

# **NRCP** 2008

**Nuova rivista  
di diritto commerciale e  
processuale**

**[www.commercialarbitration.ch](http://www.commercialarbitration.ch)**

**Editore responsabile:**

Avv. Francesco Trezzini, LL.M., pretore

**Editori permanenti:**

Avv. Bruno Cocchi, già giudice d'appello

Avv. Stefano Codoni, LL.M.

Avv. Emanuela Epiney-Colombo, giudice d'appello

Avv. dr. Charles Jaques

Avv. Carlo Lombardini

Avv. Francesco Wicki, LL.M. notaio

## PER L'EFFETTIVITÀ DELLA GIUSTIZIA CIVILE

### Spunti per una discussione *de lege ferenda*

FRANCESCO NAEF

avvocato e notaio

#### Sommario:

- I. INTRODUZIONE
- II. CELERITÀ DEL PROCESSO
  - 1. Termini legali e struttura della procedura ordinaria
  - 2. Concentrazione della procedura probatoria
  - 3. Conseguenze della contumacia in procedura ordinaria
- III. DIRITTO ALLA PROVA
  - 1. Collaborazione delle parti e dei terzi
  - 2. Documenti falsi
- IV. EFFETTIVITÀ/ATTUAZIONE DEL DIRITTO SOSTANZIALE
  - 1. Principio inquisitorio puro nella procedura semplificata
  - 2. Anticipazione delle spese e *cautio iudicatum solvi*
  - 3. Conclusioni scritte
  - 4. Motivazione scritta della sentenza
  - 5. Esecuzione delle sentenze
  - 6. Esecutività provvisoria

#### I. Introduzione

Dal concetto stesso di Stato di diritto deriva l'imperativo di garantire al cittadino un'*effettiva* tutela giurisdizionale dei suoi diritti<sup>1</sup>. Non serve infatti a nulla promulgare leggi sagge e perfette, riconoscendo all'individuo libertà e diritti soggettivi, se poi tali leggi non vengono applicate, rispettivamente se non vengono dati i mezzi all'individuo per ottenere la concreta attuazione dei suoi diritti<sup>2</sup>. Il valore e l'esistenza stessa di tali diritti dipende quindi dalla loro tutela giurisdizionale: se quest'ultima esiste solo sulla carta ma è in realtà inefficace, allora anche il diritto materiale si rivela illusorio, esistendo solo formalmente.

Effettività della tutela giurisdizionale significa che il processo civile deve avere per scopo centrale l'attuazione del diritto materiale, giungendo ad una sentenza che rispecchi il più possibile la giustizia materiale, dando processualmente ragione alla parte che ha anche - in fatto ed in diritto - sostanzialmente ragione<sup>3</sup>. Oltre a ciò, *effettività* significa fornire i mezzi per una concreta esecuzione forzata della sentenza<sup>4</sup>.

In altre parole, non ci si deve accontentare di una giustizia puramente formale.

Non si tratta di problemi teorici e filosofici; sono al contrario concreti, percepibili dal comune cittadino, ed atti ad influenzare la fiducia dello stesso nella giustizia.

*La lentezza della giustizia.* Non c'è bisogno di essere giuristi o filosofi per accorgersi che la sentenza emanata dopo un procedimento civile durato molti anni può costituire una tutela giurisdizionale solo illusoria; l'attore

<sup>1</sup> WALTHER J. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, Basilea 1990, §43 n. 735

<sup>2</sup> BERNARD CORBOZ, *La protection des droits ou la justice en question*, RDS 1988-II, p. 159

<sup>3</sup> HABSCHIED, (n. 1), §43 n. 735; PIERRE MARTIN, *Probleme des Rechtsschutzes*, RDS 1988-II, p. 23, 69

<sup>4</sup> CORBOZ, (n. 2), p. 160, 207

può essere morto o fallito prima di ottenere ragione, il convenuto può avere utilizzato la durata del processo per nascondere i suoi beni ed impedire così la concreta esecuzione forzata della sentenza, il giudice può essersi sbagliato avendo fondato i suoi accertamenti di fatto su testimoni che, per il lungo tempo trascorso, ricordavano male o non ricordavano per nulla.

*I costi della giustizia.* Né è difficile comprendere che i costi connessi con la procedura possono costituire per il meno un ostacolo atto a dissuaderlo dall'iniziare una causa civile; per lui la tutela giurisdizionale del suo diritto esiste solo sulla carta: così come il suo diritto sostanziale.

*Gli ostacoli all'accertamento della verità materiale.* Chiunque può inoltre facilmente capire che se l'attore ha l'onere di provare i fatti sui quali fonda il proprio diritto, la procedura deve fornirgli la possibilità di assumere tutti i mezzi di prova adeguati a tale scopo: è quello che viene definito diritto alla prova. Rifiutare l'assunzione di una prova all'attore e poi negare tutela alla sua pretesa perché insufficientemente provata significa ridurre il processo ad un giochino formale, impedendo concretamente al diritto sostanziale di essere attuato.

*L'esecuzione inefficace delle sentenze.* Infine, tutti si rendono conto che, in determinate situazioni d'urgenza o di pericolo, una reale tutela giurisdizionale impone la possibilità di ottenere dal giudice delle immediate misure provvisorie o conservative; attendere la fine del processo potrebbe infatti significare renderlo inutile, ad esempio perché il danno che col processo si voleva evitare si è già prodotto, o perché il convenuto ha sfruttato la durata della procedura per rendere impossibile l'esecuzione forzata della sentenza a lui sfavorevole.

L'effettività della tutela dei diritti ed in generale l'efficacia del sistema giudiziario sono poi elementi che determinano la credibilità di un ordinamento giuridico, e quindi la fiducia degli investitori nel sistema economico di un Paese. Un investitore immobiliare sarà ad esempio poco attratto da un Paese i cui tribunali impiegano anni per decidere e/o eseguire lo sfratto di un inquilino moroso.

Da questo punto di vista, il progetto di Codice di procedura civile svizzero<sup>5</sup> ha sicuramente molti pregi, ma è ancora migliorabile. Visto che la giustizia è un ideale, che presuppone di tendere sempre verso la perfezione, sarebbe un vero peccato che l'Assemblea federale non cogliesse l'occasione per discutere taluni problemi legati all'effettività del processo, adottando correzioni puntuali al progetto di questa legge così fondamentale per i diritti dei cittadini.

Spunti per tale discussione possono essere trovati riflettendo sul principio di celerità del processo, sul diritto alla prova, e sul principio di effettività della procedura, cioè sull'efficacia con la quale la procedura realizza concretamente i diritti sostanziali.

## II. Celerità del processo

### 1. Termini legali e struttura della procedura ordinaria

L'ovvio mezzo per tentare di limitare la durata di un processo e renderla il più possibile prevedibile è di inserire nel CPC termini sia per le azioni delle parti che per quelle del tribunale<sup>6</sup>, e più in generale di strutturare il più possibile la procedura, senza abbandonarla all'estro del giudice e delle parti.

Lascia quindi perplessi il fatto che, al contrario, la procedura ordinaria prevista dal progetto (così come corretto dal Consiglio degli Stati<sup>7</sup>) - e quindi proprio quella principale, pensata per i casi più importanti, e che si

<sup>5</sup> FF 2006, p. 6785 segg.

<sup>6</sup> ISAAC MEIER, *Elemente eines effektiven Rechtsschutzes in einer neuen schweizerischen Zivilprozessordnung*, in: FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurigo 2000, p. 263

<sup>7</sup> BO Consiglio degli Stati 2007, p. 528-530

applica, salvo disposizione contraria, per analogia anche a tutte le altre procedure (art. 216 P-CPC) - sia poco strutturata, descritta in maniera estremamente laconica e generica, e non preveda nessun termine, dall'inizio del processo (art. 216 P-CPC) sino alla decisione di prima istanza (art. 234 P-CPC). Ciò significa che, per fare un esempio, ricevuta la petizione il tribunale (operato di lavoro) potrebbe teoricamente procrastinare la notifica al convenuto, poi assegnargli un termine di 90 giorni per la risposta, ed in seguito su richiesta prorogare di altri 90 giorni tale termine, per poi constatare comunque la sua inosservanza ed assegnargli quindi un ultimo breve termine supplementare di 20 giorni; ricevuta la risposta la causa si potrebbe "fermare" magari per tre mesi - nell'attesa che il tribunale trovi il tempo di leggere gli allegati delle parti per decidere se sia il caso di ordinare un secondo scambio di scritti - e poi "riavviare" con l'assegnazione prima di un termine di 90 giorni all'attore per la replica, magari prorogato di ulteriori 90 giorni, ed in seguito di un simile termine al convenuto, pure prorogato di ulteriori 90 giorni. Solo per lo scambio degli allegati scritti potrebbero trascorrere (tenuto anche conto delle sospensioni per le ferie giudiziarie) 2 anni. Una durata che sarebbe ovviamente inaccettabile, in particolare se sommata a quella della preventiva procedura di conciliazione, che può durare sino ad 1 anno (art. 200 cpv. 4 P-CPC).

Non sarebbe preferibile precisare nella legge i termini legali (e quindi non prorogabili) entro i quali le parti si devono scambiare gli allegati? Non sarebbe meglio precisare entro che termine il tribunale deve decidere se ordinare un secondo scambio di allegati o citare le parti per la prima udienza istruttoria? E non sarebbe auspicabile prevedere un termine per il tribunale per emanare la decisione dopo le arringhe finali?

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

#### **Art. 219 P-CPC**

<sup>1</sup> *Il giudice notifica senza indugio la petizione al convenuto, che può presentare la risposta scritta entro 30 giorni dalla notifica. Se il convenuto non ha sede o domicilio in Svizzera, il termine per la risposta è di 60 giorni.*

(....)

#### **Art. 221 P-CPC**

(....)

<sup>3</sup> *Se il convenuto propone domanda riconvenzionale, il giudice la notifica senza indugio all'attore, che può a sua volta presentare la risposta scritta entro 30 giorni dalla notifica. L'attore non può però rispondere con una sua propria domanda riconvenzionale.*

<sup>3bis</sup> (nuovo) *Alla mancata produzione della risposta si applica l'art. 220.*

<sup>4</sup> (nuovo) *Il giudice notifica la risposta riconvenzionale al convenuto.*

#### **Art. 222 P-CPC**

<sup>1</sup> *Se le circostanze lo richiedono, il giudice può ordinare un secondo scambio di scritti entro 30 giorni dalla notifica dell'ultimo scritto o dalla scadenza del termine per presentarlo. In tal caso il giudice assegna alle parti dei termini non prorogabili di 20 giorni.*

<sup>2</sup> (nuovo) *Altrimenti, cita le parti all'udienza istruttoria.*

#### **Art. 235 P-CPC**

<sup>1</sup> *Il giudice notifica la sua decisione alle parti entro 60 giorni dalle arringhe finali, o dalla rinuncia al dibattimento.*

<sup>2</sup> (stralciato)

<sup>3</sup> (stralciato)

## 2. Concentrazione della procedura probatoria

Il principio cardine che può garantire la celerità del processo è quello dell'eventualità. Per evitare che le parti possano procrastinare all'infinito la decisione del giudice, tale principio impone di concentrare il più possibile entro una determinata fase del processo le allegazioni di fatto, le richieste di prova e l'assunzione delle stesse<sup>8</sup>, con una conveniente strutturazione dell'andamento della procedura probatoria<sup>9</sup>.

In particolare, concentrare l'assunzione di tutte le prove in una sola udienza (o almeno tentare di farlo) è un accorgimento essenziale per la celerità e l'efficienza del processo. L'esperienza mostra che la durata eccessiva di una causa civile è dovuta soprattutto alla lunghezza della procedura probatoria, quando ad esempio i testimoni vengono sentiti col contagocce, in una serie interminabile di udienze successive, obbligando tra l'altro - poco razionalmente e con conseguenze sui costi - giudici ed avvocati a ristudiarsi la causa ogni volta<sup>10</sup>. Lo stesso si dica per gli altri mezzi di prova.

Sorprende quindi il progetto di CPC che, non contenendo nessuna esplicita disposizione, sembra permettere che il tribunale proceda a singhiozzi, decidendo solo parzialmente le prove da assumere, ed assumendole una dopo l'altra, moltiplicando le udienze a tal fine. Significa che la procedura unificata permetterà al giudice di decidere di assumere solo alcuni testi, di citare le parti ad un'udienza di lì a 3 mesi per sentirne due, e (solo) dopo questa ricitarle di lì a 3 mesi per sentirne altri due, e poi dopo citarle ad un'ulteriore udienza per sentirne altri due, e solo dopo assegnare alle parti 30 giorni per proporre le domande per i testi da sentire per rogatoria all'estero, e poi citarle ad un'udienza di lì a 3 mesi per discutere delle rispettive opposizioni delle parti, e poi inviare le domande definitive al giudice estero ed aspettare la risposta per 6 mesi, e solo dopo assegnare alle parti 30 giorni per proporre i quesiti per la perizia, e poi citarle ad un'udienza di lì a 3 mesi per discutere delle rispettive opposizioni delle parti, e poi inviare le domande definitive al perito ed aspettare la risposta per 6 mesi, e solo dopo convocare le parti ad un'udienza dopo 3 mesi per discutere quali documenti rilevanti debbano essere richiesti a mezzo di edizione da terzi, e così via di seguito?

Sarebbe meglio che il CPC indicasse esplicitamente l'obbligo per il tribunale di emanare - durante od al termine della prima udienza istruttoria - l'ordinanza sulle prove, precisante già le *modalità* per la loro assunzione, in modo che queste possano essere assunte - di massima - tutte in *una sola* ulteriore udienza istruttoria (come prevede l'art. 176 cpv. 2 ZPO bernese) o al dibattimento stesso. Certo, non è detto che ne risulterà veramente una sola udienza, poiché il giorno previsto alcuni testimoni potrebbero non presentarsi perché malati o per altri motivi, ciò che renderà necessaria una o più ulteriori udienze. L'importante è però che uno scopo venga fissato nella legge: la concentrazione dell'assunzione delle prove.

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

### **Art. 223a P-CPC (nuovo)**

<sup>1</sup> *Entro 10 giorni dalla prima udienza istruttoria il giudice prende le disposizioni necessarie in materia di prove.*

<sup>2</sup> *Esso vi definisce la parte gravata dell'onere della prova, i fatti da provare, i mezzi di prova, e prende le disposizioni necessarie affinché tutte le prove possano essere assunte alla prossima udienza istruttoria od al dibattimento.*

<sup>8</sup> MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurigo 1979, §20 p. 181; MARTIN, (n. 3), p. 90

<sup>9</sup> BRUNO COCCHI/FRANCESCO TREZZINI, Codice di procedura civile ticinese - Appendice 2000-2004, Lugano 2005, ad art. 182 CPC nota 348

<sup>10</sup> CORBOZ, (n. 2), p. 171

### 3. Conseguenze della contumacia in procedura ordinaria

Ovviamente l'inosservanza, da parte del convenuto in particolare, dei termini per presentare degli atti o comparire alle udienze non deve procrastinare il processo a danno della controparte, e deve dunque comportare delle conseguenze. In specie quando il convenuto non presenta la risposta (dopo l'assegnazione di due termini), e dimostra così di non volere partecipare al processo, non si giustifica di procedere (sempre e comunque) all'assunzione di prove per verificare la veridicità dei fatti allegati dall'attore<sup>11</sup>. Inoltre, pretendere comunque dall'attore la prova dei fatti sui quali fonda la sua pretesa può risultare iniquo: paradossalmente, la mancata collaborazione del convenuto comporta spesso una maggiore difficoltà all'attore nella dimostrazione di tali fatti<sup>12</sup>. Il comportamento del contumace deve perciò essere valutato quale riconoscimento dei fatti allegati dall'attore e rinuncia alle eccezioni, con conseguente inutilità di ulteriori atti istruttori ed accelerazione della procedura.

Il progetto di CPC non è molto esplicito su questo punto. All'art. 145 P-CPC che tratta della contumacia non si fa alcun riferimento alle conseguenze della mancata presentazione della risposta; l'art. 220 cpv. 2 P-CPC neppure si esprime esplicitamente sulle conseguenze, lasciando al tribunale valutare se la causa sia matura per il giudizio oppure se sia necessario il dibattimento. Dal Messaggio si poteva forse intuire che il Consiglio federale ritenesse che la mancata risposta comportasse non contestazione e quindi ammissione dei fatti allegati dall'attore<sup>13</sup>; nel sistema del CPC del Messaggio tale conseguenza sarebbe però stata illusoria, poiché il convenuto avrebbe potuto invocare nuovi fatti e contestazioni fino alle prime arringhe dibattimentali, rendendo quindi priva di alcuna conseguenza pratica la mancata risposta. Ora che il Consiglio degli Stati ha modificato il progetto proprio in merito al momento in cui possono ancora essere ammesse nuove allegazioni, spostandolo allo stadio delle udienze istruttorie e quindi prima del dibattimento<sup>14</sup>, la situazione si fa ancor più confusa.

Sarebbe perciò opportuno precisare esplicitamente che la mancata presentazione della risposta in procedura ordinaria comporta per il convenuto *riconoscimento dei fatti* allegati dall'attore e *rinuncia alle eccezioni* (come previsto dal §130 ZPO zurighese), fatto salvo il potere del giudice di assumere prove d'ufficio (art. 151 cpv. 2 P-CPC). Come previsto dall'art. 176 cpv. 3 ZPO bernese, le parti verrebbero dunque direttamente citate al dibattimento (l'udienza istruttoria essendo inutile)<sup>15</sup>, nell'ambito del quale la facoltà di completare le allegazioni (art. 224 P-CPC) non può esser data, visto che per definizione il convenuto contumace non si trova nella condizione di cui all'art. 225 cpv. 1 lett.b P-CPC: ne deriverà una notevole accelerazione della procedura. Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

#### **Art. 220 P-CPC**

<sup>1</sup> *Se il convenuto non presenta la risposta nel termine, il giudice gli assegna un termine suppletorio non prorogabile di 10 giorni.*

<sup>2</sup> *La scadenza infruttuosa del termine suppletorio vale quale riconoscimento del convenuto dei fatti esposti dall'attore con la petizione, e rinuncia a qualsiasi eccezione. In tal caso, il giudice cita le parti al dibattimento, e l'art. 224 non si applica.*

<sup>11</sup> ISAAC MEIER, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zurigo 2003, p. 73

<sup>12</sup> BRUNO COCCHI/FRANCESCO TREZZINI, Codice di procedura civile ticinese, Lugano 2000, ad art. 169 CPC nota 619 p. 517

<sup>13</sup> Messaggio del Consiglio federale concernente il Codice di diritto processuale svizzero del 28.6.2006, FF 2006, p. 6686

<sup>14</sup> BO Consiglio degli Stati 2007, p. 529

<sup>15</sup> A meno che il tribunale, in applicazione dell'art. 54 P-CPC o dell'art. 151 cpv. 2 P-CPC, ritenga manifestamente incomplete le allegazioni dell'attore oppure nutra notevoli dubbi sulla loro veridicità, e citi comunque le parti ad un'udienza istruttoria; in tal caso, all'udienza istruttoria essendo ancora possibile invocare nuovi fatti, contestazioni o prove (art. 223 cpv. 2 P-CPC), il convenuto potrà sanare la contumacia

### III. Diritto alla prova

#### 1. Collaborazione delle parti e dei terzi

Dal diritto alla prova viene giustamente dedotto anche il diritto - di rango costituzionale - ad ottenere l'edizione di documenti rilevanti da terzi o dalla controparte<sup>16</sup>. Senza uno strumento per ottenere da controparte o da terzi documenti rilevanti per il processo, l'attore potrebbe trovarsi nell'impossibilità concreta di provare il suo buon diritto: l'esistenza stessa del suo diritto sostanziale potrebbe quindi essere illusoria.

Tale diritto può però essere ostacolato o persino svuotato di contenuto, ove alla controparte spetti un obbligo di edizione la cui inesecuzione non comporti sanzioni efficaci, oppure quando vengano previste ampie facoltà di rifiutare la collaborazione<sup>17</sup>.

Questo sembra purtroppo essere il caso nel progetto di CPC, almeno per quanto riguarda l'obbligo di collaborazione della controparte. A carico di quest'ultima non viene infatti previsto un vero obbligo ma un semplice *onere* processuale<sup>18</sup>, visto che la sanzione del suo inadempimento è semplicemente la (generica) facoltà per il giudice di tenere conto di tale comportamento in sede di apprezzamento delle prove (art. 161 P-CPC): facoltà dal contenuto alquanto incerto. Inoltre, la parte può rifiutarsi di collaborare qualora esponesse al rischio di un procedimento penale o al rischio di dover rispondere civilmente una persona a lei vicina (art. 160 lett. a P-CPC). Questo diritto di rifiutarsi di collaborare è però poco comprensibile, anche da un punto di vista etico; è da ritenersi un *accessorio*<sup>19</sup> del diritto di rifiutare la collaborazione per non incolpare sé stessi, che era stato concesso nell'avanprogetto alla stessa parte, e che è però stato ampiamente criticato e stralciato perché ostacolo indebito all'accertamento della verità<sup>20</sup>: eliminato il principale, non si vede perché debba sussistere l'accessorio. D'altra parte, viste le differenze oggettive tra processo penale e civile, e tra la posizione della parte e quella del testimone, non ha senso riconoscere il diritto per la parte di non accusare sé stessa nel CPC, solo perché esiste anche nel CPP, rispettivamente per i testimoni<sup>21</sup>. È piuttosto un problema del CPP, precisare a quali condizioni prove assunte in un procedimento civile possano essere utilizzate in quello penale.

L'effettività della procedura probatoria sarebbe quindi meglio garantita ove il citato diritto di rifiutare la collaborazione fosse stralciato. Inoltre, non sarebbe forse più efficace prevedere già nella legge le conseguenze della mancata collaborazione della parte, precisando che in tal caso subentra un'*inversione* dell'onere della prova, i fatti che controparte voleva provare essendo *presunti*, salvo prova del contrario?<sup>22</sup> Infine, perché non prevedere esplicitamente nel CPC che, nell'ambito del suo obbligo di collaborazione, la parte è *tenuta* a svincolare i terzi dal segreto? Diverse categorie di terzi (salvo gli avvocati ed i preti) sarebbero così costrette a collaborare (art. 163 cpv. 1 lett. b, e cpv. 2 P-CPC), facilitando l'accertamento della verità materiale. D'altro canto, nel caso la parte rifiutasse lo svincolo, i fatti che controparte voleva così provare andrebbero presunti<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> SABINE KOFMEL, *Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren*, Berna 1992, §16 p. 181

<sup>17</sup> KOFMEL, (n. 16), p. §16 p. 184

<sup>18</sup> Messaggio, (n. 13), *FF 2006*, p. 6688

<sup>19</sup> ROBERT HAUSER, *Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses*, Zurigo 1974, §45 II, p. 164

<sup>20</sup> Messaggio, (n. 13), *FF 2006*, p. 6689; *Risultati della procedura di consultazione* della procedura di consultazione sull'avanprogetto relativo a una legge federale sulla procedura civile svizzera (PCS), Berna 2004, p. 412-417

<sup>21</sup> MEIER, (n. 11), p. 45; *Risultati della procedura di consultazione*, (n. 20), p. 414-415

<sup>22</sup> Come in parte previsto da diversi codici di procedura cantonali, tra i quali l'art. 210 CPC ticinese; da notare che, trattandosi di semplice presunzione e non di finzione, l'accorgimento sarebbe a sua volta compatibile col diritto alla prova, cfr. KOFMEL, (n. 16), §26, p. 247

<sup>23</sup> GULDENER, (n. 8), p. 345; RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, Zurigo 1997, ad §159 ZPO n. 23

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

**Art. 157 P-CPC**

<sup>1</sup> *Le parti e i terzi sono tenuti a cooperare all'assunzione delle prove. Devono in particolare:*

(....)

d. (nuovo) *liberare terzi dal segreto.*

(.....)

**Art. 160 P-CPC**

*Una parte può rifiutarsi di cooperare qualora:*

a. (stralciato);

b. (invariato).

**Art. 161 P-CPC**

*Se una parte si rifiuta indebitamente di cooperare, deve essere presunto il fatto che si trattava di provare.*

**2. Documenti falsi**

Non vi è dubbio che il diritto alla prova per documenti si estende unicamente ai documenti veri<sup>24</sup>. Di riflesso, la controparte ha il diritto assoluto che non vengano utilizzati contro di lei documenti falsi: solo il documento vero può e deve avere valore probatorio<sup>25</sup>. Un sistema processuale che tollerasse - anche solo concretamente - l'utilizzo di documenti falsi, magari ponendo ostacoli procedurali all'estromissione di un documento contestato come falso, priverebbe di effettività la tutela giurisdizionale, permettendo che il giudice si fondi su dei fatti non corrispondenti alla verità materiale.

Questo sembra purtroppo essere il caso per il progetto di CPC. Infatti, per l'art. 175 P-CPC la parte che si prevale di un documento deve provarne l'autenticità, ma solo qualora la stessa sia contestata dalla controparte con *sufficienti motivazioni*; inoltre, l'art. 177 cpv. 1 P-CPC impone la produzione del documento in originale unicamente se vi è *motivo di dubitare* dell'autenticità della copia. Il Messaggio spiega appunto che, conformemente alla regola generale (art. 8 CC), la parte che si prevale di un documento avrebbe l'onere di provarne l'autenticità, ma che la controparte non può limitarsi ad asserire che quest'ultimo non è autentico, dovendo invece addurre elementi concreti atti a suscitare nel giudice seri dubbi circa l'autenticità del contenuto: solo se vi riesce, spetterà a chi l'ha prodotto in copia produrre l'originale, rispettivamente dimostrarne l'autenticità<sup>26</sup>. Il progetto pone quindi una *presunzione rafforzata* di autenticità del documento privato, rispettivamente una di conformità delle copie con l'originale, poiché esige che la parte che ne contesta l'autenticità renda verosimile la sua falsità.

Tale presunzione è innanzitutto naif, perché presuppone ancora un mondo ideale, popolato di gentiluomini e gentildonne che mai produrrebbero in giudizio un documento falso; una visione della società che forse poteva corrispondere alla Svizzera del XIX secolo, ma non all'odierna società globalizzata, con fitti scambi commerciali con l'estero. Inoltre non considera minimamente che la parte che contesta un documento può non avere alcuna informazione sullo stesso, e non essere quindi in grado di fornire elementi al giudice per dubitare dell'autenticità dello stesso. Se non conosce neanche chi lo avrebbe firmato, come fa a produrre firme di confronto per rendere verosimile una falsificazione? Se il convenuto ad un'azione pauliana produce un contratto, con il quale ha ricevuto in donazione dall'escusso dei mobili, recante una (falsa) data risalente a più di 5 anni prima (art. 288 LEF), come fa l'attore a rendere verosimile il dubbio sull'autenticità della data? Se il docu-

<sup>24</sup> KOFMEL, (n. 16), p. 181

<sup>25</sup> GULDENER, (n. 8), p. 333

<sup>26</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6695

mento è stato falsificato da un convenuto procedendo ad un "collage" di due documenti a mezzo di una fotocopiatrice di buona qualità (che quindi non lascia tracce "strane" sul prodotto), come fa l'attore a rendere verosimile che si tratta di un "collage", senza disporre dell'originale? Forse citando dei testi che vengano a riferire di *non aver mai visto* l'attore firmare tale documento?

È il gatto che si mangia la coda: senza originale l'attore non riesce a fare sorgere dubbi di un "collage", e quindi non può chiedere al convenuto di produrre l'originale.

Con tale sistema prevale la giustizia di cartapesta. Molto meglio rimanere quindi al sistema classico, fondato sul principio fondamentale che solo documenti veri sono ammissibili, e che l'onere della prova di un fatto spetta a chi lo afferma, non a chi lo nega. Chi produce un documento pubblico non ne deve provare l'autenticità perché presunta per legge (art. 9 CC); è chi afferma che è falso che lo deve quindi provare. Chi produce invece un documento privato ne afferma tacitamente l'autenticità, ed ove la sua affermazione sia semplicemente contestata, egli avrà l'onere di provarla<sup>27</sup>; potrà farlo con ogni mezzo, producendo scritture di confronto, perizie o testimoni che lo hanno visto redigere. Pretendere dalla controparte una contestazione di autenticità motivata o verosimile, che spesso non sarà per definizione in grado di fornire, rispettivamente non riconoscerle un diritto incondizionato all'ispezione dell'originale, significa rendere illusorie le regole sull'onere della prova, riconoscere valore probatorio a documenti falsi ed accettare così una giustizia naif e di pura facciata.

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

#### **Art. 175 P-CPC**

*La parte che si prevale di un documento deve provarne l'autenticità, qualora la stessa sia contestata dalla controparte.*

#### **Art. 177 P-CPC**

<sup>1</sup> *Il documento può essere prodotto in copia. Il giudice o la controparte possono esigere la produzione dell'originale o di una copia certificata autentica.*

<sup>2</sup> *(invariato).*

### **IV. Effettività/attuazione del diritto sostanziale**

#### **1. Principio inquisitorio puro nella procedura semplificata**

Il progetto di CPC prevede una procedura semplificata (art. 239 e segg. P-CPC) per i casi dal valore litigioso inferiore a CHF 30'000, e per determinate materie in cui la natura particolare delle parti, segnatamente di quella socialmente più debole, deve essere tenuta in considerazione ("processo civile sociale"). Lo scopo - certamente condivisibile - è di introdurre una procedura di prossimità, semplice e accessibile al profano, per le controversie del vivere quotidiano<sup>28</sup>.

Pensata come procedura semplice e celere, il progetto non ne regola quasi per niente lo svolgimento, lasciando tale competenza al giudice, al quale viene però posto un obiettivo: la causa dovrebbe potere essere evasa alla prima udienza (art. 242 cpv. 1 P-CPC). Per permettere anche al profano di agire in giudizio è comunque previsto che la petizione non debba necessariamente contenere una motivazione, possa se del caso essere pre-

<sup>27</sup> Per esempio come in diritto tedesco (ADOLF BAUMBACH/WOLFGANG LAUTERBACH/JAN ALBERS/PETER HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, Monaco 2000, ad §439 ZPO n. 1), o francese (GILLES GOUBEAUX/PHILIPPE BIHR/XAVIER HENRY, *Code Civil-Megacode* Dalloz, Parigi 1997, ad art. 1323 CC, n. 2, 100, ad. Art. 1324 CC, n. 2, 4; Cour de Cassation, Chambre civile 1, 6 juillet 2005, Bull. civ. 1, 2005 n. 314 p. 262; Chambre civile 1, 7 avril 1999, Bull. civ. 1, 1999 n. 124 p. 81), o italiano (GIORGIO CIAN/ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Complemento giurisprudenziale, Padova 2001, ad art 2702 CC, n. III.4)

<sup>28</sup> *Messaggio*, (n. 13), FF 2006, p. 6616

sentata a mezzo di un formulario, o addirittura proposta oralmente presso il tribunale (art. 240 P-CPC)<sup>29</sup>. Per il resto la procedura dovrebbe essere, in linea di massima, orale<sup>30</sup>. A seguito della modifica introdotta dal Consiglio degli Stati<sup>31</sup>, di regola (cioè per tutte le cause dal valore inferiore a CHF 30'000 in materie non "sociali") la procedura è retta dal principio *attitatorio* attenuato dal dovere d'interpello del giudice (art. 243 cpv. 1 P-CPC), similmente alla procedura ordinaria (art. 53-54 P-CPC); invece, nelle materie classiche della "procedura sociale" (art. 239 cpv. 2 P-CPC) il giudice accerta i fatti d'ufficio (art. 243 cpv. 2 P-CPC).

Difficilmente la procedura, così concepita, potrà effettivamente risultare celere, semplice ed accessibile al profano non assistito da un avvocato, fondata com'è sul principio *attitatorio*.

Per tale principio, infatti, spetta alle parti l'onere di allegare i fatti pertinenti e di fornirne le prove necessarie<sup>32</sup>, con la conseguenza che una parte può perdere la causa - pur avendo ragione - perché non ha indicato un fatto determinante. Se ne deduce che, in una procedura retta da tale principio, la parte è praticamente costretta a farsi rappresentare da un *avvocato*, se vuole godere di una tutela giurisdizionale efficace.

Inoltre, l'oralità della procedura combinata col principio *attitatorio* rischia di essere una trappola fatale per la parte. Intanto perché un'esposizione orale è solitamente meno precisa di una scritta, ed è quindi più facile che la parte dimentichi di allegare un fatto rilevante. D'altronde, in assenza di suoi atti scritti, sarà difficile controllare a posteriori la corretta applicazione del principio *attitatorio*, verificando se una parte aveva o meno allegato un tal fatto. Le parti saranno perciò naturalmente portate ad imporre al giudice dettagliate e *lunghe verbalizzazioni*, per esser certe di non tralasciare nulla, e garantirsi così anche la possibilità di ricorrere efficacemente contro una eventuale sentenza negativa. La procedura risulterà complicata, appesantita e certamente poco celere.

Infine, non si comprende perché debbano essere effettuate delle distinzioni all'interno dello stesso tipo di procedura, tra cause di natura sociale e non. Anche le liti di valore inferiore a CHF 30'000 senza connotazione sociale meritano una procedura semplificata accessibile al profano, proprio perché in tali casi l'assistenza da parte di un avvocato rischia di essere *troppo costosa* in relazione ai valori in gioco.

Sarebbe perciò meglio rinunciare al principio *attitatorio* in favore di quello *inquisitorio* in senso stretto<sup>33</sup>, per tutte le materie rette da tale procedura. Visto che le parti devono potersi difendere da sole senza rinunciare ad un'efficace tutela giurisdizionale, e che il giudice ha ampia discrezionalità nello stabilire le concrete regole della procedura semplificata, è logico che quest'ultimo abbia anche pieni *poteri e responsabilità* nell'accertamento dei fatti.

Potrebbe inoltre essere opportuno che il legislatore indichi esplicitamente nella legge cosa intenda per procedura celere, per delimitare il margine di discrezionalità del giudice nell'organizzazione della procedura. Magari precisando che la sentenza deve essere comunicata entro 12 mesi dall'inizio della causa.

Infine, come conseguenza del principio *inquisitorio*, nuovi fatti e prove dovrebbero essere ammissibili fino alla deliberazione della sentenza, come prevedeva l'originario progetto del Consiglio federale.

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

<sup>29</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6719

<sup>30</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6616

<sup>31</sup> BO Consiglio degli Stati 2007, p. 532

<sup>32</sup> COCCHI/TREZZINI, (n. 12), ad art. 78 CPC nota 272 p. 239

<sup>33</sup> Come quello previsto dall'art. 291 cpv. 1 P-CPC

**Art. 242 P-CPC**<sup>1</sup> (invariato).<sup>2</sup> *Se le circostanze lo richiedono, il giudice può ordinare uno scambio di scritti e procedere a udienze istruttorie. La procedura dev'essere però chiusa entro dodici mesi.***Art. 243 P-CPC**<sup>1</sup> *Il giudice esamina d'ufficio i fatti.*<sup>2</sup> *Il giudice considera i nuovi fatti e i nuovi mezzi di prova fino alla deliberazione della sentenza.***2. Anticipazione delle spese e cautio iudicatum solvi**

Il progetto prevede che il giudice può esigere dall'attore l'anticipazione dell'*integralità* delle presumibili spese processuali (art. 96 P-CPC); inoltre, su richiesta del convenuto, l'attore può essere tenuto a fornire *preventivamente* cauzione per le spese ripetibili se è domiciliato all'estero, o se risulta insolvente, o se è ancora debitore di spese giudiziarie relative a precedente procedura, o se per altri motivi il pagamento delle ripetibili risulta seriamente compromesso (art. 97 P-CPC).

È intuitivo che i costi della procedura possano costituire un ostacolo per l'effettiva tutela giurisdizionale, la parte con scarse risorse finanziarie potendo essere dissuasa dall'adire i tribunali o addirittura impossibilitata a farlo. Ciò vale particolarmente per le spese che devono essere anticipate, solitamente in tempi brevi, ed al pagamento delle quali viene dunque condizionata la concessione della tutela giurisdizionale.

Tali ostacoli sono rimossi solo in maniera imperfetta dall'istituto dell'assistenza giudiziaria gratuita. Quest'ultima è concessa infatti unicamente a chi dimostra di essere in stato d'indigenza<sup>34</sup>, e quindi non a colui che - senza essere privo di mezzi - dispone comunque di risorse finanziarie *limitate*<sup>35</sup>; per quest'ultimo anticipare tutto l'importo delle presumibili spese processuali rimane un ostacolo concreto all'attuazione dei suoi diritti. Inoltre, l'assistenza giudiziaria gratuita va accordata unicamente se le possibilità di successo della parte sono pressoché equivalenti o solo *leggermente inferiori* al rischio di soccombenza<sup>36</sup>, malgrado il testo di legge limiti il rifiuto dell'assistenza alla causa *priva* di probabilità di successo (art. 115 P-CPC); per tutte le cause che hanno (solo) il 10, 20 o 30% di probabilità di successo, l'istituto dell'assistenza giudiziaria sembra inutilizzabile. Infine, non è certo che l'assistenza giudiziaria gratuita possa essere concessa alle persone giuridiche<sup>37</sup>.

È chiaro che, da un punto di vista politico, è utopico sperare in una giustizia totalmente e definitivamente gratuita. Considerato però che uno dei compiti fondamentali dello Stato è di assicurare ai suoi cittadini la tutela giurisdizionale dei diritti, non si potrebbe almeno evitare di condizionare l'accesso ai tribunali al pagamento *preventivo* delle spese di giustizia? Una rinuncia al pagamento anticipato delle stesse renderebbe più effettivo il diritto alla tutela giurisdizionale<sup>38</sup>.

Simili considerazioni valgono anche per l'obbligo di prestare cauzione in favore della controparte<sup>39</sup>. Al ricco (domiciliato in Svizzera) la cautio iudicatum solvi non verrà - per definizione - mai imposta, ed al povero neppure, il beneficio dell'assistenza giudiziaria facendo decadere l'obbligo di cauzione (art. 116 cpv. 1 lett. a P-CPC); colui che invece ha difficoltà finanziarie senza essere indigente, potrà esercitare i suoi diritti solo a

<sup>34</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6673<sup>35</sup> MARTIN, (n. 3), p. 105<sup>36</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6674<sup>37</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6673<sup>38</sup> MEIER, (n. 11), p. 86<sup>39</sup> Sull'insieme delle questioni di legittimità costituzionale della cauzione processuale cfr. FRANCESCO NAEF, *Nozione d'insolvenza e cautio iudicatum solvi*, Rep 1993, p. 112 e segg.

condizione di prestare cauzione preventiva. È evidente che viene così sancita una discriminazione nel diritto alla tutela giurisdizionale fondata sulla *ricchezza* delle parti<sup>40</sup>.

Inoltre, la cauzione viene imposta unicamente all'*attore* per l'ovvio motivo che sarebbe iniquo richiederla al convenuto - facendo così dipendere il suo fondamentale diritto di difendersi da una condizione di natura economica - e perché l'attore è solitamente libero di agire, mentre il convenuto non sceglie di essere coinvolto in un processo. Ma allora come si giustifica la richiesta di una cauzione a colui che è attore solo formalmente, e che in sostanza è invece costretto a difendersi da una pretesa fatta valere contro di lui, come nel caso dell'azione in disconoscimento del debito (art. 83 cpv. 2 LEF)? E come si giustifica di imporre cauzione al convenuto che ricorre contro la sentenza di prima istanza, e che non fa quindi altro che difendersi?

L'ideale sarebbe abolire totalmente l'istituto della cauzione processuale; visto che però è già previsto da molti codici cantonali e dalla LTF, un suo abbandono è improbabile. Meriterebbe però almeno di essere definito in maniera più dettagliata, affinché il suo campo di applicazione sia estremamente limitato<sup>41</sup>. Ad esempio, dovrebbe essere limitato ai casi in cui l'insolvenza dell'attore è *certa* e risultante da *atti ufficiali* previsti dalla LEF, come è il caso per la procedura innanzi al Tribunale federale (art. 62 LTF)<sup>42</sup>; la disposizione generale che permette di imporre la cauzione anche per altri indefiniti motivi, e fondandosi su di una previsione in merito all'insolubilità *futura* (e quindi ipotetica) dell'attore (art. 97 cpv. 1 lett. d P-CPC) rischia invece di costituire un ostacolo eccessivo al diritto di adire un tribunale. Inoltre, il campo di applicazione dell'istituto dovrebbe essere limitato ai casi più importanti, e che quindi rischiano di causare ingenti spese legali al convenuto: quelli trattati in procedura ordinaria.

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

#### **Art. 96 P-CPC (stralciato)**

#### **Art. 97 P-CPC**

<sup>1</sup> *Su richiesta del convenuto, l'attore deve prestare cauzione per le spese ripetibili se non ha un domicilio fisso o sede in Svizzera o la sua insolubilità è accertata, segnatamente se nei suoi confronti è stato dichiarato il fallimento o è in corso una procedura concordataria o a suo carico vi sono attestati di carenza beni.*

<sup>2</sup> *(invariato)*

<sup>3</sup> *Non vi è obbligo di prestare cauzione:*

- a. nella procedura semplificata;*
- b. nella procedura di divorzio;*
- c. nella procedura sommaria.*

### **3. Conclusioni scritte**

Al termine dell'istruttoria e prima che il tribunale decida, l'art. 228 cpv. 1 P-CPC concede alle parti la facoltà di esprimersi sulle risultanze probatorie e sul merito della lite con le arringhe finali. Per l'art. 228 cpv. 2 P-CPC le parti possono, solo di comune accordo, rinunciare alle arringhe finali e presentare una memoria scritta conclusiva; in tal caso, il giudice assegna loro un termine per farlo.

<sup>40</sup> Dichiarata incostituzionale, ad esempio, nel 1960 dalla Corte costituzionale italiana, cfr. Foro italiano 1960, I, p. 1873

<sup>41</sup> NAEF, (n. 39), p. 121

<sup>42</sup> Sul precedente, analogo art. 150 OG cfr. DTF 111 II 206

Ciò significa che le arringhe sono per principio *orali*, visto che possono essere presentate per iscritto unicamente coll'accordo *unanime* delle parti, e quindi non rimane traccia scritta del loro contenuto, visto che non vi è neppure l'obbligo di registrarle nel *verbale*<sup>43</sup>. Il Messaggio precisa inoltre che, se le arringhe sono orali, è *vietata* la consegna di note scritte complementari ("notes de plaidoiries")<sup>44</sup>.

Questa ostilità del progetto verso le arringhe scritte è incomprensibile e poco concreta. In particolare nel processo civile, ove sono più frequenti le questioni complicate e che necessitano di dettagliate e sottili spiegazioni, l'arringa puramente orale rischia di essere poco efficace, in particolare se il giudice non pronuncia la sentenza immediatamente, come è la regola. D'altra parte, è solo con le arringhe finali - di principio - che le parti espongono completamente le loro argomentazioni di diritto, fondandole sui fatti accertati con l'assunzione delle prove. Si tratta quindi di una presa di posizione estremamente importante per le parti, che tentano di convincere il giudice del loro buon diritto. Possono inoltre essere, se ben fatte, di ausilio al giudice per la ricerca della soluzione del caso; anche se di cattiva qualità, gli permettono comunque di esaminare tutti gli argomenti delle parti senza dimenticarne qualcuno.

Le arringhe scritte costituiscono quindi un mezzo tecnico che può facilitare il compito del giudice (rendendo più celere l'emanazione della sentenza), e migliorare la qualità della giustizia (assicurando il possibile esame da parte del giudice di tutti gli argomenti fatti valere dalle parti): dunque la sua effettività. Le parti potranno forse rinunciare a tale mezzo, ed accontentarsi di arringhe orali; vietare loro arringhe o note d'udienza scritte costituisce però un formalismo privo di senso. Meglio tornare a quanto prevedeva l'avanprogetto.

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

#### **Art. 228 P-CPC**

(...)

*<sup>1bis</sup> (nuovo) Le note scritte prodotte dalle parti all'inizio delle arringhe sono allegare al verbale, se il verbalizzante ne ha esaminato e certificato la concordanza con quanto poi espresso oralmente.*

(...)

#### **4. Motivazione scritta della sentenza**

Il progetto di CPC, così come corretto dal Consigli degli Stati<sup>45</sup>, prevede che la motivazione scritta delle sentenze di prima istanza sia facoltativa. Il tribunale è tenuto unicamente a comunicare il dispositivo della decisione (art. 235 cpv. 1 P-CPC), e solo dopo una richiesta presentata entro 10 giorni da una delle parti sarà obbligato a fornire la motivazione scritta. La mancata richiesta di motivazione comporterà inoltre rinuncia ad impugnare la decisione con appello o reclamo (art. 235 cpv. 2 P-CPC).

Con questa "innovazione" il progetto vorrebbe semplificare la procedura e sgravare di lavoro i tribunali: l'onere di motivare le sentenze non sarebbe giustificato in caso di passività delle parti<sup>46</sup>. Al tempo stesso il Messaggio ammette però che l'immediata motivazione scritta può risultare più opportuna in determinati casi, come nelle decisioni prese in procedura sommaria: in tali casi la procedura ne risulta semplificata ed accorciata<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6715

<sup>44</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6714

<sup>45</sup> BO Consiglio degli Stati 2007, p. 530

<sup>46</sup> In tal senso il Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6716

<sup>47</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6717

In realtà, si tratta di una "novità" che non considera tutte le funzioni della motivazione, che è degna piuttosto della giustizia del Medioevo, che è inaccettabile nello Stato di diritto, e che rischia di minare la qualità della giustizia e quindi la sua effettività<sup>48</sup>.

La motivazione non serve unicamente alle parti per impugnare la sentenza, ma prima ancora al giudice per *autoconvincersi* che la sua decisione è giusta. Siccome un giurista - vista la complessità delle questioni che si presentano in una causa civile - non può seriamente verificare la correttezza del suo ragionamento se non lo fissa prima per iscritto, la motivazione scritta è uno *strumento tecnico* essenziale per razionalizzare il processo di formazione della decisione, ed evitare che il giudice sia guidato da considerazioni non pertinenti, o addirittura arbitrarie<sup>49</sup>; perciò, essa deve inoltre necessariamente *precedere* la decisione, e non essere redatta a posteriori. Poiché serve a garantire così la qualità della giustizia, si tratta di un obbligo irrinunciabile.

Inoltre, permettere l'esistenza di sentenze non motivate significa dimenticare che la motivazione serve anche al *controllo democratico* dell'esercizio del potere da parte dei giudici. Se la motivazione delle sentenze non è resa accessibile all'*opinione pubblica* ed alla *stampa*, questa non può svolgere la sua funzione di controllo: senza disporre della motivazione scritta come fa l'opinione pubblica a verificare che il giudice abbia rispettato il principio di *legalità* e quello della *separazione dei poteri*, che non gli permette di fare opera di legislatore salvo nel caso di lacuna della legge (art. 1 CC)?

Vi è poi da considerare che senza una motivazione scritta l'applicazione del principio dell'*autorità di cosa giudicata* delle sentenze e il ricorso in *revisione* contro le stesse può risultare impossibile. Come potrà un secondo giudice accertare che l'oggetto di una causa proposta è *identico* a quella già giudicata in via definitiva (art. 57 cpv. 2 lett. e P-CPC) senza conoscerne la motivazione, e quindi i fatti accertati e le pretese considerate dal primo giudice? Come potrà il giudice della revisione decidere se i nuovi fatti invocati sono *rilevanti* (art. 326 P-CPC), senza conoscere quelli che sono stati posti a fondamento della precedente sentenza?

Infine, è estremamente dubbio che tale sciagurata "innovazione" sia in grado di sgravare i tribunali. In un organo collegiale vi sarà comunque un progetto di sentenza scritto; anche il giudice unico diligente allestirà la motivazione scritta prima di comunicare la sua decisione alle parti, appunto per autoconvincersi della bontà del risultato. La rinuncia delle parti a ricevere la motivazione scritta non causerà quindi alcun risparmio di lavoro. Potrebbe forse generare un certo sgravio in procedura sommaria, ma paradossalmente il Messaggio indica che proprio in tale procedura è opportuno allestire sempre la motivazione scritta.

Meglio perciò rimanere al principio tradizionale: una sentenza deve sempre contenere la motivazione scritta.

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

**Art. 234 P-CPC**

*La decisione contiene:*

(...)

*g. I motivi sui quali si fonda.*

(...)

<sup>48</sup> cfr. FRANCESCO NAEF, Plaidoyer pour la motivation écrite obligatoire des jugements dans le nouveau Code de procédure civile suisse, in: Jusletter 4 Februar 2008 n. 22 segg

<sup>49</sup> DTF 129 I 232 c. 3.3 p. 239, DTF 112 Ia 107 c. 2b p. 109

**Art. 235 P-CPC Notificazione**

<sup>1</sup> Il giudice notifica la sua decisione alle parti entro 60 giorni dalle arringhe finali o dalla rinuncia al dibattimento.

<sup>2</sup> (stralciato)

<sup>3</sup> (stralciato)

**5. Esecuzione delle sentenze**

Lo Stato non può accontentarsi di accordare tutela giurisdizionale per le pretese dei cittadini fino al passaggio in giudicato della sentenza, e poi disinteressarsi del seguito. Una sentenza non vale nulla - così come non vale nulla quindi il diritto sostanziale da essa accertato - se l'ordinamento giuridico non prevede un efficace sistema per ottenere l'esecuzione forzata della stessa. Il diritto alla tutela giurisdizionale comprende dunque anche il diritto ad un effettiva esecuzione della sentenza<sup>50</sup>.

Ora, proprio di recente il Consiglio federale ha comunicato con soddisfazione la firma della nuova versione della Convenzione di Lugano sulla competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, precisando che la stessa garantisce maggiore certezza nel commercio transfrontaliero, anche grazie ad una procedura di esecuzione rapida e semplice<sup>51</sup>. Peccato che l'attuazione in Svizzera di tale Convenzione, in vigore dal 1992, sia però notoriamente caotica e lesiva del principio di parità di trattamento. Il sistema rapido e semplice previsto dalla CL è infatti incompatibile su taluni punti con la LEF, che però non è mai stata adattata dal legislatore.

La CL prevede che il giudice autorizzi l'esecuzione della sentenza estera sulla base di poche formalità ed in una procedura inizialmente non contraddittoria, per garantire al creditore il cosiddetto effetto sorpresa; con la dichiarazione di esecutività il giudice ordina, prima ancora di notificarla al debitore, dei provvedimenti conservativi per la durata della procedura (art. 39 CL; art. 47 CLrev.) atti a garantire la futura concreta esecuzione (impedendo cioè al debitore di sfruttare la durata della procedura per nascondere i propri beni). Contro la dichiarazione di esecutività le parti possono interporre - facendo così divenire contraddittoria la procedura - unicamente un tipo di ricorso ad un'autorità superiore, la cui decisione è a sua volta impugnabile ad una corte suprema con un solo mezzo ricorsuale (art. 37 CL; art. 43-44 CLrev).

Tale sistema, in particolare per le sentenze che condannano a pagare una somma di denaro, è però incompatibile con quello della LEF, che prevede una procedura di esecuzione forzata ove il principio del contraddittorio vige sin dalle prime battute (con la notifica del precetto esecutivo ed in seguito il rigetto dell'opposizione): nessun effetto sorpresa dunque. Il sequestro (art. 271 LEF) è poi inutilizzabile se il debitore abita in Svizzera (art. 271 cpv. 1 LEF), e comunque la procedura per la sua concessione (art. 272-273 LEF) e quella per la sua convalida (art. 278-279 LEF) pongono delle esigenze supplementari incompatibili con la CL. Il legislatore federale non avendo legiferato in merito, ed il Tribunale federale essendosi dichiarato incompetente ad imporre soluzioni giurisprudenziali unitarie<sup>52</sup>, la giurisprudenza di ogni cantone ha cercato delle soluzioni; queste essendo anche profondamente divergenti, ne è risultata una situazione caotica. In taluni cantoni si applica rigorosamente la LEF, senza quindi concedere le misure conservative ex art. 39 CL e senza effetto sorpresa; in altri si fa ricorso alla regole del diritto processuale cantonale (solitamente previste per le sentenze concernenti prestazioni non pecuniarie) mediante le quali, con una procedura distinta dalla LEF (e perciò in apparente contrasto con l'art. 32 CL, rispettivamente con l'art. 39 Allegato II CLrev) ed inizialmente non contraddittoria, il giudice ordina l'esecuzione di una misura inventata per l'occasione, talvolta analoga al sequestro (art. 271

<sup>50</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 28 luglio 1999, Immobiliare Saffi, *Recueil 1999-V*, § 63 e 74

<sup>51</sup> Ufficio federale di giustizia, *comunicato stampa 30.10.2007*; per il testo della Convenzione revisionata firmato il 30.10.2007

<sup>52</sup> [http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/ipr.Par.0026.File.tmp/20071030\\_entw\\_lugano\\_convention-i.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/ipr.Par.0026.File.tmp/20071030_entw_lugano_convention-i.pdf)  
DTF 126 III 438

LEF), talvolta al pignoramento provvisorio (art. 83 cpv. 1 LEF), talvolta all'inventario (art. 162 LEF), talvolta invece completamente originale. Al termine della procedura concernente la dichiarazione di esecutività ottenuta sulla base della citata procedura il creditore deve comunque ricominciare la vera e propria procedura esecutiva prevista dalla LEF per arrivare alla vendita forzata dei beni del debitore; il risultato è un sovrapporsi di procedure, e quindi un drammatico allungamento del processo<sup>53</sup>.

D'altra parte, pur con tutti i limiti sopradescritti, in diversi cantoni le sentenze estere riescono comunque ad avere più efficacia di quelle svizzere. Quelle estere beneficiano infatti di una misura conservativa con effetto sorpresa sul debitore, mentre le svizzere no. Il creditore di una sentenza pecuniaria svizzera può ottenere il pignoramento contro il suo debitore solo dopo aver fatto notificare il precetto esecutivo, aver ottenuto il rigetto definitivo dell'opposizione, ed averlo se del caso difeso nella procedura ricorsuale sino al Tribunale federale. D'altra parte, per un incongruenza della LEF, il beneficiario di una sentenza di rigetto definitivo dell'opposizione non può ottenere neanche il pignoramento provvisorio, riservato al creditore in possesso di una sentenza di rigetto provvisorio dell'opposizione (art. 83 cpv. 1 LEF).

Questa situazione è stata denunciata come insoddisfacente da molte voci di dottrina, che hanno invitato il legislatore a porvi rimedio urgentemente<sup>54</sup>, senza cioè attendere il nuovo Codice di procedura civile federale<sup>55</sup>.

Ora che ormai il progetto di CPC è all'esame dell'Assemblea federale, sorprende e delude che non contenga alcuna soluzione in merito, mantenendo sostanzialmente lo *status quo*. L'esecuzione di un titolo pecuniario previsto dalla CL potrà avvenire sia (art. 333 cpv. 2 P-CPC) tramite la normale procedura LEF (senza effetto sorpresa), sia tramite una decisione separata di exequatur (art. 333 cpv. 3 P-CPC) con connesse misure conservative (art. 338 P-CPC) di non meglio precisata natura (con effetto sorpresa, ma disparità di trattamento sul tipo di misura conservativa, accavallamento delle procedure, e discriminazione delle sentenze svizzere). Inoltre, la regolamentazione prevista è per diversi altri aspetti incompatibile col nuovo tenore della CL appena firmata<sup>56</sup>.

Eppure, non servirebbe una legge di applicazione della CL: un solo articolo, e qualche piccolo adattamento sarebbero più che sufficienti. Basterebbe infatti fare "rivivere" l'art. 108 della LEF che fu votato dall'Assemblea federale in seconda lettura il 29 giugno 1888, prevedente il pignoramento provvisorio a favore del portatore di una sentenza esecutiva, e che fu in seguito stralciato per errore dal testo definitivo della legge, quando invece il legislatore aveva voluto estenderne l'applicazione anche al portatore di una sentenza di rigetto provvisorio dell'opposizione<sup>57</sup>. Per il resto, basterebbe adattare il ricorso contro le decisioni di exequatur (per le prestazioni non pecuniarie) e di rigetto definitivo dell'opposizione (per quelle pecuniarie), per tenere conto del fatto che nella nuova versione della CL la prima istanza avrà un potere d'esame limitato (art. 41 CLrev.),

<sup>53</sup> Sull'argomento cfr. FRANCESCO NAEF, L'exécution des jugements et des titres authentiques exécutoires sous l'angle du principe d'égalité, RSPC 2006, p. 329-334

<sup>54</sup> ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO/MATTHIAS WIGET, Arrest im internationalen Recht, RSPC 2005, p. 437; GEORG NAEGEL/MEINRAD VETTER, Zur Anerkennung und Vollstreckung euro-internationaler Arrestbefehle in der Schweiz, AJP 2005, p. 1322; MARIANNE LORETAN, La libre circulation des jugements dix ans après l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano, RFJ 2002, p. 168; MATTEO PEDROTTI, Le séquestre international, Zurigo 2001, p. 124; GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Berna 2002, p. 463; MONIQUE JAMETTI GREINER, in ZBJV 2002, p. 882

<sup>55</sup> AGNES ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Sicherungsmittel "à discrétion"? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz, AJP 2001, p. 195

<sup>56</sup> NAEF, (n. 53), p. 335-337

<sup>57</sup> PIERRE-ROBERT GILLIERON, Commentaire de la LP, Losanna 1999-2003, ad art. 83 n. 31; CHARLES JAQUES, Le «rang» des créances dans l'exécution forcée: le cas des subordinations de créance (postpositions), Losanna 1999, p.513 note 5

ed è quindi indispensabile che almeno la seconda istanza esamini pienamente i fatti ed il diritto: ciò che può avvenire solo con un appello<sup>58</sup>.

In tale modo verrebbe mantenuta la tradizionale distinzione tra pretese non pecuniarie (eseguite secondo il CPC) e pretese pecuniarie (eseguite secondo la LEF), evitato l'accavallarsi delle procedure, attuata efficacemente la procedura di esecuzione delle sentenze della CL con l'introduzione di una misura conservativa perfettamente integrata nella LEF, e migliorando così anche l'efficacia dell'esecuzione delle sentenze svizzere messe al beneficio della medesima procedura applicabile a quelle della CL<sup>59</sup>.

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

**art. 88a LEF (nuovo)**

<sup>1</sup> *Su richiesta del creditore che fonda la sua pretesa su di una sentenza esecutiva o un altro titolo previsto dall'articolo 80, l'ufficio di esecuzione procede, secondo la persona del debitore, al pignoramento provvisorio o alla compilazione dell'inventario ai termini dell'articolo 162.*

<sup>2</sup> *Se la richiesta del creditore è stata formulata con la domanda di esecuzione, l'ufficio procede anche durante le ferie o la sospensione dell'esecuzione, omette il preavviso al debitore, e gli notifica il precetto esecutivo unicamente dopo avere eseguito il pignoramento provvisorio o compilato l'inventario.*

<sup>3</sup> *Se il debitore ha fatto opposizione, il creditore deve, entro dieci giorni dalla relativa notificazione, fare domanda di rigetto definitivo dell'opposizione. Il pignoramento provvisorio cade e gli effetti dell'inventario cessano di diritto se il creditore non osserva il termine precitato o se la domanda di rigetto dell'opposizione è respinta definitivamente.*

<sup>4</sup> *Il creditore può chiedere la continuazione dell'esecuzione e la vendita dei beni pignorati soltanto quando l'opposizione è stata definitivamente rimossa, ed il titolo sul quale si fonda il creditore è passato in giudicato. Il termine di cui all'articolo 165 capoverso 2 decorre da tale momento.*

**art. 52a LEF (nuovo)**

*In assenza di un altro foro esecutivo in Svizzera, l'esecuzione prevista dall'articolo 88a è promossa al luogo in cui si trova uno degli oggetti da pignorare, e si prosegue in via di pignoramento.*

**art. 304 cpv. 3 P-CPC**

<sup>3</sup> *(nuovo) Le decisioni del giudice dell'esecuzione (art. 336 segg.) ed il rigetto definitivo dell'opposizione (art. 80 LEF) sono appellabili senza riguardo al valore litigioso.*

**art. 305 P-CPC**

*L'appello è improponibile:*

*a. (stralciato);*

*b. nelle seguenti pratiche a tenore della LEF:*

*(....)*

*3.(stralciato),*

*(....)*

<sup>58</sup> NAEF, (n. 53), p. 339-341

<sup>59</sup> NAEF, (n. 53), p. 343; CHARLES JAQUES, Il riconoscimento e l'esecuzione in Svizzera di sentenze di merito, cautelari e supercautelari inglesi e statunitensi in materia civile e commerciale, punto V/F/1/b/ee, in: Trust e istituti particolari del diritto anglosassone, di prossima pubblicazione a cura della Commissione ticinese per la Formazione Permanente dei Giuristi

## 6. Esecutività provvisoria

Elemento essenziale per un'effettiva tutela giurisdizionale sono i provvedimenti cautelari. La tutela giuridica a titolo cautelare costituisce un meccanismo indispensabile per attuare tempestivamente un diritto: essa protegge la persona interessata contro i pregiudizi che potrebbe subire prima che il giudice possa accordarle la tutela definitiva del diritto al termine di una procedura che, comunque, si protrae nel tempo<sup>60</sup>. Partendo dalla triste e reale considerazione che, sempre più spesso, quando il creditore riesce (dopo anni) ad ottenere una sentenza definitiva è ormai troppo tardi, perché il suo debitore ha sfruttato la durata della causa per nascondere i suoi beni pignorabili oppure ha adottato comunque degli accorgimenti per rendere impossibile l'esecuzione della sentenza, da più parti era stato richiesto l'ampliamento delle misure provvisoriale anche e soprattutto per le prestazioni pecuniarie, con l'adozione di una norma generale autorizzante l'esecuzione di un obbligo non solo in presenza di una decisione passata in giudicato ma già prima o durante la procedura, in particolare durante la procedura di ricorso<sup>61</sup>. L'istituto del sequestro previsto dall'art. 271 LEF si rivela infatti generalmente inutile, non essendo dato contro un debitore che abiti in Svizzera.

La regolamentazione del progetto di CPC sui provvedimenti cautelari concede tale tutela giuridica provvisoria esclusivamente alle pretese *non pecuniarie*, e prevede la possibilità di ordinare un pagamento in denaro a titolo cautelare unicamente nei (pochi) casi esplicitamente previsti dalla legge (art. 258 lett. e P-CPC); per la garanzia di un credito pecuniario all'inizio della causa, invece, il progetto non prevede nulla, rinviando all'istituto del sequestro (art. 271 LEF)<sup>62</sup>. Il progetto innova invece nell'ambito della tutela provvisoria *secondaria* - cioè quella che interviene dopo la sentenza di merito di prima istanza - prevedendo l'istituto della *esecutività anticipata*: anche laddove la sentenza di prima istanza sia impugnabile con un mezzo ordinario dotato di effetto sospensivo come l'appello, il *iudex ad quem* può privare il ricorso dell'effetto sospensivo, autorizzando l'esecuzione forzata della sentenza in pendenza dell'appello, se del caso ordinando provvedimenti conservativi o la prestazione di garanzie (art. 312 cpv. 2 P-CPC).

Tale innovazione corrisponde nella sostanza a quanto prevedono anche il diritto tedesco (§708 e segg. ZPO), francese (art. 514 e segg. NCPC) ed italiano (art. 282-283 CPC), ed è da approvare perché aumenta l'efficacia concreta delle sentenze, almeno ove si tratti di pretese non pecuniarie. Per le pretese pecuniarie invece, potrebbe risultare in concreto lettera morta, paradossalmente proprio perché troppo sbilanciata a favore del creditore.

Nonostante l'istituto venga infatti spesso (anche all'estero) denominato quale *esecutività provvisoria*, l'esecuzione forzata che autorizza ha ben poco di provvisorio, essendo quella ordinaria, cioè che conduce - per le pretese pecuniarie - alla realizzazione dei beni pignorati rispettivamente al fallimento: si tratta piuttosto, come correttamente indica il Messaggio, di una *esecutività anticipata*. Se concessa, l'esecutività anticipata rischia di causare un pregiudizio grave per il debitore escusso, che deve subire il pignoramento e la vendita dei suoi beni, e che, in caso dovesse risultare vincente alla fine della procedura, rischia di non riuscire più ad ottenere dal "creditore" la restituzione di quanto incassato, ad esempio se quest'ultimo si trasferisce all'estero, o diventa insolvente, o distrae i suoi attivi. Certo, l'autorità di ricorso potrebbe subordinare l'esecuzione anticipata alla prestazione di garanzie a favore del debitore; tali garanzie sarebbero però probabilmente illusorie per il debitore soggetto alla procedura fallimentare: se l'esecuzione anticipata comportasse il suo fallimento, il danno derivantene sarebbe verosimilmente irreparabile.

<sup>60</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6725

<sup>61</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6617; Risultati della procedura di consultazione, (n. 20), p. 688-689

<sup>62</sup> Messaggio, (n. 13), FF 2006, p. 6727

La ricerca di un giusto equilibrio per i contrapposti interessi ha dunque portato i Paesi che già conoscono l'istituto dell'esecutività anticipata ad emanare una complessa e dettagliata regolamentazione nella legge o nella giurisprudenza<sup>63</sup>. Non è perciò difficile prevedere che, anche in Svizzera, il grave rischio di pregiudizio irreparabile che l'esecutività anticipata impone al debitore di una prestazione pecuniaria, spingerà i giudici a farne applicazione solo in casi eccezionali; l'istituto si rivelerà insomma una tigre di carta. Ed è anche giusto che sia così, perché se trovasse applicazione generalizzata sarebbero il diritto sostanziale del debitore ed il suo diritto di ricorso a risultare illusori.

Non sarebbe allora meglio prevedere anche una vera e propria *esecutività provvisoria*, cioè un istituto che permetta al creditore di una sentenza pecuniaria di prima istanza di ottenere delle misure conservative in pendenza del ricorso dotato di effetto sospensivo, analogamente a quanto previsto dall'art. 39 CL/47 CLrev? Trattandosi di misure conservative, il debitore non dovrebbe patire pregiudizi definitivi né temere la vendita forzata dei suoi attivi, ed il creditore godrebbe comunque di un'adeguata garanzia di potere vedere soddisfatto il proprio credito in caso di vittoria. Una simile esecutività provvisoria è ad esempio conosciuta dal diritto tedesco (§720a ZPO) e, visto il suo equilibrio, potrebbe essere automaticamente prevista nella legge per tutte sentenze pecuniarie di prima istanza, senza necessità di una valutazione da parte del giudice.

Per le sentenze non pecuniarie, l'autorità di ricorso potrebbe quindi autorizzare l'esecuzione anticipata, previa valutazione di tutti gli interessi in gioco; ciò potrebbe teoricamente avvenire anche per le sentenze pecuniarie, ma con grande cautela ed in casi eccezionali. Le sentenze pecuniarie di prima istanza sarebbero invece automaticamente *provvisoriamente esecutive*, nel senso che autorizzerebbero il creditore (unicamente) all'esecuzione "conservativa" prevista dall'art. 88a LEF proposto al punto precedente<sup>64</sup>. Ovviamente, se la sentenza in questione non contiene già il rigetto definitivo dell'opposizione (perché non richiesto, o perché l'esecuzione non è stata promossa prima della causa) il creditore dovrebbe poter altresì "convalidare" la misura conservativa ottenendo il rigetto definitivo dell'opposizione (in difetto di che la misura decadrebbe subito, cfr. il proposto art. 88a cpv. 3 LEF) sulla base della sentenza appellata; sarebbe opportuno indicarlo esplicitamente nell'art. 80 LEF, limitando però tale effetto alla sola esecuzione speciale dell'art. 88a LEF: in caso contrario, l'esecutività provvisoria diverrebbe esecutività anticipata. Per ottenere la realizzazione dei beni, il creditore dovrebbe attendere la crescita in giudicato della sentenza di merito appellata (cfr il proposto art. 88a cpv. 4 LEF).

Per mantenere il parallelismo con la LEF, andrebbe precisato che tale esecutività provvisoria legittima il titolare di una sentenza di rigetto definitivo dell'opposizione di prima istanza ad ottenere la misura di cui all'art. 88a LEF<sup>65</sup>; il creditore a beneficio invece di una sentenza di rigetto provvisorio potrà ottenere la misura cautelare di cui all'art. 83 cpv. 1 LEF, privando per legge l'effetto sospensivo all'appello.

Il progetto di CPC andrebbe dunque così modificato:

### **Art. 312 P-CPC**

(....)

<sup>4</sup> *L'appello non ha effetto sospensivo se è appellata una decisione in materia di:*

a. (invariato);

b. (invariato);

c. (nuovo) *rigetto provvisorio dell'opposizione (art. 82 LEF).*

<sup>63</sup> §§708-720 ZPO; art. 514-526 NCPC; SERGIO CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, T. I, Bologna 2007, p. 246 e segg.

<sup>64</sup> in tal senso anche MEIER, (n. 11), p.40

<sup>65</sup> in tal senso anche MEIER, (n. 11), p. 96

**Art. 312a P-CPC (nuovo) Esecutività provvisoria**

*Se è appellata una decisione che concerne pagamenti in denaro o la prestazione di garanzie, oppure il rigetto definitivo dell'opposizione (art. 80 LEF), il creditore può ottenere le misure previste all'articolo 88a LEF.*

**Art. 80 LEF**

(....)

<sup>2</sup> Sono parificati alle sentenze esecutive:

(....)

3. (nuovo) le decisioni secondo l'articolo 312a CPC, limitatamente all'esecuzione prevista dall'articolo 88a LEF