

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Processuale Civile

**L'ABUSO DEL PROCESSO: CONFIGURABILITÀ E
SANZIONI**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Bruno Capponi

CANDIDATA

Claudia Scarpantoni

Matr.108723

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Roberta Tiscini

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

Indice

Indice.....	1
Introduzione	4
Capitolo I	
<i>La configurabilità dell'abuso del processo come species del più ampio genus dell'abuso del diritto</i>	<i>8</i>
Capitolo II	
<i>L'abuso del processo nella elaborazione dottrinaia.</i>	<i>36</i>
2.1 Le tesi che negano l'abuso	36
2.2 L'abuso del processo nel diritto romano.....	40
2.3 L'abuso del processo nel codice del 1940 - La condotta abusiva	47
2.4 (segue) Caratteri strutturali dell'abuso.....	52
2.5 L'abuso fuori dal processo civile	60
2.6 L'abuso di soggetti diversi della parte	62
2.6.1 L'avvocato	62
2.6.2 L'abuso del giudice.....	64
2.7 Conclusioni	65

Capitolo III

<i>L'abuso del processo negli interventi normativi.</i>	67
3.1 Premesse	67
3.2 I doveri di lealtà e probità	69
3.2.1 Il dovere di verità.....	73
3.3 Le sanzioni derivanti dalla violazione dell'art. 88 c.p.c.	77
3.4 Il divieto di espressioni sconvenienti ed offensive .	79
3.5 La disciplina delle spese processuali e la repressione degli abusi.....	82
3.6 segue: i limiti posti al potere di compensazione....	85
3.7 segue: la lite temeraria	90
3.8 Le sanzioni pecuniarie previste per singoli abusi e la disciplina delle spese nelle cause previdenziali.....	111
3.9 Gli strumenti di repressione dell'abuso nel corso della trattazione della causa ed il principio della ragionevole durata del processo	117
3.10 L'abuso del processo negli altri ordinamenti: cenni di diritto comparato.....	125

Capitolo IV

<i>L'abuso del processo nella giurisprudenza di merito e di legittimità.</i>	132
4.1 Premesse	132
4.2 L'art. 88 c.p.c.	133
4.3 L'art. 89.....	142
4.4 La disciplina delle spese.	148
4.5 La lite temeraria	154

4.6	La ragionevole durata del processo	167
4.7	La domanda frazionata	173
4.7.1	L'ammissibilità del frazionamento	174
4.7.2	(segue) Il revirement: l'inammissibilità	180
4.7.3	(segue) prime applicazioni giurisprudenziali.	187
Capitolo V		
	<i>Abuso del processo e deontologia professionale.....</i>	198
5.1	Premessa.....	198
5.2	La “doppia fedeltà” dell’avvocato ed i doveri di lealtà e correttezza verso i colleghi e le istituzioni.....	202
5.3	Doveri dell’avvocato nel processo	208
5.4	La giurisprudenza disciplinare.....	217
5.5	Conclusioni	224
	Conclusioni.....	226
	<i>Bibliografia.....</i>	228

Introduzione

E' ricorrente l'affermazione secondo la quale l'abuso, se riferito ad un potere, indica un modo di esercizio dello stesso finalizzato al raggiungimento di un obiettivo diverso o ulteriore rispetto al fine alla cui realizzazione quel potere dovrebbe tendere.

Si potrebbe, quindi, sostenere l'inconciliabilità del concetto di abuso con il processo, sia perché l'atto processuale, se compiuto nel rispetto delle regole che lo disciplinano, non può che essere ritenuto legittimo, in quanto parte della dialettica processuale; sia perché la libertà del singolo di agire in giudizio a tutela della sua posizione sostanziale non può tollerare limiti esterni, che potrebbero risolversi in una ingiusta compressione del diritto di azione.

E', però, innegabile che la realtà offra moltissimi esempi di utilizzo distorto degli strumenti processuali: dalle azioni promosse con intenti emulativi, alle resistenze opposte per finalità defatigatorie, ai comportamenti fraudolenti finalizzati ad assicurarsi con mezzi sleali l'esito favorevole della lite.

Si comprende, allora, l'interesse che negli ultimi anni il tema dell'abuso del processo ha suscitato in dottrina ed in giurisprudenza, che si sono interrogate, non solo sulla possibilità della astratta configurabilità dell'abuso, ma

anche sui casi in cui lo stesso può essere ravvisato e sui limiti entro i quali le condotte abusive possono essere sanzionate, nel necessario rispetto del diritto di azione e di difesa.

Detto interesse, peraltro, è da ritenersi conseguenza non solo della osservazione della realtà empirica dei processi, ma anche del mutato contesto normativo, in quanto la costituzionalizzazione del principio del giusto processo e della sua ragionevole durata rende necessario il bilanciamento fra il diritto del singolo all'utilizzo dello strumento processuale e quello della collettività a che il bene comune, ossia il sistema giustizia, non venga compromesso da comportamenti che ledono l'efficienza della macchina giudiziaria.

Si tratta, quindi, di un tema nel quale a questioni più strettamente teoriche si affiancano scelte di politica legislativa e giudiziaria e che impone la ricerca di un non facile equilibrio fra la necessità di assicurare il diritto di azione e di difesa e l'esigenza di garantire che il processo, oltre a svolgersi in tempi ragionevoli, sia veramente giusto, termine, questo, inconciliabile con comportamenti che non siano improntati a correttezza e a lealtà.

Sul piano teorico lo studio non può prescindere dall'esame delle posizioni espresse dalla dottrina sulla questione più generale dell'abuso del diritto, del quale l'oggetto del nostro lavoro costituisce una specificazione.

Si passerà, poi, ad esaminare più in dettaglio le opinioni espresse dai processualisti e le ragioni per le quali può dirsi ormai minoritaria e superata la opzione espressa da coloro che negano in radice la stessa possibilità di ipotizzare un abuso dello strumento processuale.

Si analizzerà, inoltre, il quadro normativo vigente, ed in particolare sia le disposizioni che la giurisprudenza più recente ha utilizzato per reprimere le condotte abusive, sia gli istituti riscritti o modificati dal legislatore proprio al fine di contrastare condotte abusive.

Lo studio di detti istituti verrà, poi, approfondito attraverso l'analisi delle situazioni nelle quali la giurisprudenza di merito e di legittimità individua e sanziona l'abuso del processo, riservando una particolare attenzione alla questione della infrazionabilità del credito, che è quella della quale si è maggiormente discusso nel più recente passato e che ha dato slancio al dibattito sulla configurabilità dell'abuso del processo e sui modi di repressione dello stesso.

Infine si analizzeranno le norme deontologiche che regolano la professione forense, per evidenziare come la esigenza di reprimere comportamenti scorretti e fraudolenti compiuti dai difensori sia stata fortemente avvertita anche dall'ordine professionale in sede di autoregolamentazione.

La vastità dei temi da affrontare che, per la loro natura, evocano anche questioni di carattere ancora più generale,

impone di concentrare l'esame sugli aspetti più strettamente connessi all'abuso del processo, sicché l'analisi degli istituti giuridici verrà condotta senza nessuna pretesa di completezza, valorizzando quelle sole questioni più strettamente connesse all'oggetto del lavoro.

Capitolo I

La configurabilità dell'abuso del processo come species del più ampio genus dell'abuso del diritto

Prima di procedere ad una dettagliata analisi dell'abuso del processo, è necessario partire da una disamina dell'abuso del diritto, che costituisce il più vasto genus nel quale si iscrive il tema oggetto del nostro lavoro.

La teoria dell'abuso del diritto ha nella nostra tradizione giuridica una storia lunga e decisamente travagliata della quale si potrà in questa sede, per ovvie ragioni di economia del lavoro, riassumere solo i dati salienti¹.

L'accostamento del termine diritto a quello di abuso, sembrerebbe, prima facie, un ossimoro.

Secondo la definizione tradizionale, il diritto o, più specificatamente, il diritto soggettivo, è il potere di agire, l' *agere licere*, per soddisfare un interesse individuale protetto dall'ordinamento giuridico. Al soggetto titolare del diritto l'ordinamento attribuisce una serie di poteri il cui esercizio è pienamente lecito, ancorché dallo stesso consegua la compressione o la frustrazione di interessi altrui. In linea di principio, pertanto, dalla suddetta

¹ L'abuso del diritto è stato oggetto di numerosi contributi dottrinali fra i quali si segnalano M.ROTONDI *L'abuso del diritto* in Riv. Dir. Civ. 1923, p. 105 e ss.; U. NATOLI *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano* in Riv. Trim. dir. civ. 1958, p. 37 e ss; P.RESCIGNO *L'abuso del diritto* Bologna, 1998, p. 13 e ss. ; D.MESSINETTI *Abuso del diritto* in Enc. Dir. Aggiornamento II Milano, 1998 p. 1 e ss.

liceità del comportamento consegue che chi esercita correttamente un proprio diritto non può commettere un atto illecito e, quindi, non può essere tenuto a risarcire il danno.

Coloro che ipotizzano la configurabilità di un abuso ammettono, però, che l'esercizio di quel diritto, tutelato e protetto dalla legge, possa essere fonte di responsabilità; il brocardo latino "*qui suo iure utitur neminem laedere*" incontrerebbe, quindi, un limite.

Proprio sul carattere contraddittorio della espressione fa leva quella parte della dottrina² che evidenzia la impossibilità logica di concepire l'abuso del diritto e sottolinea che quest'ultimo o sussiste o non sussiste, *tertium non datur*. Secondo alcuni perché l'abuso sarebbe, in realtà, un fenomeno sociale e metagiuridico; secondo altri perché le ipotesi ricondotte al concetto di abuso si risolverebbero nella assenza del diritto, in quanto il dovere di esercitare quest'ultimo nel rispetto del principio di solidarietà farebbe parte della struttura della posizione giuridica soggettiva, con la conseguenza che un esercizio "abusivo" collocherebbe la condotta al di fuori del diritto³.

E' peraltro innegabile che la diversa opinione di chi ritiene senz'altro configurabile l'abuso sia avallata sia dal diritto positivo, non mancando ordinamenti nei quali il

² M. ROTONDI *L'abuso del diritto*, cit. p. 104 e ss. .

³ E' la posizione di F. SANTORO PASSARELLI *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 76 e ss.

divieto di abuso è espressamente codificato, sia dalla elaborazione giurisprudenziale, sicché appare opportuno individuare le ragioni dell'emergere della questione ed il fondamento ideologico e dogmatico delle diverse posizioni.

Autorevole dottrina⁴ ritiene di poter far risalire le prime formulazioni del termine ad epoca decisamente remota per mano dei glossatori, prima, e dei commentatori poi, che se ne servirono per coniugare, o quantomeno per rendere non incompatibile, l'intangibilità del diritto romano con i concetti etici dello *ius canonicum*. Abbandonato il tema con le codificazioni francesi, per la palese incompatibilità di un concetto così eccessivamente astratto con "l'idolatria della legge" professata dalla rivoluzione, la questione tornò in auge, a meno di un secolo di distanza, per la necessità di reprimere e classificare le ipotesi di *emulatio*⁵.

La dottrina è concorde nel ritenere che le più interessanti e meritevoli riflessioni in materia di abuso si svilupparono con le critiche alle ideologie dei codici liberali ottocenteschi da parte di quelle correnti di pensiero che rinvenivano nei codici un'intrinseca contraddizione fra la libertà e l'uguaglianza formale da questi esaltata e la stridente situazione di disuguaglianza reale fra ricchi sempre più ricchi e poveri sempre più poveri.

⁴M.BARCELLONA, *Dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico* in Riv.dir.civ. 2014, 2, 467.

⁵ M.BARCELLONA op. cit. p.468.

Detto stridente contrasto fu messo in risalto sia da giuristi ispirati dalla ideologia cattolica, sia da quegli studiosi che interpretavano gli istituti giuridici muovendo dai principi della teoria marxista⁶.

Nel pensiero cattolico assume particolare rilevanza la distinzione, di stampo francese, fra diritti funzioni e diritti egoisti⁷: la funzione, è contrassegnata dal carattere privato del bene protetto, sicché ad essa vengono ricondotti sia i diritti inerenti la famiglia che quelli relativi all'impresa⁸, i diritti egoisti, tutti gli altri.

Sono proprio quest'ultimi su cui si sviluppa maggiormente il problema dell'abuso. In contrasto con la visione del giudice come mera "bouche de la loi" l'ideologia cattolica riconosce un potere esegetico e soprattutto creativo al giudice che va decisamente al di là della semplice interpretazione letterale e che trasferisce il problema dell'abuso dall'ambito sociologico a quello giuridico. Nel pensiero tomista, infatti, è concesso all'interprete un ambito di libertà discretamente ampio, necessario per attenuare le asprezze della legge e per correggere gli errori derivanti da una sua applicazione meccanica. A tale compito il giudice procede secondo

⁶ P. RESCIGNO *L'abuso del diritto*, in Riv. Dir. Civ., 1965, I, pp. 205 ss.

⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1942, p. 241 e ss.

⁸ Il carattere privato degli interessi tutelati realizza un limite al potere pubblico, legittimato solamente ad adottare "misure di supplenza, in caso di carenza della funzione", l'autore così da un lato riesce a giustificare la mancanza di ingerenza del legislatore all'intimità della famiglia e dall'altro teorizza una maggior ambito di libertà in quello d'impresa.

morale, attraverso la valutazione dell'esercizio di un diritto, come morale o immorale.

Nasce, così, a fianco della legittimità legale una legittimità morale che umanizza il diritto *“individualizzando ciò che ha di troppo astratto e tecnico. In una parola, la teoria dell'abuso rappresenta il correttivo della moralità che la legalità postula”*⁹.

Questo principio di legittimità morale, secondo cui i diritti vanno esercitati con uno spirito umano, oltretutto civile, fa sì che questi incontrino, come limite, i doveri che ogni uomo ha verso Dio, se stesso e il prossimo. L'interpretazione cattolica sembra in tal modo accostare l'abuso al peccato, poiché la sanzione prevista dalla norma positiva presuppone una censura morale¹⁰.

Il giudice diviene così, abbracciando questa teoria, quasi una sorta di pastore chiamato, attraverso l'applicazione della legge, ad individuare il peccato, sanzionarlo e reprimerlo, valutando non solo l'atto ma anche e soprattutto il suo autore.

L'ideologia socialista per elaborare il concetto di abuso parte dalle nozioni di coscienza sociale e collettiva che debbono necessariamente operare, quale correttivo, nell'ambito di una società liberale con economia

⁹ J.DABIN, *Le droit subjectif*, cit.

¹⁰ Tale approccio fortemente teologico si coglie in alcuni scritti del Dabin in cui si legge: “l'atto economicamente irreprensibile non sarà salvato se ha peccato per un certo eccesso che lo renderebbe moralmente odioso”.

capitalista¹¹. Anche qui, come nell'ideologia cattolica, il concetto di abuso si sviluppa al di là della legalità formale contenuta nelle regole e nei precetti giuridici e chiama l'interprete a considerare la coscienza comune, ricercando la ratio dell'istituto, il fine ultimo, rimasto inespresso, del legislatore. Ciò perché secondo l'ideologia socialista "le prerogative individuali presuppongono un consenso della comunità sociale"¹².

Il concetto di "coscienza comune" però, a differenza del peccato, è mutevole ed in continua evoluzione sicché il compito del giurista si fa ancor più complesso, essendo questi chiamato a riconsiderare e rivalutare situazioni al mutare del tempo, della società e dei bisogni di essa. Inoltre, come l'ideologia cattolica distingue fra diritti egoisti e diritti funzioni, quella socialista pone una distinzione fra diritti cosiddetti "causali" e diritti "non causali" dove i secondi sono esenti da ogni valutazione sui modi di esercizio. Tale esenzione troverebbe la sua giustificazione nel fatto che questi sono già concepiti come tali e il consenso della comunità ne sollecita l'assoluta libertà di esercizio.

¹¹ L'analisi proposta da M. BARTOSEK nello scritto *Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano*, 1948, pag. 189 e ss, muove dalla considerazione che il diritto, come tutti gli altri poteri, è lo strumento con cui la classe ricca e dominante opprime le classi poveri. Le classi governate quindi nella loro battaglia per la libertà e l'uguaglianza ravvisano nei diritti quel contenuto emulativo tipico dell'abuso che permette alla classe reggente di "piegare" il diritto a loro favore a danno delle classi governate.

¹² L. JOSSERAND, *De esperit de doit et de leur relativè. Theorie dite de l'abus des1 droit*, Paris, 1939, p 365 e seg.

Tali concezioni del concetto di abuso finiscono, quindi, per risolversi in una valutazione sulla moralità dell'atto o sulla meritevolezza sociale dello stesso e conducono necessariamente, in un sistema di diritto positivo, ad un indagine sui motivi e sulla causa dei negozi giuridici¹³. Il nostro ordinamento, invece, non riconosce alcuna rilevanza al motivo (con l'unica eccezione di quello comune, determinante ed illecito ex art 1345 c.c.) e concepisce la causa come tipica, tipicità che presuppone quel consenso della collettività dalla cui mancanza sorgerebbe l'abuso.

Si può, pertanto, sin d'ora evidenziare che l'abuso in tanto può trovare ingresso nel nostro sistema in quanto venga concepito come comparazione di interessi in conflitto nello svolgimento di un rapporto.

La breve sintesi dei presupposti dai quali muovono le due principali correnti ideologiche che sostengono la necessità della repressione dell'abuso, ed i cenni fatti agli argomenti utilizzati da coloro che negano, invece, ogni dignità giuridica della questione, consentono di affermare che il tema involge necessariamente questioni più ampie, che non possono certo essere compiutamente analizzate in questa sede, quali sono: il concetto stesso del diritto soggettivo, la certezza del diritto, la necessità della

¹³ Basta infatti considerare come l'indagine sulla moralità dell'atto, si sostanzia in un'indagine sui motivi dello stesso, mentre quella sulla socialità o meritevolezza sociale, sia in realtà un'indagine sulla causa, risolvendosi nella ricerca dell'interesse meritevole di tutela.

coerenza fra le singole norme positive ed i principi dell'ordinamento, il rapporto fra soggetto e finalità sociali del sistema, il ruolo svolto dal giudice nella risoluzione dei conflitti.

La teoria dell' abuso, infatti, presuppone “un ordine morale o solidale che si sovrappone, correggendolo, all'ordine delle norme”¹⁴ e chiama il giudice a svolgere una funzione, per così dire correttiva ogniqualvolta la condotta, prima facie de iure, risulti in realtà ingiustificata rispetto ai principi giuridici più generali che devono necessariamente prevalere sulla singola regola. L'abuso, cioè, opera come “un meccanismo di autocorrezione del diritto, ossia di correzione dell'ambito delle regole giuridiche permissive..... quando l'applicabilità delle stesse si estende a casi in cui la sua applicazione risulta ingiustificata alla luce dei principi giuridici che determinano l'ambito giustificato delle regole”¹⁵. Il giudice, di conseguenza, è chiamato ad attingere la soluzione del caso concreto non dalla singola norma che quel caso disciplina, bensì direttamente dai principi generali dei quali deve farsi interprete.

Si obietta che l'ammissione di un sindacato giudiziale così inteso vulnera il principio generale della certezza delle situazioni giuridiche perché, consentendo al giudice

¹⁴M.BARCELLONA *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico* in Riv. dir. civ. 2014,2, p. 467 e ss.

¹⁵ M.ATIENZA e J.RUIZ MANERO *Illeciti atipici.L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento del potere*, Bologna, 2004, p. 64 .

di superare la norma che regola la fattispecie concreta, assegna a quest'ultimo il ruolo proprio del legislatore, che è quello di concretizzare il principio generale nelle singole disposizioni.

Si aggiunge che in tal modo si apre la strada all'arbitrio giudiziale ed alla possibilità che alla interpretazione giuridica delle norme si sostituisca quella morale o politica, con la conseguenza che la soluzione positiva del conflitto verrebbe fondata su regole e valori extranormativi¹⁶.

Proprio in nome della certezza del diritto il legislatore del '42 preferì non inserire nella stesura definitiva del nostro codice civile il precetto generale "*nessuno può esercitare un proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*" che nel progetto era stato, invece, collocato nelle "disposizioni sulla pubblicazione e l'applicazione della legge in generale", all'art. 7. L'opzione seguita fu, invece, quella di individuare e tipizzare singole ipotesi di "abuso", non solo in tema di esercizio del diritto di proprietà, con l'art. 833 c.c., e della responsabilità genitoriale, il cui abuso è represso dall'art. 330 c.c., ma anche in relazione al potere di autonomia contrattuale, limitato, nei diversi ambiti delle trattative, della conclusione e della esecuzione del contratto dagli artt. 1337, 1438, 1447 e 1375 c.c. .

¹⁶ Per una compiuta disamina delle posizioni assunte dalla dottrina italiana negli anni immediatamente precedenti e successivi all'ultima codificazione si rinvia a G.CAZZETTA *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, in *L'Abuso del diritto Teoria, storia e ambiti disciplinari* Pisa, 2012, p. 51 e ss.

Attraverso detta scomposizione il legislatore intendeva realizzare, per le ragioni già dette, il duplice effetto di individuare a priori le ipotesi in cui l'abuso può assumere rilevanza per il diritto, prendendo atto di ciò che non di rado si verificava e si verifica nella realtà dei rapporti economici e sociali, e di escludere tendenzialmente che altri comportamenti, diversi da quelli tipizzati, potessero essere censurati in sede giudiziale¹⁷.

Diversa è, invece, stata la scelta di altri ordinamenti nei quali, a conferma di quanto si è detto sulla stretta connessione esistente fra il tema dell'abuso e la teoria generale del diritto, il divieto di abusare del diritto è stato tipizzato in via generale.

Così, ad esempio, il codice civile russo del 1923 premetteva che “i diritti civili sono protetti dalla legge eccetto in quei casi in cui essi sono esercitati in senso contrario alle loro finalità economiche e sociali”, divieto, questo, che ripreso anche nelle codificazioni dei paesi comunisti, non è stato soppresso neppure dopo il mutamento del regime politico.

Il § 226 del codice civile tedesco prevede, invece, che l'esercizio del diritto è inammissibile se ha il solo scopo di arrecare danno ad altri, riannodandosi alla dottrina della *aemulatio*, ma estendendone la portata a tutti i diritti soggettivi.

¹⁷ M. BARCELLONA op. cit. pag. 467 e seg. .

Il codice civile spagnolo, riformato nel 1974, recepisce l'elaborazione giurisprudenziale formatasi in quell'ordinamento, e con una articolata disposizione prevede che "la legge non protegge l'abuso del diritto o il suo diritto antisociale. Qualunque atto od omissione che per l'intento del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze in cui si realizza supera in modo manifesto i limiti normali di esercizio di un diritto, con danni per il terzo, darà luogo al corrispondente risarcimento e all'adozione di rimedi giudiziali o amministrativi idonei ad impedire la persistenza dell'abuso"¹⁸.

Gli esempi citati mostrano come la questione dell'abuso del diritto trascenda l'ambito del singolo ordinamento, proprio perché strettamente connessa a quelle tematiche più generali, alle quali sopra si è fatto cenno, che sono connaturate ad ogni sistema giuridico.

Era prevedibile, quindi, che la questione si ponesse a livello comunitario, e fosse affrontata dalla Corte di Giustizia, chiamata ad interpretare il diritto dell'Unione ed a valutare la compatibilità con lo stesso dei singoli ordinamenti nazionali¹⁹.

La Corte ha ritenuto senz'altro configurabile l'abuso, inteso come strumento di controllo dell'esercizio dei diritti

¹⁸ Per una analisi approfondita dei diversi ordinamenti si rinvia a R.T. BONANZINGA *Abuso del diritto e rimedi esperibili in www.comparazionedirittocivile.it* p. 11 e ss. e a L. PANZANI *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera* in Giust. Civ. 2014,3, p. 695 e ss. .

¹⁹ Sulla nozione di abuso di diritto in ambito comunitario si rimanda a M. GESTRI *Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario*, Milano, 2003, p. 21 e ss. .

soggettivi, ed ha evidenziato che il diritto dell'Unione non impedisce ai giudici nazionali di applicare una disposizione di diritto interno che reprima l'esercizio abusivo del diritto, anche se detto diritto è attribuito da una norma giuridicamente sovraordinata quale è quella comunitaria²⁰.

Va, poi, aggiunto che i giudici di Lussemburgo in talune occasioni hanno valorizzato per la configurabilità dell'abuso il cosiddetto criterio teleologico, e, quindi, la deviazione dell'atto dalla finalità per la quale il diritto è stato riconosciuto dalla norma²¹; in altre hanno, invece, utilizzato una tecnica valutativa basata sulla necessaria proporzionalità fra gli interessi in gioco, considerando abusivo l'esercizio del diritto allorché il suo titolare abbia optato "tra i rimedi giuridici disponibili per reagire ad una situazione determinata dalla violazione della direttiva, per quello produttivo di un danno talmente grave ai legittimi interessi altrui da risultare manifestamente sproporzionato"²².

L'elaborazione giurisprudenziale è stata recepita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha

²⁰ Corte di Giustizia 23 marzo 2000, in causa C 373/1997, in Raccolta 2000, I, 01705 ove si afferma che " Il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali applichino una disposizione di diritto interno che consenta loro di valutare se un diritto riconosciuto da una norma comunitaria venga esercitato in modo abusivo."

²¹ Corte di Giustizia 12 maggio 1998 in causa C 367/96, in Raccolta 1998 , I-02843.

²² Corte di Giustizia 23 marzo 2000 cit. .

acquistato il medesimo valore giuridico dei trattati. L'art. 54 della Carta, infatti, riproducendo il contenuto dell'art. 17 della CEDU, fa espresso "divieto dell'abuso del diritto" e, con il chiaro intento di scongiurare una attuazione impropria dei diritti e delle libertà, prevede che "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

Attraverso il divieto dell'abuso la Carta persegue con evidenza l'obiettivo di realizzare un temperamento fra opposti interessi entrambi ritenuti meritevoli di tutela, escludendo che un diritto possa essere intenzionalmente esercitato con modalità tali da annullare o comprimere in modo eccessivo e non necessario, altra posizione giuridica soggettiva tutelata dal trattato.

E' evidente, per i principi che regolano il rapporto fra diritto dell'Unione e singolo ordinamento, che il quadro sovranazionale non possa essere in nessun caso tralasciato nel momento in cui ci si interroga sulla possibilità di enucleare anche nell'ambito del nostro diritto civile un principio generale che faccia divieto al singolo di abusare del diritto.

E' opportuno premettere che il dibattito che aveva accompagnato la codificazione, a cui sopra si è fatto

cenno, proprio per le ragioni ideologiche sottese alle diverse posizioni, era destinato a riaccendersi in occasione dei lavori della Assemblea Costituente, nel corso dei quali non mancò la proposta di costituzionalizzare il divieto prevedendo che “nessuno può esercitare il proprio diritto per uno scopo diverso da quello per il quale gli è stato attribuito”²³. Sebbene la proposta non ebbe seguito, non vi è dubbio che la Carta Costituzionale, nel prevedere che l’iniziativa economica privata non può mai svolgersi in contrasto con l’utilità sociale, o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana, e che la proprietà privata può essere sacrificata, nei casi previsti dal legislatore ordinario, per motivi di interesse generale, assegna un ruolo ben diverso rispetto al passato alla solidarietà sociale, che cessa di essere un elemento esterno all’ordine giuridico e diviene, invece, uno strumento per limitare anche i diritti soggettivi assoluti.

E’, quindi, comprensibile perché, nel mutato contesto normativo, i fautori dell’abuso del diritto, valorizzando il dettato costituzionale, vedono nella possibilità di rilevare e censurare l’abuso stesso non uno strumento per minare

²³ L’emendamento venne proposto, nel corso della seduta del 28 marzo 1947, da Giuseppe Codacci Pisanelli il quale sottolineò che “ come nel campo del diritto pubblico ogni autorità deriva il suo potere in relazione ad un fine determinato... nello stesso modo, applicando questi principi nel diritto privato, si è visto come ogni facoltà, ogni interesse protetto in modo particolare attribuito ai singoli, venga attribuito e tutelato in vista di uno scopo determinato. Quando il diritto viene usato per uno scopo diverso da quello per cui è stato attribuito, evidentemente si commette un abuso dannoso alla società, che sarebbe opportuno fosse vietato in genere proprio nella costituzione”. Il testo dell’intervento è riportato da G. CAZZETTA, op. cit. p. 101.

la certezza del diritto, bensì il mezzo necessario per dare coerenza al sistema, ossia “un principio ponte che alimenta di valori costituzionali le regole codicistiche e, per converso, attinge dalle regole stesse la sua dimensione operativa”²⁴.

Non a caso, quindi, la sentenza della Corte di Cassazione n. 20106/2009²⁵, che ha riaperto in tempi recenti il dibattito sulla configurabilità dell’abuso come istituto di carattere generale, valorizza proprio il dettato costituzionale e lo pone a confronto con il quadro normativo preesistente, per sottolineare che, in un mutato contesto storico, culturale e giuridico, si impone una rimediazione del concetto di abuso, al quale deve essere riconosciuta una valenza di carattere generale, andando al di là delle singole ipotesi nelle quali è espressamente previsto dal codice. L’abuso diviene così uno strumento idoneo a tutelare le più svariate situazioni nella quali dall’esercizio distorto e scorretto di un diritto, consegue la lesione di un interesse altrui.

²⁴ F.D. BUSNELLI e E.NAVARRETTA *Abuso del diritto e responsabilità civile* in Digesto privato, 1997 p. 211.

²⁵ Cass. III 18 settembre 2009 n. 20106 in Guida al diritto, 2009, 40, p. 38 con nota di P. PIRRUCCIO *La clausola di recesso ad nutum dal contratto può configurare un’ipotesi di abuso del diritto. La buona fede e la correttezza nei rapporti diventano un vero e proprio dovere giuridico*; in Giur. It. 2010, 4, p. 809 con nota di F. SALERNO *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere “per principi”*; in Foro it. 2010, 1, 1, p. 85 con nota di A. PALMIERI R. PARDOLESI *Della serie “a volte ritornano”: l’abuso del diritto alla riscossa*.

Ad avviso della Corte “per abuso del diritto si deve intendere l’esercizio di un diritto- riconosciuto dalle legge o da un contratto- finalizzato *non al perseguimento di un fine ritenuto meritevole di tutela* quanto piuttosto alla *realizzazione di un obiettivo in contrasto con questa*”.

Dalla lettura della articolata motivazione, che dà conto anche della evoluzione giurisprudenziale e dei precedenti pronunciamenti del giudice di legittimità, si evince che la Corte ritiene integrato l’abuso del diritto allorquando ricorrano i seguenti presupposti:

- esistenza di un diritto soggettivo in capo alla parte;
- possibilità di differenti modalità di esercizio del diritto;
- *animus nocendi*, ossia l’intenzione di nuocere ad altri;
- danno ingiusto;

Il ragionamento svolto dalla Suprema Corte parte dalla constatazione che le scelte decisionali in materia economica spettino all’imprenditore e non possano essere oggetto di sindacato giurisdizionale. Prosegue, però, evidenziando come l’esercizio del potere contrattuale, fulcro e cuore dell’autonomia privata, debba rispettare alcuni canoni quali la buona fede oggettiva, la lealtà e la correttezza, il cui scopo è quello di porre un argine all’autonomia privata evitando così che la stessa si trasformi in arbitrio. L’irrilevanza per il diritto degli scopi

e dei motivi che sono a monte di un atto di autonomia negoziale non esclude, ma anzi prevede, un controllo del giudice affinché garantisca il rispetto dei canoni generali di lealtà, correttezza e buona fede.

In altri termini si definisce abusivo l'utilizzo distorto di un diritto ovvero sia quel comportamento che, travalicando i limiti e la ratio sottesa all'attribuzione di quel particolare potere, miri a conseguire un interesse diverso da quello tutelato dall'ordinamento.

È necessario, quindi, che il soggetto sia titolare del diritto del cui abuso si discute poiché, in caso contrario, si configurerebbe una semplice ipotesi di comportamento illecito (*contra legem* o *in fraudem legis*) per l'esercizio di un diritto non spettante all'agente²⁶ .

Il diritto, poi, deve essere suscettibile di differenti modalità di esercizio; tra di queste talune possono essere censurate in quanto idonee a generare una ingiustificata sproporzione fra il beneficio ottenuto dal titolare e il danno causato alla controparte, danno che, conseguentemente, potrà essere ritenuto ingiusto e meritevole di essere risarcito.

“L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). Una volta collocato

²⁶ L. P. COMIGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali* in Riv. dir. proc. 2008 pag 319 e seg.

nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.”²⁷.

La clausola generale della buona fede rappresenta, quindi, un principio idoneo a garantire l'obbligo per ciascuna parte di preservare e salvaguardare gli interessi altrui. Infatti quando l'art. 1175 c.c. impone al debitore ed al creditore di “*comportarsi secondo le regole della correttezza*” a null'altro mira se non ad assicurare che i contraenti si comportino in modo tale da evitare che dal loro comportamento possa discendere un ingiustificato aggravio della posizione della controparte. Invero se il legislatore non può chiedere al singolo di sacrificare il proprio interesse in favore di quello di altri, di certo può

²⁷ Cass. n. 20106/ 2009 cit. e negli stessi termini Cass. 31 maggio 2010 n. 13208 in Giur. It. 2011, 4, p. 794 con nota di P. RESCIGNO *Un nuovo caso di abuso del diritto*.

ragionevolmente attendersi che questi agisca in modo da non rendere la prestazione più disagiata o gravosa.

“In sostanza il generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è l'interfaccia, giocano un ruolo fondamentale e in funzione integrativa dell'obbligazione, assunta dal debitore, e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese. Il criterio della buona fede non rileva come strumento, per il giudice, di controllo, anche in senso modificativo o integrativo (e dunque manipolativo), dello statuto negoziale, in vista di un giusto equilibrio degli opposti interessi, ma piuttosto come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, limite idoneo a concorrere alla conformazione, in senso ampliativo o restrittivo, rispetto alla fisionomia apparente del patto negoziale, dei diritti, e degli obblighi da esso derivanti, affinché l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso l'inderogabile dovere di solidarietà presidiato dall'art. 2 Cost. repubblicana.”²⁸.

Accolta tale accezione del concetto di abuso è evidente che dello stesso si possano individuare ambiti applicativi ben più estesi rispetto alle situazioni codificate dal

²⁸ Cass. 15 ottobre 2012 n. 17642 in CED Cassazione.

legislatore del '42. L'abuso diviene, quindi, un criterio di valutazione delle condotte delle parti²⁹: nei rapporti bancari non può non considerarsi abusivo il recesso della banca dalla concessione di apertura di credito, anche qualora consentito in assenza di giusta causa, ogniqualvolta questo assuma caratteri impreveduti o arbitrari³⁰; il contratto di sale and lease back³¹ di certo avrà carattere abusivo quando il suo utilizzo è esclusivamente o principalmente volto ad eludere il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.³²; sussumibili nella categoria dell'abuso del diritto sono di certo nell'ambito lavoristico le condotte di mobbing nonché, come è stato rilevato da autorevole dottrina³³, anche comportamenti attuati dal lavoratore a discapito del datore di lavoro, quali l'utilizzo del congedo parentale per lo svolgimento di una diversa attività lavorativa³⁴ o

²⁹ G.FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto*, Milano, 2010 pag. 23 e seg.

³⁰ Cass. 21 febbraio 2003 n. 2642 in CED Cassazione.

³¹ Operazione finanziaria con la quale una parte (cessionario) cede la proprietà di un proprio bene (per lo più immobile) ad una finanziaria mantenendone però il godimento contro il pagamento di un canone (finanziamento) per un periodo determinato. Alla scadenza il concessionario può riacquistare la proprietà del bene attraverso il pagamento di un prezzo, prorogare il godimento o trasferire definitivamente la proprietà alla società.

³² Cass. 8 aprile 2009 n. 8481 in *Il Fisco*, 2009, 17, p. 2757 con nota di P. TURIS *La Suprema Corte dichiara la natura elusiva ed abusiva del sale and leaseback infragruppo*.

³³ AA.VV. a cura di A. VALLEBONA, *L'abuso dei diritti del lavoratore* in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 2010, 1.

³⁴ Detta condotta è definita abusiva nella recente sentenza della Corte di Cassazione 4 marzo 2014 n. 4984 in CED Cassazione. Evidenzia la Corte: "Ove l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollegi alla attuazione di un potere assoluto e imprescindibile, ma presupponga un'autonomia comunque collegata alla cura di interessi, soprattutto ove si tratti - come nella specie - di interessi familiari tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto privato e nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico di previdenza, il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento."

l'ingiustificato ritardo dell'azione giudiziale se finalizzato a rendere più onerosa la condanna del datore di lavoro.

Analizzando come l'abuso del diritto si inserisca nel panorama legislativo e giurisprudenziale italiano, non si può, per dovere di completezza, non fare cenno alle problematiche che si sono poste nell'ambito del contenzioso tributario. Per quanto i rapporti fra le due branche del diritto, civile e tributario, siano tendenzialmente biunivoci, sotto numerosi aspetti, lo studio dell'abuso e di come questo rilevi all'interno del settore tributario, consente un utile confronto e garantisce una più completa trattazione del tema.

Fino a pochi anni fa il principio dell'abuso del diritto, nelle forme e nei modi in cui si estrinseca nell'ambito civilistico, sembrava alla dottrina ed alla giurisprudenza non utilizzabile nei rapporti tributari e, pertanto, destinato a rimanere rinchiuso negli stretti ed invalicabili confini dell'art. 37 bis d.p.r. 29 settembre 1973 n. 600³⁵.

La norma, intitolata "disposizioni antielusive" ed applicabile al solo accertamento delle imposte sui redditi, al primo comma prevede che *"Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti"*

³⁵ FABIO ADDIS, *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario* in *Diritto e pratica tributaria* n. 5/2012 pag 871 e seg.

dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.”.

La disposizione ha un chiaro carattere definitorio ed individua l'elusione nel vantaggio fiscale (riduzione di imposta o rimborso) conseguito per effetto di un aggiramento di un obbligo o divieto, senza che sussistano valide ragioni economiche³⁶. Si tratta, cioè, di un comportamento che, formalmente legittimo, viene messo in atto al solo scopo di aggirare le norme imperative ed al fine di ottenere un risparmio d'imposta, in realtà non spettante. Già la definizione data consente, quindi, di affermare che fra la nozione di abuso del diritto, come delineata dalle recenti pronunce della Corte di legittimità, ed il concetto di elusione fiscale, vi sia senz'altro un nucleo comune, tale da indurre a ritenere che il comportamento elusivo possa essere sussunto all'interno del più vasto genus dell'abuso.

Va, però, detto che il d.p.r. n. 600/1973 ha un limitato ambito applicativo³⁷, sicché è stato compito della giurisprudenza individuare i principi sulla base dei quali rispondere alla crescente necessità di fronteggiare i comportamenti elusivi in altri settori del diritto tributario. Si tratta, evidentemente, di una esigenza che nell'ambito dell'Unione accomuna gli ordinamenti nazionali, sicché,

³⁶ FRANCESCO TESAURO, *Elusione ed abuso nel diritto tributario italiano* in *Diritto e pratica tributaria* n. 4/2012 pag. 683 e segg.

³⁷È noto come la norma antielusiva, contenuta nel d.p.r. si applichi esclusivamente in materia di imposte sui redditi e limitatamente ai casi indicati nel comma 3 dell'art. 37 bis.

non a caso, sul tema dell'elusione un ruolo decisivo hanno svolto le pronunce della Corte di Giustizia. Con la sentenza Halifax del 21 febbraio 2006³⁸ il giudice comunitario, dopo aver premesso che: *“a un soggetto passivo che ha la scelta tra due operazioni la VI Direttiva non impone di scegliere quella che implica un maggior pagamento Iva”* al punto 86 affermò che: *“Perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della VI Direttiva e dalla legislazione nazionale che la traspone, portare ad un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale”*.

L'utilizzo, nell'ultimo capoverso, dell'avverbio *essenzialmente*, pose a livello giurisprudenziale, non pochi problemi, per cui, a pochi mesi dalla suindicata pronuncia, la sezione tributaria della Cassazione formulò rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia³⁹ affinché chiarisse quale dovesse essere l'esatta interpretazione del

³⁸ Corte di Giustizia 21.02.2006, C-255/02, Halifax, in Raccolta 2006, I, 1609. La pronuncia verte sui limiti alla detrazione IVA, nell'ipotesi in cui quest'ultima venga realizzata attraverso un'artificiosa scomposizione delle operazioni. Per una trattazione approfondita del tema si rimanda a P. PISTONE, *Elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia europea in tema di IVA* in Riv.dir.trib., 2007, IV, pag.3.

³⁹ Corte di Cassazione ordinanza 4.10.2006 n. 21371 in Giust. Civ. 2008, 3, 1, pag. 729.

termine. Con la sentenza Part Service del 21 febbraio 2008⁴⁰ il giudice comunitario ha chiarito che il comportamento abusivo, in tanto può essere ritenuto tale, in quanto emergano dati oggettivi idonei a dimostrare “che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l’ottenimento di un vantaggio fiscale”. Ha aggiunto che la Corte, nella precedente decisione, nel sottolineare che nel procedimento principale era emersa l’unicità del fine, non aveva inteso trasformare detta circostanza in una condizione per l’esistenza della pratica abusiva, ma aveva semplicemente voluto sottolineare che “nella controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio, la soglia minima che consente di qualificare una pratica come abusiva era addirittura superata.”.

Sulla scorta delle indicazioni date dal giudice comunitario, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le sentenze gemelle del 23 dicembre 2008⁴¹, hanno affermato che il divieto di abusare del diritto si traduce nella materia tributaria, in un principio generale antielusivo, che “preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l’uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un’agevolazione o un risparmio d’imposta, in difetto di

⁴⁰ Corte di Giustizia UE 21 febbraio 2008, Causa C-425/05, Part Service, in Raccolta 2008, I, 897.

⁴¹ Cass. Sezioni Unite Civili 23.12.2008 n. 30055 e 30057 in Ced Cassazione www.italgiure.it. La sentenza n. 30055/2008 è pubblicata in Rassegna Tributaria, 2009, 2, pag. 476.

ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici”.

E', però, significativo osservare che la Corte non ha rinvenuto il fondamento positivo del principio nel diritto comunitario, bensì ha enucleato la clausola generale antielusiva valorizzando i principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività. I giudici di legittimità, poi, anticipando le obiezioni della dottrina, hanno evidenziato anche che l'*immanenza* del principio di divieto di abuso del diritto non si pone in contrasto con l'art. 23 della Carta Costituzionale⁴², poiché lo stesso non si traduce nell'imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, ma comporta esclusivamente il disconoscimento degli effetti di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali.

In tal modo, quindi, la clausola generale antielusiva è stata resa applicabile, non solo nei casi in cui sussistano norme espresse (37 bis) o nel recepimento del diritto comunitario nelle materie dei *cd tributi armonizzati*⁴³ ma anche (e soprattutto) al settore delle imposte dirette⁴⁴.

⁴² L'art. 23, nel prevedere che “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”, sancisce la riserva di legge in materia tributaria.

⁴³ Per la critica al suddetto principio si vedano: F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario* libro I, parte generale pag 257 e seg e F. TESAURO *Elusione e Abuso nel diritto tributario italiano* in *Diritto e pratica tributaria* 2012, 4, pag 694 e segg.

⁴⁴ Si definiscono imposte dirette quelle che colpiscono il reddito o il patrimonio ovvero una manifestazione diretta di capacità contributiva. Il riferimento alle

Detto orientamento è stato poi ribadito da numerose pronunce⁴⁵, nelle quali si è anche evidenziato che il disegno elusivo implica “manipolazione ed alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale”⁴⁶.

Ad avviso di chi scrive, l’espressione manipolazione del diritto, ancor più dei suoi sinonimi “uso distorto, improprio, ingiustificato o deviante”, consente di cogliere immediatamente l’essenza dell’abuso, poiché, anche nel linguaggio comune, la manipolazione implica una attività di “rielaborazione tendenziosa della verità mediante presentazione alterata o parziale dei dati e delle notizie, al fine di manovrare secondo i propri fini e interessi gli orientamenti politici, morali, ecc. della popolazione o di una parte di essa”⁴⁷.

Il termine “manipolazione” richiama, quindi, l’attenzione da un lato sull’*animus volendi* dell’agente, dall’altro sulla capacità di quest’ultimo di trasformare uno strumento pienamente legittimo e valido, quali sono il diritto o il potere, in un mezzo per ottenere un vantaggio ingiusto, alterandone la ratio e, quindi, finalizzandolo alla

imposte dirette, in relazione al tema oggetto del lavoro, è posto in essere per distinguere i tributi armonizzati da quelli non armonizzati, ai quali, in quanto di competenza del legislatore interno, non si applica il diritto comunitario.

⁴⁵ Si vedano Cass. sez. trib. 26.2.2010 n. 4737 in Corriere Tributario 2010, 17, pag. 1347; Cass. 19.5.2010 n. 12249 in Il Fisco 2010, 25, pg. 3974; Cass. 22.9.2010 n. 20029 in Giustizia Civile 2011, I, 1793; Cass. 20.10.2011 n. 21782 in Riv. Dir. Trib. 2012,6,2, pag. 347.

⁴⁶ Cass. Sez. Trib. 19.2.2014 n. 3938 in Ced Cassazione, www.italgiure.it.

⁴⁷ Treccani Dizionario della lingua italiana, voce *Manipolazione*.

realizzazione di un interesse diverso da quello che il legislatore ha inteso tutelare.

Si comprende, allora, perché nel campo tributario la elusione sia stata esclusa nei casi in cui le operazioni legittime trovino giustificazione, non nel solo intento di realizzare un vantaggio fiscale, bensì nella “compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non necessariamente si identificano in una redditività immediata, potendo consistere in esigenze di natura organizzativa ed in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda”⁴⁸. In tal caso, infatti, vengono in rilievo anche altre libertà fondamentali, affermate e garantite dalla Carta Costituzionale e dal diritto comunitario, quali sono, ad esempio, la libertà di iniziativa economica ed il diritto di stabilimento, che impongono di ricercare una “giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche”⁴⁹.

In via conclusiva si può affermare che nell'ambito dei rapporti interprivati la valorizzazione del concetto di abuso è stata utilizzata dalla giurisprudenza per operare un bilanciamento di interessi, a fronte di diritti in conflitto fra loro, muovendo dal presupposto che la costituzionalizzazione dei limiti posti al potere di autonomia privata e dei doveri di solidarietà sociale,

⁴⁸ Cass. sez. trib. 26.2.2014 in Rass. Tributaria 2014, 3, pag. 633 che riprende principi già affermati da Cass. sez. trib. 21.1.2011 n. 1372 cit.

⁴⁹ In motivazione Cass. n. 1372/2011 cit.

imponga il necessario adattamento di una codificazione nata in un ben diverso contesto politico, ideologico e sociale.

Analogamente nel campo tributario l'accento posto sulla "essenzialità" del fine elusivo, risponde alla esigenza di operare un giusto temperamento fra interessi che, pur se confliggenti fra loro, hanno entrambi copertura costituzionale.

In questo contesto si iscrive, quindi, la problematica oggetto del nostro lavoro, nella quale egualmente viene in rilievo l'esigenza di rendere compatibile il diritto di azione del singolo con la necessità che lo stesso non si risolva nella ingiustificata mortificazione della sfera giuridica di chi l'azione subisce e non comporti danno alla efficienza complessiva del sistema, divenendo ostacolo per la attuazione del diritto di tutti alla realizzazione della tutela giudiziale in tempi ragionevoli.

Capitolo II

L'abuso del processo nella elaborazione dottrina.

2.1 Le tesi che negano la categoria dell'abuso. 2.2 L'abuso del processo nel diritto romano. 2.3 L'abuso del processo nel codice del 1940 - la condotta abusiva. 2.4 (segue) Caratteri strutturali dell'abuso. 2.5 L'abuso fuori dal processo civile. 2.6 L'abuso di soggetti diversi della parte. 2.6.1 L'Avvocato. 2.6.2 L'abuso del giudice. 2.7 Conclusioni

2.1 Le tesi che negano l'abuso

A differenza di quanto accaduto con l'abuso del diritto, sulla cui configurabilità dottrina e giurisprudenza si sono da sempre interrogate, l'idea che vi possa essere abuso del processo, benché non del tutto assente, è affiorata “di rado e con fatica nella giurisprudenza e nella dottrina processualcivilistica”⁵⁰.

Per lungo tempo, infatti, da un lato si è negata la possibilità di ipotizzare un abuso rispetto ad un mezzo di realizzazione dei diritti, dall'altro, anche coloro che ammettevano la astratta configurabilità dello stesso, si limitavano a ravvisarlo nelle sole ipotesi, che potremmo definire istituzionalizzate o codificate, quali la violazione dei criteri di lealtà e probità ex art 88 c.p.c. o la

⁵⁰ M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di << ABUSO DEL PROCESSO >>*, in *Diritto privato III*, Padova 1997 AAVV pag 435 e seg.

responsabilità per le spese ed i danni processuali, prevista dagli artt. 92 e seg. c.p.c.⁵¹.

Sicché, premesso quanto esaminato, nel precedente capitolo, in ordine alla configurabilità, in linea generale, dell'abuso del diritto, appare opportuno prendere le mosse proprio dalle tesi che in campo processuale negano la categoria.

Parte della dottrina, benché minoritaria, esclude infatti che ci possa essere spazio nel nostro ordinamento per una nozione di abuso del processo e che possano essere sanzionate le condotte ritenute da altri abusive.

Le teorie cosiddette “negazioniste” sottolineano che alla concessione di un potere in favore della parte, non può che conseguire il suo indiscriminato utilizzo, senza che possa essere minimamente sindacato l'animus dell'agente e senza che debbano essere valutate le conseguenze che dall'esercizio di quel potere discendono.

Il processo è paragonato ad un giuoco e le parti agli sfidanti dello stesso, per cui il processo, come il giuoco è limitato esclusivamente dalle sue regole⁵², e solo quelle regole individuano ciò che è permesso da ciò che non lo è. Se, pertanto, in un giuoco, si pensi ad esempio agli scacchi, una particolare mossa posta in essere dallo

⁵¹ Alla trattazione di questi temi specifici è dedicato il terzo capitolo.

⁵² In tal senso SCARSELLI, *Sul cosiddetto abuso del processo* in Riv.dir.proc, 2012 pag. 1450; l'autore riprende il famoso scritto di Calamandrei, *Il processo come giuoco* in Riv. dir. proc. 1950, il quale, però, lungi dal negare l'abuso, ne riconosce la configurabilità, sostenendo la necessità che il processo serva alla giustizia .

sfidante non è permessa⁵³, si potrà dire che la stessa non è valida, con le relative conseguenze, ma non si potrà di certo sostenere che il giocatore abbia abusato del giuoco; similmente non si configurerebbe l'abuso neppure qualora il soggetto violasse sistematicamente tutte le regole, poiché in tal caso si potrebbe solamente pensare che questi stia "giocando a giuoco diverso". Fuor di metafora quindi, un'azione o è permessa, ed è pertanto utilizzabile dal soggetto per il raggiungimento dei suoi obiettivi, o è vietata e, quindi, illegittima, *tertium non datur*.

In sintesi gli autori che negano la configurabilità dell'abuso escludono che possano essere sindacate dal giudice condotte formalmente lecite, solo perché finalizzate, nell'intenzione dell'agente, a provocare un vulnus alla controparte. Nell'analizzare, poi, le singole ipotesi di abuso ravvisabili nel comportamento in male fede della parte ovvero sia le condotte menzognere, reticenti, dilatorie, superflue o a qualunque titolo contrarie a quegli "inderogabili doveri di solidarietà" sanciti dall'art 2 Cost., evidenziano, da un lato, che le suddette condotte sono attribuibili al difensore e non alla parte; dall'altro, che per sanzionare i suddetti comportamenti è necessario ammettere l'esistenza di un

⁵³ M.TARUFFO nel suo scritto *L'abuso del processo profili generali*, nel "cedere alla tentazione" di negare l'abuso utilizza questo esempio riprendendolo sempre dallo scritto del Calamandrei cit.

di un dovere di verità⁵⁴ e di un dovere di completezza⁵⁵. Solo nel caso in cui vi fosse un dovere di completezza la parte sarebbe obbligata a riferire, senza nessuna omissione, quanto è a sua conoscenza, anche se la circostanza è a lui sfavorevole. Tale obbligo, sostengono⁵⁶, non è imposto dal diritto positivo né potrà mai essere sancito, in quanto lo stesso contrasterebbe con lo stesso concetto di parte, che si contrappone alla completezza dell'intero⁵⁷. Analoghe considerazioni valgono, poi, per il dovere di verità⁵⁸, a cui la parte è ex lege chiamata solo nei provvedimenti inaudita altera parte, in quanto la verità che interessa nel processo, non è la verità storica, bensì quella che scaturisce dal contraddittorio⁵⁹.

⁵⁴ Per dovere di verità s'intende l'obbligo delle parti di non asserire coscientemente il falso in giudizio sia in relazione alle proprie allegazioni sia per quanto attiene alle posizioni dell'avversario.

⁵⁵ Il dovere di completezza deve necessariamente accompagnarsi a quello di verità. Un comportamento reticente o omissivo è infatti in grado di arrecare al processo il medesimo danno arrecabile da dichiarazioni false.

⁵⁶ Per una trattazione approfondita del tema si rimanda a G.SCARSELLI, op. cit pag 1463

⁵⁷ La parte infatti vanta, nel processo, un interesse ed ha, come obiettivo, quello di non vederlo realizzato. Il particolare utile che egli trae dalla causa ESCLUDE la sua imparzialità e con essa l'obbligo di riferire fatti "contra se".

⁵⁸ L'inserimento di un dovere di verità nel processo fu oggetto di numerosi progetti di riforma del codice: il progetto Chiovenda, il progetto Carnelutti, il progetto Solmi.

⁵⁹ Si può, però, obiettare che non è possibile sostenere la totale estraneità della verità storica al processo, in quanto questa è necessaria per la realizzazione di quel "processo giusto" che, a seguito della riforma dell'art. 111, ha assunto rilevanza costituzionale. Pertanto, per quanto la legge processuale vigente imponga alle parti soltanto un dovere di lealtà ex art 88 c.p.c., non si può del tutto escludere che, in particolari ipotesi, si realizzi la coincidenza fra questo e l'obbligo di veridicità, ricavabile in concreto, non solo dall'art 88 c.p.c., ma anche e soprattutto da una interpretazione sistematica dell'intero corpo del codice di rito. In tal senso : G.CALOGERO, *Probità, lealtà e veridicità nel processo civile* in R.v.dir.proc., 1931 pag. 147 3 seg; M.GRADI, *Sincerità dei litiganti e etica della narrazione nel processo civile* in Lo Sguardo, Riv.di filosofia, 2012 n. 8 pag. 95 e seg.

2.2 L'abuso del processo nel diritto romano.

Ci pare, però, che simili posizioni dottrinarie non siano condivisibili e ciò non solo perché oggi l'abuso del processo costituisce il fondamento teorico di plurimi interventi normativi, ma anche perché il tema, sebbene con una diversa incidenza rispetto a quello più generale dell'abuso del diritto, è sempre affiorato sin dalla nascita del nostro ordinamento, tanto che già nel diritto romano l'abuso del ricorso al mezzo processuale⁶⁰ era stato preso in considerazione e disciplinato.

Nelle fonti classiche, infatti, riecheggia la nozione di “*temeritas*”⁶¹, intesa come attività temeraria esercitata dalle parti nel processo ed idonea ad arrecare danno, non solo alla controparte, ma anche e soprattutto all'ordinamento giudiziale.

Già al tempo delle istituzioni gaiane si avvertiva la necessità di frenare l'utilizzo abusivo degli strumenti processuali e di evitare il proliferare di controversie fittizie od inesistenti, mediante la previsione di specifiche sanzioni. Si legge, infatti, nel 4 libro delle Istituzioni, ai punti 171-182 : “*nunc admonendi sumus, ne facile nomine ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecunia poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae*

⁶⁰ C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002 pag 1 e seg.

⁶¹ Secondo la ricostruzione tradizionale, proposta da A.ERNOUT, A.MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, histoire des mots*, Paris 1994 la radice del sostantivo *temeritas* va rinvenuta in *temus -eris* = oscurità.

*coerceri; eaque praetor quoque tuetur [...]*⁶². Il brano si presenta fortemente frammentato, lacunoso in molte sue parti, ma la sua ricostruzione integrale è stata possibile grazie alla maggior completezza delle fonti giustinianee, fortemente ispirate dal lavoro del giureconsulto.

Il particolare locus prescelto da Gaio per la trattazione del tema⁶³, ha portato la dottrina maggioritaria⁶⁴ a ritenere che Gaio avesse in realtà terminato, con la materia degli interdetti,⁶⁵ l'esposizione di tutte le questioni relative al processo, ed avesse, quindi, concepito l'ultimo passaggio quasi come una sorta di "appendice"⁶⁶, comune ai temi processuali trattati.

Il contenuto del passo risulta, ad ogni modo, complessivamente chiaro: Gaio evidenzia come per ottenere una diminuzione del ricorso alla tutela giurisdizionale, sia necessario reprimere l'utilizzo temerario del processo. Individua, quindi, nella pena pecuniaria, nella iurisiurandi religio e nell'infamia i rimedi volti ad evitare che l'attore o il convenuto

⁶² :“ *dobbiamo ora sottolineare il fatto che, per evitare facile ricorsi alle liti giudiziarie, la temerarietà degli attori e dei convenuti viene sanzionata a volte con il ricorso ad una pena pecuniaria, a volte tramite la religione del giuramento (iurisiurandum) e a volte attraverso il timore dell'infamia, e che il tutto viene garantito a opera del pretore [...]*”La traduzione del testo gaiano è a opera di M.BALZARINI, *Le istituzioni gaiane traduzione italiana*, Torino, 2001.

⁶³ Si tratta della parte finale dell'ultimo libro successivamente alla trattazione della disciplina degli interdetti.

⁶⁴ C.BUZZACCHI, op. cit e D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta delle parti nel processo romano in Teoria e Storia del Dir. Priv.* V 2012.

⁶⁵ Significativa è l'introduzione del tema: “*superest ut de interdictis dispiciamus*” “non ci resta ora che trattare la materia degli interdetti”.

⁶⁶ A.M.GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris* in Collana della Rivista di Diritto Romano, Atti del convegno “Processo civile e processo penale nella esperienza giuridica del mondo antico” 2001 pag 131 e seg.

utilizzino, attraverso la proposizione di domande infondate o di difese inesistenti, l'istituto processuale con fini abusivi e vessatori. Le sanzioni, che, secondo Gaio, dovrebbero fungere da deterrente all'abuso dello strumento processuale, si collocano su due piani differenti: quello interamente giuridico, rappresentato dalla pena pecuniaria; quello più etico - morale del giuramento o dell'infamia⁶⁷.

Si noti, inoltre, come il giureconsulto non tenti affatto di individuare una nozione generale di *temeritas*, ma si preoccupi esclusivamente di prevedere le conseguenze della condotta illecita.

L'assenza di qualunque schematizzazione o tentativo di inquadramento della fattispecie deve comunque essere salutata con favore in quanto, lungi dal rendere il concetto di abuso astratto o evanescente, conferisce allo stesso un contenuto fortemente pragmatico, idoneo a modellarsi a tutte quelle situazione nelle quali è concretamente ravvisabile un uso distorto dei mezzi di tutela dei diritti.

Il giureconsulto si sofferma, poi, sugli strumenti concessi all'attore o al convenuto per reagire alla

⁶⁷ Il giuramento nel processo consisteva nell'affermare di aver detto la verità e di essere nel giusto. Qualora il giuramento si fosse rivelato falso o menzognero si sarebbe attirata la vendetta degli dei. E' il caso di ricordare che, secondo il comune sentire dell'epoca, gli antichi dei non erano affatto magnanimi: capricciosi, cattivi, vendicativi, ma dotati di forza e poteri al di là di ogni immaginazione, erano in grado di incutere timore in ogni cittadino probus. Non va dimenticato, poi, che nel mondo romano la sfera religiosa si intrecciava in modo quasi inscindibile con quella giuridica. Per una trattazione più dettagliata si rimanda a BUZZACCHI, op. cit. cap V.

condotta temeraria della controparte. Dopo avere concluso la trattazione relativa alla litiscrescenza⁶⁸, principale mezzo di reazione alla condotta abusiva del convenuto, viene esaminata la posizione dell'attore (4.174)⁶⁹ e vengono analizzati gli strumenti di repressione delle domande prive di fondamento: *iudicium calumniae*, *iudicium contrarium*, *giuramento*⁷⁰. Al convenuto è qui lasciata un'ampia libertà di scelta fra più strumenti, tra i quali quello che desta maggiore interesse è di certo il *iurisiurandum non calumniae causa agere*⁷¹ ovvero “ il giuramento di non agire con la consapevolezza di avere torto, di non avere intrapreso il processo con eccessiva facilità o per mero spirito di litigiosità”⁷².

Il giuramento, infatti, si è poi affermato nel tempo, divenendo, nell'epoca imperiale, il principale mezzo di prevenzione dell'abuso⁷³.

Va, però, evidenziato che nonostante le analogie, richiamate dal nome e sottolineate da Giustiniano stesso, i due istituti non sono sovrapponibili fra loro. Si legge,

⁶⁸ Si definisce litiscrescenza quel particolare fenomeno giuridico caratterizzato dal moltiplicarsi degli adempimenti procedurali o formali nel processo. Specificatamente nel diritto romano si ricollega all'obbligo del garante di pagare, se la dimostrazione dell'assenza del credito non riusciva, non solo la somma in contestazione dovuta dal debitore-garantito, ma anche un ulteriore importo, pari a quello del credito in contestazione, che, quindi, si risolveva in una sanzione.

⁶⁹ A.M.GIOMARO, op. cit. pag 131 e seg.

⁷⁰ Per l'analisi dettagliata delle sanzioni si rinvia a C.BUZZACCHI op. cit.

⁷¹ L'Istituto speculare concesso all'attore è invece il *iurisiurandum non calumniae causa infitias ire*.

⁷² A.M.GIOMARO, op. cit.

⁷³ E ciò, secondo quanto si legge nell'opera giustiniana, a causa della desuetudine dell'actio calumniae. C.BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano* Milano, 2005, pag 156,.

infatti, nelle Istituzioni imperiali: “*nunc admonendi sumus magnam cura egisse eos, qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum, cum quibus ageretur, modo pecuniaria poena, modo iurisiurandi religione, modo metu infamiae coercetur*”⁷⁴.

In epoca imperiale il “giuramento” assume, infatti, carattere obbligatorio in quanto le parti debbono necessariamente prestarlo qualora vogliano proseguire la lite. L’attore è, così, chiamato a giurare non solo che “*non calumniandi animum litem movisse*”⁷⁵ ma anche che la richiesta sia sorretta da una “*bonam causam*”; il convenuto, di converso, giura sulla bontà delle proprie ragioni e sulla fondatezza della propria difesa. Giuramento analogo era poi richiesto anche agli avvocati, chiamati ad assicurare lo svolgimento leale e probato della propria attività per assicurare il trionfo della giustizia e della verità.

Sulle sanzioni, irrogabili nei confronti di chi, dopo aver giurato, fosse dichiarato soccombente, non vi sono fonti, sicché la dottrina⁷⁶ è propensa a ritenere che non fossero previste e che l’istituto in discussione rilevasse ai soli fini

⁷⁴ “Dobbiamo a questo punto avvertire che coloro che sono preoccupati del diritto hanno avuto gran cura che gli uomini non potessero facilmente imboccare la strada delle liti; cosa che sta a cuore anche a noi. Lo si può ottenere soprattutto reprimendo la temerità tanto degli attori quanto dei convenuti ora col vincolo del giuramento ora col timore dell’infamia” la traduzione è di E.NARDI, *Istituzioni di diritto romano* Milano, 1986 pag 197.

⁷⁵ Che non è mosso da nessun intento diffamatorio .

⁷⁶ C.BUZZACCHI, *L’abuso del processo nel diritto romano*, op.cit. pag 159 e seg.

del regolamento delle spese, “*ut improbus litigator etiam damnum et impensas litis adversario suo cogatur*”⁷⁷.

E’ stato, quindi, sottolineato che, benché l’intento fosse quello di porre un freno alla litigiosità delle parti ed alla spregiudicatezza degli avvocati, gli strumenti utilizzati di fatto si rivelavano ben poca cosa, e si finiva, sostanzialmente, per confidare sul rispetto del potere divino nonché di quello imperiale⁷⁸.

La breve trattazione dell’abuso del processo nel diritto romano, non può prescindere da un cenno alla *exceptio doli generalis*, forse unica forma di repressione dell’abuso di matrice romana che, secondo alcuni autori, sarebbe pervenuta fino ai giorni nostri⁷⁹. In realtà l’istituto non è presente, *expressis verbis*, nella nostra legislazione ma sia la dottrina⁸⁰ che la giurisprudenza sono solite ricondurre ad esso il principio di buona fede processuale. Si distinguevano nel diritto romano *l’exceptio doli generalis seu praesentis* dall’*exceptio doli specialis seu preteriti*; la prima era volta a reprimere il dolo commesso nel momento in cui veniva intentata l’azione; la seconda riguardava, invece, la condotta tenuta al tempo della conclusione dell’atto e si risolveva, sostanzialmente, nella

⁷⁷ Affinchè il litigante improbo sia costretto a pagare anche le spese di lite e il danno a favore del suo avversario.

⁷⁸ C. BUZZACCHI, *op. cit.* pag. 161.

⁷⁹ La questione verrà trattata in modo più analitico nel prosieguo del lavoro, in quanto strettamente connessa al tema della frazionabilità del credito e del potere del giudice di respingere la domanda successivamente proposta.

⁸⁰ C. MARSEGLIA, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis* in Nuova Giu. Civ. Com. 2008, 560 e seg.

dimostrazione di un vizio della volontà. E' evidente che la prima delle due forme presenta una stretta attinenza con il tema dell'abuso processuale, poiché attraverso l'*exceptio doli*, nel processo formulare, il convenuto poteva paralizzare l'azione nei casi in cui l'esercizio del diritto, tenuto conto delle intese intercorse fra le parti, finiva per risolversi in una evidente iniquità⁸¹. L'eccezione poteva essere sollevata, ad esempio, contro colui che facesse valere un credito malgrado un informale *pactum de non petendo*, o rivendicasse una cosa, anteriormente alienata, non rispettando le forme dello *ius civile*⁸². L'inserimento della formula "*si in ea re nihil dolo malo Aulii Agerii factum sit neque fiat*" consentiva al pretore di correggere le rigidità dello *ius civile* in nome della *bona fides* e dell'*aequitas*.

Con il superamento del processo formulare, in epoca giustiniana, l'*exceptio doli* si trasformò in uno strumento di carattere processuale a difesa del convenuto, avente valenza generale⁸³, e, poi, sopravvisse nella tradizione dottrinale e giurisprudenziale del diritto romano comune come rimedio offerto al convenuto contro l'esercizio malizioso e contrario a buona fede di una posizione giuridica formale⁸⁴.

⁸¹ V.ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed., Napoli 1978, pag. 104.

⁸² Sono gli esempi citati da F.RANIERI *Eccezione di dolo generale* Digesto IV, vol. VII.

⁸³ La qualifica "generalis" si affermò in epoca giustiniana quando tutte le *exceptiones* dell'epoca classica vennero ricondotte alla *exceptio "dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest petit"* (D. 44.4.2.5).

⁸⁴ F.RANIERI op. cit.

2.3 L'abuso del processo nel codice del 1940 - La condotta abusiva

I brevi cenni fatti all'ordinamento giuridico romano mostrano, quindi, come già all'epoca fosse stata avvertita l'esigenza di evitare un uso distorto del processo e ciò non solo a tutela dell'interesse del singolo, ma anche a fini di pubblica utilitas, di cui il processo era ritenuto strumento⁸⁵.

Abbandonato progressivamente, fino quasi a scomparire all'interno dell'abuso del diritto, il tema dell'abuso del processo sta, negli ultimi anni, riacquistando una sua autonomia che, lungi dal negare il forte ed inscindibile legame con il suo omologo sostanziale, ha come finalità quella di delinearne concretamente l'ambito, facilitarne l'applicazione da parte delle Corti ed infine fungere da deterrente per tutti i soggetti che, coinvolti nel processo, possono facilmente abusarne.

La necessità di reprimere il fenomeno dell'abuso processuale fu avvertita dal legislatore del 1940⁸⁶ il quale tentò un approccio moralizzante al processo attraverso il richiamo ai doveri di lealtà e proibità⁸⁷, che avrebbero dovuto guidare ogni condotta processuale. Il monito,

⁸⁵ C. BUZZACCHI, op. cit. pag. 161.

⁸⁶ G. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali* in Riv. dir. proc. 2008 pag. 319 e seg.

⁸⁷ La Relazione del Guardasigilli Grandi al codice al § 17 (Contro la malafede processuale), indica la «moralizzazione» del processo come «uno dei principi ispiratori del nuovo Codice», richiamando proprio l'art. 88, nella cui formulazione vede «un richiamo ammonitore» per parti e avvocati «rivolto alla loro coscienza».

però, fu accolto tiepidamente, tanto che alcuni commentatori giunsero anche ad affermare che la norma non conteneva un precetto giuridico, bensì solo una direttiva di carattere morale⁸⁸.

La particolare realtà storica che sta attualmente vivendo l'ordinamento giudiziale, caratterizzata da rallentamenti e ritardi, nonché un sempre maggior interesse per una lettura "costituzionalmente orientata" delle norme codicistiche, ha favorito lo sviluppo del tema, dando nuovo slancio al dibattito, anche sulla scia di pronunce giurisprudenziali fortemente innovative.

Sebbene, infatti, non si rinvenga sempre, nella terminologia usata dalle Corti, l'espressione "abuso del processo", tuttavia è palese come la questione si ponga quale *ratio* ispiratrice della soluzione data al caso concreto ed accomuni situazioni fra loro anche molto diverse.

E' quindi necessario, prima di soffermarsi sulle singole ipotesi, esaminare la problematica in termini generali, partendo dalla stessa definizione di abuso del processo che, come si è già detto, è intrinsecamente connesso all'abuso del diritto, del quale rappresenta l'applicazione nella realtà processuale⁸⁹.

⁸⁸ E. Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, p. 188, che parla di «criterio generico (piuttosto che generale) vagamente moraleggiante».

⁸⁹ M.TARUFFO in *Elementi per una definizione sistematica di "abuso del processo"*, AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, pag 447 configura l'abuso ogni qual volta vi sia una : "distorsione nell'impiego di uno strumento processuale che viene destinato al conseguimento di scopi diversi da quelli che gli sono propri".

Si suole definire l'abuso del processo come utilizzo scorretto e distorsivo degli strumenti processuali, finalizzato al conseguimento di scopi diversi ed ulteriori rispetto a quelli che gli sono propri, ovvero come sviamento dell'interesse riconosciuto dall'ordinamento⁹⁰, attraverso la manipolazione degli strumenti che il legislatore concede ai cittadini per soddisfare i propri fini. Orbene già la definizione consente di affermare che l'abuso, ove realizzato, si pone, da un lato, come direttamente lesivo degli interessi della controparte processuale, dall'altro come capace di nuocere indirettamente al sistema giustizia. Lo stesso, pertanto, viene definito da parte della dottrina come *illicito plurioffensivo*⁹¹.

Altri autori⁹² ritengono che l'abuso del processo debba essere esaminato sotto una duplice prospettiva: privatistica e pubblicistica. Mentre la prima porta a concentrare l'attenzione sul dolo processuale e sulle conseguenze negative che si ripercuotono sulla controparte a seguito del comportamento dell'agente; la seconda induce ad attribuire maggiore rilevanza agli effetti negativi che si producono sull'ordinamento, in quanto la condotta risulta essere antitetica rispetto ai

⁹⁰ Vedi M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano 2012 pag 27 e seg.

⁹¹ In tal senso DONDI-GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso nel processo civile nella prospettiva de iure condendo* in Riv. trim. dir. e proc. civ. 2007, pag 193 e seg e TARUFFO op. cit.

⁹² G.ROMUALDI, *Dall' Abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Giappichelli editore, torino 2013 pag 14 e seg.

principi del giusto processo e della ragionevole durata dello stesso⁹³.

La prima definizione sembra a chi scrive più chiara ed esaustiva o comunque maggiormente idonea ad evidenziare come l'abuso nuoccia congiuntamente sia alla controparte sia all'ordinamento nel suo complesso. Tuttavia qualche perplessità suscita la riconduzione dell'abuso alla figura dell'illecito⁹⁴.

Se infatti si sussume la condotta abusiva all'interno di quegli atti che costituiscono trasgressione di una regola o di un divieto, si finisce per rendere del tutto priva di utilità la figura dell'abuso, frustrandone la essenza primaria. L'abuso, infatti, ha come presupposto il compimento di un atto lecito, o comunque formalmente tale, che appare, prima facie, conforme alle regole o ai poteri attribuiti dall'ordinamento e che solo in seconda battuta si rivela antiggiuridico, in quanto l'interesse sotteso al compimento dell'atto trascende integralmente o parzialmente dai fini per i quali quell'atto è stato previsto e regolato dal legislatore. Ne discende che, sebbene si possa, o forse si debba, continuare a parlare di abuso nella sua veste plurioffensiva, tuttavia non si deve dimenticare l'intrinseca diversità che lo distingue dall'atto illecito.

⁹³ L'argomento, che sarà analizzato in seguito nel dettaglio, è di notevole interesse in quanto utilizzato (G. ROMUALDI) per giustificare la sanzione della inammissibilità della domanda nell'ipotesi del frazionamento del credito.

⁹⁴ È questa l'idea espressa da M.F.GHIRGA nella sua monografia *Abuso del processo e sanzioni* Milano, 2012 pag 30 e seg.

L'abuso del processo, al pari di quello del diritto, non si presta ad essere semplificato e ridotto all'antitesi fra ciò che è giusto e ciò che non lo è, fra ciò che è consentito e ciò che è vietato. Necessita, invece, di una valutazione diversa ed ulteriore, poiché nell'individuare l'abuso il giudice è chiamato ad indagare sui motivi sottesi al compimento delle azioni processuali, che, in quanto atti discrezionali, si prestano ad utilizzi distorti, scorretti o nocivi. La discrezionalità dell'atto è, quindi, un presupposto necessario dell'abuso giacché, solo qualora la parte possieda una libertà di scelta che trascenda la mera alternativa fra il compimento o il non compimento dell'atto⁹⁵, vi può esser spazio per una figura diversa dal semplice atto illecito⁹⁶.

Autorevole dottrina⁹⁷ ritiene necessario, inoltre, distinguere l'abuso *del* processo dall'abuso *nel* processo. Si definisce abuso *nel* processo il fenomeno che abbiamo fin qui analizzato. Ovverosia quelle tecniche o quei comportamenti che, partendo da un'attività pienamente lecita, distorcono od abusano di un mezzo di tutela, disciplinato e previsto dal legislatore, per raggiungere

⁹⁵ Può essere opportuno evidenziare un ulteriore punto: se da un lato la discrezionalità dell'atto è necessaria affinché si possa verificare un abuso, dall'altro più questa è ridotta, maggiori saranno le ipotesi di abuso. Infatti più è elevato il numero di alternative possibili entro le quali esercitare quel particolare potere, minori sono i rischi che tale esercizio risulti abusivo. In tal senso TARUFFO, op cit.

⁹⁶ Per un maggiore approfondimento si rimanda a M.Taruffo *Elementi per una definizione di abuso del processo* op.cit pag 441 e seg. E L.P.COMOGLIO *Abuso del processo e garanzie costituzionali* in Riv. dir. proc. 2008, pag. 327 e seg.

⁹⁷M. TARUFFO op.cit.

determinati fini che non sarebbero consentiti. Si tratta, quindi, di un'attività che si svolge e si completa nel processo, al suo interno, e che si sostanzia nell'abuso di uno o più atti processuali.

L'abuso *del* processo, al contrario, si configura come “abuso della tutela giurisdizionale globalmente intesa”⁹⁸ ed allo stesso possono essere ricondotte specifiche ipotesi, quali le vecchie azioni di iattanza⁹⁹, le azioni poste in essere al solo scopo di recare disturbo alla controparte o pregiudizio all'avversario¹⁰⁰, nonché le azioni atte ad ottenere un vantaggio dall'avversario che altrimenti non si sarebbe conseguito¹⁰¹ o che si sarebbe conseguito più lentamente¹⁰².

2.4 (segue) Caratteri strutturali dell'abuso

Considerando abusivo ogni comportamento che è idoneo a produrre conseguenze diverse e ulteriori rispetto a

⁹⁸ M.TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo* cit. pag 437

⁹⁹ Istituto del diritto medievale italiano consisteva in azioni proposte al solo fine di sostituire una situazione di certezza giuridica, più conveniente per l'attore, ad una situazione di incertezza giuridica sfavorevole per quest'ultimo.

¹⁰⁰ Si pensi all'impiego del processo come strumento di concorrenza sleale, ovvero sia quando la proposizione di un'azione contro un proprio concorrente, integralmente diffamatoria, sia posta in essere con il solo fine di metterlo in cattiva luce con la propria clientela. Nonostante sia ragionevole presumere che la causa sarà persa, il litigante avrà raggiunto il suo scopo: ingenerare un dubbio nella collettività dei consumatori e piegare il mercato a suo favore. In questi termini P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco* in Riv. dir. proc. 1950 pag 23 e seg..

¹⁰¹ Si fa riferimento alle cd “cause scandalistiche” con le quali si minaccia di mettere in pubblico una delicata situazione intima o un segreto personale per celare il quale la parte sarà disposta anche a farsi derubare. In questo senso P. CALAMANDREI op.cit.

¹⁰² Si pensi alla proposizione di una causa al solo fine di portare la controparte, poco incline alla lite, ad una transazione.

quelle che sono connesse a quel particolare atto compiuto, sorge spontanea una domanda: un atto è abusivo *ex se* o per essere tale necessita di un *animus nocendi*? Ovverosia deve essere il frutto di una scelta preordinata e consapevole, rivolta ad un utilizzo improprio dello strumento processuale¹⁰³? Qui il problema non verte sulla necessità o meno che un determinato atto processuale sia accompagnato da una specifica volontà di compierlo, ma sulla necessità che il soggetto voglia realizzare quelle particolari conseguenze che derivano da un uso distorto e abusivo dello strumento concesso dall'ordinamento.

Non pochi dubbi sorgono circa la rilevanza della volontà del soggetto ai fini della configurabilità dell'abuso: alcuni con forza ne affermano la necessaria ricorrenza; altri con altrettanta veemenza la negano; altri ancora¹⁰⁴, quasi mediando fra le due tesi, sostengono che la presenza della *voluntas nocendi* non è di per sé indicativa della esistenza dell'abuso, essendo congiuntamente necessario che le conseguenze nocive volute e sperate dall'agente si realizzino, ossia che il soggetto raggiunga l'obiettivo per il quale l'atto viene posto in essere¹⁰⁵.

Il richiamo alla *voluntas nocendi*, cioè alla volontà della parte di arrecare ad altri un danno, necessariamente

¹⁰³ M.TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo* cit.

¹⁰⁴ M.TARUFFO op. cit. pag 451.

¹⁰⁵ Le tesi di coloro i quali esprimono perplessità circa la rilevanza dell'elemento soggettivo nella fattispecie dell'abuso saranno trattate nel prosieguo del capitolo.

evoca i canoni di correttezza e buona fede che permeano il diritto delle obbligazioni e dei contratti.

La buona fede che qui rileva è quella intesa in senso oggettivo, che impone alle parti di mantenere un comportamento conforme alle regole di correttezza, lealtà ed onestà. La lettura costituzionalmente orientata del testo codicistico ha notevolmente esteso l'ambito applicativo degli artt. 1175 e 1375 c.c. che, interpretati nel combinato disposto con l'art. 2 Cost., impongono alle parti "inderogabili doveri di solidarietà", fra i quali spiccano "gli obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale"¹⁰⁶.

Il rapporto "sinergico" che lega il canone di buona fede al disposto costituzionale ha notevolmente esteso i poteri dell'organo giudicante, il quale può servirsi del principio, non solo in senso interpretativo della volontà delle parti, ma anche e soprattutto in senso modificativo ed integrativo, divenendo strumento di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi anche in sede processuale¹⁰⁷. Il giudice viene, quindi, dotato del potere di sindacare la condotta processuale della parte anche in

¹⁰⁶ Cass. Civ. Sezioni Unite n. 23723/2007 in *Obbligazioni e contratti*, 2008 con nota di B.VERONESE, *Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di correttezza e di buona fede* pag 800 e seg. e con nota di A.M.CABRAS, *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede* pag. 784 e seg.

¹⁰⁷ G.ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013 pag 14 e seg.

relazione agli effetti che tale condotta produce nella sfera giuridica della controparte; in altre parole, l'interpretazione costituzionalmente orientata del principio della buona fede e la conseguente trasposizione dello stesso dal piano sostanziale a quello processuale, attribuisce al giudice il potere di individuare, reprimere e sanzionare quelle condotte che potremmo definire di malafede processuale.

La necessità di sanzionare la malafede processuale trae origine da un assunto preliminare: il processo non è una mera successione di atti nel tempo compiuti da soggetti diversi, ma è “concatenazione logica che ricollega ciascuno di questi atti a quello che lo precede e a quello che lo segue”¹⁰⁸, sicché il comportamento tenuto da una parte condiziona necessariamente le successive azioni dell'altra. Il processo, quindi, “ non è soltanto scienza del diritto processuale [...] ma è anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza”¹⁰⁹. La rilevabilità in giudizio della malafede processuale diviene, pertanto, lo strumento per limitare l'esercizio del diritto di difesa ogniqualvolta, nel comportamento tenuto dalla parte, si riscontri una violazione dei canoni di correttezza, idonea a provocare un pregiudizio ai diritti della controparte.

¹⁰⁸ P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in Riv.dir.proc.1950 pag 27 e seg.

¹⁰⁹ P.CALAMANDREI, op. cit. pag 28.

Nel ragionamento fin qui seguito, corretto in teoria, vi è, però, un *punctum dolens*: nella realtà processuale l'obiettivo delle parti è vincere. Chi vince non è, però, sempre la parte che ha ragione, ma quella che, attraverso un sapiente e accorto utilizzo degli strumenti giuridici, riesce a convincere il giudice della meritevolezza della sua richiesta.

Va detto, infatti, che sebbene il processo equo e giusto tenda alla ricerca di una verità processuale che sia il più possibile sovrapponibile a quella storica ed empirica, la "verità giudiziale" è necessariamente condizionata, nel processo dispositivo, dalla prevalenza dei poteri, degli oneri e delle iniziative di parte, il cui esercizio condiziona la decisione finale¹¹⁰.

E quindi dov'è il limite? Dove finisce la strategia processuale e dove inizia l'abuso? Come distinguere la condotta del soggetto che va sanzionata in quanto abusiva e scorretta da quella che al contrario andrebbe elogiata, in quanto frutto di un utilizzo sapiente e consapevole degli strumenti processuali?

A detta valutazione è chiamato il giudice il quale, bilanciando gli interessi in conflitto¹¹¹, dovrà individuare quello prevalente: il diritto di difesa di una parte o

¹¹⁰ Sul concetto di verità processuale e sul rapporto fra accertamento della verità e giusto processo si rimanda a L.P. COMOGLIO *Le prove civili*, 2010, pag. 17 e ss.

¹¹¹ JOAN PICÒ I JUNOY, *La buona fede processuale: manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?* in Riv. dir. proc. 2013, pag 171 e seg.

dell'altra, i diritti di questi o il diritto ad una corretta e celere amministrazione della giustizia¹¹².

Configurare in capo al giudice il potere di sindacare la condotta delle parti ogni qual volta questa si ponga in contrasto con “gli inderogabili doveri di solidarietà” sanciti dall'art. 2 Cost., equivale ad affermare che sia immanente nel processo un sorta di “moralità”, che lo rende qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto alla mera applicazione delle regole processuali.

Il processo deve, dunque, ispirarsi a valori “che si pongono ben al di là della mera regolarità del procedimento”¹¹³ e che possono essere ricondotti alle garanzie generali della giustizia civile, quali l'efficienza della tutela, il buon andamento dei processi, la celerità nella risoluzione delle liti, insomma tutti i tratti caratteristici del cosiddetto “giusto processo”.

Ne consegue che le parti devono, nel compimento di ogni atto processuale, teso al soddisfacimento del proprio interesse, tenere anche conto di questi valori, usandoli quasi come criterio guida della loro condotta. Ed è qui la difficoltà del bilanciamento: la ragionevole durata del processo, la necessità di garantire un processo giusto, la tutela anche degli interessi della controparte, non

¹¹² In tal senso CALAMANDREI, op. cit. secondo cui “è assai difficile stabilire fin dove arrivino i diritti di una accorta difesa e dove cominci il riprovevole inganno”.

¹¹³ M.TARUFFO, *L'abuso del processo profili generali* in *L'abuso del processo* Atti del XXVIII convegno nazionale Urbino, 23-24 settembre 2011. L'autore definisce tali valori come “valori di sistema” poiché attengono “alla amministrazione della giustizia in sé considerata”.

possono rendere privi di qualunque validità né il principio di effettività della tutela né quello secondo il quale ciascuna parte deve attendere la vittoria autonomamente e può astenersi dal portare elementi che possano contribuire alla vittoria avversaria (*nemo tenetur edere contra se*)¹¹⁴.

Da quanto sin qui detto discende che il comportamento di un soggetto potrà ritenersi abusivo se:

- si è in presenza di un potere discrezionale suscettibile di differenti modalità di utilizzo;
- dall'esercizio del potere discende una diretta lesione della controparte e/o una indiretta lesione all'erario;
- il fine a cui il soggetto tende attraverso quella particolare condotta non è quello per il quale quel potere è stato concesso e garantito dall'ordinamento;
- il soggetto è in possesso della *voluntas nocendi*, ovvero agisce nella piena consapevolezza della lesione ingiustificata che discenderà dalla propria condotta;

Alcuni studiosi¹¹⁵, come prima accennato, mostrano perplessità in relazione alla necessaria sussistenza di detto ultimo requisito, ovvero alla presenza

¹¹⁴ “nessuno può essere obbligato ad accusare se stesso”. Su tale principio di carattere generale la dottrina maggioritaria fa leva per escludere che sussista nel processo un obbligo di verità a carico della parte.

¹¹⁵ F.CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano* in riv.dir.proc. 2012 pag 874 e seg, M.TARUFFO. *L'abuso del processo profili generali*, op cit pag 135.

dell'elemento intenzionale nella figura dell'abuso. Rilevano che l'abuso deve essere configurato indipendentemente dallo status soggettivo in cui si trova l'agente al momento del compimento dell'atto o perché una connotazione eccessivamente soggettiva renderebbe superflua la distinzione fra abuso e lite temeraria, mentre, al contrario, queste si pongono in un rapporto di genere a specie¹¹⁶; o, in quanto, attribuire rilevanza all'elemento soggettivo contrasterebbe con il principio generale secondo cui non rilevano in sede processuale né la volontà della parte né gli eventuali vizi della stessa¹¹⁷. In tal modo si delineano in dottrina due nozioni differenti di abuso: l'una in senso soggettivo, l'altra in senso oggettivo¹¹⁸.

La prima pone l'accento sull'intenzione censurabile dell'agente, ossia sulla volontà di “produrre effetti contrastanti con i valori che governano l'amministrazione della giustizia, indipendentemente dall'eventualità che tali effetti si siano o non si siano verificati”¹¹⁹.

Nella accezione oggettiva, invece, si valorizzano solo gli effetti prodotti dal comportamento che si ritiene abusivo, attraverso la valutazione della capacità di quell'atto di

¹¹⁶ È questa la tesi di F.CORDOPATRI in *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, cit.

¹¹⁷ È questa la più recente opinione di M. TARUFFO il quale, dopo aver sostenuto la centralità dell'elemento soggettivo nello scritto *Elementi per una definizione di abuso del processo*, esprime, invece, nello scritto *L'abuso del processo: profili generali* qualche perplessità circa la necessità della sua presenza.

¹¹⁸ Su questa distinzione in particolare J.BILESIO-M.GASPARINI, *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*, in *Abuso procesal* p. 19.

¹¹⁹ M.TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo* cit.

ledere il sistema giustizia. Quindi, da un lato ciò che rileva è “l’etica individuale” del soggetto, quale adesione ai valori generali del nostro ordinamento, dall’altro è l’effettiva capacità lesiva di quell’azione, quale concreto realizzarsi degli effetti negativi indipendentemente dal fatto che gli stessi fossero o meno voluti dall’agente.

A parere di chi scrive l’una definizione non deve escludere l’altra, sicché dovrebbe ritenersi necessaria la presenza sia dell’elemento soggettivo, quale volontà di nuocere, sia di quello oggettivo, quale concreto verificarsi della lesione¹²⁰.

2.5 L’abuso fuori dal processo civile

La questione dell’abuso del processo è stata fin qui affrontata in relazione al processo civile, poiché questo è il tema del nostro lavoro. Tuttavia, è opportuno evidenziare che la problematica interessa trasversalmente le tre giurisdizioni: civile, penale ed amministrativa. Si tratta, quindi, di questione riscontrabile ogni qual volta vi sia un processo. L’esistenza di un luogo ove far valere i propri diritti, esercitando una serie di poteri per il raggiungimento di uno scopo, è elemento necessario (ma

¹²⁰Si tratta di un ragionamento analogo a quello posto in essere dalla dottrina e dalla giurisprudenza per l’illecito civile nel quale vi è la compresenza dell’elemento soggettivo, il dolo o la colpa dell’agente e dell’elemento oggettivo, il verificarsi del danno ingiusto.

si badi non sufficiente!) affinché si possa verificare un abuso. Per la veridicità di tale asserzione basti pensare alla chiarezza con la quale le Sezioni unite della Cassazione hanno descritto i profili caratterizzanti l'abuso in ambito penale, sottolineando che “ L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti.”¹²¹.

Di eguale pregio è poi la pronuncia del Consiglio di Stato resa in adunanza plenaria che, recependo la giurisprudenza della Corte Civile di Cassazione¹²², evidenzia come: “il principio dell'insindacabilità delle scelte giudiziarie, al di là dei limiti e dei divieti puntualmente stabiliti, è interessato da un graduale ma chiaro superamento [...]” e ciò in quanto la Corte è “propensa a sanzionare le condotte processualmente scorrette con gli strumenti del divieto dell'abuso del diritto, della clausola di buona fede e dell'exceptio doli generalis. [...] Tale pronuncia afferma con forza la

¹²¹ Cass. Sez. Un. Pen. n. 155 del 29 settembre 2011 in *Giur.it.*, 2012, pag 2140 con nota di MARZO - ILLUMINATI, *Il tema: Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, pag 3593.

¹²² Il riferimento è alla sentenza n. 23726/2008 in tema di frazionamento del credito, di cui più approfonditamente si parlerà in prosieguo.

vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, che, ai sensi dell'art. 2 Cost e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto.”¹²³.

2.6 L'abuso di soggetti diversi della parte

2.6.1 L'avvocato

Nella trattazione del tema fin qui svolta si è fatto riferimento all'abuso avendo presente la posizione dell'attore o del convenuto. Va, però, precisato che l'utilizzo distorto degli strumenti processuali può essere riferito ad ogni soggetto coinvolto nel processo, sia esso parte o terzo. Il tema sarà approfondito nel prosieguo del lavoro, ma la individuazione delle questioni di carattere generale connesse all'abuso impone di fare quantomeno un accenno alla responsabilità del difensore.

Sul punto vi sono non pochi contrasti in dottrina, poiché alla tesi di chi evidenzia una sostanziale mancanza di responsabilità per l'avvocato che ricorra a condotte abusive¹²⁴, si contrappone quella di coloro che, al

¹²³ Sentenza 23 marzo 2011 n. 3 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

¹²⁴ In tal senso G.ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia* cit pag 97.

contrario, ritengono il difensore l'unico ed effettivo colpevole delle stesse¹²⁵.

I sostenitori della prima la giustificano *de iure condito*, ossia facendo leva sul quadro normativo vigente: le sanzioni previste e riconosciute dal nostro ordinamento, a qualunque titolo riconducibili alla figura dell'abuso del processo, colpiscono la parte che agisce o che resiste in giudizio, ma non il suo avvocato¹²⁶.

Di diverso avviso è altra parte della dottrina la quale, pur non negando che allo stato attuale le conseguenze dell'abuso ricadano quasi integralmente sull'assistito, ritiene, tuttavia, che sarebbe necessaria una maggiore responsabilizzazione del soggetto che materialmente compie l'atto, e ciò per il principio della corrispondenza fra poteri e responsabilità, dal quale discende che le sanzioni derivanti dall'abuso di un potere debbano innanzitutto ricadere su chi quel potere abbia male esercitato.

Viene, inoltre, richiamato il canone di corrispondenza fra privilegi ed oneri, per il quale il titolare di un'azione a lui riservata, in considerazione della sua competenza tecnica, non può addossare ad altri la responsabilità per la scorrettezza degli atti compiuti. Infine si fa leva sul principio secondo il quale la responsabilità deve essere

¹²⁵ A.DONDI-A.GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo nella prospettiva de iure condendo* in Riv.trim.dir. e proc.civ. 2007 pag. 193 e seg.

¹²⁶ Gli esempi possono essere molteplici: il pagamento delle spese, l'inammissibilità della domanda ecc.. si tratta di sanzioni processuali che colpiscono non colui che materialmente compie gli atti, ossia il difensore, bensì la parte in nome della quale le azioni vengono poste in essere.

addebitata innanzitutto al soggetto posto nella condizione migliore per evitare l'errore.

2.6.2 L'abuso del giudice

Considerazioni analoghe possono essere svolte intorno alla figura del giudice.

Parte della dottrina¹²⁷ ritiene di potere escludere l'esistenza di fattispecie abusive addebitabili all'organo giudicante, in quanto le figure spesso ricondotte all'abuso, quali, ad esempio, la compensazione delle spese nonostante la soccombenza, l'assenza o la sovrabbondanza della motivazione, la non ammissione di prove testimoniali fondamentali, se da un lato sono in grado di ledere al sistema giustizia¹²⁸, dall'altro possono al massimo configurare ipotesi di responsabilità del magistrato, ove sussistano gravi violazioni di legge per negligenza non scusabile¹²⁹.

Altri autori¹³⁰ rinvencono, al contrario, le ipotesi di abuso ogni qual volta il giudice, contraddicendo gli obblighi di terzietà ed imparzialità, eserciti un ruolo attivo per sopperire all'inerzia delle parti, comportamento, questo,

¹²⁷ Vedi G.ROMUALDI, op. cit pag 10.

¹²⁸ La correzione di questi errori avviene attraverso l'impugnazione della sentenza che di certo aumenta il carico giudiziale.

¹²⁹ Legge 13 aprile 1988 n 17 art 2, comma 3 , lettera A .

¹³⁰ A.R.CASTALDO, *Usò distorto del processo: riflessioni in margine ad una recente sentenza della Cassazione*. In www.consiglionazionaleforense.it .

che si riverbera immediatamente sull'equidistanza rispetto all'esito del processo¹³¹.

2.7 Conclusioni

Il progressivo consolidarsi, nella giurisprudenza di merito e di legittimità, della figura dell'abuso, ha quindi reso sempre più minoritarie le opinioni di coloro i quali ne negano l'esistenza stessa¹³².

Nel panorama italiano e soprattutto in quello europeo¹³³, vi è una diffusa tendenza a ritenere che “ il processo non sia soltanto un luogo in cui alcuni soggetti giocano un giuoco le cui mosse sono regolate dalla legge”¹³⁴, ma, soprattutto, sia un luogo dove comportarsi in modo onesto, leale e probo, quindi “moralmente valutabile” in senso positivo.

È del tutto evidente che l'ordinamento è attraversato da una grave e complessa crisi che deve necessariamente esser fronteggiata al più presto e se è vera l'opinione di chi ritiene che tali “rigorismi moralizzanti”¹³⁵ del processo non sono in grado, da soli, di risolverla, è parimenti

¹³¹ Si consideri, infatti, che i poteri concessi al giudice se da un lato hanno assunto sempre più una connotazione integrativa e modificativa, dall'altro non possono in ogni caso fungere da correttivo all'inerzia delle parti.

¹³² Non hanno più alcun seguito le teorie di coloro i quali ritengo che i comportamenti processuali debbano andare esenti da qualunque valutazione etica. Si fa riferimento alle teorie espresse da GOLDSCHMIDT, *Der prozess als Rechtslage : eine Kritik der prozessualen Denkens*, 1925 Berlin p 292 .

¹³³ L'approccio comparatistico al tema sarà svolto nel capitolo seguente.

¹³⁴ M.TARUFFO, *L'abuso del processo profili generali*, op cit pag 121.

¹³⁵ TARUFFO, *L'abuso del processo profili generali* cit.pag 47.

indubbio che impedire l'utilizzo abusivo degli strumenti processuali rappresenti un passo obbligato del risanamento. È, infatti, fondamentale che il processo divenga giusto e per farlo non è sufficiente varare nuove leggi, modificare le vecchie o abbreviare i riti, è necessario ottenere la collaborazione e l'appoggio di tutti, dai litiganti del processo agli operatori della giustizia. Solo così infatti potrà esser garantita l'effettività della tutela, solo così il processo servirà alla giustizia e non sarà più un mero escamotage per evitarla o manipolarla.

Capitolo III

L'abuso del processo negli interventi normativi.

3.1 Premesse. 3.2 I doveri di lealtà e probità. 3.2.1 Il dovere di verità. 3.3 Le sanzioni derivanti dalla violazione dell'art. 88 c.p.c. 3.4 Il divieto di espressioni sconvenienti ed offensive. 3.5 La disciplina delle spese processuali e la repressione degli abusi. 3.6 segue: i limiti posti al potere di compensazione. 3.7 segue: la lite temeraria. 3.8 Le sanzioni pecuniarie previste per singoli abusi e la disciplina delle spese nelle cause previdenziali. 3.9 Gli strumenti di repressione dell'abuso nel corso della trattazione della causa ed il principio della ragionevole durata del processo. 3.10 L'abuso del processo negli altri ordinamenti: cenni di diritto comparato.

3.1 Premesse

Come si è già evidenziato nelle pagine precedenti, il dibattito sulla configurabilità o meno dell'abuso del processo e sulla sua autonomia rispetto all'abuso del diritto si è sviluppato in tempi recenti soprattutto a seguito di alcune innovative pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità, sulle quali ci si soffermerà in prosieguo.

Ciò, peraltro, non significa che la questione non sia stata tenuta presente dal legislatore nazionale il quale, al contrario, ha senz'altro avvertito l'esigenza di reprimere forme abusive di ricorso agli strumenti processuali, ma, a differenza di altri ordinamenti, non ha ritenuto di

dovere dettare una norma di carattere generale e di prevedere un altrettanto generale potere sanzionatorio del giudice.

Lo studio, quindi, si prefigge lo scopo di individuare e di commentare le disposizioni che assumono rilievo in relazione alla tematica dell'abuso, per poi compararle con la diversa disciplina di altri ordinamenti.

L'analisi non può che prendere le mosse dal codice di procedura civile vigente che costituisce un corpo organico di norme, strumentali a quelle del codice civile, e che, in quanto codice, dovrebbe contenere, almeno tendenzialmente, la regolamentazione autoritativa, completa, organica e dettagliata, generale ed astratta del processo civile¹³⁶.

E' stato, per la verità, osservato come, con il trascorrere del tempo, il codice stia progressivamente perdendo il carattere di assoluta centralità, in quanto soppiantato da un crescente proliferare di legislazioni speciali. Detto aspetto, peraltro, non rileva, se non marginalmente, nella fattispecie, poiché la normativa di maggiore interesse in relazione al tema dell'abuso si rinviene all'interno del codice ed innanzitutto negli artt. 88 e 89, riguardanti i doveri delle parti, nonché nella disciplina delle spese processuali.

E' bene dire subito che di dette disposizioni non potranno che essere esaminati quegli aspetti che più direttamente

¹³⁶ N.PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013 pag 7.

interessano il tema oggetto del lavoro, non essendo compatibile con l'economia dello studio l'esame dettagliato di tutte le questioni interpretative poste dalle norme richiamate.

3.2 I doveri di lealtà e probità

L'art. 88 è sito all'interno del primo libro, inerente le disposizioni generali, III titolo, riguardante le parti ed i difensori, capo III, che disciplina i loro doveri. La disposizione stabilisce che :

“ le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.

In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle Autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.” .

La norma ha avuto in passato nella pratica scarsa applicazione ed in dottrina, come si è già detto¹³⁷, si è anche sostenuto che la disposizione conterrebbe solo un precetto etico, privo di qualunque contenuto normativo¹³⁸. A sostegno dell'assunto si faceva leva sulla mancata previsione di un potere sanzionatorio del giudice, da esercitarsi quale diretta reazione a condotte improbe e non leali tenute dai difensori.

¹³⁷ Si rimanda alle note 87 e 88 del capitolo 2.

¹³⁸ D.BORGHESI, *L'abuso del processo* in www.associazionecivilisti.it definisce l'art 88 c.p.c. come “ proclamazione di principio”.

Il rinnovato interesse per il tema dell' abuso ha, invece, fatto assumere alla disposizione un ruolo centrale e si è sottolineato che la stessa, lungi dall'esaurire la sua funzione solamente sul piano metagiuridico, si pone, al contrario, come criterio di valutazione delle condotte processuali delle parti, costituendo anche il presupposto per la irrogazione di sanzioni¹³⁹.

In effetti la tesi di chi ravvisa nella norma un precetto di carattere morale è innanzitutto smentita dalla espressa previsione di un dovere che, in quanto tale, non può che essere connotato di giuridicità.

D'altro canto il collegamento del precetto con le disposizioni contenute negli artt. 116 e 175 c.p.c., che prevedono rispettivamente il potere del giudice di trarre elementi di convincimento anche dal comportamento processuale delle parti ed il potere/dovere di attivarsi per garantire il "leale" svolgimento del procedimento, induce a ritenere che la disposizione operi come limite generale delle regole che governano il processo. Sebbene, infatti, quest'ultimo sia, indubbiamente, una lotta che ciascuna parte conduce nel suo esclusivo interesse, tuttavia non può essere consentito che il risultato perseguito venga raggiunto attraverso una illecita compromissione della sfera giuridica altrui¹⁴⁰.

¹³⁹ C.MANDRIOLI *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2006, pag. 198.

¹⁴⁰ "Succede nella lotta processuale quel che accade nella guerra, quando una convenzione internazionale limiti i mezzi di offesa...: qualunque atto che violi la convenzione stessa è indubbiamente antiggiuridico e legittima la sanzione" S. SATTA -C.PUNZI *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 116.

Il richiamo al necessario rispetto degli obblighi di lealtà e probità comporta, allora, che la parte è lasciata libera di utilizzare gli strumenti previsti dall'ordinamento, per far valere gli elementi a sé favorevoli e per conseguire una posizione di vantaggio, a condizione che detta posizione sia il frutto di abilità ed accortezza nell'uso degli strumenti processuali, e non consegua, invece, a condotte sleali e fraudolente.

Così intesi, gli obblighi di lealtà e probità assumono un ruolo centrale nell'esperienza processuale¹⁴¹, divenendo anche modalità imprescindibile per l'attuazione del contraddittorio e, attraverso di esso, del giusto processo.

Se, infatti, si supera l'orientamento tradizionale che, muovendosi su un piano logico-formale, vede nel contraddittorio solo un mezzo per garantire il *fair play*, ovvero la parità delle armi¹⁴², e lo si intende in senso "forte"¹⁴³, come strumento attraverso il quale si realizza la effettività della tutela giurisdizionale, garantendo l'uguaglianza sostanziale delle parti, il dovere di lealtà diventa imprescindibile per la corretta dialettica processuale, in quanto l'agire sleale crea una situazione di disparità ed ostacola la realizzazione del fine al quale il processo tende, che è quello di far emergere la verità, sia pure non assoluta ma processuale.

¹⁴¹ N.PICARDI, *Manuale del processo civile* cit. pag. 191 e seg.

¹⁴² Questa dottrina rinviene nel contraddittorio mero principio logico formale che esplica la sua funzione garantendo i medesimi poteri alle parti senza preoccuparsi delle modalità con le quali tali poteri vengono utilizzati.

¹⁴³ N.PICARDI, *Manuale del processo civile* cit. pag 193.

Il controllo sulla lealtà e sulla probità delle parti, quindi, consente di recuperare una dimensione etica oltre che logica del processo¹⁴⁴ e ciò perché lealtà e probità sono qualità della morale umana¹⁴⁵, che assumono rilievo giuridico nel momento in cui divengono regola di condotta dell'agire processuale delle parti.

Si definiscono comportamenti leali quelli che sono posti in essere nel rispetto di valori di correttezza fissati da un codice comportamentale; probi quelli che risultano essere stati ispirati da una integrità di coscienza e di costumi¹⁴⁶. Per trasgredire ai doveri comportamentali è, pertanto, necessario che il soggetto violi il codice di condotta a cui deve attenersi nello svolgimento degli atti processuali, tenendo un comportamento contrario alle normali regole di correttezza.

La violazione deve essere sorretta dal necessario elemento soggettivo, ossia dalla volontà di compiere l'atto espressione di malafede processuale¹⁴⁷.

Si è già fatto cenno alle difficoltà che si incontrano nel momento in cui occorre valutare in concreto la condotta delle parti e distinguere i comportamenti sleali da quelli resi necessari dalle esigenze di difesa. Sul tema si

¹⁴⁴ M.GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo Sguardo*, Rivista di Filosofia, 8,2012 pag.

¹⁴⁵ G.ROMUALDI *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, cit. pag. 37.

¹⁴⁶ G.ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, op. cit pag 37.

¹⁴⁷ Si veda A.DONDI, *L'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007; G.G.POLI, *Osservatorio sulla cassazione civile* in *Riv.dir.proc.*, 2012, pag. 547; A.DONDI, *Manifestazione della nozione di abuso del processo* in *Dir.privato*, 1997, Padova pag. 459 e seg.

tornerà, sia in occasione dell'esame della giurisprudenza formatasi sull'art. 88 c.p.c., sia nell'affrontare i rapporti fra la disposizione ed i doveri deontologici posti a carico del difensore.

Sin d'ora, però, si deve evidenziare che attraverso il richiamo ai doveri di lealtà e probità non può essere mortificato il diritto di difesa della parte, sicché, secondo parte della dottrina, non costituiscono violazione dell'art. 88 c.p.c.: la costruzione di tesi favorevoli al proprio cliente attraverso l'esposizione solo parziale degli orientamenti giurisprudenziali; il comportamento del difensore che sfrutti l'errore dell'avversario, anche qualora si raggiunga in tal modo un risultato utile contrastante con la giustizia sostanziale; le dissertazioni giuridiche anche se originali o in contrasto con principi giurisprudenziali consolidati¹⁴⁸.

3.2.1 Il dovere di verità

Si è visto che, secondo la dottrina, il precetto contenuto nell'art. 88 c.p.c. non limita in alcun modo la libertà del difensore nella allegazione e nella trattazione degli argomenti giuridici. Ci si deve, allora, chiedere se analoga libertà sussista anche nella allegazione di fatti storici, o

¹⁴⁸ G.SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali* cit. pag 99 e seg.; anche G.SCARSELLI, *Il nuovo art. 96 comma 3 consigli per l'uso* in Foro.it. 2010 pag. 2231.

se, invece, dall'art. 88 c.p.c. possa anche desumersi l'esistenza dei doveri di completezza e verità posti a carico delle parti¹⁴⁹.

La maggior parte degli autori nega la presenza di detti doveri, da un lato facendo leva sulla mancanza di qualunque riferimento esplicito agli stessi¹⁵⁰, dall'altro sottolineando che la imposizione di un dovere di verità, quale obbligo di non dire il falso, e di un dovere di completezza, inteso come onere di comunicare al giudice ogni fatto conosciuto dal soggetto, sarebbe pregiudizievole per gli interessi della parte, avvantaggiando significativamente l'avversario, e renderebbe del tutto priva di significato l'affermazione secondo la quale il processo è il luogo ove si accerta, attraverso il contraddittorio, "la verità probabile".

Viene, poi, richiamata la genesi del codice per sottolineare che il tentativo di introdurre nel nostro

¹⁴⁹ MARCHETTI, *Dolo revocatorio e falsa allegazione* in Riv.dir.proc., 1960, pag. 418; MAZZARELLA, *Avvocati e procuratori* in Enc.giur. IV, Roma, 1990 n 4; CALAMANDREI, *Il processo come giuoco* cit.; CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, Riv.trim.dir.e proc.civ.; A. CARRATTA, *Doveri di correttezza e verità nella condotta delle parti*, relazione al XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, *Etica del processo e doveri delle parti* (Genova, 20-21 settembre 2013); G.SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento atti processuali*, in riv.trim.dir.proc. 1998 pag 92 e seg.

¹⁵⁰ Si tratta di un approccio comparativistico all'argomento volto a paragonare la legislazione italiana con quella austriaca e tedesca dove al contrario i suddetti obblighi sono previsti da disposizioni del codice. La disciplina della *Zpo* tedesca al § 138 distingue un *Wahrheitspflicht* (dovere di verità) da un *Vollständigkeitspflicht* (dovere di completezza). Analoga è poi la disciplina austriaca dove ciascuna delle parti «...dovrà nelle sue esposizioni, addurre in modo completo, determinato e conforme alla verità tutte le circostanze..». Per una trattazione più dettagliata vedi G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit. pag 102 e seg; S. CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2010, p. 695 ss; M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009.

ordinamento il "dovere di non dire cose consapevolmente non vere" o di "affermare al giudice i fatti secondo la verità", trovò l'opposizione di fondo della dottrina processualcivile, che sottolineò come il dovere di verità non potesse conciliarsi con il principio dispositivo sul quale il processo si fonda ed evidenziò che, in un siffatto contesto, l'unico dovere che si può imporre alla parte è quello di improntare il proprio comportamento alla buona fede processuale¹⁵¹.

Sul lato opposto, peraltro, non mancano autori che desumono il dovere di verità e completezza dalla interpretazione sistematica della disciplina sulla responsabilità processuale per spese e danni e da quella sulla revocazione per dolo della parte, oltre che dagli obblighi di lealtà e probità imposti dall'art. 88 c.p.c., e sottolineano che il principio dispositivo è senz'altro conciliabile con il divieto di affermare consapevolmente fatti contrari al vero, ossia con un dovere di verità in senso processuale, inteso come dovere di non mentire¹⁵²

A ben vedere, quindi, le tesi che si contrappongono muovono da un differente approccio al problema¹⁵³: mentre la prima adotta una nozione di dovere di verità e

¹⁵¹ F. CARNELUTTI, *Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile* Roma, 1938.

¹⁵² Per la compiuta trattazione delle diverse opinioni espresse dalla dottrina e del dibattito che accompagnò i lavori preparatori del codice si rimanda a A. CARRATTA op. cit. pag. 14 e seg.

¹⁵³ Questo è il pensiero di A. CARRATTA, *Doveri di verità e completezza nella condotta delle parti* tratto dalla Relazione al XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: Etica del processo e doveri delle parti (Genova, 20-21 settembre 2013).

di completezza notevolmente più ampia e generale, di natura “oggettiva” o “sostanziale”; l'altra circoscrive la verità a quella “soggettiva” o “processuale”¹⁵⁴. Infatti si sostiene esclusivamente l'esistenza di un divieto di menzogna, senza giungere ad affermare l'obbligo delle parti di allegare fatti a loro sfavorevoli.

Il dovere di verità, quindi, diviene mezzo per reprimere l'abuso del potere allegativo delle parti e non tecnica per garantire l'accertamento della verità materiale¹⁵⁵, e il dovere di completezza viene letto solo quale divieto di mantenere una condotta consapevolmente reticente o scorretta e non come obbligo della parte di riferire fatti a sè contrari o autoincriminanti¹⁵⁶.

Così inteso il dovere diviene componente della lealtà e della probità processuale, dovendosi escludere che possano essere compatibili con detti valori azioni che consapevolmente vengano fondate su fatti non rispondenti al vero o condotte ingannatorie basate sulla reticenza o sul mendacio.

¹⁵⁴ In tal senso A.CARRATTA, *Doveri di verità e completezza nella condotta delle parti*, cit.

¹⁵⁵ A.CARRATTA, in *Doveri di verità e completezza nella condotta delle parti*, sostiene che più che un dovere di verità si dovrebbe parlare di un dovere di veridicità quale divieto di allegare fatti che si sa o che si sarebbe dovuto sapere essere falsi.

¹⁵⁶ Non viene, quindi, in nessun modo privato di effettività il principio sancito dal brocardo latino “*nemo tenetur se detergere*”.

3.3 Le sanzioni derivanti dalla violazione dell'art.

88 c.p.c.

Apparentemente l'art. 88 c.p.c. non prevede alcun potere del giudice di sanzionare i comportamenti sleali o improbi tenuti dalle parti. Infatti il primo comma si limita a dettare la regola di condotta, mentre il secondo comma impone al giudice di riferire alle autorità competenti per l'esercizio del potere disciplinare il comportamento scorretto del difensore.

Detto potere, peraltro, è volto alla tutela di interessi diversi da quelli oggetto di contesa fra le parti ed il suo esercizio non condiziona in alcun modo la vicenda processuale, tanto che, secondo la giurisprudenza, la sollecitazione dell'esercizio del potere rivolta al giudice da una delle parti non costituisce domanda in senso tecnico e non fa sorgere un obbligo di provvedere a carico dell'organo giudicante.¹⁵⁷

La portata e la rilevanza dell'art. 88, quindi, si coglie solo leggendo la norma unitamente ad altre disposizioni del codice¹⁵⁸ ed in particolare all'art. 92 c.p.c., che prevede il potere del giudice di condannare la parte, indipendentemente dalla soccombenza, al rimborso delle spese che la controparte abbia dovuto affrontare a seguito della violazione degli obblighi di lealtà e probità.

¹⁵⁷ Cass. 12.2.2009 n. 3487 in Ced Cassazione.

¹⁵⁸ G.VANACORE, *Il dovere processuale di lealtà e di probità e le espressioni sconvenienti ed offensive: riflessioni sugli art 88 e 89 cpc*, in Resp. civ. 2011 pag 340.

Nella formulazione originaria del codice il primo comma dell'art. 92 costituiva l'unica ipotesi di liquidazione delle spese in favore della parte soccombente, fondata sul principio della causalità, cioè sulla necessità che, a prescindere dall'esito della lite, debbano ricadere sulla parte, che ha volontariamente trasgredito le regole di condotta del corretto agire processuale, le conseguenze provocate da detto comportamento.

La disposizione, quindi, ha una indubbia valenza sanzionatoria, poiché si pone come eccezione rispetto alla regola della soccombenza, la cui giustificazione non può che essere ravvisata nella necessità di reprimere le violazioni di quegli obblighi comportamentali che garantiscono il corretto e leale svolgimento del processo¹⁵⁹.

E' stato al riguardo osservato che attraverso l'utilizzo dell'avverbio "indipendentemente" il legislatore non ha solo reso evidente la deroga operata al nesso "soccombenza-condanna"¹⁶⁰, ma ha voluto porre l'accento sulla diretta ed esclusiva derivazione della condanna

¹⁵⁹ Si veda: F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Abuso del processo Atti del convegno dell'associazione italiana degli studiosi del processo civile* pag. 879 e seg. ; L.P.COMOGLIO, *L'abuso del processo e garanzie costituzionali* in *Rivista Dir. Proc.* 2008 pag. 322; A.DONDI, *Manifestazione della nozione di abuso nel processo civile* cit. pag. 459; M.GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione* cit.

¹⁶⁰ F.CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, cit. pag 880; e in *Un principio in crisi Victus Victori* in *Riv.dir.proc.* 2011 pag 265 e seg.

dalla violazione dei doveri di lealtà e probità¹⁶¹, evidenziandone, quindi, il carattere sanzionatorio.

La conferma dell'assunto è data dalla circostanza che la condanna può riguardare anche "le spese non ripetibili"¹⁶².

In sintesi, quindi, l'esplicito riferimento operato dall'art. 92 c.p.c. all'art. 88 c.p.c. fa sì che si possa affermare che dalla violazione dei principi di lealtà e di probità discendono diverse responsabilità e sanzioni: l'una di natura esclusivamente disciplinare, strettamente connessa alla violazione delle regole deontologiche, delle quali si parlerà nel prosieguo; l'altra ascrivibile alla responsabilità civilistica, sanzionata in sede di condanna alle spese.

3.4 Il divieto di espressioni sconvenienti ed offensive

Mentre l'art. 88 c.p.c., come si è visto, non prevede espressamente il potere dell'organo giudicante di sanzionare i comportamenti sleali delle parti, il successivo art. 89 c.p.c., dopo avere dettato la regola di

¹⁶¹ L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit. pag. 349 e seg.

¹⁶² Si definiscono spese non ripetibili quei costi aggiuntivi per particolari atti o prestazioni che devono in ogni caso essere sopportati dalla parte che li abbia compiuti o richiesti senza che sia possibile per il giudice procedere alla loro valutazione al momento della ripartizione finale delle spese. Quali per esempio: le consultazioni con i tecnici, le eventuali spese di viaggio, le prestazioni concluse dal professionista e non contenute nel tariffario, i maggiori oneri inerenti il rapporto di mandato con il difensore ecc..

condotta, stabilendo che *“Negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti al giudice, le parti e i loro difensori non debbono usare espressioni sconvenienti od offensive”*, nel comma successivo prevede che il giudice possa disporre la cancellazione e possa anche, in sede di decisione della causa, *“assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l’oggetto della causa.”*

Si definisce offensiva ogni espressione utilizzata negli scritti e nei discorsi difensivi con intento dispregiativo dell’avversario, ossia al solo fine di arrecare un danno non patrimoniale al soggetto cui è indirizzata. Sono, quindi, offensive le frasi ingiuriose, oltraggianti, calunniose.

Vanno, invece, qualificate sconvenienti quelle che, non essendo dirette contro il valore o i meriti di qualcuno, si caratterizzano per una lesività di grado minore, ravvisabile nel semplice contrasto delle espressioni con il decoro che deve essere mantenuto nel processo¹⁶³.

La norma, quindi, ha la medesima ratio dell’art. 88, in quanto prescrive alle parti ed ai difensori di partecipare al processo in modo composto e rispettoso, astenendosi

¹⁶³ In tal senso G.ROMUALDI, *Dall’abuso del processo all’abuso del sistema giustizia* cit., pag. 42; A.CARRATTA, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, Relazione XXIX convegno nazionale forense su *Etica del processo e doveri delle parti* (Genova, 20-21 settembre 2013); M.GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile* cit.; M.TARUFFO, *L’abuso del processo profili generali*, cit.; L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in Riv.dir.proc. 2008 pag. 319 e seg.

dall'utilizzo di espressioni che non siano in alcun modo giustificate dalle esigenze difensive e che abbiano l'unico scopo di umiliare l'avversario¹⁶⁴.

Parte della dottrina¹⁶⁵ ha osservato che l'art. 89 altro non è se non specificazione di comportamenti posti in essere in violazione dell'art. 88 e ciò perché una condotta potrà essere sussunta all'interno dell'art. 89 solo qualora si rinvenga, nell'utilizzo di espressioni sconvenienti ed offensive, "l'*animus iniuriandi*", quale espressa volontà di mortificare la controparte ledendo il suo senso dell'onore.

Risulta così evidente il collegamento fra le due fattispecie: entrambe caratterizzate da un *animus nocendi*, ovvero sia dalla volontarietà dell'atto nocivo; entrambe realizzate attraverso un comportamento scorretto delle parti o dei difensori posto in essere con l'unica finalità di ledere, in qualunque modo, l'avversario.

Rispetto all'art. 88, peraltro, l'art. 89 si caratterizza per una maggiore completezza, poiché, come si è già detto, attribuisce espressamente al giudice un potere sanzionatorio potendo, qualora le espressioni offensive non riguardino l'oggetto del contendere¹⁶⁶, comminare,

¹⁶⁴ G.ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia* cit. pag. 41 e seg.

¹⁶⁵ G.SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento di atti processuali* in Riv.trim.dir.proc. 1998 pag. 123 e seg.

¹⁶⁶ Tale limitazione trova la sua giustificazione in quanto previsto dall'art. 598 c.p. : " [...] Non sono punibili le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro patrocinatori nei procedimenti dinnanzi all'Autorità giudiziaria, ovvero dinnanzi a un'autorità amministrativa, quando le offese concernono l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo [...]".

con la sentenza che chiude il processo, il pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno alla persona offesa¹⁶⁷.

Sul contenuto che gli atti devono assumere affinché possa dirsi integrata la violazione dell'art. 89 1° comma, ci si soffermerà, nel capitolo che segue, esaminando le fattispecie concrete valutate dalla giurisprudenza.

Sin d'ora, peraltro, si può evidenziare che ancora una volta vengono in rilievo il diritto di difesa ed i suoi limiti, nel senso che la mortificazione della personalità altrui può essere consentita solo qualora sia resa necessaria dalle esigenze difensive e dalla materia controversa. Così, ad esempio, gli apprezzamenti sulla moralità della parte potranno essere consentiti in un giudizio avente ad oggetto la dichiarazione di paternità o la responsabilità della separazione personale dei coniugi, mentre non saranno in alcun modo giustificabili in una controversia nella quale venga in rilievo l'adempimento di obbligazioni di carattere solo patrimoniale.

3.5 La disciplina delle spese processuali e la repressione degli abusi

Si è già detto che l'art. 92, nel consentire la condanna alle spese della parte che abbia violato i doveri di lealtà e probità, costituisce una deroga al principio di carattere

¹⁶⁷ Si tratta ovviamente di un danno di natura non patrimoniale ex art 2059 cc, quale lesione della sfera areddituale del soggetto danneggiato.

generale in forza del quale la parte soccombente subisce il carico delle proprie spese e deve rimborsare alla parte vittoriosa le spese che abbia dovuto affrontare per ottenere il riconoscimento del suo diritto o per dimostrare la infondatezza della avversa pretesa.

Il principio *victus victori*¹⁶⁸ può essere interpretato come specificazione della regola secondo cui “il processo non deve andare a danno della parte che ha ragione”¹⁶⁹, chiamando quindi, colui il quale sia stato dichiarato soccombente dal giudice, al pagamento delle spese di lite. L’obbligo di refusione non ha, pertanto, carattere sanzionatorio, ma indennitario¹⁷⁰, poiché, essendo l’agire e il resistere in giudizio diritti costituzionalmente sanciti, le parti devono essere pienamente libere di ricorrere al giudice.

Ciò comporta che la condanna alle spese del soccombente avviene automaticamente, non richiede alcuna motivazione, prescinde dalla valutazione dell’elemento soggettivo della parte¹⁷¹.

Detto principio generale, senza dubbio condivisibile, opera sino a quando il potere concesso ai privati non si

¹⁶⁸ L’espressione è di G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 46 e seg. e *La condanna nelle spese processuali*, Roma, 1935, 177e seg.

¹⁶⁹ G. CHIOVENDA *La condanna alle spese giudiziali*, II, Roma, 1953, pag. 147.

¹⁷⁰ C. CONSOLO *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Profili generali, Torino, 2012, p. 265 parla di refusione indennitaria non ricollegabile ad alcun illecito del soccombente.

¹⁷¹ Commento all’ articolo 92 cpc, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da C. CONSOLO, Tomo I, Milano, 2013, p. 994.

trasforma in abuso, abuso che può essere perpetrato anche dalla parte che ha ragione.

In quest'ottica può essere letto l'intervento normativo attuato con la legge 18 giugno 2009 n. 69, che ha aggiunto un ulteriore periodo al primo comma dell'art. 91 c.p.c., sganciando la condanna alle spese dal mero dato oggettivo della soccombenza.

La disposizione stabilisce che il giudice possa condannare al pagamento dei costi di lite anche chi, benché risultato vincitore all'esito del giudizio, non abbia voluto aderire alla proposta di conciliazione, senza giustificato motivo, e non abbia poi tratto, dal prosieguo del processo, nessun particolare vantaggio economico aggiuntivo, avendo ottenuto solo ciò che gli era stato offerto.

Non vi è dubbio che con l'intervento normativo il legislatore abbia cercato di favorire la soluzione transattiva della lite, sanzionando la carenza di spirito conciliativo delle parti¹⁷². Tuttavia si deve ritenere che, oltre a detta finalità, si sia voluto stigmatizzare il contegno processuale della parte, e, quindi, individuare il fondamento della condanna alle spese, non già nella soccombenza, bensì nella responsabilità di avere insistito nella iniziativa processuale in un'ipotesi in cui il diritto poteva essere immediatamente soddisfatto attraverso l'accettazione della proposta conciliativa.

¹⁷² C.MANDRIOLI *Diritto processuale civile*, XXI ed. a cura di CARRATTA, I, Torino, 2011 pag. 403.

E' da ritenere, inoltre, che il legislatore abbia avuto presente non solo l'interesse della parte la quale, in conseguenza del rifiuto dell'offerta, abbia dovuto subire un aggravio di costi, ma anche e soprattutto l'esigenza di proteggere l'ordinamento dall'ingiustificato utilizzo dello strumento processuale, che si riflette sull'intero sistema giustizia, minandone l'efficienza ed impedendo la realizzazione del principio della ragionevole durata del processo.

La condanna, quindi, perde il carattere indennitario ed assume valenza sanzionatoria, svolgendo inoltre una funzione dissuasiva rispetto alla ingiustificata prosecuzione della lite.

3.6 segue: i limiti posti al potere di compensazione

Un'ulteriore disposizione che si prefigge l'intento di dissuadere dalla proposizione di domande infondate o da ingiustificate resistenze in giudizio è ravvisabile nel secondo comma dell'art. 92 c.p.c., come modificato dapprima dalla legge n. 263/2005, quindi dalla legge n. 69 /2009 ed infine dall'art. 13 del d.l. 12.9.2014 n. 132, convertito in legge 10 novembre 2014 n. 162. Nella formulazione attuale la norma stabilisce che: “ *Se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza*

rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero.”

La compensazione alla quale l'articolo fa riferimento altro non è se non la negazione del diritto al rimborso delle spese anticipate, sicché si è osservato come il termine sia stato utilizzato impropriamente, in quanto il diritto al rimborso sorge solo con la sentenza di condanna e non può estinguersi per compensazione un diritto che non sia ancora sorto¹⁷³.

Per comprendere la portata innovativa della modifica occorre ripercorrere velocemente l'exkursus normativo che ha coinvolto la disposizione in esame e che ha progressivamente ridotto la discrezionalità del giudice in tema di compensazione delle spese di lite.

Fino al 1° marzo 2006, data di entrata in vigore della legge 28-12-2005 n. 263, la pronuncia poteva essere giustificata, oltre che dalla soccombenza reciproca¹⁷⁴, da “*altri giusti motivi*” valutati discrezionalmente dal giudice, il quale non era neppure tenuto ad indicare in modo espresso nella motivazione della sentenza le ragioni per le quali il regolamento delle spese doveva derogare al principio generale della soccombenza, purché dette

¹⁷³ S.SATTA – C.PUNZI *Diritto processuale civile*, cit. pag. 122.

¹⁷⁴ Secondo la giurisprudenza di legittimità “La nozione di soccombenza reciproca, che consente la compensazione parziale o totale delle spese processuali, sottende - anche in relazione al principio di causalità - una pluralità di domande contrapposte, accolte o rigettate, che si siano trovate in cumulo nel medesimo processo fra le stesse parti, ovvero l'accoglimento parziale dell'unica domanda proposta, allorché essa sia stata articolata in più capi e ne siano stati accolti uno o alcuni e rigettati gli altri, ovvero una parzialità dell'accoglimento meramente quantitativa, riguardante una domanda articolata in unico capo.” Cass. 23.9.2013 n. 21684 in Ced Cassazione.

ragioni fossero comunque desumibili del tenore complessivo della decisione¹⁷⁵.

La riforma del 2005 non aveva limitato detto potere, avendo solo previsto l'obbligo della motivazione, mentre dopo la riforma del 2009 la possibilità della compensazione, parziale o totale, è stata prevista solo in presenza di "*gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate in motivazione*".

È evidente come le modifiche legislative abbiano perseguito l'intento di ridurre, sino ad annullare, l'ambito di discrezionalità del giudice, sicché allo stato attuale la regola della soccombenza difficilmente può essere superata, con la conseguenza che la parte che non abbia ottenuto l'accoglimento della domanda o delle difese proposte, dovrà quantomeno sopportare il peso del costo della lite, senza che possano rilevare condizioni personali o giustificazioni di tipo soggettivo, in precedenza valorizzate dalla giurisprudenza di merito.

Si è sostenuto in dottrina che la novella avrebbe come fine quello di "fare da deterrente alle cause temerarie e

¹⁷⁵ Cass. Sez. Unite Civili n. 20598/2008 in Il Corriere del merito, 2008, 12, pag. 1274 nella cui motivazione si precisa anche che "deve ritenersi assolto l'obbligo del giudice anche allorché le argomentazioni svolte per la statuizione di merito (o di rito) contengano in sé considerazioni giuridiche o di fatto idonee a giustificare la regolazione delle spese adottata, come - a titolo meramente esemplificativo - nel caso in cui si dà atto, nella motivazione del provvedimento, di oscillazioni giurisprudenziali sulla questione decisiva, ovvero di oggettive difficoltà di accertamenti in fatto, idonee a incidere sulla esatta conoscibilità a priori delle rispettive ragioni delle parti, o di una palese sproporzione tra l'interesse concreto realizzato dalla parte vittoriosa e il costo delle attività processuali richieste, ovvero, ancora, di un comportamento processuale ingiustificatamente restio a proposte conciliative plausibili in relazione alle concrete risultanze processuali."

spingere verso una maggiore funzionalità del processo di cognizione”¹⁷⁶.

L’opinione non sembra condivisibile nella parte in cui ravvisa un collegamento con la temerarietà della lite, alla quale la disposizione non fa alcun cenno e la cui disciplina permane all’interno dell’art. 96, di cui si tratterà in prosieguo.

La modifica, ad avviso di chi scrive, si pone come obiettivo quello di provocare una maggiore ponderatezza della scelta che la parte compie nel momento in cui si determina ad intraprendere il giudizio o a resistere all’azione altrui.

La norma, infatti, avverte che la soccombenza comporterà quantomeno l’onere di sopportare le spese del giudizio, non potendo confidare, come avveniva in passato, nella pronuncia di compensazione, sicché la parte dovrà valutare se l’interesse che abbia a promuovere il giudizio o a resistere all’azione giustifichi il rischio della soccombenza e le conseguenze negative che dalla stessa discendono.

L’ambito di operatività della fattispecie è, quindi, ben distinto da quello dell’art. 96 c.p.c. : sul piano dell’elemento soggettivo, in quanto non è necessario che il comportamento della parte integri gli estremi del dolo o della colpa grave, posto che, come si è già detto, la soccombenza opera su un piano meramente oggettivo e

¹⁷⁶ Art 88 Codice di procedura civile commentato in Banca dati *Pluris on line*.

prescinde da valutazioni di responsabilità; sul piano contenutistico, in quanto in un caso la parte è chiamata solo al pagamento delle spese, nell'altro a un *quid pluris* che si aggiunge alle spese e che ha funzione risarcitoria. Sottolineando l'intrinseca diversità delle discipline, non si vuole, però, escludere che la novella abbia come finalità quella di reprimere l'abuso del processo, scoraggiando la proposizione di domande infondate che, oltre a nuocere alla controparte, si rivelano dannose per l'intero sistema giustizia, intasato da controversie spesso inutili ed infondate, che oberano non solo i tribunali ma anche le corti superiori.

Una cosa è però sostenere il contenuto abusivo insito nella proposizione di domande infondate, altra è finire per omologare quest'ultime con la lite temeraria. Procedendo alla totale assimilazione delle figure si finirebbe per sostenere che l'abuso del processo e la lite temeraria sono null'altro che sinonimi. Si è già evidenziato, invece, come le suddette figure si pongano in un rapporto di genere a specie¹⁷⁷ e quindi, benché la responsabilità aggravata sia sussumibile all'interno della nozione di abuso, e ne rappresenti forse l'esempio più conosciuto, ciò non implica che ogni forma di abuso processuale debba esser ricondotta o semplificata in quest'ultima.

¹⁷⁷ Per una trattazione più esaustiva del rapporto genere a specie si veda F.CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano* in Riv.dir.proc 2012 pag. 876 .

Mi pare, quindi, di potere ravvisare nella nuova formulazione dell'art.92 un valido contributo alla prevenzione degli abusi, non certo una sanzione per la proposizione di liti temerarie, tanto più che, per quanto la giurisprudenza, particolarmente in alcuni settori, fosse propensa a compensare con facilità le spese di lite, è da escludere che ciò possa essere avvenuto anche in presenza di azioni non semplicemente infondate ma addirittura temerarie.

3.7 segue: la lite temeraria

L'analisi fin qui condotta della disciplina delle spese, come risultante all'esito degli ultimi interventi normativi, consente, quindi, di affermare che se nella normalità la condanna alla spese assolve alla funzione di garantire l'effettività della tutela giudiziale, impedendo che il processo possa risolversi in danno della parte vittoriosa, tuttavia la stessa può assumere una valenza sanzionatoria nei casi in cui il diritto di agire e di resistere in giudizio vada oltre i limiti del dettato costituzionale, che non può in alcun caso legittimare iniziative sconsiderate.

Non è, invece, condivisibile l'opinione di chi¹⁷⁸ ritiene che l'obbligo di refusione delle spese, avrebbe in ogni caso

¹⁷⁸ F.CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, cit.

funzione sanzionatoria. Infatti la sanzione presuppone un atto illecito e detta illiceità non può essere ravvisata se non allorquando la condotta processuale sia sleale o scorretta ovvero qualora l'agire e il resistere in giudizio avvengano nella piena consapevolezza del proprio torto. La disciplina delle spese, quindi, realizza un giusto contemperamento degli interessi in gioco, poiché l'ordinamento deve da un lato garantire la possibilità di ricorrere al mezzo processuale, dall'altro assicurarsi che iniziative processuali pretestuose pregiudichino non solo i soggetti coinvolti in processi ingiustificati e lesivi, ma anche tutti coloro i quali, avendo pienamente diritto alla tutela, non la ricevono o la ricevono in tempi irragionevoli, a causa dei ritardi dovuti alla proliferazione di cause temerarie.

Su dette ragioni riposa il fondamento dell'art. 96 che, nella formulazione attuale, recita:

“ Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o

il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art 91, il giudice anche d'ufficio può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”¹⁷⁹.

Contenuto all'interno del libro I, titolo III, capo IV l'articolo in discussione è rubricato “Responsabilità aggravata” nonostante sia spesso ricordato con la locuzione “lite temeraria”¹⁸⁰, la quale, in realtà, fu adoperata espressamente solo nel codice previgente, all'interno dell'art. 370 che disponeva: *“la parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio, e trattandosi di lite temeraria, può inoltre esser condannata al risarcimento dei danni”*.

La particolare suggestività del termine ha fatto sì che dottrina e giurisprudenza abbiano continuato ad utilizzarlo, preferendolo alla denominazione propria dell'articolo.

¹⁷⁹ Comma aggiunto ex art 45, c. 12, l.18-6-2009 n 69, in vigore dal 4-7-2009 ed applicabile ai giudizi istaurati successivamente a tale data(ex art 58, c. 1, l.69/2009)

¹⁸⁰ M.MAZZOLA, *Responsabilità processuale e lite temeraria*, cit. pag. 3; M.F.GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, cit. pag 80; G.BUFFONE, *La lite temeraria danneggia lo stato e i contribuenti: alla scoperta del nuovo danno strutturato da responsabilità processuale aggravata*, in *Giur.merito*, 2010, pag 2175.

Non è mancato chi in dottrina¹⁸¹ ha evidenziato come l'utilizzo della terminologia responsabilità aggravata abbia un che di ironico, poiché il particolare status soggettivo richiesto, lungi dal configurare un' ipotesi aggravata di responsabilità, dà vita ad una forma attenuata della stessa.

Infatti già dalla formulazione letterale dell'articolo si evince che i presupposti per l'applicabilità del primo comma sono la sussistenza di un elemento oggettivo, quale è la soccombenza; di uno stato soggettivo rappresentato dal dolo o dalla colpa grave; di un danno ingiusto cagionato nella sfera giuridica del soggetto risultato vittorioso dal comportamento della controparte. Va evidenziato subito come il danno subito debba essere diverso ed ulteriore rispetto alla mera resistenza in giudizio e debba poter essere addebitato proprio alla male fede del litigante.

Risultano pertanto evidenti i punti in comune con l'istituto della responsabilità aquiliana ex artt. 2043 e seguenti del codice civile, sicché in molti¹⁸² riconducono

¹⁸¹ M.BIANCA, *Diritto civile*, 5° volume, Milano, 2012 pag. 777; F.FRADEANI, *Note sulla lite temeraria attenuata ex art. 96 comma 3 cpc*, in *Giur.it* 2011, gennaio, pag. 143 e seg.

¹⁸² In tal senso si veda: C.M.BIANCA, *Diritto civile*, 5 volume, giuffrè editore Milano 2012 pag 773 e seg; G.ROMUALDI, *dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, in op.cit pag 46 e seg; A.GIUSSANI, voce *Responsabilità aggravata* in diritto online Treccani 2013; G.FINOCCHIARO, *La funzione punitiva del danno esistenziale da lite temeraria*, in *dir.proc.civ* 2005 pag 2127 e seg; G.FINOCCHIARO, *Ancora sul nuovo art 96 comma 3 cpc*, in *riv.dir.proc.*2011 pag 1184 e seg; T.DELLA MASSARA, *Terzo comma dell'art 96 cpc: quando, quanto e perché?* In *Nuov,giur.civ.comm.* 2012 aggiornamenti, pag 55 e seg; M.VACCARI, *Art 93 comma3 cod,proc civ profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in *NGCC* 2011 pag 73 e seg.

la responsabilità processuale ex art. 96 comma 1 all'interno della responsabilità extracontrattuale.

Non si può, invece, concordare con chi ritiene¹⁸³ che la suddetta responsabilità si configuri esclusivamente come sanzione di condotte processuali, totalmente svincolata dalle situazioni di diritto sostanziale fatte valere in giudizio. Le norme di diritto processuale, infatti, se da un lato prevedono particolari forme di responsabilità, dall'altro non danno vita ad un nuovo corpus unitario tale che si possano considerare rette da principi a sé stanti¹⁸⁴. Al contrario si utilizzano nozioni ed istituti di diritto sostanziale quali sono i concetti di responsabilità, imputabilità, dolo, colpa¹⁸⁵ il che rende evidente come l'art. 96, quanto meno nel primo comma, delinei una responsabilità speciale di natura aquiliana.

In relazione all'elemento soggettivo va detto che la dottrina distingue la mala fede dalla colpa grave, individuando la prima nella coscienza di operare slealmente o nella piena consapevolezza di avere torto, e la seconda nella mancanza di diligenza della parte nel valutare se il diritto sia sussistente o se l'atto sia rituale. La giurisprudenza, invece, tende a sussumere l'elemento soggettivo nel concetto unitario di temerarietà, ravvisata nella colpevole ignoranza, nel mancato doveroso impiego della necessaria diligenza, nella consapevolezza del

¹⁸³ CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1954, 378.

¹⁸⁴ N.PICARDI, op.cit. pag 187 e seg.

¹⁸⁵ C.M.BIANCA, *Diritto civile* vol V, cit. pag 775.

proprio torto, nella volontà di servirsi del processo per scopi estranei ai suoi fini istituzionali¹⁸⁶ .

In presenza dei presupposti per la applicabilità dell'art. 96 comma 1 c.p.c., è necessario che la richiesta di condanna venga espressamente formulata dalla parte nel giudizio nel quale la condotta temeraria è stata tenuta.¹⁸⁷

L'incidentale "anche d'ufficio", prevista nell'ultima parte del comma 1, è comunemente interpretata nel senso, non della possibilità per il giudice di liquidare il risarcimento del danno ex officio, bensì come mero esonero per la parte dalla prova rigorosa dell'ammontare del danno quando, però, questo nell'an¹⁸⁸ sia desumibile dal processo.

Dalla disposizione di carattere generale descritta dal primo comma, si passa, nel secondo, alla trattazione di situazioni "più particolari": la condanna è qui rivolta contro chi abbia agito "senza la normale prudenza" con iniziative processuali particolarmente aggressive della sfera giuridica della controparte, la cui elencazione si intende tassativa. Si tratta della attuazione di misure

¹⁸⁶ Codice di procedura civile commentato a cura di C. Consolo, art. 96, Milano 2013 pag. 1066.

¹⁸⁷ Si tende ad escludere in giurisprudenza e in dottrina che possa essere competente a decidere sulla responsabilità aggravata un giudice diverso da quello che è chiamato a decidere sulla domanda principale, poiché solo questi è in possesso degli elementi necessari per accertare la sussistenza della temerarietà. È esclusa quindi l'esperibilità di un'autonoma azione risarcitoria in un separato giudizio dinanzi a un giudice diverso. L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit. pag. 348. In tal senso anche Cass. S.U. 15.11.2007 n. 23726, in Riv.dir.proc, 2008 pag 1435 e in Foro.it, 2008, pag. 1514.

¹⁸⁸ L'incertezza può riguardare esclusivamente l'entità del danno o il suo preciso ammontare.

cautelari, della trascrizione di domande giudiziali, della iscrizione di ipoteche giudiziali o di provvedimenti di esecuzione forzata.

Oltre all'assenza di prudenza è congiuntamente necessario, affinché il giudice possa procedere alla liquidazione, che avviene nelle forme e nei modi descritti dal comma 1, che sia accertata l'assenza del diritto temerariamente fatto valere e sul quale si fondano le azioni istaurate.

Punto controverso è la situazione psicologica in cui deve trovarsi il soggetto agente in quanto, da un lato l'utilizzo della terminologia "senza la normale prudenza" e dall'altro l'assenza di qualunque riferimento alla mala fede e alla colpa grave, sembrerebbero far intendere che la fattispecie possa considerarsi integrata anche al ricorrere della mera "*culpa levis*", con il risultato di assicurare alla parte che subisce l'azione una tutela decisamente più incisiva rispetto a quella prevista dal comma 1.

I sostenitori di tale indirizzo¹⁸⁹ ritengono che la diversità di disciplina troverebbe la sua giustificazione nella particolare forza aggressiva delle azioni alle quali è applicabile il comma 2.

Si tratta, infatti, di strumenti processuali dal carattere anticipatorio, spesso attivati "inaudita altera parte" e, quindi, in un contesto nel quale la mancata instaurazione

¹⁸⁹ G.VANACORE, *Lite temeraria: il "canto del cigno" dell'art 385 4° co.,cpc e la nuova responsabilità aggravata* in Resp.civ., 2009, pag 969 e seg.

del contraddittorio rende più agevole perpetuare un abuso.

La tassatività delle situazioni nelle quali è ammessa l'applicabilità del secondo comma ha indotto parte della dottrina a ritenere che il primo sarebbe applicabile esclusivamente ai processi ordinari di cognizione¹⁹⁰.

La tesi non è convincente, poiché da un lato si darebbe vita ad una interpretazione ingiustificatamente restrittiva del 1° comma, senza che ciò trovi riscontro nel tenore letterale della norma; dall'altro, nelle situazioni di cui al comma 2, si renderebbe sanzionabile esclusivamente la condotta aggravata della parte agente a condizione che il giudice accerti l'inesistenza del diritto fatto valere. Resterebbero, quindi, impuniti i comportamenti tenuti, nelle procedure indicate nel comma 2, dalla parte resistente, che con dolo o colpa grave abbia cercato di paralizzare la giusta realizzazione dell'avversa pretesa. Anche in tema di responsabilità aggravata, il rinnovato interesse per l'abuso, ha favorito una interpretazione più estensiva della disposizione che ravvisa l'abuso non solo nell'agire e nel resistere in giudizio nella piena consapevolezza dell'inesistenza del diritto fatto valere o nel difetto della normale diligenza¹⁹¹, ma anche nelle

¹⁹⁰ E.GRASSO, *Note sull'illecito processuale*, in Riv.dir.proc. 1959 p 282 .

¹⁹¹ L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit., pag 348.

modalità con cui un determinato diritto o interesse, benché esistente, viene perseguito¹⁹².

Sicché secondo tale indirizzo il ricorrere delle azioni tassativamente indicate nel comma 2 non osta alla applicazione del primo comma, qualora il secondo non possa essere applicato o poiché l'abuso non è perpetrato dalla parte che agisce o poiché non è possibile per il giudice accertare l'inesistenza del diritto di cui si discute.

Come è noto la legge 18.06.2009 n. 69, recante "disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" ha provveduto, con l'art. 46 comma 20, ad abrogare l'art. 385 4°co. c.p.c. e ad introdurre, quasi in sostituzione, un terzo comma all'art. 96 c.p.c.

Data la ratio comune¹⁹³ che lega le disposizioni, appare opportuno procedere ad una loro comparazione.

Il comma 4 dell'art. 385 c.p.c. infatti così disponeva:
"Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'art. 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna altresì la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata,

¹⁹² M.F.GHIRGA , *Giudizio cautelare e responsabilità aggravata* in Riv.dir.proc. 2013, pag 1513 commento a Cass. 24 luglio 2012 n. 12888; M.VACCARI, *L'art 96, comma 3°, cod.proc.civ: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in NGCC 2011 pag. 73 e seg.

¹⁹³ E' evidente, infatti, che il legislatore attraverso la tecnica della abrogazione della norma speciale e la contestuale modifica della disciplina generale della lite temeraria ha inteso estendere a tutti i giudizi il principio in precedenza affermato per il solo ricorso in cassazione.

non superiore al doppio dei massimi tariffari, se risulta che essa abbia proposto il ricorso o vi ha resistito, anche solo con colpa grave”.

L'introduzione del suddetto comma, la cui vita è stata particolarmente breve¹⁹⁴, trovava la sua giustificazione nella necessità di porre un freno al sempre più ingente numero dei ricorsi alla Corte Suprema, causa di considerevoli ritardi nelle decisioni, ma soprattutto in grado di minare la funzione dell'organo che, lungi dal rappresentare solo il terzo grado di giudizio, deve assicurare, attraverso la nomofilachia, l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione della legge.

La norma abrogata attribuiva, dunque, ai giudici di legittimità il potere di condannare la parte soccombente al pagamento, congiuntamente alle spese di lite, di un'ulteriore somma a favore della controparte.

La sanzione, irrogabile solo nei confronti della parte che avesse resistito o proposto il ricorso quantomeno con colpa grave, veniva determinata in modo equitativo, ma nel rispetto dei massimi edittali espressamente indicati dalla norma attraverso il richiamo alle tariffe forensi. All'introduzione di tale articolo seguì un'accesa discussione circa la sua natura, e la dottrina prevalente attribuì alla norma funzione deflattiva e sanzionatoria¹⁹⁵ sul presupposto che da un lato, nonostante la presenza

¹⁹⁴ Il 4° comma, infatti, era stato introdotto solo nel 2006 dall'art. 13 del d.lgs. 2.2.2006 n.40.

¹⁹⁵ G.VANACORE, *Lite temeraria il canto del cigno dell'art 385 co 4 cpc e la nuova responsabilità aggravata* in Resp.civ. 2009 pag. 969.

dell'elemento soggettivo, fosse assente qualunque riferimento ad un ulteriore danno, dall'altro che la condanna ex officio e il contenimento all'interno di limiti edittali portassero ad escluderne l'intento risarcitorio¹⁹⁶.

Il collegamento con l'art. 96 comma 3, reso evidente dal contenuto delle due norme nonché dalla contestualità fra abrogazione dell'una e approvazione dell'altra,¹⁹⁷ ha fatto sì che la dottrina nella interpretazione della disciplina di carattere generale, valorizzi la sua genesi ed il confronto con la normativa che l'aveva preceduta.

¹⁹⁶ G.VANACORE, *Lite temeraria: "il canto del cigno" dell'art 385, 4° co, cpc e la nuova responsabilità aggravata* in Resp.civ, 2009 pag 986 e seg.; M.LUPANO, *Il terzo comma dell'art 96 cpc a tre anni dall'introduzione: orientamenti giurisprudenziali ed incertezze sistematiche*, in Corr.giur. 2013 pag. 994 e seg; G.BUFFONE, *La lite temeraria danneggia lo stato e i contribuenti: alla scoperta del nuovo danno strutturato da responsabilità processuale aggravata* in Giur.mer. 2010 pag. 2175 e seg.

¹⁹⁷ Nella Relazione al Senato si legge espressamente: «Il 12° co. aggiunge un nuovo comma all'art. 96 c.p.c. in materia di responsabilità aggravata della parte per la c.d. lite temeraria. L'art. 96 c.p.c. dispone attualmente che se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Analogamente, viene condannato al risarcimento dei danni, qualora vi sia una domanda in tal senso, l'attore o il creditore procedente che abbia agito senza la normale prudenza, qualora il giudice accerti l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale. Il comma in esame prevede una valorizzazione dell'istituto in questione (attualmente quasi inapplicato anche in relazione al difficile assolvimento dell'onere probatorio) prevedendo che – in sede di pronuncia sulle spese – il giudice, anche d'ufficio, possa condannare il soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma da determinare in via equitativa. La disposizione in questione rimanda al contenuto dell'art. 385, 4° co., c.p.c. (del quale l'art. 46, 20° co., del disegno di legge in esame prevede l'abrogazione), che attualmente prevede la condanna al risarcimento per lite temeraria in sede di giudizio di cassazione; la citata norma, infatti, stabilisce che quando pronuncia sulle spese, la Corte di Cassazione, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave».

Non si può certo sostenere che il legislatore nel formulare il comma 3 dell'art. 96, abbia brillato in chiarezza e sistematicità. Si tratta, infatti, di una disposizione indeterminata, generica ed ambigua¹⁹⁸, che pone non poche difficoltà interpretative quanto alla individuazione della natura, dei presupposti applicativi, dei criteri che devono guidare nella quantificazione della somma.

Il comma si apre con una locuzione particolarmente ambigua, prevedendo che il giudice possa "in ogni caso", condannare anche d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata.

Se si volesse valorizzare il solo tenore letterale della disposizione si potrebbe, quindi, sostenere che è la soccombenza della parte l'unico presupposto necessario per la condanna, senza che sia richiesto l'elemento soggettivo dell'illecito.

La dottrina ha espresso al riguardo opinioni contrastanti. Alcuni autori¹⁹⁹, valorizzando il tenore letterale della disposizione, evidenziano che occorre prescindere dall'elemento soggettivo, sia perché solo così si dà un senso all'espressione "in ogni caso", sia in quanto diversamente verrebbe meno qualunque distinzione fra il primo ed il terzo comma, e si finirebbe per frustrare l'intento del legislatore, che, con la novella del 2009, ha

¹⁹⁸In tal senso: P.PORRECA, *L'art 96, 3° comma, fra ristoro e sanzione* in Foro.it 2010, pag. 2241; G.FINOCCHIARO, *Ancora sul nuovo art 96 comma 3° cpc* in Riv.dir.proc. 2011, pag. 1184

¹⁹⁹ M.F.GHIRGA, op.cit. pag 86 ; F.FRADEANI, *Note sulla lite temeraria ex art 96 co 3 cit.*; LUIISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella* in Riv. trim.dir. e proc. civ., 2007, pag.605 e seg.

voluto chiaramente estendere i casi di responsabilità aggravata, con finalità deflative del contenzioso.

Non manca, però, chi sostiene²⁰⁰ che, al contrario, non si possa prescindere dall'elemento soggettivo, poiché altrimenti si violerebbe il principio della responsabilità personale e dell'imputabilità e la norma finirebbe per porsi in contrasto con l'art. 24 Cost..

Si sostiene, poi, che la tesi secondo la quale la condanna ex comma 3 dovrebbe prescindere integralmente dalla colpa, finirebbe per concedere al giudice una discrezionalità talmente ampia da essere quasi arbitraria. Astrattamente, infatti, ricorrendo la soccombenza, ogni condotta processuale potrebbe dare luogo alla applicazione della norma e ciò finirebbe per porre la stessa in contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione.

Proseguono, inoltre, sostenendo che il terzo comma, in quanto prescinde dalla prova del danno e dalla richiesta della parte, mantiene comunque una sua autonomia rispetto al primo, anche nella esegesi che ritiene necessario un collegamento fra le due ipotesi, così da ancorare la condanna ex comma 3 quantomeno alla colpa grave della parte²⁰¹.

²⁰⁰ G.VANACORE, *L'art 96,3°co,cpc nell'attuale sistema di responsabilità per le spese e danni processuali* in Resp.civ.,2011 pag. 614 e seg; G.FINOCCHIARO, *Ancora sull'art 96 co 3 cpc*, cit.; G.SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in Foro.it. 2009 pag. 258.

²⁰¹ In tal senso T.DELLA MASSARA, *Terzo comma dell'art 96 cod.proc.civ: quando, quanto e perché* in Nuova Giur. Civ. Comm. 2011 pag 55 e seg.

Evidenziano, infine, che la necessità dell'elemento soggettivo sarebbe avvalorata, sia dal tenore letterale dell'art. 385, che come detto ne rappresenta l'antecedente normativo e nel quale si faceva espresso richiamo alla colpa grave, sia dalla collocazione della disposizione, inserita in un articolo già esistente e destinato a disciplinare le condotte temerarie.

I sostenitori del primo indirizzo ribattono a detti argomenti evidenziando che con l'introduzione del comma 3 il legislatore avrebbe inteso estendere l'ambito di applicazione all'art. 88²⁰², chiamando l'organo giudicante a sanzionare non solo quelle condotte palesemente scorrette ma anche quelle che, benché non caratterizzate da colpa grave, si pongono comunque in contrasto con la buona fede processuale.

Detto orientamento crea, quindi, una forte cesura fra il 1° e il 3° comma dell'art. 96 c.p.c., individuando una diversa natura ed una diversa funzione della condanna. Il primo comma, infatti, darebbe vita ad una condanna di natura risarcitoria, sussumibile all'interno dell'art 2043 cc, che trova la sua giustificazione nella necessità di ristorare il pregiudizio subito dalla controparte a seguito dell'illegittimo utilizzo dello strumento processuale²⁰³.

²⁰² In tal senso G.ROMUALDI, op.cit pag. 54; A.CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art 96 comma 3 cpc* in Fam.e.dir., 2011, pag.814 e seg.; M.VACCARI, op.cit pag. 79.

²⁰³ Si tratta di un danno che, come si è detto, necessita di essere provato dalla parte, essendo l'intervento officioso del giudice limitato alla sola liquidazione ,nei casi in cui il danno sia certo nell'an ma non esattamente determinato nel quantum.

L'ultimo comma, invece, avrebbe una funzione più propriamente sanzionatoria, volta innanzitutto a dissuadere da un utilizzo distorto ed abusivo del processo. Si tratterebbe, quindi, di una sanzione a carattere pubblicistico, perché rivolta a reprimere, e al tempo stesso a scoraggiare, un determinato comportamento.

Se la norma si interpreta in questi termini, si deve ritenere che il legislatore italiano, nel formularla, abbia assunto a modello i cosiddetti “danni punitivi”²⁰⁴ di derivazione anglosassone.

Negli ordinamenti di common law, infatti, si definiscono “punitive damages” quelle sanzioni comminate contro chi abbia agito con “malice” o “gross negligence” in violazione della “fairness” processuale²⁰⁵.

Nonostante i punitive damage abbiano anche funzione retributiva²⁰⁶, in quanto devoluti alla controparte processuale, il loro obiettivo principale è quello di comminare “pene esemplari” che disincentivino la reiterazione del comportamento²⁰⁷.

²⁰⁴ In tal senso T.DELLA MASSARA, *Terzo comma dell'art 96 cod.proc.civ: quando, quanto e perché*, cit. pag. 62.

²⁰⁵ D.D.FRIEDMAN, in *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004 definisce i danni punitivi come “ un moltiplicatore di probabilità, per controbilanciare la probabilità che l'autore del fatto illecito non venga mai processato o che la vittima non sia in grado di risultare giustamente vittoriosa nel corso del processo”.

²⁰⁶ Contra: P. KEETON, *Prosser and Keeton on Torts*, 5° edizione 1984, p.26; s, M.H. REDISH – A.L. MATHEWS, *Why Punitive Damages Are Unconstitutional*, in 53 *Emory L.J.* 2, 2004.

²⁰⁷ G. ROMUALDI, op.cit. pag. 56; S.OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta la cassazione non apre* in *Nuova giur. civ.* 2007,9, 963.

L'importo, la cui quantificazione è rimessa alla discrezionalità del giudice, è contenuto all'interno di limiti edittali predefiniti, ma deve essere adattato al singolo caso concreto, tenendo conto della tipologia della condotta, della natura del pregiudizio, valutato anche in relazione alle condizioni soggettive della parte che lo subisce, delle condizioni economiche del danneggiante.

Sebbene, quindi, la proporzionalità non sia del tutto estranea alla condanna, la natura sanzionatoria è resa palese dalla circostanza che la parte è chiamata al pagamento di una somma superiore rispetto a quella che sarebbe stata necessaria per risarcire integralmente il danno.

L'analogia con l'art. 96 ultimo comma è, quindi, evidente e non vale ad escluderla il tentativo di quella parte della dottrina che tenta di ricondurre la fattispecie all'interno della responsabilità civile, valorizzando sia la devoluzione alla controparte, sia il carattere equitativo della liquidazione.

A ben vedere, infatti, la norma prescinde del tutto dalla esistenza di un pregiudizio e, quindi, non si prefigge lo scopo di riparare un danno, avendo solo la finalità di sanzionare un comportamento. Il fatto, poi, che della sanzione benefici la controparte e non l'ordinamento non può di per sé essere sufficiente per escludere detta funzione della norma.

Si è, però, evidenziato in dottrina²⁰⁸ come i danni punitivi, nelle forme e nei modi previsti nell'ordinamento nordamericano, non possano essere trasposti nell'esperienza italiana, non esistendo, le condizioni istituzionali per un vero *legal transplant*. I cosiddetti "danni punitivi all'italiana"²⁰⁹ devono essere collocati all'interno della categoria delle pene private²¹⁰.

La dottrina dominante definisce le pene private quali sanzioni pecuniarie comminate nei confronti di un soggetto, su iniziativa o a vantaggio di un altro privato,²¹¹ al fine di scoraggiare un comportamento scorretto connotato da mala fede²¹². Benché si tenda a collocarle all'interno delle sanzioni civili, da queste si distinguono per il quantum della condanna che supera la somma che sarebbe stata concessa qualora la funzione fosse stata meramente risarcitoria²¹³. Tale maggiore somma è funzionale al raggiungimento dell'obiettivo, ovvero sia a disincentivare le condotte antiggiuridiche attraverso uno

²⁰⁸ Per una trattazione approfondita del tema vedi G.PONZANELLI, *I danni punitivi* in Nuova giur. civ. com. 2008 pag. 25 e seg; M.F.GHIRGA, op.cit. pag 57; G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, una nuova vicenda* in Danno e responsabilità 2009 pag 92 e seg.

²⁰⁹ Per riprendere la terminologia usata da F.FRADEANI, *Note sulla lite temeraria attenuata ex art 96 comma 3 cpc* cit., che pare particolarmente "azzeccata".

²¹⁰ Per una trattazione più completa del tema GALLO, *Le pene private e responsabilità civile*, 1996 Milano; G.PONZANELLI, *La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, in *Studi in onore di Francesco D. Busnelli*, Giuffrè, 2008; P. SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2008.

²¹¹ S.PATTI, *Pena privata*, in Digesto VI .

²¹² G.PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit.

²¹³ A.S.GAUDENZI, *Brevi note in tema di "danni punitivi"* materiale tratto da www.studiosirottigaudenzi.it 2008.

strumento più duttile rispetto a quello risarcitorio, perché sganciato dalla necessaria prova del danno.

La giurisprudenza, peraltro, tende ad escludere che il danno punitivo possa trovare ingresso nel nostro ordinamento. La apertura della Corte Costituzionale contenuta nella sentenza n. 184/1986²¹⁴, non è stata raccolta dai giudici di legittimità, i quali, al contrario, nel negare la delibazione di una sentenza statunitense, anche con la recente sentenza n. 1781/2012 hanno ribadito la incompatibilità con l'ordinamento italiano dell'istituto del danno punitivo²¹⁵.

La pronuncia fa leva, non su principi di carattere costituzionale, bensì sulle caratteristiche che la responsabilità da atto illecito ha nel nostro ordinamento, caratteristiche, che, peraltro, in alcuni settori la stessa

²¹⁴ Nella sentenza, infatti, i giudici della Consulta affermarono la presenza di un implicito elemento deflattivo e dissuasivo di condotte illecite insito in ogni pronuncia di condanna al risarcimento del danno. Sostennero, infatti, che : «è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed ulteriormente alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori».

²¹⁵ Cass. I 8.2.2012 n. 1781 in *Danno e resp.* 2012,6, pag. 611, con nota di G.PONZANELLI *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*. La pronuncia ribadisce quanto già affermato da Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Corr. giur.*, 2007, pag. 497 nella quale si legge «l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante» in *Nuova giur. civ. com.* 2007 con nota di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta la cassazione non apre* pag 983. Sul tema anche P. PARDOLESI, *I danni punitivi, frustrazione da vorrei ma non posso ?* in *Riv.critica.dir.proc.* 2007 pag 343.

sta perdendo quale effetto della necessaria prevalenza del diritto dell'Unione²¹⁶.

Nulla esclude, pertanto, che il legislatore ordinario possa prevedere ipotesi nelle quali la condanna è diretta non a ristorare un pregiudizio, bensì a sanzionare un comportamento ritenuto illecito.

Si comprende, quindi, perché parte della dottrina ritenga che, anche attraverso la nuova formulazione dell'art. 96 c.p.c., i danni punitivi abbiano fatto il loro "nascosto" ingresso nel nostro ordinamento²¹⁷.

Tornando al tema dell'elemento soggettivo che deve sorreggere la condotta nella fattispecie prevista dal 3° comma dell'art. 96 c.p.c., sembra a chi scrive che la lettura costituzionalmente orientata imponga di interpretare la norma nel senso di richiedere per la condanna quantomeno la presenza della colpa del soggetto agente²¹⁸.

²¹⁶ Il pensiero va alle recenti pronunce della Corte di Giustizia - ord. 12.12.1013 in causa C - 50/13 Papalia in Curia.eu - e della Corte di Cassazione - Cass. L. 30.12.2014 n. 27481 in Ced Cassazione - sul risarcimento del danno quale sanzione per l'illecita reiterazione di contratti a termine

²¹⁷ G.VANACORE, *Marca punitiva del nuovo art 96 cpc: a margine di un decisum del Tribunale di Varese*, in Resp.civ 2010, pag. 387; M.LUPANO, *Il terzo comma dell'art 96 a tre anni dall'introduzione: orientamenti giurisprudenziali ed incertezze sistematiche*, in Corr.giur. 2013 pag. 994; L.VIOLA, *I danni punitivi nella responsabilità della pubblica amministrazione dopo la l. n 69/2009* in La resp.civ. 2010 pag. 85 e seg; F.D.BUSNELLI, E.D'ALESSANDRO, *L'Enigmatico ultimo comma dell'art 96 cpc: responsabilità aggravata o "condanna punitiva?"* cit. pag 595.

²¹⁸ Si tratta, infatti, di una scelta obbligata in quanto sostenere la non necessaria presenza dell'elemento soggettivo equivarrebbe ad affermare che il soggetto può essere ritenuto responsabile solamente per il fatto di essere soccombente e che il giudice è legittimato ad irrogare la sanzione anche a fronte di comportamenti privi del carattere della abusività.

Quanto, poi, alla natura della condanna è da ritenere che la stessa non possa essere ricondotta esclusivamente alla responsabilità civile, giacché, pur essendo indubitabile una componente ripristinatoria, resa evidente dalla destinazione della somma liquidata, tuttavia non si può disconoscere anche la natura punitiva dello strumento posto a presidio di interessi pubblicistici.

Si tratta, anche qui, di una lettura doverosa poiché, per dare un senso alla novella del 2009, è necessario che il comma aggiunto abbia un contenuto diverso ed ulteriore rispetto alla previsione già contenuta nel primo comma dell'articolo. Inoltre l'utilizzo della locuzione "altresi" richiama ovviamente una situazione cumulativa e non disgiuntiva tale che il giudice potrebbe, qualora ne ricorrano i presupposti, condannare la parte sia ex comma 1 che ai sensi del comma 3²¹⁹.

I contrasti interpretativi non vertono esclusivamente sull'elemento soggettivo richiesto ai fini della applicazione del 3° comma dell'art. 96, ma anche su quello oggettivo.

Sebbene, infatti, la disposizione abbia un contenuto fortemente disomogeneo, tuttavia tutti i commi richiamano la soccombenza della parte. Ci si è, pertanto, domandati se l'applicabilità dell'art. 96 debba essere subordinata alla totale soccombenza della parte o se, al

²¹⁹ In tal senso vedi G.BUFFONE *La lite temeraria danneggia lo stato e i contribuenti: alla scoperta del nuovo danno strutturato da responsabilità processuale aggravata* cit. pag. 2186; T.DELLA MASSARA, *Terzo comma dell'art 96 cod.proc.civ. quando, quanto e perché?* cit. pag. 69; G.ROMUALDI, *op.cit.* pag. 58; M.VACCARI, *L'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali* cit. pag. 80 e seg.

contrario, sia sufficiente anche quella parziale o reciproca.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza²²⁰ tendono ad escludere tale possibilità, innanzitutto perché la soccombenza reciproca o parziale impedisce di riscontrare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave²²¹. Si aggiunge che, in ogni caso, il tenore letterale dell'articolo non ne consente l'applicazione in caso di soccombenza solo parziale, poiché quando il legislatore ha voluto sanzionare un comportamento di parte a prescindere dalla soccombenza, lo ha fatto espressamente²²².

Gli argomenti sopra sintetizzati sembrano a chi scrive difficilmente superabili sebbene, in una prospettiva de iure condendo, non si può non rilevare che, nell'ambito di un processo che aspiri ad essere veramente giusto²²³, è piuttosto illogico fare discendere dall'accoglimento solo parziale della pretesa la impossibilità di reprimere l'abuso il quale, al contrario, dovrebbe rimanere "autonomamente

²²⁰ Trib. Reggio Emilia 18.4.2012 e Trib. Piacenza 15.11.2011 in Foro Pad. 2012,I, 336

²²¹ Si sostiene che negli altri casi la sanzione non può essere comminata poiché il diritto a non subire turbative processuali della parte risultata parzialmente vincitrice soccombe dinanzi al diritto a poter ricorrere ad un giudice.

²²² C.PAPETTI, *Riflessioni in tema di lite temeraria: Rapporto tra art 96 cpc e 2043 cc, presupposti oggettivi e soggettivi di sussistenza, danno risarcibile, competenza*, in www.federalismi.it 2006. L'autrice richiama il 1° comma dell'art. 92 ma potrebbe essere significativamente richiamato anche il 2° comma che parla espressamente di "reciproca soccombenza".

²²³ A.DONDI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo nella prospettiva de iure condendo*, cit. pag. 194.

perseguibile ed in qualche modo sanzionabile, a prescindere dall'esito della lite"²²⁴.

3.8 Le sanzioni pecuniarie previste per singoli abusi e la disciplina delle spese nelle cause previdenziali

E' da ritenere che gli accesi contrasti che hanno accompagnato l'introduzione del comma 3 dell'art. 96 c.p.c. siano sorti soprattutto per la natura composita della condanna e non per la previsione di una sanzione, atteso che il codice già prevedeva pene pecuniarie comminate dal giudice a fronte di particolari condotte processuali. Infatti, anche prima della novella del 2009, il codice riconosceva:

- ai sensi dell'art. 54 c.p.c.²²⁵, il potere del giudice di sanzionare la parte che avesse proposto istanza di ricusazione dichiarata inammissibile o rigettata²²⁶.
L'organo giudicante è chiamato a valutare se la richiesta della parte sia stata posta in essere per

²²⁴ L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit. pag. 351.

²²⁵ Per una più completa trattazione del tema vedi: M.F.GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004 pag. 27 e seg.; G.BALENA, *La nuova pseudo-riforma* in Giust.proc.civ.2009 pag. 766

²²⁶ La norma, che nella sua versione originaria prevedeva l'obbligatorietà della condanna, era stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui affermava detta doverosità, ritenuta da Corte Cost. 21.3.2002 n. 78 una ingiusta compromissione del diritto alla tutela giudiziaria. Con la novella dettata dalla legge n. 69/2009 il legislatore ha recepito l'insegnamento della Corte ed il potere del giudice di comminare la sanzione è divenuto discrezionale; contestualmente sono stati modificati i limiti edittali prima irrisori.

mere finalità abusive²²⁷ o se al contrario, nonostante il rigetto, il soggetto non perseguisse tali finalità;

- ai sensi dell'art. 226 c.p.c., la facoltà del collegio di condannare, con la sentenza che rigetta la querela di falso²²⁸, il querelante al pagamento di una pena pecuniaria che, sebbene irrisoria (da € 2 a € 20), ha comunque contenuto sanzionatorio;
- ai sensi dell'art 408 c.p.c.²²⁹, l'autorità al giudice, dichiarata inammissibile o rigettata per infondatezza dei motivi l'opposizione di terzo, di condannare quest'ultimo al pagamento della pena pecuniaria, anche qui irrisoria, di € 2;

Non vi è dubbio che le disposizioni sopra citate siano poco valorizzate nella loro portata sistematica, come si evince dalla scarsa rilevanza data loro nelle trattazioni manualistiche. La sanzione è connessa al rigetto dell'istanza, quindi alla soccombenza della parte, al ricorrere della quale il giudice è chiamato a valutare, esercitando un potere discrezionale, se sia necessario applicare una sanzione che si aggiunge al pagamento delle spese di lite²³⁰.

²²⁷ Hanno carattere abusivo le istanze di ricsuzione poste in essere al solo scopo di : sottrarre la controparte al giudice naturale previsto per legge; ritardare, attraverso la sospensione, il processo; ottenere un giudice più favorevole.

²²⁸ Per una più completa trattazione del tema : V.DENTI, voce *Querela di falso* in Novissimo Dig.it, XIV,Torino 1967; G.DE STEFANO, voce *Querela di falso* in Enc.giur. XIV Milano 1967.

²²⁹ Per una trattazione più completa del tema: F.P.LUIISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2011, pag. 518; C.CECHELLA, *L'opposizione di terzo alla sentenza*, Torino 1995, pag. 104 e seg.

²³⁰ M.F.GHIRGA, op.cit. pag. 97 e seg.

Non dissimile è il potere concesso alla Corte di appello dall'art. 283, 2° comma c.p.c., nel testo modificato dall'art. 27 della legge n. 183/2011, che consente di infliggere una pena pecuniaria, di importo non inferiore ad € 250,00 e non superiore ad € 10.000,00, alla parte che abbia presentato istanza di sospensione della esecuzione o della efficacia esecutiva della sentenza di primo grado, non accolta perché ritenuta inammissibile o manifestamente infondata. E' evidente che anche detta disposizione persegue l'obiettivo di scoraggiare iniziative che, pur essendo prive di qualsivoglia fondatezza, rallentano il lavoro delle Corti, danneggiando la funzionalità del sistema.

Il contemperamento fra la necessità di garantire il diritto di difesa della parte e l'esigenza di reprimere l'abuso è realizzato, da un lato escludendo che la semplice infondatezza, non manifesta, possa giustificare l'esercizio del potere, dall'altro prevedendo la possibilità di revocare la ordinanza con la sentenza che decide il merito della causa.

E' da ritenere che al momento della decisione rilevi nuovamente la soccombenza, nel senso che l'ordinanza potrà essere revocata solo qualora l'appellante, che si sia visto respingere la richiesta di inibitoria, risulti, poi, vincitore all'esito del giudizio di merito²³¹.

²³¹ L'evenienza è tutt'altro che improbabile solo se si considera la diversità del metro di giudizio fra le due fasi, diversità che può condurre a ritenere fondata,

Una valenza sanzionatoria va, infine, riconosciuta anche all'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che ha aggiunto il comma 1 quater all'art. 13 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115²³², prevedendo nei giudizi di impugnazione il raddoppio del contributo unificato a carico della parte risultata totalmente soccombente.

La ratio della disposizione, estesa anche alle impugnazioni incidentali, è evidentemente quella di scoraggiare gravami infondati e di far sì che la parte risponda del proprio comportamento non solo nei confronti dell'avversario, al quale dovrà rifondere le spese di lite, ma anche rispetto allo Stato, contribuendo in maggiore misura alla costituzione dei fondi destinati a garantire il funzionamento degli organi giudiziari.

Anche in tal caso il legislatore ha contemperato l'esigenza di scoraggiare e reprimere azioni abusive, con la necessità di garantire il diritto di difesa nonché l'accesso alla giustizia delle parti meno abbienti.

Il raddoppio, infatti, è legato all'esito della lite, ossia all'accertamento della infondatezza della pretesa fatta valere in giudizio, e dallo stesso possono essere esonerati

all'esito della cognizione piena, una impugnazione che prima facie, alla delibazione sommaria, non appariva tale.

²³² La norma dispone che *“Quando l'impugnazione, anche incidentale, e' respinta integralmente o e' dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta e' tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis. Il giudice da' atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente e l'obbligo di pagamento sorge al momento del deposito dello stesso”*.

coloro i quali dimostrino di essere titolari di redditi non elevati, anche se superiori a quelli richiesti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

Sebbene si tratti di disposizione non a carattere generale, merita un cenno l'art. 152 disp. att. c.p.c., nel testo modificato dall'art. 52, comma 6, della legge n. 69/2009, che per le sole controversie previdenziali prevede che il giudice, nel liquidare le spese di lite, non possa in nessun caso superare il valore della prestazione dedotta in giudizio.

Si tratta, evidentemente, di una norma volta a fronteggiare una particolare forma di abuso del processo, ricorrente in questo settore, ossia quella di ricorrere alla giustizia per richiedere prestazioni di importo addirittura inferiore ai minimi tariffari previsti dal d.m. 8.4.2004 n. 127, all'epoca vigente, di modo che la controversia finiva per avere una effettiva utilità solo per il difensore che la patrocinava²³³.

Il legislatore, stabilendo che il valore della domanda costituisce un limite invalicabile al momento della liquidazione degli onorari, ha anche qui cercato di contemperare il diritto di difesa, che in linea di principio non può essere mortificato solo per la minima rilevanza

²³³ S.L. GENTILE *Il processo previdenziale*, Milano, 2010, pag. 618.

degli interessi patrimoniali in giuoco²³⁴, con la esigenza di impedire che dette azioni possano essere preordinate ad altri fini, divenendo lo strumento di un ingiustificato arricchimento ai danni degli enti previdenziali, realizzato, tra l'altro, intasando i tribunali di controversie bagatellari²³⁵ e pregiudicando, in tal modo, la funzionalità degli stessi.

Perplessità suscita, invece, l'ulteriore intervento normativo attuato con l'art. 38 del d.l. n. 98/2011 che ha inserito un ultimo periodo nella disposizione e, al fine di rendere operante il rispetto del limite massimo, ha previsto a carico della parte ricorrente l'onere di dichiarare nell'atto introduttivo della lite il valore della controversia "a pena di inammissibilità del ricorso".

La previsione, infatti, finisce per paralizzare il diritto di azione della parte, in modo del tutto irragionevole, poiché la sanzione della inammissibilità, tra l'altro legata alla sola mancanza di un dato formale del ricorso, incide sulla realizzazione del diritto, mentre l'esigenza di reprimere l'abuso sopra evidenziato ben poteva essere assicurata attraverso la sanzione della non ripetibilità delle spese anche in caso di esito favorevole della lite.

²³⁴ Al riguardo, peraltro, esprime una diversa opinione la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 4228/2015 richiamata nel paragrafo 7.3 del quarto capitolo.

²³⁵ Non a caso il medesimo limite è oggi previsto dall'art. 91 ult. comma c.p.c., come modificato dall'art. 13 del d.l. n. 212/2011, convertito in legge n. 10/2012, per le controversie di competenza del giudice di pace di valore non superiore a € 1.100.

Si configura, pertanto, un potenziale conflitto, non solo con l'art. 24 cost. ma anche con i principi sanciti dalla Cedu e, quindi, con gli obblighi internazionali assunti dallo Stato, poiché secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo²³⁶ le limitazioni all'accesso alla tutela giurisdizionale per motivi formali non possono mai spingersi sino a pregiudicare l'essenza del diritto. Detti limiti sono ammissibili, perché compatibili con l'art. 6, comma 1 CEDU, solo qualora perseguano uno scopo legittimo e vi sia una ragionevole relazione di proporzionalità fra il mezzo utilizzato e la finalità che attraverso la stessa il legislatore ha inteso assicurare.

3.9 Gli strumenti di repressione dell'abuso nel corso della trattazione della causa ed il principio della ragionevole durata del processo

Si sono fin qui analizzate situazioni nelle quali l'abuso del processo viene sanzionato principalmente con la sentenza che decide la causa. L'ordinamento, peraltro, conferisce al giudice poteri che sono finalizzati a reprimere l'utilizzo distorto dello strumento processuale anche prima che il processo giunga a conclusione, ogniqualvolta le parti esercitino le loro facoltà per finalità ostruzionistiche e

²³⁶ Corte EDU Walchli c. Francia 26 luglio 2007, Faltejsek c. Repubblica Ceca 15 maggio 2008) in Ced Cassazione.

dilatorie. Fra i poteri specifici del giudice orientati in tal senso si ricordano²³⁷:

- l'art. 245 c.p.c., che consente al giudice di ridurre le liste testimoniali sovrabbondanti, se la assunzione di tutti i testi indicati non risulti essere utile per la soluzione della controversia. Tale potere discrezionale è volto ad evitare che la disponibilità della prova testimoniale si trasformi in tecnica dilatoria e venga utilizzata per ritardare la definizione della causa;
- l'art. 209 c.p.c. che autorizza il giudice a chiudere l'istruzione probatoria qualora ritenga superflua, tenuto conto dei risultati già raggiunti, l'assunzione di prove ulteriori. Anche in detta ipotesi la ratio della disposizione, deve essere ravvisata nella necessità di evitare che il principio dispositivo si trasformi in un utilizzo distorto degli strumenti processuali;
- l'art. 175 c.p.c. che riconosce al giudice istruttore la facoltà di esercitare tutti i suoi poteri per garantire il più sollecito e leale svolgimento del processo. La norma, decisamente sottovalutata²³⁸, solo in tempi

²³⁷ M.TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, cit. pag. 455 e seg.

²³⁸ “.. se si volesse davvero far perno sui poteri del giudice per fini di prevenzione e repressione degli abusi che si traducono in condotte ostruzionistiche e dilatorie occorrerebbe andare oltre alle enunciazioni puramente declamatorie come quella dell'art 175 c.p.c. Bisognerebbe attribuire al giudice il potere di non prendere in considerazione istanze che siano evidentemente dilatorie e vessatorie, di non

recenti è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza. A volerne valorizzare il contenuto, infatti, il potere concesso potrebbe essere utilizzato come utile strumento per reprimere le condotte processuali abusive poiché, trattandosi di un potere atipico, trova il suo limite solo nel rispetto del diritto di difesa, del contraddittorio e del principio dispositivo;

Dagli articoli sopra richiamati si evince come fra le tecniche con le quali le parti possono perpetrare l'abuso del processo si annoverano anche tutte quelle attività che, pur utilizzando strumenti previsti dal legislatore per garantire l'effettività della difesa, sono in realtà volte a dilatare i tempi del processo ed a procrastinare la decisione, sino al punto da rendere la stessa non più utile per la parte che ha ragione.

Mentre le ragioni che possono spingere una parte a siffatto uso degli strumenti processuali possono essere le più varie, dalla volontà di "fiaccare" la controparte²³⁹ alla consapevolezza che il ritardo della decisione renderà quest'ultima infruttuosa per l'avversario, unico è il

decidere questioni meramente pretestuose, e di irrogare sanzioni immediate ed afflittive a carico della parte che incorra in condotte abusive deleterie per il corretto svolgimento del processo." Si noti come M.TARUFFO in *Elementi per una definizione di abuso del processo*, nell'esprimere il pensiero sopra citato, abbia notevolmente anticipato i tempi, ponendo l'attenzione su temi che si stanno sviluppando solo attualmente (lo scritto da cui è tratta la citazione fu pubblicato nel lontano 1997).

²³⁹ P.CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit.

risultato: il comportamento abusivo si pone in aperta violazione del giusto processo come delineato dall'art. 111 Cost²⁴⁰. Si noti, infatti, come la norma costituzionale sia stata più volte richiamata dalla giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, a giustificazione della necessità di reprimere e sanzionare condotte abusive²⁴¹. Queste ultime, infatti, ledono l'effettività e l'efficacia della tutela giurisdizionale, principi posti alla base del "giusto processo"²⁴². Giusto, e quindi non abusivo²⁴³, è quel processo che assicuri in tempi ragionevoli una tutela giurisdizionale effettiva.

Anche in tale campo il giudice è quindi chiamato ad operare un bilanciamento: tra il principio di effettività per il quale *"il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio"*

²⁴⁰ Per esigenze di economia del lavoro non è possibile procedere ad una trattazione sistematica del tema per il quale si rimanda a F.DE SANTIS, *La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e remissione in termini: percorso per un processo innovativo* in Riv.dir.proc. 2009; M.F.GHIRGA, *Considerazioni critiche sulle recenti modifiche della cd legge pinto* in Riv.dir.proc., 2013, pag 1021; A.PROTO PISANI, *Il nuovo art 111 e il giusto processo civile* in Foro.it 2014; A.VENTURELLI, *La responsabilità dello stato per l'irragionevole durata del processo* in La resp.civ., 2009, pag 249 e seg; A.DIDONE, *Le Sezioni unite e la ragionevole durata del giusto processo* in Giur.it 2009, pag 668 e seg; F.R.FANFETTI, *Il danno non patrimoniale per l'irragionevole durata del processo* in Resp.civ., 2009, pag 506 e seg; G.LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (parte prima e parte seconda)* in Dir.pen.e proc. 2008 pag. 508 e seg ;A.VENTURELLI, *Struttura risarcitoria e funzione indennitaria dell'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo* in Nuova Giur. Civ. Com. 2009 pag. 530 e seg.; C.VANZ, *Equo indennizzo per irragionevole durata del processo: un faticoso dialogo fra le corti* in Giur.it 2014.

²⁴¹ Per una trattazione approfondita si rimanda a L.P.COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?* in Riv.dir.proc 2009 pag. 1684 e seg.

²⁴² L.P.COMOGLIO, *Requiem per un processo giusto* in Nuova giur. civ. com. 2013, pag. 46 e seg.

²⁴³ N.PICARDI, op.cit. pag. 238 e seg.

*quello che egli ha diritto di conseguire*²⁴⁴ ed il principio di efficienza, atto a preservare e tutelare la produttività dell'apparato giudiziario²⁴⁵. Sicché, a seguito della costituzionalizzazione del giusto processo, ogni norma attinente alla disciplina processuale : *“deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico-concettuale ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale”*²⁴⁶.

Si eleva così l' art. 111 a parametro interpretativo²⁴⁷ delle norme codicistiche, ripensate partendo dal presupposto che la valutazione del comportamento della parte deve essere effettuata considerando, non la sola condotta in sé, ma anche le conseguenze negative che la stessa può indurre sul raggiungimento dell'obiettivo costituzionale, con conseguente mortificazione degli interessi della controparte e dell'ordinamento.

Si obietta²⁴⁸, peraltro, a detta impostazione che la categoria della ragionevole durata, in quanto legata al

²⁴⁴ La frase citata è di G.CHIOVENDA in *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923.

²⁴⁵ G.VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata* in Riv.dir.proc. 2011 pag. 505 e seg.

²⁴⁶ Così in motivazione, Cass. sez. un., 28 febbraio 2007 n. 4636 in Ced Cassazione.

²⁴⁷ M.F.GHIRGA, op. cit pag. 22.

²⁴⁸ L.DE ANGELIS, *L'abuso del processo fra certezze delle regole e ragionevole durata: considerazioni sparse di un giudice del lavoro* in Dir.proc.civ., 2012, pag. 331 e seg; L.P.COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?* in Riv.dir.proc 2009 pag. 1684 e seg.

caso concreto, è totalmente inadatta a fungere da criterio interpretativo per disposizioni astratte²⁴⁹.

Va, poi, sottolineato che la necessità di evitare inutili rallentamenti, di velocizzare la giustizia e di reprimere comportamenti scorretti, non può comprimere integralmente valori quali il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio o l'ancor più generale diritto ad un giudizio. In definitiva per perseguire una giustizia efficiente non si può sacrificare il diritto ad ottenere giustizia.

La necessità di detto contemperamento di interessi risulta ben avvertita nelle pronunce più recenti della Corte di legittimità, tanto che nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite n. 5700 del 12 marzo 2014 si legge: “Nella giurisprudenza di legittimità, dunque, il principio della ragionevole durata del processo è divenuto punto costante di riferimento nell'ermeneutica delle norme, in particolare di quelle processuali, e nella individuazione del rispettivo ambito applicativo, conducendo a privilegiare, pur nel doveroso rispetto del dato letterale, opzioni contrarie ad ogni inutile appesantimento del giudizio.

E tuttavia, non può non rilevarsi che il principio del giusto processo, di cui al richiamato art. 6 CEDU, non si

²⁴⁹ In tal senso anche R.CAPONI, *Ragionevole durata del processo e obsolescenza di regole legislative*, in Foro.it. vol I 2009 pag. 3104 secondo il quale : “ il giusto processo ha un angolo visuale centrato sulla giustizia del singolo processo in sé e per sé considerato, per cui appare inutilizzabile quale criterio interpretativo delle disposizioni, come tali astratte e quindi indirizzate a disciplinare tutti i casi che ricadono nell'ambito della fattispecie (appunto astratta)”.

esplicita nella sola durata ragionevole dello stesso. Come sottolineato anche in dottrina, occorre prestare altresì la massima attenzione ad evitare di sanzionare comportamenti processuali ritenuti non improntati al valore costituzionale della ragionevole durata del processo, a scapito degli altri valori in cui pure si sostanzia il processo equo, quali il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio, e, in definitiva, il diritto ad un giudizio.”²⁵⁰.

In conclusione possiamo dire che il processo non può essere ritenuto giusto²⁵¹ unicamente in termini oggettivi, funzionali e strutturali, ma deve essere tale anche da un punto di vista soggettivo e comportamentale, sicchè le parti non possono adottare condotte connotate da mala fede processuale²⁵² e debbono quindi comportarsi con lealtà e probità usando gli ampi poteri concessi loro dal legislatore nelle forme e nei modi per i quali sono stati previsti²⁵³.

Elevando il principio ex art. 111 Cost. a criterio interpretativo delle norme e delle condotte processuali, esso diviene quasi una sorta di “lente di ingrandimento” con la quale individuare l’abuso del processo.

²⁵⁰ Cass. S.U. n. 5700/2014 in Foro it. 2014, 6,1,pag. 1798.

²⁵¹ A.CARRATTA, *Doveri di verità e completezza nella condotta della parti*, cit. pag. 4.

²⁵² Significativa è la frase di M.F.GHIRGA : “ il singolo processo si inserisce in un servizio pubblico le cui esigenze di funzionamento sono lese dall’abuso” in *Considerazioni critiche sulle recenti modifiche della cd legge Pinto* cit. pag. 1021 e seg.

²⁵³U.PERFETTI, *Abuso del diritto, Abuso del processo e deontologia* in *Rass.foreNSE* 2008 pag. 831.

Partendo da tale presupposto è possibile ravvisare anche nel meccanismo dei cosiddetti “ filtri di ammissibilità” un mezzo per reprimere quelle particolari forme di abuso perpetrate attraverso l’ingiustificata proposizione di impugnazioni. Sia che si tratti dell’art. 360 bis c.p.c., introdotto con la legge 69/2009 per il ricorso in cassazione, sia che si tratti dell’art. 348 bis, introdotto con la legge n. 134/2012 per il giudizio di appello, l’intento perseguito dal legislatore è essenzialmente il medesimo: ridurre i tempi e i costi del processo per deflazionare il carico di lavoro delle Corti evitando l’indiscriminato proliferare di giudizi infondati.

Non è questa la sede per esaminare in dettaglio la disciplina degli istituti²⁵⁴, che hanno suscitato numerose critiche da parte della dottrina²⁵⁵.

Ciò che interessa sottolineare, ai fini del nostro lavoro, è che la pronuncia di inammissibilità diviene uno strumento per arginare l’utilizzo distorto degli strumenti

²⁵⁴ Per la quale si veda: C.CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Cor.giur* 2009; O.BOSIO, *Dall’art. 366 bis all’ art.360 bis* in *Nuova giur. civ. com.*, 2009; F.FERRARIS, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul cd filtro in cassazione* in *Riv.dir.proc.* 2012; R.POLI, *Il cd filtro di ammissibilità per il ricorso in cassazione* in *Dir.proc* 2012; A.DIDONE, *Appunti sull’inammissibilità dell’appello ex 348bis* in *Corr.giur.* 2013; M.BOVE, *La pronuncia di inammissibilità dell’appello ai sensi dell’art 348 bis e 348ter* in *Riv.dir.proc.* 2013.

²⁵⁵ A.BRIGUGLIO, *Ecco il filtro* in *Riv.dir.proc.* 2009; R. CAPONI - *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*; M. DE CRISTOFARO - *Appello e cassazione alla prova dell’ennesima “riforma urgente”: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*; G. IMPAGNATIELLO - *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012.*; R. CAPONI - *Lavori in corso sull’appello nel processo civile all’insegna della incomunicabilità tra avvocatura e magistratura*; G. MONTELEONE - *Il processo civile in mano al governo dei tecnici* in www.judicium.it .

processuali, in questo caso delle impugnazioni, scoraggiando iniziative meramente dilatorie, attivate pure a fronte di azioni o eccezioni e difese manifestamente infondate.

Con la pronuncia che dichiara l'inammissibilità, infatti, la parte che ha ragione vede immediatamente soddisfatto il proprio interesse, senza necessità di attendere la conclusione del rito nelle forme ordinarie, mentre quella che "ha torto" vedrà immediatamente paralizzato il suo tentativo di proseguire la lite, perché non giustificato da valide ragioni riconosciute dall'ordinamento.

Lo strumento, quindi, è ancora una volta finalizzato a tutelare l'ordinamento, la cui efficienza è senz'altro pregiudicata da iniziative manifestamente infondate, realizzando al tempo stesso un interesse di carattere privato, ossia evitando i pregiudizi che alla parte derivano dalla pendenza stessa del processo.

3.10 L'abuso del processo negli altri ordinamenti: cenni di diritto comparato

L'esame delle disposizioni contenute nel codice di procedura civile vigente consente, quindi, di affermare che la scelta compiuta dal nostro legislatore, che pure non ha ignorato il tema dell'abuso, è stata quella di non dettare una disciplina di carattere generale, ma di prevedere e sanzionare singoli comportamenti.

In altri ordinamenti, invece, si è ritenuto di sancire espressamente il divieto di iniziative abusive e di concedere al giudice un potere di carattere generale da esercitarsi per reprimere l'uso distorto del processo.

Va detto subito che tale differente approccio non può essere giustificato da un diverso "valore" che nel processo ha l'organo giudicante, poiché se è vero che nei paesi di common law "judge made law", assumendo un ruolo più centrale nell'esperienza processuale e ottenendo una maggiore ampiezza di poteri, la problematica dell'abuso è stata sapientemente affrontata anche da paesi di civil law.

Emblematico è il caso del diritto processuale francese dove il tema dell' *Abuse des droit processuels* è stato specificatamente affrontato dal legislatore, che nell'art. 32-1 ha espressamente previsto che "*Celui qui agit en justice²⁵⁶ de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés*"²⁵⁷.

Analizzando l'articolo risalta immediatamente la presenza di due differenti sanzioni entrambe di natura pecuniaria: *une amende civile* e un *dommages-intérêts*, la prima versata a favore dello Stato, la seconda alla controparte

²⁵⁶ L'utilizzo del termine "*qui agit en justice*" non deve essere letto quale applicabilità della fattispecie esclusivamente all'attore. La norma infatti ha una portata significativamente più ampia potendo essere applicata anche alle resistenze abusive.

²⁵⁷ Colui che agisce in modo dilatorio o abusivo può essere condannato ad una sanzione civile fino a €3.000, fatti salvi i danni che potrebbero essere richiesti.

vittima dell'abuso. La previsione, quindi, esprime bene la portata plurioffensiva dell'abuso²⁵⁸, poiché la contestuale presenza della sanzione e del risarcimento costituisce la reazione a condotte idonee a ledere contemporaneamente sia la controparte che l'ordinamento.

L'art. 32-1²⁵⁹ non dà luogo alle questioni problematiche poste nel nostro ordinamento dall'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c., in relazione al quale, come si è visto, la natura sanzionatoria è stata da parte della dottrina disconosciuta, facendo leva sulla circostanza che le somma liquidata dal giudice è destinata non allo Stato, bensì alla controparte.

Parimenti incisiva è la disciplina prevista in alcuni ordinamenti di lingua spagnola e portoghese. Qui, pur nel rispetto del principio dispositivo, il ruolo attivo del giudice è tale da imporgli, non solo la concreta attuazione del *debito proceso* ma anche la prevenzione e la repressione di qualsiasi atto abusivo o contrario a giustizia²⁶⁰. Più efficace inoltre, rispetto alla previsione del nostro codice di rito, è la disciplina dei doveri di lealtà e buona fede²⁶¹

²⁵⁸ M.F.GHIRGA, op.cit pag. 50.

²⁵⁹ Per una trattazione più sistematica del tema si veda: L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali* cit pag. 335 e seg; A.DONDI, *Spunti di raffronto in tema di abuso del processo* cit. pag. 66 e seg; A.DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo* in Dir. priv. 1997, Padova; M.TARUFFO, *L'abuso del processo profili comparatistici* in Dir.priv 1999 IV vol., Padova, pag. 491 e seg.

²⁶⁰ Sul punto vedi L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali* cit. pag 339 e seg.

²⁶¹ Cfr. nell'ordinamento spagnolo, l'art. 1, comma 1°, della l. 1° luglio 1985, n. 6 (LOJP) e l'art. 247, comma 1°, della LEC vigente; nell'ordinamento brasiliano, l'art. 14, II, del c.p.c. .

che prevede, sia un dovere di verità nell'allegazione dei fatti e nella presentazione delle prove, sia, soprattutto, una dettagliata elencazione dei comportamenti del litigante di male fede²⁶². In tale quadro normativo, il giudice, oltre a poter comminare multe e sanzioni alle parti che agiscano con modalità contrarie a buona fede²⁶³, possiede anche un potere per così dire "preventivo", poiché è tenuto a respingere d'ufficio le domande e le eccezioni proposte con finalità dilatorie o con fini manifestamente abusivi²⁶⁴. L'organo giudicante può evitare in tal modo anche lo stesso verificarsi di situazioni abusive, agendo preventivamente prima ancora che il danno all'ordinamento e alla controparte si sia verificato.

Va detto, però, che se da un lato tale potere è particolarmente utile e penetrante, dall'altro concede una eccessiva libertà al giudice, il quale finisce per essere chiamato a sindacare "la meritevolezza della tutela"²⁶⁵.

Nei sistemi di lingua tedesca manca in realtà, una disciplina generale atta a reprimere il cosiddetto

²⁶² Cfr. l'art. 17 del c.p.c. brasiliano, ove si menzionano, fra l'altro, l'alterare la verità dei fatti, l'utilizzare il processo per conseguire obiettivo ilegal, il procedere in modo temerario o l'opporre resistenze ingiustificate, l'interporre ricorso «com intuito manifestamente protelatorio».

²⁶³ Cfr., nella LEC spagnola, l'art. 247, comma 3°, ove si fissa il limite massimo di 1/3 del valore della causa; l'art. 112, comma 1°, e l'art. 227 della LOPJ del 1985, per il caso di un'istanza di ricusazione proposta in mala fede; nel c.p.c. brasiliano, l'art. 18, comma 1°, ove il limite massimo è dato dall'1% del valore della lite.

²⁶⁴ Si vedano: nell'ordinamento spagnolo, l'art. 75, comma 1°, ultima parte, della Ley de procedimiento laboral n. 521/90; nel c.p.c. brasiliano, l'art. 129.

²⁶⁵ Per usare le parole di M.F.GHIRGA, op cit.

“unbegründete Klage” e, come nel nostro ordinamento, il legislatore ha preferito un approccio settoriale, che ha visto l’attenzione maggiormente concentrata sugli abusi perpetuati in materia societaria²⁶⁶.

A tale mancanza, però, sopperisce una attenta regolamentazione degli obblighi delle parti e dei difensori: oltre alla presenza degli obblighi di verità e di completezza²⁶⁷, grava sulla parte l’onere di prendere posizione sui fatti allegati dall’avversario, con il conseguente obbligo di immediata contestazione.

Il giudice può procedere, al ricorrere di attività abusive o dilatorie, a comminare la “prozessuale Befugnis”²⁶⁸ ovvero una sanzione processuale equitativamente determinata.

A differenza di quanto accade negli ordinamenti di civil law ove le modalità repressive dell’abuso, se di natura sanzionatoria, colpiscono la parte, negli ordinamenti di common law, l’abuso del processo o meglio l’abuse of civil proceedings vede, al contrario, come protagonista il difensore²⁶⁹. A spiegare questa diversità di base concorrono, oltre agli aspetti tecnici, anche ragioni di carattere antropologico e culturale quali sono il modello

²⁶⁶ Ci si riferisce alle cosiddette impugnazioni emulative o strumentali. Per una trattazione più completa del tema si rimanda a A.DONDI, *Spunti di raffronto comparatisti in tema di abuso del processo* cit. pag. 71 e seg. A.DONDI, *Manifestazione della nozione di abuso del processo civile* cit. pag. 478.

²⁶⁷ Wahrheitspflicht: cfr. il § 138, I, della ZPO tedesca e il § 178 di quella austriaca.

²⁶⁸ Si tratta di una sanzione processuale per la quale si vedano nella ZPO tedesca, i §§ 264, 271, 515, I, nonché i §§ 274, III, 279 e 529.

²⁶⁹ A.DONDI, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l 24.3.2001 n 89)* in Nuova giur. civ. com. 2003 pag. 62 e seg.

di formazione del giurista all'interno delle law school²⁷⁰, una maggiore fiducia nei confronti del ruolo da questi svolto, nonché il particolare legame intercorrente fra l'avvocato ed il giudice statunitense²⁷¹.

Sebbene anche nel sistema di common law sia possibile immaginare la necessità di reprimere l'abuso in ogni fase del processo²⁷², è esperienza comune che le maggiori attività abusive si collochino nella primissima fase processuale ovvero al momento della *discovery*²⁷³. Il cosiddetto *abuse of discovery* si verifica ogni qual volta il potere di ricercare il materiale probatorio si trasformi in una ricerca illimitata dello stesso, con finalità dilatorie e ostruzionistiche quali, per esempio: l'*overdiscovery*, il *hide and seek play* o *bulk discovery*, il *fishing expeditions*²⁷⁴.

Fra le sanzioni previste in caso di comportamenti abusivi particolare interesse riveste la *Federal Rules 37*, la quale fornisce al giudice una pluralità di strumenti per sanzionare la condotta abusiva che vanno dal pagamento

²⁷⁰ Sul punto si veda STEVENS, *Law schools legal education in America from 1850s to the 1950s*, Chapel Hill-London, 1983; WOODWARD, *Giustizia attraverso il diritto. Dimensione storica della law school Americana*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, 1983 (a cura di HAZARD – TARUFFO).

²⁷¹ Il giudice statunitense nella quasi totalità dei casi è stato avvocato o professore all'interno della law schools .

²⁷² A.DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli stati uniti* in Riv.dr.proc. 1995 pag 787 e seg.

²⁷³ È la fase dedicata allo scambio e alla ricerca degli elementi di prova fra le parti e si colloca nel pre-trial ovvero prima dell'effettivo "scontro" fra i litiganti.

²⁷⁴ Per una trattazione più completa delle diverse forme di abuso si rimanda a L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali* cit; A.DONDI, *op.cit.*

delle spese processuali, al *contempt of the court*, alla espulsione dell'avvocato dall'ordine (*disbarment*)²⁷⁵.

Dalla breve indagine comparatistica si può trarre, quale considerazione finale, la necessità che il legislatore italiano intervenga sul codice di rito per “migliorare la cultura dell'abuso”²⁷⁶, ossia per adeguarla alle esigenze di tutela che hanno trovato consacrazione nel nuovo testo dell'art. 111 Cost.

Si tratta, evidentemente, di specificare i doveri di lealtà e probità, chiarendo se ed in quali termini possa trovare ingresso nel nostro ordinamento un dovere di verità; di rendere più incisivi i poteri di direzione processuale, che al momento, sebbene orientati dalla necessità di garantire la celerità e la lealtà del procedimento, non possono spingersi sino ad irrogare sanzioni non previste dall'ordinamento; di prevedere una responsabilità del difensore che vada al di là di quella meramente disciplinare²⁷⁷.

²⁷⁵ Vedi: James, *The revival of Bills of particular under the federal rules*, cit., 1473, spec. 1479; inoltre, cfr. Note, *Tactical use and abuse of depositions under the federal rules*, cit., pag.117 e seg. .; Holtzhoff, *Elimination of surprise in federal practice*, in 7 Vand. L. Rev., 1954, pag. 579 e seg.

²⁷⁶ L'espressione è di L.P. COMOGLIO *Abuso del processo e garanzie costituzionali* cit. pag. che a sua volta richiama DONDI *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti* cit.

²⁷⁷ Va detto al riguardo che con la legge di stabilità 2014 il Governo è stato delegato ad emanare nuove disposizioni per l'efficienza del processo civile e fra le varie misure indicate si richiede al legislatore delegato di “prevedere quando nei casi di condanna a norma dell'art. 96 del codice di procedura civile, il difensore sia responsabile in solido con la parte”. L'invito del legislatore delegante non è stato accolto con favore dalla avvocatura e dalla dottrina. Si rimanda a CAPPONI *Postilla alla prima lettura sulla delega legislativa al Governo per l'efficienza della giustizia civile* in www.judicium.it e a A.MERONE, *Responsabilità aggravata e solidale del difensore: una nuova idea di difesa tecnica* in www.judicium.it.

Capitolo IV

L'abuso del processo nella giurisprudenza di merito e di legittimità.

4.1 Premesse. 4.2 L'articolo 88 4.3 L'articolo 89 4.4 La disciplina delle spese 4.5 La lite temeraria. 4.6 La ragionevole durata del processo. 4.7 La domanda frazionata. 4.7.1 Il precedente indirizzo: l'ammissibilità del frazionamento. 4.7.2 (segue) Il revirement della Corte: l'inammissibilità. 4.7.3-(segue) Successive applicazioni giurisprudenziali.

4.1 Premesse

Una volta analizzato il panorama legislativo e dottrinario non si può non rivolgere l'attenzione alla giurisprudenza delle nostre Corti ed alle modalità con cui queste individuano, interpretano, sanzionano l'abuso del processo.

Si tratta, quindi, di analizzare le più comuni forme di abuso riscontrate dai giudici e le modalità con cui essi reagiscono all'uso distorto degli strumenti processuali.

Ragioni di chiarezza espositiva e di coerenza sistematica suggeriscono di seguire nell'esame delle pronunce giurisprudenziali e nell'analisi delle motivazioni il medesimo ordine con il quale le disposizioni normative sono state richiamate nel capitolo che precede.

4.2 L'art. 88 c.p.c.

Si è detto che attraverso l'art. 88 c.p.c. il legislatore ha voluto porre un limite di carattere generale alle regole che governano l'uso degli strumenti processuali, richiedendo alle parti ed ai loro difensori di astenersi da ogni attività idonea a ledere ingiustificatamente la controparte.

Il riconoscimento dei comportamenti connotati da malafede processuale non risulta operazione particolarmente semplice per il giurista poiché, se da un lato è necessario preservare la condotta leale e proba nelle more del processo, dall'altro è da escludere che, in nome dell'etica processuale, possa essere sacrificato il diritto di difesa, ossia il sapiente ed accorto utilizzo degli strumenti concessi dall'ordinamento al fine di raggiungere i propri obiettivi.

Nel delineare i limiti di applicazione della disposizione in commento la giurisprudenza ha, innanzitutto, chiarito che il comportamento scorretto della parte assume rilevanza ex art. 88 c.p.c. solo a condizione che le attività vengano poste in essere nel contesto processuale “restando estranee circostanze che, sia pure riconducibili ad un comportamento commendevole della parte, si siano esaurite esclusivamente in un contesto extraprocessuale, le quali circostanze possono, al più, giustificare una compensazione delle spese.”²⁷⁸.

²⁷⁸ Cass. civ. 1.12.2000 n. 15353 in Ced Cassazione. Negli stessi termini Cass. 14.11.1975 n. 3845 in Ced Cassazione ed in dottrina VECCHIONE, *Spese giudiziali (dir. proc. civ.)* NNDI, XVII, Torino 1970, pag. 1139 e seg.

Una seconda limitazione può essere individuata nella volontarietà dell'atto²⁷⁹, quale necessità che la condotta sia intenzionale ed effettivamente voluta dalla parte.

Nel contesto processuale il concetto di volontarietà potrebbe apparire superfluo ma ciò solo qualora si concentri l'attenzione esclusivamente sui comportamenti attivi delle parti che, in quanto tali, non possono che essere volontari e consapevoli²⁸⁰. Peraltro la violazione dell'art. 88 c.p.c. può essere ravvisata anche in condotte omissive²⁸¹, ed in tal caso occorrerà accertare se la omissione sia intenzionale e finalizzata a ledere l'interesse della controparte o se, al contrario, la stessa sia solo frutto di incompetenza o di mera dimenticanza .

È stato, poi, escluso che possa integrare violazione dei doveri di lealtà e probità “la semplice prospettazione di tesi giuridiche o di ricostruzione del fatto, anche se poi riconosciute errate dal giudice” ed affermato che il precetto dettato dall'art. 88 c.p.c. non può considerarsi violato qualora gli effetti vantaggiosi discendano “soltanto in conseguenza di un concorrente difetto di normale diligenza della controparte”²⁸².

²⁷⁹ Circa la volontarietà dell'atto quale elemento necessario per integrare la fattispecie vedi: Cass. 11 aprile 1959 n 1979 in Foro.it 1959 pag. 959; Cass. 14 luglio 1962 n 1878 in Rep.Foro.it 1962, voce “Avvocato” n. 20; Cass. 7 gennaio 1969 n 23 in Giur.civ. 1969 pag 382; Cass. 19 gennaio 1970 n. 110.

²⁸⁰ In tal senso G.SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento di atti processuali*, cit. pag. 97.

²⁸¹ Si pensi, ad esempio, al volontario omesso deposito di un atto indicato fra le produzioni e riportato nell'indice del fascicolo di parte.

²⁸² Cass. sez III 16.10.1998 n 10247 in Giust. civ. Mass. 1998, 2095. Negli stessi termini Cass. 12.4.1983, n. 2593 in Ced Cassazione e Cass. 24.7.1981, n. 4781 in Giust. Civ. 1982,1,1, pag. 147.

Ed ancora non viola l'art. 88 “la pura e semplice prospettazione di erronee tesi giuridiche a proposito del nomen juris da attribuirsi ad un determinato rapporto” e “neppure l'insincerità di una parte implica necessariamente l'esistenza del dolo o della colpa grave.”²⁸³.

In recenti decisioni la Corte di legittimità, muovendo dal presupposto che l'abuso del processo non possa essere ravvisato nella scelta della linea difensiva, in fattispecie che giustifichino anche l'eventuale ripensamento da parte del difensore, ha escluso di poter ritenere integrata la violazione dell'art. 88 c.p.c. nel comportamento della parte che, dopo avere adito il giudice amministrativo, eccepisca in appello il difetto di giurisdizione “qualora il tema della giurisdizione sia stato posto dalla controparte, in fattispecie complessa (nella specie, per cumulo di domande)”²⁸⁴ ovvero allorquando il mutamento della linea difensiva “sia frutto di un ragionevole ripensamento imposto da un sopravvenuto orientamento di legittimità e, al contempo, da inattese decisioni, su altre analoghe controversie, da parte del giudice amministrativo che siano concretamente suscettibili di caducazione a causa della loro non conformità ai criteri di riparto della giurisdizione affermate dalle Sezioni Unite”²⁸⁵.

²⁸³ Cass. 23.7.1969 n. 2786 in Ced Cassazione.

²⁸⁴ Cass. S.U. 19.6.2014 n. 13940 in Ced Cassazione .

²⁸⁵ Cass. S.U. ord. 24.4.2014 n. 9251 in Ced Cassazione.

Le pronunce dissentono, quindi, dall'orientamento più rigoroso espresso dal Consiglio di Stato²⁸⁶ che, al contrario, evidenzia come la “sollevazione di detta auto-eccezione in sede di appello, per un verso, integra trasgressione del divieto di venire *contra factum proprium* - paralizzabile con l'*exceptio doli generalis seu presentis* ... e, per altro verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice in ipotesi provvisto di giurisdizione, adito secondo le regole in tema di *translatio iudicii* dettate dall'articolo 11 del codice del processo amministrativo. Detto sacrificio, nell'ottica comparativa che informa il giudizio sull'esistenza e sulla consistenza dell'abuso, non trova adeguata giustificazione nell'interesse della parte che disconosce la giurisdizione del giudice in origine evocato, visto che la stessa potrebbe difendersi nel merito in sede di appello al fine di ribaltare la statuizione gravata piuttosto che ripudiare detto giudice in funzione di un giudizio opportunistico circa le maggiori o minori probabilità di esito favorevole a seconda del giudice chiamato a definire la *res litigiosa*.”.

In recentissima pronuncia²⁸⁷, peraltro, lo stesso consesso, pur richiamando il precedente orientamento espresso dalla Sezione, ha preso atto dei principi parzialmente difforni affermati dalla Corte di legittimità, ed ha escluso la configurabilità dell'abuso, accogliendo

²⁸⁶ C.d S.. sez. V 7 febbraio 2012, n. 656 in Sito Ist. Giust. Amm.

²⁸⁷ C.d. S. V 9.03.2015 n 1192 in Sito Ist. Giust. Amm.

l'eccezione di giurisdizione proposta dalla stessa parte che aveva adito l'autorità giudiziaria amministrativa, in una fattispecie nella quale sulla questione pregiudiziale poteva sussistere "un dubbio ragionevole".

L'abuso, quindi, può essere escluso alla sola condizione che sussistano elementi oggettivi che giustifichino il mutamento della linea difensiva.

Detta evenienza non si verifica, invece, qualora la reiterata proposizione di istanze di regolamento di giurisdizione sia proposta con fini meramente dilatori²⁸⁸ o quando, ai medesimi fini, si ometta volontariamente di notificare il ricorso ad alcune delle parti.

Similmente la condotta risulterà abusiva qualora alla ripetuta contestazione della giurisdizione del giudice, si aggiunga la richiesta, accolta, di sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c., poiché la condotta si sostanzia in " un comportamento processuale idoneo a pregiudicare il diritto fondamentale della parte ad una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost"²⁸⁹.

Il carattere generale della norma oltreché la possibilità, riconosciuta dall'articolo, di procedere ad una valutazione etico-morale del comportamento, ha reso l'art. 88 strumento particolarmente adatto a reprimere tutti quei

²⁸⁸ Cass.S.U. 6.04.1987 n 3306 in Foro it. 1987,1, pag. 20171 e Cass. S.U. 3.11.1986 n 6420 in Giust. Civ. 1986,1, pag. 3038.

²⁸⁹ Cass. S.U. 20.08.2010 n18810 in Ced Cassazione.

comportamenti in grado di ostacolare una sollecita e leale definizione del processo²⁹⁰.

Così sono stati ritenuti contrari ai doveri di lealtà e probità l'erronea indicazione della propria residenza, se finalizzata ad impedire all'avversario l'eccezione di incompetenza territoriale²⁹¹ ed anche il continuo mutamento della stessa nelle controversie fra consumatore e professionista²⁹², poiché, "alle parti non è consentito abusare dei mezzi di difesa"²⁹³. La Corte ha ritenuto che, a fronte dell'abuso, debba essere consentito al giudice, benché incompetente, di valutare nel merito la controversia qualora si accerti che "lo spostamento di residenza del consumatore sia stato fittizio o reiterato e, perciò, compiuto per sottrarsi al radicamento della controversia."

Recentemente si è affermato²⁹⁴ che il dovere di lealtà e probità impone al difensore "cui sia stata sollecitata una presa di posizione su di un'istanza chiara e ben definita, non solo di rispondere, ma anche di esprimersi in maniera altrettanto comprensibile e, soprattutto, di attenersi ad una logica di tipo binario, che non ammette

²⁹⁰ C.CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato* art. 88 pag. 971.

²⁹¹ Cass. 14.12.1949 n 2596 in *Digesto* 1982, pag 665.

²⁹² L'art. 33, comma 2, lett. U, del c.d. Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) secondo la Corte di legittimità va interpretato nel senso che la residenza del consumatore è quella che lo stesso ha al momento della domanda

²⁹³ Cass. ord. 26.9.2008 n 24257 in *Il Corr. Giur.* 2009, 6, pag. 799. Negli stessi termini Cass. ord. 02/01/2009 n. 20 e Cass. ord. 25/11/2010 n. 23979 in *Ced Cassazione*.

²⁹⁴ Cass. VI ord. 2.03.2012 n 3338 in *Ced Cassazione*.

formule di dubbia lettura, né ipotesi terze fra l'affermazione e la negazione”.

Analogo principio era già stato affermato, nelle controversie soggette al rito del lavoro²⁹⁵ per sostenere che la contestazione generica si risolve in una violazione degli obblighi di lealtà e probità posti a carico delle parti e contraddice il principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost..

Ed ancora violano l'art. 88: l'ingiustificata scissione della propria posizione sostanziale sorretta esclusivamente dalla convenienza²⁹⁶; la reiterazione immotivata di richieste di affidamento del figlio minore²⁹⁷; il comportamento del difensore che abbia dato inizio all'esecuzione, dopo avere immotivatamente rifiutato l'assegno circolare inviato dal debitore, al solo fine di lucrare anche le spese della procedura esecutiva²⁹⁸.

Ancor più di recente, con la sentenza 22.12.2014 n. 27231, la Corte di legittimità ha ritenuto violati i doveri di lealtà e probità dalla parte che, a seguito della presentazione di un'istanza di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c. e durante il tempo di attesa per la definitiva decisione sulla stessa, aveva provveduto a

²⁹⁵ Cass. 4.12.2007 n. 25269 in Ced Cassazione e Cass. 13.6.2005 n. 12636 in Foro it. 2006,1, pag. 1873 .

²⁹⁶ Cass. 26.07.2012 n. 13282 in Ced Cassazione, pronunciata in fattispecie nella quale un curatore fallimentare, dopo avere azionato una scrittura privata per sentir accertare l'inadempimento dell'altro contraente alle pattuizioni trasfuse nella scrittura, aveva eccepito la mancanza di data certa dell'atto nel giudizio di opposizione allo stato passivo.

²⁹⁷ Trib. Milano 29.3.2011 in Rep. Foro it. 2011 Separazione dei coniugi n. 127

²⁹⁸ Cass. 16 .5.2006 n. 11379 in Ced Cassazione.

distruggere il relativo documento, frustrando così in modo palesemente scorretto l'interesse dell'avversario²⁹⁹. Parimenti abusiva è stata riconosciuta la condotta di chi impugni l'atto impositivo ben oltre il termine previsto dalla legge, al solo fine di precostituirsi una lite pendente, presupposto necessario per l'accesso al condono fiscale³⁰⁰.

La giurisprudenza di legittimità ha, invece, escluso che i doveri di lealtà e probità possano spingersi sino ad imporre alle parti l'obbligo di verità e di completezza ed ha affermato che "l'art. 88 cod. proc. civ. se fa obbligo alle parti e ai procuratori di comportarsi nel giudizio con lealtà e probità non stabilisce che la parte abbia il dovere di affermare i fatti, secondo la verità, e tanto meno impone alla medesima di produrre spontaneamente documenti che possono giovare all'assunto dell'avversario"³⁰¹.

Va, però, segnalato al riguardo che una diversa opinione sembra essere espressa nella motivazione di recenti pronunce che, pur affrontando il tema del dolo revocatorio rilevante ex art. 395 n. 1 c.p.c., affermano la

²⁹⁹ Negli stessi termini Cass. 3.10.2008 n. 24590 in Ced Cassazione.

³⁰⁰ Cass. 22.12.2014 n. 1271 e Cass. 9.01.2014 n. 210 in Ced Cassazione nella quale si legge: "la formale pendenza della lite non è ostativa del diniego dell'istanza di condono fiscale allorquando il contribuente - in palese violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede, nonché dei principi di lealtà processuale e del giusto processo - abbia fatto uso abusivo del processo, impugnando l'atto impositivo ben oltre la scadenza del termine previsto dalla legge, senza nulla argomentare in ordine alla perdurante ammissibilità dell'impugnazione nonostante il tempo trascorso, al solo scopo di precostituirsi una lite pendente per accedere al condono". Il principio è richiamato in motivazione anche da Cass. 17.3.2015 n. 5316 in Ced Cassazione.

³⁰¹ Cass. 21.06.1971 n. 1931 in Ced Cassazione.

possibilità di sanzionare la condotta menzognera o reticente della parte ricorrendo all'art. 88 ed evidenziano che “la semplice allegazione di fatti non veritieri favorevoli alla propria tesi, il silenzio su fatti decisivi della controversia o la mancata produzione di documenti, possono configurare comportamenti censurabili sotto il diverso profilo della lealtà e correttezza processuale”³⁰².

Quanto alle modalità con le quali i giudici procedono a sanzionare i comportamenti sleali ed improbi delle parti, si può dire che dall'esame della giurisprudenza emerge come gli strumenti sanzionatori siano diversificati a seconda delle peculiarità delle condotte. Nella maggior parte dei casi il comportamento viene valutato ai fini della condanna alle spese, anche a titolo di responsabilità aggravata³⁰³, ma non mancano pronunce che valorizzano la condotta sleale nella decisione sul merito della controversia, ex art. 116 c.p.c.³⁰⁴, o che sanzionano la violazione del dovere con la inammissibilità della eccezione, come nei casi sopra citati delle questioni di competenza o di giurisdizione.

³⁰² Fra le più recenti in tal senso Cass. 9.6.2014 n. 12875 e Cass. ord. 12.2.2013 n. 3488 in Ced Cassazione.

³⁰³ Il tema verrà trattato nei paragrafi che seguono.

³⁰⁴ Fra le molte si vedano le sentenze già citate : Cass.civ. 22.12.2014 n. 27231; Cass. 16.12.2011 n. 27149; Cass. 19.08.1994 n. 7447.

4.3 L'art. 89.

Si è già detto che l'art. 89 c.p.c., a differenza dell'art. 88 del quale costituisce specificazione, individua gli strumenti di repressione del particolare comportamento abusivo, prevedendo che il giudice possa disporre la cancellazione delle espressioni ritenute sconvenienti od offensive e riconoscere, con la sentenza che decide la causa, il risarcimento del danno patito dall'offeso.

Si tratta di un potere discrezionale e, per quanto riguarda la cancellazione, anche officioso del giudice³⁰⁵ volto ad evitare che le espressioni usate dalle parti si sostanzino in “un abuso della difesa, caratterizzato dall'intento di offendere la controparte o i suoi difensori”³⁰⁶ e ad impedire che il diritto di difendersi e di criticare “sconfini dai limiti della correttezza e del rispetto dovuto alle parti e al giudicante e può, pertanto, essere adottato anche d'ufficio, allorché, con insindacabile valutazione di fatto sia ritenuto il carattere sconveniente ed offensivo di una determinata espressione”³⁰⁷.

Il giudice è chiamato a bilanciare da un lato le esigenze di difesa della parte, che necessariamente implicano un tentativo di convincimento dell'organo giudicante della meritevolezza delle proprie tesi, dall'altro che tale attività non sia esercitata in pregiudizio della controparte. E' stata, quindi, disposta la cancellazione della frase,

³⁰⁵ Cass. 21.3.1970 n. 757; Cass. 5.05.2009 n. 1228; Cass. 16.03.2005 n. 5677. Cass 6.07.2004 n. 12309 in Ced Cassazione.

³⁰⁶ Cass. 7.09.1970 n. 1261 in Ced Cassazione.

³⁰⁷ Cass. 7.05.1981 n. 2962 in Ced Cassazione.

riportata in uno scritto difensivo, “dopo un simile precedente consideriamo i nostri contraddittori oramai squalificati”, in quanto ritenuta “espressione di disistima e di dispregio nei confronti del difensore della controparte, non giustificata dalle deduzioni difensive contenute nel controricorso”³⁰⁸.

Parimenti sono state considerate offensive, e quindi cancellate, le espressioni³⁰⁹: “alienazione logica prima che giuridica”, “farraginoso arbitrio e allucinazione tortuosa”, “insulto alla realtà storica e processuale”³¹⁰, “truffaldinamente, abusivamente”³¹¹.

Ed ancora è stata disposta la cancellazione delle frasi : “vuole fare il furbo”³¹², “ha comprato 14 avvocati”³¹³, “dare una lezione a questo difensore che agiva in proprio facendogli passare la voglia di proporre appello”³¹⁴, “stinco di santo”³¹⁵.

Più recentemente, invece, la Corte ha ritenuto di dovere escludere la cancellazione della frase : “La Corte sembra aver dato credito unicamente alle suggestioni create dall'atto di appello incidentale, alle affermazioni ivi contenute, non provate, spesso assurde e addirittura al limite del mero pettegolezzo”, ritenendo che le stesse non

³⁰⁸ Cass.civ. 8.07.1981 n 4488 in Foro it. 1982,1,pag. 763.

³⁰⁹ Per una rassegna analitica si rimanda al *Codice di procedura civile commentato* a cura di N.PICARDI, Milano, 1994, art. 89 pag. 384.

³¹⁰ Cass. 29.05.1982 n. 3326 in Ced Cassazione.

³¹¹ Cass.9.07.2009 n. 16121 in Ced Cassazione.

³¹² Cass. 15.04.2004 n. 7169 in Ced Cassazione.

³¹³ Cass. 20.10.2009 n. 22186 in Ced Cassazione.

³¹⁴ Cass.18.06.2003 n. 9707 in Ced Cassazione .

³¹⁵ Cass. 8.01.2003 n. 73 in Giust. Civ., 1, pag. 649.

fossero dettate “da un passionale e scomposto intento dispregiativo” e, “senza eccedere dalle esigenze difensive, fossero preordinate a dimostrare, attraverso una valutazione negativa del comportamento dell'avversario, la scarsa attendibilità delle sue affermazioni”³¹⁶.

Ad analogo risultato è approdata la Corte nel 2004³¹⁷ quando ha ritenuto che non esulassero dalla materia del contendere né dalle esigenze difensive espressioni quali : “un'incredibile persecuzione giudiziaria”, “persecuzione”, “invenzioni processuali”, “tendenziose”, “abili manovre”, “gratuite affermazioni”, “frode”. Similmente nel 2011 la Corte³¹⁸ ha escluso che potessero ravvisarsi gli estremi dell'applicabilità dell'articolo 89 c.p.c. nel mero utilizzo, negli scritti difensivi, dell'avverbio “subdolamente” in quanto, anche se in modo piuttosto “graffiante”, ben rientra nell'esercizio del diritto di difesa.

Di qualche anno precedente è poi la pronuncia della Cassazione che ha posto l'accento sulla distinzione fra frasi offensive e frasi sconvenienti, evidenziando che solo le prime rientrano nell'ambito di applicabilità dell'art. 89 ultimo capoverso mentre le seconde si caratterizzano per “una lesività di grado minore, inerente al contrasto delle espressioni con le esigenze dell'ambiente processuale e della funzione difensiva nel cui ambito esse vengono

³¹⁶ Cass. 6.07.2004 n. 12309 in Foro it. 2005, 1, pag. 174 .

³¹⁷ Cass. 20.01.2004 n. 805 in Arch. Civ. 2004,4, pag.474.

³¹⁸ Cass. 26.12.2011 n. 26195 in Ced Cassazione.

formulate”³¹⁹ sicché l’uso delle stesse può, al massimo, giustificare la cancellazione ma non il risarcimento del danno.

Merita poi di essere svolta una precisazione in relazione all’applicabilità della disposizione in esame, la quale potrà essere a ragione invocata non solo qualora le espressioni non ineriscano all’oggetto della causa ma anche quando esse vi siano attinenti, salvo il venir meno, in tal caso, del presupposto per l’ottenimento del risarcimento del danno (2° comma)³²⁰. Infatti, come specifica la Corte, “le manifestazioni passionali e incomposte, caratterizzate dall’intento di offendere la controparte e i suoi difensori, costituendo abuso di quel diritto (di difesa), debbono essere represses anche se abbiano attinenza con l’oggetto della causa inoltre, devono essere cancellate le frasi che, pur nell’esercizio del diritto di critica nei confronti della decisione impugnata e dell’opera del magistrato, eccedono i limiti del rispetto dovuto ai giudici e all’amministrazione della giustizia”³²¹. Di parere contrario, altra pronuncia³²², ritiene che l’estraneità al giudizio sia un presupposto necessario anche per la cancellazione.

Limite effettivo all’applicabilità della disposizione è individuabile nella necessità, per procedere a sanzionare il comportamento, che le frasi ingiuriose ed offensive

³¹⁹ Cass. 18.11.2000 n. 14942 e Cass. 18.6.2003 n. 9707 in Ced Cassazione.

³²⁰ Cass. 28.01.1983 n. 806 in Ced Cassazione .

³²¹ Cass.17.10.1979 n. 5991 in Ced Cassazione.

³²² Cass. 4.08.1999 n. 8411 in Ced Cassazione.

siano rivolte da una parte all'altra e non contro terzi³²³. In tal caso l'offeso potrà agire in autonomo e separato giudizio³²⁴.

Da un punto di vista sanzionatorio si ravvisano, nell'articolo, due differenti sanzioni: la cancellazione ed il risarcimento del danno previsti rispettivamente nel primo e nel secondo comma. Va evidenziato come siano "sanzioni diverse, distinte ed autonome: pertanto la prima, che non ha alcuna finalità risarcitoria, ma attua un fine preventivo, di polizia generale, impedendo l'immanenza di una causa di danno, può aver luogo senza la seconda e viceversa. L'insussistenza di alcun rapporto di pregiudizialità fa sì che la sanzione del risarcimento del danno non è subordinata alla preventiva cancellazione."³²⁵.

Al fine di poter avanzare qualunque richiesta di risarcimento dei danni derivati dalle espressioni sconvenienti ed offensive è però necessario che queste siano del tutto estranee all'oggetto della lite³²⁶. Ad escludere l'applicabilità del secondo comma dell'art. 89 è perciò sufficiente qualunque collegamento con la materia del contendere, tanto che la richiesta di risarcimento è stata respinta sebbene le espressioni ingiuriose fossero

³²³ Cass.civ. 17.10.1979 n.5991 cit.

³²⁴ Cass. 7.08.2001 n. 10916 in Arch. Civ. 2001, 11, pag. 1223 e negli stessi termini (in una fattispecie nella quale l'offesa era stata rivolta al Giudice) Cass. 20.10.2011 n. 21696 in Danno e resp. 2012,5,pag.490. Si veda anche C.MANDRIOLI,*Dei doveri delle parti e dei difensori,comm.* UTET Torino pag. 969.

³²⁵ Cass.26.07.2002 n. 11063 in Giur.it. 2003,8, pag. 1585.

³²⁶ Cass. 21.03.1977 n. 1099 in Foro it. 1977,1, pag. 1434 e fra le più recenti Cass. 22.06.2009 n.14552 in Ced Cassazione .

inerenti alla moralità della controparte, in quanto “fattore non del tutto estraneo per contestare la credibilità delle affermazioni dei contendenti”³²⁷.

L'apprezzamento circa l'attinenza o meno delle frasi all'oggetto della causa è espressione di un potere discrezionale del giudice del merito non sindacabile, qualora congruamente motivato, in sede di legittimità³²⁸. La competenza spetta, quindi, allo stesso giudice di fronte al quale si svolge il giudizio, salvo che non sia necessario derogarvi qualora “il giudice non possa, o non possa più, provvedere con sentenza sulla domanda di risarcimento, il che accade, in particolare, nei seguenti casi: A) quando le espressioni offensive siano contenute in atti del processo di esecuzione, che per tale sua natura non può avere per oggetto un'azione di cognizione e quindi destinata ad essere decisa con sentenza; B) quando siano contenute in atti di un processo di cognizione che però, per qualsiasi motivo, non si concluda con sentenza (come nel caso di estinzione del processo); C) quando i danni si manifestino in uno stadio processuale in cui non sia più possibile farli valere tempestivamente davanti al giudice di merito (come nel caso in cui le frasi offensive siano contenute nella comparsa conclusionale del giudizio di primo grado); D) quando la domanda di risarcimento sia

³²⁷ Cass. 26.07.2002 n. 11063 cit.

³²⁸ Codici commentati a cura di C.CONSOLO, cit., art. 89 cpc. In giurisprudenza fra le più recenti Cass. 7.7.2004 n. 12479 e Cass. 11.1.2006 n. 264 in Ced Cassazione.

proposta nei confronti non della parte ma del suo difensore”³²⁹.

Da ciò si desume che la Corte di Cassazione, salvo le deroghe di cui sopra, può disporre “ la cancellazione delle espressioni sconvenienti ed offensive contenute nei soli scritti ad essa diretti, con la conseguenza che è inammissibile il motivo del ricorso per cassazione con cui si chieda la cancellazione delle frasi del suddetto tenore contenute nelle fasi processuali anteriori, essendo riservata la relativa statuizione al potere discrezionale del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità.”³³⁰

Mentre la cancellazione può essere disposta anche d’ufficio dal giudice, il risarcimento dei danni necessita di una apposita domanda che deve essere rivolta contro la parte anche qualora il responsabile dell’offesa sia il difensore, sia perché gli atti di questi sono sempre riferibili all’assistito, sia in quanto la sentenza può contenere statuizioni dirette solo nei confronti delle parti in causa³³¹.

4.4 La disciplina delle spese.

Strettamente connessa al rispetto dei doveri di lealtà e probità è la condanna di cui al primo comma dell’art. 92 c.p.c., con la quale il giudice può sanzionare la parte che

³²⁹ Cass. 9.07.2009 n. 16121 in Ced Cassazione e negli stessi termini Cass. 7.08.2001 n 10916, cit.

³³⁰ Cass. 17.3.2009 n 6439 in Ced Cassazione.

³³¹ Cass. 27.07.2002 n. 11063 cit.

abbia violato l'art. 88 c.p.c., ponendo a carico della stessa, indipendentemente dalla soccombenza, il pagamento delle spese, anche se irripetibili.

Si è detto che la disposizione in commento costituisce deroga al principio *victus victori*³³² poiché non attribuisce rilevanza al mero fatto oggettivo della ragione in giudizio, bensì dà rilievo al principio di causalità, preoccupandosi principalmente dell'elemento soggettivo necessario affinché l'atto possa dirsi connotato da slealtà processuale. Alla condanna procede il giudice "con accertamento discrezionale non sindacabile in sede di legittimità"³³³ qualora congruamente motivato e posto in relazione con la logica e la realtà processuale.

Si è già evidenziato che attraverso i ripetuti interventi sul testo dell'art. 92, 2° comma, c.p.c. il legislatore, nel restringere, fin quasi ad annullarlo, il potere del Giudice di disporre la compensazione delle spese del giudizio, ha inteso frapporre un ostacolo al proliferare delle controversie. L'esame delle pronunce delle Corti emesse nella vigenza del precedente regime consente di comprendere le ragioni dell'intervento.

L'ambito di discrezionalità concesso al giudice prima della modifica del 2005, entrata in vigore dal 1° marzo 2006, era particolarmente ampio.

³³² Cass. 20.03.2007 n. 6635; Cass. 6.03.1996 n. 1743 in Ced Cassazione e Cass. 9.03.2004 n. 4755 in Arch. Giur. Cir. Sin. 2004,9, pag. 872.

³³³ Cass. 12.09.2003 n. 13427 in Ced Cassazione .

Il giudice, fermo restando il principio secondo cui il carico delle spese non può mai gravare sulla parte risultata totalmente vittoriosa³³⁴, poteva procedere, alla compensazione sia nell'ipotesi di soccombenza reciproca sia qualora vi fossero altri giusti motivi. La decisione, rimessa al suo prudente apprezzamento, era sottratta all'obbligo di una specifica motivazione, soggiacendo la relativa pronuncia al sindacato di legittimità solo qualora a giustificazione della disposta compensazione, venissero enunciati motivi illogici od erronei³³⁵. Si sosteneva, infatti, che in relazione alla ritenuta sussistenza di motivi idonei a giustificare la pronuncia di compensazione non operasse il principio sancito dall'art. 111 Cost., secondo cui ogni provvedimento deve essere motivato, in quanto l'esistenza di ragioni idonee a giustificare la compensazione ben poteva essere desunta dalle ragioni della decisione e dalla intera vicenda processuale³³⁶.

Le stesse Sezioni Unite avevano precisato che il supporto motivazionale poteva essere desunto dal contenuto complessivo della sentenza, non essendo necessario che

³³⁴ Codice civile commentato a cura di N. PICARDI, cit., art. 92, pag. 397.

³³⁵ Cass. 11.02.2002 n. 1898 in Ced Cassazione. Negli stessi termini Cass. 17.3.2004 n. 5405 in Ced Cassazione così massimata: In tema di regolamento delle spese processuali, il potere del giudice di compensare le spese processuali per giusti motivi senza obbligo di specificarli non è in contrasto con il principio dettato dall'art. 24, primo comma, cost., giacché il provvedimento di compensazione non costituisce ostacolo alla difesa dei propri diritti, non potendosi estendere la garanzia costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale sino a comprendervi anche la condanna del soccombente. Ne consegue che, nel caso in cui il giudice motivi in ordine alla compensazione, detto provvedimento esula dal sindacato di legittimità, salva la possibilità di censurarne la motivazione basata su ragioni illogiche o contraddittorie.

³³⁶ Cass. 15.11.2002 n. 16057 e negli stessi termini Cass. 28.11.2003 n. 17692; Cass. 8.9.2005 n. 17953 e Cass. 15.2.2006 n. 3282 in Ced Cassazione.

le ragioni giustificatrici fossero riferite in modo specifico al capo della pronuncia relativo al regolamento delle spese³³⁷.

Con la modifica apportata dalla legge n. 263/2005 al giudice, il cui potere era rimasto sostanzialmente invariato, veniva richiesta una più attenta valutazione delle situazioni in cui la compensazione poteva essere disposta.

Così fu stabilito che ricorresse la soccombenza reciproca o parziale nell'ipotesi di "una pluralità di domande contrapposte, accolte o rigettate e che si siano trovate in cumulo nel medesimo processo fra le stesse parti ovvero anche l'accoglimento parziale dell'unica domanda proposta, allorché essa sia stata articolata in più capi e ne siano stati accolti uno o alcuni e rigettati gli altri ovvero quando la parzialità dell'accoglimento sia meramente quantitativa e riguardi una domanda articolata in un unico capo."³³⁸.

In maniera analoga si ritenne che fosse necessario, al fine di procedere alla compensazione per giusti motivi, che il

³³⁷ Cass. S.U. 3.7.2008 n. 20598 in Il Corr. del Mer. 2008,12,pag. 1274. La sentenza precisa che: "deve ritenersi assolto l'obbligo del giudice anche allorché le argomentazioni svolte per la statuizione di merito (o di rito) contengano in sé considerazioni giuridiche o di fatto idonee a giustificare la regolazione delle spese adottata, come - a titolo meramente esemplificativo - nel caso in cui si dà atto, nella motivazione del provvedimento, di oscillazioni giurisprudenziali sulla questione decisiva, ovvero di oggettive difficoltà di accertamenti in fatto, idonee a incidere sulla esatta conoscibilità a priori delle rispettive ragioni delle parti, o di una palese sproporzione tra l'interesse concreto realizzato dalla parte vittoriosa e il costo delle attività processuali richieste, ovvero, ancora, di un comportamento processuale ingiustificatamente restio a proposte conciliative plausibili in relazione alle concrete risultanze processuali."

³³⁸ Cass. 21.10.2009 n. 22381 in Ced Cassazione.

giudice provvedesse ad indicarli esplicitamente in motivazione, non essendo sufficiente il mero richiamo alla esiguità del valore della causa³³⁹ o alla peculiarità della fattispecie in quanto “una simile formula è del tutto criptica e non consente il controllo sulla motivazione e sulla congruità delle ragioni poste dal giudice a fondamento della sua decisione.”³⁴⁰.

I giusti motivi potevano attenersi al merito della controversia o ad aspetti più propriamente processuali³⁴¹ oltretutto, a differenza di quanto previsto dall’art. 88 c.p.c., anche a comportamenti extraprocessuali³⁴².

La nozione di giusti motivi, in quanto estremamente generica, sfugge a qualsiasi definizione che non abbia carattere esemplificativo³⁴³. Ad ogni modo sono stati definiti giusti dalla giurisprudenza: l’ingiustificato rifiuto della proposta transattiva³⁴⁴, la palese sproporzione fra l’interesse concreto della parte e il costo delle attività processuali³⁴⁵, la particolare complessità delle questioni trattate o la loro oggettiva novità³⁴⁶, la non uniformità della giurisprudenza sul punto³⁴⁷.

Con la legge n. 69/2009 la disposizione ha subito una modificazione decisamente più significativa, avendo il

³³⁹ Cass. ord. 10.06.2011 n. 12893 in Ced Cassazione.

³⁴⁰ Cass. 30.05.2008 n. 14563 in Guida al dir. 2008,33,pag.60.

³⁴¹ Cass. 5.04.2003 n. 5373 in Ced Cassazione.

³⁴² Cass. 16.11.2011 n. 23997 in Ced Cassazione.

³⁴³ Cass. 6.12.2003 n. 18705 in Ced Cassazione.

³⁴⁴ Cass. 14.12.2010 n. 25250 in Ced Cassazione.

³⁴⁵ Trib. Piacenza 2.02.2010 in Giur.merito., 2011. pag 992.

³⁴⁶ Cass. 23.5.2003 n. 8210 in Foro it. 2003,1,pag. 1671.

³⁴⁷ Cass. 11.02.2008 n. 3218 in Ced Cassazione.

legislatore consentito la pronuncia di compensazione solo in presenza “di gravi ed eccezionali ragioni”.

La giurisprudenza di legittimità ha subito chiarito che la disposizione costituisce “una norma elastica, quale clausola generale che il legislatore ha previsto per adeguarla ad un dato contesto storico-sociale o a speciali situazioni, non esattamente ed efficacemente determinabili "a priori", ma da specificare in via interpretativa da parte del giudice del merito, con un giudizio censurabile in sede di legittimità, in quanto fondato su norme giuridiche”³⁴⁸.

La Corte ha anche precisato che le gravi ed eccezionali ragioni non possono certo essere ravvisate nella “struttura del tipo di procedimento contenzioso applicato né dalle particolari disposizioni processuali che lo regolano”, in quanto la compensazione deve la sua giustificazione “in specifiche circostanze o aspetti della controversia.”³⁴⁹. Sicché è stato escluso che ricorressero tali circostanze nell’utilizzo di formule generiche quali: “in considerazioni delle questioni trattate”³⁵⁰; la “opinabilità della soluzione accolta”³⁵¹; la limitata attività difensiva della parte correlata alla natura della controversia³⁵²; la

³⁴⁸ Cass. S.U. 22.02.2012 n. 2572 in Ced Cassazione.

³⁴⁹ Cass. ord. 15.12.2011 n. 26987 e più di recente Cass. 11.7.2014 n. 16037, in Ced Cassazione, che ha escluso che possa valere a giustificare la compensazione il mero riferimento alla "natura processuale della pronuncia", che, in quanto tale, può trovare applicazione in qualunque lite che venga risolta sul piano delle regole del procedimento.

³⁵⁰ Cass. ord. 13.7.2011 n. 15413 in Ced Cassazione .

³⁵¹ Cass. ord. 9.01.2014 n. 319 in Ced Cassazione.

³⁵² Cass. ord. 15.12.2011 n. 26987 in Ced Cassazione.

“peculiare natura della pronuncia”³⁵³. La recente modifica operata dalla legge n.162/2014 ha ulteriormente ristretto il campo di applicabilità della compensazione, la quale potrà essere disposta, oltre che nei casi di soccombenza parziale, solo in ragione della assoluta novità della questione trattata o in presenza di un mutamento degli orientamenti giurisprudenziali.

Non constano allo stato pronunce sulla nuova normativa ma è prevedibile che la sua applicazione non comporterà particolari problemi esegetici, giacché il legislatore ha sostanzialmente codificato ipotesi già ritenute dalla Corte di legittimità idonee a giustificare la compensazione totale o parziale delle spese³⁵⁴.

4.5 La lite temeraria

L'articolo 96 è norma di carattere speciale che conferisce al giudice il potere di sanzionare la parte che abbia abusato dello strumento processuale, condannandola, oltre che al pagamento delle spese, anche al risarcimento del danno in favore della controparte.

La Corte di legittimità è ferma nel riconoscere la natura extracontrattuale della responsabilità prevista dal primo

³⁵³ Cass.ord. 19.11.2014 n. 24634 in Ced Cassazione.

³⁵⁴ Sulla novità delle questioni trattate si vedano: Cass. S.U. 22.02.2012 n. 2572; Cass. ord. 10.02.2014 n. 2883; Cass. S.U. 15.11.1994 n. 9597 in Ced Cassazione. Sul mutamento della giurisprudenza o sulla sua non uniformità : Cass. 11.02.2008 n. 3218; Cass. ord. 12.01.2012 n. 316 in Ced Cassazione.

comma della norma in commento³⁵⁵ che, quanto all'elemento soggettivo, richiede la mala fede o la colpa grave, da intendersi quale “mancato doveroso impiego di quella diligenza che consenta di avvertire facilmente l'ingiustizia della propria domanda”³⁵⁶, o come “piena coscienza della sua infondatezza”³⁵⁷ o, infine, come strumentale “utilizzo del processo per scopi diversi da quelli a cui è preordinato”³⁵⁸.

Così come accade per la violazione dell'art. 88 c.p.c. anche l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. rende necessaria la individuazione del limite fra comportamenti resi obbligati dalle esigenze di difesa e quelli che sono, invece, preordinati a raggiungere scopi “per il quale il processo non è predisposto secondo i suoi fini istituzionali.”³⁵⁹. Sicché, ad esempio, non è stata ritenuta sufficiente ad integrare una lite temeraria la mera prospettazione di tesi giuridiche infondate³⁶⁰, con la eccezione della domanda che si ponga in aperto ed assoluto contrasto con orientamenti giurisprudenziali consolidati³⁶¹. Diversamente la condanna ai sensi del primo comma dell'art. 96 è stata comminata nell'ipotesi di

³⁵⁵ Fra le più recenti Cass. 15.04.2013 n. 9080; Cass. 3.03.2010 n. 5069; Cass. 8.06.2007 n. 13395 in Ced Cassazione.

³⁵⁶ Cass.S.U. 30.09.1989 n. 3948 in Giust. Civ. 1989,1, pag. 2535.

³⁵⁷ Cass. 08.02.2003 n. 73 in Giust. Civ. 2003,1, pag. 649 e Cass. 08.09.2003 n. 13071 in Giust. Civ. 2004,1,pag. 1331.

³⁵⁸ Cass. S.U. 16.05.1983 n. 3786 in Ced Cassazione.

³⁵⁹ Cass.civ. 17.10.1969 n 3385 in Ced Cassazione .

³⁶⁰ Cass. ord. 30.6.2010 n. 15629 in Ced Cassazione che richiama in motivazione Cass. 27.09.1994 n. 7101 in Ced Cassazione.

³⁶¹ Cass. 3.08.2001 n.10731 in Ced Cassazione che ha ritenuto configurabile la lite temeraria in caso di appello proposto avverso provvedimento ordinatorio.

disconoscimento di scrittura privata poi dichiarata vera³⁶²; in caso di rigetto della domanda di risarcimento danni, qualora il fatto costitutivo dell'azione non risulti essere mai avvenuto³⁶³; al creditore che aveva chiesto il provvedimento monitorio nei confronti del debitore dopo che quest'ultimo aveva già corrisposto l'intera sorte capitale³⁶⁴.

In tema di regolamento di giurisdizione si è ritenuta, poi, ammissibile la condanna ex art. 96 ogniqualvolta la proposizione della richiesta sia indice “rivelatore di un uso distorto del regolamento ai fini meramente dilatori, oltre che, secondo nozioni di comune esperienza, fonte di conseguenze pregiudizievoli per le controparti”³⁶⁵.

Tali situazioni sono state riscontrate anche in caso di omissione volontaria della notificazione del ricorso ad alcune parti³⁶⁶ o in fattispecie di reiterata utilizzazione del medesimo strumento processuale.

Trattandosi, come detto, di fattispecie sussumibile all'interno della responsabilità aquiliana, la condanna presuppone la prova, oltre che dell'elemento soggettivo dell'illecito, anche dell'esistenza del danno, sia nell'an che nel quantum debeatur, “il che non osta a che l'interessato possa dedurre, a sostegno della sua domanda, condotte processuali dilatorie o defatigatorie della controparte,

³⁶² Cass. 16.01.1989 n. 163 in Giust. Civ. 1989,1,pag. 857.

³⁶³ Trib. Avezzano 22.04.1997 in P.Q.M. 1997, pag.36 .

³⁶⁴ Cass. 15.4.2010 n. 9033 in Ced Cassazione.

³⁶⁵ Cass.ord. 9.02.2009 n. 3057 in Ced Cassazione e Cass. S.U. 4.07.1989 n. 3199 in Foro It. 1989,1,pag. 2432.

³⁶⁶ Cass. S.U. 3.11.1986 n. 6420 in Foro it. 1987, 1, pag. 57.

potendosi desumere il danno subito da nozioni di comune esperienza anche alla stregua del principio, ora costituzionalizzato, della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.) e della legge n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto), secondo cui, nella normalità dei casi e secondo l' "id quod plerumque accidit", ingiustificate condotte processuali, oltre a danni patrimoniali (quali quelli di essere costretti a contrastare una ingiustificata iniziativa dell'avversario sovente in una sede diversa da quella voluta dal legislatore e per di più non compensata sul piano strettamente economico dal rimborso delle spese ed onorari liquidabili secondo tariffe che non concernono il rapporto tra parte e cliente), causano "ex se" anche danni di natura psicologica, che per non essere agevolmente quantificabili, vanno liquidati equitativamente sulla base degli elementi in concreto desumibili dagli atti di causa."³⁶⁷.

È stato poi osservato come la domanda di risarcimento da responsabilità aggravata, di cui all'art. 96, primo comma, cod. proc. civ., si atteggi diversamente a seconda dei gradi del giudizio, atteso che, mentre in primo grado essa è volta a sanzionare il merito di un'iniziativa giudiziaria avventata, nel secondo grado, regolato dal principio devolutivo, essa deve specificamente riferirsi alla pretestuosità dell'impugnazione, valutata con riguardo non tanto alle domande proposte, quanto,

³⁶⁷ Cass. 27.11.2007 n. 24645 in Ced Cassazione e negli stessi termini Cass. 3.08.2001 n. 10731 e Cass. 23.08.2011 n. 17485.

piuttosto, alla palese e strumentale infondatezza dei motivi dell'appello e, più in generale, alla condotta processuale tenuta dalla parte soccombente nella fase di gravame³⁶⁸.

Analogamente nel giudizio in cassazione, ai fini della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., il ricorso può considerarsi temerario solo allorquando, oltre ad essere erroneo in diritto, appalesi consapevolezza della non spettanza della prestazione richiesta o evidenzi un grado di imprudenza, imperizia o negligenza accentuatamente anormali³⁶⁹.

Il secondo comma dell'art. 96 si caratterizza rispetto alla fattispecie più generale non solo in relazione all'oggetto, in quanto atto a sanzionare ipotesi tipizzate, ma anche per il minor grado di colpevolezza richiesta, essendo sufficiente per la affermazione della responsabilità il difetto di normale prudenza, ovverosia la colpa lieve³⁷⁰. Detto elemento soggettivo è stato riscontrato, nell'ipotesi di provvedimenti cautelari, nell'aver agito contro un soggetto privo di legittimazione passiva³⁷¹; nell'eccessiva sproporzione fra il quantum accertato e il quantum

³⁶⁸ Cass. 26.03.2013 n. 7620 e Cass. 27.08.2013 n. 19583 in Ced Cassazione.

³⁶⁹ Cass. 26.06.2007 n. 14789 e negli stessi termini Cass. 10.5.2005 n. 19976 in Ced Cassazione.

³⁷⁰ Cass. 23.08.2011 n. 17523 in Ced Cassazione e Cass. 13.05.2002 n. 6808 in Foro it. 2002,1, pag. 2694.

³⁷¹ Cass. 13.05.2002 n. 6808 cit.

richiesto in sede cautelare³⁷²; nella successiva ritenuta insussistenza del diritto fatto valere³⁷³.

Nell'ipotesi di trascrizione di domanda giudiziale perché possa trovare applicazione l'art. 96 comma 2 sono necessari l'accertamento dell'inesistenza del diritto oggetto di quest'ultima, nonché l'inosservanza da parte dell'attore della prudenza tipica dell'uomo di media diligenza³⁷⁴.

Esula, invece, dall'ambito di applicazione della norma in commento la diversa fattispecie che si verifica allorquando la trascrizione sia stata effettuata in violazione della disciplina dettata dagli artt. 2652 e 2653 c.c.. In tal caso, infatti, la domanda di risarcimento del danno subito in conseguenza della illegittima trascrizione, che la parte potrebbe allegare e dimostrare anche nella ipotesi di ritenuta sussistenza del diritto al quale si riferiva la domanda illegittimamente trascritta, ha per oggetto un fatto diverso da quello del giudizio originario e, quindi, potrà essere proposta autonomamente, senza incontrare il limite della colpa grave prevista dall'art. 96, 1° comma, c.p.c.³⁷⁵.

³⁷² Cass. 2.02.1994 n. 1037 e Cass.19.09.1991 n. 9728 che ha ritenuto ravvisabile la responsabilità per lite temeraria nella richiesta di assegno di mantenimento in misura di gran lunga superiore alle esigenze del richiedente.

³⁷³ Cass.civ. 15.12.2000 n. 12177 in Ced Cassazione nella quale si precisa che la insussistenza del diritto dà luogo a responsabilità ai sensi del 2° comma dell'art. 96 c.p.c., mentre la mancanza del periculum trova la sua regolamentazione nella più generale disciplina dettata dall'art. 96 comma primo e postula, pertanto, che il creditore istante abbia agito con malafede o colpa grave.

³⁷⁴ Cass. 11.4.2013 n. 8913 in Ced Cassazione.

³⁷⁵ Cass. S.U. 23.3.2011 n. 6597 in Giust. Civ. 2011, 1, pag. 2015.

Con riferimento all'iscrizione di ipoteca la condanna ex comma 2 è stata comminata solo a seguito dell'accertata assenza del diritto di credito fatto valere.

E' stata, invece, ricondotta alla disciplina prevista dall'art. 96, comma 1, l'ipotesi della ipoteca iscritta sulla base di decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo in assenza dei presupposti necessari, sempre che il giudice dell'opposizione accerti, oltre che l'assenza di detti requisiti, anche la sussistenza del dolo o della colpa grave da parte del creditore procedente³⁷⁶.

La violazione del secondo comma dell'art. 96 per quanto riguarda l'ultima ipotesi prospettata, ossia l'instaurazione e lo svolgimento di un procedimento di esecuzione forzata, è stata ritenuta nell'avvio di un processo esecutivo sulla base di un titolo giudiziale soggetto ad impugnazione, poiché il probabile "accoglimento del gravame con l'annullamento o la riforma della sentenza posta in esecuzione"³⁷⁷ rendono l'atto instaurativo contrario alla normale prudenza³⁷⁸. La valutazione operata dal giudice circa l'inesistenza del diritto sulla cui base si procede non deve, poi, essere limitata al solo profilo oggettivo, ossia alla "mancanza del titolo esecutivo originaria o sopravvenuta, ma si estende anche a quello soggettivo per cui la responsabilità va ravvisata anche

³⁷⁶ Cass. 28.05.2010 n. 13107 e Cass. 23.05.2003 n. 8171 in Ced Cassazione.

³⁷⁷ Cass. 17.10.2003 n. 15551 in Giur. it. 2004,9,pag. 1598.

³⁷⁸ Codice di procedura civile commentato a cura di C.CONSOLO, Art. 96 pag. 1069.

quando “il creditore (effettivamente tale) proceda esecutivamente sui beni di un terzo “poiché in tal caso il creditore esecutante si trova nei confronti del terzo, nella medesima condizione di inesistenza del diritto nella quale lo porrebbe la mancanza del credito nei confronti del debitore esecutato”³⁷⁹. Al contrario l’eccessività del pignoramento, non configurando ipotesi di inesistenza, non genera responsabilità aggravata ex comma 2 “tuttavia, in presenza di un eccesso nell’impiego del mezzo esecutivo connotato da dolo o colpa grave, è giustificata non solo l’esclusione dall’esecuzione dei beni sottoposti in eccesso, ma anche la condanna del creditore procedente per responsabilità processuale aggravata ex comma 1”³⁸⁰.

La condanna di cui ai primi due commi, configurandosi quale ipotesi speciale di responsabilità extracontrattuale, richiede un’apposita istanza di parte, la quale “può essere formulata per la prima volta anche all’udienza di precisazione delle conclusioni, in quanto la parte istante, sovente solo al termine dell’istruttoria, è in grado di valutarne la fondatezza e/o di determinare l’entità del danno subito. Peraltro, la liquidazione di tale danno, ancorché possa effettuarsi anche d’ufficio, postula pur

³⁷⁹ Cass. 12.03.1983 n. 1876 in Ced Cassazione.

³⁸⁰ Cass. 3.09.2007 n. 18533 in Giust. Civ. 2007,11,pag.2402 e negli stessi termini Cass. 30.07.2010 n. 17902 in Ced Cassazione.

sempre la prova sia dell'"an" sia del "quantum" o almeno la desumibilità di tali elementi dagli atti di causa.”³⁸¹.

È competente, in via esclusiva ed inderogabile, il giudice del merito in quanto la domanda “disciplina un fenomeno endoprocedurale, quale quello dell'esercizio, da parte del litigante, del potere di formulare un'istanza collegata e connessa all'agire o al resistere in giudizio, che non può configurarsi come "potestas agendi" esercitabile fuori del processo in cui la condotta generatrice della responsabilità aggravata si è manifestata e, quindi, in via autonoma, consequenziale e successiva, davanti ad altro giudice, salvo i casi in cui la possibilità di attivare il mezzo sia rimasta preclusa in forza dell'evoluzione propria dello specifico processo dal quale la stessa responsabilità aggravata ha avuto origine.”³⁸².

La proposizione di tale istanza non comporta lo spostamento della competenza né può essere oggetto di separato giudizio a nulla rilevando l'eventuale volontà contraria di entrambe le parti³⁸³. Parimenti inammissibile è la domanda di condanna generica con riserva di agire, per la liquidazione, in altro separato giudizio.

Per quanto riguarda l'elemento oggettivo va detto che la Corte di legittimità, pur affermando che è onere della parte che domanda il risarcimento allegare e dimostrare

³⁸¹ Cass. 18.03.2002 n. 3941 in Giur. it. 2002,12, pag. 2260. Si veda anche Cass. 7.07.2009 n. 15964 in Ced Cassazione.

³⁸² Cass. 6.08.2010 n. 18344; Cass. 17.07.2007 n. 15882 in Ced Cassazione.

³⁸³ Cass. 26.08.2002 n. 12541 in Il Fallimento 2003,8, pag. 824.

l'effettiva sussistenza del danno, aggiunge che, tuttavia, il giudice può trarre la prova del pregiudizio da nozioni di comune esperienza³⁸⁴ quali sono il turbamento morale ed il pregiudizio economico, direttamente discendenti dal coinvolgimento in una lite pretestuosa e del tutto ingiustificata. In recente decisione³⁸⁵ è stato anche precisato che è legittima una liquidazione equitativa che abbia riguardo allo scarto tra le spese determinate dal giudice secondo le tariffe e quanto dovuto dal cliente in base al rapporto di mandato professionale e che, per il danno non patrimoniale, consideri quale nozione di comune esperienza, tenuto conto della costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo, la lesione dell'equilibrio psico-fisico che si produce causa di ingiustificate condotte processuali tenute dalla controparte.

Non resta ora che analizzare il 3° comma dell'art. 96, introdotto dalla legge 69/2009 ed applicabile ai soli giudizi istaurati successivamente alla entrata in vigore della nuova normativa³⁸⁶.

Per i rapporti processuali già pendenti a detta data opera, infatti, limitatamente al giudizio di Cassazione, l'art. 385 comma 4, che detta una disciplina sostanzialmente

³⁸⁴ Cass. 19.07.2004 n. 13355 in Ced Cassazione.

³⁸⁵ Cass. 12.10.2011 n. 20995 in *La nuova giur. civ. comm.* 2012,4, pag. 326 con nota di M.GERBI *Lite temeraria: dalle nozioni di comune esperienza alla liquidazione equitativa del danno.*

³⁸⁶ Cass. ord. 17.05.2011 n. 10846 in Ced Cassazione.

analoga, consentendo alla Corte di condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari.

Hanno precisato i giudici di legittimità che la condanna “costituisce una sanzione processuale per l'abuso del processo perpetrato dalla parte soccombente nel giudizio di legittimità ed implica, pertanto, la dimostrazione che essa abbia agito, o resistito, se non con dolo, almeno con colpa grave (intendendosi con tale formula la condotta consapevolmente contraria alle regole generali di correttezza e buona fede tale da risolversi in un uso strumentale ed illecito del processo, in violazione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione) non essendo sufficiente la mera infondatezza, anche manifesta, delle tesi prospettate.”³⁸⁷.

L'unica differenza di rilievo fra il nuovo comma dell'art. 96 ed il n.4 dell'art. 385 è riscontrabile nella mancata previsione di qualunque limite al potere del giudice, il quale può condannare il soccombente ad una somma equitativamente determinata, senza che la sanzione sia circoscritta entro i limiti del doppio dei massimi tariffari.

Mentre la responsabilità prevista dai primi due comma dell'art. 96 è ricondotta a quella di natura aquiliana con finalità risarcitoria, la giurisprudenza è ormai consolidata nel ritenere che l'ipotesi prevista dal 3° comma abbia

³⁸⁷ Cass. 7.10.2013 n 22812 in Ced Cassazione .

“natura sanzionatoria e officiosa sicché essa presuppone la mala fede o colpa grave della parte soccombente, ma non corrisponde a un diritto di azione della parte vittoriosa.”³⁸⁸.

Con la recente sentenza n. 1428/2014 il Tribunale di Milano³⁸⁹ ha evidenziato che la norma in commento costituisce “uno strumento sanzionatorio utile al fine di scoraggiare l’abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia e come tale sottratto, a differenza dell’ipotesi di cui al comma 1 del medesimo articolo, dalla rigorosa prova del danno, essendo lo stesso condizionato unicamente all’accertamento di una condotta di grave negligenza o addirittura malafede processuale della parte”.

In sintesi si può dire che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il 3° comma dell’articolo in commento si discosta fortemente da quelli che lo precedono, prevedendo una condanna/sanzione, comminabile in assenza di apposita domanda di parte ed a prescindere dalla prova del danno.

Sebbene la disposizione faccia esclusivo richiamo alla soccombenza³⁹⁰ anche la giurisprudenza, al pari della dottrina, ritiene che sia comunque necessaria la presenza

³⁸⁸ Cass. ord. 11.02.2014 n. 3003 in Ced Cassazione. Negli stessi termini Cass. 30.11.2012 n. 21570 in *Danno e resp.* 2013,3,pag. 299.

³⁸⁹ Tribunale Milano 2.12.2014 n 1428 in *dejure* .

³⁹⁰ La disposizione è stata ritenuta applicabile solo in caso di soccombenza totale, avendo la giurisprudenza di merito escluso che possa essere sufficiente la mera soccombenza parziale. Si rimanda alle pronunce citate in *Codice di procedura civile commentato* a cura di C.CONSOLO, Art. 96.

dell'elemento soggettivo, ravvisabile nella mala fede o nella colpa grave³⁹¹.

In recente pronuncia³⁹² la Corte di legittimità ha evidenziato che “la condanna al pagamento della somma equitativamente determinata, ai sensi del terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ., aggiunto dalla legge 18 giugno 2009 n. 69, presuppone l'accertamento della mala fede o colpa grave della parte soccombente, non solo perché la relativa previsione è inserita nella disciplina della responsabilità aggravata, ma anche perché agire in giudizio per far valere una pretesa che si rivela infondata non è condotta di per sé rimproverabile.” Anche la responsabilità prevista dal 3° comma, al pari dell'ipotesi disciplinata dal 1° comma, si atteggia diversamente nei diversi gradi di giudizio sicché “nel giudizio di appello incorre in colpa grave, giustificando la condanna ai sensi dell'art. 96, terzo comma, cod. proc. civ., la parte che abbia insistito colpevolmente in tesi giuridiche già reputate manifestamente infondate dal primo giudice ovvero in censure della sentenza impugnata la cui inconsistenza giuridica avrebbe potuto essere apprezzata dall'appellante in modo da evitare il gravame.”³⁹³.

³⁹¹ Tribunale Piacenza 15.11.2011 in Nuova giur. civ. comm. 2012,I, pag. 269 ; Tribunale Verona 13.08.2011 in Corriere del merito 2012, pag. 362 . Contra : TAR Umbria 21.01.2010 n. 26 in Giur. merito 2010, pag. 1988.

³⁹² Cass. ord. 30.11.2012 n. 21570 in Danno e resp. 2013,3, Pag. 299 con nota di G.VANACORE *Malafede processuale rilevante ai fini della condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c.* .

³⁹³ Cass. ord. 18.11.2014 n. 24546 in Ced Cassazione.

4.6 La ragionevole durata del processo

Non ci si può esimere dal fare cenno alla giurisprudenza della Corte di legittimità che, nell'affrontare il tema dell'abuso del processo, ha posto in correlazione gli articoli del codice di rito con i principi sanciti dalla Carta Costituzionale nell'art. 111, come modificato dalla legge costituzionale n. 2/1999.

Si è sottolineato che le condotte dilatorie o defatigatorie, sono di certo in grado di ledere "il diritto di ogni persona a che "la sua causa sia esaminata . in un tempo ragionevole" - attribuito sia dall'art. 6, comma primo, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, richiamato già dall'art. 2, comma primo, della legge 24 maggio 2001, n. 89, sia dall'art. 111 Cost. - diritto che consiste nella garanzia di ottenere, in un tempo ragionevole, concreta soddisfazione in giudizio delle proprie ragioni ovvero contezza dei motivi per cui queste non debbano essere accolte."³⁹⁴ .

La Corte ha, quindi, ripetutamente affermato che la necessaria salvaguardia di detto diritto, di rilevanza costituzionale, impone innanzitutto al giudice, ai sensi degli artt. 175 e 127 c.p.c. di evitare ed impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione del processo³⁹⁵. Ha, poi, significativamente

³⁹⁴ Cass. 6.10.2005 n. 19435 in Ced Cassazione.

³⁹⁵ Cass. S.U. 3.11.2008 n. 26373 in Giur.it. 2009,3,pag. 668 con nota di A. DIDONE *Le Sezioni Unite e la ragionevole durata del giusto processo*.

aggiunto che il principio è idoneo anche a concretizzare la clausola generale contenuta nell' art. 88 c.p.c., vietando alle parti comportamenti che abbiano come fine quello di ritardare la pronuncia sul merito della controversia³⁹⁶.

E' ricorrente, inoltre, nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione della necessità di ripensare tutti gli istituti processuali alla luce del principio della ragionevole durata, che impone all'interprete "una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo, deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale."³⁹⁷.

Non è questa la sede per esaminare in dettaglio le singole fattispecie nelle quali, muovendo dalla premessa sopra richiamata, la Corte è pervenuta a soluzioni innovative, anche modificando orientamenti ormai consolidati³⁹⁸.

Ai fini del nostro lavoro interessa sottolineare come sia stato dato particolare risalto al tempo di compimento degli atti processuali, sicché, oltre a ritenere abusive tutte le condotte volontarie idonee a determinare un ritardo nella definizione del giudizio, è stata anche

³⁹⁶ Cass. S.U. 20.8.2010 n. 18810 in Ced Cassazione.

³⁹⁷ Cass. S.U. 28.2.2007 n. 4636 in Riv. Dir. Proc. 2008, 1, pag. 206.

³⁹⁸ Si pensi alla interpretazione dell'art. 291 c.p.c. data da Cass. S.U. 30 luglio 2008 n. 20604 in Riv. Dir. Proc. 2009, 4, pag. 1012 che ha affermato, nel rito del lavoro, l'inammissibilità della opposizione a decreto ingiuntivo e la improcedibilità dell'appello in caso di notifica inesistente .

sanzionata l'inerzia del soggetto tenuto al rispetto del termine, sino a giungere a ritenere non più ammissibile l'attività processuale, a prescindere dalla natura ordinatoria o perentoria del termine³⁹⁹.

Il collegamento fra ragionevole durata del processo ed abuso è messo in risalto anche in quelle pronunce con le quali la Corte di legittimità ha escluso la fondatezza della domanda di indennizzo, proposta ai sensi della legge n. 89/2001, nei casi di condotta processuale abusiva.

A partire dalla sentenza n. 3410/2003⁴⁰⁰ si è affermato che: "In caso di violazione del termine di ragionevole durata del processo, il diritto all'equa riparazione ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89 spetta a tutte le parti del processo, attori o convenuti, indipendentemente dal fatto che esse siano risultate vittoriose o soccombenti, l'esito favorevole del processo non essendo, di regola, condizione di azionabilità della pretesa indennitaria, salvi i casi di abuso del processo, configurabile allorquando risulti che il soccombente abbia promosso una lite temeraria o abbia artatamente resistito in giudizio al solo fine di

³⁹⁹ Si legge, infatti, nella motivazione della richiamata sentenza n. 20604/2008: "la chiara formulazione degli artt. 153 e 154 c.p.c. e una interpretazione "costituzionalmente orientata" anche di tali norme nel rispetto della "ragionevole durata" del processo, portano a condividere l'assunto che la differenza tra termini "ordinatori" e termini "perentori" risieda nella prorogabilità o meno dei primi, perché mentre i termini perentori non possono in alcun caso "essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti" (art. 153 c.p.c.), in relazione ai termini ordinatori è consentito, di contro, al giudice la loro abbreviazione o proroga, finanche d'ufficio, sempre però "prima della scadenza" (art. 154 c.p.c.). 12.2. Una volta, pertanto, scaduto il termine ordinatorio senza che si sia avuta una proroga - come è avvenuto nella fattispecie in esame - si determinano, per il venir meno del potere di compiere l'atto, conseguenze analoghe a quelle ricollegabili al decorso del termine perentorio".

⁴⁰⁰ Cass. 7.03.2003 n. 3410 in Giust. Civ. 2003,1,pag. 905.

perseguire, con tattiche processuali di varia natura, il perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 2 della citata legge n. 89 del 2001.” .

Ed ancora in pronunce più recenti è stata ribadita l'insussistenza del diritto in capo a chi “abbia artatamente resistito in giudizio al solo fine di perseguire proprio il perfezionamento della fattispecie di cui al richiamato art. 2, e dunque in difetto di una condizione soggettiva di incertezza”⁴⁰¹ ovvero sia in tutte quelle circostanze “configuranti abuso del processo”⁴⁰².

Sulla rilevanza del principio della ragionevole durata del processo, quale canone interpretativo nella soluzione di problematiche di carattere processuale, merita di essere segnalata la recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 5700/2014 che, pur non discostandosi totalmente dai precedenti arresti sopra richiamati, evidenzia come il principio del giusto processo, costituzionalizzato dall'art. 111 e sancito dall'art. 6 CEDU, non si esplicita solo nella durata ragionevole dello stesso.

La Corte avverte che “occorre prestare la massima attenzione ad evitare di sanzionare comportamenti processuali ritenuti non improntati al valore costituzionale della ragionevole durata del processo, a scapito degli altri valori in cui pure si sostanzia il processo equo, quali il diritto di difesa, il diritto al

⁴⁰¹ Cass. 26.04.2010 n. 9938 in Ced Cassazione.

⁴⁰² Cass. 9.04.2010 n. 8513; Cass. 23.12.2011 n. 28592 in Ced Cassazione.

contraddittorio, e, in definitiva, il diritto ad un giudizio.”. Nella pronuncia si fa leva anche sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per porre in risalto che le limitazioni al diritto di azione, in tanto possono essere ritenute legittime, in quanto sussista un rapporto di necessaria proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, proporzionalità ed adeguatezza che non possono essere ravvisati qualora l’accesso alla giustizia sia negato per ragioni esclusivamente di carattere formale o sulla base di orientamenti giurisprudenziali non univoci⁴⁰³.

Il principio, sebbene affermato solo per escludere nel rito camerale la sanzione della improcedibilità del ricorso in caso di notifica inesistente, sembra avere, a chi scrive, portata più generale, nel senso che è rivelatore di una diversa sensibilità rispetto al tema della durata ragionevole del processo.

Infatti, nel momento in cui si avverte che il giusto processo non è solo il processo breve, si sottolinea la necessità di realizzare un contemperamento fra tutte le esigenze che possono venire in rilievo nello sviluppo della dialettica processuale, e, quindi, a non optare necessariamente per soluzioni che, in nome del contenimento dei tempi del processo, sacrificino il diritto di azione o di difesa.

⁴⁰³ Cass. S.U. 12 marzo 2014 n. 5700 in Foro it. 2014,1,pag. 1798.

Si tratta, a ben vedere, del medesimo contemperamento al quale si è più volte fatto cenno trattando il tema generale della configurabilità dell'abuso del processo, che deve essere tenuto presente dall'interprete ogniqualvolta venga in rilievo la necessità di valutare la condotta processuale della parte.

A conferma della portata più generale dei principi richiamati nel recente arresto delle Sezioni Unite⁴⁰⁴ va segnalata la pronuncia n. 2143/2015⁴⁰⁵, con la quale la Corte di legittimità si è per la prima volta espressa sulla interpretazione degli artt. 342 e 434 c.p.c., come modificati dal d.l. n. 83/2012.

E' significativo, infatti, che nella motivazione si sia fatto leva proprio su quanto affermato dalle Sezioni Unite per sostenere che la riforma non impone un rigoroso formalismo né richiede che l'appello ricalchi la decisione impugnata con diverso contenuto, avendo il legislatore inteso, sostanzialmente, recepire e formalizzare gli approdi a cui la giurisprudenza era già pervenuta, rendendone certa ed efficace la sanzione processuale.

La decisione, quindi, esclude che l'intervento riformatore abbia apportato significative modificazioni rispetto al passato e, per pervenire a dette conclusioni, fa leva sulla necessità di contemperare l'esigenza di sanzionare pratiche che "comportando un abuso del processo, determinino un'ingiustificata dilatazione dei suoi tempi

⁴⁰⁴ Ribaditi poi da Cass. S.U. 2.5.2014 n. 9558 in Ced Cassazione.

⁴⁰⁵ Cass. 5.2.2015 n. 2143 in Dir.e gius.6 febbraio 2015 con nota di M.TONETTI.

ed un ingiustificato aggravio del lavoro del giudice”, con quella di assicurare “il compito correttivo del giudizio d'appello, finalizzato a garantire la conformità della decisione di primo grado alla legge ed alle risultanze processuali”, e, quindi, di non negarne l'accesso alla parte, in nome solo di rigidi ed ingiustificati formalismi.

4.7 La domanda frazionata

Si intende per domanda frazionata o parcellizzata quella proposta dall'attore sulla base di un credito unitario, ma volta ad ottenere la condanna solo per una porzione del medesimo.

Il fine perseguito dall'attore è quello di ottenere “ *il totum a lui spettante attraverso più tranches del giudizio che - secondo la naturale estensione di questo - si sarebbe dovuto istaurare*”⁴⁰⁶.

L'assenza di qualunque riferimento normativo esplicito alla sussistenza o meno di tale potere del creditore, ha portato le Corti a ricercare la soluzione al quesito sulla ammissibilità di detta condotta nei principi generali del diritto ed in un'interpretazione sistematica dell'ordinamento⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ T.DELLA MASSARA, *La domanda frazionata ed il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza : il «ripensamento» delle sezioni unite* in Riv. dir.civ, 2008, pag. 345. L'autore qui riprende l'immagine dell'estensione naturale del giudizio da C.CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo, I, Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo* in Riv.trim.dir.proc.civ.1991 pag. 243.

⁴⁰⁷ V.ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo, commento a Cass.sez.un. 2000, n. 108* in Nuova giur. civ. com. 2001 pag. 502.

4.7.1 L'ammissibilità del frazionamento

Nella sentenza pronunciata a Sezioni Unite il 10 aprile del 2000 n. 108⁴⁰⁸ la Cassazione riconobbe il diritto del creditore a chiedere giudizialmente, anche in via monitora, un adempimento parziale, asserendo, a fondamento della decisione, che non vi fossero ostacoli al frazionamento e richiamando a sostegno della propria tesi:

- l'art. 1181 c.c. che, nel riconoscere il diritto del creditore di rifiutare un adempimento parziale, implicitamente attribuisce il potere di accettarlo;
- l'art. 1453 c.c. che, nel delineare la alternativa fra azione di risoluzione e azione di adempimento, nulla dice circa la possibilità di richiedere un adempimento parziale;
- gli artt. 277, comma 2, e 278, comma 2, c.p.c. che consentono, in presenza di domande più estese, di limitare la pronuncia a parte delle stesse o di condannare il debitore al pagamento di una provvisionale, ma che non trovano applicazione allorquando la domanda sia stata proposta con un contenuto più ridotto;

⁴⁰⁸ Cass. S.U. 10.4.2000, n. 108, in Giust. civ., 2000, I, pag. 2265 con nota di R.MARENCO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; in Corriere giur., 2000, pag.1618 con nota di T.DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le sezioni unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*; in Giur. it., 2001, pag.1143 con note di A.CARRATTA, S.MINETOLA e A.RONCO, *Ammissibilità della domanda frazionata in più processi?*; in Nuova Giur. Cov. Com., 2001, pag. 508 con nota di V.ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*; in Dir. e giur., 2002, pag. 443 con nota di E.SENA, *Richiesta di adempimento parziale e riserva di azione per il residuo: l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione*.

- gli artt. 1175 e 1375 c.c. la cui violazione, anche in caso di frazionamento, non può essere addebitata al creditore, dovendo, al contrario, essere imputata allo stesso debitore che, non adempiendo, ha posto in essere un comportamento contrario a buona fede e correttezza.

La Corte sostenne che, a differenza di quanto “*ipostatizzato e non dimostrato*” dai giudici di merito sussiste, nella parcellizzazione, un interesse meritevole di tutela del creditore, il quale potrà accedere ad un giudice inferiore, più celere nella decisione, anticipando spese di minore importo e potendo anche sperare che, dopo l’iniziativa giudiziaria, il residuo debito venga spontaneamente estinto.

Aggiunse, poi, la Corte che il frazionamento non sacrifica in alcun modo il diritto alla difesa delle proprie ragioni del debitore, il quale può sempre scongiurarne gli eventuali effetti pregiudizievoli attraverso la messa in mora del creditore o con una domanda riconvenzionale di accertamento negativo dell’intero rapporto⁴⁰⁹.

A chiusura del percorso argomentativo sopra sinteticamente riportato i supremi giudici, dissentendo

⁴⁰⁹ In tal senso F.CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 915 ss.; nonché C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1991, 244, per il quale il convenuto avrebbe interesse alla proposizione di una domanda di accertamento negativo per il residuo per evitare l’incertezza dovuta alla «mera segmentazione processuale».

da precedenti pronunce⁴¹⁰, ritennero che fosse indimostrato, sul versante processuale, che il giudicato su domanda parziale possa coprire l'intero rapporto.

Infine aggiunsero che la inammissibilità, in quanto sanzione di ordine processuale, deve essere espressamente prevista dall'ordinamento o essere ricavabile dal sistema che, nel nostro caso, al contrario non richiede sempre e comunque la unicità del giudizio.

Tale posizione era condivisa da alcuni autori⁴¹¹ i quali ritenevano che l'affermazione contraria fosse ammissibile esclusivamente in un ordinamento di stampo romanistico, caratterizzato dalla tipicità delle *actiones* dove per ogni fatto è prevista un'apposita *actio*⁴¹².

Non mancava, inoltre, chi sosteneva che due azioni possono ritenersi identiche solo allorquando vi sia una totale coincidenza fra i loro elementi essenziali (soggetto, oggetto e causa) situazione che non si riscontra nelle

⁴¹⁰ Cass. 30 gennaio 1956, n. 270, in *Mass. Giur. it.* 1956; Cass. 15 settembre, 1975, n. 3057, in *Mass. Giur. it.* 1975; Cass. 8 luglio 1981, n. 4488, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, pag. 411 ss. con nota di P.G.MONATERI, *La scindibilità del giudizio sul quantum*; nonché Cass., sez. lav., 23 ottobre 1985, n. 5192, in *Giur. it.*, 1986, I, pag. 383 e ss. con nota di E.RAVAGNANI, *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato*; nonché in *Giur.it.* 1987, I, pag. 537 e ss., con nota di A.ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, in *Riv. it. dir., lav.*, 1986, II, pag.439 e ss con nota di A.CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*; in *Giust. civ.*, 1986, I, pag.1082 e ss. con nota di B.SASSANI, *In tema di pronuncia su danno futuro e di preclusione della successiva autonoma domanda* con nota di V. COCCHI in *Foro it.*, 1986, I, 1383 ss. .

⁴¹¹ E.ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale* in *Foro.it.* 1958, pag. 400.

⁴¹² In tal senso A.MELONI CABRAS, *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede* in *Obb. e contr.* 2008, pag. 788.

ipotesi di frazionamento del credito ove il petitum mediato è diverso⁴¹³.

Veniva, così, disegnato un sistema dove “le parti erano ritenute uniche e migliori giudici del se e del come proporre una lite”⁴¹⁴ ed in cui l’unico argine alla frammentazione del diritto era rappresentato dalla necessità di manifestare una espressa riserva di agire per il residuo.

Appare, in realtà, difficile concordare con il dictum della Suprema Corte poiché, se la domanda giudiziale avente ad oggetto la richiesta di tutela in ragione di una particolare situazione soggettiva (24 Cost., 2907 c.c., 99 c.p.c.) comporta l’insorgenza del giudicato non solo su quanto espressamente dedotto in giudizio ma anche riguardo a ciò che risultava deducibile⁴¹⁵, non dovrebbe poter essere ammessa un’ulteriore domanda che sottoponga nuovamente all’esame del giudice elementi ed aspetti di una situazione soggettiva da questi già valutata ed accertata⁴¹⁶.

⁴¹³ Per una trattazione approfondita di questa tesi si veda E.RAVAGNANI, *Identificazione dell’interesse ad agire e giudicato*, in Giur. it., 1986, I, 1, pag. 383; contra F.COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione* in Nuova Giur. Civ. Com. 2008, pag. 469, il quale ritiene che una posizione del genere determinerebbe una molteplicità di giudicati sulle singole frazioni da considerarsi un «quid minoris rispetto alla vera e propria res iudicata sul diritto complessivamente inteso».

⁴¹⁴ A.MELONI CABRAS, *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede*, cit. pag 788.

⁴¹⁵ MENCHINI, PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in tema di crediti pecuniari*, in Foro.it, 1999, pag. 2948.

⁴¹⁶ E’ l’opinione di A.GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?* in Corr.giur.2008, pag. 1136.

Basti qui pensare alla situazione che si verrebbe a verificare nell'ipotesi di frazionamento sequenziale, nel quale, dopo la formazione del giudicato sul primo segmento del diritto, il secondo giudice dovrebbe ritenersi vincolato al primo giudicato, limitandosi a ratificare ciò che è già stato deciso. In tal modo si darebbe vita ad un processo dove la regola iuris viene dedotta da una sentenza di merito e non dalla legge⁴¹⁷. Circa, poi, il rilievo decisivo attribuito dalla Corte alla assenza di una norma esplicita che neghi il potere del creditore di agire per il solo adempimento parziale, si può obiettare che, nel nostro ordinamento, non tutto ciò che non è espressamente negato è, per ciò solo, consentito. La pronuncia in commento non è condivisibile neppure nella parte in cui si sofferma sui presunti rimedi indicati a tutela del convenuto, ovvero la domanda riconvenzionale e la messa in mora del creditore, sia perché lo gravano dell'onere, inopportuno e controproducente, di ampliare sua sponte il petitum in ordine al quantum⁴¹⁸, sia in quanto detti rimedi sarebbero preclusi qualora il debitore ritenesse di non essere tale e contestasse in radice la sussistenza di ogni diritto nei suoi confronti⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Ancora A.GRAZIOSI, op.cit pag. 1136. La Corte, al contrario, ritiene l'utilizzo del giudicato, nel successivo giudizio istaurato, pienamente lecito definendolo come una "corretta utilizzazione degli strumenti che l'ordinamento appresta".

⁴¹⁸ E' l'opinione di T.DELLA MASSARA, op.ult.cit. pag. 1624.

⁴¹⁹ Infatti nella sentenza n. 23726/2007 le Sezioni Unite, nell'indicare le ragioni del dissenso rispetto al precedente arresto, evidenziano che non "è persuasiva, infine, la considerazione che "il debitore potrebbe ricorrere alla messa in mora del creditore, offrendo l'intera somma", non essendo tale soluzione praticabile ove, come possibile, il debitore non ritenga di essere tale". Contra A.FINESSI, *La*

Similmente non pochi dubbi suscita l'interpretazione data ai principi di buona fede e correttezza, poiché gli obblighi comportamentali che gravano sulle parti, lungi dall'arrestarsi al momento dell'inadempimento, devono essere rispettati anche durante la "fase patologica"⁴²⁰ del rapporto⁴²¹, poiché impongono a ciascuna delle parti, senza nessun limite temporale, di agire in modo da preservare anche gli interessi dell'altra⁴²².

Va, poi, sottolineato che la Corte non ha in alcun modo considerato il principio sancito dall'art. 25 della Carta Costituzionale, poiché è fuori di dubbio che, attraverso la devoluzione della controversia ad un giudice inferiore, viene mortificato il diritto del convenuto ad essere giudicato dal "giudice naturale preconstituitogli per legge". La Suprema Corte, al contrario, sostiene che "il ricorrere ad un giudice inferiore più celere nella risoluzione delle controversie e innanzi al quale la lite costa meno, anche se la sua conclusione non è integralmente soddisfattiva della pretesa, risponde all'interesse del creditore".

Si può ipotizzare che dette argomentazioni siano state ispirate dalla riforma, all'epoca recente, dell'art. 111 che, come si è visto, costituzionalizzando il principio della

frazionabilità in giudizio del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite, in Nuova Giur. Civ. Com. 2008 pag. 464.

⁴²⁰ In tal senso T.DELLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il « ripensamento » delle sezioni unite* in Riv.dir.civ. 2008 pag. 359; O.FITTIPALDI, *Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*, in Corr.giur.2008 pag. 541.

⁴²¹ In tal senso Cass. 7.6.2006 n. 13345 in Rep.foro.it., 2006 voce *Contratto in genere*.

⁴²² Cass. 9.07.2004 n. 12685 in Foro it. 2005, 1, pag. 3429.

ragionevole durata del processo, ha sin dal principio “sconvolto” non pochi equilibri processuali, richiedendo al giudice di individuare se e quando possa ritenersi giusto il sacrificio di un diritto o di un interesse di parte (nella specie quello al suo giudice naturale) in ragione di un processo più celere e veloce.

4.7.2 (segue) Il revirement: l’inammissibilità

Le pronunce successive⁴²³ a quella del 2000 sembravano avere accettato senza riserve il principio di diritto fino a quando, con la ordinanza interlocutoria del 21 maggio 2007 n. 11794⁴²⁴, la questione è stata nuovamente rimessa alle Sezioni Unite dalla Terza Sezione Civile, che ha ritenuto di non potere condividere l’interpretazione data alla clausola generale di correttezza e buona fede e neppure la asserita compatibilità fra frazionamento del credito e ragionevole durata del processo.

Si legge, infatti, nella ordinanza che “La frammentazione del credito non risponde ad alcuna apprezzabile esigenza del creditore, ma si configura come un mero espediente processuale per ottenere, attraverso il frazionamento

⁴²³ Meritano di essere segnalate: Cass. 23 novembre 2000, n. 15138, e Cass. 5 luglio 2001, n. 9090 in Resp. Civ. e prev. 2001 pag. 1229 con nota di R.MURONI *La rilevanza del frazionamento del petitum risarcitorio da sinistro stradale nel medesimo giudizio: un unico diritto all’an e più diritti al quantum?*; Cass. 2 settembre 2000, n. 11520 in Giust.civ. 2001 pag. 159 con nota di F.TIZI, *Limiti oggettivi del giudicato e minima unità azionabile del processo*; Cass. 4 maggio 2005, n. 9224 in Obb.e contr. con nota di A. MELONI CABRAS *La frazionabilità della pretesa creditoria e la normalità del prezzo di vendita*; Cass. 16.06.2003 n. 9634; Cass. 28.07.2005 n. 15807; Cass. 9.11.2005 n. 21689 in Ced Cassazione.

⁴²⁴ Cass. III ord. interlocutoria 21.5.2007 n. 11794 in Ced Cassazione.

della pretesa in più decreti ingiuntivi e la mancata opposizione a taluno di essi (mancata opposizione ipoteticamente collegabile ad una molteplicità di ragioni, anche a valutazioni di opportunità, dovute al modesto importo dell'ingiunzione), un giudicato di cui avvalersi in sede di una eventuale successiva opposizione.”.

Si aggiunge, inoltre, che “tra i principi costituzionali in tema di giurisdizione e processo, rientra anche quello della ragionevole durata del processo, che costituisce un'altra importante funzione di garanzia nell'ambito della giurisdizione e del procedimento, vale a dire "l'unicità" e "l'unità" del processo”, che impongono l'adozione di meccanismi idonei ad assicurare il rispetto del principio di concentrazione delle tutele.

La Corte, invitata in detti termini a rimeditare la questione, è pervenuta all'affermazione di un principio di diritto diametralmente opposto a quello in precedenza affermato: non solo il frazionamento del credito risulta “contrario alla regola generale di correttezza e buona fede” ma, risolvendosi in abuso del processo, è anche “ostativo all'esame della domanda”.

I motivi della “significativa rimeditazione”⁴²⁵ operata con la sentenza 15 novembre 2007 n. 23726⁴²⁶ sono stati

⁴²⁵ L'espressione è di P.RESCIGNO *L'abuso del diritto una significativa rimeditazione delle sezioni unite* in *Corr.giur.* 2008,6, pag. 745.

⁴²⁶ Cass. S.U. 15 novembre 2007, n. 23726 in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, pag. 335 con nota di M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, e di T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle Sezioni Unite*,; in *Guida dir.*, 2007, 47, pag. 28 con nota di

individuati⁴²⁷ innanzitutto nel mutato panorama legislativo, ed in particolare nella affermazione del principio del “giusto processo” nonché nella rinnovata attenzione per i profili solidaristici enunciati dalla nostra Carta costituzionale, che hanno condotto alla cosiddetta “costituzionalizzazione dei principi di buona fede e correttezza ex art. 2 cost.”. La stessa Corte, inoltre, nella motivazione della pronuncia, ha posto l’accento sulla necessità di fondare la decisione su una lettura più adeguata dell’art. 88 c.p.c..

E’ opportuno premettere che le Sezioni Unite si sono pronunciate in una fattispecie nella quale veniva in rilievo il comportamento di una società creditrice la quale aveva proposto quattro distinti procedimenti per decreto ingiuntivo contro altra società, aventi ad oggetto porzioni di un credito unitario, ciascuna di valore inferiore a 1100 euro⁴²⁸.

Nei giudizi di opposizione la debitrice aveva eccepito la contrarietà a buona fede e correttezza del comportamento della controparte, consistente “nell’aver chiesto ed

M. FINOCCHIARO *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*; in Giur. it. 2008, pag. 929 con nota di A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in Foro it., 2008, I, pag.1514 con nota di A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile* e con nota di R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?.*; in Obbl. e contr., 2008, 10, pag. 784 e ss. con nota di A. MELONI CABRAS, *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede* e di B. VERONESE, *Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza.*

⁴²⁷ In tal senso A.MELONI CABRAS, op.cit pag 792.

⁴²⁸ La specificazione è finalizzata a porre l’accento sulla circostanza che in tal modo il creditore aveva determinato la devoluzione della controversia al Giudice di pace, tenuto, ex art. 113, comma 2, c.p.c., a decidere secondo equità.

ottenuto un distinto decreto ingiuntivo per ogni fattura (o gruppo di fatture) non pagata, ben potendo essa chiedere un solo decreto ingiuntivo per la totalità del preteso credito”.

I distinti giudizi di opposizione, non riuniti, venivano definiti con sentenze con le quali il giudice di pace, ritenendo fondata la doglianza dell’opponente, revocava i decreti perché affetti da nullità e contestualmente condannava la debitrice al pagamento delle somme, effettivamente dovute, compensando per intero fra le parti le spese di lite.

I quattro distinti ricorsi per cassazione proposti dalla società creditrice avevano, quindi, tutti ad oggetto il solo capo della decisione relativo al regolamento delle spese⁴²⁹. La ricorrente aveva lamentato la violazione ed inesatta applicazione degli artt. 1175, 1374, 1181 c.c. e 633 c.p.c., rilevando, sostanzialmente, che il giudice di prime cure aveva errato nel giudicare contrario a buona fede e correttezza il comportamento del ricorrente che aveva proceduto a parcellizzare il credito, non solo perché il suddetto comportamento è astrattamente ammissibile, ma anche e soprattutto perché nella fattispecie non si trattava di un unico credito ma di “crediti distinti e

⁴²⁹ Si noti , fra l’altro, come sottolineato da T.DELLA MASSARA, ult. op. cit. pag. 346-347 che le impugnazioni, “per la consolidata opinione sui limiti del giudizio per cassazione *ex art.* 360, n. 3, c.p.c. in ordine a una pronuncia resa secondo equità ai sensi dell’art. 113 c.p.c., avrebbero dovuto basarsi su una «macroscopica» violazione di norme di diritto, da valutarsi alla stregua della Costituzione, dei principi generali dell’ordinamento, nonché — a seguito della pronuncia della Consulta n. 206 del 2004 — dei principi informatori della materia”.

diversi per ciascuna fattura posta alla base delle istanze monitorie”.

La Corte, nel ritenere infondato il primo motivo di impugnazione, giustifica la necessità di rimeditare sul precedente orientamento evidenziando che il canone generale di correttezza oggettiva e buona fede impone al contraente di salvaguardare in ogni fase di svolgimento del rapporto l'interesse della controparte negoziale, sicché, anche nei casi in cui il creditore non agisca con finalità emulative, la parcellizzazione del credito non può essere consentita, in quanto pregiudica in modo ingiustificato il debitore, costretto a sottostare ad una pluralità di iniziative giudiziarie, con evidente aggravio della sua posizione.

Aggiunge, poi, che i precetti costituzionali impongono una diversa lettura dell'art. 88 c.p.c. ed escludono che possa essere ritenuto giusto il processo frutto di abuso, che si riscontra a fronte di un “esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi”.

La Corte, quindi, perviene a respingere il motivo di ricorso, come si è detto relativo al solo regolamento delle spese di lite, compensate nonostante la soccombenza del debitore, enunciando il principio di diritto per cui “è contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui

all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario.”

Il percorso argomentativo risulta essere, quanto alle ragioni della decisione, sicuramente lineare: ritengono i supremi giudici di dover sanzionare la condotta della parte in quanto, in assenza di qualunque giustificato motivo, dà vita ad un comportamento contrario agli artt. 1175 e 1375 c.c. ed in contrasto con l'art. 88 c.p.c., “contraltare endoprocedimentale”⁴³⁰ degli stessi.

Nel richiamare, poi, l'art. 111 Cost. si evidenzia che non possono essere giuste le azioni istaurate attraverso la disarticolazione di un rapporto unitario, in quanto la proposizione di più azioni in luogo di una comporta l'ingiustificato proliferare di giudizi, cui consegue un'inutile spreco di tempo e soprattutto di risorse giudiziali⁴³¹.

La decisione, al contrario, non è chiara nella parte in cui individua lo strumento da utilizzare per reagire all'abuso, sanzionandolo.

In particolare la Corte non chiarisce se, a fronte della parcellizzazione delle azioni, la pronuncia debba essere di merito o di rito.

L'interesse per l'esatta natura della sentenza non è certo meramente teorico, giacché proprio la natura della

⁴³⁰ In tal senso A.MELONI CABRAS, op.cit pag 791.

⁴³¹ A.GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto o abuso del diritto di azione ?* in Corr.giur. 2009 pag. 1145.

pronuncia condiziona le sorti del credito ed incide sulla possibilità o meno dell'agente di vedere soddisfatto il proprio diritto⁴³².

Infatti, a fronte della domanda del creditore volta al recupero di una frazione dell'intero, il rigetto in rito non sarebbe in grado di spiegare effetti su eventuali processi futuri, mentre il rigetto nel merito comporterebbe la formazione del giudicato sostanziale sulla porzione del credito per il quale si era agito, precludendo, in forza del principio per il quale il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, qualunque futura azione basata sul medesimo titolo e, quindi, paralizzando integralmente il diritto del creditore di vedere soddisfatto la propria pretesa.

Se si optasse per la prima soluzione, bisognerebbe far discendere l'improponibilità dalla mancanza dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., interesse che tornerebbe a sussistere qualora l'attore agisse per l'interesse del credito.

Tale tesi, oltre ad essere avvalorata dalla espressione usata dalla Corte, "ostativo all'esame della domanda", eviterebbe il formarsi del giudicato sulla infondatezza della domanda e, quindi, non frustrerebbe in via definitiva l'interesse del creditore alla realizzazione del suo diritto.

⁴³² B.VERONESE, *Improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o in merito* in *Obb.contr.* 2009 pag 4 e *Domanda frazionata rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza* in *Obb.contr.* 2008 pag 806.; T.DELLA MASSARA, *ult.op.cit* pag. 360 .

Al contrario, qualora si optasse per il rigetto nel merito, si verrebbero a verificare due distinte situazioni a seconda che il frazionamento avvenga sequenzialmente o contestualmente.

Nel primo caso il giudice, dopo avere esaminato nel merito la prima domanda parziale, su espressa eccezione del debitore⁴³³, dovrebbe dichiarare inammissibili le successive istanze proposte per ottenere le restanti porzioni del medesimo credito; nel secondo caso, invece, la soluzione dovrebbe essere quella di un rigetto in blocco di tutte le domande proposte⁴³⁴.

In entrambe le situazioni il rigetto della domanda sarebbe affidato alla eccezione del debitore, sicché tornerebbe a fare ingresso nel rito l'istituto della *exceptio dolis generalis seu praesentis* di cui si è precedentemente discusso⁴³⁵.

4.7.3 (segue) prime applicazioni giurisprudenziali.

L'inversione di tendenza operata dalla Corte è stata accolta con favore dai giudici di legittimità e di merito, i

⁴³³ Si è infatti evidenziato (sul punto vedi G.BUFFONE, *Frazionamento giudiziale contestuale (o sequenziale) di un credito unitario* in *Il civilista*, 2008 pag 38) come non sempre il giudice sia a conoscenza del frazionamento o perchè, ad esempio, una parte del credito è stata precedentemente compensata, o più semplicemente perchè questa non risulta dal fascicolo.

⁴³⁴ Si veda T.DELLA MASSARA, ult.op.cit. pag. 361 il quale ritiene paradossale tale diversità di trattamento fra domande parziali contestuali e sequenziali.

⁴³⁵ Richiama l'*exceptio doli generalis* A. MELONI CABRAS *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede*, cit. pag. 797. Sulle origini e sulla funzione dell'*exceptio* si rimanda al cap. 2 pag. 36 e seg.

quali, in successive pronunce, hanno provveduto ad applicare il principio innanzitutto in giudizi aventi ad oggetto analoghe fattispecie⁴³⁶.

Le stesse Sezioni Unite hanno, poi, ribadito il proprio orientamento in tema di ripetizione di indebito nel rapporto di lavoro, evidenziando che la obbligazione va adempiuta nella sua interezza e in un'unica soluzione, dovendosi escludere che la stessa possa, anche nell'eventuale fase giudiziaria, essere frazionata dal creditore⁴³⁷.

La regola della infrazionabilità è stata poi estesa anche a situazioni non sovrapponibili a quella esaminata dalla Corte ed è stata affermata in tema di responsabilità extracontrattuale da sinistro stradale, sia nell'ipotesi in cui, dopo la prima iniziativa giudiziaria, il danneggiato aveva preteso di agire per il risarcimento di ulteriori voci di danno⁴³⁸; sia in fattispecie nella quale l'azione era stata esperita davanti al giudice di pace ed al tribunale, in ragione delle rispettive competenze per valore,

⁴³⁶ Cass. 27.05.2008 n. 13791 e Cass. 11.06.2008 n. 15476 in Danno e Responsabilità pag. 518-519 con nota di A.ROSSI, *Il principio della contrarietà del frazionamento giudiziale del credito alla clausola generale di buona fede: prime applicazioni giurisprudenziali* pag. Cass. 20.11.2009 n. 24539 in Giur.it. 2010, pag. 1875 che, nel ritenere improponibili le domande giudiziali aventi ad oggetto frazioni dell'unico credito, ha cassato senza rinvio la sentenza di rigetto delle opposizioni riunite ed ha revocato i decreti ingiuntivi opposti.

⁴³⁷ Cass. S.U. 22.12.2009 n. 26961 in Ced Cassazione.

⁴³⁸ Tribunale di Lucca, 6 febbraio 2008 in Danno e responsabilità 2009 pag. 516, con commento di A.ROSSI, *Il principio della contrarietà del frazionamento giudiziale del credito alla clausola generale di buona fede: prime applicazioni giurisprudenziali* pag. 521.

rispettivamente per il risarcimento dei danni materiali ed alla persona⁴³⁹.

E' stata ritenuta inammissibile la domanda di "interessi e rivalutazione avanzata successivamente e autonomamente rispetto a quella del pagamento del capitale"⁴⁴⁰, e, inaudita altera parte⁴⁴¹, è stato dichiarato inammissibile il ricorso per ingiunzione proposto per ottenere il pagamento di una somma inferiore all'interezza del credito⁴⁴².

Gli stessi principi sono poi stati applicati dalla sezione lavoro in tema di risarcimento dei danni derivati dalla violazione dell'art. 2103 c.c.⁴⁴³ e per escludere la ammissibilità di una nuova domanda di riliquidazione del trattamento di fine rapporto, finalizzata ad ottenere la

⁴³⁹ Cass. 22.12.2011 n. 28286 in Foro it. 2012,1,pag. 2813 con nota di A.GRAZIOSI *Neppure i crediti risarcitori possono essere frazionati giudizialmente*. La pronuncia si segnala anche perché la Corte è escluso di potere applicare i principi espressi in tema di *overruling* rilevando che "non è ravvisabile un'esigenza di tutela dell'affidamento riposto dall'attore in relazione ad intervenuto mutamento dell'orientamento giurisprudenziale in materia, atteso che il principio del giusto processo, espresso dall'art. 111, primo comma, Cost., non consente più di utilizzare, per l'accesso alla tutela giudiziaria, metodi divenuti incompatibili con valori avvertiti come preminenti ai fini di un efficace ed equo funzionamento del servizio della giustizia, e impedisce, perciò, di accordare protezione ad una pretesa priva di meritorietà e caratterizzata per l'uso strumentale del processo".

⁴⁴⁰ Tribunale di Mantova 3 novembre 2009- est de Simone in Corr.giur. 2011 pag. 370 e ss con nota di C.FIN, *Una coraggiosa pronuncia della corte di legittimità: l'onere delle spese contro un uso scorretto dello strumento processuale* e in www.comparazionediritto.civile.it con nota di G.CASCELLA, *Le conseguenze sulla domanda giudiziale dell'abusivo frazionamento di una pretesa creditoria unitaria: le posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito a seguito di Cass. Sez. Un. N. 23726*.

⁴⁴¹ Il Tribunale, quindi, ha rilevato d'ufficio la parcellizzazione, risultante dagli atti, in assenza della eccezione di parte alla quale sopra si è fatto riferimento

⁴⁴² Tribunale Napoli, 1 aprile 2008- est.Castaldi-Unicredit Banca S.p.a c. Sist Form S.r.l in Danno e responsabilità 2009 pag. 517, con commento di A.ROSSI, *il principio della contrarietà del frazionamento giudiziale del credito alla clausola generale di buona fede: prime applicazioni giurisprudenziali* pag. 522.

⁴⁴³ Cass. 13.3.2015 n. 5081 in Ced Cassazione.

inclusione nella base di calcolo di un ulteriore emolumento⁴⁴⁴.

Merita, poi, di essere segnalata la sentenza n. 6663 del 15 marzo 2013 con la quale i principi in tema di infrazionabilità della domanda sono stati estesi anche alla procedura esecutiva, per affermare la inammissibilità di un successivo atto di precetto da parte del creditore che aveva già ottenuto l'integrale pagamento delle somme indicate nella originaria intimazione⁴⁴⁵. Detti principi sono stati poi richiamati, sempre in tema di procedura esecutiva, anche dalla recente Cass. 3.3.2015 n. 4228⁴⁴⁶ che, oltre a ribadire il divieto di parcellizzazione delle azioni, poiché in quel caso si discuteva di un ulteriore precetto intimato per una differenza irrisoria, aggiunge che l'art. 24 cost. "non esclude certamente che la legge possa richiedere, nelle controversie meramente patrimoniali, che per giustificare l'accesso al giudice il valore economico della pretesa debba superare una soglia minima di rilevanza, innanzi tutto economica e, quindi, anche giuridica. Poiché la giurisdizione è, notoriamente, risorsa statutale limitata ben può la legge, esplicitamente o implicitamente, limitare il ricorso al giudice per far

⁴⁴⁴ Cass. 3.12.2008 n. 28719 in Riv. it. dir. lav. 2009,2,pag. 711 con nota di L.RATTI *Buona fede e giusto processo: presunti limiti alla frazionabilità della domanda giudiziale*.

⁴⁴⁵ Cass. 15.3.2013 n. 6663 in Ced Cassazione nella cui motivazione si afferma che "in caso di pluralità di precetti le conseguenze non sono diverse da quelle che seguirebbero all'instaurazione di più azioni giudiziali per ottenere l'adempimento di parti del credito riconducibili ad unico rapporto obbligatorio, essendo stata, anzi, nel caso considerato, estinta dalla debitrice il credito di cui al titolo esecutivo in relazione a precetto non opposto...".

⁴⁴⁶ Cass. 3.3.2015 n. 4228 in Ced Cassazione.

valere pretese di natura meramente patrimoniale, tenendo anche conto che il numero delle azioni giudiziarie non può non influire, stante la limitatezza delle risorse disponibili, sulla durata ragionevole dei giudizi, che è bene protetto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della CEDU”.

Con la ordinanza n. 10634/2010⁴⁴⁷ la Corte ha ritenuto di dovere applicare i medesimi principi anche in fattispecie nella quale, a fronte di un’iniziativa giudiziaria unitariamente proposta da più soggetti, le posizioni processuali erano poi state diversificate in sede di azione finalizzata ad ottenere l’indennizzo previsto dalla legge n.89/2001⁴⁴⁸. La Corte ha osservato che in detta ipotesi, pur non venendo in rilievo l’unicità del rapporto obbligatorio, “l’evento causativo del danno e quindi giustificativo della pretesa sia identico come unico sia il soggetto che ne deve rispondere e plurimi sono i danneggiati i quali, dopo aver agito unitariamente nel processo presupposto, così dimostrando la carenza di interesse alla diversificazione delle posizioni, ed avere sostanzialmente tenuto la stessa condotta in fase di richiesta dell’indennizzo agendo contemporaneamente con identico patrocinio legale e proponendo domande connesse per l’oggetto e per il titolo, instaurano

⁴⁴⁷ Cass. 3 maggio 2010 n. 10634 in Ced Cassazione.

⁴⁴⁸ I dieci ricorrenti, dipendenti del Ministero della Giustizia, avevano tutti adito con unico ricorso il TAR Lazio per ottenere l’adeguamento triennale dell’indennità giudiziaria. Avevano poi agito separatamente, con il patrocinio dello stesso difensore, per chiedere la condanna della Presidenza del Consiglio dei Ministri all’equa riparazione.

singolarmente procedimenti diversificati pur destinati inevitabilmente (come puntualmente avvenuto nella fattispecie) alla riunione.”

Più recentemente⁴⁴⁹ alla medesima soluzione si è giunti, sempre in sede di legittimità, a seguito di distinti ricorsi, presentati da più comproprietari patrocinati dal medesimo legale, in relazione alla determinazione dell'indennità di esproprio.

Le pronunce suscitano interesse, innanzitutto perché evidenziano la potenzialità espansiva dei principi affermati dalle Sezioni Unite in tema di infrazionabilità del credito, richiamati in fattispecie nelle quali veniva in rilievo un frazionamento soggettivo e non oggettivo, tra l'altro verificatosi in relazione ad una azione diversa e distinta da quella originaria, che, protraendosi oltre il limite massimo di ragionevole durata, aveva dato luogo alla richiesta indennitaria.

E' poi significativo porre l'accento sulla natura della sanzione applicata dalla Corte, che ha escluso di potere dichiarare la inammissibilità dei ricorsi, rilevando che “non è l'accesso in sé allo strumento processuale che è illegittimo ma le modalità con cui è avvenuto”.

Muovendo da detta premessa i giudici di legittimità si sono limitati a considerare unitario il procedimento,

⁴⁴⁹ Cass. 30.04.2014 n.9488 in Ced Cassazione.

nonostante la iniziale presentazione di ricorsi separati, ai fini della liquidazione delle spese⁴⁵⁰.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha escluso la frazionabilità del credito e con la sentenza n. 3/2011 la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁵¹ ha evidenziato che i principi affermati dalla Corte di legittimità meritano di trovare applicazione ogniqualvolta la condotta di parte benché “formalmente conforme al paradigma normativo, disattende il limite modale che impone al titolare di ogni situazione soggettiva di non azionarla con strumenti, sostanziali o processuali, che infliggano all’interlocutore un sacrificio non comparativamente giustificato.”

Da tale affermazione di principio il supremo consesso ha tratto la conclusione che anche una scelta di natura omissiva possa sostanziarsi in esercizio abusivo dell’azione, ogniqualvolta, sulla base di un giudizio di causalità ipotetica, si possa dire che l’eventuale

⁴⁵⁰ Conclusioni simili vengano caldegiate da G.BUFFONE, *Decreto ingiuntivo prima, ricorso sommario dopo; ma il credito è unitario...* Tribunale Catanzaro, sez. II civile, ordinanza 22.02.2012 in www.altalex.com.

⁴⁵¹ Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Giorn.dir.amm*, 2011, pag. 962 ss. con nota di F. CORTESE, *L’Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*. Si veda anche C.E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. e app.*, 2011, 694 ss.; F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corriere giur.*, 2011, 988 ss.; A. GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell’atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, in *Foro it.*, 2012, 46-47; L. PENASA, *Infine una risolutiva parola dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull’onere del cittadino di impugnare l’atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 165 ss. .

comportamento attivo avrebbe significativamente inciso sul perimetro del danno⁴⁵².

Ne ha desunto che la mancata impugnazione di un provvedimento, sostanziandosi nella violazione degli artt. 1227, comma 2, 1175 e 1375 c.c., è idonea ad incidere significativamente sul diritto al risarcimento del danno⁴⁵³.

L'esame delle pronunce successive all'arresto delle Sezioni Unite consente di affermare che, se da un lato comune è l'esigenza di procedere a sanzionare tutti quei comportamenti di parte che a vario titolo si sostanziano in abuso del processo, dall'altro non vi è unanimità di soluzioni quanto alle modalità con cui tali azioni devono essere sanzionate.

Così si riscontrano dichiarazioni di inammissibilità dell'azione⁴⁵⁴, pronunce di improponibilità⁴⁵⁵ ed infine decisioni che si limitano a sanzionare il frazionamento

⁴⁵² L'ipotesi è quella della mancata impugnazione del provvedimento amministrativo finalizzata ad ottenerne l'annullamento. Sebbene, infatti, sia ormai venuta meno la pregiudizialità della fase demolitoria dell'atto, il comportamento del danneggiato, che non abbia provveduto ad istaurarla, deve esser valutato alla stregua dei principi di buona fede e correttezza oltretutto ai sensi del secondo comma dell'art 1227 ed incide sulla quantificazione del danno.

⁴⁵³ Sentenze conformi successive: Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656. Tar Sicilia, Catania, sez. I, 24 aprile 2012, n. 1124; Cons. Stato, sez. III, 17 maggio 2012, n. 2857, Consiglio di stato, sez IV 2 marzo 2012 n. 1209 in Gior.dir.amm. 2012, pag 959 e ss con commento di F.CORTESE, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*.

⁴⁵⁴ In tal senso Trib. Napoli 1 aprile 2008 cit.

⁴⁵⁵ Questa è la tesi sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità nella sentenza n. 15476/2008 e dalla prevalente giurisprudenza di merito vedi: Trib. Busto Arsizio, 23 settembre 2010 in *Giur. merito* 2010, 11, 2724; Trib. Nola 9 dicembre 2008, in *dejure.giuffre.it*; Trib. Catanzaro, sez. II, 22 febbraio 2012 in *www.ilcaso.it*.

solo in sede di regolamento delle spese, senza intaccare in alcun modo il diritto fatto valere in giudizio⁴⁵⁶.

Anche in dottrina la pronuncia del 2007 ha suscitato notevole dibattito e se da un lato alcuni autori, sia pure formulando riserve, hanno salutato con favore il nuovo indirizzo⁴⁵⁷, altri, al contrario, hanno fortemente criticato la pronuncia o sostenendo che possa sussistere il diritto del creditore a parcellizzare la propria pretesa⁴⁵⁸, o affermando che la condotta abusiva dovrebbe essere repressa solo in sede di regolamento delle spese di lite⁴⁵⁹.

Si è già detto che la questione sulla natura della pronuncia non è solo definitiva in quanto la dichiarazione di inammissibilità è in grado di incidere definitivamente sulla possibilità del creditore di soddisfare il proprio diritto, mentre quella di improcedibilità paralizza solo temporaneamente l'esercizio del diritto che, se sussistente, potrà trovare

⁴⁵⁶ E' la soluzione adottata da Cass. n. 10634/2010 e da Cass. 10488/2011 cit.

⁴⁵⁷ Favorevoli alla improcedibilità: A.GRAZIOSI, op.ult.cit pag. 1137; G.CASCELLA, op.cit. pag 3 e seg; R.CASILLO, *Anche nel processo esecutivo opera il divieto di frazionamento di un credito unitario* in www.iusexplorer.it pag 307 e seg; A.MASTRORILLI, *Domanda generica e infrazionabilità del credito in Danno e resp.* 2011 pag. 1110 e seg; M.GOZZI, op.cit pag. 1435 e seg; B.VERONESE, op. ult. cit. pag. 801; A.MELONI CABRAS, op. ult.cit. pag. 784 e seg; P.RESCIGNO, op. ult. cit. pag. 745 e seg. ; T.DELLA MASSARA, op. ult.cit pag. 345 e seg. .

⁴⁵⁸ F.FESTI, *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziali in Danno e resp.* 2008 pag. 996 e seg. .

⁴⁵⁹ F.COSSIGNANI, *L'improponibilità della domanda frazionata e limiti oggettivi del giudicato* in www.iusexplorer.it pag. 1 e seg; A.ROSSI, op.cit. pag. 520 e seg; M.MONTANARI, op.cit. pag. 556 e seg. .

realizzazione qualora il creditore agisca per l'interezza della pretesa.

Si potrebbe sostenere una tesi intermedia, ossia che: nell'ipotesi di immediata rilevabilità della parcellizzazione (o per frazionamento contestuale o per eccezione di parte durante il giudizio sulla prima frazione) il giudice dovrebbe pronunciare l'improcedibilità, consentendo così al creditore di agire nuovamente per l'interezza del credito; nell'ipotesi, invece, in cui il frazionamento non fosse stato rilevato, formatosi il giudicato sulla prima frazione del credito, le successive azioni sarebbero inammissibili, a seguito della formazione del giudicato, che in quanto tale impedisce al creditore di agire per la restante parte del credito.

E' lecito, però, domandarsi se in nome dell'economia processuale o della ragionevole durata dei processi possa essere sacrificato il diritto della parte ad ottenere la difesa in giudizio.

La pronuncia di rigetto nel merito, infatti, "punisce il diritto quando illecita è stata giudicata, però, l'azione"⁴⁶⁰. Più rispondente, allora, all'esigenza, di cui si è già detto, di operare un contemperamento di tutti i valori costituzionali che vengono in rilievo è la scelta di sanzionare il creditore, riconoscendo il suo diritto, ma negandogli la refusione delle spese processuali ex art. 92 comma 1 in quanto "il giudice, a prescindere dalla

⁴⁶⁰ La frase, particolarmente efficace è di G.BUFFONE op.cit pag 3 .

soccombenza può condannare una parte al rimborso delle spese che, in violazione dell'art. 88 cpc., ha causato all'altra parte”.

Capitolo V

Abuso del processo e deontologia professionale.

5.1 Premessa 5.2 La “doppia fedeltà dell’avvocato” ed i doveri di lealtà e correttezza verso i colleghi e le istituzioni. 5.3 Doveri dell’avvocato nel processo. 5.4 La giurisprudenza disciplinare 5.5 Conclusioni.

5.1 Premessa

Dall’analisi precedentemente svolta emerge un dato costante che accomuna tutte le diverse fattispecie riconducibili all’abuso del processo: il destinatario della sanzione è solo la parte.

Se, però, si considerano le ipotesi concrete nelle quali è possibile ravvisare un abuso emerge evidente che si tratta di comportamenti riferibili, per lo più, al difensore.

Non di rado, quindi, l’effettivo responsabile dell’abuso è l’avvocato, non solo in quanto il difensore è l’ “esecutore materiale” della condotta sanzionata, ma anche e soprattutto perché la particolare complessità delle regole procedurali fa sì che i veri protagonisti del processo siano, nella normalità, gli operatori del diritto.

Si è già detto, peraltro, che il quadro normativo vigente⁴⁶¹ non consente di infliggere sanzioni a soggetti diversi dalle parti, in quanto la sentenza può contenere statuizioni soltanto nei confronti di queste ultime⁴⁶².

Ne discende che il compito di reprimere e sanzionare gli illegittimi comportamenti tenuti dai difensori spetta principalmente agli organi disciplinari, chiamati ad attuare, anche a seguito di segnalazione da parte del giudice (art. 88 c.p.c.), i precetti contenuti nel codice deontologico forense.

Quest'ultimo è stato recentemente modificato in ottemperanza a quanto disposto dalla legge 31.12.2012 n. 247 che, all'art. 35 comma 1 lettera d, impone al Consiglio Nazionale Forense di emanare ed aggiornare periodicamente il codice deontologico.

Il nuovo codice, entrato in vigore il 16 dicembre 2014⁴⁶³, è caratterizzato dalla tendenziale tipizzazione delle fattispecie con rilevanza disciplinare nonché dalla predeterminazione delle sanzioni e dalla previsione di una serie di meccanismi di aggravamento o attenuazione delle

⁴⁶¹ Non risulta ancora attuata la delega concessa al Governo con la legge di stabilità 2014 che consente al legislatore delegato di “prevedere quando nei casi di condanna a norma dell'art. 96 del codice di procedura civile, il difensore sia responsabile in solido con la parte”.

⁴⁶² Cass. 27.07.2002 n. 11063 in Giur. it. 2003,8, pag. 1585.

⁴⁶³ Il codice è stato pubblicato sulla Gazz.Uff. n. 241 del 16 ottobre 2014 in quanto, ai sensi dell'art. 3, comma 4, della legge n. 247/2012, la pubblicazione del codice avviene “secondo disposizioni stabilite con decreto del Ministro della Giustizia”. Il codice, quindi, a differenza di ciò che accade per altre categorie professionali, ha natura di atto di autoregolamentazione quanto al contenuto, ma viene introdotto nell'ordinamento attraverso una procedura “a doppio binario”, che implica il recepimento da parte del Ministro della Giustizia attuato nelle forme previste per i provvedimenti di natura regolamentare.

stesse⁴⁶⁴. Questa nuova impostazione discende dalla volontà di dar vita “ad un approccio di segno più garantista e ad una esigenza di coerenza e di uniformità del sistema”⁴⁶⁵.

Già ad una prima lettura emerge evidente la portata innovativa dell'intervento, poiché il codice del 1997 individuava i doveri imposti all'avvocato nell'esercizio della attività professionale nonché le norme di comportamento da rispettare nei rapporti con il cliente, con la controparte ed i terzi ma, quanto alle sanzioni, si limitava a prevedere che le stesse dovessero essere “adeguate e proporzionate” alla violazione della norma deontologica, e dovessero tener conto di tutte le peculiarità del singolo caso concreto⁴⁶⁶.

Il codice, inoltre, conteneva una norma di chiusura⁴⁶⁷ in base alla quale era comunque consentito agli organi disciplinari di ravvisare la responsabilità in comportamenti che, sebbene non espressamente tipizzati, potessero essere ricondotti alla violazione dei doveri previsti nei principi generali.

Il testo previgente, inoltre, prendendo le mosse dalla figura dell'avvocato come descritta dalla legge

⁴⁶⁴ V.TENORE, *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, Napoli, 2015 pag 142 e seg.

⁴⁶⁵ Relazione illustrativa al codice deontologico pag 4 .

⁴⁶⁶ L'art. 2 stabiliva, infatti, che “le sanzioni devono essere adeguate alla gravità dei fatti e devono tener conto della reiterazione dei comportamenti nonché delle specifiche circostanze, soggettive e oggettive, che hanno concorso a determinare l'infrazione”.

⁴⁶⁷ L'art. 60 stabiliva che “le disposizioni specifiche di questo codice costituiscono esemplificazioni di comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito di applicazione dei principi generali espressi”.

professionale del 1933, si concentrava principalmente sul rispetto dei doveri di “probità, dignità e decoro” che costituivano il fulcro del sistema deontologico, al punto che ogni violazione finiva per essere ricondotta all’art. 5, ossia alla norma che detti doveri consacrava⁴⁶⁸.

Al contrario il nuovo codice, proprio perché basato sulla tipizzazione degli illeciti e sulla predeterminazione delle sanzioni, pur ribadendo, sostanzialmente, doveri non dissimili da quelli enunciati in passato, stabilisce, all’art. 20, che la violazione di detti doveri assume rilevanza disciplinare solo se realizzata attraverso le specifiche condotte previste nei titoli successivi.

Non è questa la sede per esaminare in dettaglio tutti gli obblighi imposti all’avvocato, poiché ai fini del nostro lavoro interessa soffermarsi su quelle regole di condotta che, ove violate, possono dare luogo ad abuso dello strumento processuale.

Nei paragrafi che seguono, pertanto, verranno esaminati i doveri più strettamente connessi al processo, evidenziando gli elementi di novità rispetto al passato nonché la rilevanza che la previsione disciplinare può assumere ai fini della configurabilità della condotta abusiva.

⁴⁶⁸ A. D’ADDESIO, G. MANFERTO, *Il nuovo codice deontologico degli avvocati*, Torino 2014, pag.20.

5.2 La “doppia fedeltà” dell’avvocato ed i doveri di lealtà e correttezza verso i colleghi e le istituzioni

L’art. 1 del codice deontologico afferma che è compito dell’avvocato tutelare il diritto alla libertà, inviolabilità e effettività della difesa e di assicurare nel processo la regolarità del giudizio e del contraddittorio.

La disposizione, che riproduce il preambolo del codice previgente, aggiunge anche che il difensore vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione e dell’Ordinamento dell’Unione Europea.

Risulta, quindi, subito evidente la peculiarità della professione forense, vincolata ad un doppio mandato, ossia alla cosiddetta “doppia fedeltà” verso l’ordinamento e verso la parte assistita⁴⁶⁹.

L’interesse del cliente non deve, pertanto, essere perseguito dal difensore con ogni mezzo, poiché l’avvocato, in quanto mediatore fra il cittadino e la legge⁴⁷⁰, è comunque tenuto a garantire il rispetto delle regole sulle quali l’ordinamento si fonda. Ciò perché la difesa, che è componente essenziale della giurisdizione, si attua con la applicazione della legge processuale e sostanziale e non attraverso la elusione della stessa.

⁴⁶⁹ La doppia fedeltà è evidenziata già nella formula del giuramento che vincola l’avvocato ad osservare “con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell’assistito nelle forme e secondo i principi dell’ordinamento”.

⁴⁷⁰ R.DANOVI *Il codice deontologico forense*, Milano, 2006, pag. 95. L’autore precisa che l’avvocato non può essere considerato un semplice mercenario al servizio del cliente e neppure un ausiliario o un collaboratore del giudice.

Le norme di condotta imposte al difensore operano, quindi, un contemperamento fra gli obblighi che derivano dai due mandati che caratterizzano il ministero difensivo dell'avvocato, giacché, come in passato⁴⁷¹, si richiede di esercitare l'attività professionale avendo costantemente presente l'interesse dell'ordinamento e, quindi, di non perorare cause ingiuste e di non utilizzare strumenti che possano risolversi in una lesione dello stato di diritto.

Non a caso il codice deontologico degli avvocati europei, approvato a Strasburgo il 28 ottobre 1988, stabilisce che il compito dell'avvocato "non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'ambito della legge" in quanto egli "deve garantire il rispetto dello Stato di diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà".

Si comprende allora il perché delle norme deontologiche che disciplinano la condotta del difensore nei confronti non solo della parte assistita ma anche rispetto ai colleghi, alle controparti, ai giudici ed al "pubblico, per il quale una professione liberale ed indipendente, legata al rispetto delle regole che essa stessa si è data, rappresenta uno strumento fondamentale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri della società"⁴⁷².

⁴⁷¹ Con la Costituzione di Melfi del 1231 l'imperatore Federico II stabilì che gli avvocati non dovessero accettare il patrocinio di cause prive di fondamento o viziate dalle menzogne delle parti. Si rimanda sul punto a G.ROMUALDI *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, cit. pag. 67.

⁴⁷² Così si esprime il preambolo del codice deontologico europeo.

Un ruolo centrale assume, quindi, il dovere di lealtà e correttezza, che nel codice vigente è innanzitutto affermato, nella prima parte dedicata ai principi generali, nell'art. 9 rubricato "doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza".

La disposizione riprende sostanzialmente il contenuto dell'art. 5 del precedente testo, stabilendo, nel primo comma, l'obbligo per gli avvocati di esercitare il proprio ufficio "con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza tenendo conto del rilievo costituzionale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza"; nel secondo comma, la necessità di rispettare i doveri di cui sopra, anche al di fuori dell'attività professionale, così da salvaguardare la propria reputazione oltreché l'immagine della professione forense.

La necessità di improntare la condotta ai principi di lealtà e correttezza è, poi, ribadita nell'art. 19, che si riferisce in modo specifico ai rapporti con i colleghi e con le istituzioni forensi.

Le disposizioni ricalcano sostanzialmente il contenuto degli artt. 5 e 6 del codice previgente⁴⁷³, rispetto ai quali si differenziano innanzitutto per la maggiore ampiezza,

⁴⁷³L'art. 5 stabiliva che "l'avvocato deve ispirare la propria condotta all'osservanza dei doveri di probità, dignità e decoro....L'avvocato è soggetto a procedimento disciplinare per fatti anche non riguardanti l'attività forense, quando di riflettano sulla sua reputazione professionale o compromettano l'immagine della classe forense"; l'art. 6 precisava che "l'avvocato deve svolgere la propria attività professionale con lealtà e correttezza. L'avvocato non deve proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave".

poiché la nuova formulazione richiama espressamente gli obblighi di diligenza e competenza, la rilevanza sociale della difesa ed il rispetto dei principi di leale e corretta concorrenza.

Va, però, rimarcato che mentre in passato la violazione degli artt. 5 e 6 poteva fondare di per sé la responsabilità disciplinare del difensore, nel nuovo assetto, fondato sul principio della tendenziale tipizzazione degli illeciti, ai sensi dell'art. 20, la condotta in tanto potrà essere perseguita in quanto la stessa sia riconducibile ad una delle ipotesi espressamente previste nei titoli successivi.

Gli obblighi, quindi, enunciati in via generale, vengono poi specificati attraverso le disposizioni che concernono il comportamento del difensore nei confronti della parte assistita, dei colleghi, delle istituzioni e dei terzi, che, diversamente rispetto al passato, prevedono anche le sanzioni alle quali l'avvocato va incontro in caso di violazione del precetto.

Non è quindi casuale che nell'art. 9 vengano posti sullo stesso piano principi morali, quali sono la probità, la dignità ed il decoro, e obblighi più specifici di carattere professionale, ossia la diligenza e la competenza⁴⁷⁴, poiché la disposizione richiama, sostanzialmente, tutti i valori ai quali l'attività professionale deve essere ispirata, che trovano poi specificazione nelle singole ipotesi di rilevanza disciplinare.

⁴⁷⁴A.D'ADDESIO, G. MANFERTO, *Il nuovo codice deontologico degli avvocati*, Torino 2014 pag. 20 .

Quanto al contenuto degli obblighi imposti, va detto che la nozione di decoro professionale, che in base alla consolidata giurisprudenza della Corte di legittimità deve essere concretizzata dai competenti organi disciplinari,⁴⁷⁵ deve, secondo l'Antitrust, mirare a salvaguardare l'etica professionale, ossia a garantire "lo svolgimento diligente ed esaustivo delle prestazioni professionali, la coscienziosa preparazione tecnica, la disponibilità all'aggiornamento continuo anche dei collaboratori e dipendenti, l'efficiente organizzazione dell'equipe professionale oltreché la correttezza professionale nei confronti dei colleghi e degli utenti"⁴⁷⁶.

In relazione, invece, ai concetti di lealtà e probità vanno richiamate le considerazioni già espresse nel commentare l'art. 88 c.p.c.. Il nesso intercorrente fra le disposizioni, infatti, evidente già per l'utilizzo di termini sovrapponibili, si manifesta ancor più chiaramente nel secondo comma della disposizione codicistica ove il giudice viene investito del potere di riferire all'autorità disciplinare ogni comportamento contrastante con gli obblighi comportamentali prescritti.

Per quanto riguarda il secondo gruppo di obblighi imposti al difensore, ovvero la diligenza e la competenza, va detto che si tratta di doveri che vengono poi riproposti, sempre

⁴⁷⁵ In tal senso fra le più recenti Cass. S.U. 13.11.2012 n. 19705 in Guida al diritto 2012, 48, pag. 15.

⁴⁷⁶ Si tratta delle conclusioni dell'indagine dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato del 21 marzo 2009 richiamate nel commento all'art. 9 in Avvocati: il nuovo codice deontologico, Guida al diritto, Dossier, 5, ottobre/novembre 2014.

fra i principi generali, nei successivi articoli 12,14 e 15 che impongono all'avvocato di "svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale"; di non "accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza"; di "curare costantemente la preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze..."⁴⁷⁷.

Il richiamo alla necessità che l'attività professionale venga svolta tenendo comportamenti adeguati con i colleghi e con i clienti, riveste all'interno di un codice deontologico, notevole importanza⁴⁷⁸.

Non a caso, quindi, per la professione forense l'obbligo di lealtà e correttezza, enunciato in via generale dall'art. 9, viene poi ribadito anche nell'art. 19 con specifico riferimento alla condotta da tenere nei confronti dei colleghi e delle istituzioni.

Il rapporto di colleganza assume per l'avvocato una connotazione particolare in quanto l'ufficio svolto pone i professionisti in una abituale situazione di conflitto. Questi, infatti, si scontrano nel processo quali avversari e, mirando entrambi alla vittoria, necessariamente si trovano a dovere sfruttare le debolezze e gli errori dei colleghi al fine di assicurarsi il successo nella lite.

Ciò che l'art. 19 vuole assicurare è, appunto, il mantenimento di un comportamento corretto e leale nel

⁴⁷⁷ Si rimanda per il testo ed il commento degli articoli a D'ADDESIO e MANFERTO, op. cit.

⁴⁷⁸ Si vedano: codice deontologico medico art. 58, codice deontologico degli architetti art. 8, codice deontologico infermieri art. 42.

rispetto di “quelle regole del gioco” a cui si è già fatto riferimento⁴⁷⁹.

E' stato osservato che la lealtà e correttezza, intese quali regole deontologiche, invitano al rispetto delle regole ed al rifiuto dei mezzi non leciti coltivati da chi voglia arrivare ad una conclusione favorevole a qualsiasi costo⁴⁸⁰. Ciò perché l'avvocato deve porsi come “organo intermedio fra il giudice e la parte” in quanto nel processo “l'interesse privato ad avere una sentenza favorevole e l'interesse pubblico ad avere una sentenza giusta si incontrano e si conciliano”⁴⁸¹.

5.3 Doveri dell'avvocato nel processo

I doveri enunciati in via generale dagli articoli ai quali sopra si è fatto riferimento vengono, poi, concretizzati, quanto all'attività processuale, nel titolo IV del codice, che si apre con l'art. 46 rubricato significativamente “doveri di difesa nel processo e rapporto di colleganza”.

La disposizione stabilisce che l'avvocato deve ispirare la propria condotta all'osservanza del dovere di difesa, salvaguardando, per quanto possibile, il rapporto di colleganza.

⁴⁷⁹ Si rimanda a quanto evidenziato nel capitolo 2.

⁴⁸⁰ R.DANOVI *Il codice deontologico forense*, cit. pag. 158.

⁴⁸¹ P.CALAMANDREI *L'avvocatura nella riforma del processo civile* in *Opere giuridiche*, Napoli, 1966, II, pag. 12 .

La norma, quindi, chiama ad un bilanciamento fra il dovere di fedeltà nei confronti della parte, imposto in via generale dall'art. 10, ed il necessario rispetto nei confronti del collega, che, però, non può spingersi sino a pregiudicare gli interessi dell'assistito.

Il difensore, pertanto, in nome del rapporto di colleganza, non può mai rendersi colpevole di omissioni (si pensi, ad esempio, all'omesso rilievo di una nullità sanabile o alla mancata proposizione di una eccezione di decadenza non rilevabile d'ufficio) che possono incidere sull'esito della lite, ledendo la parte rappresentata.

Il precetto, enunciato in via generale nel primo comma, viene ulteriormente precisato nel terzo comma, che prevede l'obbligo per l'avvocato di "opporsi alle istanze irrituali o ingiustificate che, formulate nel processo dalle controparti, comportino pregiudizio per la parte assistita".

La disposizione, peraltro, va letta anche in relazione all'art. 59, che fa divieto di comportamenti dilatori, dai quali possa derivare il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario del processo civile.

La opposizione, quindi, è da ritenersi doverosa solo se fondata e non ispirata da intenti defatigatori, poiché l'avvocato è tenuto ad una condotta che non si risolva nella mortificazione del principio della ragionevole durata del processo, alla cui realizzazione il difensore deve

tendere in forza del principio generale contenuto nel secondo comma del richiamato art.1.

L'art. 46 impone, poi : il rispetto della puntualità in aula e in occasione di ogni altro incontro con i colleghi; l'obbligo di comunicare con i colleghi nell'interesse della parte assistita e per garantire un corretto espletamento dell'incarico; il dovere di comunicare prontamente all'avversario la volontà di dare inizio ad azioni giudiziarie, interrompendo le trattative extragiudiziali.

L'ultimo comma dell'articolo in esame individua, poi, le sanzioni previste per ogni violazione: per le fattispecie sopra descritte la sanzione irrogabile è di norma l'avvertimento, che ha la finalità di richiamare l'attenzione del difensore sulla natura disciplinarmente illecita della condotta e di invitarlo ad astenersi dal compiere analoghe infrazioni⁴⁸². Solo per la interruzione delle trattative, non tempestivamente comunicata, il codice prevede la censura, ossia il "biasimo formale", che va oltre la mera informazione sulla rilevanza disciplinare del comportamento ed implica una valutazione di maggiore gravità rispetto alle altre condotte previste dall'articolo.

Da detta graduazione si evince come venga vista negativamente la condotta dell'avvocato che instauri il processo a trattative pendenti, ossia quando la

⁴⁸² Ai sensi dell'art. 22, che stabilisce le diverse tipologie di sanzioni, l'avvertimento è inflitto nei casi meno gravi e quando non vi è motivo di ritenere che l'incolpato commetta altre infrazioni.

controversia poteva essere ancora risolta bonariamente in via stragiudiziale. Tale condotta, infatti, pur potendo, in ipotesi, essere giustificata dall'interesse della parte assistita, lede non solo il rapporto di colleganza ma anche gli interessi del sistema giustizia nel suo complesso e, quindi, si risolve in un abuso del processo, che non può e non deve essere attivato se non quando non vi sia altro modo per risolvere il conflitto.

L'art. 50 rubricato dovere di verità, fa espresso divieto al difensore: di introdurre od utilizzare prove o documenti che sappia o apprenda essere falsi; di impiegare di fronte al giudice la propria parola sulla verità dei fatti esposti in giudizio; di rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di circostanze di cui abbia diretta conoscenza e suscettibili di essere assunte come presupposto di un provvedimento di un magistrato. La norma prescrive, inoltre, di indicare al giudice i provvedimenti già ottenuti rispetto al medesimo fatto, anche se sfavorevoli per la parte rappresentata.

La disciplina è, poi, completata dal 1° comma dell'art. 55 che, nel prevedere quali debbano essere i rapporti con i testimoni e le persone informate dei fatti, fa divieto all'avvocato di intrattenersi con questi ultimi "con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti".

Già il codice previgente prevedeva, all'art. 14, il divieto per il difensore di introdurre intenzionalmente nel processo prove false e di rendere al giudice dichiarazioni non vere su fatti costituenti il presupposto specifico di un provvedimento del magistrato.

Rispetto alla precedente normativa, quindi, la disposizione si caratterizza per una maggiore analiticità nella descrizione delle condotte, nonché per la previsione delle sanzioni che, fatta eccezione per la omessa comunicazione dei provvedimenti già ottenuti⁴⁸³, risultano essere di particolare gravità, essendo prevista la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni e, per l'ipotesi prevista dal 1° comma dell'art. 55, da due a sei mesi.

Nel trattare in via generale la questione dei rapporti fra abuso del processo, dovere di lealtà e obbligo di verità, sono state già esaminate le posizioni espresse dalla dottrina e le ragioni per le quali il legislatore ha ritenuto di non dovere inserire nel codice di procedura una norma che obbligasse la parte ad affermare solo il vero sui fatti oggetto di causa.

Il codice deontologico opera una mediazione fra i diversi interessi che vengono in rilievo, ossia fra il dovere di fedeltà nei confronti dell'assistito e la necessità che l'esito favorevole della lite non venga ottenuto ingiustamente, cioè sulla base di prove che si sa non essere vere.

⁴⁸³ Per la quale è previsto il solo avvertimento.

La norma, infatti, impone il dovere di verità in senso stretto solo qualora la circostanza sia a diretta conoscenza del difensore e debba essere posta a fondamento del provvedimento del giudice, mentre per il resto non obbliga l'avvocato a riferire tutti i fatti a lui noti, anche se sfavorevoli rispetto agli interessi della parte assistita, imponendogli solo di non introdurre nel processo prove che sappia essere false o che apprenda essere tali.

In altre parole il difensore non deve mentire ma non è obbligato a dedurre fatti o a produrre spontaneamente documenti contrari alle tesi difensive del proprio assistito⁴⁸⁴.

L'art. 52, rubricato divieto di uso di espressioni offensive o sconvenienti, fa divieto al difensore di utilizzare siffatte espressioni, negli scritti difensivi ed in genere nell'esercizio dell'attività professionale, nei confronti dei colleghi, dei magistrati, delle controparti e dei terzi. La disposizione prosegue precisando che la ritorsione, la provocazione e la reciprocità delle offese non valgono ad escludere la rilevanza disciplinare del comportamento, per il quale è prevista l'irrogazione della censura.

La norma ripropone il medesimo precetto già contenuto nell'art. 20 del codice previgente e deve essere letta in

⁴⁸⁴ M.VAGLIO *Nuova deontologia forense e procedimento disciplinare dopo la riforma*, Maggioli, 2013 pag. 92.

stretta correlazione con l'art. 89 c.p.c.⁴⁸⁵, precedentemente analizzato, rispetto al quale, peraltro, l'elemento di differenziazione va individuato nel maggiore ambito di applicazione. Il divieto di espressioni sconvenienti, infatti, è esteso all'esercizio dell'attività professionale stragiudiziale e tutela non solo le parti del processo ma anche i terzi.

Quanto alle modalità della condotta, peraltro, valgono le medesime considerazioni già espresse sul concetto di sconvenienza ed offensività, alle quali si fa, quindi, rinvio.

Fra le disposizioni che disciplinano i rapporti con i terzi e la controparte, suscitano particolare interesse gli artt. 65 e 66, che richiamano il tema dell'abuso del diritto in generale e del processo in particolare.

L'art. 65, infatti, stabilisce che il difensore può intimare “alla controparte particolari adempimenti” minacciando azioni, istanze fallimentari, denunce, querele solo a condizione che le stesse non siano “sproporzionate o vessatorie”. Non è, quindi, consentito al difensore, neppure nell'interesse del proprio assistito, prospettare l'esercizio di azioni che non siano strettamente correlate alla realizzazione del diritto di cui la parte sia titolare.

Ancora una volta viene in rilievo il limite che all'obbligo di fedeltà deriva dal ruolo peculiare proprio dell'avvocato, il quale deve operare nel rispetto della legge e, quindi, non

⁴⁸⁵ A. D'ADDESIO, G. MANFERTO, *Il nuovo codice deontologico degli avvocati*, cit. pag. 60.

può utilizzare l'esercizio del diritto per ottenere utilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle ritenute dall'ordinamento meritevoli di tutela.

L'art. 66, ribadendo il precetto già contenuto nell'art. 49 del precedente codice, fa espresso divieto al difensore di aggravare "con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte, quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita" e prevede, in caso di violazione, la sanzione della censura.

La disposizione, che all'evidenza richiama la problematica del frazionamento giudiziale del credito, non può essere letta come integrale condivisione dei principi affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 23726/2007, giacché secondo i giudici di legittimità il frazionamento del credito assume carattere abusivo oggettivamente, anche quando lo stesso potrebbe rispondere ad un interesse non necessariamente emulativo del creditore.

Al contrario la prospettiva deontologica, nel legittimare il frazionamento qualora lo stesso "corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita", ripudia l'assoluto automatismo nella valutazione sulla liceità della condotta ed obbliga ad accertare tutte le circostanze del caso concreto, al fine di verificare se al pluralismo delle azioni, di per sé astrattamente scorretto, si accompagni un apprezzabile interesse della parte, non del difensore, che

sia in grado di scriminare il comportamento altrimenti illegittimo⁴⁸⁶.

La diversità delle soluzioni discende evidentemente dalla diversa prospettiva di partenza poiché i giudici di legittimità hanno operato un bilanciamento fra gli interessi delle parti, avendo anche presente le esigenze del sistema giustizia nel suo complesso.

Il codice disciplinare, invece, non può non considerare il doppio vincolo di mandato di cui sopra si è detto, dal quale discende che il divieto di aggravamento della posizione dell'avversario trova un limite nella esigenza di assicurare un effettivo interesse della parte rappresentata.

Peraltro a norma dell'art. 23 del codice il dovere di fedeltà non può spingersi sino a fare ottenere alla parte rappresentata risultati vietati dall'ordinamento giuridico. La disposizione, infatti, oltre a prevedere l'obbligo per il difensore di rinunciare al mandato, qualora si avveda che l'incarico sia finalizzato "alla realizzazione di operazione illecita", stabilisce che l'avvocato non deve mai suggerire "comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti" e prevede in caso di violazione la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività da uno a tre anni. Sembra a chi scrive che il richiamo alla condotta fraudolenta possa assumere particolare valenza rispetto

⁴⁸⁶ In questo senso U.PERFETTI *Ordinamento e deontologia forensi*, Padova, 2011, pag. 132.

al tema dell'abuso del diritto e del processo, poiché l'abuso è stato spesso ravvisato nella "frode alla funzione"⁴⁸⁷. Si potrebbe, quindi, utilizzare l'art. 23 per sanzionare, anche sul piano disciplinare, quei comportamenti che, attraverso la manipolazione degli strumenti processuali, perseguono finalità diverse da quelle a tutela delle quali il potere è stato conferito.

5.4 La giurisprudenza disciplinare

A causa del breve arco temporale decorso dalla entrata in vigore del codice non constano pronunce che abbiano ad oggetto le fattispecie disciplinari tipizzate nel nuovo testo normativo⁴⁸⁸.

Ci si limiterà, pertanto, da un lato a richiamare la giurisprudenza riguardante quei doveri che sono stati riportati nel nuovo testo senza particolari variazioni, dall'altro a mettere in luce come il codice previgente, nonostante la sua genericità, ed anzi grazie alla stessa,

⁴⁸⁷ Si è infatti già visto come l'abuso sia riscontrabile in tutte quelle fattispecie nelle quali la condotta non possa essere definita illecita perché non contrastante con nessun precetto normativo e tuttavia si riveli idonea ad arrecare un grave pregiudizio nei confronti della parte che la subisce oltreché all'ordinamento nel suo insieme, sviando le finalità per le quali il potere esercitato era stato conferito.

⁴⁸⁸ E' da ritenere, peraltro, che non dovremo aspettare molto per venire a conoscenza delle modalità con cui i giudici procederanno ad applicare il nuovo codice deontologico. Infatti recenti pronunce della Cassazione (16.02.2015 n. 3023; 20.05.2014 n. 11025 in Ced Cassazione) hanno evidenziato come "In tema di giudizi disciplinari nei confronti degli avvocati, le norme del codice deontologico forense approvato il 31 gennaio 2014 si applicano anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato, avendo l'art. 65, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recepito il criterio del "favor rei", in luogo del criterio del "tempus regit actum".

era in realtà perfettamente in grado di individuare e sanzionare quelle medesime condotte che ora trovano un riconoscimento esplicito nel dettato codicistico.

Già nel 2002, infatti, la Corte di Cassazione⁴⁸⁹ aveva affermato che “le norme del codice deontologico forense elencanti i comportamenti che il professionista deve tenere con i colleghi, con la parte assistita, con la controparte, con i magistrati ed i terzi, costituiscono mere esplicitazioni esemplificative dei principi generali, contenuti nella legge professionale forense e nello stesso codice deontologico, di dignità, di lealtà, di probità e di decoro professionale, e, in quanto prive di ogni efficacia limitativa della portata di detti principi, sono inidonee ad esaurire la tipologia delle violazioni disciplinarmente rilevanti.”

La pronuncia legittimava, quindi, il consiglio dell'ordine forense ad una interpretazione analogica della disposizioni deontologiche, in modo da sanzionare ogni comportamento che si risolvesse in una effettiva violazione dei principi generali contenuti nel codice.

E' stata, quindi, riscontrata la violazione dell'art. 5, concernente i doveri di probità, dignità e decoro, nel comportamento di un avvocato “il quale, oltre a richiedere la esecutorietà di un decreto ingiuntivo che sapeva non eseguibile (non essendo l'ingiunzione assistita da efficacia esecutiva ex art. 647 c.p.c. ed essendo stata, inoltre,

⁴⁸⁹ Cass. S.U. 6.06.2002 n. 8225 in Giust. civ. Mass. 2002, pag. 980.

proposta opposizione ex art. 645 c.p.c., circostanza di cui egli era a conoscenza, in quanto destinatario della notificazione di tale atto nella qualità di difensore dell'opposto), abbia anche rivolto all'indirizzo del legale di controparte espressioni offensive (nella specie, definendo la sua attività professionale "grossolana, grottesca, frutto di ignoranza giuridica e di cura superficiale delle questioni trattate" e tacciando, altresì, il collega di "arroganza e malafede").⁴⁹⁰.

Ed ancora la medesima violazione è stata ravvisata nel comportamento di un difensore che aveva "sottratto dalla cancelleria, alterato e tentato di sopprimere un atto giudiziario (verbale di udienza civile), e artefatto una sentenza della corte bolognese."⁴⁹¹.

Sulla base del precetto contenuto nel secondo comma dell'art. 5 è stata affermata la rilevanza disciplinare della condotta dell'avvocato che, benché estranea alla attività professionale, "sia divenuta di pubblico dominio ed abbia ingenerato notorietà e commenti idonei ad incidere oltre i limiti della sfera strettamente privata e familiare, con riflessi negativi sulla stessa attività professionale"⁴⁹².

Ed ancora si è sostenuto che "Pone in essere un comportamento disciplinarmente rilevante, in violazione, degli articoli 5 comma 1 e 20 del codice deontologico forense, il professionista che, durante l'udienza, privi la

⁴⁹⁰ Cass. 25.06.2013 n 15873 in De jure banca dati.

⁴⁹¹ Cass. 31.10.2012 n 18701 in Giust.civ. Mass. 2012 pag. 1261.

⁴⁹² Cass. 7.11.2011 n 23020 in Giust.civ. Mass. 2011 pag 1565.

collega del dovuto titolo di avvocato, qualificandola semplicemente "signora", ed usi verso la stessa espressioni sconvenienti ed offensive, idonee ad incidere negativamente sulla dignità e sul prestigio dell'avvocato stesso e della classe forense.”⁴⁹³.

In una recente pronuncia del Consiglio Nazionale Forense è stato evidenziato che “Il dovere di lealtà e correttezza a presidio dei rapporti di colleganza tra avvocati deve intendersi quale norma primaria per la classe forense, e dunque è obbligo dell'avvocato informare il collega di controparte quando si sta per agire giudizialmente, laddove fra di essi si svolgano trattative e si perfezionino accordi su questioni che si intendono sottoporre (o già sono sottoposte) alla Autorità Giudiziaria”⁴⁹⁴.

In relazione al divieto di aggravare la situazione debitoria della controparte con onerose o plurime iniziative giudiziali, già stabilito dall'art. 49 ed oggi ribadito nell'art. 60, va innanzitutto evidenziato come la Corte di Cassazione abbia esteso l'ambito di applicabilità della fattispecie sottolineando che “l'espressione "iniziative giudiziali" si riferisce a tutti gli atti aventi carattere propedeutico al giudizio esecutivo, suscettibili di aggravare la posizione debitoria della controparte, e quindi anche agli atti di precetto, pur non costituenti atti di carattere processuale.”⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Cons.Naz.For. 28.12.2006 n. 195 in Rassegna forense 2007 pag. 1178.

⁴⁹⁴ Cons. Naz. For. 30.05.2014 n 70 in Consiglio Nazionale Forense, banca dati.

⁴⁹⁵ Cass. 20.12.2007 n. 26810 in CED Cassazione .

La responsabilità, quindi, è stata riconosciuta “nella condotta del professionista che, pur potendo azionare il credito portato dai titoli con un unico atto di precetto, evitando così di aggravare inutilmente di spese il debitore, intimi nell'arco di pochissimi giorni, in forza di singole cambiali già tutte scadute prima della notifica del primo atto, singoli atti di precetto con il relativo carico di spese.”⁴⁹⁶.

Ed ancora è stata ravvisata responsabilità disciplinare del professionista che, dopo aver ottenuto il pagamento del quantum dovuto alla parte rappresentata, “abbia avviato una ulteriore procedura esecutiva per somme non dovute e quietanzate e per spese che, in sede esecutiva, erano state compensate dal giudice dell'esecuzione”⁴⁹⁷.

E' stato sanzionato come “contrario ai doveri di probità e decoro” il comportamento dell'avvocato che, “al fine di conseguire il pagamento delle proprie spettanze professionali, intraprenda plurime e più onerose iniziative giudiziarie di recupero del credito (nella specie introducendo ben sette separati ricorsi per decreti ingiuntivi), aggravando la posizione debitoria della propria ex cliente, senza che ciò corrisponda ad effettive ragioni di tutela dei propri diritti.”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Cons. Naz. For. 15.12.2006 n. 165 in Consiglio Nazionale Forense, banca dati.

⁴⁹⁷ Cons. Naz. For. 19.07.2013 n. 117 in Consiglio Nazionale Forense, banca dati.

⁴⁹⁸ Cons. Naz. For. 27.10.2010 n. 163 in Consiglio Nazionale Forense, banca dati.

Va sottolineato che, nella fattispecie esaminata, la responsabilità disciplinare è stata ravvisata sulla base di una applicazione analogica dei doveri imposti al difensore, oggi esclusa dalla tipizzazione degli illeciti, poiché la condotta tenuta dal professionista risultava diversa da quella descritta dall'art. 49, essendo diretta a realizzare un interesse proprio e non della parte assistita. Nel comportamento, peraltro, è stata ravvisata la violazione dell'art. 5, comma 2, trattandosi di condotta idonea a ledere l'immagine e la reputazione della classe forense.

Merita, inoltre, di essere menzionata la pronuncia del Consiglio Nazionale Forense del 3.11.2004 n. 240 la quale, in un periodo storico nel quale il frazionamento del credito era ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza di legittimità, chiarisce che “ il disvalore deontologico attribuito a comportamenti pur processualmente consentiti è correlato alla repressione dell'abuso del diritto; con la conseguenza che la sentenza di rigetto dell'opposizione non preclude una diversa valutazione da parte dell'organo disciplinare.”⁴⁹⁹.

La pronuncia evidenzia come la giurisprudenza disciplinare avesse manifestato da tempo interesse per il tema dell'abuso del processo, a prescindere dal contenuto della pronuncia giudiziale ottenuta dal difensore attraverso la condotta abusiva.

⁴⁹⁹ Cons. Naz. For. 3.11.2004 n. 240 in Consiglio Nazionale Forense, banca dati.

In altra fattispecie, invece, l'illecito disciplinare è stato escluso perché “al fine di poter ritenere configurabile la responsabilità professionale per l'inosservanza dei doveri prescritti dall'etica professionale e, in particolare, dall'art. 49 c.d.f., è necessario che la parcellizzazione del credito e la richiesta di emissione di diversi procedimenti monitori tali da aggravare la posizione debitoria della controparte siano frutto di volontaria condotta del professionista. Va pertanto esclusa la predetta responsabilità allorquando la ragione della pluralità di iniziative giudiziarie possa essere ascritta all'invio disorganico e disordinato, da parte dei creditori assistiti dall'incolpato, della documentazione relativa ai loro crediti.”⁵⁰⁰.

L'esclusione della responsabilità del difensore è qui giustificata dalla mancanza dell'elemento soggettivo dell'illecito, che deve essere “frutto di una volontaria condotta del professionista” e ciò nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 3, oggi trasfuso nell'art. 4 del nuovo codice.

In merito va, però, evidenziato, quanto al divieto di consigliare azioni inutilmente gravose e di suggerire comportamenti illeciti o fraudolenti, che nel nuovo codice è scomparso, all'art. 23, l'avverbio “consapevolmente” che figurava nel testo del previgente art. 36.

Ciò potrebbe indurre a ritenere che la responsabilità disciplinare in dette ipotesi possa essere oggi configurata

⁵⁰⁰ Cons. Naz. For. 30.12.2008 n 243 in consiglio nazionale forense, banche dati.

anche quando il difensore non abbia piena cognizione della gravosità delle iniziative consigliate e della illiceità degli atti al cui compimento ha indotto la parte assistita, poiché un conto è l'intenzionalità del comportamento, richiesto dall'originario testo dell'art. 36, un conto è la mera volontarietà della condotta, stabilita, quale principio generale dall'art. 3 del codice.

5.5 Conclusioni

A conclusione di questa breve trattazione sui rapporti fra deontologia professionale e abuso del processo ci sembra di poter dire che il codice disciplinare, rimasto sostanzialmente invariato quanto alla enunciazione dei doveri gravanti sul difensore, può rivelarsi utile strumento per la repressione delle condotte abusive, poiché, come si è visto, non di rado vi è sintonia tra il comando deontologico ed i principi affermati dalla giurisprudenza di merito e di legittimità in tutte le ipotesi in cui vengono in rilievo la mala fede e l'esercizio dell'azione con modalità non strettamente coerenti con lo scopo di attribuzione del diritto.

E' stato affermato, infatti⁵⁰¹, che l'impiego della deontologia può rappresentare una nuova frontiera quale argine all'abuso del processo, a condizione che i precetti

⁵⁰¹ U.PERFETTI *La deontologia delle funzioni giudiziarie: un argine agli abusi del processo*, intervento pronunciato a Brescia il 9 dicembre 2008.

deontologici vengano proiettati al di là della visione angusta di una deontologia, intesa quale fattore regolativo dei rapporti esclusivi di una corporazione, per divenire “insieme di regole di comportamento, non autoreferenziali, che, ponendo doveri anche e soprattutto additivi e più stringenti rispetto a quelli estraibili dalla legge, costituiscono la base su cui si affermano ed appaiono proteggibili le pretese ad un comportamento coerente con tali norme da parte di tutti coloro con cui l’avvocato entra in contatto nell’esercizio della professione”.

Conclusioni

Ci auguriamo di avere dimostrato nelle pagine che precedono che l'abuso del processo non solo è configurabile su un piano prettamente teorico, ma esiste in concreto e necessita di essere arrestato.

È tempo, quindi, che il processo “serva nuovamente alla giustizia” e che, di conseguenza, la giustizia lo domini, imponendo di abbandonare l'idea dello stesso quale mera successione di atti.

Il processo, infatti, è molto più di un semplice “campo da gioco”, ove l'unica cosa che conta è vincere, poiché è il luogo di realizzazione dei diritti e, come tale, necessita che tutti i comportamenti, non solo siano conformi sul piano formale alle regole del procedimento, ma siano anche rispettosi della loro intima ratio e, quindi, perseguano solo le finalità per le quali i poteri processuali vengono conferiti.

In assenza di una norma specifica di carattere generale che sanzioni l'utilizzo distorto degli strumenti processuali, è compito della giurisprudenza utilizzare gli strumenti normativi vigenti per individuare e sanzionare gli abusi, così come è necessario che la classe forense divenga sempre più consapevole delle peculiarità della professione svolta e, quindi, si faccia carico di pretendere l'effettivo rispetto di quei principi deontologici più

strettamente connessi al tema dell'abuso, perché finalizzati a garantire lealtà e correttezza della dialettica processuale.

Questo non significa formulare valutazioni di carattere genericamente etico su ciò che fanno i protagonisti del processo, giacché nella trattazione dei singoli temi si è cercato di dimostrare come in un ordinamento che tutela i diritti del singolo ma al tempo stesso valorizza costantemente anche le esigenze della collettività nel suo complesso, il tema dell'abuso diviene occasione per operare un bilanciamento fra interessi tutti di rilievo costituzionale, ossia fra il diritto di azione e di difesa e la necessità di garantire la realizzazione degli obiettivi consacrati nell'art. 111 cost..

Bibliografia

- 1 AA.VV. a cura di A. VALLEBONA, *L'abuso dei diritti del lavoratore* in Colloqui Giuridici sul Lavoro, 2010, 1
- 2 ABUSO DEL DIRITTO, DEL PROCESSO, DELLA DIFESA , convegno di Verona 16/12/2010
- 3 ACIERNO M., GRAZIOSI C., *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o piccolo scisma ?* in Riv. trim. dir. 2010
- 4 ADDIS F., *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario* in Dir. e prat. trib. n. 5/2012
- 5 ALLORIO E., *Frazionabilità con riserva* , Giur.it 1957
- 6 ALLORIO E., *Giudicato su domanda parziale* in Foro.it. 1958,
- 7 ANSANELLI V., *Abuso del processo* in Digesto Civile, Torino, 2007
- 8 ANSANELLI V., *Rilievi minimi in tema di abuso del processo, commento a Cass.sez.un. 2000, n. 108* in Nuova giur. civ. com. 2001
- 9 ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed., Napoli 1978, pag. 104
- 10 ATIENZA M. e RUIZ MANERO J. *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento del potere*, Bologna, 2004
- 11 ATTARDI A., *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, in Riv. it. dir. lav..
- 12 BALENA G., *La pseudo-riforma* in Giust.proc.civ. 2009
- 13 BALENA G., CAPONI R., CHIZZINI A., MENGHINI S., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile 69/2009* Milano, 2009
- 14 BALZARINI M., *Le istituzioni gaiane traduzione italiana*, Napoli 2001
- 15 BARCELLONA M., *Dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico* in Riv.dir.civ 2014,
- 16 BARTOSEK M., *Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano*, 1948
- 17 BIANCA F.M. *Diritto civile V Volume*, Milano 2012
- 18 BIANCHI E., *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio (4,171-182) in SDHI LXVII, 2001.*
- 19 BILESIO J., GASPARINI M., *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*, in Abuso procesal p. 19
- 20 BONANZINGA R.T., *Abuso del diritto e rimedi esperibili* in www.comparazionediritto.civile.it
- 21 BONGIORNO G., *Voce "responsabilità aggravata"* in *Enciclopedia treccani giuridica XXVI*

- 22 BONOMI A., *Dichiarazioni mendaci rese nel corso del libero interrogatorio e lite temeraria: prove della sussistenza dei presupposti dell'applicazione dell'articolo 96 cpc e liquidazione del danno in via equitativa*
- 23 BORGHESI D., *L'abuso del processo* in www.associazionecivili.it
- 24 BOSIO O., *Dall'art 366 bis all'art 360 bis* in Nuova Giur. Civ. Com. 2009
- 25 BOVE M., *Il principio di ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli 2010
- 26 BRIGUGLIO A., *Ecco il filtro* in Riv. dir. proc. 2009
- 27 BUFFONE G., *Decreto ingiuntivo prima, ricorso sommario dopo; ma il credito è unitario... Tribunale Catanzaro, sez. II civile, ordinanza 22.02.2012* in www.altalex.com
- 28 BUFFONE G., *Il ricorso cd "anomalo" al credito costituisce abuso del diritto di difesa, sanzionabile mediante condanna per responsabilità aggravata* in Giur. di merito 2010
- 29 BUSNELLI F.D. e NAVARRETTA E. *Abuso del diritto e responsabilità civile* in Digesto privato, 1997
- 30 BUSNELLI F.D., D'ALESSANDRO E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art 96 cpc: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?* in Danno e resp. 2012
- 31 BUZZACCHI C., CENTOLA D.A., *La disciplina della condotta delle parti nel processo romano* in TSDP V 2012
- 32 BUZZACCHI C., *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002
- 33 CALAMANDREI P., *L'avvocatura nella riforma del processo civile in Opere giuridiche*, Napoli, 1966, II
- 34 CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in Scritti giuridici in onore di Carnelutti, Padova 1950
- 35 CALOGERO G., *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile* in Riv.dir.proc. 1939
- 36 CALVOSA C., *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata* in Riv. trim. dir. proc. civ., 1954
- 37 CAPONI R., *Lavori in corso sull'appello nel processo civile all'insegna della incolumità tra avvocatura e magistratura* in www.judicium.it
- 38 CAPONI R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile* in www.judicium.it
- 39 CAPONI R., *Divieto del frazionamento giudiziale del credito, applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?* in Corriere giur. 2008
- 40 CAPONI R., *Ragionevole durata del processo e obsolescenza di regole legislative*, in Foro. It. 2009
- 41 CAPPELLETTI M., *Processo e ideologia*, Bologna 1969
- 42 CAPPONI B., *Postilla alla prima lettura sulla delega legislativa al Governo per l'efficienza della giustizia civile* in www.judicium.it

- 43 CARNELUTTI F., *Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile* Roma 1938.
- 44 CARRATTA A., *Doveri di verità e completezza nella condotta delle parti, Relazione al XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile Etica del processo e doveri delle parti (Genova, 20-21 settembre 2013)*.
- 45 CARRATTA A., *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3 cpc* in Fam. e dir. 2011
- 46 CARRATTA A., MINETOLA S., RONCO A., *Ammissibilità della domanda frazionata in più processi?*, in *Nuova Giur. Cov. Com.*, 2001,
- 47 CASCELLA G., *Le conseguenze sulla domanda giudiziale dell'abusivo frazionamento di una pretesa creditoria unitaria: le posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito a seguito di Cass. Sez. Un. N. 23726/2007* in www.comparazionegiuridica.it
- 48 CASILLO R., *Anche nel processo esecutivo opera il divieto di frazionamento di un credito unitario* in www.iusexplorer.it
- 49 CASTALDO A.R., *Uso distorto del processo: riflessioni in margine ad una recente sentenza della Cassazione.* in www.consiglionazionaleforense.it
- 50 CATALANO E.M., *L'abuso del processo*, Milano 2004
- 51 CAZZETTA G. *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, in *L'Abuso del diritto Teoria, storia e ambiti disciplinari* Pisa, 2012
- 52 CECHELLA C., *L'opposizione di terzo alla sentenza* Torino 1995
- 53 CERINO CANOVA A., *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*; in *Giust. civ.*, 1986, I.
- 54 CHIARLONI S. *La verità presa sul serio* in *Riv.dir.proc.civ.* 2010
- 55 CHIARLONI S., *Lite temeraria attenuata*, in *Giur.it* 2011
- 56 CHIOVEDA G., *La condanna alle spese processuali*, Roma 1953
- 57 CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923
- 58 COMOGLIO L.P., *Abuso dei diritti di difesa e ragionevole durata del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?* In *Rivista di diritto processuale* 2009
- 59 COMOGLIO L.P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali* in *Rivista Dir. Proc.* 2008
- 60 COMOGLIO L.P., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004
- 61 CONSOLO C., *Commentario al codice di procedura civile* Milano 2013
- 62 CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civili, II Profili Generali*, Torino 2012
- 63 CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, Padova 1985
- 64 CONSOLO C., *La legge di riforma 18 giugno 2009 n 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr.giur.*2009

- 65 CONSOLO C., *Note necessariamente divaganti quanto all' "abuso sanzionabile del processo e all' "abuso del diritto come argomento"* in Riv. dir. Proc. 2012
- 66 CONSOLO C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo, I, Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo* in Riv.trim.dir.proc.civ. 1991
- 67 CORDOPATRI F., *Abuso del processo e condanna alle spese*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005
- 68 CORDOPATRI F., *Abuso del processo e presupposti storici*, Padova 2000
- 69 CORDOPATRI F., *Abuso del processo nel diritto positivo italiano*, Padova 2000
- 70 CORDOPATRI F., *Ancora sull'art. 96 comma 3 e sull'abuso del processo* in Corriere giuridico 2012
- 71 CORDOPATRI F., *Nuovo orizzonte per la lite temeraria* in Giust. Civ. 1982
- 72 CORDOPATRI F., *Un principio in crisi "victus victori"* in Riv.dir.proc. 2011
- 73 CORDOPATRI F., *Voce " Responsabilità processuale aggravata"* in *Enciclopedia del diritto XXXIX*
- 74 CORTESE F., *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto* in Gior.dir.amm. 2012
- 75 CORTESE F., *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, Gior.dir.amm. 2011
- 76 COSSIGNANI F., *Improprietà della domanda e giudicato*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2009
- 77 COSSIGNANI F., *Credito unitario, unica azione . Commento sentenza sezioni unite 23726/2007* in Nuova Giu. Civ. Com., 2007
- 78 CUFFARO V., *Responsabilità aggravata e ragionevole durata del processo* in Corr. merito 2007
- 79 D'ADDESIO A., MANFERTO G., *Il nuovo codice deontologico degli avvocati*, Torino 2014
- 80 DABIN J., *Le droit subjectif, Paris, 1942*
- 81 DALLA MASSARA T., *Tra res iudicata e bona fides: le sezioni unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*, in Giur. it., 2001
- 82 DANOVI R., *Il codice deontologico forense*, Milano, 2006
- 83 DE ANGELIS L., *L'abuso del processo fra certezze delle regole e ragionevole durata: considerazioni sparse di un giudice del lavoro* in Dir.proc.civ. 2012
- 84 DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima riforma urgente: quando i rimedi peggiorano il male (considerazione di prima lettura del d.l n 83/2012)*

- 85 DE CRISTOFARO M., *Doveri di buona fede e abuso degli strumenti processuali* in *Giusto processo civile* , 2009
- 86 DE SANTIS F., *La ragionevole durata applicazione della norma processuale e remissione in termini: percorso per un processo innovativo* in *Riv.dir.proc.*2009
- 87 DE STEFANO G., *Note sull'abuso del processo* , *Riv.dir.proc.* 1964
- 88 DELLA MASSARA T., *Due punti di vista sulla nuova "lite temeraria" dopo la novella del codice di procedura civile del 2009* in *Nuova Giur. Civ. Com.* 2011
- 89 DELLA MASSARA T., *La domanda frazionata ed il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza : il «ripensamento» delle sezioni unite* in *Riv. dir.civ.*, 2008
- 90 DELLA MASSARA T., *Terzo comma dell'art 96 cpc: quando, quanto e perché?* in *Nuova Giur. Civ. Com.* 2012
- 91 DENTI V., voce *Querela di falso* in *Novissimo dig.it XIV*, Torino 1967
- 92 DIDONE A. *Le Sezioni Unite e la ragionevole durata del giusto processo* in *Giur.it* 2009
- 93 DIDONE A., *Equa riparazione e ragionevole durata del processo*, Milano 2002
- 94 DONDI A. , *Manifestazione della nozione di abuso del processo* in *Dir.privato*, Padova 1997
- 95 DONDI A. *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli stati uniti* in *Riv.dir.proc.*1995
- 96 DONDI A. GIUSSANI A., *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, 2007
- 97 DONDI A., *Manifestazione della nozione di abuso nel processo civile* in *AA.VV Abuso del diritto*
- 98 DONDI A., voce *Abuso del processo* in *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano 2010
- 99 DONDI A. *Spunti di raffronto comparatisti in tema di abuso del processo(a margine della legge 24.03.2001 n 89)* in *Nuova Giur. Civ. Com.* 2003
- 100 ERNOUT A., MEILLET A., *Dictionnaire ètymologique de la langue latine, historie des mots, Paris* 1994
- 101 FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto*, Milano, 2010
- 102 FANTETTI F.R., *Il danno non patrimoniale per l'irragionevole durata del processo* in *La resp. civ.* 2009
- 103 FAROLFI F., *Pretesa del professionista fatta valere con lite temeraria e danno esistenziale del cliente* in *Giur. Merito* , 2005
- 104 FERRARIS F., *Primi orientamenti giurisprudenziali sul cd filtro in cassazione* in *Riv.dir.proc.* 2012
- 105 FESTI F., *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziali* in *Danno e resp.* 2008

- 106 FIN C., *Una coraggiosa pronuncia della Corte di Legittimità : L'onere delle spese come rimedio contro un uso scorretto dello strumento processuale* in Corriere Giuridico 2011
- 107 FINESSI A., *Il frazionamento del credito fra plurime iniziative processuali* in Nuova giur. civ. com. 2008
- 108 FINESSI A., *La frazionabilità in giudizio del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*, Nuova Giur. Civ. Com. 2008
- 109 FINOCCHIARO G., *Ancora sul nuovo art. 96, comma 3 cpc* in Riv.dir.proc, 2011
- 110 FINOCCHIARO G., *La funzione punitiva del danno esistenziale da lite temeraria* in Dir.proc.civ.
- 111 FINOCCHIARO G., *Una soluzione difficile da applicare ai procedimenti di merito* in Guida al diritto 2007 n. 47
- 112 FITTIPALDI O., *Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*, in Corr.giur.2008
- 113 FITTIPALDI O., *Clausola generale e buona fede, infrazionabilità della pretesa creditoria* in Corr. Giur. 1998
- 114 FRADEANI F. , *Note sulla lite temeraria attenuata ex art. 96 comma 3* in Giur.it 2010
- 115 FRIEDMAN D.D, *L'ordine del diritto. perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna 2004.
- 116 GALLO C.E., *Le pene private e responsabilità civile* Milano 1996
- 117 GALLO C.E., *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in Urb. e app., 2011.
- 118 GASPARINI M.P, *Domanda cautelare e responsabilità aggravata* in Riv. trim. dir. 1996
- 119 GAUDENZI S.A, *Brevi note in tema di danni punitivi* in www.studiosirottigaudenzi.it 2008
- 120 GAUDENZI S.A., *La cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non obbligatorio* in Corr.giur.2007
- 121 GENTILE S.L., *L'abuso del diritto come argomento* in Riv. dir. civ 2012
- 122 GENTILE S.L., *Il processo previdenziale*, Milano 2010
- 123 GERBI M., *Lite temeraria: dalle nozioni di comune esperienza alla liquidazione equitativa del danno* in in La nuova giur. civ. comm. 2012,4
- 124 GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario* , Milano, 2003,
- 125 GHIRGA M.F, *Abuso del processo e sanzioni* Università dell'Insubria 2012
- 126 GHIRGA M.F., *Considerazioni critiche sulle recenti modifiche alla cd legge pinto* , Riv.dir.proc. 2013
- 127 GHIRGA M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta* Milano 2004

- 128 GIANNELLI A., *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, in Foro it., 2012.
- 129 GIANNITI P., *Principi di deontologia Forense*, Padova 1992
- 130 GIOMARO A.M., *Scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris* in Collana della Rivista di Diritto Romano, Atti del convegno "Processo civile e processo penale nella esperienza giuridica del mondo antico"
- 131 GIORDANO R., *Responsabilità della parti per le spese, i danni, l'abuso del processo* in Giur. Merito 2007
- 132 GIUSSANI A., voce *Responsabilità aggravata* in Enciclopedia del diritto
- 133 GOZZI M., *(Fr)azione, rilievi sulla divisibilità della domanda* in Riv. Dir. Proc., 2008
- 134 GOZZI M., *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo* in Riv. dir. proc. 2009
- 135 GRADI M. *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile* in Lo Sguardo, rivista di filosofia 2012
- 136 GRASSO E., *Note sull'illecito processuale* in Riv.dir.proc 1959
- 137 GRAZIOSI A., *Neppure i crediti risarcitori possono essere frazionati giudizialmente* in Foro.it 2012
- 138 GRAZIOSI A., *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?* in Corr. Giur., 2009
- 139 IANNELLI L., *A proposito dell'absolutio ab instantia come rimedio di condotte processuali abusive*, in Giur. It. 2014
- 140 IAPPELLI M., *Nuove forme di abuso del processo e procedimento cautelare* in Giur. merito
- 141 ILLUMINATI G., *Il tema: Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*
- 142 IMPAGNATELLO G., *Crescita del paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l 83/2012*
- 143 JOSSERAND L., *De esperit de doit et de leur relatifè. Theorie dite de l'abus des droit*, Paris, 1939
- 144 KEETON P., *Prosser and keeton on torts* V edizione 1984
- 145 LAZZARIN E., *La frazionabilità della tutela giudiziale del credito: buona fede esecutiva e abuso del processo* in Giur. merito 2009
- 146 LEO G., *L' abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità* in Riv.pen. e proc 2008
- 147 LUISO L.P., *Diritto processuale civile II* Milano 2011
- 148 LUISO L.P., *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella* in Riv.trim.dir e proc.civ. 2007
- 149 LUPANO M. *Il terzo comma dell'art 96 a tre anni dall'introduzione: orientamenti giurisprudenziali ed incertezze sistematiche* in Corr.giur. 2013

- 150 MAFFUCCINI M., *Come contrastare l'abuso del processo? Brevi spunti sull'articolo 96 e 385 cpc.* in *Questione giustizia* 2009
- 151 MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino 2006
- 152 MANDRIOLI C., *Dei doveri delle parti e dei difensori* in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio
- 153 MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile XXI* Torino 2011
- 154 MARCHETTI C., *Dolo revocatorio e falsa allegazione* in *Riv.dir.proc.* 1960
- 155 MARENGO R., *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto* in *Corriere giur.*, 2000
- 156 MARSEGLIA C., *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis* in *Nuova Giur. Civ. Com.* 2008
- 157 MASTRORILLI A., *Domanda generica e infrazionabilità del credito* in *Danno e resp.* 2011
- 158 MAZZARELLA G., *Avvocati e procuratori* in *Enc.giur.trec. IV* Roma 1990
- 159 MAZZOLA M.A., *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria* Milano, 2012
- 160 MELONI CABRAS A., *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede* in *Obb. e contr.* 2008
- 161 MELONI CABRAS A., *La frazionabilità della pretesa creditoria e la normalità del prezzo di vendita* in *Obbl. e contr.* 2005
- 162 MENCHINI S., PROTO PISANI A., *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in tema di crediti pecuniari*, in *Foro.it*, 1999
- 163 MERONE A., *Responsabilità aggravata e solidale del difensore: una nuova idea di difesa tecnica* in www.judicium.it
- 164 MESSINETTI D., *Abuso del diritto* in *Enc. Dir. Aggiornamento II* Milano, 1998
- 165 MONATERI P.G., *La scindibilità del giudizio sul quantum*, in *Giur. it.*, 1986
- 166 MONTANARI M., *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giuridico* 2011
- 167 MONTELEONE G., *Il processo civile in mano al governo dei tecnici* in www.judicium.it
- 168 MURONI R., *La rilevanza del frazionamento del petitum risarcitorio da sinistro stradale nel medesimo giudizio: un unico diritto all'an e più diritti al quantum?* in *Resp.Civ.* 2001
- 169 NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano* in *Riv. trim. dir. civ.* 1958,
- 170 NICOTINA N., *L'abuso del processo civile*
- 171 OLIARI S., *I danni punitivi bussano alla porta la Cassazione non apre* in *Nuova Giur. Civ. Com.* 2007

- 172 PALMIERI A., PARDOLESI R., *L'ammissibilità della domanda frazionata commento alla sentenza delle sezioni unite 23726/ 2007* in Foro.it.
- 173 PALMIERI A., PARDOLESI R., *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile* in Foro.it. 2008
- 174 PALMIERI A., PARDOLESI R., *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa* Foro.it 2010
- 175 PANZANI L. *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera* in Giust. civ. 2014
- 176 PAPETTI C., *Riflessioni in tema di lite temeraria: rapporto fra art. 96 cpc e 2043 cc, presupposti oggettivi e soggettivi di sussistenza, danno risarcibile, competenza* in www.federalismi.it 2006
- 177 PATTI S., *Abuso del diritto* in Digesto Civile vol I, 1987
- 178 PATTI S., *Pena privata*, in Digesto VI. 2011
- 179 PENASA L., *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, in Resp. civ. prev. 2012
- 180 PERFETTI U., *Abuso del diritto, abuso del processo e deontologia* in Rassegna forense 2008
- 181 PICARDI N., *Codice di procedura civile commentato* Milano, 1994
- 182 PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano 2013
- 183 PICÒ I JUNOY J., *La buona fede processuale: manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?* in Riv. dir. proc. 2013
- 184 PIGNATONE R. *L'abuso del diritto* , seminario di aggiornamento per i magistrati delle commissioni tributarie della Sicilia
- 185 PIRRUCCIO P., *La clausola di recesso ad nutum dal contratto può configurare un'ipotesi di abuso del diritto. La buona fede e la correttezza nei rapporti diventano un vero e proprio dovere giuridico*; in Giur. it. 2010
- 186 PISTONE P., *Elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisione terminologiche della Corte di Giustizia europea in tema di IVA* in Riv.dir.trib., 2007
- 187 POLI G.G., *Osservatorio sulla cassazione civile* in Riv.dir.proc. 2012
- 188 PONZANELLI G., *I danni punitivi* in Nuova Giur. Civ. Com. 2008
- 189 PONZANELLI G., *La cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio* in Corr.giur. 2007
- 190 PONZANELLI G., *La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale* in Studi in onore di Francesco Busnelli Giuffrè 2008
- 191 PONZANELLI G., *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, una nuova vicenda* in Danno e resp. 2009
- 192 PORRECA P., *L'art 96 3° comma, fra ristoro e sanzione* in Foro.it 2010

- 193 PROTO PISANI A. , *Il nuovo articolo 111 e il giusto processo civile* in Foro.it 2014
- 194 PROTO PISANI A., SCARSELLI G., CAPONI R., DALFINO D., *In difesa delle norme processuali*, in Foro.it. 2014
- 195 PUCCI L., *Responsabilità aggravata ex art 96 cpc, una responsabilità aquiliana in difesa del processo* in Resp. Civ. Prev. 2006
- 196 RANIERI F., *Eccezione di dolo generale* in Digesto IV vol VII
- 197 RATTI L., *Buona fede e giusto processo: presunti limiti alla frazionabilità della domanda giudiziale* in Riv. it.dir. lav. 2009
- 198 RAVAGNANI E., *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato* in Giur.it. 1987
- 199 REDENTI E., *Diritto processuale civile, I*, Milano 1952
- 200 REDISH M.H. MATHEWS A.L., *Why punitive damages are unconstitutional* in 53 Emory L.J 2004
- 201 RESCIGNO P., *L'abuso del diritto (una rimediazione delle Sezioni Unite)* in Giur. proc. civ.
- 202 RESCIGNO P., *L'abuso del diritto* Bologna 1965
- 203 RESCIGNO P., *Un nuovo caso di abuso del diritto* in Giur.it., 2011
- 204 ROMUALDI G., *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia* Torino 2013
- 205 RONCO A., *Ammissibilità della domanda frazionata in più processi* in Giur.it. 2001
- 206 ROSSI R., *Contrarietà del frazionamento giudiziale del credito al principio di buona fede*, in Danno e Resp., 2008
- 207 ROTONDI M., *L'Abuso del diritto* in Riv. dir. Civ., 1923
- 208 SALERNO F., *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi";* in Foro it. 2010,
- 209 SANTORO PASSARELLI F. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966
- 210 SASSANI B., *In tema di pronuncia su danno futuro e di preclusione della successiva autonoma domanda*, in Foro it. 1986
- 211 SATTA S., PUNZI C. *Diritto processuale civile* Padova 2000
- 212 SCARSELLI G., *Brevi note sull'errore nel compimento di attività giudiziali* in Foro.it.
- 213 SCARSELLI G., *Il nuovo articolo 96 cpc consigli per l'uso* in Foro.it 2010
- 214 SCARSELLI G., *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali* in Riv.trim.dir.proc. 1998
- 215 SCARSELLI G., *Sugli errori degli ultimi vent'anni nel porre rimedio alla crisi della giustizia civile* in Foro.it.
- 216 SCARSELLI G., *Sul c.d. Abuso del processo* in www.csm.it
- 217 SCOCA F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in Corriere giur., 2011.

- 218 SENA E., *Richiesta di adempimento parziale e riserva di azione per il residuo: l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione*. Dir. e giur. 2002
- 219 SIRENA P., *La funzione deterrente della responsabilità civile* Milano, 2008
- 220 STEVENS R.B., *Law schools legal education in American from 1850s to the 1950s*, Chapel hill-London , 1983
- 221 TARUFFO M., *Abuse of procedural right Internation association of procedural law 1999*
- 222 TARUFFO M., *Abuso del diritto*, Padova, 1998
- 223 TARUFFO M., *Abuso del processo e condanna alle spese* in Riv.trim.dir.e proc.civ , 2005
- 224 TARUFFO M., *Ancora in tema di condanna del difensore sulla refusione delle spese di lite* in Gius. Civ., 2009
- 225 TARUFFO M., *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV. *Diritto privato* 1997
- 226 TARUFFO M., *L'abuso del processo, profili generali* in Riv. trim. dir. proc. civ. 2012
- 227 TARUFFO M., *La semplice verità* Bari 2009
- 228 TARUFFO M.,CORDOPATRI F., GHIRGA M.F, SCARSELLI G., *Atti del convegno ASPC Urbino 2011*
- 229 TENORE V., *L'avvocato e le sue quattro responsabilità*, Napoli 2015
- 230 TESAURO F. *Istituzioni di diritto tributario* libro I
- 231 TESAURO F., *Elusione Ed Abuso Nel Diritto Tributario Italiano* in *Diritto e pratica tributaria* n 4/2012
- 232 TIZI F., *Limiti oggettivi del giudicato e minima unità azionabile del processo* in Giust.civ. 2001
- 233 TOSCHI VESPASIANI F., *Il danno da lite temeraria è ... morto? lunga vita all'art 96!* in Resp. civ. 2008
- 234 TOSCHI VESPASIANI F., *La condanna e la liquidazione ex officio del danno da lite temeraria ex art 96 comma 3 cpc* in Resp.civ. 2012
- 235 TUOZZO M., *Il danno non patrimoniale da lite temeraria, alla ricerca della copertura costituzionale*. in Resp. civ. 2009
- 236 VACCARI M., *L'art 96, comma 3, cod.proc.civ: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali* in Nuov.giur.civ.comm. 2011
- 237 VAGLIO M., *Nuova deontologia forense e procedimento disciplinare dopo la riforma*, Maggioli, 2013
- 238 VANACORE G., *Il dovere processuale di lealtà e di probità e le espressioni sconvenienti ed offensive: riflessioni sull'articolo 88 e 89 cpc*. in Resp.civ. 2011
- 239 VANACORE G., *Lite temeraria, il canto del cigno, art 385 co 4 e la nuova responsabilità aggravata* in Resp. civ. 2009

- 240 VANACORE G., *Malafede processuale rilevante ai fini della condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c.* in *Danno e resp.* 2013
- 241 VANACORE G., *Marca punitiva dell'art 96 a margine di un decisum del tribunale di Varese* in *Resp. civ.* 2010
- 242 VANZ C., *Equo indennizzo per l'irragionevole durata del processo: un faticoso dialogo fra le corti* in *Giur.it* 2014
- 243 VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Padova 2010
- 244 VENTURELLI A., *La responsabilità dello stato per l'irragionevole durata del processo* in *Resp.civ.*2009
- 245 VENTURELLI A., *Struttura risarcitoria e funzione indennitaria dell'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo* in *Nuova Giu. Civ. Com.* 2009
- 246 VERDE G., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata* in *Riv.dir.proc.* 2011
- 247 VERONESE B., *Domanda frazionata, rigetto per contrarietà a buona fede e correttezza* in *Obb. contr.* 2008
- 248 VERONESE B., *Improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o in merito* in *Obb.contr.* 2009
- 249 VIOLA L., *I danni punitivi nella responsabilità della pubblica amministrazione dopo la l. 69/2009* in *Resp.civ.* 2010
- 250 WOODWARD, *Giustizia attraverso il diritto. Dimensione storica della Law school Americana* in *avvocatura e giustizia negli stati uniti*, Bologna 1983

