

La giustizia civile oggi

di Claudio Consolo

1. La deriva proceduristica della (funzione di rendere) giustizia nel campo civile

L'interrogativo che sempre più di frequente si pone è quale sia il volto odierno della giustizia civile. A una tale fondamentale domanda il processualcivilista fatica a rispondere, perché dopo tutto il processo è (o almeno dovrebbe essere) considerato un contenitore che interagisce profondamente con la sostanza, ma che non è in grado di secernere l'idea fondamentale che dovrebbe risiedere nello spirito nuovo dello *ius civile* contemporaneo. Senza alcuna pretesa, proveremo qui allora un diverso approccio, concentrandoci su come la funzione di rendere giustizia civile – quale che sia il mutato volto dei canoni sostanziali di valutazione dei torti e delle ragioni – si calava e si cala oggi in quello che si è soliti chiamare (con Chiovenda, il Maestro dei processualisti moderni, sulla scia dei processualisti tedeschi) «rapporto giuridico processuale».

Non tarderà a risultare evidente che nel tentativo di garantire una durata “ragionevole” dell'esperienza processuale (la cui mancanza è considerata *il* male della nostra giustizia civile, mentre non è l'unico) si sta, in realtà, allontanando l'esperienza processuale dal suo fine ultimo, quello dell'accertamento (e così della tutela) del diritto soggettivo calato nel processo quale frutto di un puro processo interpretativo e ricostruttivo veritariamente del fatto. Male, questo, parimenti (anzi, più) grave della irragionevole durata del processo, perché porta con sé una crescente e generalizzata disillusione circa la capacità dello Stato di rendere la sua funzione primaria. Incapacità del resto quasi candidamente dichiarata dal legislatore processuale (ruolo ormai sempre più appannaggio dell'esecutivo, con un Parlamento in funzione neppure vicaria, chiamato a convertire imperiosamente decreti legge, sulle cui necessità ed urgenza si può seriamente dubitare), o forse strumentalizzata per “fidelizzare” la sterminata (poiché mai razionalmente programmata) classe forense con il miraggio di nuove funzioni quasi autoreferenti. Di questa tendenza a dir poco rinunciataria a esternalizzare il servizio giustizia è espressione lo *switch* tra giudici togati

e arbitri, introdotto dal D.L. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito in legge 10 novembre 2014, n. 162). In virtù di questa novella, le parti di giudizi pendenti potranno osare chiedere che la lite già portata alla cognizione dell'AGO e formante parte dell'arretrato sia trattata e decisa, senza soluzione di continuità, da arbitri, tratti però *solo* dagli ordini degli avvocati e con una serie di soluzioni che rendono alquanto spuria questa applicazione dell'arbitrato (concepita quasi al modo di un neo-scabinato corporativo).

Le ragioni di questa deriva proceduristica, nel senso di elusione della decisione di merito e comunque di frequente ripiegamento su minime questioncelle operazionali, sono molte. Due, in particolare, spiccano su tutte le altre. Anzitutto, la crescente importanza acquisita dal giudizio di 1° grado (che esita ormai decisioni statisticamente destinate a stabilizzarsi), anche sulla scorta dell'abitudine del legislatore di trapiantare modelli processuali "esteri", che non trovano però da noi il sostrato cultural-sistematico necessario per dare buoni frutti: il nostro primo grado non ha mai (salvo nel rito del lavoro) un momento dibattimentale, né sempre è affidato a giudicanti esperti (lo sono di rado i giudici onorari: goa, got ecc.). Il secondo profilo, strettamente connesso al (se non addirittura concausa del) primo riguarda, invece, la recente propensione alla ricerca di soluzioni solo procedurali della lite, viste a mo' di cura per i mali della nostra giustizia. Si assiste ormai da quasi un decennio a riforme-slogan che vorrebbero corteggiare uno o l'altro ceto sociale (la mediazione obbligatoria i fantomatici *mediators*, la negoziazione assistita, introdotta sul finire del 2014, il ceto degli avvocati, da lustri ormai numericamente tantissimi, debilitati dalle incertezze remunerative e dagli oneri formal-burocratici, e non poco arrabbiati). Interventi normativi a "costo zero" nel breve-medio periodo (investimenti strutturali, i soli davvero necessari, vengono al più solo latamente lambiti), ma che presenteranno un conto salatissimo anche in termini di "costi transizionali": l'incapacità di rendere la funzione di giustizia, intesa quale ricerca della decisione il più possibile giusta, e così mediamente socialmente accettabile, perché intimamente rispondente al caso concreto.

D'altro canto viene delineandosi un ruolo dell'operatore del diritto (sia esso avvocato o magistrato) sempre più burocraticizzato e "impiegatizio", anche attraverso l'introduzione del cosiddetto "processo telematico", che rischia, quantomeno nel breve-medio periodo, qualche effetto più dannoso che utile. I giudici più anziani (ma pure gli avvocati), che non sono certo fra i meno bravi, abituati a trattare e studiare le cause "sulla carta", rischiano di trovarsi non poco in ambascie. Occorrerebbe che il personale di cancelleria fosse adeguatamente preparato, e non sempre – almeno ancor oggi – lo è, e che si istituisse un apposito ufficio di ausilio per i magistrati e gli avvocati meno avvezzi a questi strumenti informatici, una sorta di agenzia per il processo telematico. Ruolo che non può certo essere svolto dai giudici più gio-

vani, che hanno magari maggior dimestichezza con l'informatica, ma che non possono improvvisarsi ausiliari dell'intera sezione, sottraendo ore e ore settimanali allo studio e alla decisione delle cause, per discettare a cancellieri di non più verde età come "scaricare" gli atti dal fascicolo informatico, o formarlo. Questo, comunque, è il meno. Il peggio è il proliferare di pur bene ispirati protocolli d'intesa, direttive presidenziali, circolari dirigenziali ("foglietti" affissi alle porte delle cancellerie, luoghi destinati ad essere tosto fisicamente abbandonati), finalizzate a colmare alla buona i *caveat* della normativa, che ovviamente non si cura, e non può curarsi, del processo telematico fin nel dettaglio più minuto. Ed ecco allora fioccare nuovi oneri *praeter legem* per i difensori delle parti. Taluni appaiono anche sensati, beninteso: non favorisce la consultazione del fascicolo informatico da parte del giudice depositare in un unico "maxi-file" informatico la scansione non numerata e non suddivisa di centinaia di pagine di documenti. Sfiora invece il parossismo che una parte possa essere condannata ex art. 96, comma 3°, c.p.c., e così per lite temeraria, per non aver depositato la copia cartacea, irrituale, "di cortesia" appunto, di un certo atto. Mancanza che non lede il contraddittorio e il diritto di difesa di alcuno. Si predilige però sanzionare la parte, poco "cortese" ma non certo temeraria (almeno questo è quel che è accaduto, in un caso rimasto per fortuna isolato, a Milano), piuttosto che richiedere al cancelliere, nell'adempimento dei suoi compiti di ausilio, di stampare copia dell'atto per il giudice a disagio – e giustamente – con la mera lettura a video, adatta solo a una prima introduzione del caso.

2. ... una prima ragione di questa "deriva proceduristica": la crescita della centralità del giudizio di I grado, a ciò imprevisto...

Per comprendere per quale ragione seri gravami – che il legislatore processuale pare oggi considerare lussi anacronistici – risultino per noi segmenti ancora irrinunciabili della funzione giustizia, conviene partire da una constatazione: in Italia (per ragioni storiche a fondo indagate e illustrate da Nicola Picardi) ci siamo indirizzati verso un'idea di contenitore processuale non bifasico e mai "dibattimentale", com'è invece tipicamente quello inglese del procedimento preparatorio e del *trial*, concepito come figura epistemologica di esperimento giudiziale in cui la *vis* argomentativa dei patroni e l'istruttoria possono contribuire a una decisione che sarà, sostanzialmente, quella definitiva, con poche e severamente "filtrate" impugnazioni (assai limitate e quasi sempre solo rescindenti). Da noi, sulla scorta dell'esempio francese, è invece prevalsa l'idea di un contenitore processuale che si articolasse secondo regole di gradualità all'interno dello svolgimento di un unico rapporto giuridico processuale per "stati" e "gradi". Dimenticare questa nostra impostazione, e "strizzare" eccessivamente

l'occhio a sistemi processuali che vantano ben diverse tradizioni, anche culturali e di selezione dei giudicanti, non può che recare danno alla funzione giustiziale.

Nell'armonica originaria costruzione del nostro processo civile il primo grado di giudizio, pur non rappresentando certo una mera "anticamera" del processo, non si poteva però definire, almeno fino a epoca abbastanza recente (1995), il suo vero baricentro seppur ben filtrato e dunque assai eventuale (quale era ed è invece il *trial* anglosassone). Il rapporto processuale proseguiva infatti in un secondo grado (l'appello) ampiamente devolutivo e culminante in un *decisum* sostitutivo in ogni ipotesi, sul modello del giudizio *de novo* sulle domande iniziali (nulla a che spartire con la figura dell'*appeal post trial* inglese); e infine in un terzo grado, quello del giudizio di legittimità, certo da sempre influenzato dalla contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*, ma con accento un poco più sul primo termine, e meno sul secondo.

A partire dagli anni Novanta il rapporto processuale ha invece visto cambiare molto l'andamento curvilineo dei suoi segmenti. Con la riforma del 1990, entrata poi pienamente in vigore nel 1995 (la più importante ad avere inciso in profondità sul c.p.c.), sono cresciuti il ruolo e la compattezza (e così la centralità) del giudizio di primo grado, fondamentalmente per due concorrenti ragioni: è venuto meno, con pochi residui, un elemento fondamentale del precedente andamento un poco erratico: la collegialità davanti al Tribunale. Il giudizio di primo grado acquista dunque particolare potenza – ma anche minor *accountability* – perché il giudice è sostanzialmente *dominus* del suo svolgimento. Il ruolo dei presidenti di sezione è affievolito. Inoltre si è assistito a un ripensamento graduale del giudizio di appello, che da *novum iudicium* è divenuto quello che si è soliti indicare come *revisio prioris instantiae*: unico momento collegiale, particolarmente lungo, che si caratterizza per una forma di riesame certo ancora ampio (si possono dedurre nuovi motivi di fatto e di diritto), ma con alcune compressioni al suo interno dovute all'inammissibilità di nuove eccezioni in senso stretto e di nuove prove, via via resa ferrea.

La centralizzazione del giudizio di I grado (e la stabilizzazione del suo risultato decisorio) risulta poi estremizzata in questi ultimi anni, attraverso interventi del legislatore processuale tesi a imporre filtri all'accesso alla decisione "meritale" del gravame. L'ultimo si deve alla legge 7 agosto 2012, n. 134: il famigerato "filtro" in appello (artt. 348-*bis* e -*ter*, c.p.c.), strumento che dovrebbe bloccare *in limine* i gravami che appaiono subito privi di *chances* di accoglimento. Il tutto anche qui sulla falsariga di soluzioni adottate in altri ordinamenti, pure a noi vicini (per questo filtro si è guardato all'ordinamento tedesco, ma anche a quello inglese), che molto sembrano affascinare il legislatore processuale, ignaro – verrebbe da dire

– dell’ancora attuale “incomunicabilità” di fondo tra ordinamenti processuali in Europa, che esclude il “fruttuoso trapianto” da noi di istituti che altrove trovano un ben diverso contesto culturale e giuridico, direi quasi educativo, ove attecchire.

Anche il giudizio di Cassazione non è rimasto immune da questo allontanamento dal caso concreto, ma ha visto sempre più aumentare il momento dell’utilizzazione della lite ai fini del controllo – peraltro, allora, inutilmente massivo – della giurisprudenza di merito piuttosto che per assicurare la decisione giusta della singola causa. E questo attraverso una serie di interventi normativi che vanno ancor qui sotto il nome di “filtri” deflattivi: soluzioni che il legislatore ha dapprima ricercato e poi via via scartato perché inidonee (come il quesito di diritto, introdotto nel 2006 all’art. 366-*bis* c.p.c. e presto abrogato nel 2009); o che sono stati nella prassi marginalizzati (come il n. 2 dell’art. 360-*bis* c.p.c., che voleva subordinare l’ammissibilità del motivo di ricorso alla non manifesta infondatezza della censura – necessariamente? – relativa alla violazione dei soli principi del giusto processo). Attualmente il risultato è quello di aver nuovamente limitato, come nella versione originaria del c.p.c., il controllo sulla motivazione alla sola omessa motivazione (ex art. 360, n. 5, c.p.c. come da ultimo inciso dalla legge n. 134/2012). Il compito oggi demandato alla S.C. si arresta dunque ad una mera verifica che i punti di fatto siano davvero stati in qualche modo trattati e decisi, e stenta ad abbracciare financo il controllo sull’assenza, in appello, di flagranti violazioni della logica basilare nel ragionamento di fatto. Il che significa togliere un notevole ruolo al giudice di ultimo grado e rendere quello di appello libero arbitro della *quaestio facti*.

3. ... anche in ragione della “figura” del nostro giudice monocratico

Queste dunque, in breve, le ragioni dell’acquisita centralità, nel pur lungo snodarsi del processo, del giudizio di primo grado, ormai divenuto il luogo in cui si forma fondamentalmente la decisione della lite; meglio: quella che ha elevate probabilità di divenire la decisione definitiva della lite. Con molti gravi problemi, però, primo fra tutti quello del giudice che è chiamato a guidare questo baricentro dell’intero processo. Il nostro giudice monocratico è infatti ben lontano dalla figura del giudice monocratico inglese, che giustifica e rende accettabile, lì, la centralità del giudizio di I grado, e le pregnanti limitazioni ai gravami.

Il giudice monocratico del *trial* inglese è infatti un *barrister* di successo, vagliato dalla comunità specialistica (e sapientemente *market oriented*) sull’arco di decenni, chiamato poi a ricoprire «proprio per ciò» questo ruolo. L’attitudine di questa figura al *restraint* istruttorio e a osservare dall’alto, senza mai sostituirsi a loro, i suoi (ex) colleghi, lo rende ancor più

autorevole quando viene per lui il momento di esercitare i propri poteri decisorii, finali o anche interinali, tra cui, per tutti, quello di pronunciare le cosiddette *anti-suit injunctions* (ordini di *equity* sanzionabili dal *Contempt of Court*, e così anche penalmente, di non iniziare altri giudizi in diversi paesi, e non porre in essere comportamenti concorrenti con la giurisdizione inglese); oppure il cosiddetto *debarment* (forma di esclusione dal dibattito processuale con conseguente pronuncia di condanna per l'esatto ammontare richiesto dall'asserito creditore, come forma di estrema sanzione per la disobbedienza all'ordine di *disclosure* spiccato dal giudice, con il quale si impone alla parte di rivelare dove questa ha tutti i suoi averi). Noto a quest'ultimo riguardo è il caso Stolzenberg-Gambazzi, approdato anche – ma al fondo inutilmente – alla Corte di Giustizia e alla nostra Cassazione.

Il giudice monocratico italiano è invece spesso un giudice giovane, e quindi di esperienze necessariamente limitate (tanto che in altre occasioni, fra vari, chi scrive ha avuto modo di proporre una sorta di “scambio”, ossia di affidare il ruolo di giudice di primo grado a magistrati già esperti, eventualmente tratti dai Collegi di appello, e consentire ai giovani di fare iniziale esperienza affiancandoli ai *seniores* proprio in quei collegi di appello), se non spesso addirittura un GOT (i quali, ad esempio, affrontano oggi il 100% dei procedimenti di esecuzione mobiliare, oltre che una percentuale elevata di processi di cognizione, che varia a seconda delle esigenze delle varie sedi: si veda P. Bellone, *Precari (fuori) Legge*, Round Robin Editrice, Roma 2013, spec. pp. 21-2), o un'altra figura di giudice laico e *part-time*, non molto diversa in realtà da un giudice di pace. Ed ecco allora che se il giudizio di I grado ha, a valle, un appello fortemente limitato, e al suo interno manca di una figura davvero “forte”, il processo italiano risulta ben lontano dal modello inglese cui il legislatore sembra guardare e il rischio è quello di decisioni sì destinate a stabilizzarsi, ma lontane dal sostrato sostanziale.

**4. ... una seconda ragione della “deriva proceduristica”:
la ricerca di soluzioni “processuali” della lite,
dove lo scarto tra ciò che è nella sostanza e ciò che viene accertato
essere all'esito del giudizio si fa meno accettabile**

L'impovertimento del processo civile italiano non deriva, però, solo dal ruolo di “baricentro” della funzione di giustizia, dentro un rapporto processuale troppo (ma invano) lungo e articolato, acquisito dal giudizio di I grado. Stiamo infatti assistendo oggi a quella che condivisibilmente è stata definita la «deriva [della giustizia civile] verso una giustizia “processuale”» (così, con malinconia pari alla mia, C. Cavallini, *Verso una giustizia “processuale”: il “tradimento” della tradizione*, in “Rivista di diritto proce-

durale”, 2013, pp. 316 ss.), anzi diremmo meramente endoproceduristica, ossia ripiegata sull’arbitraggio delle regole procedurali con funzione spesso sostitutiva (ma non realmente equipollente) a una definizione di merito.

Le vie di volta in volta percorse dal legislatore in questa ricerca spasmodica della ragionevole durata del processo attraverso il *bricolage* proceduristico appaiono altamente “stipulative”, e talora opportunistiche, e sempre più conducono a quel risultato cui si è fatto cenno in apertura. Si vengono infatti testando (per poi, per vero, spesso tosto abbandonarli, quando però qualche non lieve danno transizionale è già stato fatto) meccanismi procedurali di stabilizzazione della decisione di primo o secondo grado, che riducono al minimo le *chances* di vaglio del “merito” dell’impugnazione. Il prezzo è evidente e assai elevato: scema quella coincidenza (certo fisiologicamente “imperfetta”, ma da ricercare e conservare) tra “verità sostanziale” e “verità processuale”. Si perde così l’idea, bene espressa da Allorio, che le «normali regole sul contenuto dell’accertamento giurisdizionale [siano le] regole del diritto sostanziale» (*L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, Giuffrè, Milano 1957, p. 136), con poche e ben collaudate e motivate eccezioni, e si finisce per accontentarsi di una decisione meramente convenzionale, che poco o nulla è in grado di dire sulla conformazione sostanziale del diritto dedotto in giudizio, con poca valenza “epistemica”.

Indubbiamente la possibilità di un margine di scarto tra ciò che è nella sostanza e ciò che viene poi accertato essere all’esito del giudizio è connaturale alla stessa esperienza processuale. Si tratta di quello «scarto, più o meno ampio, tra la realtà giuridica e l’accertamento che se ne fa nella sentenza», che già Carnelutti candidamente e pragmaticamente riconosceva potesse esserci (*Appunto sulla prescrizione*, in “Rivista di diritto civile”, 1933, pp. 32 ss., spec. 35), per effetto delle note disposizioni di natura non sostanziale che pure orientano il contenuto della decisione di merito. Quelle norme processuali che Allorio definiva come disposizioni che impongono al giudice «la deroga per motivi processuali alla regola del diritto sostanziale» (*L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, cit., p. 138), come «norme decisorie non sostanziali» (concetto criticato da Denti, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in “Rivista di diritto procedurale”, 1964, pp. 64 ss., e *Norme processuali nel codice civile*, in “Rivista di diritto procedurale”, 1969, pp. 154 ss., seppur sotto la diversa prospettiva della possibilità e utilità di un criterio generalmente valido per la distinzione tra norme “sostanziali” e norme “processuali”). Si tratta di disposizioni che, pur certamente orientando il contenuto della decisione sul merito in base a criteri diversi da quello della “verità sostanziale”, e così favorendo (o potendo favorire) questo “scarto”, risultano pur sempre “ragionate” e ben rodute da secoli, e

conducono a un risultato che statisticamente può dirsi non troppo spesso dissimile da quello che in loro assenza si sarebbe raggiunto.

Si pensi, ad esempio, alle regole sul riparto dell'onere della prova (meglio: sul riparto delle conseguenze negative della prova mancata a seconda della tipologia strutturale dei fatti non bastantemente provati per generare una convinzione giudiziale su di essi): certamente qui il giudice dovrà guardare alla realtà sostanziale come se il fatto non provato non si fosse verificato, ma non molto frequente sarà l'impossibilità, per la parte pur non provetta ma appieno diligente, di fornire prova di un fatto effettivamente accaduto. Salvo però l'operare del nuovo potere riconosciuto al giudice dall'art. 183-*bis* c.p.c. (introdotto dalla legge 162/2014), in forza del quale il giudice monocratico, alla prima udienza, può d'ufficio imporre alle parti che il giudizio iniziato con il rito ordinario prosegua nelle forme del rito sommario (artt. 702-*bis* ss.), e chiedere ai difensori – già a quell'udienza – di produrre e formulare le prove tanto dirette quanto contrarie. Evenienza magari rara, ma ognora incombente e pericolosissima: fioccheranno infatti decadenze (specie, ma non solo, nella formulazione di prove contrarie per testi in “presa diretta”), certo comprensibili ma comunque imputabili e quindi incapaci di fondare istanze di rimessione in termini.

Riflessioni non dissimili ritengo valgano pure per le regole sull'efficacia vincolante delle prove legali (quantomeno per la confessione, soprattutto se giudiziale). Di recente è stato osservato al riguardo (Taruffo, *La semplice verità, il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma 2009, pp. 163 ss.) trattarsi di norme fortemente “antiepistemiche”, incapaci di dare un contributo alla decisione giusta che attinga alla verità sostanziale, o che a essa si avvicini al massimo, e basate su altre (e talora deboli) considerazioni di opportunità. Il che mi trova concorde per ciò che attiene al giuramento sì da corroborare ancor oggi la natura ambigua, prossima al confine con l'atto dispositivo e la sua elevata problematicità che si accompagna così però ormai a una forte rarità, anzi, un sempre crescente accantonamento; non anche (o almeno non pienamente) con riguardo alla confessione, specie giudiziale. Qui la parte è quasi sempre (magari intuitivamente) bene avvertita degli esiti ultimi della *contra se declaratio*, sicché assai spesso quanto “confessato” si avvicinerà molto a ciò che nella realtà è successo (allorché) appare non seriamente negabile. Discorso analogo vale per la non contestazione, salvo che essa proviene di norma non dalla parte ma dal difensore, del quale rilevano dunque anche pigrizie e negligenze. Con effetti rilevanti. L'attività (o l'accadimento) di non contestazione ex art. 115 c.p.c. – che compete, o in cui capita di incorrere, in ultimo soprattutto (non alla parte, ma) al difensore – dovrebbe dipendere tuttavia solo da scelte tattiche: il difensore tendenzialmente capirà se il fatto allegato dalla controparte potrà essere, e con che facilità, da essa provato, e sulla base di ciò orienterà il suo

comportamento di contestazione/sfida a provare; anche qui si giunge a un risultato di regola prossimo se non proprio alla verità, alle conclusioni cui una ampia istruttoria, così accantonabile, avrebbe portato sul fatto.

Benché tutte queste regole di giudizio rischino di allontanare – ma del tutto occasionalmente, non in via medio-ordinaria – il contenuto dell'accertamento giudiziale dalla situazione sostanziale effettiva (che dunque ne uscirà modificata), esse non sono certo accostabili alle norme procedurali cui ci sta abituando il legislatore contemporaneo. Quegli istituti tradizionali non hanno come fine ultimo quello di precludere una decisione sul merito della lite, mentre

l'efficacia della legge processuale oggi è divenuta assai più pervasiva, seppur non direttamente incidente sulla trasformazione del diritto sostanziale, bensì sul condizionamento, del processo e nel processo, che viene a subire il diritto litigioso oggetto dell'accertamento. In altri termini, le continue riforme processuali, progressivamente sempre più stringenti nel porre alle parti l'osservanza di tempi e modi predefiniti di conduzione delle attività di difesa, danno la netta sensazione, per altra via, che l'epilogo del giudizio sia dato da una sorta di verità "processuale", che man mano viene a sostituirsi a quella "sostanziale", già lecitamente di per sé soggetta a quell'efficacia della legge processuale condizionante la tutela del diritto (Cavallini, *Verso una giustizia "processuale"*, cit., pp. 320 ss.).

Vero, non direi però «verità processuale» ma "plasticità processuale".

Si allontana sempre più – molto più di quanto accadeva in passato – l'idea di Giustizia Civile che vede nel processo lo strumento per addivenire alla decisione (il più possibile) giusta perché (il più possibile) vicina alla verità sostanziale, frutto a tal fine di proba e impegnata ricerca da parte di tutti i suoi protagonisti. Le recenti riforme segnano la crescente emancipazione del processo dalle sue radici sostanziali, per abbeverarsi ad un gusto procedimentalistico assai pericolosamente simile a quello che caratterizzava il processo societario del 2003, che aveva trasformato il processo in una sorta di "gioco di combinatoria abilità", pressoché integralmente scritto, in cui non vi era più nessuna eco di quale fosse l'oggetto del giudizio, e il caso stocastico era destinata a farla da padrone, almeno nei processi con elevato numero di parti. Oggi v'è forse minor enfasi sull'abilità e una dose di autoritarietà in più, null'altro. L'oralità e concretezza del dibattito rimane la vera assente, salvo forse davanti al giudice di pace.

5. Processo civile e fasciose ADR (Alternative Dispute Resolution)

Nella riflessione sulla giustizia civile oggi vi è un tema che non può essere ignorato, e non solo perché proprio l'ultimo intervento in materia proces-

suale, della fine del 2014, per la maggior parte ruota proprio intorno a esso: quello dei modelli alternativi di risoluzione delle liti.

È indubbio, infatti, che le ADR rappresentino un fenomeno in costante crescita, dovuta peraltro a una molteplicità di fattori diversi.

Anzitutto la presa d'atto dei problemi della nostra giustizia civile può indurre, e in effetti induce, quanti ritengono di poter essere in futuro coinvolti in dispute giudiziarie a premunirsi, sottoscrivendo convenzioni arbitrali (per lo più clausole compromissorie). Tuttavia l'arbitrato interno, cui sono prettamente rivolte queste riflessioni, non è in grado (meglio: non viene messo in grado) di dispiegare tutte le sue potenzialità (che sono molte e però dipendono soprattutto dalla qualità dei soggetti chiamati a rendere giustizia), e non riveste ancora quel ruolo centrale di strumento di celere e soddisfacente risoluzione delle liti. La ragione di ciò va ancora una volta almeno in parte ricercata nella volontà del legislatore di imbrigliare sempre più questo strumento in una rigida micro-disciplina positiva, che ne aumenta la complessità procedurale, complicandolo e disincentivandone l'accesso (e questo vale anche per l'arbitrato irrituale, tipico fenomeno nato praeternormativamente nella e dalla prassi, che il legislatore del 2006 ha invece ben pensato di positivizzare con una previsione – l'art. 808-ter, c.p.c. – foriera di gravi dubbi interpretativi).

Discorso un poco, ma non troppo, diverso vale anche per la mediazione e per la nuova procedura di negoziazione assistita da un avvocato, introdotta alla fine del 2014, che obbliga le parti che vogliano agire in giudizio per la tutela di crediti sino alla concorrenza del non marginale importo di 50.000 euro, di proporre alla controparte la stipula (coadiuvata da uno o più avvocati) di un contratto contenente l'impegno a cercare la risoluzione stragiudiziale della futura lite. In entrambi i casi il tentativo di «arginare sul bagnasciuga» (per dirla con le parole di Rommel) la domanda di giustizia si rivela fallimentare: nell'assoluta maggioranza dei casi ciò che si ottiene è solo di avere, per qualche periodo, il tempo necessario per lo svolgimento di questo incombente, “temporeggiato” (con costi ancora una volta a carico delle parti).

Questa è la sorte della mediazione ex D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e successive modifiche, a mente dei dati (del I semestre 2014) che la danno conclusa con successo (nelle ipotesi in cui si tratti di mediazione obbligatoria) solo nell'11% dei casi. Del resto anche qui la disciplina positiva è tanto rigida e minuziosa che l'aspetto del rispetto della “procedura” assorbe tutta l'attenzione e prevale sulla soluzione, per vie necessariamente duttili, della lite; chiunque si sia imbattuto in una procedura di mediazione potrà testimoniare. Non è troppo difficile pronosticare sorte analoga anche per la neo-introdotta mediazione negozialmente assistita, che in altra sede non ho faticato a definire esempio evidente di come svilire i *boni mores*: il con-

tatto (non però addirittura il formale contratto!) stragiudiziale tra difensori, per vagliare le possibilità di accordo, non è certo una novità ma è (o dovrebbe essere) una doverosa e apprezzabile prassi, che merita di essere coltivata (nell'interesse del cliente a sottrarsi ad annosissime liti). L'averla così irregimentata, rendendola obbligatoria, avrà invece come unico effetto quello di svilirne le potenzialità (e far aumentare, anche per tale via, il costo dell'esperienza processuale del singolo).

Tuttavia, il fallimento di questi sistemi non è dovuto solo alla disciplina positiva, ma dipende anche dall'attitudine dei soggetti che sono chiamati a coadiuvare la risoluzione stragiudiziale della lite. Qualsiasi forma di risoluzione stragiudiziale delle liti richiede infatti una seria autorevolezza e sana empatia del difensore rispetto al cliente (che spesso manca, perché molti avvocati considerano l'esperienza processuale sempre "meritevole", poiché per essi certo non inutile, a prescindere dalla fondatezza o meno delle pretese del proprio assistito), ed anche buon colpo d'occhio e sicurezza prognostica: è innegabile infatti che, salvo rare eccezioni, qualsiasi forma di ADR può funzionare bene solo se è in grado di addivenire a una prognosi condivisa dell'esito della lite, da porre a base del dialogo transattivo. La conciliazione o anche la mediazione senza impegno prognostico (della virtuale decisione) sono un mito tanto fascinoso quando lontano dalla realtà psico-economica degli agenti. Anche questo manca oggi, ed è un compito fondamentale cui anche e già le nostre (troppe) università devono guardare con serietà ed impegno.

6. Quantità, qualità, strategie incerte

Una osservazione e qualche proposta in chiusura: in Italia noi abbiamo una litigiosità che è stata calcolata in 4.800 nuovi casi ogni 100.000 abitanti; in Francia e in Germania la cifra è nettamente inferiore (poco sopra la metà); in Inghilterra è bassissima, per le note ragioni di (in)accessibilità economica e anche di immagine sociale conservatrice nel (solo) processo inglese. La nostra spesa è in linea con quella degli altri paesi, ma – è evidente – risulta anche allora non in linea con questo tasso di nuove liti; e nessuno, giudici togati o laici che siano, se la passa bene. I dati esposti di recente dall'Associazione nazionale magistrati (ANM), dimostrano che i nostri giudici togati lavorano davvero molto – pur se non sempre quantità è necessariamente sinonimo di qualità –, molto più dei loro "colleghi": statistiche del CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice)-Consiglio d'Europa richiamate dall'ANM riportano che nel 2010 i magistrati italiani hanno definito quasi tre milioni di procedimenti contenziosi civili – 2.834.000 – contro i neanche 2 milioni dei francesi – 1.793.000 – e il milione e mezzo dei tedeschi – 1.586.000; mentre 1.228.000 sono state le cause

penali definite, contro le 600.000 della Francia e le 804.000 della Germania. Quanto alla posizione dei giudici laici – cui i nostri numeri non poco debbono – si veda la testimonianza di Bellone, *Precari (Fuori)Legge*, cit., spec. pp. 15 ss., sulla malcerta condizione, sia lavorativa che retributiva che previdenziale, di GOT (giudice onorario di tribunale) e VPO (viceprocuratore onorario). La mediazione, lo si è visto, ha successo nello 11% dei casi a essa obbligati; mancano ancora statistiche, ma nulla di buono ci si può aspettare dall'altro strumento deflattivo, la “negoiazione”.

Qualcosa lo si deve pur fare, è innegabile, ma l'auspicio è che dopo un quarto di secolo di continua “cantierizzazione” di questo povero codice di rito, ci si rivolga ora, deponendo la poetica penna del normoteta convulsivo, all'essenziale: prosaica ma efficace organizzazione. Del resto, già oggi, senza alcun investimento strutturale degno di nota, ma non poco per effetto della elevazione dei costi di accesso (cosiddetto contributo unificato), sopravvenienze e arretrato diminuiscono (sono in 5 anni calati già del 10% circa, salvo per il giudice di pace, i cui organici tuttavia non sono integri: questi i dati resi disponibili dal ministero della Giustizia, DG (Direzione generale) Stat, nell'ottobre 2014). A dimostrazione che se il tasso di “generosità decisoria” del nostro processo civile è a rischio, ancora non lo è quello di chi in concreto questa funzione è chiamato a rendere, e che forse renderebbe meglio se le “regole del gioco” non venissero costantemente modificate e rese sempre più rigide, incalzanti e burocraticizzate (ci riferiamo qui anche al tempo che assorbe la informatizzazione del processo civile). E se le risorse dovessero mancare, una proposta va qui in chiusura (di nuovo) formulata: si attinga al “tesorone” (che oggi come oggi viaggia sull'ordine di più di 100 milioni annui di erogazioni a pioggia) della Legge Pinto, abolendo questo meccanismo, e si lascino che i casi davvero gravi, quelli che evidenziano una situazione che non è comune a tutti i cittadini utenti di questo “servizio”, vadano di nuovo a Strasburgo senza più essere “schermati”, in modo da esternalizzare e visualizzare le patologie assolute, mentre si lavora su quelle relative con i famosi investimenti (riforme) “strutturali”. Checché ciò voglia dire, questo è quanto manca e da decenni.