

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 128 (2009)

Heft: 2

Artikel: Erranze alla scoperta del nuovo Codice di procedura civile svizzero

Autor: Marazzi, Luca

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895926>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 29.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Erranze alla scoperta del nuovo Codice di procedura civile svizzero

LUCA MARAZZI*

* Dr. iur., LL.M. (LSE London), Giudice del Tribunale federale di Losanna.

Indice

§ 1	Organizzazione del Codice; oggetto e campo d'applicazione	332
I.	Organizzazione del Codice	332
II.	Oggetto	332
III.	Rapporto con il diritto internazionale	333
IV.	Organizzazione giudiziaria	333
§ 2	Competenza dei tribunali	334
I.	Competenza per materia e competenza funzionale	334
1.	Autonomia cantonale	334
2.	Valore di lite	334
3.	Eccezioni all'autonomia cantonale	334
II.	Competenza per territorio	336
§ 3	Ricusazione	336
I.	Casi	336
II.	Procedura e decisione	337
III.	Conseguenze	337
§ 4	Principi di procedura	338
I.	Buona fede e diritto di essere sentito	338
II.	Pubblicità dei procedimenti	338
III.	Principio dispositivo	339
1.	Principio dispositivo e principio inquisitorio	339
2.	Interpello	339
§ 5	Presupposti processuali	340
I.	Generalità	340
II.	Esame	340
III.	Patto d'arbitrato	340
§ 6	Litispendenza ed effetti del ritiro dell'azione	341
I.	Creazione della litispendenza	341
II.	Effetti	341
III.	Ritiro dell'azione	341
§ 7	Parti e terzi	342
I.	Capacità di parte e capacità processuale	342
II.	Rappresentanza delle parti	342
1.	Rappresentanza contrattuale	342
2.	Parte incapace	343
III.	Litisconsorzio	343
IV.	Intervento principale e intervento adesivo	344
V.	Denuncia della lite e azione di chiamata in causa	345
1.	Semplice denuncia della lite	345
2.	Azione di chiamata in causa	346
3.	Autorizzazione giudiziale	347
VI.	Sostituzione di parte	347
§ 8	Azioni	348
I.	Genere di azioni	348
II.	Azione collettiva e cumulo di azioni	348
§ 9	Determinazione del valore litigioso	349
§ 10	Spese giudiziarie	350
I.	Spese giudiziarie	350
1.	Definizioni	350

2.	Anticipazione delle spese	351
3.	Tariffe	351
4.	Informazione delle parti	352
II.	Ripartizione e liquidazione delle spese giudiziarie	352
1.	Momento	352
2.	Tariffe cantonali	353
3.	Principi di ripartizione	353
4.	Transazione giudiziaria	354
5.	Dilazione di pagamento e condono	354
III.	Normative speciali in materia di spese	355
§ 11	Gratuito patrocinio	355
I.	Beneficiari	355
II.	Patrocinatore d'ufficio	356
III.	Procedura	356
IV.	Estensione temporale e revoca	357
§ 12	Direzione del processo	357
I.	Competenza e finalità	357
II.	Rimessione della causa	358
III.	Malafede e temerarietà processuali	359
IV.	Reclamo	359
§ 13	Forma degli atti processuali	359
I.	Lingua del procedimento	359
II.	Atti scritti delle parti	360
III.	Citazioni e notificazioni giudiziarie	360
§ 14	Termini, inosservanza e restituzione	362
I.	Termini	362
1.	Principi	362
2.	Rispetto dei termini	362
3.	Sospensione dei termini e informazione delle parti	362
II.	Inosservanza e restituzione	363
§ 15	Prova	364
I.	Disposizioni generali	364
1.	Oggetto, in particolare fatti controversi	364
2.	Diritto alla prova, apprezzamento anticipato, selezione	364
3.	Prove ottenute illecitamente	365
4.	Massima inquisitoria	365
5.	Ordinanza sulle prove	365
6.	Assunzione delle prove, delega	365
7.	Libero apprezzamento	366
8.	Assunzione preventiva	366
II.	Obbligo di cooperazione e diritto di rifiutarsi di cooperare	367
1.	Concretizzazioni dell'obbligo di cooperazione	367
2.	Decadenza dell'obbligo, informazione	368
III.	Rifiuto di cooperare delle parti	368
IV.	Rifiuto di cooperare dei terzi	369
1.	Diritto assoluto al rifiuto	369
2.	Diritto relativo al rifiuto	369
3.	Clausola generale	370
4.	Rifiuto indebito di un terzo, effetti	370
§ 16	Mezzi di prova	370

I.	Numerus clausus	370
II.	Testimonianza	371
	1. Testimone	371
	2. Assunzione	371
	3. Forme dell'assunzione testimoniale	372
	4. Testimone peritale	372
	5. Verbalizzazione	372
III.	Documenti	373
	1. Definizione	373
	2. Autenticità, prova; copie; documenti voluminosi	373
IV.	Ispezione oculare	374
	1. Oggetto	374
	2. Assunzione, verbale	375
V.	Perizia	375
	1. Principi	375
	2. Conoscenze specialistiche all'interno del tribunale	375
	3. Diritti e doveri del perito; mandato peritale	376
	4. Delucidazione; revoca; accertamenti propri del perito	376
	5. Perizia di parte	377
	6. Arbitratore	377
VI.	Informazioni scritte	378
VII.	Interrogatorio e deposizioni delle parti	378
§ 17	Assistenza giudiziaria fra tribunali svizzeri	379
§ 18	Tentativo di conciliazione	379
	I. Campo d'applicazione	379
	1. Regola	379
	2. Eccezioni	380
	II. Autorità di conciliazione	382
	1. Composizione	382
	2. Compiti	382
§ 19	Procedura di conciliazione	383
	I. Avvio della procedura	383
	1. Istanza	383
	2. Risposta	383
	II. Udienza	384
	1. Termini	384
	2. Pubblicità; assunzione di prove	384
	3. Obbligo di comparizione personale; assistenza; rappresentanza	385
	4. Verbale	386
	III. Conclusione della procedura di conciliazione	386
	1. Assenza di parte	386
	2. Successo della conciliazione	387
	3. Mancata intesa	387
	4. Spese della procedura di conciliazione	388
	IV. Poteri decisionali dell'autorità di conciliazione	388
	1. Decisione su richiesta unilaterale	388
	2. Proposta di giudizio	389
	3. Autorità di conciliazione e autorità giudiziaria	390
§ 20	Mediazione	390
	I. Campo d'applicazione	390

II.	Procedura di mediazione	391
III.	Esito della mediazione	391
	1. Fallimento della mediazione	391
	2. Accordo in sede di mediazione; approvazione	392
	3. Spese della mediazione	392
§ 21	Procedura ordinaria	393
I.	Premessa; struttura	393
II.	Scambio di scritti e preparazione del dibattimento	393
	1. Petizione	393
	2. Risposta	395
	3. Udienza istruttoria	395
	4. Domanda riconvenzionale	396
	5. Mutazione dell'azione	396
III.	Dibattimento	397
	1. Impostazione concettuale	397
	2. Prime arringhe	398
	3. Nova	398
	4. Mutazione dell'azione	399
	5. Assunzione delle prove	399
	6. Arringhe finali	400
	7. Rinuncia al dibattimento	400
	8. Mancata comparsa	400
IV.	Verbale	401
V.	Decisione	402
	1. Procedura decisionale	402
	2. Elementi della decisione	402
VI.	Fine del procedimento senza decisione del giudice	403
§ 22	Procedura semplificata	404
I.	Campo d'applicazione	404
II.	Procedura	404
	1. Azione	404
	2. Risposta rispettivamente udienza	405
	3. Procedura probatoria	405
§ 23	Procedura sommaria	406
I.	Campo d'applicazione	406
	1. Diritto federale	406
	2. Retaggio del diritto cantonale	407
	3. In particolare i casi manifesti	407
II.	Procedura	408
	1. Istanza e osservazioni	408
	2. Accertamento dei fatti ed udienza	409
III.	Provvedimenti cautelari	409
	1. Condizioni	409
	2. Contenuto	410
	3. Misure prima della litispendenza	410
	4. Garanzia	411
	5. Procedura	411
IV.	Memoria difensiva	412
§ 24	Mezzi di impugnazione	413
§ 25	Appello	413

I.	Decisioni appellabili e motivi di appello	413
1.	Principio	413
2.	Eccezioni	414
3.	Motivi di appello	415
II.	Inoltro dell'appello	415
1.	Proposizione e risposta	415
2.	Appello incidentale	416
3.	Appello in procedura sommaria	416
III.	Effetti e procedura dell'appello	417
1.	Effetto sospensivo ed esecuzione anticipata	417
2.	Procedura	418
3.	Decisione d'appello	419
§ 26	Reclamo	419
I.	Decisioni soggiacenti a reclamo e motivi di reclamo	419
1.	Rimedio primario e rimedio sussidiario	419
2.	Motivi di reclamo	421
II.	Procedura	421
1.	Inoltro del reclamo	421
2.	Risposta, osservazioni, nova, effetti	422
3.	Decisione	422
§ 27	Revisione	423
I.	Natura del rimedio e finalità	423
II.	Condizioni di ammissibilità	423
1.	Fatto nuovo e rilevante	423
2.	Crimine o delitto	424
3.	Inefficacia di acquiescenza, desistenza o transazione	424
4.	Accertata violazione della CEDU	425
III.	Domanda, termini, osservazioni, efficacia	425
IV.	Decisione	426
§ 28	Interpretazione e rettificazione	426
I.	Finalità	426
II.	Domanda, osservazioni, efficacia	427
III.	Decisione	427
§ 29	Esecuzione	428
I.	Esecuzione delle decisioni	428
1.	Campo d'applicazione	428
2.	Esecutività della decisione da eseguire	428
3.	Procedura	429
4.	Esecuzione di prestazione condizionata	430
5.	Mezzi di esecuzione	431
6.	Esecuzione di dichiarazione di volontà	432
7.	Conversione in denaro	432
II.	Esecuzione di documenti pubblici	434
1.	Nozione e requisiti	434
2.	Prestazioni oggetto di documento pubblico	434
3.	Prestazioni in denaro eseguibili ex LEF	435
4.	Procedura avanti al pubblico ufficiale	436
5.	Procedura avanti al giudice dell'esecuzione	436
6.	Dichiarazione di volontà	437
7.	Risarcimento dei danni e conversione in denaro?	437

Prefazione

Erranze. Incursioni in un nuovo testo di legge, di cui ci si comincia a fare un'idea seguendone il flusso. Prime domande affiorano alla lettura del Disegno di legge;¹ il Messaggio dell'Esecutivo² dà prime risposte. Dubbi e critiche emergono, che si scoprono in buona parte condivisi dal Parlamento.³ Si affronta così il testo di legge definitivo,⁴ che appare solo nel gennaio 2009,⁵ ormai consapevoli della direzione di marcia del legislatore e anche di quali nodi abbiano dovuto essere risolti. L'esposizione che ne esce, fondata essenzialmente sui lavori preparatori ufficiali, riflette la genesi della legge e le scelte di fondo del legislatore, criteri fondamentali per la sua interpretazione.⁶ Ma riproduce pure il percorso del lettore che affronta per la prima volta il nuovo testo: a tratti incerto, bisognoso di approfondimenti, costellato di vicoli ciechi, rallentato da ipotesi che il tempo smentirà, ma utili per avanzare; altrove più celere e leggero. Le pagine che seguono, dunque, non vogliono offrire un'analisi della legge nella prospettiva dei principi dogmatici della procedura civile. Nemmeno vi si cercheranno certezze, di pertinenza della giurisprudenza a venire: chi scrive, avendo il privilegio di parteciparvi in prima persona, si sente in obbligo di esprimersi con ritegno e prudenza – al più, qua e là, si azzarderà qualche ipotesi.

Non solo i tempi dettano il modo di procedere. Anche gli spazi a disposizione delimitano il contenuto: si rinuncia a trattare la competenza per territorio,⁷ le procedure speciali di diritto matrimoniale⁸ e l'arbitrato⁹ – temi importanti, ma che la nuova legge riprende per l'essenziale da corpi normativi esistenti e dunque noti.

Il lavoro è stato commissionato in italiano. Una scelta coraggiosa, una dimostrazione di considerazione per la terza lingua nazionale. L'autore se ne felicit

-
- 1 Foglio federale n. 37/2006 p. 6785–6898. I relativi articoli sono citati qui di seguito accompagnati da D.
 - 2 Foglio federale n. 37/2006 p. 6593–6783. Qui di seguito abbreviato M.
 - 3 I dibattiti parlamentari sono tratti dal Bollettino ufficiale (BU); l'abbreviazione CN sta per Consiglio nazionale rispettivamente, ove è il caso, Consigliere/a nazionale; CS, per Consiglio degli Stati rispettivamente Consigliere/a agli Stati; CF per Consiglio federale rispettivamente Consigliere/a federale. I verbali dei dibattiti commissionali, divenuti accessibili pochi giorni prima della consegna del manoscritto, hanno potuto essere solo puntualmente consultati: sono citati qui di seguito CommCS per la Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati, rispettivamente CommCN per quella del Consiglio nazionale, con l'aggiunta della data della seduta e della pagina del verbale.
 - 4 Le norme del testo di legge definitivo sono qui di seguito citate senza indicazione della legge. Le altre leggi federali sono citate con la loro abbreviazione corrente.
 - 5 Foglio federale n. 1/2009, p. 21–195. L'abbreviazione ufficiale è: CPC.
 - 6 DTF 134 III 16 consid. 3; 133 III 175 consid. 3.3.1; 132 III 707 consid. 2; 128 I 34 consid. 3b; con riferimento alla particolare importanza dei lavori preparatori v. DTF 133 II 249 consid. 2.2 e la sentenza 1P.69/2007 del 12 aprile 2007, consid. 3.2.
 - 7 Parte prima, Titolo secondo, Capitolo secondo, artt. 9a 46.
 - 8 Parte seconda, Titoli sesto, settimo e ottavo, artt. 271 a 307.
 - 9 Parte terza, artt. 353 a 399.

con il Comitato della SSG. Per coerenza, si è fatto capo alle fonti ufficiali (Messaggio, Disegno e testo definitivo) nella loro versione italiana; le versioni francese e tedesca hanno fornito delucidazioni laddove l'ambiguità del testo italiano non si poteva altrimenti sciogliere.

L'autore, consapevole che quanto appreso gli tornerà utile al momento di chinarsi sulla nuova legge nel suo ruolo giurisdizionale, ringrazia sentitamente il Comitato SSG ed il suo Presidente uscente per l'onore fattogli, che lo ripaga ampiamente per la fatica. Egli dedica il presente lavoro alla memoria del Professor Hans Ulrich Walder, recentemente scomparso.

Va da sé che l'autore si esprime qui a titolo personale. Scontato è pure l'auspicio che il lavoro possa risultare stimolante anche per chi, nei diversi ruoli della vita giuridica, si troverà confrontato con un cambio di paradigma che non è eccessivo definire epocale.

§ 1 Organizzazione del Codice; oggetto e campo d'applicazione

I. Organizzazione del Codice

Ad un primo impatto, il nuovo CPC non sconvolge: la struttura del testo di legge riprende quella, tradizionale, della maggior parte dei codici cantonali che va a sostituire. Vi si trova allora una prima parte,¹⁰ assai estesa – quasi la metà del Codice – e dettagliata, dedicata alle autorità giudiziarie ed alle parti. Una seconda parte¹¹ si occupa invece dello svolgimento del processo, nelle sue molteplici forme. Una terza parte è dedicata all'arbitrato interno.¹² Infine, un'ultima parte contiene le usuali norme di applicazione della legge e le norme transitorie;¹³ di particolare rilevanza, considerata l'ampiezza che la puntuale legislazione federale in materia di procedura civile aveva preso negli ultimi decenni, gli allegati relativi all'abrogazione e alla modifica del diritto¹⁴ ed al coordinamento con nuovi atti normativi.¹⁵

II. Oggetto

La Parte prima della nuova legge, dedicata alle Disposizioni generali, si apre con la definizione dell'oggetto e del campo d'applicazione. Oggetto è la proce-

¹⁰ Parte prima: Disposizioni generali, artt. 1–196.

¹¹ Parte seconda: Disposizioni speciali, artt. 197–352.

¹² Parte terza: Arbitrato, artt. 353–399.

¹³ Parte quarta: Disposizioni finali, artt. 400–408.

¹⁴ Art. 402 e allegato 1.

¹⁵ Art. 403 e allegato 2. Non vi sono norme relative all'abrogazione dei concordati intercantionali, di competenza dei Cantoni. Essi divengono automaticamente obsoleti. CommCS 26/27 marzo 2007 p. 54.

dura dinanzi alle giurisdizioni cantonali in vertenze di natura civile in senso lato. Per giurisdizioni si intendono giudici o tribunali: si parla così di «volontaria giurisdizione»¹⁶ per sottolineare che non ricadono sotto la presente legge le operazioni dei vari registri, oppure di «pratiche giudiziali»¹⁷ con riferimento a quei passi della procedura esecutiva che sono di appannaggio esclusivo del giudice, siccome contrapposto all'Ufficio esecuzione e fallimenti, la cui attività sottostà – come sinora – alle regole della procedura amministrativa.¹⁸ La modifica rispetto al testo del Disegno del CF non è dunque meramente redazionale.¹⁹ «Pratiche», peraltro, è termine più ampio di «provvedimenti», che si trova alla lit. b: pratiche sono concettualmente di natura contenziosa, provvedimenti invece decisioni su istanza unilaterale, caratteristici della giurisdizione non contenziosa appunto.²⁰

III. Rapporto con il diritto internazionale

L'art. 2 riserva espressamente l'applicazione dei trattati internazionali; è, questa, una norma di carattere meramente declaratorio, visto che già la Costituzione dichiara determinante il diritto internazionale.²¹ Si trova la medesima formula all'art. 1 cpv. 2 della LDIP. Fuorviante il marginale: le «relazioni internazionali» nulla hanno a che vedere con il CPC, semmai si doveva parlare di «rapporto con il diritto internazionale». Viene poi riservata espressamente l'applicazione della LDIP, a significare come sia la connotazione geografica del concreto rapporto giuridico – a carattere esclusivamente interno rispettivamente multinazionale – a determinare l'applicabilità di una o dell'altra legge.

IV. Organizzazione giudiziaria

Viene, infine, precisato un altro punto cardine della legge, che non intende unificare l'organizzazione giudiziaria se non nei limiti dello stretto indispensabile. Questa rimane pertanto di competenza dei Cantoni.²²

16 Art. 1 lit. b.

17 Art. 1 lit. c.

18 M cfr. 5.1 p. 6628.

19 In tal senso, tuttavia, CS Wicki, BU CS 2007 p. 504.

20 V. anche M cfr. 5.1 p. 6627.

21 Art. 190 Cost.

22 Art. 3; v. art. 122 cpv. 2 Cost., M cfr. 5.1 p. 6628.

§ 2 Competenza dei tribunali

I. Competenza per materia e competenza funzionale

1. *Autonomia cantonale*

Riservare ai Cantoni la competenza di organizzare i tribunali sul proprio territorio significa, in primo luogo, lasciare decidere ad ogni Cantone quale sia il giudice competente per ogni singola materia, e quale struttura gerarchica adottare. Ciò è quanto precisa l'art. 4 cpv. 1 con la nozione di competenza funzionale. Significa, secondariamente, lasciare ai Cantoni la facoltà di decidere come suddividere geograficamente il proprio territorio. Questa facoltà, non specificata espressamente, è da considerarsi implicita nella riserva di competenza dell'art. 3, e non va confusa con la competenza per territorio di cui al prossimo Capitolo 2, che determina invece il luogo ove aprire azione.

2. *Valore di lite*

La competenza per materia può essere posta in funzione del valore di lite,²³ nel senso che per la medesima materia possono essere previste istanze diverse a seconda dell'entità pecuniaria della vertenza. Anche questo aspetto resta dominio dei Cantoni. Unificato viene, per contro, il metodo di determinazione del valore di lite.²⁴

3. *Eccezioni all'autonomia cantonale*

a. *Istanza cantonale unica obbligatoria*

Al principio dell'autonomia cantonale fa immediato seguito l'enunciazione delle eccezioni: per talune materie i Cantoni devono,²⁵ per altre i Cantoni possono²⁶ istituire un'istanza cantonale unica. Nella prima categoria ricadono quelle materie oggetto di leggi speciali,²⁷ per le quali già oggi è prevista l'istanza cantonale unica a garanzia soprattutto di competenza specifica.²⁸ Il CN ha aggiunto all'art. 5 il cpv. 1 lit. h ed ha contemporaneamente stralciato dalla lista delle materie trattate dall'istanza cantonale unica le decisioni di rinvio dei minori in applicazione della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980.²⁹ Il CS,

²³ O «valore litigioso» come detto all'art. 4 cpv. 2.

²⁴ Art. 4 cpv. 2; M cfr. 5.2.1 ad art. 4 D. In proposito v. infra § 9.

²⁵ Art. 5.

²⁶ Artt. 6 e 7.

²⁷ Si veda la lista all'art. 5 cpv. 1 litt. a–h. Caso particolare, l'azione contro la Confederazione, art. 5 cpv. 1 lit. f.

²⁸ M cfr. 5.2.1 ad art. 5 D p. 6630.

²⁹ BU CN 2008 p. 641, dove la lit. g^{bis} di cui è discorso corrisponde alla lit. h del testo definitivo.

preso atto che l'identica normativa è ormai inclusa nella specifica legge del 21 dicembre 2007, vi si è adeguato.³⁰

b. Istanza cantonale unica facoltativa

La seconda categoria, per contro, fa tesoro dell'esperienza positiva di lunga data di quei Cantoni che hanno introdotto una particolare giurisdizione commerciale. Ovviamente, l'esigenza di coagulare le diverse esperienze cantonali crea la necessità di definire autonomamente cosa sia un contenzioso commerciale.³¹ Le competenze per materia delle due istanze cantonali uniche – quella secondo l'art. 5 ed il tribunale commerciale – sono concettualmente indipendenti, nel senso che possono essere dati anche solo i requisiti richiesti dall'art. 5 e non quelli del contenzioso commerciale, o viceversa; tuttavia, sussiste la possibilità di attribuirle tutte al tribunale di commercio,³² ma non viceversa. E se un Cantone istituisce un tribunale di commercio, allora può attribuirgli ulteriori materie altamente specializzate quali le controversie in materia di società commerciali e cooperative.³³ La formulazione dell'art. 5 non pare implicare l'obbligo, per il Cantone, di creare un unico tribunale per le materie elencate all'art. 5: è richiesta unicamente la designazione di una specifica istanza per ogni materia, che può essere diversa per ogni materia ed identificarsi con un tribunale già esistente.³⁴ Il dibattito in Parlamento ha apportato piccoli ma significativi aggiustamenti: la facoltà di scelta fra il tribunale ordinario e quello commerciale anche se il solo convenuto è iscritto nel registro svizzero di commercio o in un analogo registro estero è stata proposta dal CS.³⁵ Dal canto suo, il CN ha stralciato i fondi di investimento ed i prestiti obbligazionari³⁶ ed ha ribadito il grado unico di giurisdizione cantonale del tribunale commerciale.³⁷ È stata infine introdotta per i Cantoni la facoltà di designare un'istanza cantonale unica per controversie derivanti da assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie.³⁸

c. Azione diretta avanti all'autorità cantonale superiore

L'art. 8 menziona infine, per quanto riguarda la competenza per materia, la già nota possibilità per le parti di adire direttamente l'autorità giudiziaria cantonale

30 LF-RMA (RS 211.222.32). BU CS 2008 p. 725.

31 Art. 6 cpv. 2.

32 Art. 6 cpv. 4 lit. a.

33 Ibid. lit. b.

34 Contra M cfr. 5.2.1 ad art. 5 D p. 6630.

35 Art. 6 cpv. 3. CS Wicki, BU CS 2007 p. 504; il CN vi ha aderito, BU CN 2008, p. 641.

36 Art. 6 cpv. 3 lit. c D.

37 BU CN 2008 p. 644.

38 Art. 7, nuovo; BU CN 2008, p. 644.

superiore – in tal caso quale istanza unica³⁹ – per controversie patrimoniali di valore litigioso superiore ai fr. 100 000.–.⁴⁰

II. Competenza per territorio

Gli artt. 9–46 riprendono ed integrano nel nuovo CPC la LForo del 2000, che fu allora il primo passo sulla via dell'unificazione della procedura civile svizzera. Il legislatore ha approfittato dell'occasione per apportare alle norme sulla competenza per territorio alcuni puntuali aggiustamenti dettati dalle prime esperienze con la LForo. Come preannunciato, non ci si addentrerà in questo capitolo.

§ 3 Ricusazione

I. Casi

In tema di ricusazione, la nuova legge riprende l'acquis comune elvetico e la giurisprudenza.⁴¹ La persona che può ricusarsi, rispettivamente di cui può essere chiesta la ricusazione,⁴² è descritta in termini vaghi: non semplicemente il magistrato ed il personale giuridico, bensì chiunque operi in seno ad un'autorità giudiziaria – ipoteticamente anche il personale di cancelleria.⁴³ Il perito è oggetto di una norma specifica che rinvia al presente capitolo sulla ricusazione.⁴⁴ Rispetto al Disegno del CF,⁴⁵ il CN ha ritenuto opportuno estendere la cerchia delle relazioni personali che conducono obbligatoriamente alla ricusa ad ex congiunto ed ex partner registrato. Non, invece, all'ex convivente.⁴⁶ In tema di parentela o affinità il CS, dal canto suo, ha ritenuto di dover distinguere fra le parti da un lato ed i loro rappresentanti rispettivamente i membri della giurisdizione inferiore dall'altro: per le prime è preclusivo un legame fino al terzo grado incluso,⁴⁷ per i secondi uno fino al secondo grado incluso.⁴⁸ La soluzione corrisponde a quella adottata per il CPP.⁴⁹ Peraltro, in ossequio alla giurispru-

39 Art. 8 cpv. 2.

40 Il rapporto fra questa competenza dell'istanza giudiziaria superiore e quella dell'eventuale tribunale di commercio, quando siano soddisfatte le condizioni per adire entrambi, e più genericamente la possibilità di proroga della competenza ad altra autorità giudiziaria cantonale, sono questioni di organizzazione giudiziaria rette dal diritto cantonale, art. 3.

41 M cfr. 5.2.3 ad art. 45 D.

42 Art. 47 cpv. 1 prima frase.

43 V. ad esempio art. 95 GVG/ZH.

44 Art. 183 cpv. 2.

45 Art. 45 D.

46 Art. 47 cpv. 1 lit. c; BU CN 2008 p. 647. Il caso può però ricadere sotto la clausola generale dell'art. 47 cpv. 1 lit. f, CommCS 26/27 giugno 2008 p. 3.

47 Art. 47 cpv. 1 lit. d.

48 Art. 47 cpv. 1 lit. e.

49 CS Wicki, BU CS 2007 p. 506.

denza, la legge sottolinea che la possibilità di prevenzione è sufficiente.⁵⁰ L'elencazione dei casi che non giustificano la riconsuazione è esemplificativa⁵¹ e poggia sulla giurisprudenza. Per chi opera in seno ad un'autorità giudiziaria sussiste il dovere di comunicare l'esistenza di una situazione di propria riconsuazione e di astenersi da ulteriori atti procedurali.⁵²

II. Procedura e decisione

La parte che chiede la riconsuazione altrui ha l'obbligo di inoltrare tempestivamente istanza e di rendere verosimile – non provare – i fatti che la giustificano.⁵³ Ciò non vale per chi si astiene; il legislatore sembra presumere che gli si debba credere sulla parola. Nondimeno, la procedura di decisione⁵⁴ si applica in presenza di una qualsiasi contestazione, indipendentemente dal fatto che il motivo di riconsuazione sia invocato da una parte o segnalato dal magistrato rispettivamente funzionario.⁵⁵ Quantunque il legislatore abbia avuto cura di precisare che i motivi, la procedura e gli effetti della riconsuazione nella procedura civile siano stati adeguati alla LTF ed al nuovo Codice di procedura penale,⁵⁶ non si può non rilevare come quest'ultimo sia assai più preciso e dettagliato, soprattutto con riferimento all'autorità competente.⁵⁷ In ogni caso, la persona riconsuata ha diritto ad essere sentita.⁵⁸ Il giudice deputato a decidere in base all'art. 50 è determinato dal diritto cantonale.⁵⁹

III. Conseguenze

L'art. 51, infine, espone in modo chiaro quali siano le conseguenze sugli atti processuali già compiuti dall'operatore riconsuato a ragione: questi non sono nulli, ma solo annullabili. La parte che intende avvalersi di tale possibilità deve formulare corrispondente domanda entro dieci giorni dall'avvenuta conoscenza del motivo di riconsuazione.⁶⁰ Per contro, prove che non possono più essere assunte restano valide.⁶¹ La giurisprudenza dirà se il termine di dieci giorni potrà

50 Art. 47 cpv. 1 lit. f.

51 Art. 47 cpv. 2.

52 Art. 48.

53 Art. 49 cpv. 1

54 Art. 50.

55 M cfr. 5.2.3 ad art. 48 D.

56 CommCS 8/9 gennaio 2007 p. 28 seg.

57 Art. 59 CPP, part. cpv. 1.

58 Art. 49 cpv. 2.

59 M cfr. 5.2.3 ad art. 48 D.

60 Art. 51 cpv. 1. Il termine previsto nel Disegno del CF (cinque giorni, art. 49 cpv. 1 D), considerato troppo breve dalla maggioranza (CS Wicki, BU CS 2007 p. 506–507), è stato portato a dieci giorni in Parlamento.

61 Art. 51 cpv. 2.

essere adottato anche quale termine utile per l'inoltro della domanda di ricusazione stessa, che ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 deve essere presentata dalla parte non appena è a conoscenza del motivo di ricusazione.⁶²

§ 4 Principi di procedura

I. Buona fede e diritto di essere sentito

È, questa, la sede di esposizione delle note massime procedurali. Le novità riguardano l'espressa menzione dell'obbligo per le parti di agire in giudizio secondo il principio della buona fede⁶³ e del diritto delle parti di essere sentite;⁶⁴ l'accesso agli atti è soggetto alle eccezioni imposte da preponderanti interessi pubblici o privati.⁶⁵

II. Pubblicità dei procedimenti

Il Parlamento ha vivacemente dibattuto sulla pubblicità dei procedimenti giudiziari. Rispetto alla proposta del CF, che voleva garantire la partecipazione del pubblico non solo alle udienze, ma anche alla fase di deliberazione,⁶⁶ è stata adottata una soluzione di compromesso: sono pubbliche le udienze ed un'eventuale comunicazione orale della decisione⁶⁷ – ciò che non esclude la possibilità di una comunicazione scritta⁶⁸ –, mentre i singoli Cantoni possono estendere la pubblicità anche alla deliberazione della decisione.⁶⁹ È stata posta in evidenza la rarità della pubblicità della deliberazione pubblica, l'assenza di veri vantaggi⁷⁰ e la prossimità del tema con l'organizzazione giudiziaria, di competenza dei Cantoni.⁷¹ Le decisioni devono comunque essere rese accessibili al pubblico.⁷² Il principio dell'accessibilità pubblica ai giudizi è giustificato da un desiderio di assoluta trasparenza e, almeno per le sentenze dell'istanza suprema, dall'utilità per gli utenti di disporre di esempi concreti di applicazione della giurisprudenza pubblicata. Per i giudizi delle istanze cantonali, retti ormai dal diritto proces-

62 Il M, cfr. 5.2.3 ad art. 47 D, più severo, esige che la richiesta venga formulata durante l'udienza medesima.

63 Art. 52.

64 Art. 53 cpv. 1.

65 Art. 53 cpv. 2; una proposta volta a stralciare le limitazioni legate ad interessi pubblici o privati giudicati predominanti è stata respinta, BU CN 2008 p. 647–648.

66 Art. 52 cpv. 1 D.

67 Art. 54 cpv. 1; BU CN 2008 p. 648.

68 BU CS 2008 p. 726.

69 Art. 54 cpv. 2; BU CN 2008 p. 648.

70 CS Wicki, BU CS 2007 p. 507.

71 CF Blocher, BU CS 2007 p. 507.

72 BU CS 2008 p. 726; art. 54 cpv. 1 versione definitiva.

suale federale, quest'ultima esigenza è meno urgente. Resta il postulato della trasparenza nell'attività statale,⁷³ che il legislatore fa prevalere sul normale desiderio di discrezione delle parti, il cui anonimato è tanto meno garantito quanto più circoscritto è il comprensorio di attività dell'autorità giudicante. In ogni caso, non sono mai pubblici i procedimenti fondati sul diritto di famiglia,⁷⁴ e la pubblicità può essere esclusa dal giudice a condizioni ben precise.⁷⁵

III. Principio dispositivo

1. *Principio dispositivo e principio inquisitorio*

L'art. 55 cpv. 1 esprime il dovere delle parti di esporre al giudice i fatti sui quali esse fondano la propria pretesa,⁷⁶ e di addurne le prove. Più che di un dovere, è tuttavia noto che si tratta di un onere o incombenza, la cui mancata soddisfazione andrà a discapito della parte in fallo. Ovvio la riserva dei casi in cui la legge ordina l'accertamento dei fatti e l'assunzione delle prove d'ufficio.⁷⁷

2. *Interpello*

Il nuovo Codice mitiga tuttavia in modo assai sensibile la natura formale della procedura, ed in particolare il rigore del principio dispositivo, con il cosiddetto «interpello».⁷⁸ Questo termine, a dir poco inusuale, esprime la possibilità della parte di rimediare a proprie allegazioni poco chiare, incomplete, contraddittorie o addirittura incomprensibili sulla scorta di domande che le pone il giudice. Così come formulata, la norma pare voler istituire un dovere del giudice di intervenire in soccorso della parte in fallo.⁷⁹

73 M cfr. 5.3.1 ad art. 52 D.

74 Art. 54 cpv. 4.

75 Art. 54 cpv. 3.

76 Principio dispositivo, v. marginale.

77 Principio inquisitorio, art. 55 cpv. 2.

78 Art. 56.

79 In tal senso il M cfr. 5.3.1 ad art. 54 D. Dubbia è la distinzione che opera il Messaggio, quando indica che in cause sottoposte alla massima dispositiva l'obbligo di interpello sorgerà solo a fronte di carenze manifeste, mentre avrà portata più ampia in cause sottostanti alla massima inquisitoria: in quest'ultimo caso, l'interpello non si applica, cadendo ogni domanda del giudice sotto l'accertamento d'ufficio dei fatti.

§ 5 Presupposti processuali

I. Generalità

Sono presupposti processuali le condizioni che devono essere soddisfatte affinché il giudice possa entrare nel merito della vertenza.⁸⁰ La dottrina e la giurisprudenza correnti li hanno sufficientemente delineati, ed il legislatore ha ritenuto utile proporre un catalogo, quantunque di mero carattere esemplificativo.⁸¹ Unica vera novità: un interesse ad agire di fatto (e non giuridico) sarà sufficiente.⁸² Verrà adattato di conseguenza l'art. 76 LTF, con uniformazione dei presupposti per il ricorso in materia civile ed in materia di diritto pubblico.⁸³ Assolutamente fantasioso è il neologismo creato per esprimere l'effetto di cosa giudicata.⁸⁴

II. Esame

L'art. 60 ribadisce il noto principio secondo cui il giudice esamina d'ufficio se siano dati i presupposti processuali, anche se in questo stadio egli dispone unicamente delle allegazioni delle parti.⁸⁵ Naturalmente, può essere anche un campo di applicazione dell'interpello.

III. Patto d'arbitrato

L'art. 61 esprime la regola secondo la quale il tribunale statale adito declina la propria competenza in presenza di un patto d'arbitrato, salvo eccezioni. Il legislatore ha dunque preso posizione a favore della natura di principio esclusiva della proroga arbitrale. Le eccezioni sono note: la partecipazione incondizionata del convenuto alla procedura statale;⁸⁶ oppure se il tribunale accerta che il patto d'arbitrato è manifestamente nullo o inadempibile;⁸⁷ infine, l'impossibilità di costituire il tribunale arbitrale per colpa del convenuto del procedimento arbitrale.⁸⁸

80 Art. 59 cpv. 1.

81 Art. 59 cpv. 2.

82 Art. 59 cpv. 2 lit. a.

83 M cfr. 5.3.2 ad art. 57 D p. 6647.

84 «Regiudicata», art. 59 cpv. 2 lit. e.

85 M cfr. 5.3.2 ad art. 58 D.

86 Art. 61 lit. a.

87 Art. 61 lit. b. Le modifiche testuali hanno carattere redazionale, CS Wicki, BU CS 2007 p. 508.

88 Art. 61 lit. c.

§ 6 Litispendenza ed effetti del ritiro dell'azione

I. Creazione della litispendenza

Intrapreso uno dei passi enunciati all'art. 62 cpv. 1,⁸⁹ la litispendenza permane anche se l'azione è stata proposta nel luogo o nella procedura sbagliati. La litispendenza viene, per così dire, perpetuata per un termine di grazia⁹⁰ di un mese, entro il quale la parte in fallo ha la possibilità di riproporre l'azione nel modo o nel luogo corretti.⁹¹

II. Effetti

L'art. 64 descrive gli effetti della litispendenza. Utilizza a tal fine, ancora una volta, un catalogo di carattere meramente esemplificativo. Esprime poi il noto concetto della *perpetuatio fori* in termini poco felici;⁹² meglio sarebbe stato precisare che successive modifiche nella competenza territoriale non sono più tenute in considerazione una volta creata la litispendenza. Il Parlamento ha ritenuto opportuno aggiungere che la pendenza della causa ai sensi del CPC garantisce l'osservanza dei termini di diritto privato, quando questi dipendono dal momento dell'inoltro della causa.⁹³

III. Ritiro dell'azione

Rifacendosi alla maggior parte delle procedure cantonali attualmente vigenti,⁹⁴ l'art. 65, dedicato agli effetti del ritiro dell'azione, stabilisce che quando il giudice ha già notificato la petizione al convenuto, il ritiro della stessa comporta la perdita definitiva della pretesa, a meno che la parte convenuta non abbia acconsentito al ritiro dell'azione: senza l'accordo di controparte, dunque, non vi è *absolutio ab instantia*, bensì giudizio con crescita in giudicato.⁹⁵

89 La formulazione è ripresa dalla DTF 118 II 479 consid. 3, v. M cfr. 5.4 ad art. 60 D nota 99.

90 Termine «suppletorio» secondo la terminologia del M cfr. 5.4 ad art. 61 D.

91 Art. 63 cpv. 1 e 2; sono esclusi gli speciali termini d'azione della LEF, cpv. 3, ai quali sembrano doversi applicare termini di grazia di durata equivalente al termine originale. Un dovere del giudice di trasmettere d'ufficio la causa all'autorità competente è stato volutamente escluso, CommCS 8/9 gennaio 2007 p. 37.

92 Art. 64 cpv. 1 lit. b.

93 Art. 64 cpv. 2; BU CN 2008 p. 648.

94 M cfr. 5.4 ad art. 63 D.

95 Il M cfr. 5.4 ad art. 63 D parifica il caso del ritiro dell'azione con l'accordo della parte convenuta alla situazione trattata all'art. 63 del testo di legge. In quest'ultimo caso, tuttavia, l'azione erroneamente introdotta non viene propriamente ritirata, bensì piuttosto trasferita al giudice competente.

§ 7 Parti e terzi

I. Capacità di parte e capacità processuale

Due norme, gli artt. 66 e 67, che ripropongono l'acquis procedurale svizzero: ha sempre capacità di essere parte, ovvero di stare in giudizio, la persona maggiorenne e non privata dei diritti civili e chiunque altro legittimato dal diritto federale.⁹⁶ Ha capacità processuale, dunque può agire personalmente in sede giudiziaria,⁹⁷ chi ha l'esercizio dei diritti civili;⁹⁸ limitatamente ai diritti inerenti alla propria personalità⁹⁹ ed agli atti urgenti,¹⁰⁰ può agire personalmente anche chi non gode dell'esercizio dei diritti civili – ad esempio è minorenne – ma è capace di discernimento.¹⁰¹ Altrimenti, agisce per mezzo del proprio rappresentante legale.¹⁰²

II. Rappresentanza delle parti

1. Rappresentanza contrattuale

Chiunque abbia il diritto di agire personalmente in sede giudiziaria ha anche il diritto di designare e mandare contrattualmente un rappresentante.¹⁰³ Se non agisce a titolo professionale, il rappresentante non deve essere necessariamente un avvocato.¹⁰⁴ Altrimenti, questi deve essere un professionista abilitato in virtù della Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati, dunque anche un avvocato estero.¹⁰⁵ La norma che definisce i rappresentanti professionali autorizzati avanti alle autorità giudiziarie cantonali tocca evidentemente gli interessi di importanti categorie professionali; non poteva dunque non fare l'oggetto di confronto in Parlamento. Così, rispetto alla soluzione relativamente restrittiva del CF che autorizzava, oltre ovviamente agli avvocati, gli agenti d'affari¹⁰⁶ a beneficio di una patente cantonale e i rappresentanti professionali ai sensi dell'art. 27 LEF¹⁰⁷ (ma unicamente per le procedure sommarie LEF giusta l'art. 251) il CS

96 Art. 66. Esempi in M cfr. 5.5.1 ad art. 64 D; v. anche LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, *Les parties et les actes des parties; le défaut; la notification et les délais*, in: Suzana Lukic (ed.), *Le Projet de Code de procédure civile fédérale*, Lausanne 2008, p. 73–158, cfr. II.A.2.b p. 77 seg.

97 Ciò comprende la facoltà di designare autonomamente un proprio patrocinatore, M cfr. 5.5.1 ad art. 65 D; v. anche art. 68 cpv. 1.

98 Art. 67 cpv. 1.

99 Art. 19 cpv. 2 CC.

100 Questo punto è ripreso dalle procedure cantonali attuali, M cfr. 5.5.1 ad art. 65 D.

101 Art. 67 cpv. 3.

102 Art. 67 cpv. 2.

103 Art. 68 cpv. 1.

104 M cfr. 5.5.2 ad art. 66 D p. 6650; un amico, il datore di lavoro per il proprio apprendista, ma anche un'associazione o una fondazione, CommCS 8/9 gennaio 2007 p. 41.

105 Art. 68 cpv. 2 lit. a; v. artt. 3 cpv. 2, 4, 21 sgg. LLCA (RS 935.61).

106 Secondo la legge: commissari e agenti giuridici patentati.

107 Art. 66 cpv. 2 D.

ha esteso la facoltà di rappresentanza degli agenti d'affari alle procedure avanti l'autorità di conciliazione e alle cause patrimoniali in procedura semplificata;¹⁰⁸ il CN, dal canto suo, ha ulteriormente allargato il campo d'attività degli agenti giuridici patentati eliminando il riferimento all'art. 251 e ammettendoli così a tutte le cause in procedura sommaria se lo prevede il diritto cantonale.¹⁰⁹ Ciò non vale, come detto, con riferimento al campo d'attività dei rappresentanti professionali a tenore dell'art. 27 LEF.¹¹⁰ Il CN ha aggiunto alla lista i rappresentanti appositamente qualificati per le procedure avanti al giudice della locazione e del lavoro.¹¹¹

La designazione di un mandatario non impedisce al giudice di ordinare la comparizione personale della parte.¹¹²

2. *Parte incapace*

L'art. 69 espone come deve procedere il giudice confrontato con una parte incapace di condurre la propria causa. A tenore di legge, egli ha la facoltà di ingiungerle di far capo ad un mandatario; se la parte non vi dà seguito, il giudice deve nominarle un legale d'ufficio. Parrebbe dunque che il margine di apprezzamento del giudice sia limitato alla questione della capacità della parte di condurre la propria causa.¹¹³ La formula potestativa lascia tuttavia aperta al giudice la possibilità di rinunciare a chiedere alla parte che si munisca di un legale sebbene essa si sia dimostrata incapace di condurre adeguatamente la propria causa: una tale rinuncia sarebbe giustificata, ad esempio, qualora le possibilità di successo siano comunque manifestamente nulle, qualsiasi sia la linea d'azione della parte in questione. In ogni caso, una volta che il giudice ha constatato l'incapacità della parte di condurre adeguatamente la propria causa e l'ha invitata a munirsi di un legale, sussiste per lui l'obbligo di assegnargliene semmai uno d'ufficio.

III. **Litisconsorzio**

Se più persone sono parti di un rapporto giuridico sul quale può essere deciso in un solo modo con effetto per tutte, queste devono agire rispettivamente essere convenute congiuntamente. Si parla allora di litisconsorzio necessario.¹¹⁴ Coerentemente, gli atti (tempestivi) di ogni litisconsorte vincolano gli altri, salvo

108 Art. 68 cpv. 2 lit. b.

109 BU CN 2008 p. 649.

110 Art. 68 cpv. 2 lit. c.

111 Art. 251 cpv. 2 lit. d; BU CN 2008 p. 649.

112 Art. 68 cpv. 4.

113 Così anche M cfr. 5.5.2 ad art. 67 D.

114 Art. 70 cpv. 1. Il diritto materiale federale definisce i casi in cui il litisconsorzio è necessario, M cfr. 5.5.3 ad art. 68 D p. 6651; JACQUEMOUD-ROSSARI (nota 96) cfr. II.C.2.b p. 87 seg.

per l'impugnazione di decisioni.¹¹⁵ Se, invece, più persone hanno obblighi rispettivamente vantano diritti fondati su fatti o cause giuridiche simili, allora esse possono agire rispettivamente essere convenute congiuntamente, a condizione che tutte le cause sottostiano al medesimo genere di procedura.¹¹⁶ Si parla allora di litisconsorzio facoltativo.¹¹⁷ Coerentemente, ogni litisconsorte gestisce autonomamente la propria causa,¹¹⁸ sebbene la formulazione potestativa di questo capoverso lasci intendere che un agire comune sia pure possibile.¹¹⁹ Per qualsiasi genere di consorzio, le notifiche sono effettuate ad ogni singolo litisconsorte, a meno che un rappresentante comune non sia designato.¹²⁰

IV. Intervento principale e intervento adesivo

Possono verificarsi situazioni in cui un terzo abbia interesse ad intervenire in un processo già pendente fra altre parti. Il suo intervento sarà principale se egli si avvale di un «diritto preclusivo» (parzialmente o totalmente) rispetto a quello di entrambe le parti del processo,¹²¹ adesivo invece, se l'interesse dell'interveniente consiste nel sostenere una delle parti del processo già pendente.¹²² Differenti sono pertanto le condizioni e le conseguenze di un intervento: quello principale non richiede l'autorizzazione di nessuno, tutt'al più il giudice competente per il processo già in corso può (non deve) sospendere la procedura ed attendere l'esito dell'altro procedimento,¹²³ oppure riunire i due procedimenti.¹²⁴ L'interveniente adesivo, invece, si inserisce nel processo già pendente e può influire sul suo svolgimento;¹²⁵ deve farne pertanto motivata istanza al giudice,¹²⁶ che decide.¹²⁷ L'interveniente adesivo può, come detto, partecipare alla conduzione del procedimento, esattamente come può farlo la parte da lui sostenuta; dunque, le sue possibilità pratiche di agire dipendono dal momento dell'intervento, rispettivamente dalla fase in cui si trova il processo;¹²⁸ in nessun caso può però agire in contrasto con la parte principale, poiché allora i suoi atti sarebbero senza

115 Art. 70 cpv. 2.

116 Art. 71 cpv. 2.

117 Art. 71 cpv. 1.

118 Art. 71 cpv. 3.

119 In questo senso, il litisconsorzio facoltativo si avvicina alla «class action» del diritto anglosassone; per i segni distintivi v. M cfr. 5.5.3 ad art. 69 D. Il giudice può anche congiungere e disgiungere le cause, art. 125 litt. c e b, JACQUEMOUD-ROSSARI (nota 96) cfr. II.C.3.a p. 90 seg.

120 Art. 72.

121 Art. 73 cpv. 1.

122 Art. 74.

123 Segnatamente la crescita in giudicato della decisione relativa all'azione dell'interveniente, art. 126 cpv. 1, M cfr. 5.5.4 ad art. 71 D p. 6653.

124 Art. 73 cpv. 2.

125 Art. 76 cpv. 1.

126 Artt. 74 ultima frase e 75 cpv. 1.

127 Art. 75 cpv. 2.

128 Art. 76 cpv. 1.

influsso alcuno.¹²⁹ Conseguenza logica dell'intervento adesivo è che gli effetti del processo vanno di regola anche a carico dell'interveniente;¹³⁰ eccezione sussiste qualora l'interveniente sia intervenuto in uno stadio del processo tale per cui gli fosse ormai precluso proporre mezzi d'azione o di difesa;¹³¹ se atti o omissioni della parte principale gli abbiano parimenti precluso mezzi d'azione o di difesa;¹³² infine, se la parte principale abbia omissso di proporre mezzi d'azione di cui l'interveniente non era a conoscenza.¹³³

V. Denuncia della lite e azione di chiamata in causa

1. *Semplice denuncia della lite*

La denuncia di lite è l'istituto giuridico speculare dell'intervento adesivo. Esso permette ad una parte già attiva in un processo di coinvolgervi un terzo, nei confronti del quale – nel caso di propria soccombenza nel processo principale – intenda rivalersi rispettivamente del quale tema una rivalsa.¹³⁴ La denuncia di lite è implicitamente accompagnata dall'ingiunzione al terzo di assistere la parte denunciante.¹³⁵ Il terzo può intervenire a sostegno della parte denunciante;¹³⁶ a differenza dell'interveniente adesivo, può tuttavia subentrare alla parte denunciante – con il suo consenso – nella conduzione della lite.¹³⁷ Altra differenza rispetto all'intervento adesivo, in cui è il terzo a farsi parte attiva, per la denuncia di lite va regolamentata anche la situazione in cui il terzo non reagisca in alcun modo alla denuncia:¹³⁸ la legge stabilisce che il processo principale continua comunque,¹³⁹ e che le conseguenze della denuncia di lite sono, specularmente, quelle già viste all'art. 77.¹⁴⁰ Ciò significa in particolare che il terzo denunciato che omette di attivarsi in favore della parte che gli ha denunciato la lite

129 Art. 76 cpv. 2. Ciò mette in evidenza la posizione dipendente dell'interveniente adesivo, il quale – a differenza di quanto vale per l'interveniente principale – non può ovviamente disporre dell'oggetto litigioso, M cfr. 5.5.4 ad art. 74 D.

130 Art. 77 prima frase. Il M, cfr. 5.5.4 ad art. 75 D p. 6654, parla di estensione dell'effetto di cosa giudicata; critica JACQUEMOUD-ROSSARI (nota 96) cfr. III.A.3.c p. 98 seg. A fronte di un diritto cantonale silente, il legislatore si è ispirato alla dottrina e alla giurisprudenza sviluppate in merito all'art. 193 CO, M ibid.

131 Art. 77 lit. a.

132 Art. 77 lit. a.

133 Art. 77 lit. b.

134 Art. 78 cpv. 1 prima frase.

135 Art. 78 cpv. 1 seconda frase.

136 Art. 79 cpv. 1 lit. a.

137 Art. 79 cpv. 1 lit. b. In tal modo, diventa parte principale che difende un diritto altrui («Prozessstandschaft»), v. M cfr. 5.5.5 ad art. 77 D p. 6654 seg.

138 Secondo il M, cfr. 5.5.5 ad art. 77 D p. 6655, un obbligo di sostenere la parte principale può scaturire dal diritto materiale, segnatamente dal principio della buona fede. L'ipotesi suscita qualche perplessità; comunque, mal si vede come sarebbe possibile obbligare il terzo, se non tramite un'azione di chiamata in causa.

139 Art. 79 cpv. 2.

140 Art. 80.

rinuncia automaticamente alle eccezioni che gli permetterebbero di evitare che gli effetti (negativi) del processo principale possano estendersi alla sua persona.¹⁴¹ Visto l'art. 81 cpv. 3 e contrario va ammesso che la denuncia di lite è proponibile in qualsiasi genere di procedura; e vista la connessione fra denuncia di lite ed intervento adesivo, va parimenti ammesso che anche quest'ultimo sia proponibile in qualsiasi genere di procedura.

2. *Azione di chiamata in causa*

L'azione di chiamata in causa, sinora conosciuta unicamente nei Cantoni di Ginevra, Vaud e Vallese,¹⁴² è una versione più incisiva della denuncia di lite.¹⁴³ La parte che denuncia la lite può far valere avanti al giudice adito con l'azione principale tutte le pretese che ritiene di avere contro il terzo chiamato in causa.¹⁴⁴ Il Parlamento ha riformulato l'art. 79 cpv. 1 D, affermando di non averne modificato sostanzialmente il contenuto.¹⁴⁵ In realtà, il legislatore ha constatato che le condizioni esposte alle litt. a–d dell'art. 79 cp. 1 D erano in parte superflue, in parte ingiustificatamente restrittive. Le condizioni si orientano ora verso quelle della semplice denuncia di lite:¹⁴⁶ vengono lasciate cadere l'esigenza di un nesso più stretto con l'azione principale, bastando a tal fine la pretesa di regresso medesima, e l'esigenza di un'identica competenza per materia del giudice. Per il genere di procedura si considera intrinseco all'istituto che anche la pretesa di regresso sia giudicata secondo la procedura applicabile alla pretesa principale, senza riguardo al genere di procedura originariamente applicabile alla pretesa di regresso.¹⁴⁷ L'introduzione di una terza parte modifica l'essenza del processo, che si apre ormai su tre fronti, con due azioni condotte non «a cascata», bensì in parallelo, con ad esempio parallela assunzione delle prove.¹⁴⁸ Dunque, il processo si complica notevolmente. Ciò ha due conseguenze: la parte che intende avvalersi di questa facoltà deve farne tempestiva¹⁴⁹ e motivata¹⁵⁰ istanza al giudice del processo principale, che a sua volta decide dopo aver sentito gli altri interessati.¹⁵¹ In altri termini, la decisione sull'ammissibilità dell'azione di chiamata in causa fa oggetto di una procedura incidentale;

141 Art. 77 prima frase.

142 M cfr. 5.5.5 p. 6654.

143 JACQUEMOUD-ROSSARI (nota 96) cfr. III.C.3.d p. 107.

144 Art. 81 cpv. 1.

145 CS Wicki e CF Blocher, BU CS 2007 p. 509.

146 Art. 78 cpv. 1.

147 CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 5.

148 In questo senso M cfr. 5.5.5 ad artt. 79 seg. D p. 6655.

149 Al più tardi in risposta o replica, art. 82 cpv. 1 prima frase.

150 Art. 82 cpv. 1 seconda frase. Il CS ha proposto una formulazione più semplice, che fa riferimento al ruolo di parte che propone l'azione di chiamata in causa; che costei sia anche la parte che denuncia la lite, emerge già dall'art. 81 cpv. 1. La modifica non ha conseguenze sostanziali, CS Wicki, BU CS 2007 p. 509.

151 Art. 82 cpv. 2.

solo dopo conclusione di questa, il giudice determinerà i termini temporali e l'estensione dello scambio di allegati.¹⁵² Verosimilmente a ragione della sua complicatezza, l'azione di chiamata in causa è improponibile in procedura semplificata o sommaria.¹⁵³ Per la stessa ragione, il terzo denunciato non può chiamare in causa a sua volta un ulteriore terzo. Succede allora che quest'ulteriore pretesa di rivalsa, seppur connessa, dovrà essere proposta avanti ad un foro differente. Sussisterà comunque la possibilità di rimessione al giudice principale in applicazione dell'art. 127, tuttavia con gestione separata degli incarti.¹⁵⁴

3. *Autorizzazione giudiziale*

Come l'intervento adesivo, anche l'azione di chiamata in causa dipende da un'autorizzazione del giudice del processo principale. Quest'ultima è una tipica decisione con la quale egli dirige il processo, una «disposizione ordinatoria»,¹⁵⁵ pertanto impugnabile mediante reclamo.¹⁵⁶

VI. *Sostituzione di parte*

Quello della sostituzione di una parte pendente lite è un altro tema passibile di soluzioni disparate. Il CPC opta per la possibilità, non l'obbligo, dell'acquirente di subentrare all'alienante nel processo vertente intorno all'oggetto litigioso.¹⁵⁷ Ciò appare ragionevole, poiché all'acquirente va lasciata la libertà di non riprendere un processo che non ha gestito fino a quel momento e che potrebbe essere stato condotto in modo discutibile. L'alienante può peraltro continuare a gestire la causa come sostituto processuale dell'acquirente. In tal caso, controparte può adeguare le proprie conclusioni originarie, divenute ormai di fatto ineseguibili.¹⁵⁸ L'acquirente deve solo andare d'accordo con la parte originale, alienante; non necessita dell'accordo di altri, nemmeno del giudice.¹⁵⁹ L'accordo della controparte al processo è invece necessario per la sostituzione di parte in casi che non siano quelli dell'alienazione dell'oggetto litigioso, salvo ove la legge abbia previsto altrimenti.¹⁶⁰ La legge regola le conseguenze relative alle spese.¹⁶¹

¹⁵² M cfr. 5.5.5 ad art. 80 D.

¹⁵³ Art. 81 cpv. 3.

¹⁵⁴ Art. 81 cpv. 2; M cfr. 5.5.5 ad art. 79 D p. 6656.

¹⁵⁵ Art. 124 cpv. 1 seconda frase.

¹⁵⁶ Art. 82 cpv. 4; per l'intervento adesivo, art. 75 cpv. 2 seconda frase. Due esempi di reclamo ammissibile senza condizione alcuna, art. 319 lit. b cfr. 1.

¹⁵⁷ Art. 83 cpv. 1.

¹⁵⁸ Ad esempio quella volta alla restituzione del dipinto, M cfr. 5.5.6.

¹⁵⁹ M cfr. 5.5.6.

¹⁶⁰ Art. 83 cpv. 4; v. ad esempio art. 131 cpv. 1 ed art. 260 LEF; altri esempi in M cfr. 5.5.6, che evoca anche la DTF 118 Ia 129; si lamenta qui la mancanza di un elenco anche solo esemplificativo, fornito in altri contesti meno utili.

¹⁶¹ Art. 83 cpv. 2 e 3.

§ 8 Azioni

I. Genere di azioni

In questo titolo del CPC vengono esposti i vari generi delle azioni a disposizione dell'utenza, non il rapporto fra le varie azioni ipotizzabili. In particolare, non viene affrontato il rapporto fra l'azione di accertamento ed una possibile azione condannatoria. Il ragionamento passa, come già avviene oggi, attraverso il concetto di interesse degno di protezione.¹⁶² La «azione di condanna a una prestazione»¹⁶³ è il modello d'azione fondamentale e comprende non solo la condanna del convenuto a fare, omettere o tollerare qualcosa, come potrebbe apparire dal testo del cpv. 1,¹⁶⁴ ma anche l'azione creditoria con valore determinato.¹⁶⁵ La «azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso»¹⁶⁶ permette all'attore di adire il giudice indicando un valore di causa minimo, allo scopo di determinare almeno l'autorità competente,¹⁶⁷ con l'obbligo tuttavia di precisare la pretesa non appena possibile, al più tardi dopo l'assunzione delle prove.¹⁶⁸ Cade sotto questo genere di azione quella detta «con domande successive»: una domanda, creditoria, con un valore di causa soltanto indicativo, accompagnata da una domanda di informazioni al convenuto.¹⁶⁹ La «azione parziale»,¹⁷⁰ da ben distinguersi da quella trattata all'articolo precedente, è nota.¹⁷¹ Note sono pure la «azione d'accertamento»¹⁷² e la «azione costitutiva».¹⁷³

II. Azione collettiva e cumulo di azioni

Una almeno parziale novità è costituita dalla «azione collettiva».¹⁷⁴ Essa si limita ora a codificare la giurisprudenza all'art. 28 CC, dopo che in sede di consultazione la sua prevista generalizzazione era stata criticata.¹⁷⁵ L'intendimento

¹⁶² Art. 59 cpv. 2 lit. a; interesse che va esplicitamente allegato, M cfr. 5.6 ad art. 86 D.

¹⁶³ Art. 84. Sul significato civilistico della condanna v. STEPHEN V. BERTI, *Zivilprozessrecht – gestern und morgen*, in: ZSR I 2008 p. 329–339, cfr. VI p. 334.

¹⁶⁴ Che pare la traduzione dal tedesco della «Klage auf Tun, Unterlassen oder Dulden».

¹⁶⁵ Art. 84 cpv. 2; sull'opportunità di questa collocazione dell'azione creditoria si può discutere.

¹⁶⁶ Art. 85.

¹⁶⁷ Art. 85 cpv. 1 seconda frase.

¹⁶⁸ Art. 85 cpv. 2 prima frase; quand'anche il valore di causa, a quel momento, superasse la competenza del giudice originariamente adito, questi rimane competente.

¹⁶⁹ La richiesta di informazioni a controparte può anche essere oggetto della sola procedura probatoria, M cfr. 5.6 ad art. 83 D p. 6658.

¹⁷⁰ Art. 86.

¹⁷¹ L'anticipo spese deve comunque essere commisurato alla prestazione intera, CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 509.

¹⁷² Art. 88.

¹⁷³ Art. 87.

¹⁷⁴ Art. 89.

¹⁷⁵ M cfr. 5.6 ad art. 87 D p. 6660.

del legislatore è di creare una particolare facoltà di rappresentanza delle organizzazioni menzionate¹⁷⁶ a favore di loro appartenenti, asseritamente lesi nella propria personalità.¹⁷⁷ Condizione è che tale scopo figuri negli statuti dell'organizzazione.¹⁷⁸ La formulazione divenuta legge pone in evidenza che solo l'interesse collettivo dell'intero gruppo di persone fa stato, non l'interesse di singoli appartenenti. Si noterà anche che la capacità di agire è data ormai anche alle organizzazioni che difendono interessi ideali e non solo economici.¹⁷⁹

Il «cumulo di azioni» è possibile, senza necessità di autorizzazione alcuna, a patto che il giudice sia per ogni azione competente per materia e debba adottare, per ognuna di esse, la medesima procedura.¹⁸⁰ È richiesta connessione se la competenza per territorio del giudice adito non sussiste per tutte le azioni: in tal caso, si applica l'art. 15 cpv. 2.¹⁸¹

§ 9 Determinazione del valore litigioso

La determinazione del «valore litigioso» – criterio indispensabile per la competenza per materia in cause di natura pecuniaria,¹⁸² per la determinazione del genere di procedura applicabile,¹⁸³ per l'eventuale gratuità e la riscossione di spese¹⁸⁴ e per la determinazione del rimedio di diritto proponibile¹⁸⁵ – ha fatto oggetto di regolamentazioni assai diverse nelle procedure civili cantonali. Il nuovo CPC fissa regole chiare. Di massima, fa stato la domanda principale senza accessori.¹⁸⁶ Se il litigio non verte su una determinata somma di denaro, le parti possono accordarsi sul valore da attribuire all'oggetto del litigio, sotto riserva di apprezzamento da parte del giudice se le loro indicazioni sono manifestamente errate;¹⁸⁷ altrimenti, fa stato il valore oggettivo, e se questo è diverso per le parti, l'ammontare più elevato.¹⁸⁸ Rendite e prestazioni periodiche sono

176 Art. 89 cpv. 1 initio.

177 Art. 89 cpv. 1 in fine. Il potere di rappresentanza è peraltro limitato a domande volte a far proibire, accertare o cessare la lesione, e non comprende la facoltà di far valere pretese pecuniarie degli appartenenti, M cfr. 5.6 ad art. 87 D p. 6661.

178 M cfr. 5.6 ad art. 87 D p. 6660 seg.

179 CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 510; M cfr. 5.6 ad art. 87 D p. 6660 seg.

180 Art. 90 lit. a e lit. b.

181 M cfr. 5.6 ad art. 88 D.

182 Art. 4 cpv. 2.

183 Art. 243 cpv. 1.

184 Art. 114 lit. c.

185 Art. 308 cpv. 2.

186 Art. 91 cpv. 1.

187 Art. 91 cpv. 2.

188 M cfr. 5.7 ad art. 89 D.

considerate al valore del capitale che rappresentano.¹⁸⁹ Se la loro durata è incerta, si considera l'importo annuo moltiplicato per venti.¹⁹⁰

Le rispettive pretese vanno sommate in caso di litisconsorzio facoltativo e cumulo di azioni;¹⁹¹ tuttavia, in caso di litisconsorzio facoltativo l'addizione del valore delle singole pretese non ha influsso sul genere di procedura applicabile,¹⁹² che resta quella applicabile obbligatoriamente a tutte le pretese prese singolarmente.¹⁹³ Qualora alla domanda principale il convenuto opponga una domanda riconvenzionale, per la determinazione della competenza per materia fa stato la più elevata delle due pretese,¹⁹⁴ mentre per il calcolo delle spese, i valori vanno sommati, a meno che le pretese non si escludano vicendevolmente.¹⁹⁵

§ 10 Spese giudiziarie

I. Spese giudiziarie

1. Definizioni

Il capitolo sulle spese giudiziarie si apre con una benvenuta uniformazione delle definizioni.¹⁹⁶ Salvo eccezioni,¹⁹⁷ le spese giudiziarie sono ormai fissate sotto forma di importi forfettari.¹⁹⁸ Compare, fra le ripetibili,¹⁹⁹ una «indennità d'inconvenienza» per la parte non assistita;²⁰⁰ propiziata dalla giurisprudenza,²⁰¹ destinata principalmente a compensare la perdita di guadagno di chi decide di condurre personalmente la propria causa,²⁰² trova in italiano tuttavia un'espressione semplicemente errata.²⁰³

189 Art. 92 cpv. 1.

190 Art. 92 cpv. 2. L'importo capitalizzato è sempre – non solo di regola, come prevedeva il Disegno del CF (art. 90 cpv. 2 D) – quello annuo, BU CN 2008 p. 651; il testo è stato adeguato alla LTF, art. 51 cpv. 4, CommCN 13/14 settembre 2007 p. 26 seg.

191 Art. 93 cpv. 1.

192 Art. 93 cpv. 2.

193 Art. 71 cpv. 2.

194 Art. 94 cpv. 1.

195 Art. 94 cpv. 2.

196 Art. 95.

197 Art. 95 cpv. 2 litt. c–e.

198 M cfr. 5.8.1 ad art. 93 D.

199 Che comprendono, come oggi, le spese vive necessarie e quelle di patrocinio, art. 95 cpv. 3 litt. a–b.

200 Art. 95 cpv. 3 lit. c.

201 DTF 113 Ib 353 consid. 6b; 110 V 72 consid. 7 e 132 consid. 4; sentenza del Tribunale federale 5C.271/2005 del 23 marzo 2006 in FamPra.ch 2006 p. 722.

202 M cfr. 5.8.1 ad art. 93 D p. 6664 seg.

203 Si sarebbe dovuto dire semmai «indennità per inconvenienti»; l'inconvenienza è l'atto inadeguato, inappropriato.

2. *Anticipazione delle spese*

Il giudice può, come usuale, chiedere all'attore l'anticipazione delle spese,²⁰⁴ mentre la parte convenuta può chiedere a determinate condizioni²⁰⁵ la prestazione di una cauzione a garanzia delle ripetibili. Più restrittiva è la regola in caso di litisconsorzio necessario,²⁰⁶ mentre una cauzione per ripetibili è esclusa in determinate procedure.²⁰⁷ Il versamento di anticipo rispettivamente cauzione è un presupposto processuale,²⁰⁸ la cui omissione ha come conseguenza l'inammissibilità dell'azione.²⁰⁹ Altra cosa è l'anticipazione delle spese per l'ammissione delle prove, che può essere richiesta ad entrambe le parti,²¹⁰ con facoltà di ognuna di esse di supplire al mancato versamento di controparte²¹¹ – caso che può verificarsi se l'assunzione della prova è (anche) nel proprio interesse. Il mancato versamento dell'anticipo fa decadere l'assunzione della prova in questione,²¹² salvo nelle controversie rette dal principio inquisitorio ai sensi dell'art. 55 cpv. 2.²¹³

3. *Tariffe*

Se la nuova legge uniforma definizioni e regole relative alle spese giudiziarie, essa lascia per contro ai Cantoni il compito di quantificarle. Ovvero: le regole sono ormai di diritto federale, ma le tariffe che fissano astrattamente i parametri – in ragione del valore litigioso e di altri fattori – restano di competenza del legislatore cantonale.²¹⁴

204 Art. 98. Il giudice può rinunciare per motivi di equità. Diversamente da quanto vale per la cauzione, art. 100, l'anticipo delle spese è dovuto in contanti, M cfr. 5.8.1 ad art. 96 D; CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 511 e 512.

205 Art. 99 cpv. 1. Le condizioni corrispondono a quelle oggi richieste dalle procedure cantonali, M cfr. 5.8.1 ad art. 97 D p. 6665; si nota, a copertura di eventualità non previste, la clausola generale del cpv. 1 lit. d.

206 Art. 99 cpv. 2. L'esigenza decade finché almeno uno dei litisconsorti è solvibile e domiciliato in Svizzera, M cfr. 5.8.1 ad art. 97 D p. 6666.

207 Art. 99 cpv. 3.

208 Art. 59 cpv. 2 lit. f.

209 Art. 101 cpv. 3. Tuttavia, prima della prestazione della cauzione – l'anticipo delle spese non è menzionato – possono essere presi provvedimenti cautelari, art. 101 cpv. 2; M cfr. 5.8.1 ad art. 99 D.

210 Art. 102 cpv. 1. Di massima, l'anticipo è chiesto a chi propone la prova, per prove su richiesta comune delle parti, in ragione di metà ciascuna, cpv. 2.

211 Art. 102 cpv. 3.

212 Così parrebbe ovvio, anche se il testo di legge italiano e francese parla, al plurale, delle prove, art. 102 cpv. 3 seconda frase.

213 Art. 102 cpv. 3 ultima frase. Secondo il M, cfr. 5.8.1 ad art. 100 D p. 6667, la riserva vale unicamente per quelle procedure rette dal principio inquisitorio classico o completo, segnatamente per gli affari riguardanti i figli, non invece per le procedure rette dal principio inquisitorio attenuato (divorzio, procedura semplificata ecc.).

214 Art. 96.

4. *Informazione delle parti*

Il CPC fa carico al giudice di informare preventivamente le parti sull'importo presumibile delle spese e sul gratuito patrocinio.²¹⁵ Il Parlamento²¹⁶ ha molto opportunamente tolto l'ambiguità del testo del Disegno precisando che l'obbligo vale unicamente per la parte non assistita da avvocato;²¹⁷ resterà da vedere se il termine «avvocato» vada preso in senso stretto o se verrà inteso nell'accezione più ampia di «patrocinatore» ai sensi dell'art. 68, includendo dunque gli agenti d'affari patentati e simili. Ha inoltre stralciato la precisazione «ove necessario», destinata a sollevare infinite diatribe fra la parte disillusa e lo Stato. In conclusione, sussiste un obbligo generalizzato di informare d'ufficio le parti prive di patrocinatore.

II. **Ripartizione e liquidazione delle spese giudiziarie**²¹⁸

1. *Momento*

La regola è che le spese sono fissate e ripartite nella decisione finale.²¹⁹ Il giudice può far capo a questa regola anche se adito unicamente con un'istanza di misure cautelari;²²⁰ il che è logico, visto che tali misure rimangono in vigore unicamente se seguite tempestivamente dall'inoltro di un'azione nel merito.²²¹ Va posta in evidenza la possibilità per il giudice di decidere sulle spese già nella decisione incidentale,²²² definita come quella decisione che, se smentita dall'autorità superiore, potrà concludere direttamente la vertenza.²²³ Il giudice della procedura di ricorso può demandare la ripartizione (ma non la fissazione) delle proprie spese all'autorità inferiore, se rinvia a questa l'incanto per nuova decisione.²²⁴ Ciò sembra lasciar intendere che anche le spese dell'istanza superiore dovranno essere ripartite secondo la soccombenza nel merito.²²⁵

²¹⁵ Art. 97.

²¹⁶ BU CN 2008 p. 651.

²¹⁷ Già il M, cfr. 5.8.1 ad art. 95 D, esprimeva questa opinione, senza che essa fosse tuttavia formulata nel testo di legge, CommCN 13/14 settembre 2007 p. 29 seg.

²¹⁸ Il titolo definitivo mantiene l'espressione «liquidazione» delle spese, benché in francese il CN (BU CN 2008 p. 652) lo abbia modificato in «règlement».

²¹⁹ Art. 104 cpv. 1.

²²⁰ Art. 104 cpv. 3.

²²¹ Art. 263. Le misure cautelari sono definite all'art. 262.

²²² Art. 104 cpv. 2.

²²³ Art. 237 cpv. 1.

²²⁴ Art. 104 cpv. 4.

²²⁵ M cfr. 5.8.2 ad art. 102 D p. 6667.

2. *Tariffe cantonali*

La regola relativa alla fissazione delle spese giudiziarie è apparentemente semplice. Ovviamente, le spese processuali sono fissate e ripartite d'ufficio;²²⁶ il rinvio alle tariffe cantonali con riferimento alle sole ripetibili²²⁷ è tuttavia troppo restrittivo, dovendosi fare capo alle tariffe anche per la tassa di giustizia.²²⁸ Nonostante l'ambiguo testo di legge, in particolare il tenore della prima frase dell'art. 105 cpv. 2, ripetibili vanno riconosciute unicamente in presenza di corrispondente istanza.²²⁹

3. *Principi di ripartizione*

I principi di ripartizione delle spese sono quelli ben noti. Si noterà, tuttavia, che la solidarietà fra più parti debentrici delle spese non è presunta, ma deve essere espressamente statuita dal giudice.²³⁰ Rimane la possibilità di ripartire le spese secondo equità, come già oggi prassi in alcune materie e secondo alcuni codici di procedura cantonali.²³¹ Gli altri casi di possibile ripartizione delle spese secondo equità²³² sono concretizzazioni della clausola generale della lettera f, come tali di valore esemplificativo. La causa «priva d'oggetto»²³³ va peraltro ben distinta dai casi di ritiro dell'azione rispettivamente di acquiescenza:²³⁴ restano allora essenzialmente i casi di scomparsa della parte o dell'oggetto litigioso. La possibilità di ripartizione delle spese secondo equità vale solo per il primo caso. La legge fa menzione a sé della possibilità di porre a carico del Cantone le spese non causate né da una parte né da terzi.²³⁵ Posto che non è discusso, qui, delle spese inutili, sempre a carico di chi le ha causate indipendentemente dall'esito del procedimento,²³⁶ resta, quale primo caso a cui si pensa, quello della decisione inferiore manifestamente errata; la formulazione più ampia adottata dal legislatore permette comunque di sussumere sotto questa norma altri casi.²³⁷

²²⁶ Art. 105 cpv. 1.

²²⁷ Art. 105 cpv. 2 prima frase.

²²⁸ Art. 96.

²²⁹ M cfr. 5.8.2 ad art. 103 D p. 6667.

²³⁰ Art. 106 cpv. 3; fa eccezione il litisconsorzio necessario, per il quale vale sempre la solidarietà, M cfr. 5.8.1 ad art. 98 D p. 6666.

²³¹ Art. 107 cpv. 1 lit. c e d. Buona parte delle norme corrispondenti disseminate nel diritto federale possono essere abrogate, M cfr. 5.8.2 ad art. 105 D p. 6669.

²³² Art. 107 cpv. 1 litt. a, b ed e.

²³³ Art. 107 cpv. 1 lit. e.

²³⁴ Art. 106 cpv. 1.

²³⁵ Art. 107 cpv. 2.

²³⁶ Art. 108.

²³⁷ Secondo il M, cfr. 5.8.2 ad art. 105 D p. 6670, considerazioni di mera equità sono sufficienti.

4. *Transazione giudiziaria*

Il nuovo Codice propone poi una regola per la ripartizione delle spese in caso di transazione giudiziaria – quella extragiudiziaria porta semplicemente all’acquiescenza rispettivamente al ritiro dell’azione e comporta le conseguenze previste all’art. 106 cpv. 1. La legge eleva a regola il compromesso raggiunto dalle parti nella convenzione stessa;²³⁸ qualora la convenzione fosse silente, il giudice è chiamato a procedere secondo i già discussi art. 106–108.²³⁹ Il CS ha esteso l’applicazione degli artt. 106–108 al caso in cui la transazione giudiziaria preveda una soluzione che sfavorisca unilateralmente la parte che era stata posta al beneficio del gratuito patrocinio; in tal caso, infatti, è da temere che la parte al beneficio del gratuito patrocinio non opporrebbe resistenza alla soluzione per lei iniqua, posto che non sarebbe in gioco il suo interesse finanziario diretto.²⁴⁰ Il rinvio agli artt. 106–108 è probabilmente inteso per i casi nei quali le parti si accordano sul merito, ma lasciano al giudice il compito di statuire sulle spese. Non pare che il nuovo Codice consideri anche quest’ultima costellazione quale causa divenuta priva d’oggetto;²⁴¹ se così fosse, avrebbe potuto esprimerlo senza giri di parole. Verosimilmente, il giudice deve allora cercare una parte ipoteticamente vincente rispettivamente soccombente²⁴² oppure applicare un’altra fra le eccezioni previste all’art. 107 cpv. 1. Se impugnata a titolo indipendente, la decisione in tema di spese soggiace al rimedio del reclamo;²⁴³ ciò significa, e contrario, che le spese impugunate con il giudizio di merito saranno discusse nel rimedio previsto per quest’ultimo.²⁴⁴

5. *Dilazione di pagamento e condono*

Gli artt. 111 e 112 sono dedicati a questioni amministrative.²⁴⁵ Vale la pena, a questo proposito, menzionare la possibilità per il giudice di concedere dilazioni di pagamento per o addirittura di condonare le spese processuali.²⁴⁶ Poiché la riserva delle disposizioni sull’assistenza giudiziaria gratuita appare altrove,²⁴⁷ parrebbe che la facoltà conferita al giudice dall’art. 112 cpv. 1 sussista anche in assenza di una formale concessione dell’assistenza giudiziaria.²⁴⁸ Ovvio che la

238 Art. 109 cpv. 1.

239 Art. 109 cpv. 2 lit. a.

240 Art. 109 cpv. 2 lit. b. CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 513.

241 Art. 107 cpv. 1 lit. e.

242 Art. 106 cpv. 1.

243 Art. 110.

244 M cfr. 5.8.2 ad art. 108 D.

245 Come già per il titolo del Capitolo (supra nota 218; v. BU CN 2008 p. 652), il Parlamento ha modificato il marginale dell’art. 111 – ma non in italiano.

246 Ai sensi dell’art. 95 cpv. 2, ovviamente non le ripetibili e affini di cui all’art. 95 cpv. 3.

247 Art. 111 cpv. 3.

248 Ci si chiede tuttavia cosa accada qualora quest’ultima sia stata formalmente rifiutata, ad esempio per manifesta assenza di possibilità di esito favorevole, art. 117 lit. b.

malafede o temerarietà processuali²⁴⁹ escludano ogni possibilità di dilazione o condono.

III. Normative speciali in materia di spese

Il Capitolo 3 del Titolo ottavo contiene alcune norme speciali sulle spese. Si tratta, essenzialmente, della lista di materie per le quali non vengono prelevate spese. Sono, queste, vertenze con un marcato sfondo sociale: parità dei sessi, disabilità, affitto e locazione, contratti di lavoro, partecipazione. I Cantoni hanno facoltà di prevedere ulteriori casi di esenzione²⁵⁰ ma non, ovviamente, di escludere quelli previsti dal diritto federale. La portata delle esenzioni è tuttavia differente, a seconda che si parli della fase di conciliazione oppure della procedura decisionale: tutte le materie citate sono esenti da spese in entrambe le fasi,²⁵¹ salvo la locazione, la cui omessa menzione all'art. 114 lascia intendere che spese sono accollate per la procedura decisionale.²⁵² In fase di conciliazione, poi, non sono dovute ripetibili, bensì soltanto l'indennità di gratuito patrocinio al legale.²⁵³ Quale sanzione contro la malafede e la temerarietà processuali, il legislatore ha previsto la possibilità di accollare spese processuali anche in procedure vertenti su materie di principio gratuite;²⁵⁴ ciò non vale tuttavia per le ripetibili.

§ 11 Gratuito patrocinio²⁵⁵

I. Beneficiari

In tema di gratuito patrocinio, il nuovo CPC propone una normativa prudentemente evoluta rispetto all'acquis delle norme cantonali attuali. Va messo in evidenza che il tenore letterale dell'art. 117, in special modo l'utilizzo del pronome «chiunque», è stato scelto in modo da non escludere di principio le persone giuridiche.²⁵⁶

249 Art. 115.

250 Art. 116 cpv. 1.

251 Art. 113 cpv. 2; art. 114.

252 M cfr. 5.8.3 ad art. 112 D. Il tentativo di esentare da spese processuali in materia di locazione è stato riproposto in Parlamento, ma non ha avuto esito favorevole, BU CN 2008 p. 942–943.

253 Art. 113 cpv. 1 seconda frase.

254 Art. 115.

255 Nel testo del Titolo ottavo e del Capitolo quarto, così come in tutti gli articoli di legge del Capitolo quarto, l'espressione «assistenza giudiziaria gratuita» è stata sostituita in Parlamento con «gratuito patrocinio».

256 CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 413. Il legislatore non ha tuttavia nascosto la propria reticenza riguardo alla concessione del gratuito patrocinio alle persone giuridiche, CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 6–9.

II. Patrocinatore d'ufficio

Ribaditi i requisiti dell'indigenza e della sufficiente probabilità di successo,²⁵⁷ il diritto ad un patrocinatore gratuito dipende sempre dalla sua necessità per un'efficace tutela della parte.²⁵⁸ Il CN²⁵⁹ ha precisato il concetto vago di necessità per la tutela dei diritti dell'interessato, aggiungendo il caso più frequente e manifesto: quello della controparte assistita professionalmente.²⁶⁰ Una novità consiste nel fatto che il patrocinatore d'ufficio può essere designato già prima dell'inoltro della causa,²⁶¹ allo scopo di preparare il processo.²⁶² Il concetto di preparazione del processo va letto in senso restrittivo: una generica valutazione delle prospettive d'azione non è sufficiente, ma deve esistere un nesso diretto fra la preparazione ed un passo processuale concreto preso in considerazione.²⁶³ Come fino ad oggi, il gratuito patrocinio non esonera dall'obbligo di pagare le ripetibili alla controparte vincente.²⁶⁴

III. Procedura

La relativa istanza – che, come visto,²⁶⁵ può essere presentata prima della litispendenza dell'azione²⁶⁶ – deve essere apparentemente più dettagliata e meglio motivata di quanto è richiesto oggi, presentando segnatamente non solo la situazione patrimoniale del postulante, bensì anche gli elementi che devono permettere al giudice di valutare le sue possibilità di successo, quali le prove che questi intende proporre.²⁶⁷ La procedura è sommaria ed è apparentemente ben distinta da quella di merito. A seconda delle circostanze, il giudice può rispettivamente deve sentire l'opponente.²⁶⁸

257 Art. 117 litt. a, b.

258 Art. 118 cpv. 1 lit. c prima frase.

259 BU CN 2008 p. 944.

260 Art. 118 cpv. 1 lit. c. Anche qui si parla di solo avvocato, ma verosimilmente si intende qualsiasi patrocinatore professionale ai sensi dell'art. 68 (v. supra § 10.I.4, testo dopo nota 217).

261 Art. 119 cpv. 1.

262 Art. 118 cpv. 1 lit. c seconda frase.

263 CommCS 8/9 gennaio 2007 p. 68.

264 Art. 118 cpv. 3.

265 Art. 119 cpv. 1.

266 Ad es. allo scopo di preparare una convenzione di divorzio, M cfr. 5.8.4 ad art. 116 D, non, invece, trattative in un normale processo creditorio, CommCS 8/9 gennaio 2007 p. 68; teoricamente ipotizzabile è allora anche un'istanza volta a farsi assistere per la redazione di una memoria difensiva giusta l'art. 270.

267 Art. 119 cpv. 2.

268 Art. 119 cpv. 3. In merito alla possibilità di parziale o integrale concessione del gratuito patrocinio v. art. 118 cpv. 2.

IV. Estensione temporale e revoca

La concessione del gratuito patrocinio vale, di regola, unicamente pro futuro, ovvero per gli atti processuali che seguono il deposito della relativa istanza; la possibile eccezione²⁶⁹ conferma la regola. La decisione del giudice adito vale unicamente per l'istanza corrente²⁷⁰ ed è esente da spese; eccezioni sono previste alle medesime condizioni elencate all'art. 115, per cui l'espressa menzione della malafede e della temerarietà processuali all'art. 119 cpv. 6 è di per sé superflua. È possibile la revoca del gratuito patrocinio concesso:²⁷¹ il termine «revoca» sembra sottintendere che anch'essa esplica i propri effetti unicamente pro futuro, e non retroattivamente. Si noterà, infine, che è proponibile il rimedio di diritto del reclamo, ma unicamente contro la decisione che rifiuta rispettivamente revoca il gratuito patrocinio;²⁷² da ciò si deve dedurre che, come oggi, l'opponente non è legittimato a contestarne la concessione. La spesso complessa situazione che può venirsi a creare quando la parte a beneficio del gratuito patrocinio soccombe, tanto nei confronti del Cantone che nei confronti della controparte, è regolata all'art. 122,²⁷³ ed il diritto del Cantone alla rifusione di quanto anticipato, all'art. 123. Il CN²⁷⁴ ha peraltro chiarito che l'autorità non ha solo la facoltà²⁷⁵ bensì l'obbligo di chiedere la rifusione di quanto prestato.²⁷⁶

§ 12 Direzione del processo

I. Competenza e finalità

La direzione del processo è nelle mani del tribunale,²⁷⁷ e per esso eventualmente di un solo membro della corte,²⁷⁸ in ossequio al principio di celerità che

269 Art. 119 cpv. 4.

270 Art. 119 cpv. 5 e contrario.

271 Art. 120.

272 Art. 121.

273 Diversamente da quanto avvenuto per la versione francese, in italiano il testo del marginale non è stato modificato rispetto all'art. 120 D.

274 CN BU 2008 p. 944.

275 Art. 121 cpv. 1 D, versione francese.

276 Art. 123 cpv. 1. È stato constatato che il testo francese non corrispondeva a quello tedesco, fedefacente, CommCN 25/26 ottobre 2007 p. 10 e p. 16. Secondo il M, cfr. 5.8.4 ad art. 118 D, l'obbligo di rifusione sussiste pure se si appalesa che il gratuito patrocinio era stato concesso per errore. Il testo di legge, tuttavia, non autorizza questa conclusione. L'autorità competente per la revoca è designata dal diritto cantonale, M cfr. 5.8.4 ad art. 121 D p. 6677.

277 Art. 124 cpv. 1 prima frase.

278 Art. 124 cpv. 2. Contrariamente al M, cfr. 5.9.1 ad art. 122 D, non si scorge nella possibilità di delega alcuna limitazione del principio di immediatezza: la partecipazione del giudice delegato lo salvaguarda. La possibilità di delega della conduzione del processo è formulata in modo impersonale, BU CN 2008 p. 944: non è, dunque, necessariamente il tribunale in corpore a dele-

informa ogni procedura giudiziaria.²⁷⁹ Questi può, a tal fine, semplificare il processo riducendone l'oggetto,²⁸⁰ rispettivamente raggruppando diversi processi,²⁸¹ infine sospendendo quello presso di lui pendente per motivi di opportunità,²⁸² in special modo quando si giustificasse attendere l'esito di un altro processo suscettibile di influenzarne lo svolgimento.²⁸³ Va da sé che il miglior modo di sveltire un procedimento consiste nel portare le parti a conciliarsi, da cui l'esplicita menzione della facoltà, per il giudice, di tentare una conciliazione in ogni momento;²⁸⁴ la formulazione scelta sottintende che il giudice può indire un'udienza a tal fine d'ufficio, e non solo su richiesta delle parti.

II. Rimessione della causa

Se il giudice è stato adito per secondo in una causa connessa con altre già pendenti, egli «può disporre la rimessione della causa» al collega preventivamente adito, con il consenso di quest'ultimo.²⁸⁵ Due annotazioni in proposito: il CPC, in primo luogo, non pone altre condizioni se non il consenso del primo giudice, sicché mal si vede quali obiezioni possano sollevare le parti nell'ambito del reclamo messo a loro disposizione;²⁸⁶ secondariamente, non è fatta menzione alcuna delle difficoltà che potrebbero porsi nel caso una connessione sussista fra cause portate avanti in procedura diversa – ad esempio una ordinaria e l'altra semplificata. È tuttavia lecito ritenere che debbano applicarsi le medesime restrizioni formulate a proposito del cumulo di azioni;²⁸⁷ devono allora sussistere la competenza per materia del giudice adito anche per la seconda causa, e l'applicabilità della medesima procedura.²⁸⁸

gare. La formula garantisce una totale libertà quanto a chi prenda la decisione di delega – ad esempio il presidente del tribunale o della corte. Durante i lavori commissionali, la proposta è stata presentata in francese come una semplificazione della procedura, ma è stata accolta alla stregua di un miglioramento redazionale, CommCN 25/26 ottobre 2007 p. 17. Come si evince dalle discussioni commissionali all'art. 155 del testo di legge (art. 152 D), è competenza dei Cantoni fissare regole in proposito nel quadro dell'organizzazione giudiziaria cantonale, v. infra § 15.1.6 e nota 359.

279 Art. 124 cpv. 1 seconda frase.

280 Art. 125 litt. a, b, d.

281 Art. 125 lit. c.

282 Art. 126 cpv. 1 prima frase.

283 Art. 126 cpv. 1 seconda frase.

284 Art. 124 cpv. 3.

285 Art. 127 cpv. 1.

286 Art. 127 cpv. 2. In Commissione si è fatto cenno al rallentamento della procedura ed alla perdita del foro, CommCS 8/9 gennaio 2007 p. 70.

287 Art. 90.

288 Viene recepito l'art. 36 cpv. 2 LForo (RS 272).

III. Malafede e temerarietà processuali

Malafede o temerarietà processuali comportano, oltre alle già menzionate specifiche conseguenze di costi,²⁸⁹ anche la possibilità della condanna ad una multa.²⁹⁰ Si noterà che la comminatoria si rivolge, a differenza di quanto succede per le spese, anche al patrocinatore.²⁹¹

IV. Reclamo

L'impugnativa del reclamo è sempre data contro la sospensione del processo;²⁹² contro il rifiuto della sospensione, per contro, soltanto qualora tale decisione comporti il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile.²⁹³ Lo stesso vale in caso di rimessione del processo.²⁹⁴ Ciò sembra voler sottolineare che le misure qui discusse sono da intendersi ad esclusiva discrezione del tribunale per una migliore gestione delle cause, e le parti non possono pretenderne l'applicazione. Il reclamo è invece dato contro la multa,²⁹⁵ in ragione del suo carattere disciplinare.

§ 13 Forma degli atti processuali

I. Lingua del procedimento

La lingua del procedimento è la lingua ufficiale del Cantone di sede del tribunale; se il Cantone ha più lingue ufficiali, esso dispone come procedere.²⁹⁶ La proposta di permettere la conduzione dei processi in una lingua non ufficiale²⁹⁷ non ha incontrato il favore del Parlamento ed è stata stralciata senza discussione.²⁹⁸

289 Art. 115 rispettivamente 119 cpv. 6.

290 Impugnabile mediante reclamo, art. 128 cpv. 4.

291 Art. 128 cpv. 3.

292 Art. 126 cpv. 2; v. art. 319 lit. b cfr. 1.

293 Art. 319 lit. b cfr. 2.

294 Art. 127 cpv. 2.

295 Art. 128 cpv. 4.

296 Art. 129.

297 Art. 127 cpv. 2 D, segnatamente l'inglese; critica già JACQUEMOUD-ROSSARI (nota 96), cfr. V. A.1 p. 118 seg.

298 BU CN 2008 p. 944. Anche in Commissione si era fatto cenno ai problemi legati all'esigenza di redigere una decisione in una lingua non nazionale, nonché alle norme costituzionali federali e cantonali sulla determinazione della lingua ufficiale, CommCN 25/26 ottobre 2007 p. 18.

II. Atti scritti delle parti

Gli atti scritti delle parti, ossia i loro allegati di causa, ma anche richieste informali o istanze formali, possono essere proposti in forma cartacea oppure elettronica.²⁹⁹ In quest'ultimo caso valgono le norme proposte per la prima volta a livello federale nella LTF.³⁰⁰ Il giudice può sempre richiedere la copia cartacea dell'atto.³⁰¹ Come finora, il numero delle copie degli atti inoltrati al giudice si determina secondo il numero delle parti; copie mancanti possono essere prodotte entro un termine supplementare.³⁰² Carenze formali³⁰³ o di espressione³⁰⁴ possono pure essere sanate entro un termine fissato dal giudice; va da sé che, come finora, tale termine non può essere utilizzato al fine di ovviare a carenze sostanziali dell'atto, distinzione non sempre chiara. Scritti dovuti a condotta processuale abusiva vengono senz'altro rinviati al mittente.³⁰⁵ Un tentativo di renderli inammissibili, e costringere dunque il tribunale ad aprire un incarto,³⁰⁶ è stato respinto facendo presente che la possibilità di inoltrare ricorso per ritardata giustizia basta per scongiurare abusi.³⁰⁷

III. Citazioni e notificazioni giudiziarie

Dopo la sezione dedicata agli atti delle parti, si passa agli atti emananti dal tribunale. Il nuovo CPC tratta in primo luogo le citazioni, di cui precisa il contenuto,³⁰⁸ i termini di notificazione³⁰⁹ e la possibilità di rinvio della comparizione per sufficienti motivi, ciò che può avvenire tanto d'ufficio che su richiesta.³¹⁰

Soggetti a notifica formale sono, oltre alle citazioni che vengono pleonasticamente ripetute nella sezione 4,³¹¹ le decisioni e gli atti scritti di controparte.³¹² Se la parte ha un rappresentante, la notificazione va a lui e – apparentemente – solo a lui.³¹³ La norma dedicata alla notificazione di atti scritti cartacei riassume la dottrina e la giurisprudenza attuali.³¹⁴ Si noterà comunque la facoltà del giu-

299 Art. 130 cpv. 1.

300 Art. 130 cpv. 2. V. art. 42 LTF.

301 Art. 130 cpv. 3.

302 Art. 131.

303 Art. 132 cpv. 1.

304 Art. 132 cpv. 2.

305 Art. 132 cpv. 3.

306 CN Reimann, BU CN 2008 p. 944–945.

307 CF Widmer-Schlumpf, BU CN 2008 p. 945.

308 Art. 133.

309 Minimo 10 giorni dalla data di spedizione, art. 134; M cfr. 5.9.2 ad art. 132 D.

310 Art. 135.

311 Art. 136 lit. a; v. già art. 134.

312 Art. 136 litt. b (ordinanze incluse) e c.

313 Art. 137; M cfr. 5.9.2 ad art. 135 D.

314 M cfr. 5.9.2 ad art. 136 D.

dice di ordinare la notificazione da effettuarsi personalmente al destinatario³¹⁵ e la possibilità per il giudice di autorizzare l'intimazione per posta ordinaria di atti che non siano né citazioni né decisioni.³¹⁶ Con il consenso del diretto interessato, ogni notificazione può essere effettuata per via elettronica.³¹⁷ Due annotazioni in proposito: sembrerebbe ovvio, in primo luogo, che ciò sia da intendersi con riferimento ad atti e documenti che sono stati trasmessi a loro volta al tribunale per via elettronica, senza obbligo di conversione di scritti cartacei a carico del tribunale. In secondo luogo, il termine «diretto interessato» indica il solo destinatario dell'invio, non il mittente: quest'ultimo, inviando per primo il documento al tribunale per via elettronica, ha implicitamente acconsentito a che i suoi documenti rispettivamente atti vengano fatti proseguire per la stessa via. La parte con domicilio o sede all'estero può – non deve – essere astretta a designare un recapito in Svizzera;³¹⁸ se non lo fa, la notificazione avviene per via edittale, ovvero tramite pubblicazione nel Foglio ufficiale cantonale o in quello svizzero di commercio, parificato al primo.³¹⁹ Allo stesso modo avvengono notificazioni a persone (sottinteso: domiciliate in Svizzera) delle quali non possa essere individuato un recapito «con debite, ragionevoli ricerche»;³²⁰ quest'espressione sta ad indicare che il tribunale non può accontentarsi di constatare che agli atti non risulta il recapito del destinatario, ma deve farsi parte attiva per stabilirlo. Tuttavia, a giudizio di chi scrive tale impegno non dovrà ragionevolmente andare oltre una raccolta di informazioni presso il comune di ultima residenza nota, rispettivamente la consultazione di annuari pubblicamente accessibili. Di primo acchito poco comprensibile è la possibilità di procedere a notifica per via edittale quando una notificazione risulti impossibile o comporti difficoltà straordinarie:³²¹ è difficile immaginare che una tale situazione si verifichi in Svizzera, e per l'estero sussiste sempre – e deve avere la precedenza – la possibilità di esigere dalla parte in questione la designazione di un recapito su suolo elvetico.³²²

315 Art. 138 cpv. 2 ultima frase.

316 Art. 138 cpv. 1 e 4 combinati.

317 Art. 139 cpv. 1 corrispondente all'art. 60 LTF.

318 Art. 140.

319 Art. 141 cpv. 1 lit. c.

320 Art. 141 cpv. 1 lit. a.

321 Art. 141 cpv. 1 lit. b.

322 Art. 140.

§ 14 Termini, inosservanza e restituzione

I. Termini

1. Principi

In tema di termini, il nuovo CPC riprende norme processuali invalse e l'organizzazione giudiziaria federale.³²³ Le singole norme non necessitano di particolari commenti. Si noterà comunque che valgono come festivi anche i giorni determinati dal diritto cantonale nel luogo del tribunale.³²⁴

2. Rispetto dei termini

I termini sono ossequiati se l'atto dovuto è effettuato al più tardi l'ultimo giorno.³²⁵ Nuovo è che questa regola si applica anche ai pagamenti: questi sono ormai considerati tempestivi se il versamento alla Posta svizzera rispettivamente l'addebito del conto postale o bancario del debitore avvengono al più tardi il giorno di scadenza del termine.³²⁶ I termini possono essere prorogati, ma ovviamente solo quelli fissati dal giudice.³²⁷

3. Sospensione dei termini e informazione delle parti

Tutti i termini, per contro, sono sospesi per le ferie giudiziarie, determinate in modo differente dalla maggior parte delle procedure cantonali attuali:³²⁸ sette giorni prima e dopo Pasqua, dal 15 luglio al 15 agosto e dal 18 dicembre al 2 gennaio. Sono previste tuttavia eccezioni per particolari generi di procedura che più soffrono di ritardo: conciliazione e procedura sommaria.³²⁹ Il CN³³⁰ ha invece deciso di mantenere la sospensione dei termini anche per la procedura semplificata, stralciando la lit. b del cpv. 2 dell'art. 143 D. Si è considerato che poiché questa procedura diverrà numericamente importante per i professionisti ed i tribunali, essi si sarebbero altrimenti visti di fatto fortemente limitati nell'organizzazione delle ferie.³³¹ Il legislatore ha introdotto l'obbligo per il giudice di rendere attente le parti quando sono in presenza di un termine non so-

323 M cfr. 5.9.3 ad art. 140 D p. 6680; ad art. 141 D p. 6681; artt. 44 sgg. LTF.

324 Art. 142 cpv. 3 prima frase.

325 Art. 143 cpv. 1 e 2, principi applicabili rispettivamente alla spedizione per via cartacea e per via elettronica; in quest'ultimo caso, fa stato la data della conferma di ricezione da parte del tribunale, M cfr. 5.9.3 ad art. 141 D; v. anche art. 48 LTF.

326 Art. 143 cpv. 3.

327 Art. 144 cpv. 2.

328 Art. 145 cpv. 1; v. anche art. 46 LTF.

329 Art. 145 cpv. 2 litt. a, b.

330 BU CN 2008 p. 945.

331 CommCN 25/26 ottobre 2007 p. 20; v. anche CommCS 8/9 gennaio 2007 p. 73–75, dove si è peraltro sottolineato come soluzioni differenti per situazioni simili siano sovente causa di confusione ed errori procedurali.

speso dalle ferie giudiziarie;³³² diventa così obsoleta l'attuale giurisprudenza, che pone l'onere di verificare i termini a carico della parte.³³³ Rimane riservato il regime dei termini della LEF.³³⁴ Un termine può essere intimato durante le ferie; in tal caso inizia a decorrere il giorno successivo alla fine della sospensione.³³⁵ Durante le ferie, il giudice può indire udienze unicamente con il consenso delle parti;³³⁶ ciò non vale ovviamente per quel genere di procedure per le quali non trova applicazione la sospensione dei termini.

II. Inosservanza e restituzione

L'inosservanza di un termine assegnato dal giudice ha come ineluttabile conseguenza la decadenza della facoltà di compiere l'atto omissso.³³⁷ La gravità di questa conseguenza fa apparire opportuno al legislatore un avvertimento preventivo alle parti.³³⁸ La restituzione del termine, ovvero la possibilità di eccezionalmente procedere all'atto fuori termine, può essere accordata non solo alla parte che ha omissso di attivarsi tempestivamente senza colpa alcuna, ma anche se l'omissione è riconducibile ad una colpa solo lieve.³³⁹ Condizione è tuttavia che la parte ne faccia domanda entro l'usuale termine di dieci giorni dalla cessazione dell'impedimento.³⁴⁰ Il diritto di chiedere la restituzione di un termine si estingue trascorsi sei mesi dalla crescita in giudicato di una decisione,³⁴¹ in ossequio al principio della certezza del diritto.³⁴² La controparte ha diritto di esprimersi sulla richiesta di restituzione, e la decisione del giudice in proposito non è impugnabile.³⁴³ Se accoglie la richiesta, il giudice fissa un nuovo congruo termine per eseguire l'atto omissso.

332 Art. 145 cpv. 3; l'omessa segnalazione alle parti ha per conseguenza che il termine si calcola come se fosse stato sospeso, M cfr. 5.9.3 ad art. 143 D.

333 DTF 134 I 199 consid. 1.3.1; sentenza del Tribunale federale 5A_814/2008 del 12 marzo 2009 consid. 1.2.2, destinata a pubblicazione.

334 Art. 145 cpv. 4.

335 Art. 146 cpv. 1.

336 Art. 146 cpv. 2.

337 Art. 147 cpv. 2.

338 Art. 147 cpv. 3.

339 Art. 148 cpv. 1. Secondo il M, cfr. 5.9.3 ad art. 146 D, la colpa è lieve se la parte è in grado di fornire una «giustificazione adeguata». Il tentativo del CS – non discusso in Parlamento, BU CS 2007 p. 514, né in CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 10 – di limitare i casi di restituzione a quelli in cui l'istante non abbia avuto colpa alcuna è fallito, BU CN 2008 p. 945.

340 Art. 148 cpv. 2.

341 Art. 148 cpv. 3. Il termine di sei mesi si situa fra i cinque anni di Basilea ed i tre mesi di Lucerna (CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 514). L'art. 146 cpv. 3 D prevedeva un anno.

342 M cfr. 5.9.3 ad art. 146 D.

343 Art. 149.

§ 15 Prova

I. Disposizioni generali

1. *Oggetto, in particolare fatti controversi*

Importante per dimensioni e fondamentale per contenuto, il decimo e penultimo Titolo della Parte generale è dedicato alle prove. È introdotto dal Capitolo 1, che raccoglie le norme applicabili a tutte le prove elencate in seguito al Capitolo 3. Oggetto principe della procedura probatoria sono ovviamente i fatti, a condizione tuttavia che essi siano controversi e giuridicamente rilevanti.³⁴⁴ Per costante giurisprudenza sono equiparati ai fatti l'uso, gli usi locali ed il diritto straniero, quest'ultimo tuttavia unicamente per controversie patrimoniali.³⁴⁵ Non controversi sono fra gli altri i fatti notori,³⁴⁶ ragione per cui essi non vanno provati anche qualora una parte li metta in discussione. Sovente una parte non si esprime in modo chiaro su un fatto allegato da controparte, cosicché al giudice risulta difficile dire se tale fatto sia contestato o ammesso. In tali circostanze, il Disegno del CF ingiungeva al giudice di tener conto di tutte le allegazioni delle parti e del loro comportamento.³⁴⁷ Gli Stati hanno stralciato l'ambiguo cpv. 2 della norma, ritenendo a ragione sufficiente il richiamo al principio del libero apprezzamento delle prove.³⁴⁸

2. *Diritto alla prova, apprezzamento anticipato, selezione*

La formulazione del diritto alla prova rispecchia la giurisprudenza attuale:³⁴⁹ non pertinenti saranno così, fra l'altro, i mezzi di prova che il giudice avrà ritenuto, in base ad un apprezzamento anticipato privo di arbitrio, inidonei a fargli cambiare opinione.³⁵⁰

344 Art. 150 cpv. 1.

345 Art. 150 cpv. 2.

346 Art. 151. Si tratta di fatti noti a tutti e di conoscenze fondate sulla comune esperienza, trattate come questioni di diritto, M cfr. 5.10.1 ad art. 149 D.

347 Art. 148 cpv. 2 D; M cfr. 5.10.1 ad art. 148 D p. 6684.

348 Art. 157; CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 514; CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 12.

349 Art. 152 cpv. 1.

350 Assai infelice in proposito il M, cfr. 5.10.1 ad art. 150 D: esso dà infatti atto che la corrispondente norma esplicita presente nell'Avanprogetto è stata stralciata in ragione delle forti critiche sollevate in sede di consultazione. Tuttavia, vi si ribadisce che tale facoltà è conforme al diritto federale. Come dire: non è piaciuto in consultazione, allora non lo diciamo più apertamente. Così, l'apprezzamento anticipato delle prove resta – in sé, a ragione – valido. Quanto alla facoltà del giudice di invitare la parte che propone un numero esagerato di prove ad operare una selezione, e di procedervi semmai d'ufficio, essa va vista come ipotesi di lavoro proposta dal CF (M cfr. 5.10.1 ad art. 150 D p. 6684 seg.), che starà alla giurisprudenza avallare o smentire.

3. *Prove ottenute illecitamente*

Destinata ad occupare i tribunali è la norma che ingiunge al giudice di tenere in considerazione prove ottenute illecitamente, a condizione che prevalga l'interesse all'accertamento della verità.³⁵¹ Questa norma concretizza invero la giurisprudenza,³⁵² ma vi è da attirare l'attenzione sul pericolo di ammettere troppo facilmente che l'accertamento della verità debba prevalere sempre: ciò renderebbe illusorie le regole che reggono i modi di assunzione delle prove, stilate tenendo ben presenti altri interessi potenzialmente in conflitto con l'accertamento della verità.

4. *Massima inquisitoria*

Ovvio l'obbligo del giudice³⁵³ di raccogliere le prove d'ufficio laddove si applichi il principio inquisitorio.³⁵⁴ Meno ovvio è che il giudice possa fare altrettanto per un fatto non controverso, laddove vige il principio dispositivo.³⁵⁵

5. *Ordinanza sulle prove*

Il CN³⁵⁶ aveva ovviato al silenzio dell'art. 152 D sull'organizzazione della procedura probatoria, inserendo nel medesimo articolo un nuovo capoverso fra il primo ed il terzo che affermava la necessità dell'ordinanza probatoria e ne definiva il contenuto. Il CS³⁵⁷ ha preferito dedicare all'ordinanza sulle prove un articolo a sé stante, che è così divenuto l'art. 154.

6. *Assunzione delle prove, delega*

L'assunzione delle prove – alla presenza facoltativa delle parti³⁵⁸ – è compito del tribunale, che può delegarlo ad uno o più dei suoi membri.³⁵⁹ L'opposizione

351 Art. 152 cpv. 2.

352 M cfr. 5.10.1 ad art. 150 D, con rinvio a DTF 131 I 272 e sentenza del Tribunale federale 4C.469/2004.

353 Si desume l'obbligo dall'uso dell'indicativo; la variante potestativa è espressa tramite l'utilizzo del verbo servile «potere», v. nel presente contesto ad esempio gli artt. 150 cpv. 2, 152 cpv. 1, 153 cpv. 2.

354 Art. 153 cpv. 1 e 55 cpv. 2.

355 Art. 153 cpv. 2 e 55 cpv. 1. Il M, cfr. 5.10.1 ad art. 151 D p. 6686, menziona il caso di fatti non contestati in procedura contumaciale; ma vi è da chiedersi se a tale situazione non si debba far fronte con l'istituto della restituzione del termine mancato. V. poi l'art. 12 cpv. 3 PC.

356 BU CN 2008 p. 946.

357 BU CS 2008 p. 726; CommCS 26/27 giugno 2008 p. 12.

358 Art. 155 cpv. 3.

359 Art. 155 cpv. 1. Il nuovo cpv. 1 dell'art. 155 utilizza la forma impersonale, come già visto per la direzione del processo (art. 124 cpv. 2), che lascia maggior libertà al tribunale nel determinare chi possa procedere alla delega e permette addirittura la formulazione di norme astratte nell'organizzazione giudiziaria cantonale, CommCS 26/27 giugno 2008 p. 10 seg. A più riprese il Parlamento ha ribadito che l'attribuzione della facoltà di delega è comunque di competenza del legislatore cantonale, CommCN 17/18 gennaio 2008 p. 21 e 14/15 febbraio 2008 p. 4.

di una parte ad una tale delega è riservata, ma unicamente se fondata su gravi motivi:³⁶⁰ ciò si spiega con il notevole appesantimento della procedura scaturente dalla partecipazione dell'intero tribunale³⁶¹ all'assunzione delle prove, magari distribuita su più udienze. La facoltà delle parti di presenziare all'assunzione delle prove³⁶² non impedisce al giudice di escluderle se lo esige la tutela di interessi degni di protezione di controparte o di terzi. Tale misura si inserisce nel quadro dei provvedimenti che il giudice è chiamato a prendere a tutela di interessi altrui,³⁶³ ma costituisce evidentemente l'ultima ratio e dovrà cedere il passo ad altri accorgimenti meno lesivi del diritto di partecipazione delle parti.

7. *Libero apprezzamento*

Scontata la conferma del principio del libero apprezzamento delle prove.³⁶⁴ Meno scontata è la rinuncia ad espressa menzione di eccezioni al principio, note ad alcune procedure cantonali, come l'incapacità di testimoniare di persone di età inferiore a 14 anni, o di persone in determinati rapporti con le parti (ad esempio i coniugi): il legislatore ha preferito operare regolamentando l'obbligo di cooperare all'assunzione delle prove ed il diritto di rifiutarsi di cooperare.³⁶⁵

8. *Assunzione preventiva*

Prove possono poi essere assunte preventivamente, a condizione che la legge lo autorizzi espressamente,³⁶⁶ che sussista un interesse degno di protezione oppure infine che i mezzi di prova siano esposti a pericolo.³⁶⁷ Gli ultimi due criteri sono alternativi: la loro menzione nel medesimo capoverso è dovuta alla particolare incombenza per la parte istante di rendere verosimile la necessità, incombenza che vale per entrambi i casi ma non per quello enunciato all'art. 158 cpv. 1 lit. a.³⁶⁸ Alla procedura di assunzione cautelare delle prove si applicano

360 Art. 155 cpv. 2.

361 Intesa, ovviamente, la sola corte o sezione giudicante.

362 Art. 155 cpv. 3.

363 Art. 156.

364 Art. 157; criticabile il testo italiano.

365 Art. 160 cpv. 2 e 165 sgg.

366 Art. 158 cpv. 1 lit. a.

367 Art. 158 cpv. 1 lit. b.

368 A meno che la legge alla quale è fatto riferimento non lo esiga a sua volta. Il secondo dei due criteri di cui alla lettera b, l'interesse degno di protezione, rinvia a quelle procedure cantonali che prevedono l'anticipata assunzione di prove al fine di valutare le probabilità di vincere una causa (prima di incollarla) o di riuscire a fornire determinate prove, M cfr. 5.10.1 ad art. 155 D. Questa spiegazione certamente non traspare dal testo di legge. Che poi, in tali circostanze, si possa parlare di interesse degno di protezione, sarà la giurisprudenza a deciderlo; giurisprudenza che sarà peraltro libera di scorgere altri interessi degni di protezione.

le norme sui provvedimenti cautelari.³⁶⁹ Si noterà infine, a chiusura della parte generale sulle prove, la precisazione del legislatore circa la posizione degli organi di persona giuridica, che vanno considerati come fossero direttamente parte.³⁷⁰ L'opportunità di menzionare questa precisazione già in questo contesto, e non soltanto con riferimento alla deposizione ed all'interrogatorio delle parti,³⁷¹ si spiega con la sua utilità pure riguardo all'obbligo di cooperazione³⁷² ed alla testimonianza di un organo.³⁷³

II. Obbligo di cooperazione e diritto di rifiutarsi di cooperare

I. Concretizzazioni dell'obbligo di cooperazione

Il successo della procedura probatoria, dunque più in generale la ricerca della verità, dipende quasi sempre dalla collaborazione che le parti e terze persone (testi, detentori di documenti, uffici pubblici ecc.) sono pronte a prestare. Da qui, l'opportunità di sottolineare il loro obbligo di cooperazione, che si concretizza essenzialmente nel loro obbligo di dire la verità, di produrre documenti e di tollerare ispezioni oculari.³⁷⁴ Il principio deve tuttavia essere relativizzato nei confronti dei minori, la cui testimonianza è ordinata dal giudice a condizione che non violi il loro bene.³⁷⁵ Su proposta del CS, all'art. 160 cpv. 1 lit. b viene esclusa dai documenti da produrre la corrispondenza degli avvocati (anche qui, presumibilmente, vale per tutti i patrocinatori a titolo professionale) relativa alla loro attività di patrocinio – dunque non commerciale. La norma vuole evitare la casuale differenza di trattamento dipendente dalla collocazione del documento: non protetto se in possesso della parte, protetto se nelle mani del legale.³⁷⁶

Inoltre, l'obbligo di cooperare di terze persone deve venire adeguatamente indennizzato:³⁷⁷ esse, infatti, contrariamente alle parti, non hanno un interesse proprio in causa.³⁷⁸ Ciò non significa, ovviamente, che i terzi siano liberi di decidere se cooperare o meno: l'obbligo sussiste anche qualora l'indennità dovesse apparire loro insufficiente, né è data loro facoltà di rinunciare all'indennità allo scopo di sottrarsi all'obbligo di cooperare.

³⁶⁹ Art. 158 cpv. 2.

³⁷⁰ Art. 159.

³⁷¹ Artt. 191–193.

³⁷² Artt. 160–167.

³⁷³ Esclusa appunto per il fatto che questi è considerato parte, art. 169; M cfr. 5.10.1 ad art. 156 D.

³⁷⁴ Art. 160 cpv. 1 litt. a–c.

³⁷⁵ Art. 160 cpv. 2.

³⁷⁶ CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 515; CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 18 seg. e 4 maggio 2007 p. 1; CF Blocher ha ritenuto implicita tale interpretazione, BU CS 2007 p. 515.

³⁷⁷ Art. 160 cpv. 3.

³⁷⁸ Ciò non esclude che le parti vengano risarcite per gli inconvenienti causati dalla procedura in sede di ripetibili, v. art. 95 cpv. 3; M cfr. 5.10.2 ad art. 157 cpv. 3 D p. 6689.

2. *Decadenza dell'obbligo, informazione*

Tanto per le parti quanto per i terzi, l'obbligo di cooperare viene a cadere unicamente alle condizioni previste dal Codice,³⁷⁹ delle quali gli interessati vanno informati.³⁸⁰ Prove assunte in violazione di quest'obbligo di informazione non sono considerate, a meno che vi acconsenta l'interessato³⁸¹ oppure che si possa accertare che un suo rifiuto sarebbe stato illegittimo.³⁸² Detto in termini più semplici: senza il consenso a posteriori dell'interessato, il giudice deve esaminare d'ufficio il diritto di lui di rifiutarsi di cooperare, dando per scontato che egli se ne sia avvalso. Per contro, la prova assunta in violazione dell'obbligo d'informazione non è di per sé illecita e non deve soddisfare, per essere tenuta in considerazione, le condizioni esposte all'art. 152 cpv. 2. Ovviamente, il legittimo rifiuto di cooperare non permette deduzione alcuna a danno di chi se ne è avvalso.³⁸³

Il rifiuto di cooperare, oggetto delle due Sezioni che seguono, è configurato in modo differente a seconda che si tratti del rifiuto delle parti o del rifiuto di terze persone. Criterio discriminante è, come si vedrà, la differente considerazione dei pericoli corsi, a seconda del ruolo processuale di chi li corre.

III. *Rifiuto di cooperare delle parti*

È dato se la parte stessa si espone a violazione di segreto ai sensi dell'art. 321 CP;³⁸⁴ oppure se la parte espone una terza persona a lei vicina³⁸⁵ al rischio di un procedimento penale o civile.³⁸⁶ I rischi a cui il legislatore non vuole esporre la terza persona, dunque, non bastano se a correrli è la parte medesima.³⁸⁷

379 Sezione 2, artt. 163–164.

380 Art. 161 cpv. 1.

381 Ossia colui che a causa dell'omessa informazione è stato privato della possibilità di esercitare il proprio diritto al rifiuto di cooperazione.

382 Art. 161 cpv. 2.

383 Art. 162.

384 Art. 163 cpv. 1 lit. b. La norma è stata profondamente rimaneggiata dal CS, che ha escluso dalla lista dei professionisti menzionati con riferimento all'art. 321 CP i revisori. Per contro, i depositari di altri segreti protetti per legge potranno rifiutarsi di cooperare rendendo verosimile il prevalere dell'interesse al mantenimento del segreto su quello all'accertamento della verità (art. 163 cpv. 2). L'art. 163 cpv. 2 e l'art. 166 cpv. 2 relativo al diritto relativo di rifiuto dei terzi hanno identico contenuto (CF Blocher, BU CS 2007 p. 516); le differenze redazionali nel testo italiano e francese sono ingiustificate. L'art. 163 cpv. 2 è inteso essenzialmente a rafforzare il segreto bancario, a beneficio dei clienti, ed il legislatore non ha scorto motivi che giustificassero un trattamento diverso del banchiere qualora teste o qualora parte in causa (CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 515; CommCS 4 maggio 2007 p. 2).

385 Secondo la definizione dei rapporti personali data all'art. 165, relativo al rifiuto di cooperare di terzi.

386 Art. 163 cpv. 1 lit. a.

387 M cfr. 5.10.2 ad art. 160 D.

Come già visto, il rifiuto illecito di cooperazione di una parte va considerato nell'apprezzamento delle prove.³⁸⁸

IV. Rifiuto di cooperare dei terzi

1. *Diritto assoluto al rifiuto*

Il nuovo CPC distingue, come già attualmente la maggior parte delle procedure cantonali, fra terze persone che beneficiano di un diritto assoluto al rifiuto, e terze persone con un diritto di rifiuto solo relativo. I terzi della prima categoria si caratterizzano per uno stretto legame di parentela o personale con la parte.³⁸⁹

2. *Diritto relativo al rifiuto*

Gli appartenenti alla seconda categoria, invece, si caratterizzano per il fatto che vengono a realizzarsi nella loro persona circostanze tali da porli in un serio conflitto di interessi: segnatamente esporre se stessi (oppure terzi a loro vicini ai sensi dell'art. 165) al rischio di un procedimento penale o di un obbligo di rispondere fondato sul diritto civile;³⁹⁰ nel caso in cui la testimonianza possa configurare una violazione di segreto ai sensi dell'art. 321 CP;³⁹¹ se si sono appresi fatti in qualità di funzionario o membro di autorità³⁹² rispettivamente di difensore civico («Ombudsman») o di mediatore.³⁹³ I giornalisti possono rifiutarsi di partecipare all'accertamento dell'autore, del contenuto e delle fonti delle pro-

388 Art. 164. La cooperazione è, per la parte, un onere e non un obbligo, ed il mancato ossequio non comporta sanzioni – salvo nei casi di accertamento di paternità, M cfr. 5.10.2 ad art. 161 D.

389 Art. 165 cpv. 1 e 2; la lista è esaustiva, M cfr. 5.10.2 ad art. 162 D. Il CS ha aggiunto, fra le persone al beneficio di un diritto assoluto di cooperare, i parenti in linea collaterale di una parte fino al terzo grado (art. 165 cpv. 1 lit. c), ma ha stralciato fratelli, fratellastri di una parte e i loro congiunti (art. 162 cpv. 1 lit. d D) rispettivamente fratelli e fratellastri del congiunto della parte (art. 162 cpv. 1 lit. e D). Fratellastri e sorellastre sono genericamente equiparati a fratelli e sorelle (art. 165 cpv. 3). È stato stralciato il cpv. 3 dell'art. 162 D, che precisava che il diritto al rifiuto di cooperare perdurava anche oltre la fine del matrimonio o dell'unione domestica registrata: il concetto emerge ora dalla lettura combinata dell'art. 165 cpv. 1 lit. a e del cpv. 2. La modifica ha mero carattere redazionale (CF Blocher, BU CS 2007 p. 516).

390 Art. 166 cpv. 1 lit. a.

391 Art. 166 cpv. 1 lit. b; rispetto all'art. 321 CP, non fanno parte della lista di persone autorizzate al mantenimento del segreto i revisori, come da dottrina e giurisprudenza (M cfr. 5.10.2 ad art. 163 D p. 6691); inoltre, chi sottostà ad un obbligo di denuncia o è stato liberato dal segreto non può più avvalersi del rifiuto di testimoniare, a meno che gli riesca di rendere verosimile che nel caso concreto l'interesse al mantenimento del segreto prevalga su quello all'accertamento della verità. Un'ultima eccezione vale per gli avvocati e gli ecclesiastici, per i quali il diritto al rifiuto di testimoniare permane anche quando fossero soddisfatte le condizioni appena esposte, che lo fanno invece decadere per terzi.

392 Art. 166 cpv. 1 lit. c. Anche qui, salvo che vi sia un'autorizzazione a deporre o un obbligo di denuncia, M cfr. 5.10.2 ad art. 163 D p. 6691.

393 Art. 166 cpv. 1 lit. d; menzionato separatamente perché non è un'autorità, M cfr. 5.10.2 ad art. 163 D p. 6691.

prie informazioni.³⁹⁴ Il medesimo diritto di rifiuto di cooperare vale pure per gli ausiliari dei giornalisti.³⁹⁵

3. *Clausola generale*

Una clausola generale spalanca le porte del rifiuto di cooperare a qualsiasi terzo detentore di segreti protetti dalla legge – altri che quelli protetti in virtù dell'art. 166 cpv. 1.³⁹⁶ Unica condizione è che costui sappia rendere verosimile che l'interesse al mantenimento del segreto prevalga su quello all'accertamento della verità.³⁹⁷ Di natura puramente declaratoria è la riserva in favore delle norme speciali in materia di assicurazioni sociali.³⁹⁸

4. *Rifiuto indebito di un terzo, effetti*

Il rifiuto di cooperare di un terzo – rifiuto che può esprimersi anche in termini concludenti quali l'inosservanza di un termine o la mancata comparizione³⁹⁹ – non può assurgere a prova indiretta di un fatto, come invece avviene per la parte,⁴⁰⁰ ma trae seco unicamente misure coercitive rispettivamente punitive e pecuniarie,⁴⁰¹ alle quali il terzo può opporsi tramite reclamo.⁴⁰²

§ 16 Mezzi di prova

I. *Numerus clausus*

Permane il principio del *numerus clausus* dei mezzi di prova, caro alla dottrina elvetica ed alle legislazioni cantonali,⁴⁰³ elencati esaustivamente.⁴⁰⁴ Poco chiara

394 Art. 166 cpv. 1 lit. e; la norma si orienta all'art. 28a del nuovo CP, M cfr. 5.10.2 ad art. 163 D p. 6692.

395 Art. 166 cpv. 1 lit. e in fine; si lamenta tuttavia la mancanza di una definizione di ausiliario altrettanto dettagliata di quella di giornalista.

396 M cfr. 5.10.2 ad art. 163 D p. 6692.

397 Art. 166 cpv. 2.

398 Art. 166 cpv. 3.

399 Art. 167 cpv. 2.

400 Art. 164.

401 Art. 167 cpv. 1.

402 Art. 167 cpv. 3. Così come posto nel contesto della legge, il reclamo parrebbe possibile unicamente contro la sanzione inflitta dal giudice, non contro l'accertamento da parte del giudice che il rifiuto fosse indebito: il diritto al reclamo è infatti incorporato nella norma di legge che elenca le possibili conseguenze di un'avvenuta violazione dell'obbligo di testimoniare, dando ormai per accertata la violazione medesima. Di opinione contraria il M, cfr. 5.10.2 ad art. 164 D p. 6692.

403 M cfr. 5.10.3 ad art. 165 D p. 6692.

404 Art. 168.

è la riserva in favore degli interessi dei figli in cause del diritto di famiglia:⁴⁰⁵ si deve ipotizzare, considerando la sistematica della legge, che la riserva voglia tutelare gli interessi dei figli permettendo in tali casi l'assunzione di prove non contemplate nel catalogo del cpv. 1,⁴⁰⁶ potendo il giudice escludere prove la cui assunzione possa essere di nocumento ai figli facendo capo all'art. 156. Comunque, le ampie definizioni dei singoli mezzi di prova relativizzano in modo importante l'effetto inibitorio del *numerus clausus* dell'art. 168 cpv. 1.

II. Testimonianza

1. Testimone

Per essere testimone, si deve essere non parte al procedimento ed avere percepito fatti «giuridicamente rilevanti»⁴⁰⁷ in modo diretto.⁴⁰⁸ Non esiste, detto altrimenti, la testimonianza «per sentito dire».

2. Assunzione

Il nuovo Codice, tenendo manifestamente conto dell'accresciuta mobilità e permeabilità delle frontiere cantonali e preoccupato di facilitare al massimo l'assunzione di questo fondamentale genere di prove, semplifica le formalità: così, se da un lato l'audizione del teste presso il tribunale del processo è implicita, d'altro lato è possibile pure al luogo di dimora del teste.⁴⁰⁹ Due annotazioni: la prima è che il luogo di dimora debba verosimilmente intendersi come il tribunale del luogo di dimora; la facilitazione è da intendersi in termini geografici. Secondariamente, la formulazione scelta per l'art. 170 cpv. 3 permette di escludere che debba sussistere una qualsiasi particolare necessità per procedere al luogo di dimora del teste: quest'ultima è alternativa piena al tribunale del processo.⁴¹⁰ Una novità è la facoltà, per le parti, di presentarsi con altri testi, anche se non citati.⁴¹¹ La norma non chiarisce tuttavia se le parti debbano aver preventivamente notificato questi testi, né se le parti possano spontaneamente condurre testi non citati a qualsiasi udienza, oppure unicamente a quella o quelle destinate appunto all'audizione di testi; né, infine, se possano essere condotti testi non citati anche ad un'udienza tenuta non nel luogo del processo, bensì al luogo di dimora di uno dei testi.

405 Art. 168 cpv. 2.

406 Così M cfr. 5.10.3 ad art. 165 D p. 6693.

407 Art. 150 cpv. 1; solo tali sono oggetto di prova.

408 Art. 169.

409 Art. 170 cpv. 3: dimora e non domicilio.

410 Il M, cfr. 5.10.3 ad art. 167 D, parla semplicemente di ragioni di opportunità.

411 Art. 170 cpv. 2. Questi possono pure presentarsi spontaneamente, M cfr. 5.10.3 ad art. 167 D. A tenore della norma, tuttavia, la loro audizione deve essere autorizzata dal giudice.

3. *Forme dell'assunzione testimoniale*

Nelle forme dell'audizione testimoniale, permangono gli avvertimenti di rito al teste:⁴¹² esortazione a dire la verità e richiamo alle possibili conseguenze penali di una falsa testimonianza, se di età maggiore di 14 anni. L'audizione è individuale,⁴¹³ in assenza di altri testi, sotto riserva di una messa a confronto con le parti o con altri testi,⁴¹⁴ ed è condotta dal giudice; domande dirette delle parti o dei loro patrocinatori sono di regola escluse.⁴¹⁵ Il Codice ricorda a qual proposito il teste vada sentito,⁴¹⁶ gli garantisce la facoltà di esprimersi liberamente,⁴¹⁷ con verbalizzazione non stenografica ma riassuntiva,⁴¹⁸ e concede alle parti il diritto di porre domande complete,⁴¹⁹ che il giudice può ammettere o respingere.⁴²⁰

4. *Testimone peritale*

Una posizione particolare assume il testimone peritale, ovvero colui che, seppur citato come teste, è chiamato a mettere a disposizione del tribunale le proprie conoscenze specialistiche: il giudice può infatti porgli pure domande «atte ad apprezzare i fatti di causa».⁴²¹ La testimonianza di un tale teste pare dunque non riguardare unicamente fatti percepiti da lui direttamente, bensì può anche estendersi al modo di leggere fatti incontestati o accertati in base ad altre prove.⁴²² In altre parole, il testimone peritale partecipa con il giudice all'apprezzamento delle altre prove, la sua testimonianza assumendo nel contempo il carattere di prova,⁴²³ dunque soggiacente a sua volta all'apprezzamento del giudice.

5. *Verbalizzazione*

La verbalizzazione, come già detto effettuata in modo riassuntivo, riporta a richiesta delle parti le domande complete respinte dal giudice,⁴²⁴ ciò che è utile per stabilire l'eventuale novità di censure proposte in seconda o terza istanza. La verbalizzazione avviene obbligatoriamente per scritto: la versione del-

412 Art. 171 cpv. 1.

413 Art. 171 cpv. 2.

414 Art. 174.

415 M cfr. 5.10.3 ad art. 169 D p. 6693.

416 Dati personali, relazioni con le parti, infine ovviamente sui fatti di causa, art. 172 litt. a-c.

417 Art. 171 cpv. 3.

418 Art. 176 cpv. 1.

419 Art. 173.

420 Art. 176 cpv. 1 seconda frase e contrario; questa medesima norma prevede l'annotazione a verbale, su richiesta delle parti, delle domande non ammesse.

421 Art. 175.

422 V. art. 150.

423 Il M, cfr. 5.10.3 ad art. 172 D, parla di «prima perizia».

424 Art. 176 cpv. 1 seconda frase.

l'art. 176 cpv. 2 adottata dal CS⁴²⁵ precisa che l'eventuale registrazione su supporti audio o video è supplementare e non sostituisce la verbalizzazione tradizionale. Il nuovo Codice lascia spazio all'evoluzione tecnica permettendo l'utilizzo di supporti sonori o video.⁴²⁶

III. Documenti

1. Definizione

Anche la definizione di «documento» si adegua allo spirito dei tempi e comprende ormai anche film, registrazioni, archivi elettronici e simili: requisito essenziale per essere considerato «documento» è l'idoneità a provare fatti giuridicamente rilevanti.⁴²⁷ Ciò vale per ogni genere di prova⁴²⁸ e significa, in concreto, che un determinato fatto può essere provato avvalendosi di ogni e qualsiasi informazione contenuta e riprodotta su un qualsiasi supporto.⁴²⁹ Come già detto, quest'ampia definizione di documento relativizza assai il principio del *numerus clausus* dei mezzi di prova.⁴³⁰

2. Autenticità, prova; copie; documenti voluminosi

Registri e documenti pubblici sono presunti esatti.⁴³¹ L'autenticità di documenti privati va invece provata, a patto che sia stata contestata in modo sufficientemente motivato.⁴³² A giudicare dalla formula adottata, la sufficiente motivazione è requisito di ammissibilità della censura: se insufficientemente motivata, essa non potrà essere esaminata nel merito; concretamente, non potranno essere proposte rispettivamente assunte prove relative all'autenticità del documento.⁴³³

Di principio, ogni documento può essere prodotto in copia.⁴³⁴ Il giudice o una parte⁴³⁵ può tuttavia richiedere la produzione dell'originale o di una copia

425 CommCS 26/27 marzo 2007 p. 2 s.; BU CS 2007 p. 516.

426 La menzione di «altri appropriati strumenti tecnici» vuole chiarire che il rinvio a supporti sonori o video non vuole essere esaustiva.

427 Art. 177.

428 Art. 150 cpv. 1.

429 CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 27. Ciò distingue il documento da un oggetto in grado di fornire intrinsecamente una prova. Peraltro, un documento non deve necessariamente avere finalità probatorie per essere considerato tale, come invece è il caso per il diritto penale (art. 110 cpv. 4 CP), M cfr. 5.10.3 ad art. 174 D.

430 Art. 168 cpv. 1.

431 Art. 179. Ciò vale, a differenza di quanto afferma l'art. 9 CC, anche per i registri del diritto cantonale, M cfr. 5.10.3 ad art. 176 D.

432 Art. 178.

433 M cfr. 5.10.3 ad art. 175 D p. 6695.

434 Art. 180 cpv. 1 prima frase.

435 Il Parlamento ha esteso la facoltà di esigere la produzione del documento originale – per quanto scontata soprattutto nelle vertenze sottoposte alla massima inquisitoria (CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 27; CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 516) – espressamente al giudice.

certificata autentica, «se vi è motivo di dubitare dell'autenticità».⁴³⁶ In realtà, quest'ultima appare come una manifestazione particolare del principio già enunciato, secondo il quale l'autenticità di un documento va provata unicamente su contestazione di controparte. Ora, poiché la contestazione di cui all'art. 178 deve essere sufficientemente motivata, lo stesso criterio deve valere anche per esigere la produzione del documento in originale o in copia autenticata.

Infine, si noterà che chi produce in causa un documento voluminoso deve indicare con precisione quale sua parte sia rilevante per la causa:⁴³⁷ in tal modo, la legge pone con la dovuta chiarezza a carico di colui che si prevale di un determinato documento l'onere di indicare quali parti siano rilevanti. In particolare la censura della svista manifesta nei confronti del giudice che avesse ommesso di considerare un determinato passaggio di un documento diviene così improponibile, se la parte che se ne avvale avrà disatteso l'onere di attirare esplicitamente l'attenzione sul passaggio in questione; parimenti, controparte potrà esimersi dall'esprimersi preventivamente sul documento in questione.

IV. Ispezione oculare

1. Oggetto

Alcune particolarità caratterizzano il mezzo di prova dell'ispezione oculare. In primo luogo, si noterà che non viene definito l'oggetto dell'ispezione oculare, se non attraverso lo scopo che essa persegue: quello di «avere una diretta percezione dei fatti oppure per meglio comprendere le circostanze».⁴³⁸ L'approccio è condivisibile, perché è quasi impossibile definire in termini positivi il possibile oggetto: meglio è definire lo scopo prefissato, in modo che l'oggetto segua lo scopo. E lo scopo, oltre all'ovvia percezione diretta dei fatti di causa, viene esteso alla migliore comprensione delle circostanze della causa. Ciò premesso, tutto può essere oggetto di ispezione oculare: un oggetto, ovviamente, ma anche una situazione, il decorso di avvenimenti.

Il testo dell'art. 181 cpv. 1 non è adamantino. La precisazione «d'ufficio» si vuole verosimilmente riferire soltanto ai procedimenti soggiacenti alla massima inquisitoria, tant'è che il CF precisa che l'ispezione oculare quale mezzo di prova può essere esperita, nei procedimenti retti dalla massima dispositiva, unicamente su istanza di parte.⁴³⁹ Altrimenti si sarebbe potuto pensare che nei procedimenti retti dalla massima dispositiva il giudice possa ordinarla d'ufficio al solo scopo di meglio comprendere le circostanze della causa, e che in tal caso

⁴³⁶ Art. 180 cpv. 1 seconda frase.

⁴³⁷ Art. 180 cpv. 2.

⁴³⁸ Art. 181 cpv. 1.

⁴³⁹ M cfr. 5.10.3 ad art. 178 D.

l'ispezione oculare non abbia carattere di prova – ipotesi perlomeno artificiosa e che non emerge in alcun modo dal testo di legge.

2. *Assunzione, verbale*

Ovvvia è la possibilità di far partecipare all'ispezione anche testi e periti,⁴⁴⁰ come pure l'invito ad esperire la prova in tribunale, quando possibile.⁴⁴¹ Il verbale, la cui redazione segue ovviamente le regole dell'art. 176, può essere completato con altri documenti ai sensi dell'art. 177.⁴⁴²

V. Perizia

1. *Principi*

Anche questo mezzo di prova può essere richiesto dalle parti, ma pure ordinato d'ufficio dal giudice.⁴⁴³ Con «più perizie» si intende una perizia per ogni singolo oggetto, ma anche più perizie concorrenti per una medesima questione.⁴⁴⁴ Proceduralmente, prima di conferire l'incarico, il giudice deve comunque sentire le parti, sia che agisca di propria iniziativa, sia che dia seguito ad una domanda di parte.⁴⁴⁵ Per la ricusa del perito, il rinvio è alle norme relative agli operatori di giustizia.⁴⁴⁶

2. *Conoscenze specialistiche all'interno del tribunale*

Il giudice può pure far capo a conoscenze specialistiche all'interno del tribunale; anche in tal caso, come per la perizia a pieno titolo, egli deve tuttavia interpellare preventivamente le parti.⁴⁴⁷ Riferimento è fatto ai tribunali commerciali, che annoverano fra i propri membri specialisti in vari campi.⁴⁴⁸ Il testo italiano è tuttavia assai infelice, perché lascia immaginare che sia discorso di far capo a conoscenze specialistiche di non meglio precisati membri o dipendenti del tribunale. In realtà, i testi tedesco e francese non lasciano dubbio che

440 Art. 181 cpv. 2.

441 Art. 181 cpv. 3.

442 Art. 182. Invero, questa norma non rinvia all'art. 177, ma cita solamente i piani, i disegni, le fotografie e altri supporti tecnici. Non vi è tuttavia ragione di escludere, ad esempio, registrazioni sonore o archivi elettronici.

443 Art. 183 cpv. 1, inciso. Anche qui, come già all'art. 181, la precisazione che il giudice può ordinare una perizia anche d'ufficio deve verosimilmente intendersi siccome limitata ai procedimenti retti dalla massima inquisitoria.

444 M cfr. 5.10.3 ad art. 184 D.

445 Art. 183 cpv. 1 seconda frase.

446 Art. 183 cpv. 2; v. gli artt. 47a 51.

447 Art. 183 cpv. 3.

448 M cfr. 5.10.3 ad art. 180 D.

la norma è pensata con riferimento ai membri del tribunale, e per esso della corte giudicante.

3. *Diritti e doveri del perito; mandato peritale*

Come finora, il perito agisce contro remunerazione.⁴⁴⁹ Deve inoltre essere espressamente e preventivamente reso attento alle conseguenze penali nelle quali rischia di incorrere per falsa perizia⁴⁵⁰ e per violazione del segreto d'ufficio.⁴⁵¹ I doveri, tipici, del perito consistono nell'agire pro veritate e nella tempestività dell'espletazione del compito assunto.⁴⁵² La nuova legge regola dettagliatamente la formulazione del mandato peritale, facendo obbligo al giudice di fornire al perito le istruzioni necessarie e di illustrargli i quesiti sottopostigli;⁴⁵³ le parti devono avere la possibilità di esprimersi in merito, segnatamente proponendo modifiche o aggiunte ai quesiti formulati essenzialmente dal giudice.⁴⁵⁴ La perizia andrà poi presentata oralmente, si sottintende in sede d'udienza appositamente indetta, oppure per scritto;⁴⁵⁵ pure in quest'ultimo caso, il giudice potrà indire un'udienza per la sua illustrazione. La verbalizzazione della perizia orale segue i dettami dell'art. 176;⁴⁵⁶ lo stesso dovrà avvenire quando una perizia scritta viene illustrata in udienza.

4. *Delucidazione; revoca; accertamenti propri del perito*

Come finora, le parti possono chiedere la delucidazione o il completamento di una perizia.⁴⁵⁷ Questa facoltà è ripetuta all'art. 188 cpv. 2, con contestuale sua estensione al giudice, d'ufficio, qualora si sia in presenza di perizia carente:⁴⁵⁸ da ciò si deve dedurre che delucidazioni o completamenti richiesti in applicazione dell'art. 187 cpv. 4 non presuppongono, diversamente da quelli di cui all'art. 188 cpv. 2, carenze peritali.⁴⁵⁹ Si noteranno poi la possibilità di revoca del mandato peritale per ritardo nell'esecuzione⁴⁶⁰ e la possibilità conferita al perito

449 Art. 184 cpv. 3.

450 Art. 307 CP.

451 Art. 320 CP; art. 184 cpv. 2.

452 Art. 184 cpv. 1. Stralciata dal Parlamento l'esigenza, per il perito, di presentare la propria perizia in modo completo: il che è ovvio, dato che una perizia incompleta non è una perizia, CF Blocher, BU CS 2007 p. 517.

453 Art. 185 cpv. 1.

454 Art. 185 cpv. 2.

455 Art. 187 cpv. 1.

456 Art. 187 cpv. 2.

457 Art. 187 cpv. 4.

458 V. marginale dell'art. 188.

459 Il Parlamento ha riformulato il testo dell'art. 188 cpv. 2 in fine allo scopo di evidenziare che anche le parti possono avanzare la richiesta di ingaggiare un nuovo perito, CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 28 seg. Per il relatore commissionale si è trattato soltanto di un leggero miglioramento redazionale (CS Bonhôte, BU CS 2007 p. 517).

460 Art. 188 cpv. 1.

di effettuare accertamenti propri:⁴⁶¹ i fatti sui quali il perito fonda il proprio lavoro, dunque, non sono circoscritti a quelli allegati e, possibilmente, dimostrati dalle parti, ma possono essere completati. In tal senso, gli accertamenti propri del perito vanno a modificare i fatti: da qui l'esigenza di un preventivo permesso del giudice e, per le parti, di vedersi riconosciuta la facoltà di chiedere al giudice la ripetizione della loro assunzione «secondo la procedura per l'assunzione delle prove».⁴⁶²

5. *Perizia di parte*

Non ha avuto successo la proposta del Consiglio nazionale di autorizzare espressamente le parti a proporre una perizia di parte:⁴⁶³ il Consiglio degli Stati ha sottolineato come per chiara dottrina e giurisprudenza la perizia di parte, redatta di regola a sostegno degli interessi del mandante, non sia un mezzo di prova, bensì abbia il valore di una mera allegazione di parte.⁴⁶⁴

6. *Arbitratore*

Parimenti nuova è l'istituzione della figura della perizia di un arbitratore su fatti controversi: diversamente da quanto avviene per il perito giudiziario, scelto dal giudice, le parti si accordano per designare una terza persona, il cui compito sarà di accertare un determinato fatto in termini vincolanti per il giudice.⁴⁶⁵ Il fatto così accertato diviene non contestato e sfugge in tal modo alla procedura probatoria. Una tale perizia può anche essere utile per verificare le proprie possibilità future di successo.⁴⁶⁶ La posizione di questo arbitratore, priva del carisma di ufficialità che contraddistingue il perito,⁴⁶⁷ richiede tuttavia maggior prudenza nell'assumerne acriticamente l'apprezzamento dei fatti: per questa ragione, l'effetto vincolante delle sue conclusioni è subordinato all'adempimento di condizioni severe,⁴⁶⁸ che si spiegano con l'avallo statale che conferisce al suo operato il fatto che le sue conclusioni non saranno adottate da un arbitro, ma appunto dal giudice statale. La figura dell'arbitratore su fatti controversi è coerente con la massima dispositiva, nella misura in cui quest'ultima conferisce alle parti la facoltà di sottoporre selettivamente al giudice i fatti di causa: in que-

461 Art. 186 cpv. 1.

462 Art. 186 cpv. 2.

463 Aggiunta di un art. 185 a al Disegno, BU CN 2008 p. 947.

464 CS Janiak, BU CS 2008 p. 726.

465 Art. 189 cpv. 3, con l'elencazione delle condizioni alle quali una tale perizia sia possibile e delle eccezioni che le precludono l'effetto vincolante.

466 M cfr. 5.10.3 ad art. 186 D; relativamente alle prove assunte con lo stesso scopo a titolo cautelare v. art. 158 cpv. 1 lit. b ultima frase e supra § 15.1.8.

467 V. ad es. art. 183 cpv. 2.

468 Art. 189 cpv. 3 litt. a–c.

sto senso, l'accordo su un terzo che li stabilisca in modo vincolante per tutti appare espressione di questo arbitrio.

VI. Informazioni scritte

Il mezzo di prova delle informazioni scritte sostituisce in modo pratico ed efficace altri mezzi di prova. Ciò vale in particolare con riferimento alla testimonianza, ma soltanto ove le circostanze permettano di ritenerla inutile: sempre presso uffici pubblici,⁴⁶⁹ presso privati, invece, unicamente qualora l'esame testimoniale in senso stretto appaia superfluo.⁴⁷⁰ La ratio di questa norma risiede nell'essenza stessa dell'audizione testimoniale: essa travalica la mera trascrizione delle dichiarazioni del teste, per andare a comprendere un esame del suo atteggiamento, le sue esitazioni ed ogni altra espressione non verbale, al fine di fissare non solo quanto dichiarato, ma anche la credibilità ed attendibilità del teste. Se è lecito preventivamente escludere ogni dubbio circa la credibilità del teste, dunque, o se non è da preventivare la necessità di un'approfondita discussione delle sue dichiarazioni per comprenderle, allora una sua audizione diviene superflua. Tuttavia, la distinzione adottata dal legislatore fra i rappresentanti di un pubblico ufficio ed i privati non va fraintesa: semplifica l'assunzione informale di informazioni, ma non esclude di principio l'audizione testimoniale di pubblico ufficiale qualora ciò appaia necessario, né la successiva audizione testimoniale di colui che ha rassegnato informazioni scritte.⁴⁷¹

VII. Interrogatorio e deposizioni delle parti

Rappresenta una novità per molti Cantoni l'apparizione di una seconda forma di audizione delle parti: da un lato l'interrogatorio, contraddistinto dall'esortazione del giudice a dire la verità e comminatoria di mera misura disciplinare (multa),⁴⁷² dall'altro la forma qualificata della deposizione.⁴⁷³ Solo quest'ultima costituisce una dichiarazione in giudizio, con corrispondente comminatoria di pena e la cui falsità costituisce reato,⁴⁷⁴ ed equivale pertanto all'attuale interrogatorio formale. Possono essere chiamate a deporre entrambe le parti;⁴⁷⁵ a maggior ragione possono essere pure interrogate entrambe.⁴⁷⁶ Il CF⁴⁷⁷ limita l'ini-

469 Art. 190 cpv. 1.

470 Art. 190 cpv. 2.

471 M cfr. 5.10.3 ad art. 187 D.

472 Art. 191 cpv. 2.

473 Art. 192.

474 Art. 306 CP.

475 Art. 192 cpv. 1.

476 Art. 191 cpv. 1.

477 M cfr. 5.10.3 ad art. 189 D p. 6699; CHRISTOPH LEUENBERGER, Parteibefragung und Beweisaussage im Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Michael Leupold/David

ziativa di ordinare la deposizione al giudice, negando a controparte la facoltà di chiederla, mentre tale limitazione non sussisterebbe per l'interrogatorio.

§ 17 Assistenza giudiziaria fra tribunali svizzeri

Nell'assistenza giudiziaria fra tribunali di ogni Cantone si concretizza e si esprime con massima chiarezza la semplificazione cercata con l'adozione della nuova procedura unificata.⁴⁷⁸ Va pertanto da sé che i tribunali di tutto il Paese debbano prestarsi assistenza reciproca⁴⁷⁹ ed abbiano facoltà di comunicare direttamente fra di loro.⁴⁸⁰ Il termine di assistenza giudiziaria reciproca esprime due concetti: esso significa, in senso lato, che ogni tribunale svizzero⁴⁸¹ può esperire atti giudiziari in un altro Cantone;⁴⁸² d'altro lato, l'assistenza giudiziaria in senso stretto autorizza un tribunale a chiedere ad un altro tribunale⁴⁸³ di eseguire per suo conto un determinato atto.⁴⁸⁴ In quest'ultimo caso, il tribunale richiesto potrà chiedere il rimborso delle proprie spese sostenute.⁴⁸⁵ La scelta sul modo di procedere spetta al tribunale richiedente. Esso deciderà verosimilmente in base a motivi di opportunità pratica: ad esempio sulla scorta della lingua del teste che si vuole sentire al proprio domicilio,⁴⁸⁶ oppure in considerazione della distanza.

§ 18 Tentativo di conciliazione

I. Campo d'applicazione

1. Regola

Caratteristica importante della nuova procedura civile unificata è la divisione fra procedura decisionale e procedura di conciliazione, con la seconda che obbligatoriamente precede la prima. Lo scopo, scontato, è quello di limitare le

Rüetschi/Demian Stauber/Meinrad Vetter (ed.), *Der Weg zum Recht*, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, p. 47–64, cfr. 5.5 p. 61 seg.

478 Questo capitolo della legge è in sintesi la codificazione del corrispondente concordato, CommCN 15/16 novembre 2007 p. 4.

479 Art. 194 cpv. 1.

480 Art. 194 cpv. 2.

481 I rapporti con autorità giudiziarie estere sono retti dalla LDIP e da eventuali trattati, art. 2.

482 In particolare tenere udienze ed assumere prove, art. 195 seconda frase.

483 Con ciò, inteso un tribunale di altro Cantone, ma anche del medesimo Cantone: l'assistenza giudiziaria tra tribunali svizzeri prescinde ormai dall'esistenza delle frontiere cantonali, sicché vengono a cadere anche le attuali norme intracantonali, v. anche M cfr. 5.11.

484 Art. 196 cpv. 1.

485 Art. 196 cpv. 3; dalla contrapposizione degli artt. 196 e 195 parrebbe lecito dedurre che la mera messa a disposizione dei locali e del personale ausiliario debba essere gratuita.

486 Art. 170 cpv. 3.

procedure contenziose e le spese delle parti; ma non indifferente deve essere stato per il legislatore pure il pensiero che una conciliazione coronata da successo è sovente meglio accolta che non una decisione autoritativa.⁴⁸⁷

2. *Eccezioni*

a. *Per materia*

Anche nella sua concretizzazione nel nuovo CPC, l'imposizione della procedura conciliativa preventiva⁴⁸⁸ è tuttavia relativizzata dall'ampio catalogo di materie per le quali il principio non vale: nella procedura sommaria, coerentemente con la natura delle vertenze che vi sono sottoposte, che esigono una soluzione rapida e fondata su un esame, appunto, sommario dei fatti,⁴⁸⁹ e per quelle vertenze per le quali il diritto federale prevede un'istanza cantonale unica;⁴⁹⁰ per le cause sullo stato delle persone, ovviamente inaccessibili a una qualsiasi soluzione di compromesso;⁴⁹¹ per le cause di divorzio e di scioglimento dell'unione domestica registrata;⁴⁹² questa riserva, a prima vista sorprendente trattandosi di cause che per definizione offrono parecchie possibilità di compromesso, almeno sugli effetti accessori, si spiega con l'esistenza di meccanismi conciliativi che mette a disposizione il diritto materiale, e con i quali la procedura preventiva di conciliazione appare incompatibile nella sua attuazione;⁴⁹³ per una serie di azioni rette dalla LEF⁴⁹⁴ oggi condotte in procedura accelerata.⁴⁹⁵

487 M cfr. 3.2.1 p. 6613; v. anche M cfr. 5.12. Il Messaggio rammenta che la maggior parte dei codici di procedura civile cantonali conoscono la conciliazione, M cfr. 5.13 ad art. 194 D p. 6700.

488 Art. 197.

489 Art. 198 lit. a.

490 Art. 198 lit. f. Non si può conciliare senza disporre delle conoscenze specialistiche che caratterizzano l'istanza unica, M cfr. 5.13 ad art. 195 D p. 6701. Il CS ha completato la lit. f aggiungendovi i casi di istanza cantonale unica facoltativa. Per contro, la procedura conciliativa non è esclusa nelle vertenze per le quali può essere istituita un'istanza cantonale unica sulla base dell'art. 7; per l'azione diretta avanti all'istanza cantonale superiore, art. 8, una rinuncia può essere pattuita, art. 199 cpv. 1.

491 Art. 198 lit. b.

492 Art. 198 litt. c e d. Il CS aveva proposto, a strettissima maggioranza (BU CS 2007 p. 518 seg.), di limitare l'eccezione alle procedure di divorzio e scioglimento dell'unione domestica registrata su richiesta comune. Il tentativo è fallito (BU CN 2008 p. 947/951).

493 V. anche M cfr. 5.13 ad art. 195 D.

494 Art. 198 lit. e.

495 Art. 25 cpv. 1 LEF, che viene abrogato. L'azione di disconoscimento del debito (art. 198 lit. e cfr. 1) è stata aggiunta dal CN in considerazione delle similitudini con l'azione creditoria ordinaria (CN Sommaruga, BU CN 2008 p. 948/951), le cui esigenze di celerità sono state considerate dal legislatore come prevalenti (M cfr. 5.13 ad art. 195 D).

b. Intervento di nuova parte

Non sussiste, da ultimo, obbligo di procedura conciliativa in tutti quei casi in cui vi è successivo intervento di nuova parte in un'azione già avviata,⁴⁹⁶ ovvero in caso di intervento principale,⁴⁹⁷ di azione di chiamata in causa⁴⁹⁸ e di domanda riconvenzionale.⁴⁹⁹

c. Termine giudiziale

Su iniziativa del CS è stato aggiunto il caso del termine per proporre azione impartito dal giudice – segnatamente chiamato ad emanare misure provvisoriali.⁵⁰⁰

d. Caso particolare della disdetta ex art. 274g CO

CS Hofmann ha proposto, in occasione del dibattito in Parlamento, di integrare all'art. 195 del Disegno, quale suo cpv. 2, l'attuale art. 274g CO, sollevando una vivace discussione. Ha poi ritirato la propria proposta,⁵⁰¹ preso atto che sarebbe stata ridiscussa in CN. La Camera bassa l'ha infatti adottata.⁵⁰² Il successivo ulteriore dibattito al Consiglio degli Stati ha permesso di evidenziare che la regola specifica relativa alla procedura in materia di locazione, sinora contenuta nell'art. 274g CO, sarà sostituita, nei casi manifesti, dalla procedura sommaria a tutela degli stessi,⁵⁰³ mentre i casi non manifesti seguiranno l'iter ordinario, che prende avvio avanti all'autorità di conciliazione.⁵⁰⁴ Viene così anche a cadere la distinzione fra disdetta ordinaria e straordinaria,⁵⁰⁵ sostituita dal più appropriato criterio dell'evidenza del diritto.⁵⁰⁶

e. Rinuncia convenzionale

La professionalità di parti confrontate con vertenze di carattere patrimoniale di una certa entità è tenuta in considerazione dal legislatore con la possibilità, per esse, di rinunciare convenzionalmente alla procedura di conciliazione.⁵⁰⁷ È, in-

496 Art. 198 lit. g.

497 Art. 73.

498 Art. 81 s.

499 Art. 94; qui, è la parte convenuta che assume in un secondo tempo un nuovo ruolo processuale. Non sono menzionati l'intervento adesivo e la denuncia di lite (artt. 74 sgg. risp. 78 sgg.).

500 Art. 198 lit. h; CS Inderkum, BU CS 2007 p. 519.

501 BU CS 2007 p. 519–521.

502 BU CN 2008 p. 947/951.

503 Art. 257.

504 CS Janiak, BU CS 2008 p. 727; v., per il CN, CN Thanei e CF Widmer-Schlumpf, BU CN 2008 p. 1627–1628.

505 CS Janiak, BU CS 2008 p. 727; CN Lüscher, BU CN 2008 p. 1628.

506 CN Fluri, BU CN 2008 p. 1628.

507 Art. 199 cpv. 1. L'incondizionata costituzione in giudizio («vorbehaltlose Einlassung») è formalmente sufficiente, M cfr. 5.13 ad art. 196 D. Una precisazione volta ad escludere espressamente la possibilità di rinuncia alla conciliazione in vertenze in tema di locazione è stata respinta siccome superflua dal CN, BU CN 2008 p. 952.

vece, lasciato all'arbitrio dell'attore se adire la procedura di conciliazione nei casi in cui il convenuto non sia immediatamente reperibile⁵⁰⁸ e per le azioni fondate sulla legge sulla parità dei sessi.⁵⁰⁹

II. Autorità di conciliazione

1. *Composizione*

Nel CPC non vi sono norme sulla composizione delle autorità di conciliazione; si tratta, infatti, di norme pertinenti all'organizzazione giudiziaria, come prima di competenza cantonale.⁵¹⁰ Non deve essere necessariamente un'autorità giudiziaria in senso stretto, ma deve essere assolutamente indipendente dall'amministrazione;⁵¹¹ deve invece essere autorità giudiziaria se il Cantone vorrà attribuirle anche la facoltà di decidere in assenza di una richiesta dell'attore.⁵¹² Sono formulati, per contro, requisiti minimi di composizione delle autorità conciliative paritetiche, che intervengono in vertenze in materia di locazione e affitto⁵¹³ e, salvo rinuncia della parte attrice,⁵¹⁴ di parità dei sessi;⁵¹⁵ queste autorità prestano anche consulenza giuridica⁵¹⁶ e possono formulare proposte di giudizio.⁵¹⁷

2. *Compiti*

È, poi, descritto lo scopo che devono perseguire queste autorità di conciliazione: non conciliare a ogni costo, bensì spiegare alle parti la situazione giuridica e spingerle ad agire conformemente,⁵¹⁸ ponendo cura nel gestire in maniera

508 Art. 199 cpv. 2 litt. a e b; in questi casi non dovranno verosimilmente essere poste in atto quelle ricerche dichiarate obbligatorie prima della comunicazione editale, art. 141 cpv. 1 litt. a e b, anche perché qui la decisione spetta al solo attore.

509 Art. 199 cpv. 2 lit. c; corrisponde all'art. 11 LPar (RS 151.1), che può essere abrogato.

510 Art. 3.

511 M cfr. 5.13 ad art. 194 D p. 6700 seg.

512 V. infra § 19.IV.3.

513 Art. 200 cpv. 1. Il CS ha stralciato dalla lista del cpv. 1 le controversie sull'affitto agricolo e l'esigenza di considerare le differenti categorie di locatori – distinzione ignota nel diritto materiale (CS Inderkum, BU CS 2007 p. 522; CN Fluri, BU CN 2008 p. 953). Il tentativo del CN di fissare nella legge unicamente l'esigenza di rappresentanza paritetica di uomini e donne, lasciando ai cantoni la facoltà di prevedere ulteriori parità (BU CN 2008 p. 953), è per contro fallito in seguito all'opposizione del CS, che temeva complicazioni per i Cantoni nella definizione di tali autorità di conciliazione (CommCS 26/27 giugno 2008 p. 16; BU CS 2008 p. 727 seg.).

514 Art. 199 cpv. 2 lit. c.

515 Art. 200 cpv. 2.

516 Art. 201 cpv. 2; e contrario non le altre autorità, a meno che non lo preveda il diritto cantonale, M cfr. 5.13 ad art. 198 D.

517 Art. 210 sgg.

518 M cfr. 5.13 ad art. 198 D.

informale l'udienza, addirittura includendo nella discussione anche questioni litigiose estranee alla causa.⁵¹⁹

§ 19 Procedura di conciliazione

I. Avvio della procedura

1. Istanza

La parte che desidera – rispettivamente deve – adire l'autorità di conciliazione deve farne istanza alla medesima.⁵²⁰ Può farlo secondo le forme cartacea o elettronica esposte all'art. 130,⁵²¹ ma può anche limitarsi a presentarne istanza orale, che verrà verbalizzata.⁵²² Il contenuto è limitato allo stretto essenziale: controparte, domanda e oggetto litigioso.⁵²³ L'istanza è immediatamente intimata a controparte, con contestuale citazione all'udienza di conciliazione.⁵²⁴

2. Risposta

Controparte non ha facoltà di esprimersi per iscritto: lo farà, oralmente, all'udienza di conciliazione. Eccezione è prevista per la procedura avanti alle autorità paritetiche di conciliazione per questioni di locazione, affitto o parità dei sessi giusta l'art. 200 CPC: qui può essere ordinato uno scambio di allegati quando si prospetti la possibilità che l'autorità formuli una proposta di giudizio.⁵²⁵ Si noterà che uno scambio di allegati non è invece previsto per le cause patrimoniali con valore massimo di fr. 5 000, nelle quali l'autorità ha pure facoltà di formulare una proposta di giudizio,⁵²⁶ né per quelle con valore massimo di fr. 2 000, nelle quali l'attore può chiedere all'autorità di conciliazione di giu-

519 Art. 201 cpv. 1 seconda frase.

520 Art. 202 cpv. 1 prima frase.

521 Art. 202 cpv. 1 seconda frase initio.

522 Art. 202 cpv. 1 seconda frase.

523 Art. 202 cpv. 2; quest'ultimo, da intendersi verosimilmente come una sommaria descrizione della fattispecie invocata, ad esempio: domanda di fr. 15 000 in base a rapporto di lavoro. La descrizione deve essere comunque sufficiente per individuare il litigio, dato che l'inoltro dell'istanza di conciliazione crea litispendenza, art. 62 cpv. I e M cfr. 5.13 ad art. 199 D.

524 Art. 202 cpv. 3.

525 Art. 202 cpv. 4. Uno scambio preventivo di scritti è solo eccezionalmente ammissibile. La formula risale al dibattito avanti al Consiglio nazionale e rappresenta un compromesso fra coloro che volevano introdurre una generica possibilità di ordinare uno scambio di allegati e coloro che la volevano escludere del tutto (CN Stamm rispettivamente CN Thanei, BU CN 2008 p. 954 seg.); lascia intendere che la facoltà dovrà essere utilizzata restrittivamente. Non si parla, a questo stadio, di domande riconvenzionali, JACQUES HALDY, Les procédures spéciales, in: Die neue Schweizerische ZPO, Anwaltsrevue 8/2008 p. 327–332, cfr. II.4.b p. 328.

526 Art. 210 cpv. 1 lit. c.

dicare nel merito:⁵²⁷ ne fa fede, per quest'ultimo caso, l'espressa designazione della procedura orale.⁵²⁸

II. Udienza

1. *Termini*

L'istanza di conciliazione ha due mesi di tempo per indire e tenere l'udienza. Quello di due mesi è presumibilmente un termine d'ordine, anche perché il suo mancato rispetto può avere quale conseguenza pratica al più un reclamo per ritardata giustizia. Il termine decorre, a seconda di come si sia svolta la procedura di conciliazione, dal ricevimento dell'istanza o dalla chiusura dell'eventuale scambio di allegati nelle procedure avanti alle autorità paritetiche di conciliazione.⁵²⁹ Con l'accordo delle parti, l'autorità di conciliazione può anche tenere più udienze;⁵³⁰ tuttavia, la durata massima della procedura di conciliazione non deve eccedere i dodici mesi⁵³¹ – anche questo presumibilmente termine d'ordine.

2. *Pubblicità; assunzione di prove*

L'udienza di conciliazione non è pubblica; l'autorità paritetica di conciliazione che procede in base all'art. 197 può tuttavia eccezionalmente disporre altrimenti, se ritiene che sussista un interesse pubblico;⁵³² la precisazione «in tutto o in parte» è verosimilmente da intendersi nel senso che la pubblicità può essere ordinata anche solo per una parte delle udienze,⁵³³ oppure con riferimento ad un pubblico qualificato.⁵³⁴ All'udienza, l'autorità di conciliazione prende visione dei documenti; può inoltre procedere a un'eventuale ispezione oculare.⁵³⁵ Prove di altra natura – segnatamente, è da presumersi, testi, ma anche ispezioni oculari non eseguibili in sede d'udienza – possono essere proposte unicamente alla duplice condizione – cumulativa – che la procedura di conciliazione in corso

527 Art. 212 cpv. 1.

528 Art. 212 cpv. 2.

529 Art. 203 cpv. 1 in combinazione con gli artt. 202 cpv. 4 e 200. Con riferimento a quest'ultima variante, ci si può chiedere se con «chiusura dello scambio di scritti» si debba intendere l'invio, eventualmente la ricezione, dell'ultimo allegato, o se invece sia indispensabile una formale decisione di chiusura della procedura avanti alle autorità paritetiche di conciliazione.

530 Art. 203 cpv. 4 prima frase.

531 Art. 203 cpv. 4 seconda frase.

532 Art. 203 cpv. 3.

533 Ad esempio per certi testi e non per altri, oppure esclusa per la lettura di documenti riservati.

534 Ad esempio i soli giornalisti.

535 Art. 203 cpv. 2 prima frase. Il testo definitivo della norma sembra sottintendere che l'ispezione oculare vada eseguita sul momento e possa di conseguenza riferirsi unicamente a oggetti mobili producibili in sede d'udienza, a meno che non trovino applicazione le eccezioni fondate sugli artt. 210 e 212.

possa sfociare in una decisione ex art. 212 oppure in una proposta di giudizio ex art. 210, e che la loro assunzione non ritardi eccessivamente la procedura di conciliazione.⁵³⁶ Si sarà notato che la formulazione di quest'ultima frase fa appello a concetti assai indeterminati: sarà allora la prassi a dover dire cosa si intenda per «eccessivo» ritardo della procedura, rispettivamente se si possa dire che una proposta di giudizio o una decisione entrino veramente «in linea di conto» qualora appaiano solo vagamente possibili, oppure concretamente probabili. Di fatto, determinate prove si possono probabilmente già escludere: si pensi a laboriose perizie, oppure all'escussione di testi in rogatoria.⁵³⁷ Non va comunque dimenticata la finalità essenziale della procedura di conciliazione, seppur con possibilità rispettivamente facoltà decisionale o di proposta: l'Esecutivo⁵³⁸ relativizza la portata della procedura probatoria in questa sede, elevando a regola l'assenza di una tale procedura.

3. *Obbligo di comparizione personale; assistenza; rappresentanza*

Caratteristica della procedura di conciliazione è l'obbligo di comparizione personale delle parti: la loro assenza costringe a formulare proposte, impartire termini di valutazione, e tutto ciò porta sovente a ripensamenti e rifiuti della proposta conciliativa in un secondo tempo. Per evitare questi inconvenienti e favorire al massimo la conclusione di accordi bonali, per la nuova legge la comparizione personale è la regola.⁵³⁹ Seppur debbano comparire personalmente, le parti possono farsi assistere da patrocinatori o da una (o più) persone di fiducia.⁵⁴⁰ In procedura di conciliazione, quindi, queste persone non possono sostituirsi alla parte, e dunque «rappresentarla» in senso stretto. Una tale rappresentanza in senso stretto è possibile solo per parti non tenute a comparire personalmente, che la legge raggruppa in tre categorie: chi è domiciliato fuori Cantone o all'estero,⁵⁴¹ chi è impedito per malattia, età avanzata o altri gravi motivi,⁵⁴² infine determinate categorie di parti usualmente coinvolte in controversie giudicate secondo l'art. 243 in procedura semplificata.⁵⁴³ Si tratta delle controversie patrimoniali con valore di causa inferiore ai fr. 30 000.—⁵⁴⁴ o fondate su determinate leggi,⁵⁴⁵ nelle quali al singolo sono sovente contrapposte grandi organizzazioni (il datore di lavoro, l'assicuratore, il locatore che agisce per il tramite di un'amministrazione di stabili) che sono solite agire per il tra-

536 Art. 203 cpv. 2 seconda frase.

537 Certamente di testi all'estero, forse non di testi extracantonali.

538 M cfr. 5.13 ad art. 200 D p. 6703.

539 Art. 204 cpv. 1.

540 Art. 204 cpv. 2.

541 Art. 204 cpv. 3 lit. a.

542 Art. 204 cpv. 3 lit. b.

543 Art. 204 cpv. 3 lit. c.

544 Art. 243 cpv. 1.

545 Art. 243 cpv. 2 litt. a–f.

mite di un dipendente, dunque non loro organo; la norma del CPC in discussione⁵⁴⁶ fornisce una chiara base legale a tali rapporti di rappresentanza processuale, ma pone nel contempo la condizione che il rappresentante sia autorizzato per scritto a concludere una transazione – anche qui è evidente la preoccupazione di favorire al massimo la composizione bonale della vertenza, evitando sospensioni e rinvii nocivi a tal fine. Infine, se una parte impedita a comparire personalmente si fa rappresentare,⁵⁴⁷ controparte deve esserne messa al corrente.⁵⁴⁸ Lo scopo di quest'ultima norma sembra essere quello di garantire alla parte che compare personalmente la parità delle armi, che potrà realizzare assicurandosi l'assistenza che riterrà opportuna.⁵⁴⁹

4. *Verbale*

Per garantire alle parti la libertà di fare concessioni senza essere vincolate in caso di insuccesso della procedura conciliativa, le loro dichiarazioni non vengono verbalizzate.⁵⁵⁰ Il Codice prevede un'eccezione⁵⁵¹ per i casi in cui l'autorità di conciliazione può formulare una proposta di giudizio rispettivamente una decisione.⁵⁵² Nella mente del legislatore, deve trattarsi di una verbalizzazione sommaria e a posteriori: una proposta volta ad obbligare l'autorità di conciliazione a verbalizzare sin dall'inizio le affermazioni delle parti in caso di (possibile) decisione è stata bocciata in Commissione.⁵⁵³

III. Conclusione della procedura di conciliazione

1. *Assenza di parte*

L'assenza ingiustificata dell'attore⁵⁵⁴ o di entrambe le parti⁵⁵⁵ fa decadere l'istanza siccome divenuta priva d'oggetto; il fatto che nel primo caso si debba parlare di ritiro dell'istanza⁵⁵⁶ non ha conseguenza alcuna, nemmeno sulle

⁵⁴⁶ Art. 204 cpv. 3 lit. c. Le modifiche del testo proposte dal CS sono considerate di natura redazionale (CS Inderkum, BU CS 2007 p. 523; CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 43) e non cambiano il senso della proposta del CF (Art. 201 cpv. 3 D).

⁵⁴⁷ «Rappresentare» e non «assistere», a conferma che l'art. 204 cpv. 4 si riferisce unicamente ai casi di cui al cpv. 3.

⁵⁴⁸ Art. 204 cpv. 4.

⁵⁴⁹ Art. 204 cpv. 2.

⁵⁵⁰ Art. 205 cpv. 1.

⁵⁵¹ Art. 205 cpv. 2.

⁵⁵² Artt. 210 e 212.

⁵⁵³ CommCN 15/16 novembre 2007 p. 61 sgg.

⁵⁵⁴ Art. 206 cpv. 1.

⁵⁵⁵ Art. 206 cpv. 3.

⁵⁵⁶ Art. 206 cpv. 1.

spese, che restano a carico dell'attore.⁵⁵⁷ L'assenza ingiustificata della sola parte convenuta, per contro, equivale alla mancata conciliazione.⁵⁵⁸

2. *Successo della conciliazione*

Se la procedura di conciliazione ha successo, la messa a verbale dell'esito (acquiescenza, desistenza⁵⁵⁹ o transazione)⁵⁶⁰ acquisisce forza di cosa giudicata equivalente a quella di una decisione.⁵⁶¹ Ciò significa che una nuova causa, inclusa una nuova procedura di conciliazione, sarà preclusa dall'effetto di res iudicata. Inoltre, la transazione – rispettivamente la dichiarazione di acquiescenza o desistenza – potrà essere impugnata unicamente tramite revisione.⁵⁶² In proposito, diviene problematica l'assenza di verbale:⁵⁶³ in uno con il carattere succinto dell'istanza,⁵⁶⁴ tale assenza renderà difficile circoscrivere i fatti determinanti per valutare la res iudicata. Spetterà allora alla giurisprudenza trovare una soluzione: essa potrebbe consistere in un'istanza più completa, oppure nell'offrire una verbalizzazione più esauriente dell'esito, che tenga conto anche di questa esigenza.

3. *Mancata intesa*

In caso di mancata intesa, l'autorità di conciliazione verbalizza l'esito della procedura⁵⁶⁵ e rilascia alla parte attrice un'autorizzazione ad agire avanti all'autorità giudiziaria.⁵⁶⁶ Il CN ha deciso di menzionare separatamente il locatore⁵⁶⁷ dall'attore.⁵⁶⁸ Il significato della modifica è quello di riprendere il diritto vigente, che nelle controversie relative all'aumento della pigione o del fitto attribuisce il ruolo di parte attrice al locatore.⁵⁶⁹ Ha inoltre fissato in tre mesi la validità dell'autorizzazione ad agire⁵⁷⁰ e precisato che il termine è di 30 giorni per

557 Art. 207 cpv. 1 litt. a e b.

558 Art. 206 cpv. 2. Secondo il M, cfr. 5.13 ad art. 203 D, in tal caso entra in linea di conto una proposta di giudizio o una decisione. È lecito un certo scetticismo sulla possibilità di procedere in tal modo senza previo avvertimento esplicito alle parti; al più, si può considerare la possibilità che l'attore chieda una decisione nei casi previsti all'art. 212 cpv. 1 – facoltà che gli spetta unilateralmente.

559 Desistenza dall'azione, non dalla conciliazione, M cfr. 5.13 ad art. 205 D.

560 Art. 208 cpv. 1.

561 Art. 208 cpv. 2.

562 M cfr. 5.13 ad art. 205 D, con rinvio all'art. 328 cpv. 1 lit. c.

563 Art. 205 cpv. 1.

564 Art. 202 cpv. 2.

565 Art. 209 cpv. 1.

566 Art. 209 cpv. 2.

567 Art. 209 cpv. 1 lit. a.

568 Art. 209 cpv. 1 lit. b.

569 CN Thanei, BU CN 2008 p. 957; CS Janiak, BU CS 2008 p. 728.

570 Art. 209 cpv. 3.

le controversie in materia di affitto, rimanendo riservati gli altri termini speciali d'azione previsti dalla legge o dal giudice.⁵⁷¹

4. *Spese della procedura di conciliazione*

Come già accennato, il nuovo CPC mette le spese della procedura di conciliazione⁵⁷² a carico dell'attore, se la conciliazione fallisce;⁵⁷³ la conciliazione fallisce quando l'istanza è ritirata, l'attore o entrambe le parti non compaiono, ma anche quando l'autorità è costretta a rilasciare l'autorizzazione ad agire. Tale messa a carico è tuttavia provvisoria: se l'attore inoltrerà la causa per tempo,⁵⁷⁴ la messa a carico delle spese – anche quelle della procedura di conciliazione – avverrà col merito.⁵⁷⁵ In queste regole sulle spese trova espressione il fatto che la procedura di conciliazione ha la funzione di condizione preliminare ad agire, che deve essere adempiuta dalla parte attrice. Non è regolata la messa a carico delle spese in caso di successo della procedura di conciliazione. Ora, posto che non è menzionato da nessuna parte che tale procedura sia gratuita,⁵⁷⁶ ciò significa che le parti devono accordarsi espressamente anche sulle spese.⁵⁷⁷ In ogni caso, l'autorità di conciliazione non ha alcun potere decisionale a tal proposito.⁵⁷⁸

IV. **Poteri decisionali dell'autorità di conciliazione**

1. *Decisione su richiesta unilaterale*

L'autorità di conciliazione ha pure poteri decisionali. Limitati se visti in astratto, essi saranno tuttavia assai importanti in termini quantitativi: la competenza di giudizio copre vertenze di natura patrimoniale, indifferentemente dalla materia, fino ad un valore di causa inferiore o uguale a fr. 2 000.–, a semplice richiesta della parte attrice.⁵⁷⁹ Peraltro, la formulazione potestativa del testo di legge lascia comprendere che la facoltà decisionale⁵⁸⁰ è lasciata all'arbitrio dell'autorità di conciliazione anche qualora siano adempiuti i requisiti dell'art. 212 cpv. 1, ovvero parte attrice abbia formulato richiesta di giudizio sul fondo: ciò

571 Art. 209 cpv. 4; art. 83, 279 LEF, l'azione di convalida di un provvedimento cautelare; M cfr. 5.13 ad art. 206 D.

572 Art. 113.

573 Art. 207 cpv. 1.

574 Art. 209 cpv. 3 e 4.

575 Art. 207 cpv. 2.

576 Art. 113 e contrario.

577 Come prevede espressamente l'art. 109 cpv. 1 per la transazione giudiziaria.

578 Diversamente da quanto è il caso per l'art. 109 cpv. 2; in tal senso va relativizzato il rinvio a tale norma nel M cfr. 5.13 ad art. 204 D.

579 Art. 212 cpv. 1.

580 Di principio problematica, visto il duplice carattere che conferisce all'autorità di conciliazione, CommCN 15/16 novembre 2007 p. 64.

può essere spiegato con la necessità di evitare l'appesantimento della procedura di conciliazione in casi in cui la fattispecie non sia immediatamente determinabile e, nel contempo, di garantire nelle medesime circostanze la conduzione di una procedura probatoria rispettosa dei dettami del Titolo decimo.⁵⁸¹

2. *Proposta di giudizio*

Per altre vertenze patrimoniali con valore di causa superiore ai fr. 2 000 (dunque fr. 2 000.– non bastano) ed inferiore o uguale a fr. 5 000.–,⁵⁸² come pure in tema di parità dei sessi e per questioni scelte in materia di locazione e affitto,⁵⁸³ l'autorità di conciliazione può sottoporre alle parti una proposta di giudizio,⁵⁸⁴ eventualmente motivata in termini succinti.⁵⁸⁵

In tal caso, sta alle parti attivarsi: se nessuna di esse intraprende nulla, la proposta acquisisce valore di decisione;⁵⁸⁶ se, invece, una di loro rifiuta la proposta⁵⁸⁷ entro 20 giorni, l'autorità di conciliazione ne prende atto⁵⁸⁸ e rilascia l'autorizzazione ad agire.⁵⁸⁹ Il testo dell'art. 211 adottato dal CN⁵⁹⁰ mette in evidenza che nelle vertenze elencate all'art. 210 cpv. 1 lit. b, l'onere di adire il giudice grava sulla parte che ha rifiutato la proposta di giudizio. Introduce poi un'eccezione al principio secondo il quale, una volta formulata opposizione, la proposta di giudizio decade:⁵⁹¹ nelle controversie in materia di locazione e affitto ai sensi dell'art. 210 cpv. 1 lit. b, la proposta di giudizio torna ad essere vincolante se l'azione non viene proposta tempestivamente.⁵⁹² Si vuole così dare alla parte che aveva originariamente rifiutato la proposta una seconda opportunità di aderire alla soluzione sviluppata dall'autorità di conciliazione. Di natura poco più che redazionale, la precisazione all'art. 211 cpv. 1 secondo la quale fa stato la comunicazione scritta. Precauzione essenziale è che le parti vengano avvertite in termini espliciti di cosa comporti la proposta di giudi-

581 Artt. 150–193.

582 Art. 210 cpv. 1 lit. c.

583 Art. 210 cpv. 1 litt. a, b. La protezione da pigioni o fitti abusivi, art. 210 cpv. 1 lit. b, è stata aggiunta dal CN (BU CN 2008 p. 956/958).

584 Art. 210 cpv. 1. Il tentativo di estendere la competenza di giudizio dell'autorità di conciliazione, affrancandola in parte dalla richiesta dell'attore (CN Stamm, BU CN 2008 p. 959), è stato considerato incompatibile con la Costituzione (CF Widmer-Schlumpf e CN Vischer, BU CN 2008 p. 959–960).

585 Art. 210 cpv. 2. La scelta se motivare il giudizio o meno è a esclusiva discrezione dell'autorità: le parti non possono esigerlo, M cfr. 5.13 ad art. 207 D p. 6706.

586 Art. 211 cpv. 1.

587 Anche qui, senza motivazione, art. 211 cpv. 1 ultima frase.

588 Con ciò va verosimilmente inteso che verbalizza il rifiuto ai sensi dell'art. 209 cpv. 1.

589 Art. 211 cpv. 2.

590 BU CN 2008 p. 956–958; CommCN 3/4 aprile 2008 p. 1–7.

591 Art. 211 cpv. 2.

592 Art. 211 cpv. 3.

zio:⁵⁹³ è da ritenere che una violazione di quest'obbligo impedisca alla proposta di giudizio rimasta inoppugnata di acquisire l'efficacia di una decisione.

3. *Autorità di conciliazione e autorità giudiziaria*

L'autorità di conciliazione non sostituisce l'autorità giudiziaria ordinaria per liti fino a fr. 2 000.—, ma vi si affianca per i casi in cui l'attore formuli la richiesta ex art. 212 cpv. 1:⁵⁹⁴ il Cantone deve prevedere un'autorità giudicante per i casi in cui l'attore non faccia richiesta di giudizio all'autorità di conciliazione o quest'ultima declini tale facoltà. Potrà trattarsi anche dell'autorità di conciliazione medesima, se il Cantone avrà attribuito tale compito ad un'autorità giudiziaria quale ad esempio al giudice di pace; prima di procedere in quella veste, tuttavia, l'autorità di conciliazione dovrà chiudere formalmente la procedura conciliativa per mezzo di una regolare autorizzazione a procedere, e dovrà successivamente venire adita dalla parte attrice conformemente alle regole vigenti per la procedura decisionale.⁵⁹⁵

§ 20 Mediazione

I. Campo d'applicazione

Esiste un'alternativa alla procedura ufficiale di conciliazione: si tratta del ricorso alla mediazione privata. Il Titolo dedicato alla mediazione ha fatto oggetto di approfondite discussioni in Parlamento, vertenti non sull'utilità della mediazione come tale, bensì essenzialmente sull'opportunità di istituzionalizzarla quale capitolo del nuovo CPC.⁵⁹⁶ Dopo lunga discussione,⁵⁹⁷ e con il voto preferenziale del Presidente del Consiglio degli Stati, il CS si è adeguato alla proposta del CF, modificandone tuttavia il titolo francese in «Conciliazione mediante mediazione».⁵⁹⁸ Anche in CN non sono mancate voci contrarie per principio all'introduzione della mediazione nel CPC⁵⁹⁹ o che hanno cercato di limitarne il campo d'applicazione;⁶⁰⁰ alla fine ha tuttavia chiaramente prevalso l'opinione secondo la quale l'assoluta facoltatività della mediazione e l'assenza di conseguenze negative per le casse cantonali giustificano il mantenimento

⁵⁹³ Art. 211 cpv. 4.

⁵⁹⁴ M cfr. 5.13 ad art. 209 D.

⁵⁹⁵ DENIS TAPPY, Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance), in: Suzana Lukic (ed.), Le Projet de Code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008, p. 159–233, cfr. II.b.4 p. 186 seg.

⁵⁹⁶ CS Inderkum, BU CS 2007 p. 523.

⁵⁹⁷ CS BU CS 2007 p. 523–528.

⁵⁹⁸ Modifica rimasta nella legge ma inspiegabilmente non ripresa nel testo italiano.

⁵⁹⁹ CN Miesch, BU CN 2008 p. 961; CN Schwander, loc. cit. p. 962.

⁶⁰⁰ CN Stamm, BU CN 2008 p. 960.

delle norme in questione.⁶⁰¹ Il nuovo CPC riserva la possibilità alle parti⁶⁰² di farvi capo in qualsiasi stadio della procedura giudiziale – ed al giudice, di raccomandarla⁶⁰³ –, anche dopo l'avvio della formale procedura decisionale.⁶⁰⁴ La mediazione può sostituire la procedura di conciliazione se le parti ne fanno congiuntamente richiesta⁶⁰⁵ in sede di istanza o di udienza di conciliazione.⁶⁰⁶ All'atto pratico, la procedura di conciliazione deve venire avviata, per essere immediatamente sospesa a favore di una mediazione. Ne discende che il fallimento della mediazione deve essere comunicato all'autorità di conciliazione.

II. Procedura di mediazione

Conformemente alla natura privata della mediazione, la sua organizzazione e attuazione spetta esclusivamente alle parti.⁶⁰⁷ La legge ne sottolinea peraltro l'assoluta indipendenza dal procedimento giudiziale;⁶⁰⁸ congiuntamente con la sua natura confidenziale, ciò ha per conseguenza che ogni dichiarazione delle parti fatta in sede di mediazione non potrà essere tenuta in considerazione in sede giudiziale.⁶⁰⁹ Il legislatore ha – giustamente – deciso di sacrificare le informazioni raccolte in sede di mediazione, come già quelle scaturenti dalla procedura ufficiale di conciliazione,⁶¹⁰ a favore della reale indipendenza delle procedure di composizione bonale, allo scopo di accrescerne le possibilità di successo.

III. Esito della mediazione

1. *Fallimento della mediazione*

La mediazione si sostituisce globalmente alla conciliazione, per cui il fallimento della mediazione porta senz'altro al rilascio dell'autorizzazione ad agire da parte dell'autorità di conciliazione non appena essa viene informata del fallimento della mediazione.⁶¹¹ Va pertanto ammesso che la scelta delle parti di affidarsi ad una mediazione piuttosto che affrontare la procedura ufficiale di conciliazione esclude definitivamente le facoltà decisionali dell'autorità di

601 BU CN 2008 p. 961–963.

602 Art. 213 cpv. 2.

603 Art. 214 cpv. 1.

604 Art. 214 cpv. 3.

605 Art. 213 cpv. 1.

606 Art. 213 cpv. 2.

607 Art. 215.

608 Art. 216 cpv. 1.

609 Art. 216 cpv. 2.

610 Art. 205 cpv. 1.

611 Art. 213 cpv. 3; M cfr. 5.14 ad art. 210 D p. 6709.

conciliazione.⁶¹² Se fallisce una mediazione ordinata dal giudice di merito, la procedura decisionale riprende allo stadio in cui era stata interrotta.⁶¹³

2. *Accordo in sede di mediazione; approvazione*

Raggiunto un accordo in sede di mediazione, le parti congiuntamente possono chiederne l'approvazione; in tal caso, l'accordo acquisisce autorità di cosa giudicata.⁶¹⁴ Secondo l'art. 217 prima frase, l'approvazione va chiesta al giudice: ciò lascerebbe credere che, diversamente da quanto avviene con un accordo concluso avanti a lei, l'autorità di conciliazione non potrebbe approvarlo.⁶¹⁵ Tuttavia, tale conclusione non avrebbe senso, posto che la mediazione si vuole sostituire proprio alla conciliazione. Piuttosto, «giudice» deve essere inteso, qui, come termine più ampio, che ingloba tanto l'autorità di conciliazione quanto il giudice di merito: la ragione dell'utilizzo del termine «giudice» è da ricercarsi verosimilmente nel fatto che la mediazione può essere intrapresa anche nel corso della procedura decisionale.⁶¹⁶

3. *Spese della mediazione*

Infine, si noterà che le spese della mediazione sono a carico delle parti:⁶¹⁷ diversamente da quanto previsto per la conciliazione, non sono poste a carico delle parti secondo una chiave prestabilita.⁶¹⁸ Gratuità della mediazione è prevista dalla legge a favore delle parti indigenti⁶¹⁹ per le cause non patrimoniali in materia di filiazione, ma solo se raccomandata dal giudice.⁶²⁰ Restano riservate, eccezionalmente, disposizioni più favorevoli di diritto cantonale.⁶²¹

612 Artt. 210 e 212. Per contro, l'autorità di conciliazione può approvare l'accordo concluso avanti al mediatore, art. 217 ed il testo che segue.

613 HALDY (nota 525) cfr. II.5 p. 328.

614 Art. 217 seconda frase.

615 Art. 208.

616 Art. 214; M cfr. 5.14 ad art. 214 D p. 6709. V. anche PHILIPP S. GELZER, Die richterliche Genehmigung von in Mediationen erzielten Vereinbarungen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Anwaltsrevue 3/2009 p. 119–122, cfr. IV p. 120; discutibile la proposta dell'autore di estendere la possibilità di approvazione ad accordi conclusi nel corso di una mediazione del tutto avulsa da un procedimento giudiziario, GELZER loc. cit. cfr. III p. 120.

617 Art. 218 cpv. 1.

618 Art. 207; ulteriore motivo per ritenere che la mediazione, nella fase precedente il giudizio, è invero una emanazione della procedura di conciliazione.

619 Art. 218 cpv. 2 lit. a. Trovano applicazione i criteri validi per il gratuito patrocinio, compreso l'eventuale obbligo di rifusione successivo, M cfr. 5.14 ad art. 215 D.

620 Art. 218 cpv. 2 lit. b. Dunque nel corso della procedura decisionale, art. 214, e non quale alternativa alla procedura di conciliazione, art. 213.

621 Art. 218 cpv. 3.

§ 21 Procedura ordinaria

I. Premessa; struttura

Con il Titolo terzo della Parte seconda, il CPC entra nel vivo della procedura in senso stretto, intesa qui come il complesso di regole che scandisce la quotidianità dell'attività forense. È proprio qui, nel decorso della procedura ordinaria, nell'apprendere e porre in atto principi e dettagli del nuovo processo civile, che viene richiesto agli utenti del diritto lo sforzo più importante. Se, discutendo dei singoli passi e mezzi processuali esposti uno per uno nella parte generale, si sono poste in evidenza le particolarità rispetto ad uno status quo comunque già fortemente uniformato da decenni di giurisprudenza federale, si deve ora affrontare un capitolo mai rimesso in discussione al di fuori dei singoli Cantoni – quello dello svolgimento della procedura.

La struttura semplice e lineare della procedura ordinaria vale per analogia anche per tutte le altre procedure.⁶²² Queste sono, nell'ordine, la procedura semplificata⁶²³ e la procedura sommaria.⁶²⁴ Un trattamento a sé meriterebbero le procedure speciali di diritto matrimoniale,⁶²⁵ le norme incentrate sugli interessi dei figli nelle questioni del diritto di famiglia,⁶²⁶ infine quelle dedicate all'unione domestica registrata.⁶²⁷ Il legislatore federale, infatti, ha colto l'occasione offerta dalla promulgazione di un CPC federale per estrarre queste norme procedurali dalla loro attuale imperfetta sede e trasferirle nella loro nuova sede naturale, non senza dedicare loro qualche rilevante attenzione di sostanza. Purtroppo, per questioni di tempo, di spazio e anche di opportunità tematica, una loro analisi non è possibile in questa sede.

II. Scambio di scritti e preparazione del dibattimento

1. *Petizione*

a. *Contenuto*

La procedura ordinaria del nuovo diritto si caratterizza per una suddivisione fra la fase di preparazione del dibattimento, la successiva fase dibattimentale in senso stretto, e quella finale, di decisione. Ognuna di queste fasi persegue uno scopo preciso. La petizione è, come oggi, l'allegato di parte attrice il cui deposito presso la cancelleria del tribunale competente apre la procedura ordinaria.⁶²⁸ La legge spiega dettagliatamente quali informazioni debba obbligatoria-

⁶²² Art. 219.

⁶²³ Titolo quarto, artt. 243–247.

⁶²⁴ Titolo quinto, artt. 248–270.

⁶²⁵ Titolo sesto, artt. 271–294.

⁶²⁶ Titolo settimo, artt. 295–304.

⁶²⁷ Titolo ottavo, artt. 305–307.

⁶²⁸ Art. 220.

mente contenere⁶²⁹ e quali documenti debbano esserle allegati.⁶³⁰ L'elencazione è senza sorprese, in quanto riferita alla designazione delle parti e dei loro rappresentanti, compreso l'obbligo di allegare la procura.⁶³¹ Parimenti ovvio, l'obbligo di formulare una chiara domanda di causa⁶³² e di allegare, se del caso, l'autorizzazione ad agire⁶³³ o la rinuncia alla procedura di conciliazione.⁶³⁴ Si sottolinea l'esigenza di indicare espressamente il valore di lite.⁶³⁵ Dal punto di vista del contenuto, poi, spiccano due elementi: la necessità di un'esposizione dei fatti⁶³⁶ e la mera facoltà – dunque non obbligo – di fornire già in sede di petizione una motivazione giuridica della propria pretesa.⁶³⁷ Infatti, la motivazione delle pretese delle parti è riservata a quelle che si chiamano ora prime aringhe,⁶³⁸ che aprono il dibattimento vero e proprio.

b. Finalità

Ciò lascia intendere che questa prima fase del dibattimento, più che ad introdurre il dibattito giuridico, vuole servire alla raccolta di tutte le informazioni utili per il suo svolgimento, scevre da commenti che ne appesantiscano l'esposizione. Nello stesso senso va letto l'obbligo, formulato in termini inequivocabili, di presentare i fatti ed i relativi mezzi di prova in modo organico, ovvero abbinando, già in sede di petizione, l'enunciazione di un fatto determinato con l'indicazione del mezzo di prova invocato per provare il fatto medesimo;⁶³⁹ coerentemente, alla petizione vanno allegati non solo l'elenco dei mezzi di prova invocati in petizione,⁶⁴⁰ ma anche i documenti invocati come mezzi di prova.⁶⁴¹ La ridotta importanza argomentativa che il nuovo CPC intende attribuire agli allegati introduttivi appare anche dal fatto che un secondo scambio di scritti – le attuali replica e duplica – diventano l'eccezione, della quale le parti possono avvalersi soltanto «se le circostanze lo richiedono».⁶⁴²

629 Art. 221 cpv. 1.

630 Art. 221 cpv. 2.

631 Art. 221 cpv. 1 lit. a e cpv. 2 lit. a.

632 Art. 221 cpv. 1 lit. b.

633 V. art. 209.

634 V. art. 199 cpv. 1.

635 Art. 221 cpv. 1 lit. c.

636 Art. 221 cpv. 1 lit. d.

637 Art. 221 cpv. 3.

638 Art. 228.

639 Art. 221 cpv. 1 litt. d ed e combinate.

640 Art. 221 cpv. 2 lit. d.

641 Art. 221 cpv. 2 lit. c.

642 Art. 225.

2. *Risposta*

Alla risposta si applicano *mutatis mutandis* le regole formali valide per la petizione,⁶⁴³ con la particolarità tuttavia che il convenuto deve espressamente dichiarare se ed in quale misura egli contesta rispettivamente ammette i fatti di petizione.⁶⁴⁴ Benvenuta la precisazione apportata dal CS al testo della norma, secondo la quale il convenuto deve specificare quali fatti esposti dall'attore egli riconosca o contesti. La contrapposizione al testo dell'art. 219 cpv. 2 D mette in evidenza che al convenuto si richiede una presa di posizione puntuale e inequivocabile; contestazioni generiche non sono sufficienti,⁶⁴⁵ ma addirittura inammissibili, ed il relativo fatto è considerato ammesso.⁶⁴⁶ Allo scopo di semplificare lo svolgimento della procedura, il giudice può tra l'altro limitare la risposta a singole questioni.⁶⁴⁷ La mancata produzione di una risposta entro un termine suppletivo⁶⁴⁸ autorizza il giudice a emanare una decisione finale, nella misura in cui la causa sia matura per il giudizio.⁶⁴⁹ Questa formula tiene conto delle cause per le quali vigono i principi inquisitorio⁶⁵⁰ e della non vincolatività delle conclusioni.⁶⁵¹

3. *Udienza istruttoria*

Possibile in qualsiasi momento ed in numero indeterminato,⁶⁵² l'udienza istruttoria deve servire in particolare a preparare il dibattimento,⁶⁵³ tendendo dove possibile a semplificarlo.⁶⁵⁴ Vanno segnalati due punti che saranno verosimilmente causa di discussioni. Il primo consiste nella possibilità conferita alle parti di completare i fatti in sede di udienza istruttoria:⁶⁵⁵ ciò appare in aperta contraddizione con l'obbligo di esporli in sede di petizione⁶⁵⁶ rispettivamente di completarli in sede di dibattimento.⁶⁵⁷ Il secondo punto, strettamente connesso con quello appena menzionato, riguarda l'assunzione delle prove e solleva le medesime perplessità: prevista esplicitamente in coda alle prime arringhe dibat-

643 Art. 222 cpv. 2 prima frase.

644 Art. 222 cpv. 2 seconda frase.

645 CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 47; CS Inderkum, BU CS 2007 p. 528.

646 M cfr. 5.15 ad art. 219 D.

647 Art. 222 cpv. 3.

648 Art. 223 cpv. 1.

649 Art. 223 cpv. 2.

650 Art. 55 cpv. 2.

651 Art. 58 cpv. 2.

652 Art. 226 cpv. 1.

653 Art. 226 cpv. 2; la discussione informale fra le parti ed un eventuale tentativo di composizione bonale della vertenza, *ibid.*, non sono novità.

654 V. art. 125.

655 Art. 226 cpv. 2.

656 Art. 221 cpv. 1 lit. d.

657 Art. 229. Ovvio che per i criteri relativi all'ammissione di nova fa stato l'art. 229: ad un'udienza istruttoria tenuta in un momento successivo, nova non sono comunque più ammissibili.

timentali,⁶⁵⁸ essa può anche avvenire in udienza istruttoria.⁶⁵⁹ Se ne deve dedurre che, contrariamente al chiaro testo di legge che induce a immaginare una visione dogmatica unitaria capace di distinguere fra udienza istruttoria (precedente) e dibattimento (successivo), l'udienza istruttoria non deve tassativamente precedere il dibattimento, ma può anche essere successiva allo stesso, rispettivamente inserita fra due fasi temporalmente distinte del dibattimento.⁶⁶⁰

4. *Domanda riconvenzionale*

Venendo alla domanda riconvenzionale, si nota che essa è possibile unicamente in risposta,⁶⁶¹ a patto che sottostia al medesimo genere di procedura. Un nesso materiale fra le due azioni è necessario solo se la competenza del giudice dell'azione principale si fonda unicamente sul criterio geografico del domicilio o della sede della parte convenuta.⁶⁶² Se il valore di lite dell'azione riconvenzionale è tale da non più rientrare nella competenza del giudice adito con l'azione principale, il tutto è trasmesso al giudice competente per il maggior valore.⁶⁶³ Ciò non deve tuttavia condurre la parte attrice ad una perdita di istanza: pertanto, la riconvenzionale non può far nascere la competenza del tribunale di commercio, istanza cantonale unica.⁶⁶⁴ Alla riconvenzionale l'attore può ovviamente rispondere, ma non con un'ulteriore riconvenzionale.⁶⁶⁵

5. *Mutazione dell'azione*

Importanti divergenze fra il CF ed il Parlamento sono sorte a proposito della mutazione dell'azione, in quanto manifestazione puntuale di un'impostazione radicalmente diversa del dibattimento.⁶⁶⁶ Il CF aveva previsto di regolamentare la mutazione dell'azione in un unico articolo di legge nel capitolo dedicato al dibattimento,⁶⁶⁷ ponendo diverse esigenze a seconda che la mutazione venisse proposta fino al termine delle prime arringhe o dopo. Il CS ha proposto, per contro, due norme distinte per la mutazione dell'azione nella fase preparato-

⁶⁵⁸ Art. 231.

⁶⁵⁹ Art. 226 cpv. 3.

⁶⁶⁰ Anzi, il M cfr. 5.15 ad art. 223 D p. 6712 seg. ritiene auspicabili anche più udienze istruttorie, in qualsiasi momento ed a qualsiasi scopo, non da ultimo per sgravare il collegio giudicante. Nel corso dei lavori parlamentari non si è mancato di far notare che l'art. 226 favorisce in fondo l'avvocato mal preparato, CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 50.

⁶⁶¹ Art. 224 cpv. 1.

⁶⁶² Art. 14; M cfr. 5.15 ad art. 221 D.

⁶⁶³ Art. 224 cpv. 2.

⁶⁶⁴ M cfr. 5.15 ad art. 221 D.

⁶⁶⁵ Art. 224 cpv. 3.

⁶⁶⁶ La CommCN, confrontata con la questione e constatato quanto essa fosse legata al nuovo concetto proposto dal CS, ha dapprima sospeso la discussione (17/18 gennaio 2008 p. 24) per poi continuarla unitamente a quella sui nova (14/15 febbraio 2008 p. 4 sgg.).

⁶⁶⁷ Art. 226 D.

ria⁶⁶⁸ e nella fase dibattimentale.⁶⁶⁹ Il CN si è inizialmente opposto al nuovo sistema, ma l'opposizione, seppur mantenuta da una minoranza fino all'ultimo dibattito,⁶⁷⁰ è stata lasciata cadere dalla Camera bassa.⁶⁷¹ Rispetto al Disegno del CF, la differenza sostanziale è che se proposta nella fase preparatoria, il consenso di controparte alla mutazione dell'azione⁶⁷² permette di soprassedere all'esigenza di un nesso materiale fra la nuova o ulteriore pretesa e quella precedente.⁶⁷³ Il sorpasso della competenza del giudice originariamente adito porta alla trasmissione della causa a quello competente;⁶⁷⁴ una riduzione dell'azione è invece possibile in qualsiasi momento e non porta al trasferimento della causa nemmeno se in astratto dovesse condurre alla competenza di un altro giudice.⁶⁷⁵

III. Dibattimento

1. Impostazione concettuale

Lo svolgimento del dibattimento ha diviso le due Camere del Parlamento. Il CS aveva in particolare proposto di sostituire le prime arringhe con una possibilità, per le parti, di unicamente modificare e completare le proprie allegazioni all'inizio del dibattimento. Traspare dalla proposta un'impostazione radicalmente diversa da quella del CF:⁶⁷⁶ secondo la prima Camera, il grosso delle allegazioni e dell'argomentazione avrebbe dovuto esprimersi negli allegati di causa, ovvero durante lo stadio di preparazione del dibattimento, accentuando maggiormente il principio attitatorio.⁶⁷⁷ Il tentativo del CS di spostare il baricentro del dibattimento è riuscito solo in parte: il CN vi si è opposto,⁶⁷⁸ il CS ha ribadito la propria posizione sottolineando l'esigenza di limitare l'ammissibilità di nova nell'interesse della celerità del procedimento.⁶⁷⁹

668 Art. 227; il marginale italiano è del tutto fuorviante.

669 Art. 230.

670 CN Thanei, BU CN 2008 p. 1629.

671 BU CN 2008 p. 1631.

672 Art. 227 cpv. 1 lit. b.

673 Art. 227 cpv. 1 lit. a.

674 Art. 227 cpv. 2. Si noti il parallelismo con la domanda riconvenzionale, M cfr. 5.15 ad art. 226 D p. 6714; va tuttavia ammesso che il divieto di far perdere in tal modo un'istanza all'attore non valga anche per questa costellazione, posto che la scelta se mutare la propria azione è solo sua.

675 Art. 227 cpv. 3.

676 Art. 224 D; CS Inderkum, BU CS 2007 p. 529.

677 CF Blocher, BU CS 2007 p. 529.

678 BU CN 2008 p. 964; v. CommCN 14/15 febbraio 2008 p. 4–6.

679 CS Janiak, BU CS 2008 p. 728.

2. *Prime arringhe*

Il risultato finale si avvicina al Disegno del CF: rimangono, come sede di esposizione organica dei fatti e del diritto, le prime arringhe.⁶⁸⁰ In realtà, tali arringhe sono quattro, due per parte;⁶⁸¹ sono chiamate prime arringhe unicamente per distinguerle da quelle finali.⁶⁸² Il loro contenuto non è specificato, dunque è lasciato alle parti, salvo su due punti di eminente importanza: la possibilità di proporre nova e di mutare l'azione.⁶⁸³

3. *Nova*

La regolamentazione dei nova si adegua all'impostazione della procedura data dal Parlamento ed è il frutto di una proposta della maggioranza della Commissione del CN, dopo che in occasione del primo dibattito la Camera bassa aveva escluso la completa liberalizzazione dei nova impropri non scusabili.⁶⁸⁴ Anche per la proposta di nova, come già constatato per la mutazione dell'azione,⁶⁸⁵ la scansione temporale non è più, come nel Disegno del CF, fissata con la chiusura delle arringhe iniziali,⁶⁸⁶ bensì con la chiusura della fase preparatoria e di scambio degli allegati: aperto il dibattimento, nova in senso stretto sono ammessi,⁶⁸⁷ nova in senso improprio unicamente se l'omessa tempestiva introduzione nel processo non è imputabile alla parte in fallo.⁶⁸⁸ Resta, ovviamente, l'esigenza che nova vengano immediatamente adottati.⁶⁸⁹ La limitazione di nova in sede dibattimentale vuole anche evitare il pericolo che il dibattimento si trasformi in un party a sorpresa.⁶⁹⁰ Nova in senso improprio sono invece illimitatamente adducibili – dunque anche in caso di negligenza della parte in fallo – se durante la fase di preparazione del dibattimento non ha avuto luogo né un secondo scambio di scritti né un'udienza istruttoria,⁶⁹¹ ed è dunque venuta a mancare alle parti ogni opportunità di integrare quanto esposto negli allegati scritti. Il com-

680 L'art. 228 ha infatti l'identico tenore dell'art. 224 D.

681 Art. 228 cpv. 2.

682 Art. 232.

683 Artt. 229 e 230. In realtà, il testo di legge non fa esplicito riferimento alle prime arringhe. Sembra logico, tuttavia, riferirvisi almeno per i nova, posto l'obbligo di addurre eventuali nova «immediatamente», art. 229 cpv. 1 prima frase. Maggiore elasticità appare proponibile con riferimento alla limitazione dell'azione, visto il rinvio all'art. 227 cpv. 3 espresso all'art. 230 cpv. 2, ma spetterà alla giurisprudenza definire i tempi.

684 Proposta CN Reimann, BU CN 2008 p. 965; contra CN Lüscher, loc. cit. p. 966.

685 Art. 227, 230.

686 Art. 225 cpv. 1 D.

687 Art. 229 cpv. 1 lit. a.

688 Art. 229 cpv. 1 lit. b.

689 Viene opportunamente lasciato cadere il criterio temporale della deliberazione della decisione di cui all'art. 225 cpv. 3 D, tra l'altro criterio di difficile determinazione.

690 CF Widmer-Schlumpf, BU CS 2008 p. 729.

691 Art. 229 cpv. 2.

promesso elaborato dalla Commissione del CN,⁶⁹² subordinato al rispetto di esigenze severe,⁶⁹³ fa emergere ancora una volta il carattere informale e poco vincolante dello scambio di allegati. Con «inizio del dibattimento» è da intendersi nella rispettiva prima arringa.⁶⁹⁴

4. *Mutazione dell'azione*

La mutazione dell'azione durante il dibattimento sottostà alle medesime condizioni sviluppate per la fase predibattimentale;⁶⁹⁵ cumulativamente, tuttavia, essa dovrà allora fondarsi su nuovi fatti e nuovi mezzi di prova.⁶⁹⁶ Il CN si è originariamente opposto alla nuova regolamentazione,⁶⁹⁷ per poi adeguarsi al CS su proposta di una maggioranza della propria Commissione.⁶⁹⁸ Le conseguenze di un aumento del valore litigioso tale da far nascere la competenza per materia di un altro giudice, rispettivamente di una diminuzione del valore litigioso, seguono quanto previsto all'art. 227 cpv. 2 e 3.⁶⁹⁹

5. *Assunzione delle prove*

Volendosi attenere al testo di legge, l'assunzione delle prove è prevista in coda alle prime arringhe,⁷⁰⁰ ovvero in sede di dibattimento. Tuttavia, già si è visto che prove possono essere assunte prima, in sede di udienza istruttoria,⁷⁰¹ senza parlare dell'assunzione a titolo cautelare ex art. 158. Seppur controverso fino all'ultimo, l'art. 231 è stata mantenuto.⁷⁰² In verità, la norma aveva un senso nel progetto originale del CF, con nova e nuove prove ammessi fino alla fine del dibattimento; tutto confluiva nell'assunzione delle prove. Con il nuovo sistema, nel quale i nova sono possibili fino alle prime arringhe e con la possibilità di assumere prove anche in udienza istruttoria, essa non ha più una reale portata.⁷⁰³

692 CommCN 16/17 ottobre 2008 p. 7 seg.

693 CN Aeschbacher, BU CN 2008 p. 1629; CN Lüscher, loc. cit. p. 1630 e CF Widmer-Schlumpf, loc. cit. p. 1630; CS Janiak, BU CS 2008 p. 883.

694 Art. 229 cpv. 2. V. quanto detto a proposito dell'avverbio «immediatamente» dell'art. 229 cpv. 1 prima frase, supra nota 683.

695 Art. 230 cpv. 1 lit. a.

696 Art. 230 cpv. 1 lit. b.

697 BU CN 2008 p. 967, senza motivazione specifica ma nel quadro del dibattito relativo all'impostazione della fase dibattimentale, v. supra § 21.III.3 in e presso nota 684.

698 BU CN 2008 p. 1631 e contrario.

699 Art. 230 cpv. 2.

700 Art. 231.

701 Art. 226 cpv. 3.

702 BU CN 2008 p. 1631. Per lo stralcio CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 52, per il mantenimento Comm CN 16/17 ottobre 2008 p. 7.

703 V. CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 52.

6. *Arringhe finali*

Si passa poi alle arringhe finali. Esse paiono l'inizio della fase decisionale: le parti prendono posizione sulle risultanze probatorie e si esprimono nuovamente sul merito della lite.⁷⁰⁴ Ogni parte ha due arringhe a disposizione.⁷⁰⁵ Ma le parti hanno la possibilità di optare, di comune accordo, per la redazione di una memoria scritta conclusiva in sostituzione delle arringhe finali. Questa unica memoria sarà da presentare entro un termine fissato dal giudice.⁷⁰⁶

7. *Rinuncia al dibattimento*

Sebbene nel dibattimento si concentri, come si è visto, l'essenziale della procedura giudiziaria, le parti possono rinunciarvi.⁷⁰⁷ Ciò significa, contrariamente a quanto si potrebbe pensare alla lettura del relativo commento nel Messaggio, che esse rinunciano non solo all'assunzione di prove – che peraltro possono essere già state assunte in sede di udienza istruttoria⁷⁰⁸ –, ma anche a tutte le loro arringhe.⁷⁰⁹

8. *Mancata comparsa*

Da ultimo, il nuovo CPC indica le conseguenze di una mancata comparsa ingiustificata al dibattimento. Se solo una parte manca, il giudice terrà nondimeno conto degli scritti presentati dalla medesima in corso di procedura; per il resto, potrà tuttavia fondare la propria decisione sugli atti e le allegazioni della parte comparsa.⁷¹⁰ L'espressione «per il resto» sta a dire che il giudice si può fondare sugli atti e allegazioni di controparte unicamente nella misura in cui i medesimi non siano stati contestati dalla parte assente nel quadro degli scritti che il giudice deve considerare. Per certi versi sorprendente è la soluzione del CPC per il caso in cui entrambe le parti non si presentino al dibattimento senza giustificazione, ciò che distingue il presente caso dalla rinuncia ex art. 233. Si sarebbe potuto ritenere scontato che il giudice avrebbe fondato la propria decisione sugli atti e sulle allegazioni regolarmente acquisite fino a quel momento, ammettendo semplicemente una rinuncia delle parti ad esprimersi un'ultima volta. Invece, il CPC statuisce che in tal caso la causa diviene priva d'oggetto,⁷¹¹ viene come tale stralciata dal ruolo, e le spese sono poste a carico delle parti per

704 Art. 232 cpv. 1 prima frase.

705 Art. 232 cpv. 1 terza frase. Il M, cfr. 5.15 ad art. 228 D, pretende, senza riscontro alcuno nel testo di legge, che in tal caso le parti non possano consegnare note scritte complementari.

706 Art. 232 cpv. 2.

707 Art. 233.

708 Art. 226 cpv. 3.

709 Prime, art. 228, e finali, art. 232. TAPPY (nota 595) cfr. III.C.3 p. 209.

710 Art. 234 cpv. 1.

711 Art. 242; senza effetto di cosa giudicata, M cfr. 5.15 ad art. 230 D p. 6715.

metà.⁷¹² Il legislatore, dunque, pare attribuire all'assenza delle parti una valenza di decisione e non di semplice omissione: con la loro contemporanea assenza, concordata o meno che sia, esse – sembra ritenere il CPC – esprimono in termini concludenti il loro maturato disinteresse per un giudizio, che dunque diviene superfluo.

IV. Verbale

Un unico articolo⁷¹³ è dedicato al verbale d'udienza – da non confondersi con il verbale dell'assunzione di testi⁷¹⁴ rispettivamente della deposizione o dell'interrogatorio delle parti.⁷¹⁵ Esso vale per ogni udienza,⁷¹⁶ dunque non solo per le udienze in senso stretto – quelle istruttorie dell'art. 226 –, bensì anche per quella (o quelle) tenute sotto il titolo di dibattimento. L'art. 235 consiste in un elenco delle informazioni che il verbale deve tassativamente contenere.⁷¹⁷ Inoltre, sono annotate le indicazioni delle parti concernenti i fatti,⁷¹⁸ a meno che i fatti non figurino già in altro modo negli atti.⁷¹⁹ È importante notare che la verbalizzazione nel loro contenuto essenziale riguarda unicamente le indicazioni delle parti relative ai fatti, e non altre prese di posizione delle parti: segnatamente le loro conclusioni, istanze e dichiarazioni processuali⁷²⁰ vanno verbalizzate con la massima precisione, condizione essenziale per poterne in seguito censurare la mancata trattazione rispettivamente l'evasione in senso divergente da quanto postulato.⁷²¹ Come già visto, registrazioni video o audio possono aggiungersi, ma non sostituirsi, alla verbalizzazione classica.⁷²² Ovvio pure che sia il giudice a decidere su richieste di rettificazione del verbale.⁷²³

712 Art. 234 cpv. 2.

713 Art. 235.

714 Art. 176.

715 Art. 193.

716 Art. 235 cpv. 1 prima frase.

717 Art. 235 cpv. 1 litt. a–f.

718 Art. 235 cpv. 2; ad esempio quelle fatte in occasione delle arringhe finali, v. art. 232 cpv. 1 prima frase.

719 M cfr. 5.15 ad art. 231 D. La norma appare utopica, atteso che è irrealistico immaginare che il verbalizzante sia in grado di sapere a memoria cosa sia agli atti, a meno di rimandi precisi delle parti.

720 Art. 235 cpv. 1 lit. d.

721 M cfr. 5.15 ad art. 231 D. Ciò non vale per i verbali ex art. 176 e art. 193, preposti a raccogliere unicamente fatti.

722 CS Inderkum, BU CS 2007 p. 530; così anche art. 176 cpv. 2.

723 Art. 235 cpv. 3, mediante disposizione ordinatoria processuale suscettibile di reclamo alle condizioni di cui all'art. 319 lit. b cfr. 2.

V. Decisione

1. *Procedura decisionale*

In questo capitolo, il CPC si esprime unicamente sulla decisione come tale, sul suo contenuto essenziale e sugli aspetti formali della procedura decisionale e della sua notificazione. Tuttavia, come si è già detto, il procedimento è già entrato nella fase decisionale con le arringhe finali rispettivamente lo scambio di memorie conclusive: in questo contesto, le parti propongono al giudice la loro visione della vertenza, sulla scorta di quanto allegato, documentato e altrimenti provato; ma non possono più aggiungere nulla di nuovo. Espressesi le parti, è il turno del giudice di chinarsi sul medesimo materiale, e di decidere. A seconda, deciderà nel merito (ammissione totale/parziale rispettivamente reiezione dell'azione e/o della riconvenzionale) oppure di non entrare nel merito,⁷²⁴ segnatamente in caso di mancanza dei presupposti processuali.⁷²⁵ Sibillina la frase introduttiva dell'art. 236 cpv. 1: «se la causa è matura per il giudizio». Ovviamente, essa non vuole né può relativizzare l'obbligo del giudice di statuire, non essendo data a quest'ultimo la facoltà di rinunciare per non aver maturato il proprio convincimento. Il suo significato è piuttosto da mettere in relazione, verosimilmente, con la possibilità che il CPC conferisce al giudice di emanare una decisione incidentale ai sensi dell'art. 237, ovvero su un aspetto soltanto del giudizio, che è tuttavia di importanza fondamentale per il tutto: scopo è quello di sottoporre,⁷²⁶ su richiesta delle parti, ad un'autorità superiore un aspetto pregiudiziale della vertenza, rimandando l'esame di questioni che diverrebbero senza oggetto qualora la questione pregiudiziale venisse risolta in modo da far decadere per principio l'azione.⁷²⁷ Il meccanismo è dunque quello già noto oggi,⁷²⁸ e pure le condizioni sono le medesime. Questa facoltà per il giudice, peraltro, è nel solco del suo dovere di semplificare la procedura, dovere che gli incombe durante l'intero corso della medesima.⁷²⁹

2. *Elementi della decisione*

L'art. 238 espone gli elementi di cui deve constare la decisione. Si noterà che la motivazione è facoltativa:⁷³⁰ il principio è infatti quello della notificazione della decisione nel suo solo dispositivo,⁷³¹ mitigato dalla possibilità, per il giudice, di

⁷²⁴ Art. 236 cpv. 1.

⁷²⁵ Artt. 59 seg.

⁷²⁶ Indipendentemente dalla decisione finale, art. 237 cpv. 2.

⁷²⁷ Da distinguersi dalla decisione parziale, che ha per oggetto una parte delle domande (cumulo oggettivo delle azioni) rispettivamente la posizione di uno o più litisconsorzi (cumulo soggettivo di azioni, ovvero litisconsorzio), M cfr. 5.15 ad art. 233 D p. 6716.

⁷²⁸ V. art. 93 cpv. 3 LTF.

⁷²⁹ Art. 125.

⁷³⁰ Art. 238 lit. g.

⁷³¹ Art. 239 cpv. 1 lit. b.

consegnare alle parti il dispositivo scritto al dibattimento (qualora esso abbia luogo),⁷³² accompagnandolo con una breve motivazione orale.⁷³³ La consegna di una breve motivazione scritta può essere appropriata in procedura sommaria.⁷³⁴ Se una decisione è notificata senza motivazione, le parti devono attivarsi e chiederla entro dieci giorni. La rinuncia a chiedere la motivazione è interpretata per legge come una rinuncia implicita all'impugnazione della decisione in seconda istanza cantonale⁷³⁵ – diversamente da quanto previsto dal CF, secondo il quale la dichiarazione di appello o l'inoltro di un reclamo avrebbero fatto scattare l'obbligo di motivazione.⁷³⁶ Per l'impugnazione al Tribunale federale fa stato l'art. 112 LTF.⁷³⁷ Se la notificazione della decisione è riservata alle parti, la legge prevede la comunicazione della stessa alle autorità ed a terzi interessati laddove la legge lo preveda o ai fini dell'esecuzione.⁷³⁸ Proprio con riferimento all'esecuzione diretta ordinata dal giudice del merito,⁷³⁹ va sottolineato che essa esige la formulazione di precise conclusioni e la redazione di un dispositivo altrettanto preciso.⁷⁴⁰

VI. Fine del procedimento senza decisione del giudice

Naturalmente, il procedimento può concludersi anche senza decisione se diviene privo d'oggetto,⁷⁴¹ segnatamente in caso di transazione, acquiescenza o desistenza: posto riguardo al fatto che tali accordi transattivi – rispettivamente dichiarazioni di parte – hanno l'effetto di una decisione passata in giudicato,⁷⁴² la loro conclusione va verbalizzata avanti al giudice,⁷⁴³ che provvederà in seguito a stralciare la causa dai ruoli.⁷⁴⁴ Il procedimento diviene privo d'oggetto per altri motivi⁷⁴⁵ in caso di mancata comparizione delle parti al dibattimento,⁷⁴⁶ perdita dell'oggetto litigioso, decesso di una parte in procedura di divorzio e simili.⁷⁴⁷

732 Art. 233.

733 Art. 239 cpv. 1 lit. a.

734 M cfr. 5.15 ad art. 234 D p. 6717.

735 Art. 239 cpv. 2.

736 Art. 235 cpv. 2 lit. b D. Il cambiamento di sistema è da ricondurre alla modifica delle regole di proposizione dell'appello, v. art. 311; CS Inderkum, BU CS 2007 p. 530; v. infra § 25.II.1.

737 Art. 239 cpv. 3.

738 Art. 240; v. artt. 236 cpv. 3 e 337 cpv. 1.

739 Art. 236 cpv. 3, art. 337 cpv. 1.

740 DOMINIK GASSER, Die Vollstreckung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Anwaltsrevue 8/2008 p. 340–346, cfr. 2.2.b p. 342 seg.

741 Art. 242.

742 Art. 241 cpv. 2; eccezione all'art. 65.

743 Art. 241 cpv. 1.

744 Art. 241 cpv. 3.

745 Art. 242.

746 Art. 234 cpv. 2.

747 M cfr. 5.15 ad art. 238 D p. 6717 seg.

§ 22 Procedura semplificata

I. Campo d'applicazione

Con ogni verosimiglianza di ben maggiore impatto pratico della procedura ordinaria sarà la procedura semplificata. La sua applicazione è prevista, senza riguardo al valore di causa, in controversie di ben determinate categorie,⁷⁴⁸ ma soprattutto in tutte le controversie patrimoniali con valore litigioso inferiore a fr. 30 000.–,⁷⁴⁹ salvo per quelle giudicate in istanza cantonale unica oppure deferite dalle parti al tribunale commerciale.⁷⁵⁰

II. Procedura

1. Azione

La procedura semplificata può essere inoltrata, oltre che nella forma scritta dell'art. 130,⁷⁵¹ anche oralmente mediante dichiarazione a verbale presso il tribunale.⁷⁵² Si caratterizza in primo luogo per una forma di petizione semplificata: rispetto alla petizione nella procedura ordinaria, parte attrice può limitarsi a designare l'oggetto litigioso⁷⁵³ invece che proporre un'esposizione dei fatti.⁷⁵⁴ Non è neppure necessario allegare all'azione un elenco dei mezzi di prova; invece si devono produrre contestualmente i documenti che devono servire a tal fine.⁷⁵⁵

748 Art. 243 cpv. 2, cosiddetto diritto privato sociale, M cfr. 5.16 ad art. 239 D p. 6719. Il CN (BU CN 2008 p. 967; CommCN 14/15 febbraio 2008 p. 38 seg. e 3/4 aprile 2008 p. 1–7) ha esteso il campo di applicazione della procedura semplificata in materia di locazione e affitto a vertenze sul deposito di pigioni o fitti e sulla protrazione del rapporto, art. 243 cpv. 2 lit. c. Si noterà la concordanza con i casi in cui l'autorità di conciliazione può sottoporre alle parti una proposta di giudizio, art. 210 cpv. 1 lit. b.

749 Art. 243 cpv. 1.

750 Art. 243 cpv. 3; vedi artt. 5, 6 e 8. Il Parlamento ha pure rivisto la formulazione del cpv. 3, dalla quale si evince che controversie derivanti da assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie secondo l'art. 7 della presente legge possono essere giudicate in procedura semplificata, conformemente all'ottica della procedura sociale, CommCS 26/27 giugno 2008 p. 20 seg.

751 Verranno creati moduli per parti che desiderano procedere senza farsi assistere, v. art. 400 cpv. 2.

752 Art. 244 cpv. 1. In Parlamento era stato criticato senza successo che la possibilità di proporre l'azione oralmente anche in procedura semplificata costituisse un ingiustificato trattamento di favore della parte attrice, non potendo la parte convenuta rispondere allo stesso modo, CS Hess, BU CS 2007 p. 531.

753 Art. 244 cpv. 1 lit. c.

754 Art. 221 cpv. 1 lit. d; con che, un minimo di motivazione viene dato per scontato, CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 56.

755 Art. 244 cpv. 3 lit. c.

2. *Risposta rispettivamente udienza*

Se la petizione contiene una motivazione,⁷⁵⁶ essa dovrà essere intimata a controparte affinché questa possa presentare le proprie osservazioni scritte;⁷⁵⁷ altrimenti, la petizione verrà intimata per mera conoscenza e nel contempo le parti verranno citate all'udienza.⁷⁵⁸ Il dibattimento – di regola unico, l'udienza istruttoria è l'eccezione⁷⁵⁹ – va organizzato avendo presente quale scopo primario quello di evadere la causa con una sola udienza:⁷⁶⁰ seguendo uno schema semplificato del dibattimento della procedura ordinaria,⁷⁶¹ in quest'unica occasione dovranno dunque essere ascoltate le motivazioni delle parti, tramite una eventualmente due (brevi) arringhe iniziali, assunte le prove – tenuto presente che i documenti disponibili saranno già stati annessi alla petizione⁷⁶² – e dovrà infine essere nuovamente data la parola alle parti affinché esse, con un'arringa conclusiva, possano esprimersi sulle risultanze probatorie e proporre la loro valutazione globale.⁷⁶³

3. *Procedura probatoria*

È merito del CS l'aver risolto le contraddizioni insite nella proposta del Disegno relativa all'accertamento dei fatti in procedura semplificata, riconducendo l'obbligo del giudice al tradizionale esercizio di domande volte a stimolare le parti affinché completino le allegazioni fattuali insufficienti ed indichino i mezzi di prova.⁷⁶⁴ Questo obbligo di aiuto del giudice non equivale ad un accertamento d'ufficio dei fatti,⁷⁶⁵ contrariamente a quanto previsto, in termini assai ambigui, dal Disegno.⁷⁶⁶ Oltrepassando quanto proposto dal CS, il CN ha tuttavia esteso il campo di applicazione del principio inquisitorio – al posto dell'ob-

756 Facoltativa, art. 244 cpv. 2.

757 Art. 245 cpv. 2. STEPHEN V. BERTI, *Besondere Verfahrensarten gemäss dem bundesrätlichen Entwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung*, ZZZ 2007 p. 339–351, cfr. 2.2 p. 341, evoca la possibilità di un doppio scambio di allegati.

758 Art. 245 cpv. 1. Il M, cfr. 5.16 ad art. 241 D p. 6720, pone nelle mani dell'attore la decisione se presentare una petizione esaustiva o semplificata; ci si può tuttavia chiedere se il giudice, ricevuta una petizione completa ma convinto che il caso meriti una trattazione semplificata, non possa procedere di conseguenza (v. anche CommCS 15/16 febbraio 2007 p. 57). A favore della tesi di un'ampia libertà d'azione dell'autorità giudiziaria parla la possibilità per il giudice di ordinare, nella costellazione opposta, uno scambio di scritti, art. 246 cpv. 2.

759 Art. 246 cpv. 1 e 2; vedi art. 226.

760 Art. 246 cpv. 1.

761 Artt. 228 sgg.

762 Art. 244 cpv. 3 lit. c.

763 V. art. 232. Secondo il M, cfr. 5.16 ad art. 243 D p. 6721, anche nella procedura semplificata le parti dispongono di due arringhe finali.

764 Art. 247 cpv. 1.

765 CS Inderkum, BU CS 2007 p. 532; CS Janiak, BU CS 2008 p. 728; CommCS 4 maggio 2007 p. 4.

766 Art. 243 cpv. 1 D.

bligo accresciuto del giudice di porre le domande opportune⁷⁶⁷ – a tutti i casi contemplati all'art. 243 cpv. 2 ed a tutte le altre vertenze con valore di causa inferiore a fr. 30 000.– in materia di locazione e affitto⁷⁶⁸ nonché di diritto del lavoro.⁷⁶⁹ Una proposta volta a sottoporre alla massima della non vincolatività delle conclusioni – e non solo alla massima inquisitoria – le vertenze di cui all'art. 243 cpv. 2 litt. a a c⁷⁷⁰ è stata respinta dallo stesso CN. Il tentativo del CN di permettere nova fino alla deliberazione della decisione⁷⁷¹ è naufragato a seguito dell'opposizione del CS.⁷⁷² Trova pertanto applicazione la regola sviluppata per la procedura ordinaria.⁷⁷³

§ 23 Procedura sommaria

I. Campo d'applicazione

1. Diritto federale

In procedura sommaria si giudicano numerose cause attinenti al CC,⁷⁷⁴ al CO⁷⁷⁵ e alla LEF.⁷⁷⁶ La nuova legge rappresenta ormai la sede naturale ove far confluire quelle numerose norme di carattere procedurale emanate puntualmente nei decenni scorsi dai legislatori cantonali allo scopo di realizzare, laddove indispensabile, l'unitaria applicazione del diritto materiale federale. Sono, questi, i casi «stabiliti dalla legge».⁷⁷⁷ La precisazione, formulata nella frase introduttiva di ognuno dei citati articoli, secondo la quale l'elencazione è esemplificativa e non esaustiva, vuole evitare che l'omessa menzione nei cataloghi di un caso previsto dalle leggi di merito venga letta quale esclusione della procedura sommaria; ad esempio tutte le relative cause del diritto di famiglia non sono menzionate qui, poiché fanno oggetto di disposizioni ai Titoli sesto, settimo e ottavo della Parte Seconda.⁷⁷⁸ In altre parole, in caso di divergenza fra i cataloghi del nuovo CPC ed una norma del diritto materiale federale, farà senz'altro stato

⁷⁶⁷ CS Janiak, BU CS 2008 p. 728.

⁷⁶⁸ Art. 247 cpv. 2 lit. b cfr. 1.

⁷⁶⁹ Art. 247 cpv. 2 lit. b cfr. 2; CommCN 14/15 febbraio 2008 p. 16–20.

⁷⁷⁰ CN Sommaruga, BU CN 2008 p. 968; CommCN 14/15 febbraio 2008 p. 16–21.

⁷⁷¹ Proposto tramite l'aggiunta di un cpv. 3 all'art. 247, BU CN 2008 p. 967 seg.

⁷⁷² CS Janiak, BU CS 2008 p. 728; BU CN 2008 p. 1631; CommCS 26/27 giugno 2008 p. 21.

⁷⁷³ Art. 229, applicabile in virtù del rinvio dell'art. 219.

⁷⁷⁴ Art. 249.

⁷⁷⁵ Art. 250. Il tentativo di riprendere, quale prima cifra della lista dei singoli contratti (art. 250 lit. b), la regola dell'art. 247g CO (BU CN 2008 p. 968) è naufragata a seguito dell'opposizione del CS già espressa all'art. 198 (CS Janiak, BU CS 2008 p. 729), nonostante il tentativo di salvataggio di una minoranza della Commissione del CN (BU CN 2008 p. 1632; CommCN 16/17 ottobre 2008 p. 8).

⁷⁷⁶ Art. 251.

⁷⁷⁷ Art. 248 lit. a.

⁷⁷⁸ M cfr. 5.17 ad artt. 244–247 D p. 6721 seg.

quest'ultima, in deroga al principio secondo il quale il diritto più recente prevale su quello più anziano.⁷⁷⁹

2. *Retaggio del diritto cantonale*

Vi sono poi altri campi d'applicazione, descritti in termini generici, e finora tutti di diritto cantonale: i casi di divieti giudiziali⁷⁸⁰ e la giurisdizione graziosa, che diviene, in pedissequa traduzione diretta dal tedesco, volontaria giurisdizione.⁷⁸¹ Queste materie non sollevano questioni particolarmente delicate di applicazione del CPC. Si noterà nondimeno l'esplicita riserva a favore del giudice, in tema di volontaria giurisdizione, di tornare su una propria decisione che si avverasse a posteriori errata, anche d'ufficio, a meno che non vi si opponga il testo di legge oppure la certezza del diritto.⁷⁸² Il divieto giudiziale, teso unicamente a vietare ogni turbativa del possesso su un fondo, viene emanato su semplice richiesta: l'istante deve dimostrare in base a documenti⁷⁸³ il proprio diritto reale, e rendere verosimile una turbativa attuale o imminente.⁷⁸⁴ L'opposizione costringe l'istante ad inoltrare regolare azione,⁷⁸⁵ fino a risoluzione della quale il divieto non avrà effetto nei confronti dell'opponente.⁷⁸⁶

3. *In particolare i casi manifesti*

La procedura sommaria si applica poi ai cosiddetti «casi manifesti»,⁷⁸⁷ esclusi quelli sottostanti al principio della non vincolatività delle conclusioni delle parti.⁷⁸⁸ La tutela giurisdizionale nei casi manifesti deriva da un'istituzione nota in diverse procedure ed è un'opzione a disposizione dell'attore, che rimane libero di procedere anche in questi casi per la via ordinaria. Ovviamente, il punto essenziale consiste nel convincere il giudice che quello sottopostogli è un caso manifesto. Si dovranno, a tal fine, soddisfare due criteri cumulativi: una situazione fattuale incontestata o immediatamente dimostrabile⁷⁸⁹ ed una situazione giuridica chiara.⁷⁹⁰ Una ricca giurisprudenza cantonale, ben documentata, fornirà un punto di partenza per lo sviluppo di una giurisprudenza federale in proposito. Delicata appare comunque la questione del ventaglio delle possibili decisioni che potrà prendere il giudice: assodato che, se non convinto dell'evi-

779 M cfr. 5.17 ad art. 245 D p. 6721.

780 Art. 248 lit. c; «Amtsverbote».

781 Art. 248 lit. e; «freiwillige Gerichtsbarkeit».

782 Art. 256 cpv. 2.

783 «Documentare», art. 258 cpv. 2.

784 Art. 258 cpv. 2.

785 Art. 260 cpv. 2 seconda frase.

786 Art. 260 cpv. 2 prima frase. Eventuali misure provvisorie restano tuttavia riservate.

787 Art. 248 lit. b.

788 «Offizialmaxime», art. 257 cpv. 2.

789 Art. 257 cpv. 1 lit. a.

790 Art. 257 cpv. 1 lit. b.

denza delle circostanze di fatto rispettivamente della chiarezza del diritto, egli pronuncerà una non entrata nel merito,⁷⁹¹ e ovvia la facoltà del giudice di accogliere la domanda date le condizioni, ci si deve chiedere cosa farà di fronte ad una domanda manifestamente infondata: potrà respingere l'azione? In sé, ciò parrebbe teoricamente possibile, segnatamente alla presenza di una chiara situazione giuridica. Tuttavia, il cpv. 3 della norma, quando precisa che in assenza delle condizioni per ottenere la tutela giurisdizionale il giudice non entra nel merito, sembra lasciar intendere che una reiezione dell'azione non entra in linea di conto.⁷⁹² Ovviamente, la decisione negativa, di non entrata nel merito, non è suscettibile di acquisire forza di cosa giudicata;⁷⁹³ per contro, pur non essendo affermato esplicitamente, l'ammissione dell'azione esplica i medesimi effetti di una qualsiasi altra decisione in procedura ordinaria o semplificata.

II. Procedura

1. Istanza e osservazioni

La procedura sommaria, nel suo svolgimento, si orienta nelle forme alla procedura ordinaria, della quale è una derivazione:⁷⁹⁴ la petizione – che qui si chiama istanza⁷⁹⁵ – va proposta nelle forme ordinarie dell'art. 130; su iniziativa del CS, e diversamente da quanto previsto nel Disegno,⁷⁹⁶ le semplificazioni previste per la procedura semplificata⁷⁹⁷ sono solo eccezionalmente ammesse in casi semplici o urgenti.⁷⁹⁸ In tal modo il legislatore ha voluto soprattutto tener conto dei casi d'urgenza, ma anche sottolineare l'applicabilità di principio delle regole sulle forme degli atti scritti.⁷⁹⁹ Indirettamente, questo dettaglio mette in evidenza la natura più formale della procedura sommaria rispetto a quella semplificata. Una risposta – che qui si chiama «osservazioni», possibili in forma orale o scritta – non è obbligatoria, se l'istanza risulta d'acchito inammissibile o infondata.⁸⁰⁰

791 Art. 257 cpv. 3.

792 In tal senso anche M cfr. 5.18 ad art. 253 D p. 6724; MICHAEL LEUPOLD, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Michael Leupold, David Rüetschi, Demian Stauber e Meinrad Vetter (ed.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, p. 65–76, cfr. 3.3.3 p. 70.

793 Tuttavia, si può ammettere che in caso di tempestiva introduzione dell'azione in via ordinaria verrà creata retroattivamente la litispendenza, art. 63.

794 Art. 219; M cfr. 5.17 ad art. 248 D p. 6722.

795 Art. 252, marginale e testo.

796 Art. 248 cpv. 2 D.

797 Art. 244 cpv. 1 prima frase.

798 Art. 252 cpv. 2.

799 CS Inderkum, BU CS 2007 p. 533; CommCS 26/27 marzo 2007 p. 7.

800 Art. 253.

2. *Accertamento dei fatti ed udienza*

Quando il giudice statuisce in veste di giudice del fallimento o del concordato oppure è chiamato ad emanare provvedimenti di volontaria giurisdizione, accerta i fatti d'ufficio.⁸⁰¹ Il principio caratteristico della procedura sommaria, quello secondo il quale sono ammessi quali prove unicamente documenti, è mantenuto,⁸⁰² tuttavia relativizzato: altre prove sono così ammesse se non causano ritardo considerevole⁸⁰³ – evenienza che il CF riferisce al caso in cui il giudice ordina comunque il dibattimento orale.⁸⁰⁴ Lo stesso vale per l'eccezione fondata sullo scopo del procedimento.⁸⁰⁵ La decisione, infine, può essere presa senza udienza salvo esplicita esigenza contraria della legge.⁸⁰⁶

III. Provvedimenti cautelari

1. *Condizioni*

I provvedimenti cautelari, detti anche misure provvisorie, rappresentano l'applicazione forse più importante della procedura sommaria.⁸⁰⁷ Il capitolo loro dedicato, ancora una volta, raccoglie la moltitudine di norme puntuali sparse nei vari codici di merito e le raggruppa; costituiscono espressa eccezione le misure previste dalla LEF, quelle a tutela della successione mantenute nel CC, infine quelle della legge sui brevetti in caso di azione per la concessione di una licenza.⁸⁰⁸ Il nuovo CPC – ispirato alle norme sulla protezione della personalità⁸⁰⁹ – espone, nell'ordine, le condizioni per ottenere provvedimenti cautelari, il loro contenuto, le particolarità dei procedimenti ordinati prima della litispendenza e di quelli ordinati inaudita altera pars. Condizioni che devono essere soddisfatte cumulativamente sono l'attuale, già avvenuta lesione di un diritto,⁸¹⁰ rispettivamente la minaccia che ciò avvenga,⁸¹¹ ed una determinata portata della lesione attuale o prospettata, che deve essere suscettibile di causare un danno

801 Art. 255; senza restrizione dei mezzi di prova, art. 254 cpv. 2 lit. c.

802 Art. 254 cpv. 1.

803 Art. 254 cpv. 2 lit. a.

804 M cfr. 5.17 ad art. 250 D. Esigendo, quale motivo di esclusione di altri mezzi di prova, un ritardo considerevole, il legislatore ha voluto sottolineare che un minimo ritardo non basta in nessun caso. Peraltro, il concetto andrà interpretato secondo il comune buon senso, CommCS 26/27 marzo 2007 p. 8, ribadito CommCS 4 maggio 2007 p. 5.

805 Art. 254 cpv. 2 lit. b. Non aiuta l'esempio portato nel M, cfr. 5.17 ad art. 250 D, potendosi giustificare tutto con «lo scopo del procedimento».

806 Art. 256 cpv. 1.

807 Art. 248 lit. d.

808 Art. 269.

809 Artt. 28c sgg. CC, che verranno aboliti come le norme nelle leggi sui beni immateriali, M cfr. 5.19 p. 6725 s.

810 Implicita, secondo il M cfr. 5.19 ad art. 257 D, la necessità di rendere verosimile la pretesa materiale a fondamento della richiesta.

811 Art. 261 cpv. 1 lit. a. Il M, cfr. 5.19 ad art. 257 D, dà per sottintesa una certa urgenza temporale, che tuttavia non trova espressione nel testo di legge.

difficilmente riparabile.⁸¹² Se la persona contro la quale vuole essere diretta la misura cautelare presta adeguata garanzia, il giudice può prescindere dalla misura⁸¹³ oppure revocarla.⁸¹⁴

Condizioni più restrittive vigono per l'ottenimento di misure provvisoriale nei confronti dei mass media ad apparizione periodica:⁸¹⁵ il pregiudizio che l'incombente lesione dei diritti dell'istante è suscettibile di causare a quest'ultimo deve essere particolarmente grave⁸¹⁶ e l'assenza di un qualsiasi motivo giustificativo deve essere manifesta.⁸¹⁷

2. *Contenuto*

Come si è già rilevato, il contenuto dei provvedimenti cautelari sfugge necessariamente ad una precisa descrizione e delimitazione, dovendo essi potersi adattare alle più disparate situazioni. Il CPC lo dice apertamente: essi possono consistere in «qualsivoglia disposizione giudiziale».⁸¹⁸ L'elenco che segue è espressamente esemplificativo: al più, se ne può dedurre che un pagamento in denaro è possibile unicamente nei casi determinati dalla legge,⁸¹⁹ mentre tale limitazione non sussiste per prestazioni in natura.⁸²⁰ In ogni caso, il provvedimento preso in considerazione dal giudice deve essere atto a raggiungere lo scopo perseguito.⁸²¹ Questa idoneità, unita alla necessità espressa alla prima frase dell'art. 261, esprime anche il requisito della proporzionalità della misura che il giudice è autorizzato a prendere.⁸²²

3. *Misure prima della litispendenza*

La trattazione unitaria dei provvedimenti cautelari quale capitolo a sé stante nel quadro della procedura sommaria permette pure di meglio delineare la natura autonoma di tale procedura: non emanazione particolare di singole procedure

812 Art. 261 cpv. 1 lit. b.

813 Art. 261 cpv. 2.

814 Art. 268 cpv. 1.

815 Art. 266 prima frase.

816 Art. 266 lit. a.

817 Art. 266 lit. b. La norma corrisponde all'attuale art. 28 c cpv. 3 CC, che sostituisce, M cfr. 5.19 ad art. 262 D.

818 Art. 262 prima frase. Sono riassunti in questa espressione tutti i provvedimenti che la dottrina sussume nelle tre categorie di provvedimenti di regolamentazione, di esecuzione anticipata provvisoria e di provvedimenti conservativi, M cfr. 5.19 ad art. 258 D p. 6726.

819 Art. 262 lit. e.V. gli abrogandi artt. 282 sgg. CC, M cfr. 5.19 ad art. 258 D p. 6727, con altri esempi. Questa costellazione non va confusa con la garanzia di un credito pecuniario, oggetto di sequestro LEF.

820 Art. 262 lit. d.

821 Art. 262 prima frase.

822 Si noterà che per i provvedimenti nei confronti dei media (art. 266 lit. c), la corrispondente restrizione è espressa in termini apparentemente più severi, tali da far apparire il provvedimento giustificato soltanto quando particolarmente proporzionato.

di merito, bensì espressione autonoma di un certo agire del giudice, nella prospettiva, senz'altro, di una procedura di merito, ma dalla stessa avulso. Così, l'unica particolarità degna di menzione quando una misura è richiesta prima della litispendenza della causa di merito è che in tal caso, il giudice che autorizza la misura richiesta la accompagna con un termine per agire nel merito, pena la decadenza della misura ottenuta.⁸²³ D'altro canto, la misura può essere richiesta e conferita con effetto immediato, senza sentire controparte, a patto che essa si riveli particolarmente urgente, segnatamente se un ritardo vanificherebbe gli effetti della misura.⁸²⁴ Se ammette l'istanza, il giudice può ordinare d'ufficio alla parte istante la prestazione di garanzia;⁸²⁵ controparte si esprimerà al momento della notifica o dell'esecuzione.⁸²⁶

4. *Garanzia*

La misura cautelare è richiesta contro un danno imminente, rispettivamente contro la perpetuazione di un danno già intervenuto; dunque, nella misura in cui il potenziale danneggiatore offre una garanzia sufficiente, la misura richiesta può essere rifiutata.⁸²⁷ Di converso, la messa in atto della misura richiesta può a sua volta causare un danno al potenziale danneggiatore. Per prevenire tale eventualità, il giudice può esigere dall'istante che presti a sua volta garanzia,⁸²⁸ anche e a maggior ragione se la misura deve essere ordinata inaudita altera pars.⁸²⁹ La responsabilità dell'istante per il possibile danno che può derivare dalla misura richiesta non è, tuttavia, assoluta: nel caso di istanza promossa in buona fede, il giudice⁸³⁰ potrà ridurre o escludere il risarcimento.⁸³¹

5. *Procedura*

Quanto alla procedura di emanazione di misura cautelare, si noterà che le uniche particolarità rispetto alla normale procedura sommaria riguardano la tenuta

823 Art. 263.

824 Art. 265 cpv. 1.

825 Art. 265 cpv. 3. V. § 23.III.4 infra.

826 Art. 265 cpv. 2.

827 Art. 261 cpv. 2.

828 Art. 264 cpv. 1.

829 Art. 265 cpv. 3. In assenza di controparte, ovviamente, d'ufficio, come precisa la norma. Questa precisazione manca all'art. 264 cpv. 1, il che lascia intendere che la prestazione di garanzia sia subordinata ad una corrispondente richiesta della parte convenuta.

830 Sottinteso: il giudice del merito che sarà eventualmente adito da controparte con separata azione di risarcimento (M cfr. 5.19 ad art. 260 D), non il giudice della misura provvisoria, art. 264 cpv. 2.

831 Art. 264 cpv. 2 seconda frase. Si può parlare di «responsabilità causale attenuata», BERTI (nota 757) cfr. 5 p. 345, o «semplice», M cfr. 5.19 ad art. 260 D. La garanzia sarà liberata una volta accertato che nessuna azione di risarcimento nei confronti dell'istante è pendente; in caso di dubbio, il giudice della misura cautelare assegnerà a controparte un termine per agire nel merito, art. 264 cpv. 3.

di un'udienza rispettivamente il termine a controparte per presentare eventuali osservazioni: retto, nel caso ordinario, dagli artt. 253 e 256 cpv. 1, il diritto di controparte di esprimersi, in caso di misura superprovvisionale, sottostà a termini temporali più ristretti.⁸³² Ovviamente, il provvedimento è accompagnato senz'altro da misure d'esecuzione.⁸³³ Esso può inoltre essere modificato o soppresso se le circostanze lo giustificano o se si rivela a posteriori ingiustificato,⁸³⁴ mentre decade automaticamente con il passaggio in giudicato della decisione sul merito,⁸³⁵ salvo eccezioni ai fini dell'esecuzione⁸³⁶ o laddove lo preveda la legge.⁸³⁷

IV. Memoria difensiva

Novità importante, la memoria difensiva, un nuovo istituto giuridico proveniente dal diritto tedesco, sconosciuto nelle procedure civili cantonali ma ammesso dalla prassi in alcuni Cantoni⁸³⁸ e particolarmente adatto ad essere utilizzato in vertenze sui diritti immateriali e di concorrenza.⁸³⁹ Si tratta dell'allegato che la parte che teme possa essere ordinato nei suoi confronti un provvedimento giudiziale, magari addirittura a titolo superprovvisionale,⁸⁴⁰ produce al giudice a propria difesa. Sono dunque osservazioni preventive, inoltrate sotto l'espressa condizione sospensiva che una misura giudiziale venga effettivamente richiesta: saranno comunicate alla parte istante soltanto quando ciò sarà avvenuto.⁸⁴¹ Se ciò non dovesse succedere entro sei mesi dal suo inoltro, la memoria decade.⁸⁴² Si noterà che la legge parla di provvedimento giudiziale e non cautelare: il termine, più ampio, vuole comprendere, come indica a titolo esemplificativo il testo di legge,⁸⁴³ anche il sequestro LEF e la dichiarazione di esecutività di una

832 Art. 265 cpv. 2.

833 Art. 267; per la procedura ordinaria vedi art. 236 cpv. 3.

834 Art. 268 cpv. 1.

835 Art. 268 cpv. 2.

836 Ad esempio un blocco del registro fondiario fino ad avvenuta trascrizione della rettifica ordinata in decisione, M cfr. 5.19 ad art. 264 D.

837 Art. 268 cpv. 2 ultima frase; vedi ad esempio i provvedimenti cautelari in sede di divorzio, art. 276.

838 FRANÇOIS BOHNET, *Les procédures spéciales*, in: Suzana Lukic (ed.), *Le Projet de Code de procédure civile fédérale*, Lausanne 2008, p. 269–332, cfr. II.E. 7 p. 297.

839 CS Inderkum, BU CS 2007 p. 634.

840 Art. 265.

841 Art. 270 cpv. 2.

842 Art. 270 cpv. 3; all'atto pratico, essa può essere restituita senza formalità alcuna alla «parte» che l'aveva inoltrata, M cfr. 5.19 ad art. 266 D p. 6730. Ci si chiede se a ricezione di una memoria difensiva non dovrà comunque essere aperto un incarto, che allora andrà in qualche modo pure chiuso; v. in tal senso CommCS 26/27 marzo 2007 p. 10 e CommCN 15/16 novembre 2007 p. 8. Incombe alla parte scegliere il tribunale che potrà divenire competente, CommCS ibid. Ciò significa che il tribunale che ha ricevuto una memoria difensiva non è tenuto a esaminarla né a farne pervenire copia al tribunale che ritenesse competente.

843 Art. 270 cpv. 1.

sentenza estera sulla base della Convenzione di Lugano. Non sono indicate particolarità relative alla procedura: dunque, si deve ammettere che una tale memoria vada presentata secondo le forme che vigono per l'istanza.⁸⁴⁴

§ 24 Mezzi di impugnazione

La nuova procedura civile unificata prevede due rimedi di diritto ordinari, l'appello ed il reclamo, e due rimedi impropri: la revisione e l'interpretazione rispettivamente rettificazione. Appello e reclamo non sono necessariamente in contrapposizione: così, il reclamo è ammissibile anche contro decisioni finali ed incidenti, qualora non appellabili,⁸⁴⁵ ed è dunque sussidiario all'appello. Il reclamo è tuttavia un rimedio di diritto minore, nel senso che è retto da termini ridotti, forme semplificate, e parimenti ridotte sono le censure che possono essere sollevate.

§ 25 Appello

I. Decisioni appellabili e motivi di appello

1. Principio

Appellabili sono, di principio, tutte le decisioni finali di prima istanza,⁸⁴⁶ indipendentemente da che si tratti di decisioni di merito (accoglimento rispettivamente reiezione della petizione principale o riconvenzionale) o di non entrata nel merito⁸⁴⁷ ed indipendentemente dalla procedura (ordinaria, semplificata o sommaria) adottata in prima istanza. Parimenti impugnabili sono le decisioni incidentali di prima istanza, quelle che risolvono una questione parziale, ma di carattere pregiudiziale per l'insieme della causa;⁸⁴⁸ tali questioni non saranno più impugnabili con la decisione finale.⁸⁴⁹ Sono infine appellabili tutte le decisioni in materia di provvedimenti cautelari.⁸⁵⁰ Requisito supplementare, il rag-

844 Art. 252.

845 Art. 319 lit. a; per rispetto alle esigenze della LTF volte a garantire l'accesso all'istanza suprema, ogni decisione di prima istanza è impugnabile, semmai con reclamo; unica eccezione di diritto federale materiale è la decisione sull'opposizione al ritorno a miglior fortuna (art. 265a cpv. 1 LEF, nella versione rivista con il nuovo CPC). Eccezioni fondate sulla LTF (artt. 75 cpv. 2 e 77 LTF) sono le decisioni emanate da istanza unica cantonale (artt. 5 a 8).

846 Art. 308 cpv. 1 lit. a.

847 V. art. 236 cpv. 1.

848 V. art. 237 cpv. 1.

849 Art. 237 cpv. 2.

850 Art. 308 cpv. 1 lit. b. Si noterà la differenza di approccio per rapporto alla LTF, artt. 90 e 93, CHRISTOPH LEUENBERGER, *Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung – Die Rechtsmittel*, *Anwaltsrevue* 8/2008 p. 332–339, cfr. II.1.a p. 333.

giungimento di un valore litigioso minimo pari a fr. 10 000 qualora si tratti di controversie patrimoniali;⁸⁵¹ il valore litigioso è calcolato secondo l'ultima conclusione riconosciuta nella decisione impugnata. Con questa discutibile formulazione si vuole esprimere semplicemente la necessità di tener conto di eventuali riduzioni delle conclusioni di petizione⁸⁵² rispettivamente di mutazioni dell'azione,⁸⁵³ e non basarsi sulle domande di causa iniziali; fa stato, in altre parole, l'importo ancora litigioso al momento della decisione di prima istanza – meglio: immediatamente prima della stessa –, come per il ricorso in materia civile avanti al Tribunale federale.⁸⁵⁴ La menzione di questo requisito in un capoverso separato ha come conseguenza che esso va riferito a tutte le decisioni dichiarate precedentemente come impugnabili, dunque anche a decisioni incidentali rispettivamente su misure provvisionali.⁸⁵⁵ Peraltro, il carattere patrimoniale della controversia si determinerà in applicazione dell'attuale giurisprudenza federale.⁸⁵⁶

2. *Eccezioni*

Contro le decisioni succitate, l'appello è improponibile per ragione di materia contro alcune pratiche della LEF, elencate all'art. 309 lit. b; la lista appare di carattere esaustivo. L'appello non è infine dato contro decisioni del giudice dell'esecuzione.⁸⁵⁷ Con ciò non è esclusa ogni e qualsiasi impugnabilità della decisione relativa all'esecuzione di una decisione, anche se si sarebbe potuto prendere in considerazione tale soluzione, al fine di evitare che la decisione di merito possa essere rimessa in discussione. In assenza di precisazioni in proposito, va ammessa la proponibilità del rimedio sussidiario del reclamo: la decisione del giudice dell'esecuzione è una decisione finale di prima istanza ai sensi dell'art. 319 lit. a.⁸⁵⁸ Infine, l'impugnazione a sé stante delle spese di prima istanza avviene tassativamente tramite reclamo, anche qualora la causa sia appellabile.⁸⁵⁹

851 Art. 308 cpv. 2.

852 Art. 227 cpv. 3 e art. 230.

853 Art. 227 cpv. 1 e 2 e art. 230.

854 M cfr. 5.23.1 ad art. 305 D p. 6743; v. art. 51 cpv. 1 lit. a LTF.

855 NICOLAS JEANDIN, *Les voies de droit et l'exécution des jugements*, in: Suzana Lukic (ed.), *Le Projet de Code de procédure civile fédérale*, Lausanne 2008, p. 333–371, cfr. II.A.2 p. 341 nota 20. Per il caso particolare del sequestro fa stato il valore dell'oggetto sequestrato, art. 278 cpv. 3 LEF nella versione rivista a seguito del CPC, M cfr. 5.23.1 ad art. 305 D p. 6743.

856 Art. 74 cpv. 1 LTF.

857 Art. 309 lit. a.

858 M cfr. 5.23.1 ad art. 305 D p. 6743.

859 Art. 110; M cfr. 5.23.1 ad art. 305 D p. 6743.

3. *Motivi di appello*

L'appello è un mezzo d'impugnazione completo: con esso si può censurare, senza alcuna limitazione della cognizione dell'istanza di appello, tanto l'errata applicazione del diritto⁸⁶⁰ quanto l'errato accertamento dei fatti.⁸⁶¹ Infine, l'istanza di appello è competente per tutte le disposizioni ordinatorie processuali e gli eventuali provvedimenti cautelari (da prendere o da modificare).⁸⁶² Un cpv. 2 dell'art. 310, proposto dal CN al fine di facilitare la conduzione del processo a parti non assistite tramite libero inoltro di nova in appello,⁸⁶³ accettato di stretta misura,⁸⁶⁴ è stato veementemente combattuto – con successo – dal CS, avanti al quale è stata sottolineata l'illogicità di aprire maggiori possibilità di introdurre nova in appello di quanto sia possibile in prima istanza.⁸⁶⁵

II. *Inoltro dell'appello*

1. *Proposizione e risposta*

La proposta del CF di adottare il sistema dell'introduzione dell'appello in due tempi, con una dichiarazione priva di motivazione ma da presentarsi entro breve termine⁸⁶⁶ seguita da una motivazione successiva,⁸⁶⁷ non ha avuto successo in Parlamento. Il CS ha ripristinato il sistema dell'appello contestualmente motivato, da inoltrarsi entro un termine più lungo, che è quello usuale di trenta giorni a decorrere dall'intimazione della decisione motivata rispettivamente della motivazione richiesta a posteriori.⁸⁶⁸ Ciò va di pari passo con la scelta del legislatore in tema di motivazione della decisione di prima istanza, che va ormai chiesta indipendentemente e prima che la parte decida se inoltrare un rimedio di diritto.⁸⁶⁹ Il legislatore ha motivato la propria scelta con il vantaggio della maggiore semplicità del nuovo sistema, e con il fatto che la conduzione del procedimento passa direttamente all'istanza superiore, che può meglio adottare i prov-

860 Art. 310 lit. a. Irrilevante è la natura della norma giuridica mal applicata: diritto federale o cantonale, civile o pubblico, materiale o processuale, M cfr. 5.23.1 ad art. 306 D.

861 Art. 310 lit. b; diverso il reclamo, per il quale i fatti possono essere censurati unicamente nell'ottica dell'arbitrio, art. 317 lit. b.

862 M cfr. 5.23.1 ad art. 307 D p. 6744.

863 CN Vischer, Hofmann, Müller, BU CN 2008 p. 969–970; precedentemente respinto in CommCN 14/15 febbraio 2008 p. 6–8.

864 BU CN 2008 p. 971.

865 CS Janiak, BU CS 2008 p. 728; CF Widmer-Schlumpf, BU CS 2008 p. 730; CommCS 26/27 giugno 2008 p. 19 seg. Sui nova in appello v. infra § 25.III.2.b.

866 Art. 307 cpv. 1 D.

867 Art. 308 D.

868 Art. 311 cpv. 1.

869 Art. 239 cpv. 2. V. supra § 21.V.2.

vedimenti che si impongono.⁸⁷⁰ Una risposta all'appello – per la quale vale pure un termine di legge di trenta giorni⁸⁷¹ – è chiesta unicamente se il gravame non si rivela sin da subito manifestamente improponibile o manifestamente infondato.⁸⁷²

2. *Appello incidentale*

L'appello incidentale è possibile.⁸⁷³ A seguito del diverso sistema di presentazione del gravame principale, l'appello incidentale va proposto con la risposta all'appello.⁸⁷⁴ Notoriamente, l'appello incidentale dipende, per la sua stessa esistenza, dall'appello principale. Il nuovo CPC spinge questa dipendenza fino all'inizio della deliberazione della decisione:⁸⁷⁵ se entro quel momento viene ritirato l'appello principale, decade anche quello incidentale.⁸⁷⁶ Inoltre esso decade se l'appello principale viene respinto perché manifestamente infondato⁸⁷⁷ oppure non viene esaminato nel merito.⁸⁷⁸ Sussiste dunque un certo parallelismo fra i casi in cui il giudice d'appello è autorizzato a non chiedere una risposta all'appello – precludendo in tal modo sin dall'inizio l'inoltro di un appello incidentale – e quelli di decadenza dell'appello adesivo. Inevitabilmente, in caso di appello principale respinto in ordine seppur non manifestamente inammissibile,⁸⁷⁹ l'autorità giudiziaria superiore non potrebbe esimersi dal chiedere una risposta – e, dunque, dall'aprire le porte ad un appello incidentale – pur già nutrendo fondati dubbi a proposito dell'ammissibilità del gravame principale e, di riflesso, di quello incidentale.

3. *Appello in procedura sommaria*

Si faceva notare, all'inizio, che l'appello è proponibile senza riguardo alla procedura adottata in prima istanza. In effetti, il CPC non formula distinzione al-

870 CS Inderkum, BU CS 2007 p. 637. I quali provvedimenti, proprio perché presi dall'istanza superiore, non sono più impugnabili a livello cantonale, con conseguente accresciuta spedività del procedimento, CommCS 26/27 marzo 2007 p. 20.

871 Art. 312 cpv. 2.

872 Art. 312 cpv. 1 ultima frase. Questa possibilità evidenzia che la parte appellante non ha un irrinunciabile diritto ad una nuova discussione di argomenti ed obiezioni manifestamente infondati o inammissibili, e permette all'appellante votato a soccombere di risparmiare almeno le ripetibili altrimenti dovute a controparte.

873 Anche solo sulle spese, M cfr. 5.23.1 ad art. 310 D p. 6745. La situazione è trattata alla stregua di quella dell'appellante principale che impugna la decisione sul merito e sulle spese.

874 Art. 313 cpv. 1.

875 Si era detto, commentando l'art. 229 cpv. 1 lit. b (supra nota 689), che era stato opportunamente lasciato cadere il criterio temporale della deliberazione della decisione di cui all'art. 225 cpv. 3 D, di difficile determinazione; qui, purtroppo, viene riesumato.

876 Art. 313 cpv. 2 lit. c.

877 Art. 313 cpv. 2 lit. b.

878 Art. 313 cpv. 2 lit. a.

879 V. gli artt. 312 cpv. 1 e 313 cpv. 2 lit. a.

cuna in proposito, con un'unica eccezione: tutti i termini per la motivazione degli allegati d'appello in procedura sommaria sono di dieci giorni⁸⁸⁰ – termine di legge e, di conseguenza, improrogabile.⁸⁸¹ Il CS⁸⁸² ha escluso l'appello incidentale in procedura sommaria.⁸⁸³

III. Effetti e procedura dell'appello

1. *Effetto sospensivo ed esecuzione anticipata*

a. *Effetto sospensivo*

Una decisione di prima istanza oggetto di appello non può, di regola, esplicitare alcun effetto, nella misura in cui è impugnata; fanno stato le conclusioni.⁸⁸⁴ Eccezioni sono concepibili qualora l'esecuzione della decisione appellata richieda urgenza: il CPC ammette tale situazione in presenza di decisioni di prima istanza in tema di diritto di risposta⁸⁸⁵ e provvedimenti cautelari⁸⁸⁶ – questi ultimi possono tuttavia a loro volta essere sospesi in presenza di un pericolo di pregiudizio difficilmente riparabile per la parte interessata.⁸⁸⁷

b. *Esecuzione anticipata*

Una fra le grandi novità che introduce il nuovo CPC è la facoltà, per l'autorità giudiziaria superiore, di autorizzare l'esecuzione anticipata della decisione di prima istanza, seppur impugnata;⁸⁸⁸ detto altrimenti, l'autorità superiore toglie al gravame l'effetto sospensivo. Questa possibilità è esclusa nei riguardi di decisioni aventi effetto costitutivo, per ovvi motivi che attengono all'essenza stessa di una tale decisione: la creazione provvisoria di un titolo, la modifica provvisoria di una situazione di stato (ad esempio, civile), non è concepibile.⁸⁸⁹

c. *Provvedimenti conservativi e garanzia*

Così come il mantenimento dello status quo può causare un danno che giustifica l'adozione di misure provvisionali, anche l'esecuzione anticipata della decisione impugnata – situazione manifestamente anomala – può causare dei danni: per questa ragione, il giudice d'appello è autorizzato a ordinare provve-

880 Art. 314 cpv. 1.

881 Art. 144 cpv. 1.

882 BU CS 2007 p. 637 seg.

883 Art. 314 cpv. 2.

884 Art. 315 cpv. 1.

885 Oggi art. 281 cpv. 4 CC, che verrà abrogato.

886 Art. 315 cpv. 4 litt. a e b.

887 Art. 315 cpv. 5.

888 Art. 315 cpv. 2 prima frase.

889 V. art. 103 cpv. 2 lit. a LTF.

dimenti conservativi rispettivamente la prestazione di garanzie.⁸⁹⁰ In assenza di norme specifiche relative alle misure provvisionali in appello, va ammesso che si applichino quelle relative ai provvedimenti cautelari di prima sede.⁸⁹¹

2. *Procedura*

a. *Autonomia gestionale dell'autorità di appello*

A proposito della procedura, va rilevato come il nuovo CPC conferisca all'autorità giudiziaria superiore un assai ampio margine di manovra. Vi dedica infatti un'unica breve norma, e la stessa è interamente formulata in termini potestativi: è facoltà dei giudici d'appello decidere se tenere un'udienza o statuire in base ai soli atti,⁸⁹² se ordinare un secondo scambio di scritti,⁸⁹³ infine se assumere nuove prove.⁸⁹⁴ Quest'ultimo punto, ovviamente, dipende dall'eventuale ammissione, da parte dei giudici di appello, di nuove allegazioni e nuove prove.

b. *Nova e mutazione dell'azione*

In Parlamento, la gestione dei nova, dei nuovi mezzi di prova e della mutazione dell'azione in appello è stata assai controversa. Il CF aveva proposto di trattare i nuovi fatti ed i nuovi mezzi di prova come previsto in prima istanza.⁸⁹⁵ Il CS, per contro, ha adottato la soluzione che, in prima sede, vale per la fase dibattimentale: nuovi fatti e nuovi mezzi di prova devono essere immediatamente adottati, e la mancata allegazione rispettivamente produzione in prima istanza deve essere scusabile.⁸⁹⁶ Scopo dichiarato, quello di creare un coerente sistema con la regolamentazione votata per la prima istanza.⁸⁹⁷ In un primo tempo, il CN vi si è opposto,⁸⁹⁸ per poi aderire alla soluzione del CS⁸⁹⁹ su proposta di una minoranza della Commissione.⁹⁰⁰ La mutazione dell'azione in appello è subordinata all'esistenza di un nesso fra la nuova pretesa e quella originale oppure all'accordo di controparte;⁹⁰¹ inoltre, essa deve tassativamente fondarsi su fatti o mezzi di prova nuovi adottati conformemente all'art. 317 cpv. 1.⁹⁰²

890 Art. 315 cpv. 2 seconda frase.

891 Artt. 261–269.

892 Art. 316 cpv. 1.

893 Art. 316 cpv. 2.

894 Art. 316 cpv. 3.

895 Art. 314 D.

896 Art. 317 cpv. 1 litt. a e b; v. art. 229 cpv. 1.

897 CS Inderkum, BU CS 2007 p. 638; CommCS 26/27 marzo 2007 p. 27.

898 BU CN 2008 p. 971.

899 BU CS 2008 p. 730.

900 CN Fluri, v. anche CF Widmer-Schlumpf, BU CN 2008 p. 1633–1634; a conclusione di lunghi dibattiti (CommCN 16/17 ottobre 2008 p. 9–10) la CommCN aveva mantenuto la propria proposta originale.

901 Art. 317 cpv. 2 lit. a e art. 227 cpv. 1 combin.

902 Art. 317 cpv. 2 lit. b.

3. *Decisione d'appello*

La decisione di appello è sempre motivata per scritto;⁹⁰³ per decisioni che sottostanno al ricorso in materia civile al Tribunale federale, tale esigenza scaturisce già dall'art. 112 LTF. Come d'abitudine, l'autorità giudiziaria superiore può respingere il gravame e confermare la decisione impugnata oppure riformare il giudizio.⁹⁰⁴ Può inoltre rinviare la causa all'autorità inferiore, a due condizioni alternative: se l'accertamento dei fatti è lacunoso in punti essenziali⁹⁰⁵ o se non è stata giudicata una parte essenziale dell'azione.⁹⁰⁶ La giurisprudenza dovrà concretizzare cosa si intenda per «parte essenziale dell'azione»: potrebbe, a prima vista, trattarsi tanto di un aspetto quantitativo (è stata dimenticata una fra molte conclusioni pecuniarie) quanto qualitativo (in un'azione composta di conclusioni di natura diversa, ad esempio di accertamento del diritto, di condanna per la violazione dello stesso e altre relative al modo di riparazione, può essere stata dimenticata una di queste). L'aggettivo «essenziale» dovrebbe stare ad indicare che una parte non essenziale, ovvero secondaria, dell'azione possa anche essere decisa dall'autorità giudiziaria superiore in prima battuta: il diritto delle parti ad una doppia istanza giudiziaria viene sacrificato sull'altare della semplificazione della procedura e del principio di celerità. In caso di dubbio, l'autorità d'appello terrà conto delle conclusioni in proposito delle parti.⁹⁰⁷ Quando riforma la decisione impugnata, l'istanza di appello decide anche sulle spese della procedura di prima sede.⁹⁰⁸

§ 26 Reclamo

I. Decisioni soggacenti a reclamo e motivi di reclamo

1. *Rimedio primario e rimedio sussidiario*

a. *Rimedio primario*

L'ammissibilità del secondo rimedio del nuovo CPC, il reclamo, si declina in tre direzioni. In primo luogo esso è sempre lo strumento con il quale far valere la censura della ritardata giustizia.⁹⁰⁹ Da una lettura della norma in parallelo con

⁹⁰³ Art. 318 cpv. 2.

⁹⁰⁴ Art. 318 cpv. 1 lit. a e b.

⁹⁰⁵ Art. 318 cpv. 1 lit. c cfr. 2.

⁹⁰⁶ Art. 318 cpv. 1 lit. c cfr. 1.

⁹⁰⁷ LEUENBERGER (nota 850) cfr. II.5 p. 335.

⁹⁰⁸ Art. 318 cpv. 3.

⁹⁰⁹ Art. 319 lit. c. La censura di ritardata giustizia contro l'autorità cantonale di appello o unica va proposta al Tribunale federale, M cfr. 5.23.2 ad art. 316 D p. 6749.

l'art. 318 si evince che i casi di denegata giustizia per omesso giudizio su una parte essenziale dell'azione soggiacciono ad appello e non a reclamo.⁹¹⁰

b. Rimedio sussidiario

Secondariamente, esso è il rimedio – sussidiario all'appello – contro decisioni finali o incidentali di prima istanza che, per un motivo o per un altro, non siano appellabili:⁹¹¹ insufficiente valore litigioso in controversie patrimoniali;⁹¹² decisioni del giudice dell'esecuzione;⁹¹³ le decisioni LEF elencate all'art. 309 lit. b.

c. In particolare in tema di provvedimenti cautelari

La versione definitiva del testo di legge⁹¹⁴ precisa in terzo luogo che il reclamo è pure il rimedio di diritto in materia di provvedimenti cautelari, in quanto non appellabili ai sensi dell'art. 308 cpv. 1 lit. b. Il legislatore ha ritenuto opportuno questo adattamento, poiché nella terminologia del nuovo CPC le decisioni in tema di misure provvisoriale non sono né finali né incidentali.⁹¹⁵ Omettendo di menzionarli, il Messaggio aveva di fatto parificato i provvedimenti cautelari alle altre decisioni e disposizioni ordinatorie processuali impugnabili soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge oppure se suscettibili di causare un pregiudizio difficilmente riparabile,⁹¹⁶ creando in tal modo una disparità difficilmente comprensibile rispetto ai provvedimenti cautelari appellabili.

d. Altre decisioni e disposizioni ordinatorie processuali

Il reclamo è il rimedio proponibile contro altre decisioni e disposizioni ordinatorie processuali.⁹¹⁷ «altre decisioni» sono qui quelle che non sono né finali⁹¹⁸ né incidentali,⁹¹⁹ finalizzate alla gestione del procedimento.⁹²⁰ Queste altre decisioni e disposizioni ordinatorie sono suscettibili di essere impugunate tramite ricorso unicamente laddove la legge lo preveda espressamente⁹²¹ oppure quando sussista il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile.⁹²² Dunque non bisogna farsi ingannare: se il nuovo CPC non dice espressamente che una disposizione ordinatoria processuale è suscettibile di essere impugnata tramite

910 Se sono dati gli ulteriori requisiti. Se è stata dimenticata una parte non essenziale dell'azione, può decidere l'autorità d'appello, art. 318 cpv. 1 lit. c cfr. 1.

911 Art. 319 lit. a.

912 Art. 308 cpv. 2.

913 Art. 309 lit. a.

914 Art. 319 lit. a.

915 CS Inderkum, BU CS 2007 p. 639; CommCS 26/27 marzo 2007 p. 28.

916 Art. 316 lit. b D.

917 Art. 319 lit. b.

918 Ai sensi dell'art. 236 cpv. 1.

919 Ai sensi dell'art. 237.

920 Art. 124 cpv. 1.

921 Art. 319 lit. b cfr. 1.

922 Art. 319 lit. b cfr. 2.

ricorso, ciò significa non che la via del ricorso non sia aperta, bensì che essa lo è unicamente a condizione che sia soddisfatto il requisito del pregiudizio difficilmente riparabile.

2. *Motivi di reclamo*

Il reclamo può essere fondato sull'errata applicazione del diritto, come anche l'appello,⁹²³ oppure sull'accertamento manifestamente errato dei fatti,⁹²⁴ diversamente dall'appello ove può essere censurato l'errato, seppur non necessariamente arbitrario accertamento dei fatti.⁹²⁵ È evidente la ristretta cognizione in fatto del giudice del reclamo.

II. Procedura

1. *Inoltro del reclamo*

Il sistema di introduzione del reclamo,⁹²⁶ nel Disegno del CF previsto con un unico allegato comprensivo della motivazione soltanto qualora la decisione impugnata fosse provvista di motivazione,⁹²⁷ è stato adeguato a quanto vale per l'appello⁹²⁸ ed alla riveduta norma sulla motivazione della decisione di primo grado, in virtù della quale l'esigenza di una motivazione scaturente dalla dichiarazione di impugnazione⁹²⁹ è venuta a cadere.⁹³⁰ Il CN ha tuttavia prolungato il termine ordinario di legge a trenta giorni.⁹³¹ Il termine è invece di soli dieci giorni se la decisione avversata è stata pronunciata in procedura sommaria o costituisce una disposizione ordinatoria processuale.⁹³² Come sempre, il reclamo per ritardata giustizia non è legato ad alcun termine.⁹³³

923 Art. 320 lit. a e 310 lit. a. La cognizione in diritto corrisponde a quella del Tribunale federale nel ricorso in materia civile, artt. 95 seg. LTF.

924 Art. 320 lit. b; corrisponde all'art. 97 LTF, M cfr. 5.23.2 ad art. 317 D p. 6742. La terminologia è stata adeguata alla LTF, CS Inderkum, BU CS 2007 p. 639.

925 Art. 310 lit. b.

926 Art. 321 cpv. 1.

927 Art. 318 cpv. 1 D.

928 Art. 311 cpv. 1; CS Inderkum, BU CS 2007 p. 639.

929 Artt. 235 D e 319 D.

930 Art. 239 cpv. 2.

931 CN Thomas Müller e Thanei, BU CN 2008 p. 972 seg.; la CommCN 15/16 novembre 2007 p. 23 aveva seguito il CS.

932 Art. 321 cpv. 2; vedi art. 319 lit. b. Motivare un reclamo contro disposizioni ordinatorie processuali è reso difficile dal fatto che le medesime sono sprovviste di motivazione (M cfr. 5.23.2 ad art. 318 D p. 6750). Vi suppliranno eventuali osservazioni richieste dall'autorità superiore, v. nota 935 infra, alle quali la parte reclamante dovrà poter replicare, se soddisfatte le usuali condizioni.

933 Art. 321 cpv. 4.

2. *Risposta, osservazioni, nova, effetti*

Una risposta al reclamo va acquisita se lo stesso non appare manifestamente inammissibile o manifestamente infondato;⁹³⁴ non pare che l'autorità superiore abbia alcuna latitudine di scelta. Per contro, è a sua discrezione chiedere osservazioni all'autorità inferiore, indipendentemente dall'esito prevedibile del reclamo.⁹³⁵ In nessun caso è ammesso il reclamo incidentale,⁹³⁶ come pure non entrano in linea di conto nuovi fatti, nuove conclusioni e neppure nuovi mezzi di prova,⁹³⁷ fatta riserva per speciali disposizioni di legge.⁹³⁸ Peraltro il reclamo non preclude l'efficacia e l'esecutività della decisione impugnata, ciò che equivale a dire che il reclamo non ha effetto sospensivo⁹³⁹ – anche questi particolari evidenziano il carattere «minore» del reclamo per rapporto all'appello. Si noterà comunque che l'effetto sospensivo, espresso come rinvio dell'esecuzione della decisione impugnata, può essere disposto dall'autorità giudiziaria superiore, se del caso previo ordine di provvedimenti conservativi o prestazione di garanzie.⁹⁴⁰

3. *Decisione*

Acquisiti gli atti dall'istanza inferiore,⁹⁴¹ con o senza risposte rispettivamente osservazioni,⁹⁴² l'autorità superiore decide; una motivazione scritta è irrinunciabile.⁹⁴³ L'autorità di reclamo può decidere sulla base dei soli atti.⁹⁴⁴ La formula potestativa adottata lascia supporre che l'autorità abbia un'alternativa, necessariamente quella dell'udienza;⁹⁴⁵ in assenza di norme in proposito nel capitolo di legge relativo al reclamo, va ammesso che trovi applicazione per analogia l'art. 316 cpv. 1 valido per l'appello.⁹⁴⁶ Scontata la possibilità di respingere il

934 Art. 322.

935 Art. 324. Sarebbe il caso per il reclamo contro le disposizioni ordinatorie processuali, come appena detto non motivate, M cfr. 5.23.2 ad art. 322; v. a proposito nota 932.

936 Art. 323. Ciò esclude ogni reformatio in peius, M cfr. 5.23.2 ad art. 325 D. Resta riservata l'eventualità dell'inoltro di due reclami indipendenti.

937 Art. 326 cpv. 1.

938 Art. 326 cpv. 2. Va sottolineato che non è fatta generica eccezione per procedure sottoposte al principio inquisitorio, ma solo per casi ben precisi enunciati in una legge, ad esempio l'impugnazione della dichiarazione di fallimento (art. 174 LEF) e l'opposizione al decreto di sequestro (art. 278 cpv. 3 LEF), M cfr. 5.23.2 ad art. 324 D.

939 Art. 325 cpv. 1.

940 Art. 325 cpv. 2; raffronta la situazione speculare per l'appello, art. 315.

941 Art. 327 cpv. 1.

942 Vedi artt. 322 e 324.

943 Art. 327 cpv. 5; una proposta di delegare ai Cantoni la facoltà di decidere se la decisione su reclamo debba obbligatoriamente essere motivata è stata respinta dal CN (BU CN 2008 p. 973).

944 Art. 327 cpv. 2; conformemente allo spirito del reclamo che si vuole rimedio di diritto più semplice e restrittivo dell'appello, il secondo scambio di scritti (v. art. 316 cpv. 2 per l'appello) non è previsto.

945 M cfr. 5.23.2 ad art. 325 D.

946 Il rinvio non vale invece, ovviamente, con riferimento alla possibilità di assumere prove al di fuori delle eccezioni previste all'art. 326.

reclamo, l'autorità giudiziaria può, accogliendolo, annullare la decisione impugnata e rinviare l'incarto alla giurisdizione inferiore⁹⁴⁷ oppure riformarla;⁹⁴⁸ se accoglie un reclamo per ritardata giustizia, può anche impartire un termine all'autorità inferiore per la trattazione della causa.⁹⁴⁹

§ 27 Revisione

I. Natura del rimedio e finalità

Il nuovo CPC annovera la revisione fra i mezzi di impugnazione, sebbene si tratti di un rimedio giuridico improprio. Si distingue dai mezzi di impugnazione in senso stretto essenzialmente per due elementi. Contrariamente all'appello ed al reclamo, che perseguono lo scopo di correggere una decisione di istanza inferiore considerata errata, e che dunque vanno proposti entro un ben determinato tempo di riflessione, la revisione è ammissibile unicamente nei confronti di una decisione ormai già passata in giudicato.⁹⁵⁰ In secondo luogo, la domanda di revisione va proposta al iudex a quo, al giudice che ha statuito per ultimo:⁹⁵¹ la ragione è che non si tratta di correggere un errore del magistrato che ha deciso, bensì di permettere a quest'ultimo di tornare su una decisione errata poiché presa senza poter tener conto di elementi importanti.

II. Condizioni di ammissibilità

Ovviamente, non qualsiasi omissione di una parte giustifica la riapertura di un procedimento il cui esito è già cresciuto in giudicato. Il CPC ritiene degni di questo trattamento di favore unicamente quattro casi.

1. *Fatto nuovo e rilevante*

Il primo è quello del successivo emergere di un fatto rilevante o di un mezzo di prova decisivo. Si noteranno tre cose in proposito: prima di tutto, non deve trattarsi di fatti o mezzi di prova sorti dopo la decisione⁹⁵² – il che è ovvio, se si pensa che lo scopo della revisione è di rivedere la decisione originale alla luce di elementi che, fossero stati noti, sarebbero già stati presi in considerazione al-

947 Art. 327 cpv. 3 lit. a. Secondo il M, cfr. 5.23.2 ad art. 325 D, l'effetto cassatorio dovrebbe essere la regola.

948 Art. 327 cpv. 3 lit. b.

949 Art. 327 cpv. 4. Che altre istruzioni siano obbligatorie, come sembra dare per scontato il M, cfr. 5.23.2 ad art. 325 D, non traspare dal testo di legge.

950 Art. 328 cpv. 1 prima frase.

951 Art. 328 cpv. 1 prima frase.

952 Art. 328 cpv. 1 lit. a seconda frase.

lora. Secondariamente, deve trattarsi di fatti rilevanti o mezzi di prova decisivi⁹⁵³ – concetti che la giurisprudenza dovrà concretizzare, ma che certamente escludono la considerazione di elementi la cui rilevanza non è di immediata evidenza. Da ultimo, la legge sottolinea che la parte che se ne vuole prevalere deve essere stata impossibilitata ad allegare per tempo i fatti rispettivamente a proporre i mezzi di prova in questione⁹⁵⁴ – la negligenza della parte istante non trova tutela.⁹⁵⁵

2. *Crimine o delitto*

Secondo motivo di revisione, l'avvenuto influsso sulla decisione di un crimine o un delitto (non una semplice contravvenzione):⁹⁵⁶ si pensi alla corruzione del magistrato, all'esercizio di indebita influenza su testi, alla forgiatura di falsi documenti. Una condanna del giudice penale non è indispensabile:⁹⁵⁷ si pensi al caso in cui in aula il giudice rifiuti di ammettere la fattispecie qualificata e constati che la fattispecie semplice sia prescritta,⁹⁵⁸ oppure al caso di irresponsabilità penale, il cui accertamento sia stato tuttavia preceduto da un'inchiesta che abbia permesso di chiarire i fatti. Qualora, tuttavia, il procedimento penale non possa del tutto essere esperito, ad esempio per il decesso dell'imputato, la prova del presunto reato potrà essere apportata diversamente.⁹⁵⁹

3. *Inefficacia di acquiescenza, desistenza o transazione*

In terzo luogo, la revisione può essere chiesta in caso di acquiescenza, desistenza o transazione giudiziaria, se il relativo atto è inefficace,⁹⁶⁰ che sta a significare inficiato da un vizio della volontà ai sensi degli artt. 21 sgg. CO.⁹⁶¹

953 Art. 328 cpv. 1 lit. a.

954 Art. 328 cpv. 1 lit. a.

955 M cfr. 5.23.3 ad art. 326 D p. 6752. Il grado di diligenza esigibile dalla parte istante dovrà segnatamente essere ben superiore a quello richiesto in sede di dibattimento di prima istanza (art. 229 cpv. 1 lit. b) ed in appello (art. 317 cpv. 1 lit. b) per la proposta di nova: lo si deduce dall'assenza della precisazione relativa alla diligenza ragionevolmente esigibile (presente nelle norme appena citate), ed è logico se si vuole evitare di trasformare la revisione in un'occasione per recuperare quanto mancato nel corso del procedimento ordinario. La parte che chiede la revisione del procedimento dovrà pertanto dimostrare di aver posto in atto la massima diligenza possibile nella conduzione dello stesso.

956 Art. 328 cpv. 1 lit. b. Il reato deve essere in nesso di causalità con la decisione errata, M cfr. 5.23.3 ad art. 326 D.

957 Art. 328 cpv. 1 lit. b.

958 V. art. 97 cpv. 1 litt. b e c CP in relazione per esempio con la falsità in documenti, art. 251 CP, oppure con la corruzione passiva rispettivamente l'accettazione di vantaggi, artt. 322 quater e sexies CP.

959 Art. 328 cpv. 1 lit. b.

960 Art. 328 cpv. 1 lit. c.

961 M cfr. 5.23.3 ad art. 326 D.

4. *Accertata violazione della CEDU*

Ultimo capo di revisione è una violazione della CEDU accertata da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo,⁹⁶² se per riparare l'avvenuta violazione non basti un indennizzo,⁹⁶³ ma sia necessario riformare la decisione.⁹⁶⁴ Questa possibilità va vista tenendo presente la particolare procedura avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ad essa può essere portata soltanto la decisione dell'ultima autorità giudiziaria statale; tant'è che anche la LTF (art. 122) prevede la possibilità della revisione di una sentenza del Tribunale federale. Pare doversi allora dedurre che la norma del CPC voglia rendere possibile la revisione della decisione cantonale senza passare per la revisione della sentenza del Tribunale federale e dunque senza attendere il rinvio dal Tribunale federale⁹⁶⁵ – eventualità quasi inconcepibile.⁹⁶⁶

III. **Domanda, termini, osservazioni, efficacia**

La possibilità di formulare domanda di revisione decade dopo dieci anni dal passaggio in giudicato della decisione, eccezion fatta per il motivo di revisione derivato dalla commissione di un reato.⁹⁶⁷ La domanda, provvista di motivazione, va inoltrata entro 90 giorni dalla scoperta del motivo di revisione.⁹⁶⁸ Salta all'occhio che la revisione può essere proposta contro una decisione a suo tempo intimata senza motivazione, e non fa nascere un obbligo di motivazione. In tali circostanze, sarà difficile giustificare la presenza di un motivo di revisione. D'altro canto, è ovvio che a fronte di una domanda di revisione inoltrata anni dopo la crescita in giudicato di una decisione, una sua motivazione scritta sarebbe comunque illusoria. In ogni caso, questa situazione non è di nocumento, posto che l'accoglimento della domanda di revisione non modifica l'esito originale del processo, ossia la decisione impugnata, bensì apre unicamente la strada ad una nuova decisione nel merito. Come anche per gli altri rimedi di diritto, il giudice deve richiedere osservazioni unicamente se la domanda non appare manifestamente inammissibile o immotivata.⁹⁶⁹ La decisione resta efficace ed esecutiva,⁹⁷⁰ ma il giudice può differirne l'esecuzione, se del caso prendendo i provvedimenti conservativi che si impongono o esigendo la prestazione

962 Art. 328 cpv. 2 lit. a.

963 Art. 328 cpv. 2 lit. b.

964 Art. 328 cpv. 2 lit. c.

965 Secondo la CommCS 26/27 marzo 2007 p. 31, il caso considerato è quello in cui tutte le istanze nazionali abbiano violato la CEDU.

966 LEUENBERGER (nota 850) cfr. IV.2.d p. 338.

967 Art. 329 cpv. 2.

968 Art. 329 cpv. 1; il termine di 90 giorni, e non quello di un anno dell'art. 31 CO, vale anche per l'impugnazione di acquiescenza, desistenza o transazione giudiziaria inficiate da un vizio della volontà ai sensi degli artt. 21 sgg. CO, M cfr. 5.23.3 ad art. 327 D.

969 Art. 330.

970 Art. 331 cpv. 1.

di garanzie.⁹⁷¹ Il tenore della norma, nella sostanza identico a quello dell'art. 325 relativo al reclamo, porta a concludere che le condizioni saranno identiche per i due rimedi.

IV. Decisione

La decisione di revisione consiste in due passaggi: in un primo passaggio, il giudice adito deve esprimersi sull'accoglimento della domanda medesima.⁹⁷² L'accoglimento della domanda ha come conseguenza diretta l'annullamento della precedente decisione, ciò che apre la strada al riesame della vertenza ed all'emanazione di una nuova decisione – il secondo passaggio.⁹⁷³ L'esame del primo aspetto, quello dell'ammissibilità di principio della domanda, sfocerà in una decisione suscettibile di essere impugnata separatamente – senza bisogno di discutere se si tratti di una decisione finale o incidentale – mediante reclamo.⁹⁷⁴ La risposta verterà esclusivamente sull'adempimento delle condizioni poste dall'art. 328, senza influsso alcuno sulla nuova decisione di merito. Quest'ultima, in quanto nuova decisione finale o incidentale,⁹⁷⁵ sarà per contro suscettibile di essere impugnata con uno dei due rimedi ordinari. Peraltro, la possibilità di interporre reclamo contro la reiezione della domanda di revisione evidenzia l'assenza di relazione gerarchica con i rimedi di diritto ordinari. La nuova decisione nel merito dovrà, diversamente dalla prima, tassativamente essere notificata con motivazione⁹⁷⁶ e si esprimerà anche sulle spese della procedura originale.⁹⁷⁷

§ 28 Interpretazione e rettificazione

I. Finalità

La domanda di interpretazione e rettificazione, pure essa annoverata fra i mezzi di impugnazione, non tende, in realtà, a correggere una decisione errata (come lo fanno l'appello e il reclamo) né a permettere al giudice una nuova decisione fondata su un complesso di fatti riveduto e corretto (scopo della revisione). Essa rappresenta, al più, un rimedio improprio, volto ad eliminare dal giudizio ambiguità o punti poco chiari, rispettivamente a colmare lacune del dispositivo;⁹⁷⁸ la

⁹⁷¹ Art. 331 cpv. 2.

⁹⁷² Art. 333 cpv. 1 prima frase.

⁹⁷³ Art. 333 cpv. 1 seconda frase.

⁹⁷⁴ Art. 332.

⁹⁷⁵ Artt. 236 e 237. Va ammesso che l'accoglimento di una domanda di revisione di una decisione incidentale ai sensi dell'art. 237 potrà riaprire l'intero procedimento.

⁹⁷⁶ Art. 333 cpv. 3.

⁹⁷⁷ Art. 333 cpv. 2.

⁹⁷⁸ Art. 334 cpv. 1.

motivazione non può fare oggetto di interpretazione o rettificazione, ma può servire quale punto di riferimento se si tratta di eliminare reali contraddizioni fra motivi e dispositivo. Indicativamente, si può dire che un'interpretazione o rettificazione si impone nel caso in cui, dopo rilettura della decisione in oggetto, appaia che una riformulazione del dispositivo renda effettivamente più chiaro l'esito del procedimento.

II. Domanda, osservazioni, efficacia

Si noterà che la domanda può essere inoltrata da una delle parti, ma il giudice può anche attivarsi spontaneamente; nel primo caso, la parte dovrà indicare con precisione quali siano i punti contestati e in quale modo gli stessi debbano essere a suo giudizio modificati.⁹⁷⁹ Anche per la revisione e la rettificazione deve essere in linea di massima sentita la controparte,⁹⁸⁰ a meno che la domanda non sia manifestamente inammissibile o infondata, oppure che riguardi errori di calcolo o di scrittura.⁹⁸¹ Il rimedio non preclude l'esecutività della decisione impugnata, ma il giudice può differire l'esecuzione, se del caso contro prestazione di garanzie rispettivamente provvedimenti conservativi.⁹⁸²

III. Decisione

Come già per la revisione, anche per l'interpretazione e rettificazione la decisione si scinde in due aspetti: l'ammissione dell'opportunità di interpretazione o rettificazione e la nuova decisione di merito. Relativamente al primo aspetto, la decisione è suscettibile di impugnazione mediante reclamo.⁹⁸³ La nuova decisione di merito, notificata alle parti, sarà impugnabile con un rimedio ordinario⁹⁸⁴ – a meno che continui a non essere chiara, nel quale caso farà, semmai, l'oggetto di una nuova domanda di interpretazione o rettificazione.

979 Art. 334 cpv. 1 ultima frase.

980 Art. 334 cpv. 2 e art. 330 combin.; verosimilmente, entrambe le parti qualora il giudice si attivi spontaneamente. Così per la rettifica di errori di scrittura o di calcolo, CommCS 26/27 marzo 2007 p. 31; ma il principio può essere generalizzato.

981 Art. 334 cpv. 2 ultima frase; CS Inderkum, BU CS 2007 p. 639 seg.

982 Art. 334 cpv. 2 e art. 331 combin.

983 Art. 334 cpv. 3.

984 Art. 334 cpv. 4; M cfr. 5.23.4 ad art. 332 D p. 6754.

§ 29 Esecuzione

I. Esecuzione delle decisioni

1. *Campo d'applicazione*

Ultimo Titolo della Parte seconda – ed ultimo tema trattato in questo contributo –, quello dedicato all'esecuzione delle decisioni. Posto che ogni prestazione in denaro (o a titolo di garanzia) aggiudicata in decisione deve essere eseguita in applicazione della LEF,⁹⁸⁵ e che il riconoscimento, la dichiarazione di esecutività e l'esecuzione di decisioni straniere sottostanno alla presente legge unicamente a titolo sussidiario se non trovano applicazione trattati internazionali (quali la CL) o la LDIP,⁹⁸⁶ il campo di applicazione di questo titolo è relativamente limitato.

2. *Esecutività della decisione da eseguire*

L'esecuzione forzata di una decisione ne presuppone l'esecutività. Tradizionalmente, l'esecutività di una decisione giudiziaria è conseguenza diretta della sua crescita in giudicato, ovvero dell'accertata definitività, non più suscettibile di essere modificata o corretta da un'istanza superiore con un rimedio ordinario di diritto.⁹⁸⁷ Con il nuovo CPC, che introduce la duplice facoltà, per il giudice, di sospendere l'esecuzione di una decisione cresciuta in giudicato, rispettivamente di dichiarare anticipatamente eseguibile una decisione prima ancora che cresca in giudicato, la situazione è più complessa ed impone la verifica delle due summenzionate eccezioni: è ciò che la legge precisa sotto la parvenza di una definizione dell'esecutività.⁹⁸⁸ Al bisogno, il giudice che ha deciso il merito attesta l'esecutività:⁹⁸⁹ è lecito assumere che procederà a ciò su richiesta della parte che si appresta a rivolgersi al giudice dell'esecuzione, rispettivamente di quest'ultimo, chiamato ad esaminare comunque d'ufficio le condizioni di esecutività.⁹⁹⁰ Prima di entrare nel merito della procedura di esecuzione, il CPC rammenta la già menzionata possibilità di ottenere direttamente dal giudice del merito delle misure d'esecuzione,⁹⁹¹ rendendo superfluo l'intervento del giudice dell'esecuzione; in questo senso, la norma non ha portata propria. Importante è invece notare che il giudice dell'esecuzione non ha solo facoltà di ordinare le misure atte ad eseguire una decisione, su richiesta della parte vincente, bensì anche, specularmente, di intervenire per sospendere l'esecuzione già ordi-

985 Art. 335 cpv. 2.

986 Art. 335 cpv. 3; v. già art. 2.

987 M cfr. 5.24.1 ad art. 334 D.

988 Art. 336 cpv. 1.

989 Art. 336 cpv. 2.

990 Art. 341 cpv. 1.

991 Art. 337 cpv. 1; supra § 21.V.2.

nata dal giudice del merito.⁹⁹² La norma vuole essere un freno d'emergenza, plasmato sull'esempio dell'art. 85 LEF.⁹⁹³ In ogni caso, va sottolineato che la procedura d'esecuzione è aperta ad entrambe le parti.

3. *Procedura*

a. *Domanda, competenza, procedura*

La procedura è avviata mediante inoltro di una domanda⁹⁹⁴ al giudice dell'esecuzione;⁹⁹⁵ quest'ultimo è designato dal diritto cantonale.⁹⁹⁶ Per la competenza *ratione loci*, invece, il nuovo CPC elenca tre criteri alternativi: il domicilio o la sede della parte soccombente (sottinteso: avanti al giudice di merito);⁹⁹⁷ il luogo dove le misure devono essere eseguite;⁹⁹⁸ infine, il foro dove è stata presa la decisione da eseguire.⁹⁹⁹ Quando la legge definisce imperativi i tre menzionati criteri,¹⁰⁰⁰ essa intende impedire alle parti accordi volti ad escluderne uno o più. La procedura è tassativamente quella sommaria.¹⁰⁰¹

b. *Provvedimenti conservativi*

Il giudice dell'esecuzione può prendere provvedimenti conservativi qualora sussista pericolo in mora, e se necessario senza sentire controparte;¹⁰⁰² l'espressa menzione del pericolo nel ritardo quale unica condizione pare voler porre in evidenza che altre ragioni, segnatamente quelle tratte dall'asserita erroneità della decisione da eseguire, ma anche quelle scaturenti da fatti successivi alla notificazione della decisione di merito,¹⁰⁰³ seppur obiezioni possibili nella procedura di merito, non possono essere addotte a sostegno di una richiesta di misure conservative. Ovviamente, va preventivamente sentita controparte, a meno che non si impongano misure inaudita altera pars.

c. *Verifica dell'esecutività*

La verifica delle condizioni d'esecutività della decisione di merito fa oggetto di due norme che, almeno nella loro versione italiana, appaiono in contraddizione

992 Art. 337 cpv. 2.

993 M cfr. 5.24.I ad art. 335 D.

994 Art. 338 cpv. 1.

995 Art. 339 cpv. 1.

996 Art. 3.

997 Art. 339 cpv. 1 lit. a.

998 Art. 339 cpv. 1 lit. b. I testi italiano e tedesco sono ambigui, ma quello francese è inequivocabile.

999 Art. 339 cpv. 1 lit. c.

1000 Art. 339 cpv. 1.

1001 Art. 339 cpv. 2.

1002 Art. 340; si vuole in tal modo garantire ad esempio l'effetto sorpresa nella procedura di *exequatur* ex art. 39 CL, M cfr. 5.24.I ad art. 338 D p. 6755; in caso di pretesa pecuniaria si procederà tramite sequestro ex art. 271 LEF.

1003 V. art. 341 cpv. 3.

l'una con l'altra: secondo l'art. 338 cpv. 2, incombe alla parte richiedente dimostrare che le condizioni di esecutività sono adempiute, allegando i documenti necessari; secondo l'art. 341 cpv. 1, invece, il giudice dell'esecuzione procede d'ufficio a tale esame. Probabilmente, la contraddizione va risolta nel senso che il giudice dell'esecuzione procederà a tale esame indipendentemente da una specifica domanda, basandosi tuttavia esclusivamente sui fatti allegati e dimostrati dalla parte istante.¹⁰⁰⁴

d. Osservazioni

La controparte va obbligatoriamente invitata a presentare le proprie osservazioni.¹⁰⁰⁵ L'espressa menzione del diritto della parte soccombente nel merito di produrre osservazioni non è, qui, l'ennesima ridondante ripetizione del diritto costituzionale delle parti di essere sentite: il legislatore ha infatti avuto cura di precisare che è proprio in questa evenienza che vanno sollevate tutte le circostanze che potrebbero impedire l'esecuzione,¹⁰⁰⁶ quali in particolare¹⁰⁰⁷ l'adempimento nel frattempo, l'ottenuta dilazione, infine la prescrizione o perenzione della prestazione dovuta.¹⁰⁰⁸ Quest'ultime due circostanze, precisa la legge, vanno provate mediante documenti.¹⁰⁰⁹ Non vi è contraddizione fra i capoversi 1 e 3 dell'art. 341: il giudice dell'esecuzione deve chiarire d'ufficio l'adempimento delle condizioni d'esecutività elencate all'art. 336,¹⁰¹⁰ mentre le obiezioni di merito, quelle elencate esemplificativamente all'art. 341 cpv. 3 e scaturenti da fatti successivi alla notifica della decisione, sono prese in considerazione unicamente se debitamente sollevate e provate dalla parte soccombente.

4. Esecuzione di prestazione condizionata

Se a dover essere posta in esecuzione è una prestazione condizionata o dipendente da una controprestazione, allora il giudice dell'esecuzione deve accertare la realizzazione della condizione rispettivamente verificare che la contropresta-

1004 In questo senso GASSER (nota 740) cfr. II.1.2.b p. 341. JEANDIN (nota 855) cfr. VI.D p. 360 seg., fondandosi sul testo francese, considera che la parte istante debba provare le condizioni dell'esecuzione (art. 339), mentre d'ufficio sia da accertare il carattere esecutivo della decisione di merito (art. 341).

1005 Art. 341 cpv. 2. L'espressione «assegna un breve termine» lascerebbe supporre che la parte soccombente debba necessariamente essere sentita per scritto; considerato che si applica la procedura sommaria (v. art. 339 cpv. 2), non si vede per quale ragione le osservazioni non possano essere presentate anche oralmente (art. 253) in sede d'udienza (art. 256 cpv. 1 e contrario).

1006 Con questa espressione generica si intendono nova autentici, non nova impropri, M cfr. 5.24.1 ad art. 339 D p. 6756.

1007 Dunque non esclusivamente: la lista non è esaustiva.

1008 Art. 341 cpv. 3.

1009 Art. 341 cpv. 3 ultima frase. L'onere della prova grava ovviamente sulla parte soccombente, poiché è questa che si prevale delle nuove circostanze.

1010 Sulla base dei fatti debitamente esposti dalla parte istante, come appena detto.

zione sia stata debitamente offerta, fornita o garantita.¹⁰¹¹ La formula adottata lascia trasparire che, quanto ai mezzi ed alla intensità di prova, vigono le usuali regole relative alla procedura sommaria.¹⁰¹²

5. *Mezzi di esecuzione*

Per attribuire il dovuto peso al proprio ordine, il giudice dell'esecuzione dispone dei mezzi tradizionali: la comminatoria penale dell'art. 292 CP,¹⁰¹³ misure coercitive dirette,¹⁰¹⁴ la facoltà di demandare a terza persona l'adempimento.¹⁰¹⁵ Il CN¹⁰¹⁶ ha introdotto due modifiche significative rispetto al progetto del CF:¹⁰¹⁷ in primo luogo, stralciando dal testo della prima frase del cpv. 1 dell'art. 343 l'avverbio «segnatamente», ha reso esaustiva la lista delle misure a disposizione del giudice.¹⁰¹⁸ Secondariamente, ha introdotto la multa disciplinare unica fino ad un massimo di fr. 5 000.—.¹⁰¹⁹ Si noterà poi la possibilità di condannare la parte inadempiente ad una multa disciplinare variabile, commisurata alla durata della situazione di inadempimento¹⁰²⁰ – per la parte inadempiente, una conseguenza simile a quella della pena convenzionale,¹⁰²¹ con la differenza che l'importo va allo Stato e non al creditore.¹⁰²² Naturalmente, la condanna ad una multa disciplinare variabile non esclude la validità di una pena convenzionale debitamente pattuita; per contro, già il CF ha lasciato cadere, perché ritenuto problematico, l'istituto di diritto francese della «astreinte», simile alla pena convenzionale in quanto commisurata alla durata dell'inadempimento, ma distinta da quella poiché stabilita dal giudice a beneficio della parte creditrice.¹⁰²³ La legge fornisce anche una base per obbligare non solo la parte inadempiente, ma anche terzi a fornire ogni informazione necessaria all'adempimento, rispettivamente a tollerare ispezioni;¹⁰²⁴ resta riservato

1011 Art. 342.

1012 Artt. 339 cpv. 2 e 254; v. M cfr. 5.24.1 ad art. 340 D.

1013 Art. 343 cpv. 1 lit. a.

1014 Art. 343 cpv. 1 lit. d.

1015 Art. 343 cpv. 1 lit. e.

1016 BU CN 2008 p. 973.

1017 Art. 341 D.

1018 Il carattere esemplificativo della lista dell'art. 341 D era stato criticato dalla dottrina come problematico dal punto di vista dello stato di diritto, CommCN 15/16 novembre 2007 p. 24 seg.

1019 Art. 343 cpv. 1 lit. b.

1020 Art. 343 cpv. 1 lit. c. In che rapporto stiano le due forme di multa disciplinare, in particolare se esse potranno essere ordinate cumulativamente, è questione che il testo di legge non risolve. In ogni caso, misure coercitive indirette possono essere ordinate dal giudice anche d'ufficio, GASSER (nota 740) cfr. II.1.3.a p. 341.

1021 Art. 160 CO.

1022 M cfr. 5.24.1 ad art. 341 D p. 6757.

1023 M cfr. 5.24.1 ad art. 341 D p. 6757. Secondo il legislatore, essa è contraria all'ordine pubblico svizzero perché permette un risarcimento superiore al danno subito, CommCN 15/16 novembre 2007 p. 25.

1024 Art. 343 cpv. 2.

l'aiuto dell'autorità competente,¹⁰²⁵ intesa – a mali estremi – ovviamente la polizia.

6. *Esecuzione di dichiarazione di volontà*

Se la prestazione litigiosa che la parte soccombente si rifiuta ostinatamente di fornire consiste in una dichiarazione di volontà, quest'ultima è sostituita dalla decisione esecutiva.¹⁰²⁶ Ma quale decisione esecutiva: quella di merito o quella del giudice dell'esecuzione? Dando come criterio determinante l'esecutività della decisione, senza precisare di quale decisione parli, il testo di legge potrebbe anche riferirsi al giudizio di merito, nel qual caso il giudice dell'esecuzione non dovrebbe neppure intervenire.¹⁰²⁷ Se così fosse, però, verrebbe a mancare alla parte soccombente il momento in cui esprimersi.¹⁰²⁸ Inoltre, non si vede perché la sola particolare natura della prestazione – una dichiarazione di volontà – giustifichi una procedura del tutto diversa, rispettivamente la rinuncia all'usuale procedura di esecuzione. Vi è poi il raffronto della norma qui discussa con l'art. 351 cpv. 2, dedicato all'identica situazione, ma scaturente da un documento pubblico: all'art. 351 cpv. 2 viene detto senza mezzi termini che è la decisione del giudice dell'esecuzione a rimpiazzare l'omessa dichiarazione di volontà. Da ultimo, non si può non pensare che se l'intenzione del legislatore fosse stata di dichiarare direttamente eseguibile ogni decisione relativa ad una dichiarazione di volontà, lo avrebbe facilmente potuto esprimere in termini espliciti all'art. 344, ma anche all'art. 236. Tutto ciò porta tendenzialmente a concludere che all'art. 344 cpv. 1 riferimento sia fatto alla decisione del giudice dell'esecuzione.¹⁰²⁹ La dichiarazione di volontà può riguardare un registro pubblico – in particolare fondiario o di commercio –; in tal caso, il giudice dell'esecuzione impartirà le istruzioni per le operazioni da effettuare.¹⁰³⁰

7. *Conversione in denaro*

A giudizio di chi scrive, una delle norme peggio redatte di tutto il nuovo CPC è quella intitolata «risarcimento dei danni e conversione in denaro».¹⁰³¹ Il testo di legge si presta a numerosi fraintendimenti e non distingue in maniera comprensibile i casi retti dal cpv. 1 lit. a da quelli retti dal cpv. 1 lit. b. Per la sua comprensione è imprescindibile fare appello al Messaggio del CF – ciò che non do-

¹⁰²⁵ Art. 343 cpv. 3.

¹⁰²⁶ Art. 344 cpv. 1.

¹⁰²⁷ In questo senso JEANDIN (nota 855) cfr. VI.F p. 364 seg.

¹⁰²⁸ Art. 341 cpv. 2 e 3.

¹⁰²⁹ La CommCN 15/16 novembre 2007 p. 26 seg. sembra considerare implicitamente che si parli del giudice dell'esecuzione.

¹⁰³⁰ Art. 344 cpv. 2; anche qui il testo di legge non è chiaro, ma va presunto che debba essere letto come appena esposto.

¹⁰³¹ Art. 345.

vrebbe essere necessario. Comunque sia, il Messaggio¹⁰³² permette di capire che il legislatore vuole offrire al creditore che ne fa corrispondente richiesta due alternative all'esecuzione reale della decisione di merito sotto forma di una prestazione equivalente in denaro: la prima variante esige che l'esecuzione reale sia stata richiesta, ma senza successo,¹⁰³³ la seconda può essere richiesta in vece dell'esecuzione reale.¹⁰³⁴ La formulazione proposta dal CN,¹⁰³⁵ togliendo la congiunzione «e» prevista nel Disegno,¹⁰³⁶ ha chiarito che le due varianti sono alternative. L'importo allocato corrisponde in entrambi i casi al controvalore in denaro della prestazione non fornita. La formulazione del testo di legge è pertanto criticabile quando parla nel primo caso¹⁰³⁷ di un risarcimento dei danni, se è vero – come pretende il Messaggio – che per altri danni la parte richiedente deve avviare una nuova procedura di merito.¹⁰³⁸

Certo la constatazione che la parte soccombente persista a non dar seguito agli ordini dei giudici (prima quello di merito poi quello dell'esecuzione) rischia di condurre le parti a una situazione di stallo. Alla luce di questo pericolo, ben ha fatto il legislatore a prevedere una via d'uscita. Tuttavia, la soluzione presenta parecchie ambiguità. Dal punto di vista del principio, vi è da chiedersi se questa via d'uscita non finisca per premiare la parte soccombente, la quale – seppur assumendo gli oneri economici – riesce ad evitare di concedere alla parte vincente quanto la Giustizia ha stabilito che le spetti. Dunque va anche data alla parte vincente la possibilità di non demordere, seppur con il rischio di trascinare ulteriormente la vicenda. Il CPC, però, non si esprime sulla questione se, finita infruttuosamente una prima procedura esecutiva, la parte vincente debba obbligatoriamente chiedere la conversione,¹⁰³⁹ oppure se essa possa riproporre una nuova procedura esecutiva, ed eventualmente quante volte. In altre parole, non è chiaro se l'applicazione dell'art. 345 sia lasciata all'arbitrio della parte vincente, oppure se, a partire da un determinato momento, la parte vincente debba piegarsi e farvi obbligatoriamente capo. Nel dettaglio, poi, manca chiarezza sul ruolo processuale della parte istante (vincente) circa i mezzi coercitivi da adottare: può essa, ad esempio, chiedere al giudice dell'esecuzione, con effetto vincolante per questi, unicamente l'adozione di mezzi blandi, oppure il giudice sceglie liberamente i mezzi che più gli paiono adeguati?¹⁰⁴⁰ Dalla risposta a questa domanda dipende, fra l'altro, se una nuova istanza di esecuzione sia ammissibile unicamente se fondata su nuovi e prima non richie-

1032 M cfr. 5.24.1 ad art. 343 D.

1033 Art. 345 cpv. 1 lit. a.

1034 Art. 345 cpv. 1 lit. b.

1035 BU CN 2008 p. 973; CommCN 14/15 febbraio 2008 p. 24.

1036 Art. 343 cpv. 1 fra le litt. a e b D.

1037 Art. 345 cpv. 1 lit. a.

1038 Critico sulla necessità di avviare una nuova procedura GASSER (nota 740) cfr. I.1.4.a p. 342.

1039 In applicazione dell'art. 345 cpv. 1 lit. a.

1040 A proposito dell'istanza di esecuzione diretta inoltrata al giudice di merito si era sottolineata l'importanza delle conclusioni delle parti, supra § 21.V.2; verosimilmente lo stesso vale qui.

sti mezzi coercitivi. Ci si chiede poi come procedere con la conversione di prestazioni fissate dal giudice in applicazione della massima della non vincolatività delle conclusioni, dunque sottratte alla disposizione delle parti.

I terzi toccati dalla decisione sull'esecuzione hanno facoltà indipendente di reclamo.¹⁰⁴¹ Come visto, ciò si verifica ad esempio con il loro obbligo di fornire informazioni e tollerare ispezioni.¹⁰⁴²

II. Esecuzione di documenti pubblici

1. *Nozione e requisiti*

Il documento pubblico di cui agli artt. 347 sgg. è stato definito da alcuni un nuovo genere di documento pubblico, e non semplicemente una nuova via esecutiva;¹⁰⁴³ da altri, la nuova via esecutiva di usuali documenti pubblici.¹⁰⁴⁴ Il dibattito parlamentare ha posto in evidenza che il nuovo istituto giuridico non ha raccolto l'unanimità in sede di consultazione. È stato allora sottolineato che il nuovo documento pubblico non equivale ad una decisione, poiché non accerta l'esistenza della pretesa espressa; semmai, è più simile ad un riconoscimento di debito qualificato.¹⁰⁴⁵ I requisiti di contenuto del documento pubblico consistono nell'indicazione sufficientemente precisa della prestazione dovuta¹⁰⁴⁶ e del titolo giuridico;¹⁰⁴⁷ inoltre, il documento deve contenere il riconoscimento della prestazione da parte dell'obbligato¹⁰⁴⁸ ed il riconoscimento esplicito da parte di quest'ultimo della facoltà, per il creditore, di procedere con l'esecuzione diretta.¹⁰⁴⁹

2. *Prestazioni oggetto di documento pubblico*

Quanto alla prestazione oggetto di un tale documento pubblico, si noterà che essa deve essere esigibile.¹⁰⁵⁰ Quest'ultima condizione non riguarda, invero, il documento, bensì la prestazione medesima; essa non dovrà risultare esigibile al momento della stesura del documento, bensì al momento in cui il creditore ne chiederà l'esecuzione sulla scorta del documento pubblico in applicazione

1041 Art. 346.

1042 Art. 343 cpv. 2.

1043 M cfr. 5.24.2 p. 6758.

1044 CommCS 26/27 marzo 2007 p. 36.

1045 CF Blocher, BU CS 2007 p. 640; divergente CS Inderkum, ibid.; CommCS 26/27 marzo 2007 p. 35 lo paragona a un riconoscimento di debito qualificato.

1046 Art. 347 lit. c cfr. 1.

1047 Art. 347 lit. b.

1048 Art. 347 lit. c cfr. 2.

1049 Art. 347 lit. a.

1050 Art. 347 lit. c cfr. 3.

dell'art. 350 cpv. 1.¹⁰⁵¹ La prova incombe all'istante.¹⁰⁵² La forma del documento pubblico è retta dal diritto cantonale.¹⁰⁵³

Peraltro, non tutte le prestazioni sono suscettibili di esecuzione sulla base di un documento pubblico ai sensi dell'art. 347. I pericoli legati a documenti di questo genere sono stati ridotti escludendo dal loro campo d'applicazione le materie del cosiddetto diritto privato sociale¹⁰⁵⁴ e garantendo al debitore la possibilità di far valere le eccezioni di fondo.¹⁰⁵⁵ Sono così escluse prestazioni scaturenti dalla legge sulla parità dei sessi¹⁰⁵⁶ e sulla partecipazione;¹⁰⁵⁷ relative alla locazione ed all'affitto agricolo;¹⁰⁵⁸ ai rapporti di lavoro rispettivamente scaturenti dalla legge sul collocamento;¹⁰⁵⁹ infine scaturenti da contratti con i consumatori.¹⁰⁶⁰

3. *Prestazioni in denaro eseguibili ex LEF*

Una particolarità importante: un documento pubblico ai sensi dell'art. 347, se si riferisce ad una prestazione in denaro, esula invero dal presente capitolo sull'esecuzione delle decisioni per ricadere nel campo della LEF;¹⁰⁶¹ nondimeno, il nuovo CPC precisa che anche in tale contesto, la stesura di un documento pubblico ai sensi dell'art. 347 è possibile, e che un tale documento varrà titolo definitivo di rigetto dell'opposizione ai sensi degli artt. 80 e 81 LEF.¹⁰⁶² Cionondimeno, il documento pubblico non è parificato alla decisione: le riformulate norme LEF¹⁰⁶³ dicono che contro il documento pubblico restano opponibili tutte le eccezioni,¹⁰⁶⁴ seppur debbano essere provate con formula piena,¹⁰⁶⁵ e che dopo l'ammissione dell'opposizione sollevata contro un'esecuzione fondata su documento pubblico il creditore può proporre azione di riconoscimento

1051 Fa stato il momento dell'intimazione della copia autenticata del documento rispettivamente del precetto esecutivo all'obbligato. M cfr. 5.24.2 ad art. 345 D p. 6760 cfr. 6.

1052 Art. 338 cpv. 2.

1053 Art. 55 Tit. fin. CC; M cfr. 5.24.2 ad art. 345 D p. 6760 cfr. 1; CommCS 26/27 marzo 2007 p. 36.

1054 Art. 348.

1055 CF Blocher, BU CS 2007 p. 640; v. art. 351 cpv. 1 se le obiezioni sono immediatamente comprovabili, altrimenti con l'azione giudiziaria, art. 352. Allo stesso modo, il creditore può adire il giudice di merito se il giudice dell'esecuzione ha rifiutato l'esecuzione, CommCS 26/27 marzo 2007 p. 39.

1056 Art. 348 lit. a.

1057 Art. 348 lit. c.

1058 Art. 348 lit. b.

1059 Art. 348 lit. d.

1060 Art. 348 lit. e.

1061 Art. 335 cpv. 2.

1062 Art. 349.

1063 Art. 402 e Allegato 1 n. II.17.

1064 Art. 81 cpv. 2 nLEF in contrapposizione al cpv. 1 dedicato al credito fondato su una decisione esecutiva.

1065 Art. 81 cpv. 2 ultima frase nLEF, equivalente all'art. 351 cpv. 1 per prestazioni non pecuniarie, CommCS 26/27 marzo 2007 p. 38.

di debito.¹⁰⁶⁶ Al debitore la cui opposizione è stata rigettata in forma definitiva non è aperta l'azione di disconoscimento del debito ex art. 83 cpv. 2 LEF. Egli dispone per contro di un rimedio straordinario di diritto e delle azioni di accertamento negativo ex art. 85a LEF rispettivamente, se del caso, di ripetizione per pagamento indebito ex art. 86 LEF.¹⁰⁶⁷

4. *Procedura avanti al pubblico ufficiale*

Se dovuta è una prestazione non in denaro, dunque al di fuori della procedura e delle competenze delle autorità preposte all'applicazione della LEF, la procedura avanti al pubblico ufficiale consta di due parti: in un primo tempo, viene steso il pubblico documento secondo i dettami dell'art. 347; in un secondo tempo, prima di adire il giudice dell'esecuzione, il creditore deve tornare dal pubblico ufficiale¹⁰⁶⁸ e chiedergli che ne faccia pervenire una copia autenticata al debitore.¹⁰⁶⁹ Quest'ultimo avrà allora venti giorni per l'adempimento volontario. Poi l'avente diritto potrà adire il giudice dell'esecuzione.¹⁰⁷⁰

5. *Procedura avanti al giudice dell'esecuzione*

Per la procedura, in assenza di norme specifiche, valgono le regole del Titolo decimo Capitolo primo relativo all'esecuzione delle decisioni. In particolare, la procedura è sommaria¹⁰⁷¹ e la competenza *ratione loci* è stabilita in applicazione dei criteri enunciati all'art. 339 cpv. 1. Avanti al giudice dell'esecuzione, tuttavia, l'obbligato è autorizzato a sollevare qualsiasi eccezione materiale, purché immediatamente comprovabile.¹⁰⁷² Qualora invece l'eccezione materiale non sia immediatamente comprovabile, la legge riserva all'obbligato l'azione giudiziaria di merito.¹⁰⁷³ Questa salvaguardia delle eccezioni di merito è conseguenza del fatto che né il documento pubblico né la decisione relativa del giu-

1066 Art. 79 prima frase nLEF; in contrapposizione con quanto vale in forza di una decisione esecutiva che toglie espressamente l'opposizione, art. 79 seconda frase nLEF; v. anche M cfr. 5.24.2 ad art. 347 D; CommCS 26/27 marzo 2007 p. 38.

1067 M cfr. 5.24.2 ad art. 347 D p. 6761 e ad art. 350 D p. 6762.

1068 Secondo il M, cfr. 5.24.2 ad art. 348 D p. 6761, la designazione del pubblico ufficiale spetta al diritto cantonale, ma di regola sarà il medesimo che a suo tempo aveva rilasciato il documento. Il testo di legge (art. 350 cpv. 1) in italiano indica inequivocabilmente che il pubblico ufficiale competente è quello che a suo tempo aveva steso il documento; nelle versioni tedesca e francese, per contro, tale precisazione manca, né si comprende da dove abbia origine il testo italiano. Esso va presunto pertanto errato.

1069 Qui chiamato obbligato probabilmente per sottolineare che non si parla di prestazioni in denaro.

1070 Art. 350 cpv. 2 e 3.

1071 Art. 339 cpv. 2.

1072 Art. 351 cpv. 1. La modifica al testo di legge apportata dal CS (BU CS 2007 p. 640) ha carattere redazionale ed è senza influenza sul contenuto; la differenza fra il testo italiano dell'art. 81 cpv. 2 ultima frase nLEF e quello dell'ultima frase dell'art. 351 cpv. 1, che gli corrisponde per crediti pecuniari, non ha ragione di essere né portata sostanziale.

1073 Art. 352; *actio negatoria*, art. 88.

dice dell'esecuzione hanno l'effetto di cosa giudicata riguardo alla prestazione di fondo.¹⁰⁷⁴ Peraltro, la via del processo civile rimane aperta anche all'avente diritto al quale il giudice dell'esecuzione abbia respinto la domanda di esecuzione.¹⁰⁷⁵

6. *Dichiarazione di volontà*

Si noterà infine, con riguardo ai casi in cui la prestazione dovuta consiste in una dichiarazione di volontà dell'obbligato, che la decisione del giudice dell'esecuzione si sostituisce alla dichiarazione omessa;¹⁰⁷⁶ a questo magistrato incomberà anche di dare le necessarie istruzioni agli ufficiali dei registri eventualmente coinvolti dalla dichiarazione.¹⁰⁷⁷

7. *Risarcimento dei danni e conversione in denaro?*

Ritenuto che la procedura sommaria per l'esecuzione delle decisioni si applica anche all'esecuzione di documenti pubblici, vi è da chiedersi se trovi pure applicazione la possibilità di ottenere un risarcimento dei danni e la conversione in denaro in base all'art. 345. La risposta è verosimilmente negativa. Il legislatore ha voluto distinguere fra la decisione giudiziaria ed il documento pubblico: posto che quest'ultimo, contrariamente alla decisione giudiziaria, non accerta l'esistenza della pretesa materiale che esprime, la conversione in denaro di una pretesa contenuta in atto pubblico appare contraria al sistema.

1074 M cfr. 5.24.2 ad art. 350 D p. 6762; v. anche CF Blocher, BU CS 2007 p. 640; CommCS 26/27 marzo 2007 p. 35; divergente CS Inderkum, BU CS 2007 p. 640.

1075 Azione di condanna ad una prestazione, art. 84; M cfr. 5.24.2 ad art. 350 D p. 6763.

1076 Art. 351 cpv. 2.

1077 Art. 351 cpv. 2 seconda frase, con rinvio all'art. 344 cpv. 2.

