintetico "strettamente essenziale ai fini di rendere palese l'iter logico-argomentativo che ha condotto alla decisione" [30].

Per effetto della riforma, infatti, il giudice potrà limitarsi a motivare richiamando non più anche i fatti "rilevanti", ma già solo quelli "decisivi", ossia quelli che hanno una funzione effettivamente determinante e risolutiva ai fini della statuizione definitiva ed utili per dar adeguatamente conto della decisione racchiusa nel dispositivo. Si segnala che la locuzione "fatti decisivi" è coerente con la formulazione adoperata dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, che, nel riscrivere il numero 5 dell'art. 360 c.p.c., ne ha modificato il testo riportandolo alla formulazione codicistica originaria del 1940. Ne condivide la finalità restrittiva, in quanto la nozione di *fatto controverso decisivo del giudizio* ha un significato più ristretto rispetto a quella di *punto decisivo della controversia* presente nella precedente formulazione e coincide con quella di *fatto costitutivo, modificativo o estintivo del diritto in contestazione*.

Del pari, secondo l'*intentio legis* non occorrerà più soffermarsi sulle ragioni giuridiche della decisione, in quanto sarà sufficiente indicare i principi di diritto su cui la decisione è fondata: si tratta un ulteriore condivisibile argomento testuale comprovante l'affievolimento della concezione della giurisdizione quale mera espressione della sovranità statale e la ormai definitiva emersione

[30] Si tratta di un passo tratto dalla Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008 del Primo Presidente della Corte di Cassazione.

della stessa come servizio per la collettività[31], il cui parametro di riferimento va ritrovato nella tempestività e nella efficacia dell'azione giudiziaria.

In tal senso, la *ratio* della riforma legislativa non si discosta dall'invito rivolto, con decreto del 22 marzo 2011, dal Primo Presidente della Corte di Cassazione a tutti i collegi delle Sezioni civili, allorchè siano chiamati a decidere su ricorsi che non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia o che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principi giuridici già affermati dalla Corte e condivisi dal Collegio, a redigere una sentenza (o un'ordinanza a contenuto decisorio) "a motivazione semplificata", di tipo estremamente sintetico.

Sempre in un'ottica di snellimento della motivazione e sull'abbrivio di quanto già previsto dalla l. 69/2009, il nuovo articolo 118 disp. att. c.p.c. dà facoltà al giudice di stendere la motivazione mediante esclusivo riferimento a precedenti conformi, oppure con il rinvio a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa.

Antesignano, in una certa guisa, di tale disposto è l'art. 16 quinto comma d. lgs. n.5/2003 (cd. rito societario) per cui "la sentenza può essere sempre motivata in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento a precedenti conformi".

Non si ravvede il pericolo che tale novità possa necessariamente comportare l'abbandono della funzione della motivazione quale adeguata estrinsecazione della specifica *ratio decidendi* del caso concreto: il giudice, infatti, dovrà continuare a dar conto di avere esaminato il complesso del materiale probatorio acquisito nel processo e di non avere, quindi, ignorato elementi di prova astrattamente decisivi ai fini della ricostruzione della vicenda sottoposta alla sua decisione. Solo che, secondo il legislatore, la manifestazione dell'opinione del giudice non deve, più e definitivamente, seguire paludati contorti, e soprattutto autoreferenziali, *iter* espositivi, essendo ben all'uopo sufficiente rinviare *per relationem*, senza doverne riprodurre il contenuto, ad atti (ad es. i verbali di udienza, la relazione del Ctu, i documenti prodotti dalle parti) o a libelli di causa per definizione conosciuti dai litiganti e agevolmente conoscibili dal giudice di grado superiore, ovvero anche a precedenti conformi.

Sotto tale ultimo profilo, ovviamente, il richiamo dei precedenti conformi, di cui fa pure menzione il cennato decreto del Primo Presidente della Corte di Cassazione, può agevolare la redazione della sentenza in caso sia di prospettazione di questioni giuridiche già risolte dalla giurisprudenza della Corte di legittimità o da orientamenti del merito, anche dell'ufficio cui appartiene il decidente.

Sul punto si rammenta che, mentre l'art. 361, n. 2, c.p.c. del 1865 sanciva in modo esplicito l'insufficienza di una motivazione che si esaurisca nel richiamo ad altra sentenza, una disposizione

---

[31] Cfr. sul punto Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007; Biavati, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, 318.

di tal genere non è stata riprodotta nel codice vigente; il che già ha ispirato l'idea che la motivazione *per relationem* non fosse in sé già bandita per le *quaestiones iuris*, come, appunto, statuito da Cass. civ. Sez. III 30 marzo 2007, n. 7943, secondo cui "quando la motivazione richiama un orientamento giurisprudenziale consolidato - tra l'altro riportando le massime in cui esso si è espresso – la motivazione deve ritenersi correttamente espressa da tale richiamo, che rinvia – in evidente ossequio al principio di economia processuale (che oggi trova legittimazione formale nel principio della ragionevole durata del processo, il quale giustifica ampiamente che non si debbano ripetere le argomentazioni di un orientamento giurisprudenziale consolidato, ove condivise dal giudicante e non combattute dal litigante con argomenti nuovi) – appunto alla motivazione risultante dai provvedimenti richiamati, di modo che il dovere costituzionale di motivazione risulta adempiuto "per relationem", per essere detta motivazione espressa in provvedimenti il cui contenuto è conoscibile." Il testo legislativo amplia, così, la facoltà del giudice di avvalersi della *relatio* esterna, in conformità alla volontà assertiva e non necessariamente giustificativa della motivazione in diritto, responsabilizzando l'Organo giudicante e, soprattutto, eliminando possibili fraintendimenti derivanti dall'incertezza di quando definire un orientamento giurisdizionale consolidato ovvero dall'evanescenza del concetto di conoscibilità del precedente richiamato. Sotto tale ultimo profilo, sarebbe in ogni caso utile che la novità legislativa sia accompagnata da disposizioni, anche di mero carattere amministrativo, che agevolino le parti nel reperimento dei precedenti richiamati, laddove essi siano del tutto inediti, e, quindi, non facilmente reperibili sui siti internet, sulle comune banche dati o sulle riviste giuridiche cartacee.

Va posto in evidenza che il nuovo testo consente il richiamo dei precedenti conformi anche con riguardo alle *quaestiones facti* in caso di risoluzione di medesime questioni di fatto connotanti ad esempio un contenzioso seriale. In tal caso, il testo legislativo mantiene, comunque, ferma la necessità che il giudice dia conto, anche solo in via di estrema sintesi, della ragione del perché un certo precedente, specie se è inedito, è condiviso ed è attinente al *disputatum*: in tal guisa lo snellimento della motivazione non si rivela una fuga dall'onere motivatorio costituzionalmente imposto, che non supera i confini della situazione apparente, giacché manca, in definitiva, della descrizione del dato percepito, e quindi della descrizione di ciò che avrebbe dovuto essere sottoposto a comparazione con la fattispecie legale, quasi che il compito del giudice di merito potesse dirsi esaurito per mezzo delle sole proposizioni astratte (Cass., 27 maggio 2011, n. 11710).

Esigenze di simmetria imporrebbero di estendere il nuovo modello motivatorio anche al modello di decisione a seguito di trattazione orale, per il quale l'art. 281 *sexies* c.p.c. prevede che, al termine della discussione, il giudice dia lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. Può rivelarsi non inutile prevedere, anche per siffatto modello, il

richiamo dei precedenti conformi od il rinvio ad atti processuali, così come non appare distonico prevedere la facoltà del giudice di soffermarsi unicamente sui fatti decisivi e sui principi di diritto fondanti la decisione. Del pari è a opinarsi per il rito locatizio o del lavoro, in relazione al quale l'art. 429 c.p.c., nel testo vigente applicabile dal 25 giugno 2008, il giudice "esaurita la discussione orale e udite le conclusioni delle parti, pronuncia la sentenza dando lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione."

Di non poco momento è l'abrogazione del primo alinea del secondo comma dell'art. 118 disp. att. c.p.c.. Infatti, il d.l. 69/2013 provvede a sopprimere l'obbligo per il giudice estensore della sentenza di dar conto, in motivazione, delle questioni discusse e decise dal Collegio, indicando le norme di legge e i principi di diritto applicati. La rilevanza della novità si coglie ponendo l'attenzione sul disposto dell'art. 276, secondo comma, c.p.c. (nonché all'art. 279, secondo comma c.p.c.), secondo cui, in sede decisoria, il giudice deve [32] seguire un determinato ordine logico nell'esame della controversia: questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito, quali *ius postulandi*, regolare instaurazione del contraddittorio, giurisdizione, competenza, legittimazione, prescrizione, decadenza, domande principali, domande subordinate. Ora, l'abrogazione del cennato alinea importa che il giudice, in sede di stesura della motivazione, non sia più tenuto a dar conto di tutte le questioni discusse e decise, potendo argomentare anche in base al criterio della ragione più liquida.

L'obiettivo della sentenza giusta si coniuga, dunque, con quello del razionale impiego delle risorse giudiziarie, di modo che il giudice può così motivare solo sulle determinate questioni funzionali e non contrastanti rispetto alla questione nel merito. Infatti, il criterio dell'applicazione della ragione più liquida comporta che un'unica ragione, a carattere assorbente, sia da sola idonea a chiudere il processo, nonostante che l'astratto ordine logico delle questioni magari imponga un percorso diverso e più lungo. E' chiaro, infatti, che se esiste un ordine logico-motivazionale prima di pervenire ad una sentenza di merito e, in particolare, di condanna, ogni qualvolta che questo *iter* concatenato di deliberazioni intermedie si interrompa ad un determinato livello diviene superfluo esaminare e motivare tutte le questioni potenzialmente rilevanti in un dato processo, anche se così si altera la rigorosa successione logico-giuridica[33]. La novella finisce in tal guisa per condivisibilmente recepire quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass., 16 maggio 2006, n. 11356) e di merito (Trib. Piacenza, 28 ottobre 2010), per cui, sulla base del principio della c.d. "*ragione più liquida*", la domanda può essere respinta sulla base della soluzione di una questione assorbente senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre.

---

[32] In dottrina c'è chi dubita della portata precettiva della detta norma: Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, 66 ss.

[33] A. Manna, *Le decisioni del giudice di appello. Tecniche di redazione della sentenza di gravame e analisi delle patologie della motivazione*, nell'ambito del corso organizzato dal Csm, *Il giudice penale di appello*.

Né può temersi che, così facendo, si cada in un vizio di omessa pronuncia proprio perché la decisione sulla domanda cd. assorbita diviene superflua, per sopravvenuto difetto di interesse della parte, che con la pronuncia sulla domanda cd. assorbente ha conseguito la tutela richiesta nel modo più pieno, e, in senso improprio, quando la decisione cd. assorbente esclude la necessità o la possibilità di provvedere sulle altre questioni, ovvero implica un implicito rigetto di altre domande (Cass. 16 maggio 2012, n. 7663). Il che comporta benefici effetti semplificatori anche in sede di impugnazione, in quanto la pronuncia esplicita o sottintesa di assorbimento (fattispecie diversa dalla decisione implicita) non onera il soccombente di formulare sulla questione assorbita alcun motivo d'impugnazione (che del resto sarebbe insensato esigere, atteso il difetto di una correlativa motivazione da attaccare), essendo sufficiente per evitare il giudicato interno censurare o la sola decisione sulla questione giudicata di carattere assorbente o la stessa statuizione di assorbimento, contestandone i presupposti applicativi e la ricaduta effettiva sulla decisione della causa (Cass. 9 ottobre 2012, n. 17219).

La bontà dell'opzione legislativa, per cui è parere si coglie anche considerando che la stessa si pone come un disincentivo per la cd. motivazione alternativa, nel qual caso il giudice di merito prende in considerazione due ipotesi antitetiche e contrastanti, ponendole alternativamente a base dell'assunta decisione, ciascuna di per sé sufficiente a sorreggere la soluzione adottata, con ulteriori complicazioni in sede di gravame, posto che, in detta ipotesi, la sentenza stessa è da ritenersi utilmente impugnata solo mediante la censura di entrambe (Cass. 20 gennaio 2006, n. 1099).

Concludendo sul punto, deve condividersi la tendenza alla semplificazione della motivazione che richiede, sul versante ordinamentale, uno sforzo di adeguamento prima di tutto del legislatore e poi di questo Consiglio al fine di individuare e creare un raccordo tra nuovi criteri di valutazione delle sentenze e gli indicatori alla stregua dei quali si compie la periodica verifica di professionalità dei magistrati. Allo stesso modo occorre che i Consigli Giudiziari nel redigere i prescritti pareri per le valutazioni di professionalità valorizzino, nell'ambito del parametro della capacità, proprio la capacità di sintesi in relazione ai presupposti di fatto e di diritto dimostrata dal magistrato scrutinato. Sempre in una prospettiva *de iure condendo* è auspicabile che il legislatore coordini tale nuovo modello motivatorio con la normativa primaria e secondaria disciplinante l'accesso alle funzioni di legittimità.

Sarebbe, inoltre, opportuno, in coerenza con le esigenze di brevità e di accelerazione perseguite, introdurre anche nel codice di rito una disposizione avente il medesimo tenore dell'art. 3, secondo comma, c.p.a. - che impone parimenti alle parti ed al giudice di redigere gli atti in maniera chiara e sintetica - sulla considerazione, certamente condivisibile, che l'eccessiva articolazione scritta del

complessivo contraddittorio processuale rende difficile conseguire effettivi risultati acceleratori del procedimento.

Parrebbe, infine, auspicabile, sempre nel quadro della funzionalità complessiva del sistema, inserire nell'ambito del libro primo del codice di rito una norma di ordine generale che vieti l'abuso dello strumento processuale, ossia l'utilizzo dello strumento processuale con modalità tali da arrecare non solo un danno alla controparte senza necessità o anche solo apprezzabile vantaggio per l'attore, ma anche da interferire con il funzionamento dell'apparato giudiziario. Si tratterebbe, in sostanza, di codificare un orientamento giurisprudenziale consolidato, avente oramai carattere di diritto vivente a partire della pronuncia delle Sezioni unite, 15 novembre 2007 , n. 23726 e ribadito *ex multis* da Cass., 3 maggio 2010, n. 10634; Cass. 12 maggio 2011, n. 10488; Cass. 15 marzo 2013, n. 6664. Peraltro, la legge 134/2012, sulla scorta di quanto affermato in giurisprudenza, ha già previsto che ogni abuso dei poteri processuali che abbia determinato una ingiustificata dilazione dei tempi del procedimento è causa di esclusione dell'indennizzo.

Devono, inoltre, in questa sede ribadirsi i suggerimenti già formulati con la deliberazione di questo Consiglio del 5 luglio 2012 (parere sullo schema di decreto legge recante misure urgenti per la crescita sostenibile - cd. decreto sviluppo), con riferimento al possibile e prudente recepimento del modello tedesco di processo contumaciale.

Allo stesso modo sarebbe auspicabile una leggera modifica all'art. 40, terzo comma, c.p.c. in modo di garantire il *simultaneus processus* ogni qualvolta vi sia connessione, forte o debole, tra controversie assoggettate fra rito ordinario e rito speciale, anche locatizio[34].

Decreto ingiuntivo. Per altro verso, l'esigenza di assicurare quanto prima tutela giudiziaria ha mosso il legislatore ad introdurre lievi novità nel procedimento monitorio.

E'infatti previsto che, in caso di richiesta di anticipazione dell'udienza fissata nella citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, il giudice sia obbligato a fissarla in una data contenuta in trenta

---

[34] In giurisprudenza si è affermato che il mutamento di rito non è ammissibile se le cause sono connesse solo ai sensi dell'art. 104 c.p.c. (Cass. 266/00), oppure solo ex art.103 c.p.c. (Cass. 347/00) o solo ai sensi dell'art. 33 c.p.c. (Cass. 11297/98), non essendo consentito che il mutamento del rito sia conseguenza di una mera scelta dell'attore, con riferimento a causa non connesse o non collegate da rapporti di evidente subordinazione; in caso opposto, restando vulnerato il principio del giudice naturale precostituito per legge (Cass. 4367/03) . È quindi ritenuta preferibile l'interpretazione più restrittiva, anche in considerazione del dato letterale, e cioè della puntuale elencazione fornita dal comma terzo dell'art. 40 c.p.c., il quale si riferisce alle regole di modificazione della competenza per subordinazione, mentre non richiama i casi che dipendono dal cumulo soggettivo. Pertanto, la diversità del rito costituisce ostacolo al *simultaneus processus* soltanto in queste ultime ipotesi, mentre negli altri casi la regola generale è quella del *simultaneus processus* anche nel caso di diversità di riti (Cass. 6660/01). In altri termini, la giurisprudenza ha stabilito che l'art. 40 co. 3 c.p.c. consente il cumulo nello stesso processo di domande soggette riti diversi esclusivamente in presenza di ipotesi qualificate di connessione cd. per subordinazione o forte, e, quindi, esclude la possibilità di proporre più domande connesse soggettivamente ai sensi dell'artt. 33 o 103 c.p.c. e soggetta a riti diversi (Cass. 20638/04; Id., 17404/04) . Pertanto, la diversità del rito costituisce normalmente ostacolo al *simultaneus processus*, vale a dire le cause non possono essere proposte simultaneamente, né possono essere successivamente cumulate, non potendo il mutamento di rito conseguire ad una mera scelta dell'attore . Corollario finale dell'impostazione della duplicità delle domande - locativa e non - è che, laddove le stesse siano proposte cumulativamente dall'istante, il giudice deve disporre ex artt. 103, 104 c.p.c. la separazione delle cause, senza quindi trasformare il rito, con facoltà di rimettere al giudice inferiore le cause di sua competenza per valore. Viceversa, nel caso di domanda di pagamento di canoni di locazione esperita in via principale cui si oppone in via riconvenzionale un controcredito non di natura locativa di maggiore importo, sussistendo un criterio di connessione forte ex art. 36 cpc, richiamato dall'art. 40 III co c.p.c., avrà luogo il *simultaneus processus*, con l'applicazione del rito ordinario, previa trasformazione laddove la causa sia stata introdotta con ricorso ex art. 447 bis c.p.c..

giorni rispetto alla scadenza del termine minimo a comparire. Inoltre, si è previsto che il giudice debba provvedere sull'istanza di concessione della provvisoria esecuzione alla prima udienza. Tale ultima previsione ha il merito di risolvere definitivamente e razionalmente un dubbio interpretativo che si era posto in ordine alla necessità o meno di attendere la piena estrinsecazione delle facoltà difensive dell'ingiunto, mediante la previa concessione dei termini di cui all'art. 183 sesto comma c.p.c., prima della delibazione dell'istanza di concessione della clausola esecutiva, anche in considerazione della irrevocabilità della ordinanza favorevole al creditore. Alla luce della novella, rimangono irrisolte dal legislatore le questioni della revocabilità dell'ordinanza ex art. 648 c.p.c., della reiterabilità dell'istanza in corso di causa ove disattesa in prima udienza, e, prima ancora, della possibilità che la decisione sulla provvisoria esecuzione possa essere rinviata allorquando sia in atto, in prima udienza, il tentativo di conciliazione da parte del giudice.

Foro competente per le società estere. L'art. 80 del d.l. 69/2013 introduce, senza sul punto modificare il codice di rito, un nuovo criterio per l'individuazione del giudice competente per territorio per il caso in cui parte processuale sia una società avente sede all'estero, senza sedi secondarie con rappresentanza stabile in Italia. In tal caso, la relativa controversia potrà essere trattata unicamente dal Tribunale di Milano, se fossero stati astrattamente competenti gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti posti al nord del fiume Po; il Tribunale di Roma, se, invece, fossero stati competenti gli uffici giudiziari del centro Italia, inclusi quelli ricompresi nei distretti di Bologna e di Cagliari; il Tribunale di Napoli, se, infine, fossero stati competenti i distretti, anche siciliani, del mezzogiorno. La norma si applica a qualunque società straniera: sia essa di persona o di capitali; sia essa appartenente all'unione Europea o extracomunitaria.

La novità non appare condivisibile per la seguente notazione.

Va, invero, rilevato che il dettato legislativo appare commisurato per eccesso alla *ratio* della norma, ritrovata nell'esigenza di agevolare gli investimenti stranieri in Italia e, quindi, dalla contestuale esigenza di assicurare una ragionevole prevedibilità dell'esito del contenzioso coinvolgente società aventi sede all'estero. Infatti, la norma, si ribadisce, peraltro, neanche inserita nell'ordito codicistico, riguarda qualsiasi controversia e non solo quelle strettamente connesse ai possibili rapporti commerciali che la società straniera possa tessere con la realtà italiana. Ne segue che tale spostamento di competenza, che se, come si legge nella relazione ministeriale, di certo favorisce la società straniera poiché concentra il contenzioso esclusivamente presso i detti tre grandi uffici giudiziari, in quanto comodamente raggiungibili dall'estero, si traduce in un obiettivo e di non poco momento ostacolo all'accesso al giudice, valore di rilievo sovranazionale ex art. 6 Cedu, per le rispettive controparti, che possono vedersi astrette a raggiungere un foro lontano dal proprio centro di interesse o luogo di residenza e, troppo spesso, neanche facilmente raggiungibile con i mezzi

pubblici di trasporto. E il sacrificio imposto ai contraddittori delle società straniere, obiettivamente derogatorio del principio della parità delle armi, non trova giustificazione, proprio in considerazione dell'illimitata ampiezza del disposto di cui all'art. 80 d.l. 69/2013, in una scala di valori costituzionali: non si vede, ad esempio, perché la controversia avente ad oggetto il risarcimento per la lesione al diritto alla salute, eziologicamente connessa ad un mero incidente stradale cagionato da un veicolo appartenente ad una società straniera, debba essere sol per questo discussa, indipendente dal *locus commissi delicti*, presso uno dei detti tre grandi uffici giudiziari. Il quadro è vieppiù aggravato, laddove si rilevi che il foro delle predette società trova applicazione in tutte le cause soggettivamente complesse, anche qualora la società straniera sia chiamata in garanzia; e non è chiaro se si tratti della sola ipotesi garanzia propria o se venga in rilievo anche il caso della garanzia impropria.

La normativa considerata viene, di conseguenza, a confliggere con il principio in cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango (Corte Costituzionale 20 giugno 2013, n. 143).

A mente di tanto, si suggerisce, in aderenza alla cennata *ratio* di creare un ambiente di impresa accogliente per gli investitori nazionali ed internazionali, di limitare l'ambito di applicabilità del foro delle società con sede all'estero alle sola cognizione delle controversie in materia societaria, nonché di quelle aventi ad oggetto contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria, di cui all'art. 3 del D.Lgs. 26 giugno 2003, n. 168, così come sostituito dall'art. 2, co. 1, lett. d), del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con l. 24 marzo 2012, n. 27. Solo per tali ipotesi, infatti, tale singolare *lex mercatoria* processuale può trovare adeguata giustificazione alla stregua di un bilanciamento dei valori costituzionalmente rilevanti, tenuto anche conto della sostanziale omologabilità dei soggetti in lite.

Sono in ogni caso da richiamare le preoccupazioni già segnalate dal Consiglio con il parere sul Decreto Legge 24 gennaio 2012 n. 1: "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", reso con delibera consiliare del 22 febbraio 2012, in ordine al possibile rischio che si possa mettere in qualche modo in discussione il principio della equiordinazione dei magistrati che si distinguono solo per le funzioni esercitate, strumentale alla effettività della garanzia delle pari opportunità di tutti i cittadini di accesso alla giustizia.

Concordato preventivo. Quanto al concordato preventivo in bianco, è noto che l'art. 33 del decreto legge n. 83 del 2012 (c.d. decreto sviluppo) convertito, con modificazioni, nella legge n. 134 del

2012, ha riformato l'istituto concorsuale del concordato preventivo introducendo, all'art. 161, sesto comma, L.F., il c.d. concordato in bianco o anticipato.

Il legislatore del 2012, con l'articolo 161, sesto comma, L.F., ha dato all'imprenditore, sul modello del chapter 11 del Bankruptcy code americano, la facoltà di depositare un ricorso contenente la mera domanda di concordato preventivo, senza la necessità di produrre contestualmente alla stessa la proposta, il piano e l'ulteriore documentazione richiesta dal secondo e terzo comma dell'articolo 161. Al momento del deposito del ricorso, il giudice concede al debitore un termine, compreso tra sessanta e cento venti giorni, per integrare il ricorso, onde consentirgli di beneficiare degli effetti protettivi del proprio patrimonio connessi alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese. In altri termini, il legislatore del 2012 ha inteso impedire che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la situazione di crisi sino a generare un vero e proprio stato di insolvenza.

Secondo la previsione contenuta nel decreto-sviluppo, gli effetti protettivi del patrimonio sono mantenuti anche qualora il debitore, in luogo della proposta e del piano, presenti domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione raggiunto con i creditori (facilitato dalla maggior forza negoziale di cui l'imprenditore dispone proprio grazie agli effetti prodotti dal deposito della domanda di concordato).

Prima delle modifiche in parola, l'imprenditore poteva, invece, accedere alla procedura di concordato soltanto quando avesse già strutturato un piano da porre a base dell'accordo con i creditori e fosse in possesso dell'attestazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano stesso. Il blocco delle azioni esecutive e cautelari e il divieto di acquisire titoli di prelazione operava pertanto dal momento della presentazione del ricorso completo di tutta la necessaria documentazione. Tale sistema non teneva conto, però, del fatto che le attività di predisposizione e di attestazione del piano possono richiedere alcuni mesi durante i quali le pressioni dei creditori possono pregiudicare il buon esito delle operazioni e la crisi, a causa del c.d. "effetto avvitamento", può aggravarsi irreversibilmente sino a generare nell'insolvenza. Consentendo al debitore di sottoporsi al controllo dell'autorità giudiziaria al primo manifestarsi della crisi si consente, peraltro, al professionista indipendente di svolgere con maggiore serietà le verifiche necessarie per pervenire all'attestazione.

Le prime applicazione dell'istituto hanno dato luogo ad alcune critiche, in particolare, avuto riguardo alla possibilità che la domanda di concordato anticipata si possa prestare ad un impiego abusivo da parte del debitore, il quale, a causa della irreversibilità della crisi nella quale versa, potrebbe non essere in grado di elaborare alcun piano di risanamento. Con la conseguenza che in molti casi il deposito del ricorso c.d. in bianco avrebbe il solo scopo fraudolento di eludere

l'adempimento delle obbligazioni dell'imprenditore insolvente. Per altro verso, si è rilevato come un gran numero di proposte di concordato garantirebbe percentuali irrisorie di pagamento dei fornitori.

Al fine di porre rimedio a possibili usi distorti dell'istituto, l'intervento in parola è condivisibilmente volto a conservare la flessibilità e la snellezza dello strumento, ma, al contempo, anche ad assicurare una maggiore tutela degli interessi dei creditori.

Ed, infatti, è delineato un *iter* idoneo ad aumentare e migliorare le conoscenze dei creditori e del Tribunale già in sede di fissazione del termine attraverso l'estensione degli obblighi di deposito del debitore, con particolare riferimento all'elenco dei creditori e dei relativi crediti (sulla scorta di quanto previsto dall'art. 161, secondo comma, lettera b), L.F.) e degli obblighi informativi che il Tribunale deve disporre con il decreto con cui viene fissato il termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui al citato art. 161 L.F.

In tal senso, si inquadra la facoltà espressamente riconosciuta al Tribunale di poter nominare il commissario giudiziale di cui all'art. 163, secondo comma, n. 3 L.F. sin dal momento di adozione del decreto di cui all'art. 161, sesto comma, L.F.

Il legislatore ha optato, come leggesi nella relazione ministeriale, di prevedere l'anticipazione della nomina del commissario giudiziale anziché la nomina di un ulteriore ausiliario ex art. 68 cpc al fine di contenere al massimo grado i costi della procedura, evitando la liquidazione di un distinto compenso in tutti i casi in cui fisiologicamente alla domanda in bianco faccia seguito il deposito della proposta e del piano.

Coerente con i divisati e condivisibili fini della riforma legislativa è la previsione dell'immediata caducazione dei predetti effetti protettivi nel caso in cui il Tribunale accerti, anche attraverso la segnalazione del commissario giudiziale (quando nominato), che il debitore ha posto in essere condotte pregiudizievoli delle ragioni dei creditori, ad instar dell'art. 173 L.F. La cessazione degli effetti protettivi del concordato prende le forme della dichiarazione di improcedibilità della domanda in bianco alla quale, in presenza dei presupposti di cui agli articoli 1 e 5 L.F. e dell'istanza di uno dei creditori o del P.M., può far seguito la dichiarazione di fallimento.

La modifica dell'ottavo comma dell'art. 161 rd. 267/42 amplia lo spettro degli obblighi informativi che il Tribunale deve porre a carico del debitore disponendo che esso comprenda anche l'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, con l'obiettivo di permettere al Tribunale di verificare e reprimere eventuali condotte abusive.

E' posto altresì a carico del debitore l'obbligo di depositare, con cadenza almeno mensile, una situazione finanziaria aggiornata dell'impresa, da pubblicarsi a cura del cancelliere nel registro delle

imprese, per consentire ai creditori di verificare che la prosecuzione dell'attività non comporti conseguenze pregiudizievoli sul patrimonio del debitore.

Divisione ereditaria. Il d.l. 69/2013 introduce nel tessuto codicistico una nuova disposizione: l'art. 791 bis c.p.c..

Si tratta di un intervento normativo volto a rendere più celeri ed agevoli le operazioni di scioglimento della comunione ereditaria o volontaria, affidandole al notaio che, come convincentemente è espresso in sede di relazione ministeriale, per la sua specifica professionalità, può efficacemente risolvere le complesse problematiche che normalmente si prospettano in tal tipo di fattispecie.

La norma è redatta in modo da contemperare esigenze di snellezza procedimentale e di garanzia della ritualità del procedimento, anche in punto di verifica dell'integrità del contraddittorio, e di tutela degli interessi dei condividenti, mediante la facoltà loro concessa di ricorrere al Tribunale per opporsi alla vendita di beni per contestare il progetto di divisione.

Il dubbio che si pone è unicamente quello che la novità possa avere un limitato effetto deflattivo del contenzioso, in quanto l'ambito applicativo della stessa è limitato, come si legge nell'*incipit* della norma, al solo caso in cui non sussista controversia sul diritto alla divisione, né sulle quote o sulle altre questioni pregiudiziali. In altri termini, non vi deve essere dubbio né sull'*an*, né sull'ampiezza del diritto dei condividenti, così come occorre la comune concordia dei medesimi a voler procedere al processo divisionale: il che rende la procedura ex art. 791 bis c.p.c., in ultima analisi, come alternativa alla stipula di un accordo divisionale in sede stragiudiziale, piuttosto che come una modalità di definizione del contenzioso giudiziario diversa dalla decisione giudiziale.

In una diversa prospettiva, sarebbe, allora, auspicabile, in primo luogo, novellare l'art. 696 *bis* c.p.c., già interessato dal d.l. 69/2013, nel senso della non applicabilità ad esso della obbligatorietà della mediazione civile e commerciale, al fine di consentire anche ad uno solo dei possibili condividenti di chiedere al Tribunale la nomina, contestuale, di un esperto stimatore e di un notaio, perché, congiuntamente, tali professionisti possano procedere alla redazione di un progetto divisionale, anche in caso di controversie ereditarie involgenti questioni giuridiche complesse.

Allo stesso modo, ulteriore ipotesi potrebbe essere quella di prevedere disposizioni atte a coinvolgere elettivamente la classe notarile, ossia il ceto professionale più versato nelle materie *de quibus*, assistita sempre da un esperto stimatore, nel processo di mediazione preliminare e pregiudiziale all'instaurazione di una controversia divisionale od in materia di successione ereditaria. Invero, solo la competenza giuridica e tecnica di tali professionisti può legittimamente far ritenere all'occasione utile, in tali ipotesi, l'esperimento di siffatto procedimento mediatorio, che, diversamente, potrebbe connotarsi come un vano passaggio verso il contenzioso.»