

RENATO ORIANI

‘ESSERE’ E ‘DOVER ESSERE’  
NELL’IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI  
DEL GIUDICE CIVILE



JOVENE

## INDICE

### INTRODUZIONE

1. I provvedimenti del giudice nel codice di procedura civile del 1865 .....	p.	1
1.1. <i>a)</i> l'impugnazione di ordinanze e decreti con contenuto decisorio .....	»	4
1.2. <i>b)</i> il principio della prevalenza della sostanza sulla forma .....	»	7
1.3. <i>c)</i> il principio dell'apparenza .....	»	9
2. I provvedimenti del giudice nel codice di procedura civile del 1940 .....	»	12
2.1. L'art. 131 c.p.c. ....	»	13
2.2. La predeterminazione <i>ex lege</i> della forma del provvedimento .....	»	19
2.3. Il ribaltamento dei rapporti tra sentenza e ordinanza .....	»	22
2.4. I germi per l'evoluzione dei rapporti tra sentenza e ordinanza nel codice di rito del 1940 .....	»	24
3. L'art. 111, (2° comma, ora) 7° comma, Cost. ....	»	26
4. Gli interventi della Corte costituzionale .....	»	32
5. Modifiche sul piano legislativo .....	»	35
6. Indicazione del tema che sarà affrontato. L'errore del giudice nella scelta del provvedimento da adottare; altri errori in grado di condizionare l'esercizio del potere di impugnazione .....	»	42
7. Prospettive di indagine .....	»	46

### CAPITOLO PRIMO

#### L'ERRORE DEL GIUDICE

#### NELL'ADOZIONE DELLA FORMA DEL PROVVEDIMENTO

1. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma: il fermo orientamento giurisprudenziale .....	»	47
2. Applicazioni giurisprudenziali del principio della prevalenza della sostanza sulla forma .....	»	62
3. La posizione di Garbagnati .....	»	70
4. La teoria di Tarzia .....	»	74
5. Altre posizioni della dottrina .....	»	79
6. <i>Continua.</i> L'influenza della teoria della <i>Meistbegünstigung</i> .....	»	89
7. Il venir meno, in gran parte, dei limiti posti dalla stessa giurisprudenza al principio della prevalenza della sostanza sulla forma: <i>a)</i> il potere decisorio del g.i. ....	»	95
8. <i>Continua.</i> <i>b)</i> il difetto di sottoscrizione del provvedimento .....	»	98

9. Il nuovo limite giurisprudenziale al principio della prevalenza della sostanza sulla forma .....	p. 102
10. Particolarità della forma dell'ordinanza che decide sulla sola questione di competenza (art. 46, comma 9, lett. A, legge 18 giugno 2009, n. 69) .....	» 107
11. <i>Continua</i> .....	» 117
12. Chiusura del processo con ordinanza: implicazioni .....	» 124
13. Su taluni orientamenti della giurisprudenza contrari al nucleo essenziale del principio della prevalenza della sostanza sulla forma .....	» 128
14. Nuovi sviluppi della trattazione alla luce di un rilievo di Tarzia .....	» 132

## CAPITOLO SECONDO

ERRORE DEL GIUDICE E INDIVIDUAZIONE  
DEL MEZZO DI IMPUGNAZIONE

1. Premessa .....	» 136
-------------------	-------

## SEZIONE PRIMA

A.1. La qualificazione da parte del giudice dell'opposizione esecutiva è decisiva ai fini della individuazione del mezzo di impugnazione .....	» 137
A.1.1. Le conseguenze della mancanza di qualificazione giudiziale dell'opposizione esecutiva .....	» 145
A.2. L'opposizione avverso l'ordinanza di ingiunzione per illecito amministrativo prima della legge 24 novembre 1981, n. 689 .....	» 154
A.2.1. L'opposizione avverso l'ordinanza di ingiunzione <i>ex artt. 22 e 23</i> , legge 24 novembre 1981, n. 689 .....	» 156
A.2.2. L'opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione per violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie .....	» 160
A.2.3. Le conseguenze del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 .....	» 165
A.2.4. Rimedi in tema di esecuzione esattoriale per il recupero di somme liquidate nell'ordinanza di ingiunzione <i>ex legge 689/81</i> .....	» 168
A.3. L'inappellabilità della sentenza in rapporto al valore della causa .....	» 172
A.3.1. Il regime di impugnazione della sentenza pronunciata secondo equità dal giudice di pace .....	» 174
A.3.2. L'inappellabilità della sentenza nel processo del lavoro .....	» 185
A.3.3. Sull'abrogato art. 99, ultimo comma, l.fall., in tema di inappellabilità della sentenza emessa nel giudizio di opposizione allo stato passivo .....	» 188
A.4. L'inappellabilità della sentenza nel processo previdenziale <i>ex art. 445-bis</i> , ultimo comma, c.p.c. ....	» 190
A.5. La pronuncia secondo equità su istanza di parte .....	» 192
A.5.1. Ricorso per cassazione <i>per saltum</i> (art. 360, 2° comma, c.p.c.) .....	» 196
A.5.2. Regime di impugnazione della sentenza emessa ai sensi dell'art. 68- <i>bis</i> , d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e dell'art. 420- <i>bis</i> c.p.c. ....	» 196

A.6. Il grado della sentenza da impugnare .....	p. 201
A.7. Il regime di impugnazione dell'ordinanza di convalida di licenza o di sfratto .....	» 210
A.7.1. Il regime di impugnazione delle ordinanze pronunciate nel corso del giudizio di divisione .....	» 214
A.7.2. Emanazione di ordinanza o sentenza secondo il comportamento del convenuto (e dell'attore) .....	» 215
A.8. Il procedimento di liquidazione degli onorari di avvocato <i>ex artt.</i> 28-30, legge 794/42 .....	» 219
A.8.1. Le conseguenze dell'art. 14, d.lgs. 150/2011 .....	» 231
A.9. Le controversie in tema di protezione internazionale e protezione umanitaria .....	» 242
A.10. Il procedimento di cui all'art. 152, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in materia di protezione dei dati personali .....	» 246
A.11. Il procedimento in tema di speciali elargizioni per le vittime del terrorismo e loro familiari .....	» 252

## SEZIONE SECONDA

B.1. Regime di impugnazione del provvedimento che decide una questione di competenza .....	» 253
B.2. Il regolamento di competenza contro il provvedimento che dichiara la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. ....	» 263
B.3. Sul regime di impugnazione della decisione in ordine ai rapporti tra giudice ordinario ed arbitro .....	» 265

## SEZIONE TERZA

C.1. Concorso tra opposizione agli atti esecutivi e reclamo <i>ex art.</i> 630 c.p.c. ....	» 273
C.1.1. Concorso tra appello e reclamo <i>ex art.</i> 739 c.p.c. ....	» 282
C.1.1.1. Concorso tra ricorso per cassazione <i>ex art.</i> 111 Cost. e reclamo <i>ex art.</i> 739 c.p.c. ....	» 287
C.1.2. Concorso tra appello e reclamo <i>ex art.</i> 669-terdecies c.p.c. (i procedimenti possessori) .....	» 287
C.1.3. Concorso di rimedi nella procedura fallimentare .....	» 296
C.1.4. Le controversie in materia di liquidazione di usi civici .....	» 302
C.2. L'impugnativa dei licenziamenti secondo la legge 28 giugno 2012, n. 92 (cd. legge Fornero) .....	» 304
C.2.1. Legge 24 marzo 2001, n. 89, e successive modifiche .....	» 311
C.3. Il procedimento per la determinazione del compenso agli ausiliari del giudice .....	» 312
C.3.1. ... nel processo civile e nel processo penale .....	» 318
C.4. A proposito dell'impugnazione del provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato .....	» 322

## SEZIONE QUARTA

D.1. La doppia impugnazione per “scrupolo difensivo” contro lo stesso provvedimento .....	p. 324
D.2. ... <i>Continua</i> .....	» 333

## CAPITOLO TERZO

ERRORE DEL GIUDICE E MODALITÀ DI SVOLGIMENTO  
DEL PROCESSO DI IMPUGNAZIONE

1. La cd. ultrattività del rito e l'atto introduttivo del processo di appello .....	» 347
1.1. La cd. ultrattività del rito e l'opposizione a decreto ingiuntivo .....	» 352
1.2. La cd. ultrattività del rito e i procedimenti in camera di consiglio .....	» 359
1.3. Altri casi di ultrattività del rito .....	» 362
1.4. Una recente contestazione del principio di ultrattività del rito .....	» 363
1.5. Criteri per individuare il rito in concreto adottato .....	» 365
2. La sospensione dei termini processuali nel periodo feriale e il rito seguito .....	» 369
2.1. La sospensione dei termini processuali nel periodo feriale e la qualificazione del rapporto controverso .....	» 374
2.2. Novità giurisprudenziali in tema di sospensione feriale dei termini processuali .....	» 379
3. Dimidiazione dei termini di impugnazione (e di termini di costituzione in giudizio) e qualificazione dell'azione .....	» 380
4. Errore del giudice e decorrenza del termine di impugnazione .....	» 383
5. Impugnazione della sentenza che abbia deciso, in un processo cumulativo a due parti, una o alcune delle domande proposte .....	» 385
6. Erroree indicazioni nella sentenza sulle parti e giudizio di impugnazione .....	» 396
7. Orientamenti su temi collaterali che non applicano il principio dell'apparenza .....	» 406

## CAPITOLO QUARTO

TRA IL PRINCIPIO DELLA PREVALENZA DELLA SOSTANZA  
SULLA FORMA E IL PRINCIPIO DELL'APPARENZA

1. Considerazioni riepilogative e prospettiva di nuove indagini .....	» 409
2. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e il principio dell'apparenza entrano in rotta di collisione .....	» 419
3. Su un rilievo contenuto in Cass., S.u., 2 ottobre 2012, n. 16727 .....	» 422
4. Le contraddizioni della giurisprudenza .....	» 424
5. Spunti di riflessione provenienti dal diritto processuale amministrativo ...	» 428
5.1. <i>Continua</i> . L'errore scusabile .....	» 432
5.2. Errore scusabile e clausola di impugnazione .....	» 436
5.3. Dell'art. 37 c.p.a. ....	» 442
5.4. <i>Continua</i> . L'adozione del rito sbagliato .....	» 443

6. Spunti di riflessione provenienti dal processo penale .....	p. 447
6.1. <i>Continua</i> . La restituzione in termini e l'art. 568, comma 5, c.p.p. ....	» 449
7. Ancora sulla teoria della <i>Meistbegünstigung</i> .....	» 456
8. Su talune disposizioni del codice di procedura civile francese .....	» 459
9. La rimessione in termini nel processo civile italiano .....	» 460
9.1. ... e <i>overruling</i> .....	» 472
9.2. La rimessione in termini e le cd. istruzioni nel processo civile .....	» 479
9.3. La rimessione in termini in caso di atti invalidi posti in essere dalla parte su ordine erroneo del giudice .....	» 481

## CAPITOLO QUINTO

## PROVE DI RICOSTRUZIONE SISTEMATICA

## SEZIONE PRIMA

A.1. Potere di impugnazione, art. 323 c.p.c., art. 111 Cost. ....	» 486
A.2. Appello contro ordinanze con il contenuto della sentenza previste dalla legge .....	» 492

## SEZIONE SECONDA

B.1. Errore del giudice nell'adozione della forma del provvedimento: riepilogo delle posizioni .....	» 503
B.2. Rapporto forma-sostanza nei provvedimenti del giudice: impostazione del problema .....	» 505
B.3. La tesi che privilegia l'affidamento della parte .....	» 511
B.4. Il ruolo dell'art. 279, 4° comma, c.p.c. ....	» 513
B.4.1. Il regime delle ordinanze con il contenuto della sentenza non de- finitiva: orientamenti della giurisprudenza .....	» 516
B.4.2. Ancora sull'ambito di applicazione dell'art. 279, 4° comma, c.p.c. ....	» 522
B.4.3. Osservazioni critiche sulla teoria di Tarzia .....	» 525
B.4.4. Le origini dell'art. 279, 4° comma, c.p.c. ....	» 528
B.5. La sentenza con contenuto ordinatorio o istruttorio .....	» 530
B.5.1. Il regime dell'ordinanza con il contenuto di una sentenza defi- nitiva .....	» 532
B.5.2. L'art. 279, 4° comma, c.p.c., costituisce <i>lex specialis</i> .....	» 537
B.6. L'ordinanza anomala e la rimessione in termini <i>ex</i> art. 153, 2° comma, c.p.c. ....	» 542
B.6.1. Le caratteristiche dell'impugnazione della sentenza anomala ....	» 545
B.7. L'errore nella scelta della forma del provvedimento come riflesso dell'er- rore sul contenuto del provvedimento .....	» 546
B.7.1. Il regime del provvedimento che pronuncia sulla distribuzione degli affari tra le sezioni del tribunale <i>sub specie</i> di questione di competenza .....	» 547
B.7.2. Il regime della sentenza definitiva di rito emessa in luogo di or- dinanza diretta a consentire una pronuncia di merito .....	» 552

B.7.3. Il regime del provvedimento ordinatorio emesso in luogo di sentenza definitiva di rito .....	p. 553
B.8. L'alternativa tra l'orientamento giurisprudenziale della prevalenza della sostanza sulla forma e la tesi della prevalenza della forma prescritta dalla legge sulla forma in concreto adottata dal giudice .....	» 555
B.9. Distinzione sul piano formale tra sentenza e ordinanza .....	» 562
B.10. Il regime della pronuncia in tema di estinzione del processo di cognizione .....	» 568
B.10.1. Divieto di pronuncia di sentenze non definitive: <i>a)</i> a proposito dei rapporti tra ordinanza e lodo non definitivo nel processo arbitrale .....	» 584
B.10.2. Ancora sul divieto di pronuncia di sentenze non definitive: <i>b)</i> processo del lavoro e contenzioso tributario .....	» 588
B.10.3. L'impugnazione dell'ordinanza <i>ex art. 348-bis</i> e <i>348-ter</i> c.p.c. ....	» 593
B.10.4. <i>Continua</i> .....	» 599
B.10.5. Conseguenze della chiusura del processo di cognizione con ordinanza in virtù di previsione di legge .....	» 603
B.10.6. Caratteri dell'ordinanza che pronuncia sulla sola questione di competenza .....	» 613
B.10.7. Processi conclusi con ordinanza (o decreto) e art. 2909 c.c. ....	» 616
B.10.8. Sulle differenze tra principio della prevalenza della sostanza sulla forma e principio della sentenza in senso sostanziale .....	» 618
B.11. Errore del giudice nella scelta del provvedimento e processo esecutivo ...	» 627
B.12. ... e processi speciali .....	» 643
B.13. ... e processi cautelari .....	» 654
B.13.1. Processi cautelari e spese giudiziali .....	» 658
B.13.2. Sul regime di alcuni provvedimenti dal contenuto particolare emessi nel giudizio cautelare .....	» 661
B.14. Scelta del provvedimento e procedimenti in camera di consiglio .....	» 666
B.15. Procedimenti diversi da quelli di cognizione e regolamento di competenza	» 669

## SEZIONE TERZA

C.1. Errore del giudice e individuazione del mezzo di impugnazione .....	» 677
C.1.1. La teoria di Poli .....	» 679
C.2. La formazione giurisprudenziale del principio dell'apparenza .....	» 685
C.2.1. Le caratteristiche del principio dell'apparenza .....	» 686
C.2.2. ... <i>Continua</i> .....	» 689
C.2.3. Il principio dell'apparenza e il principio dell'economia processuale .....	» 691
C.2.4. ... <i>Continua</i> .....	» 693
C.2.5. Esame e critica dei motivi posti a fondamento del principio dell'apparenza .....	» 699
C.2.6. Elementi contrastanti con il principio dell'apparenza, quale criterio esclusivo per determinare il mezzo di impugnazione .....	» 702
C.2.7. Principio dell'apparenza e rimessione in termini <i>ex art. 153</i> c.p.c. ....	» 711

C.3. Proposta di ricostruzione sistematica .....	p. 720
C.3.1. ... Casistica .....	» 726
C.3.2. Individuazione del mezzo di impugnazione e rito seguito .....	» 732
C.3.3. <i>Overruling</i> ed errore scusabile .....	» 743
C.3.4. Aspetti del processo esecutivo .....	» 745
C.3.5. Profili del processo cautelare (art. 669- <i>duodecies</i> c.p.c.) .....	» 746
C.4. Pluralità di mezzi di impugnazione avverso lo stesso provvedimento .....	» 751

## SEZIONE QUARTA

D.1. Errore del giudice e modalità del processo di impugnazione .....	» 759
D.1.1. A proposito dell'indicazione delle parti del processo di impugnazione e dell'art. 288, ultimo comma, c.p.c. ....	» 766
D.1.2. Errore sul rito e atto introduttivo del processo di impugnazione .....	» 768