

UN PROCESSO CIVILE PER IL CITTADINO

(Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)

di *Maura Nardin e Marco Pivetti*

1. Perché un altro progetto di riforma del processo civile?
2. Alcuni dei punti essenziali del progetto
3. Il concetto di giusto processo. La pluralità dei suoi significati
4. La concentrazione della trattazione e il recupero dell'oralità. Il dovere di dire la verità. L'interrogatorio libero. Il ruolo attivo del giudice nella fase di trattazione
6. Preclusioni e decadenze. Il problema delle eccezioni rilevabili d'ufficio e non soggette a preclusione
7. Il risparmio flessibile delle forme processuali. La tutela sommaria. La flessibile modulazione della forma della sentenza
8. Una conclusione provvisoria, con un ricordo di Virgilio Andrioli.

1. Perché un altro progetto di riforma del processo civile?

Di fronte alla bulimia legislativa¹ che ha investito la giustizia civile nell'ultimo anno, è naturale che tutti coloro che si occupano a vario titolo di questo ramo della giurisdizione abbiano provato una reazione di rigetto o di saturazione. In questa situazione, è lecito chiedersi come mai un gruppo di magistrati si è impegnato ad immaginare e ad elaborare un nuovo progetto di riforma del processo civile arrivando addirittura a metterne per iscritto le regole.

Il primo motivo che ci ha spinto è stata la convinzione che una riforma del processo civile è assolutamente necessaria; che le norme processuali emanate in questi mesi sono insufficienti, sbagliate e in parte controproducenti, e che quindi era necessario fare una proposta alternativa.

Per non lasciare nel generico queste qualificazioni valutative occorre distinguere: all'interno di questo *jus novissimum* vi è un corpo di norme – il cd processo Vaccarella - che è stato previsto come modello obbligatorio per il contenzioso societario e come modello opzionale per la parte restante del comune contenzioso civile. È un tipo di processo che non piace alla maggior parte di noi perché, contraddicendo radicalmente il principio di oralità, determina la separazione tra decisione e processo, attribuendo un ruolo quasi esclusivo all'autonomia delle parti nella gestione di questo e lasciando al giudice il “mero” compito di decidere (nell'onnipotente solitudine della camera di consiglio) le questioni processuali e la causa, se e quando le parti glielo chiedono e sulla base degli elementi da esse forniti. Consideriamo sbagliata questa impostazione, ma riconosciamo che essa ha due pregi: si tratta, in primo luogo, di un modello che traduce una scelta culturale chiara, precisa e coerente e quindi per ciò solo seria. Il secondo pregio è quello del realismo – ma a ben vedere non è un pregio: è la traduzione di un cupo pessimismo della volontà e della ragione che induce a ritenere che nulla possa cambiare e che tanto vale consacrare l'esistente. Diciamo questo perché il modello Vaccarella, in realtà,

¹ Cfr. G. Costantino, *Considerazioni impolitiche sulla giustizia civile*, ****.

corrisponde al modo di fare i processi che è già ora in atto negli uffici giudiziari più disastriati e presso i giudici “peggiori” – o quanto meno quelli meno impegnati e quelli troppo sovraccarichi per poter essere qualcosa di diverso da scrivani di sentenze². La delega totale alle parti della trattazione e della gestione del processo e magari anche dell’istruttoria (secondo l’ipotesi originaria) con il giudice che non ne sa proprio nulla fino a quando non gli viene chiesto di “prendere la causa a sentenza”, con i testimoni che vengono interrogati dagli avvocati, con le riserve per ogni micro-questione, ecc., sono proprio i caratteri di quelle diffusissime prassi degenerative che gli “Osservatorii sulla giustizia civile” si sono prefissi di denunziare e di risanare.

Un modello coerente, organico e consapevole, ed anche realistico, quindi, pur se tristemente realistico: chi si oppone ad esso, pertanto, ha quanto meno l’onere di specificare quale è la sua prospettiva e di articolare una contro-proposta che sia altrettanto chiara, precisa e coerente e che non si limiti a tentativi di “riduzione del danno” con mediazioni di compromesso.

Ma anche una proposta che non sia utopistica, pur se qualche frammento di utopia è spesso necessario per immettere nella realtà fattori di spinta.

La parte restante delle recenti norme processuali si caratterizza invece, all’opposto, per essere un affastellamento di norme eterogenee, alcune anche positive se considerate a sé, ma totalmente prive di una coerente e decifrabile visione di insieme circa l’essere e il dover essere del processo³. È stato quindi naturale che anche questa parte dell’innovazione legislativa facesse sentire il bisogno di un modello processuale capace di dare organica attuazione ad una concezione della giustizia civile chiaramente esplicitata e realmente capace di determinare una svolta radicale in termini di giustizia e di ragionevole durata del processo.

Che cosa significa “una svolta radicale” per quanto riguarda la durata del processo? Attualmente una controversia civile dura mediamente, in primo grado, poco meno di tre anni circa. Occorre però precisare che questo dato si riferisce alla durata media di tutti i processi civili di cognizione ordinaria, quale che ne sia la modalità di definizione, compresi quindi i processi che si chiudono *in limine* per conciliazione o per inattività. Per quanto riguarda i processi definiti con sentenza, i dati relativi alla loro durata media sono naturalmente diversi e più lunghi: tre anni fa erano di circa 3 anni e 8 mesi (il che è ovvio, ma già mette in evidenza una prima essenziale necessità: quella di por mano a riforme che favoriscano la definizione anticipata della lite, riducendo la quota di processi che arriva fino alla sentenza). Teniamo presente che il parametro cui fa riferimento la giurisprudenza europea sul principio di ragionevole durata del processo è appunto il tempo necessario per ottenere una sentenza⁴.

² Questo rilievo era già contenuto nel documento conclusivo del Convegno organizzato nel giugno 2001 a Salerno dagli Osservatorii sulla giustizia civile.

³ **Magistratura Democratica e Movimento per la giustizia hanno cercato di fornire un contributo di razionalità anche agli interventi di “aggiustamento” del processo civile con le recenti “Osservazioni sulla riforma del codice di procedura civile attuata con la legge n.80/2005 e sulle proposte di modifica”, che possono essere lette sui siti www.magistraturademocratica.it e www.movimentoperlagiustizia.it. Sul tema si vedano, inoltre, la “Lettera aperta degli Osservatori sulla giustizia civile” pubblicata nel sito www.associazionemagistrati.it e la delibera adottata a Bolzano l’11.6.2005 dall’Unione Triveneta dei Consigli dell’Ordine.**

⁴ Può essere interessante scomporre il dato della durata media dei processi che si concludono con sentenza. Secondo le rilevazioni di tre anni fa, si ha che nel 36 % dei casi la sentenza viene pronunciata entro un anno e sei mesi, nel 18 % dei casi entro 2 anni e sei mesi, nel 13 per cento entro 3 anni e sei mesi. Vi è poi un 22 % di processi nei quali la sentenza arriva dai 4 ai 6 anni dopo l’iscrizione della causa ed infine nel 9 % dei casi il tempo necessario è anche più lungo.

Occorre anche tener presente che i dati fin qui esposti riguardano tutti i processi civili, compresi quindi quelli di lavoro e previdenza, i quali hanno di regola una durata minore (in alcune aree molto minore), il che contribuisce ad abbassare la media. In conclusione, la rappresentazione dei tempi reali di definizione dei processi è più grave di quanto risulta dalle statistiche.

Comunque, anche a prescindere dalla giurisprudenza della Corte europea, le lungaggini della giustizia civile italiana non sono più tollerabili. Ogni sforzo sul piano legislativo (processuale e ordinamentale), amministrativo, organizzativo, finanziario - ed anche e soprattutto sul piano della cultura delle prassi - dovrebbe concentrarsi sull'obiettivo di eliminare questa grave vergogna del nostro sistema di giustizia. L'obiettivo che è necessario perseguire è, in concreto, un processo civile che di regola duri meno di un anno e che - salvo ipotesi eccezionali - non duri mai più di due anni in primo grado. Si tratta di un obiettivo che, a nostro avviso, è possibile raggiungere e, per farlo, non è necessario produrre strappi rispetto ai principi, ma, al contrario, si deve dare ad essi concreta attuazione. Oggi, grazie anche alla c.d. legge Pinto, sembra che sia diffusa una maggior consapevolezza del valore dei tempi della giustizia. Ma si ha anche l'impressione - e forse solo gli avvocati possono confermarla o smentirla - che spesso questa consapevolezza del tempo si traduca nella tendenza ad un atteggiamento burocratico-produttivistico che pone al primo posto delle priorità il rapido "smaltimento" delle pratiche e considera una superflua civetteria quella di impegnarsi a fare giustizia in modo giusto e non in modo superficiale e sbrigativo a priori.

L'esperienza ci ha dimostrato che la riforma delle regole del processo è necessaria, ma non sufficiente: occorre anche agire sull'organizzazione (ordinamento e organizzazione vera e propria) e sulle prassi. La scelta che è stata fatta dal gruppo che ha elaborato queste proposte di riforma è appunto quella di farne la componente di un progetto più ampio che investe anche sia gli assetti e i moduli organizzativi sia le prassi (e i fattori materiali e immateriali che le generano). In realtà il problema della giustizia civile è un problema complesso e ai problemi complessi si può far fronte solo con risposte complesse, non con ricette semplificanti.

Per quanto riguarda i rapporti con il tema dell'*organizzazione*⁵, non vi è soltanto la ovvia considerazione che nessun processo può funzionare bene in una realtà organizzativa ammalata o inefficiente. Il processo è esso stesso organizzazione ed il "nostro" progetto processuale è espressione di quella stessa impostazione *goal-oriented* cui si ispira e si deve ispirare il discorso sull'organizzazione. La stessa formula "ufficio del processo" che ha identificato la nostra ricerca sul terreno organizzativo indica che il risultato cui mira e deve mirare l'organizzazione è il processo; il discorso processuale deve avere di mira a sua volta, il suo risultato e cioè la giustizia e la rapidità della decisione. La *cultura del risultato* (dal punto di vista dei cittadini e dei loro diritti) è quella che ha ispirato tutto il nostro lavoro complessivo su organizzazione, prassi e processo ed essa si contrappone a quella tendenza all'autoreferenzialità e al corporativismo (non solo magistratuale) che tradizionalmente connota culture e prassi sia dell'organizzazione che del processo.

Lo stesso può dirsi per la *cultura della responsabilità* alla quale abbiamo ugualmente cercato di ispirare il nostro progetto: che vi debba essere un responsabile del procedimento è ormai acquisizione scontata (anche se non sempre inverata) nel

Secondo i parametri enucleabili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si potrebbe anche sostenere che tre anni per il primo grado non rappresentano una grave violazione del principio della ragionevole durata del processo. Ma occorre tenere presente che se tre anni è la durata media, ciò significa - come emerge dalle precisazioni che abbiamo sopra fornito - che vi sono molti processi che si prolungano ben al di là di questo termine.

⁵ La questione degli organici e delle circoscrizioni giudiziarie fa parte del tema ordinamentale, che è a sua volta strettamente connesso con quello processuale. Rinviando ad altra sede l'approfondimento non possiamo qui fare altro che ribadire l'esigenza di una drastica riduzione del numero dei tribunali (che elimini tutti quelli dotati di un organico inferiore a 25 giudici, ad esempio). **L'indicazione di un congruo aumento degli organici dei magistrati (da attuare gradualmente in via ordinaria, e cioè senza reclutamenti straordinari o comunque riservati o agevolati) è stata ripetutamente avanzata da A. Proto Pisani. Di certo deve essere posto fine all'incredibile rarefazione dei concorsi che vi è stata negli ultimi anni (iniziata già sotto il governo di centrosinistra, ma poi proseguita sotto il governo attuale) con reazioni piuttosto blande da parte della magistratura associata.**

campo dell'organizzazione amministrativa; a noi sembra che sia indispensabile introdurre chiaramente questa impostazione anche nel procedimento giurisdizionale. Infine, se è certamente estranea alla giustizia qualunque impostazione aziendalistica ed in particolare il paradigma del rapporto costi-ricavi, deve essere tuttavia superata la concezione secondo cui è irrilevante la considerazione delle risorse praticamente disponibili e della loro ineliminabile scarsità. Dai meccanismi della giustizia deve essere espunto tutto ciò che in concreto allunga, complica e intralcia senza servire per davvero ad attuare un processo giusto in concreto. Questo significa, ad esempio, abbandonare l'idea che il modello di processo praticamente prevalente debba necessariamente essere quello della cognizione piena ed esauriente, *anche quando le stesse parti non ne sentano il bisogno*. Ciò significa anche contrastare severamente tutte le manifestazioni di abuso del processo.

In definitiva riteniamo che la prima delle linee ispiratrici della riflessione sul dover essere del processo debba essere il *pragmatismo*. Il processo è qualcosa di pratico e la regolazione di esso deve quindi essere orientata pragmaticamente al perseguimento di obiettivi, oltre che al rispetto dei principi. Un pragmatismo orientato a dare attuazione ai principi ed in particolare a quel principio fondamentale secondo cui il processo deve servire alla tutela dei diritti. E se l'obiettivo del processo è la tutela dei diritti sostanziali, la finalità delle norme processuali deve essere necessariamente quella di assicurare che il processo sia adeguato a tale obiettivo.

Quanto alle *prassi* e ai relativi "protocolli", le connessioni che abbiamo avvertito tra questo profilo e quello processuale sono ancora più strette. Il rapporto tra prassi e regole è molto variabile e complesso: l'esperienza storica dimostra che vi è una sorta di naturale e perversa tendenza delle prassi a collocarsi ad un livello inferiore e peggiore rispetto alle regole processuali. Ma l'esperienza ha anche dimostrato che la riforma delle regole processuali può funzionare come fattore di spinta al rinnovamento culturale delle prassi. Il richiamo è alla felice stagione dell'entrata in vigore della legge del 1973 sul processo del lavoro. Ma è anche al clima di impegno e di passione che accompagnò la discussione sulla riforma del 1990, prima di annegare nella palude dei rinvii della sua entrata in vigore e dei suoi progressivi inquinamenti compromissori.

Vi è poi una stretta complementarità tra una concezione del governo del processo affidata anche alla responsabilità dei suoi protagonisti e alla flessibilità dei suoi strumenti di regolazione e la valorizzazione dei "protocolli" sulle prassi, intesi anche come individuazione di criteri consensuali per la determinazione dei parametri e dei valori che debbono governare la discrezionalità processuale. L'argomento potrebbe essere approfondito ma qui possiamo limitarci ad un rilievo: in un processo burocraticamente regolato da regole meccanicistiche i protocolli non avrebbero senso. La ricerca di una deontologia consensuale del processo è anche il terreno per l'introduzione di fattori di compensazione e di equilibrio rispetto alle logiche puramente efficientistiche che possono eccessivamente condizionare il tema processuale se esso viene inteso come questione meramente organizzativa. *Goal oriented*, abbiamo detto; ma, pur consapevoli della necessità di una maggiore immedesimazione nella cultura dei mezzi, dei tempi e dei numeri, non dobbiamo dimenticarci che il principale degli obiettivi, ai quali deve orientarsi la nostra azione è la *giustizia*. Gli avvocati sono il sensore naturale per avvertire lo scarto tra giurisdizione e giustizia. Nel confronto continuo, concreto e ravvicinato sulle prassi, quale può avvenire a livello locale, vi è l'antidoto più efficace contro le tendenze dell'aziendalismo ad aumentare questo scarto in nome delle quantità. Al fondo – ma neppure tanto in fondo – è proprio la *giustizia* il valore comune tra le due professioni, quello che le rende meritevoli di impegno e di passione e che dovrà tornare ad essere il terreno della comunicazione e del riconoscimento reciproci tra di esse.

Poche righe, infine, per spiegare i motivi per i quali abbiamo ritenuto di esprimere le nostre idee per la riforma del processo sotto forma di articolato.

La ragione è stata soprattutto un'esigenza di rigore, di precisione e di impegnativa chiarezza. Proporre le nostre scelte con la diretta presentazione della loro traduzione normativa, è stato non soltanto un fatto di "igiene mentale" (come lo abbiamo definito nel corso dei nostri incontri) ma anche la sollecitazione ad un confronto aperto, chiaro e specifico, non riferito a formule verbali o alla genericità di argomentazioni evocative.

2. Alcuni dei punti essenziali del progetto

La riforma del processo civile non può che perseguire il fine di dare la più piena attuazione al nuovo testo dell'articolo 111 della Costituzione, il che significa creare le condizioni perché i processi siano giusti e siano di durata ragionevole.

Abbiamo ritenuto che per avere processi giusti e di durata ragionevole gli strumenti da apprestare siano, principalmente, quelli che qui di seguito elenchiamo, avvertendo fin d'ora che ciascuno di essi è strettamente collegato a ognuno degli altri:

a) potenziamento del giudizio di primo grado e, all'interno di esso, della fase di trattazione, con l'obiettivo di dare in essa concreta attuazione al principio di oralità ampiamente inteso e di far sì che la prima udienza di trattazione sia, almeno tendenzialmente, il momento in cui tutto viene dichiarato, chiarito e accertato attraverso un confronto immediato, diretto e concentrato tra le parti e tra di esse e il giudice;

b) conseguente trasformazione del giudizio di appello in un giudizio di controllo;

c) razionalizzazione del giudizio di cassazione (oltre che come effetto della modifica del giudizio di appello, anche mediante la riduzione sia delle ipotesi di sentenze inappellabili e quindi ricorribili direttamente in cassazione, sia delle ipotesi di sindacato sulla motivazione, confermando e potenziando l'attuale sistema di trattazione rapida dei ricorsi manifestamente fondati o manifestamente infondati), senza alterazione degli attuali caratteri del giudizio e della corte di cassazione;

d) identificazione nel giudice del "responsabile del procedimento", e cioè il soggetto che possa e debba rispondere dell'andamento del processo;

e) esplicitazione – come corollario di quanto sopra - del *dovere* del giudice di governare il processo e conseguente assegnazione ad esso tutti gli strumenti necessari per poter *esercitare un governo effettivo del processo* e potervi svolgere un ruolo più attivo, in particolare prevedendo: e1) una disciplina legislativa che rafforzi e renda effettiva la responsabilità delle parti imponendo loro di comportarsi nel processo con correttezza, lealtà, chiarezza, speditezza e diligenza; e2) una regolamentazione dei termini e delle forme per le attività processuali delle parti coerente con la necessità di ridurre drasticamente la durata dei processi e con l'esigenza di reprimere qualunque abuso del processo e delle forme processuali; e3) l'aperto riconoscimento al giudice di un relativamente ampio potere discrezionale da esercitare principalmente, ma non esclusivamente, per rendere flessibili le prescrizioni e le preclusioni al fine di evitare che esse si trasformino da strumento di governo del processo in trabocchetti o comunque in strumenti di ingiustizia; e4) il riconoscimento al giudice di un generale potere di disporre d'ufficio i mezzi di prova, con obbligo di garantire il contraddittorio;

f) regolazione normativa dell'esercizio dei poteri discrezionali attraverso la prescrizione dei fini, dei modi, dei limiti e dei criteri ai quali l'esercizio della discrezionalità deve uniformarsi e soprattutto attraverso la previsione di adeguati controlli in sede di impugnazione sull'esercizio concreto della discrezionalità;

g) previsione di strumenti di tutela sommaria anticipatoria - non condizionati all'instaurazione e alla conclusione del giudizio di merito - al fine di ridurre drasticamente il numero dei processi che percorrono tutto l'iter della cognizione piena ed esauriente fino alla sentenza, senza però intaccare il diritto di ciascuna parte ad avere una cognizione piena ed esauriente sulla propria causa;

h) previsione di una pluralità di forme semplificate di motivazione della sentenza. L'elencazione delle innovazioni che proponiamo potrebbe continuare. Abbiamo qui indicato solo quelle che ci sono sembrate più significative. Ma riteniamo che anche il semplice elenco delle modifiche proposte renda chiaro quante sono le cose che nell'attuale processo non vanno (secondo la nostra opinione ovviamente; e secondo la nostra concreta esperienza di gestione dei processi) e quanto sia radicale una riforma che pure si traduce in modificazioni apparentemente modeste e puntuali delle norme esistenti.

3. Il concetto di giusto processo. La pluralità dei suoi significati

Abbiamo già detto in che consiste, secondo noi, la traduzione concreta del principio di *ragionevole durata* e vogliamo ripeterlo: i processi civili non debbono durare di regola più di un anno. Così accade in molti altri paesi europei e non vi è davvero ragione per ritenere che il nostro ordinamento sia irreversibilmente condannato a subire lo scandalo dell'attuale lentezza della giustizia civile.

Per quel che riguarda la traduzione concreta della formula del *giusto processo* il discorso si fa meno semplice. Perché il processo si svolga in modo giusto occorre in primo luogo che siano rispettati i principi del contraddittorio, del diritto di azione e di difesa, della parità delle parti, dell'imparzialità del giudice - essendo questi i principi che il dettato costituzionale e la cultura giuridica di tutti i paesi civili ritiene essenziali. Ma occorre anche che il processo si svolga in modo tale da tendere ad una decisione giusta, oltre che sollecita.

"Giusto processo", infatti, non significa *esclusivamente* processo conforme alle altre regole specifiche e agli altri principi espressamente consacrati nel nuovo art. 111 o in altre norme costituzionali riguardanti il processo. L'art. 111 non dà una definizione del "giusto processo" e, in particolare, non dice che con tale espressione *si intende* un processo regolato secondo gli altri principi enunciati nella norma (che pure sono da intendersi *inclusi*, senza, esaurirlo, nel concetto di giusto processo), ma enuncia il principio come regola costituzionale autonoma, dotata quindi di un proprio significato precettivo.

Secondo Trocker⁶ la formula "giusto processo" serve ad affermare il significato *relazionale* delle garanzie costituzionali del processo; serve cioè ad affermare che queste ultime non possono e non debbono essere viste ciascuna come un dogma a sé stante e autosufficiente nella sua formalità testuale, ma tutte debbono essere lette e soprattutto applicate nel loro insieme, in modo coordinato e complessivamente orientato ad un fine, quello, appunto del *giusto processo*, che trascende le singole garanzie, pur comprendendole tutte. Si tratta di una impostazione interpretativa che appare da condividere, ma anche da sviluppare. Essa, infatti, non si riduce al generale principio di contemperamento tra principi costituzionali nei casi in cui l'integrale applicazione dell'uno confligga con l'integrale applicazione dell'altro, ma dice qualcosa di più. Il criterio unificatore è dato da un parametro che parla di *giustizia* e che come tale, proprio in ragione della sua funzione assiologica, evidenzia il carattere strumentale - anche se costituzionalmente consacrato - delle altre garanzie processuali rispetto ad un fine, al quale tutte debbono coerentemente e

⁶ N. Trocker, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, a cura di M.G.Civinini e C.M.Verardi, *Quaderni di Questione Giustizia*, 2001, 36 ss.

coordinatamente concorrere, che è quello della *giustizia* del processo e non della sua mera regolarità o legalità.

Non è semplice dire che cosa è necessario perché un processo possa ritenersi giusto. Al di là delle specificazioni contenute nell'attuale art. 111, vi è una grandissima molteplicità di significati che ci sono suggeriti dalla nostra cultura della giurisdizione e del diritto. Ma anche da una ragionevole e concreta considerazione di quali siano i reali bisogni di giustizia (procedimentale) dei cittadini. Il parametro della giustizia - che normalmente serve a valutare le norme e gli atti giuridici dall'esterno, da punti di vista non direttamente giuridici - diviene ora comando costituzionale, regola giuridica, con tutto il carico di riferimenti extratestuali che il termine *giustizia* porta con sé, quale sia il contesto in cui esso è adoperato.

Che il processo debba essere *giusto*, significa in primo luogo che esso deve svolgersi correttamente: e quindi non soltanto in conformità ai principi strumentali di cui si è detto, ma anche secondo criteri di efficienza, di trasparenza e di comprensibilità (non è corretto un processo che si svolge in modo incomprensibile per il cittadino), di parità, di solidarietà. Se processo giusto significa processo corretto, occorre considerare che non può essere corretto un processo in cui le parti abbiano il diritto di comportarsi scorrettamente e cioè, ad esempio, il diritto di dire il falso o di tacere il vero.

Nel processo civile – proprio perché è un processo fra pari - non può essere accolta una concezione del diritto di difesa che includa “il diritto alla menzogna e quello di menare il can per l'aia”⁷.

In secondo luogo “giusto processo” significa che *il processo deve fare giustizia e, cioè, che deve svolgersi in modo da favorire il perseguimento di una decisione giusta*.

Sarebbe del resto ben difficile sostenere che può essere giusto un processo che non sia capace o che quanto meno non sia orientato a fare giustizia. Che cosa significa, nel settore civile, fare giustizia? Significa innanzitutto, a nostro avviso, ciò che sta scritto nel primo comma dell'art. 24 Cost.: che il processo deve essere modellato in modo da rispondere al fine di tutelare effettivamente il diritto sostanziale e cioè da riconoscere ed attuare il diritto soggettivo quando esso spetta e solo quando spetta e solo a chi spetta; dare ragione a chi ha ragione secondo la legge sostanziale e dare torto a chi ha torto. Questa lettura del primo comma dell'art. 24 ci rende estranei a concezioni del processo come gara nella quale è *giusto* che vinca il più abile e rispetto alla quale il giudice ha solo la funzione di far rispettare le regole della competizione e di dare alla fine il premio al vincitore. Nell'art. 24 della Costituzione è poi consacrato il principio della *effettività* della tutela che rimanda all'esigenza di un processo che sia capace di dare attuazione – e possibilmente attuazione specifica - al diritto fatto valere e non soltanto di riconoscerlo formalmente.

Se per essere giusto il processo deve fare giustizia e cioè pervenire ad una decisione giusta, il presupposto perché ciò accada è che il processo pervenga (o quanto meno tenda a pervenire) ad una *decisione sul merito*. Il che significa che il principio del giusto processo, in congiunzione con quello della ragionevole durata dei processi, impone di ridurre al minimo indispensabile le norme e le interpretazioni che comportano, favoriscono o consentono decisioni che non risolvono il merito o che lo risolvono in base agli effetti delle forme processuali, anziché in base alla comparazione delle rispettive ragioni sostanziali.

Naturalmente, la giustizia della decisione su chi abbia ragione e chi abbia torto dipende in primo luogo dalle norme di diritto sostanziale, rispetto alle quali il concetto di giusto processo non è conferente. Non intendiamo infatti dire che il giudice - che è soggetto alla legge secondo l'art. 113 Cpc e l'art. 101 della Costituzione -

⁷ Cfr. R.Braccialini, *Garante o no del risultato sostanziale? Spunti tardivi sul giusto processo*, *infra*,****

debba o possa giudicare secondo le sue personali idee di giustizia sostanziale. Il principio del giusto processo è un principio di carattere processuale. Esso però contiene in sé il raccordo tra giustizia processuale e giustizia sostanziale proprio nella parte in cui significa, tra l'altro, che il processo deve essere regolato e gestito in modo tale da favorire il perseguimento di una decisione giusta. In questo senso va intesa la essenziale strumentalità del processo.

Uno degli aspetti di questa funzione di raccordo riguarda un profilo su cui sarebbe difficile non consentire: ben difficilmente può essere considerata giusta una decisione basata su un accertamento dei fatti non conforme alla effettiva realtà materiale. Una decisione di merito basata su una rappresentazione della realtà difforme dal vero non tutela il diritto ma necessariamente lo viola: *veritas juris ex veritate facti*⁸. Il processo, quindi, per essere giusto deve essere modellato in modo tale da pervenire ad una decisione giusta e dunque basata su un accertamento della effettiva verità materiale in ordine ai fatti allegati: nella misura del possibile, ovviamente, e in armonico contemperamento con gli altri principi costituzionali sul processo. Certamente non sarebbe ragionevole pensare di cercare la verità assoluta o la giustizia perfetta; ma nessun cittadino considererebbe giusto un sistema processuale che fosse indifferente ai suoi risultati in termini di verità e di giustizia e che non avesse tra i propri fini quello di tendere ad una decisione il più possibile basata sulla verità dei fatti.

4. La concentrazione della trattazione e il recupero dell'oralità. Il dovere di dire la verità. L'interrogatorio libero. Il ruolo attivo del giudice nella fase di trattazione.

Disegnando la nostra ipotesi di riforma ci è sembrato necessario non già ribaltare la linea tracciata dalla riforma del 1990, ma proseguirla e portarla alle sue coerenti e razionali conseguenze, nella misura e nei modi suggeriti dall'esperienza di questi anni.

Le linee fondamentali di quella riforma furono, in primo luogo, lo spostamento dell'asse del processo sul giudizio di primo grado e lo spostamento dell'asse del giudizio di primo grado sulla prima fase di esso, quella di trattazione. È a questa scelta che si collegavano le altre innovazioni più significative: la monocraticità, l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione nella fase preliminare, l'introduzione di un sistema di preclusioni e decadenze, la provvisoria esecutività della sentenza di primo grado.

È necessario a nostro parere sviluppare ulteriormente queste linee e potenziare i caratteri che esse sono dirette ad imprimere al processo.

La prima cosa da fare è quindi sgomberare il terreno dagli inciampi apportati dalla controriforma del 1995 ed in particolare dalla segmentazione della trattazione in una molteplicità analiticamente prefissata di udienze e di scambi di comunicazioni scritte. La trattazione orale richiede certamente una buona preparazione scritta, ma lo scritto (inteso come scambio diacronico di atti o memorie che ciascun difensore scrive da solo nel proprio studio e che poi deposita in cancelleria affinché il giudice li legga da solo, a casa propria) deve essere riservato, appunto, alla *preparazione* della trattazione e non anche alla trattazione vera e propria. Per la preparazione sono di regola sufficienti - o meglio, possono essere sufficienti, o, meglio ancora, possono essere resi di regola sufficienti - l'atto di citazione e la comparsa di risposta. Per questi atti introduttivi, che hanno il compito di individuare e delimitare il terreno della trattazione, si pongono evidentemente esigenze di precisione, di ponderatezza e di puntualizzazione che richiedono la forma scritta. Per le battute

⁸ Baldo, citato da Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, vol. I, 46 nota 7.

successive il differimento ad una nota scritta fuori udienza o ad un'udienza successiva può avere giustificazioni soltanto quando si tratti di replicare ad una deduzione (o a un rilievo d'ufficio) che possano davvero essere considerati una *sorpresa* che - per la sua imprevedibile novità o per la sua complessità - sia tale da far trovare impreparato anche l'avvocato che abbia studiato la causa con la dovuta diligenza. Al di fuori di questa ipotesi il confronto può e deve svolgersi, in udienza, in modo immediato e concentrato, con la partecipazione attiva del giudice e con l'apporto diretto delle parti alla conoscenza e alla chiarificazione dei fatti e delle ragioni.

Nello scrivere le norme processuali, sarebbe il caso di tener sempre presente che chi partecipa all'udienza sono gli avvocati, i quali non sono e non possono essere degli sprovveduti qualsiasi; e vi partecipa un giudice professionale, anche se fino ad ora la sua professionalità si è manifestata e si è sviluppata quasi esclusivamente nello scrivere le sentenze e ben poco nel fare e dirigere i processi.

Questa la regola; ma la si dovrà interpretare e applicare in modo non giugulatorio: spetta al giudice comprendere, ad esempio, che un giovane legale privo di esperienza può in alcuni casi aver bisogno di maggior ponderazione e magari di un aiuto esterno. E il giudice consapevole della scarsa levatura delle proprie attitudini o della propria preparazione sarà meglio che prenda tempo piuttosto che improvvisare. Ma non è necessario che il modello generale del processo si conformi a inettitudini, neghittosità o ad ipotesi eccezionali e sporadiche: per queste ipotesi è sufficiente che la regola abbia le sue valvole di flessibilità.

Dopo gli atti introduttivi deve essere ovviamente garantito il diritto di controdurre alle deduzioni altrui (intese, deduzioni e controdeduzioni, nel senso più ommnicomprensivo), il che significa che se c'è una "botta" deve sempre poterci essere una "risposta", e se c'è una risposta deve sempre poterci essere una replica e quindi una contro-replica e così via. Ma non vi è nulla che imponga che a ciascuna delle battute di questo confronto debba a priori essere riservata un'udienza separata o una memoria separata: il dialogo si svolge - e normalmente si può svolgere - tra presenti e nell'unità di tempo e di luogo. E solo se si svolge così il giudice può parteciparvi per indirizzarlo, per controllarlo e soprattutto per volgerlo ad una compiuta ed efficace chiarificazione delle domande e delle eccezioni, ma anche dei fatti posti a fondamento delle prime e delle seconde nonché delle relative impostazioni giuridiche. È in questa fase che il giudice, sulla base di un previo approfondito studio degli atti introduttivi e sulla base di un rapporto diretto e immediato con le parti personalmente e con i loro difensori è chiamato a svolgere una funzione di vera e propria conformazione del procedimento, in base a criteri di efficienza e di trasparenza, intavolando subito un dialogo con le parti diretto - secondo un modello in qualche misura ispirato all'articolo 139 del codice di procedura civile tedesco - ad individuare le questioni coinvolte nella controversia, a chiarire la situazione di fatto dalla quale nasce la controversia isolando gli aspetti di essa sui quali le versioni delle parti sono effettivamente discordanti, a spiegare e comprendere le rispettive ragioni giuridiche delle parti *ma anche a chiarire alle parti stesse come il giudice "vede" le questioni e le ragioni e per quali fatti ritiene che sia necessaria la prova*⁹.

⁹ Riportiamo qui il testo dell'art. 139 dello ZPO, dopo le modifiche del 2001: Articolo 139 (*Direzione effettiva del procedimento*). 1. La Corte deve discutere con le parti, quando è necessario, i profili fattuali e giuridici della controversia e porre domande alle parti stesse. Deve operare affinché le parti chiariscano tempestivamente e compiutamente tutti i fatti rilevanti, completino in particolare le indicazioni fornite in modo insufficiente circa le circostanze fatte valere, indichino i mezzi di prova e presentino le istanze utili e opportune. / 2. La Corte non può fondare la sua decisione su punti che una delle parti abbia chiaramente ignorato o ai quali non abbia dato rilievo se prima non ha indicato alla parte stessa tali questioni dando ad essa la possibilità di esprimersi al riguardo, salvo che non si tratti di questioni secondarie o marginali. Lo stesso vale se la Corte intende basare la sua decisione su prospettazioni diverse da quelle di entrambe le parti. / 3. La Corte deve segnalare la necessità di esaminare i profili di dubbio che si pongano in ordine alle questioni rilevanti d'ufficio. / 4. Le indicazioni previste dalla presente norma debbono essere impartite al più presto

È questo ruolo attivo del giudice nella fase della trattazione ciò deve caratterizzare il nuovo processo, se si vuole che esso sia ricomposto nella sua unità funzionale di attività diretta ad una decisione basata sul diritto e su un corretto accertamento del fatto. I principi costituzionali impongono che il processo si svolga nel contraddittorio davanti al giudice. Questa regola non può voler dire che il giudice deve limitarsi ad assistere passivamente al contraddittorio, rimanendone separato: se il contraddittorio è lo strumento per la formazione del suo corretto convincimento – fattuale e giuridico - egli deve non solo garantirlo, ma sollecitarlo e alimentarlo. Deve, insomma, parteciparvi e in qualche misura sottoporre sé stesso e la sua impostazione al controllo e alle rettifiche che il contraddittorio determina. La decisione, così, non sarà più oracolo finale, ma sarà qualcosa che le parti e il giudice, ciascuno secondo il proprio ruolo, hanno costruito e verificato dialogicamente nel corso del processo e attraverso di esso.

Perché l'udienza di trattazione possa svolgersi in questo modo, così diverso da quello che si vede oggi nelle nostre aule di giustizia, occorrono molti e radicali cambiamenti nella mentalità e nei comportamenti delle parti e del giudice, e sono cambiamenti che investono il ruolo stesso dei protagonisti tecnici del processo.

Con riferimento a tutto il modo di stare e di agire nel processo durante il suo corso, occorre proseguire sulla strada già indicata 30 anni fa dall'art. 416 e poi ripresa nel 1990 dal nuovo testo dell'art. 112¹⁰. A tanto è diretta la riformulazione dell'art. 115, volta ad imporre in modo effettivo ad entrambe le parti l'obbligo di leale collaborazione previsto dall'art. 88: le parti costituite debbono chiarire le circostanze di fatto rilevanti per la causa in modo completo e veritiero; se una parte contesta i fatti dedotti dall'altra deve farlo in modo specifico e non generico e deve quindi esporre la propria versione della vicenda. Il giudice può ritenere provati i fatti ritualmente dedotti da una parte se essi non siano stati contestati dalla parte costituita che aveva interesse a negarli e se tale contestazione non abbia quel carattere di specificità di cui si è detto. Viene così imposto alle parti un dovere (e più precisamente un onere, il cui adempimento o inadempimento ha effetto sul piano probatorio) di dire la verità. La formulazione che proponiamo è tratta dall'art. 138 del codice di procedura civile tedesco, come spieghiamo nel commento alla proposta di riformulazione dell'art. 115. Rinviando a tale commento per una migliore, seppur sintetica, illustrazione delle ragioni e del significato di questa proposta, vi è qui da sottolineare che essa è strettamente collegata a tutti i caratteri che il processo deve acquisire; in particolare all'oralità e alla continuità della trattazione mediante la tendenziale concentrazione di essa in un'unica udienza (la separazione della fase destinata alla precisazione del *thema decidendum* da quella destinata alla individuazione del *thema probandum* e alla ammissione delle prove non costituisce un'ineliminabile necessità sul piano logico-giuridico ed appare ispirata a modelli nei quali l'accertamento del fatto era, almeno alle origini, affidato alla giuria e cioè ad un organo diverso da quello competente a dire il diritto e quindi anche ad individuare il fatto da provare).

È poi ovvio lo strettissimo collegamento tra tale concezione della trattazione e la re-introduzione dell'interrogatorio libero nella fase preliminare, come momento centrale dell'udienza di trattazione, nella sua duplice funzione chiarificatrice e pro-

possibile e debbono essere trascritte a verbale. Le indicazioni impartite possono essere provate esclusivamente dalla verbalizzazione di esse. Contro il verbale è ammessa solo la querela di falso. / 5. Se non è possibile per la parte fornire in modo immediato il chiarimento richiesto, a sua istanza il giudice le concede un termine per il deposito di note illustrative scritte.

¹⁰ Per tale norma è stata necessaria, a trent'anni di distanza dalla riforma, una pronuncia chiarificatrice delle Sezioni Unite, la sentenza n. 761 del 2002, circa gli effetti dell'inadempimento all'onere di prendere specifica posizione non limitata ad una generica contestazione. Anche in questo campo la nostra soluzione è quella di portare avanti e di valorizzare l'indicazione già contenuta nelle due riforme precedenti.

batoria (Cappelletti). Su questo non vi è bisogno di spendere molte parole: la soppressione di questo istituto da parte della disordinata novella del 2005 è stata qualcosa di incomprensibile e totalmente assurdo e non merita di essere presa in seria considerazione se non per stigmatizzarla.

All'esito di un'udienza di trattazione quale quella che abbiamo descritto sarà il più delle volte possibile decidere la causa o ridurre l'istruttoria alla raccolta delle prove su pochi e specifici elementi del fatto, perché le ragioni delle parti saranno state tutte compiutamente esplicitate e chiarite, il giudice avrà selezionato quelle sulle quali occorre una discussione e i fatti, attraverso l'interrogatorio delle parti e dei difensori saranno stati in gran parte accertati e chiariti. Le carte saranno quindi tutte o quasi tutte in tavola. Per quel che resta da fare è necessario mantenere concentrazione e continuità e, a tal fine, può rivelarsi essenziale una adeguata programmazione. L'art. 180 del progetto contiene a questo riguardo una novità, la cui introduzione è ispirata alle osservazioni della *Commission Européenne pour l'efficacité de la Justice*, consistente nella programmazione dei tempi della controversia. Si tratta di un compito demandato al giudice, il quale, concordando, ove possibile, con le parti, deve stabilire il programma delle udienze cui attenersi (salvo fatti sopravvenuti) per l'ulteriore svolgimento del processo, indicando gli incumbenti che in esse verranno espletati. È questo un modo di rendere trasparente l'attività giurisdizionale coinvolgendo tutti i protagonisti del processo nella determinazione della sua durata e delle sue modalità di svolgimento e chiarendo al cittadino in quale tempo può attendersi una decisione. Ma non si tratta solo di predeterminazione dei tempi: attraverso la programmazione viene ad essere resa partecipata la decisione circa ciò che deve essere fatto. E in questo caso scegliere insieme i materiali e gli stadi di lavorazione significa costruire insieme l'edificio.

Al coinvolgimento delle parti nella trattazione della causa e nella scelta delle modalità con cui procedere è diretta anche la previsione secondo cui *in limine* il giudice, nel ricordare alle parti il dovere di correttezza e lealtà, con tutte le implicazioni di cui abbiamo già detto, può richiamarsi "alle prassi ed ai criteri che, nell'ambito delle norme di legge, siano stati eventualmente concordati, anche in modo informale e giuridicamente non vincolante, tra magistratura ed avvocatura, anche con riferimento ad ogni singolo ufficio giudiziario".

La scelta di valorizzare con il richiamo dei protocolli di udienza, l'attività degli Osservatori per la giustizia civile, va vista nella complementarità tra la concezione di governo del processo affidata alla responsabilità dei suoi protagonisti e la flessibilità dei suoi strumenti di regolazione, quali sono anche i protocolli sulle prassi, intesi come criteri consensuali per la determinazione dei parametri e dei valori che debbono governare la discrezionalità processuale.

5. Governo e responsabilità del processo. La discrezionalità del giudice civile

Per perseguire la giustizia e la celerità del processo il legislatore può scegliere fra tre strade che, in via del tutto approssimativa, possono essere così sintetizzate.

La prima è quella di affidarsi totalmente o quasi – per la regolazione del processo – all'oggettivo e meccanicistico operare della disciplina normativa, riservando al giudice una funzione di mera applicazione esecutiva delle norme in tema di forme, termini, contenuti e modalità degli atti e dei momenti processuali, soprattutto in vista del controllo formale sulla conformità degli atti di parte alle prescrizioni normative. Il governo del processo, così inteso, tende ad essere oggettivizzato e fortemente conformato da norme vincolanti, analitiche, precise ed esaurienti, che regolano minutamente e tassativamente, in via generale ed astratta, gli atti del giudice e quelli delle parti e che danno al giudice, in sostanza, il compito di sorvegliare la

regolarità della gara e di fischiare i falli in cui l'uno o l'altro contendente sia incorso.

Questo sistema di regolazione ha certamente il pregio di dare alle parti una maggiore - seppur sempre relativa - certezza circa ciò che esse possono o non possono fare e circa il modo e il tempo di farlo. Ma esso presenta, come l'esperienza insegna, inconvenienti gravissimi: la strada delle norme analitiche e tassative si è spesso rivelata non solo illusoria, ma anche fallimentare e comunque impraticabile; ma soprattutto si è rivelata una strada irrazionale, inefficace e foriera di una gestione del processo improntata a indifferenza, burocratismo e formalismo (con tutto il bagaglio di trabocchetti, sorprese, furbizie, alibi e rigidità che ne consegue). Il formalismo è il carattere che più si oppone all'efficienza e all'efficacia. Ma soprattutto la strada delle norme tassative e formali è quella che conduce all'ingiustizia e al ritardo della decisione, attraverso il privilegio che essa accorda ai vuoti ritualismi, agli irrigidimenti irragionevoli e a modelli di azione proco pratici.

Conduce al ritardo perché la rigidità, ad esempio, dei termini e delle preclusioni implica necessariamente la previsione normativa, altrettanto formale, di clausole di salvaguardia e cioè di occasioni di recupero (ne è un esempio la disciplina della trattazione introdotta dalla novella del 1995), le quali però, una volta cristallizzate nell'astrazione normativa, si trasformano in ragioni di ulteriore complessità e di ritardo quando non anche in espedienti di dilazione. L'esperienza dimostra che il legalismo così inteso si sposa sempre con la segmentazione formale e la complicazione del processo.

Occorre ricordare una verità tanto evidente quanto generalmente trascurata: *le complicazioni procedurali sono un difetto del processo*. E la segmentazione temporale di quest'ultimo ne pregiudica la possibilità di essere rapido e giusto. Proprio perché il processo è una sequenza di atti funzionalmente collegati essa deve avvenire in consecuzione, se non se ne vuole perdere il nesso strettissimo - quasi di immedesimazione - con la decisione e se non si vuole ancora una volta separare la decisione dal processo.

In definitiva la regolazione analitica e tassativa del processo implica logicamente (o comunque storicamente) una scansione del processo stesso in momenti cronologicamente separati a priori - in via generale e astratta - ed implica (quindi) necessariamente privilegiare la trattazione scritta. Implica cioè l'abbandono dei principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza, che continuiamo invece a considerare essenziali per un processo fatto bene e che riteniamo debbano essere riferiti, tendenzialmente, a tutte le attività processuali di trattazione e non soltanto a quelle di raccolta delle prove rappresentative.

Scriveva quasi due secoli or sono Geremia Bentham¹¹ che alla "procedura naturale" diretta a stabilire quale sia la verità sull'oggetto del processo, si contrappone la "procedura tecnica", il cui risultato "è di prolungare i processi, di renderli estremamente dispendiosi e vessatori, senza avere alcuna tendenza a produrre decisioni giuste".

La seconda strada è quella di affidarsi prevalentemente al libero dispiegarsi della competizione processuale tra le parti e dei loro poteri di disposizione sull'*an*, sull'oggetto, sui contenuti, sul modo e sui tempi del processo e dei suoi atti, riservando al giudice la funzione di curare l'osservanza di poche regole del gioco, oltre che, naturalmente, il compito di pronunziare la sentenza finale e di decidere (in modo il più possibile vincolato) i problemi dai quali le parti non riescano ad uscire da sole.

Questa è in qualche misura la concezione alla quale è ispirato il progetto Vaccarella. Ne parleremo in seguito, ma è già qui possibile osservare che si tratta di un modello che viene drasticamente messo in discussione anche negli ordinamenti

¹¹ Riportato da Cappelletti, *op. cit.*, 48.

presso i quali esso era maggiormente in auge (quali l'ordinamento inglese e quello americano; ma tutte le riforme processuali degli ultimi anni si sono orientate in senso contrario alla prevalenza del principio dispositivo riferito al processo¹² e si sono invece orientate verso l'attribuzione al giudice di un ruolo più attivo e dinamico). Si tratta comunque di un modello che non tiene conto come la rapidità e la giustizia del processo possono anche *non* essere nell'interesse della parte ed il difensore ha il dovere prioritario di curare esclusivamente l'interesse del suo difeso, sia pure nei limiti e secondo le regole del processo, dettate dall'interesse pubblico o dall'interesse comune. Ritenere che rapidità e giustizia del processo rappresentino il frutto naturale, spontaneo ed automatico del libero dispiegarsi della competizione processuale tra le parti è una convinzione influenzata forse, per mera assonanza, dalle ideologie del mercato, ma che per poter essere recepita nel processo avrebbe bisogno di essere, se non proprio dimostrata, almeno razionalmente argomentata, altrimenti si traduce in un atto di fede. Comunque anche questa soluzione implica logicamente segmentare la trattazione in tappe e tempi separati ed implica logicamente lo scritto: anch'esso si pone in contrasto con oralità, concentrazione e immediatezza.

La terza strada è quella che qui proponiamo e alla descrizione di essa sono dedicate queste pagine. Essa è diretta a far sì che il rispetto dei principi e delle regole del processo non sia solo formale e non si traduca in inciampi, trabocchetti, ostacoli, oppure in dilazioni inutili, ingiustificate o addirittura abusive; è diretta a liberare i processi dalle pastoie degli esoterismi formalistici e delle furbizie caudiche, ma anche ad assicurare che le parti abbiano una piena possibilità di far valere efficacemente le loro ragioni e che il giudice si senta impegnato a capirle a fondo e a dare ad esse la massima considerazione. A questo fine deve essere ripudiato il modello ispirato al *laissez faire*. Il processo deve essere regolato e deve esserlo molto di più di quanto oggi non sia. Ma le regole debbono essere tali da consentire di guidare il processo verso i suoi obiettivi pratici e debbono quindi semplificare il processo, renderlo trasparente, efficiente e comprensibile, renderlo flessibile per potersi adattare alle specifiche caratteristiche e alle specifiche esigenze concrete di ciascun caso. In altre parole, il processo deve essere reso governabile, quale presupposto per poter imporre al giudice il *dovere* di governarlo, per poter gli ascrivere la responsabilità per come esso si svolge e per poter togliere qualunque alibi alla sua passività.

Quello che tutti auspichiamo è un processo regolato principalmente dal canone fondamentale della ragionevolezza e della correttezza quale canone alternativo a quello della regolazione analitica e tassativa. La correttezza, tuttavia, non è un frutto spontaneo. Per rendere possibile e agevole perseguire il risultato di un processo giusto, corretto e rapido *occorre che vi sia un soggetto che sia il responsabile del processo*; che abbia cioè il compito di perseguire giustizia e rapidità della trattazione e della decisione e che abbia gli strumenti per farlo. Questo soggetto non può che essere il giudice (ed in realtà nessuno ha mai seriamente contestato che il responsabile del processo sia il giudice, anche se è diffusa la tendenza a non dirlo)¹³.

Attribuire al giudice il compito di assicurare la rapidità e la giustizia del processo implica, come osservato, che egli debba avere gli strumenti di *governo* del processo necessari per perseguire tali obiettivi. Perché il giudice possa essere considerato *responsabile del risultato* (che è lo svolgimento del singolo processo e dell'in-

¹² Se consideriamo la riforma processuale tedesca del 2001-2002 e quella inglese del 1998, possiamo dire che in quegli ordinamenti appare aver preso maggior forza la consapevolezza del fatto che "il processo è cosa pubblica, anche quando sono privati gli interessi in contesa" come Giuseppe Borrè era solito ricordare.

¹³ Vogliamo essere chiari: responsabilità del processo significa, secondo noi, possibilità di essere chiamato a rispondere – quanto meno sul piano delle valutazioni di professionalità - se il risultato di una trattazione sollecita e giusta non viene raggiunto.

sieme dei suoi processi in modo celere e orientato alla giustizia) occorre che a lui sia riconosciuta una sufficiente *autonomia nella scelta dei mezzi e dei modi*, il che significa affidarsi alla sua *discrezionalità*¹⁴ in misura maggiore e soprattutto in modo più aperto e consapevole di quanto oggi non accada.

La discrezionalità è carattere proprio di qualunque pubblica funzione prevista dall'ordinamento con il compito di perseguire interessi e fini pubblici determinati dalla stessa legge (nel nostro caso il *giusto processo*, nel senso più sopra sommariamente illustrato). Essa può essere definita come possibilità di apprezzamento della scelta da adottare, tra più scelte giuridicamente consentite, in modo da raggiungere lo scopo previsto dalla legge secondo criteri non meramente soggettivi, ma correlati a canoni di correttezza, di esperienza, di ragionevolezza ecc. e pur sempre circoscritti da limiti.

Peraltro la strada della discrezionalità procedimentale, che è quella più razionale ed è anche quella più idonea a conferire al giudice un efficace potere-dovere di governo del processo, viene spesso percepita come implicante il rischio di arbitrio, di soggettivismo e di imprevedibilità e quindi produce il giustificato timore di una sostanziale riduzione delle garanzie per le parti. Di qui la necessità di prevedere criteri e parametri di regolazione della discrezionalità e, soprattutto, *efficaci strumenti di controllo quanto alla correttezza del suo esercizio*: il contraddittorio (inteso come potere di contraddire non solo l'altra parte, ma anche il giudice) resta il principale strumento di un simile controllo, che deve però potersi esplicare anche per il tramite dell'impugnazione.

La diffusa diffidenza che si avverte verso ipotesi di maggiore apertura al potere discrezionale del giudice trova probabilmente la sua origine proprio nell'equiparazione che, forse in modo inconsapevole, viene fatta tra *discrezionalità* ed *arbitrio*. Ma una simile equiparazione è erronea sul piano teorico: non vi è qui bisogno di spiegare che l'attività discrezionale è pur sempre un'attività regolata dalla legge, anche se in forme più elastiche, e che la discrezionalità non si pone in contrasto

¹⁴ Sul tema della discrezionalità giudiziale v. in generale, R. Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, Giappichelli 1996; Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Cedam 1975 (in cui sono raccolti uno studio del 1927 e uno del 1935). In senso contrario all'ampliamento della discrezionalità del giudice civile in materia procedimentale, v. A. Proto Pisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265; G. Costantino, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo, cit.*, 255 ss.; M.G. Civinini, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo, cit.*, 271 ss. Per la letteratura straniera si veda, tra le opere recenti, Hawkins (ed.), *The use of discretion*, Clarendon Press Oxford 1992 (una raccolta di saggi di vari autori); Barak, *Judicial Discretion* (vi è una traduzione italiana pubblicata da Giuffrè nella collana "Civiltà del diritto") che si apre con questa considerazione "La discrezionalità giudiziale è in gran parte un mistero – per la generalità del pubblico, per la comunità dei giuristi, per i docenti di diritto e per gli stessi giudici". L'autore, tra le tante altre cose, afferma che non è sostenibile che vi siano campi, in particolare quello delle norme processuali, in cui la scelta tra discrezionalità e stretta legalità si ponga in termini diversi (e più favorevoli alla stretta legalità) rispetto ad altri campi. Barak così si pronuncia al riguardo: "L'istituzione giudiziaria è molto adatta a trattare i problemi di procedura civile, i quali, dopo tutto, sono problemi di internal management del processo giudiziario". Si suggerisce di iniziare la lettura del libro dal post-scritto, intitolato "La discrezionalità giudiziale in una società democratica" in cui spiega la piena compatibilità della discrezionalità giudiziale con il principio di legalità (con la *rule of law*) e giunge a dire che la legge, senza discrezionalità, produce arbitrarità. Nelle righe finali Barak si esprime così: il mondo del diritto è ampio e profondo. È pieno di bellezza e di saggezza. È semplicemente naturale che vi sia più di un sentiero che consenta di percorrerlo, che vi sia più di un modo per assorbire la sua bellezza e per nutrirsi della sua saggezza". Vi sono tanti altri testi che hanno parlato di discrezionalità giudiziale e alcuni di essi molto belli: di queste cose, negli ultimi cent'anni, hanno parlato autori nobilissimi e la letteratura su questo tema soprattutto in lingua inglese e americana è molto ampia come potrà vedersi se si intraprende una esplorazione in internet. Segnaliamo infine due raccolte di saggi molto recenti, che sono di particolare interesse perché dimostrano come in Europa non sembra esservi riforma o progetto di riforma del codice di procedura civile che non si ispiri ad un potenziamento del ruolo attivo e della discrezionalità del giudice: Ola Wiklund (ed.), *Judicial Discretion in european perspective*, Kluwer International, Stoccolma 2003; Marcel Storme e Burkhard Hess, *Discretionary Power of the Judge: limits and Control*, Kluwer 2003.

con il principio di legalità, essendo infatti sottoponibile a controllo di legittimità, come insegna la lunga storia della giurisdizione amministrativa. Né a simile percezione diffusa appare estranea l'attuale costume di diffidenza a priori nei confronti del giudice, un atteggiamento favorito dalla lunga campagna di denigrazione cui la magistratura italiana si è trovata sottoposta. Ma se è costituzionalmente doveroso che l'esercizio di ogni potere, compreso quello giurisdizionale, sia sottoposto a garanzie e controlli, vi è un limite oltre il quale la diffidenza si traduce in negazione della funzione. In uno stato di diritto la funzione giurisdizionale, proprio perché ha nell'autonomia del suo esercizio la caratteristica fondamentale e la sua stessa fonte di legittimazione, implica necessariamente un notevole grado di affidamento, per quanto a molti ciò possa non essere gradito.

Il nostro progetto è peraltro diretto anche ad individuare in modo più chiaro e preciso i casi, i limiti, i criteri, gli obiettivi - e quindi in definitiva le regole - del potere discrezionale del giudice e, correlativamente, ad apprestare adeguati controlli sull'esercizio di esso da parte del giudice dell'impugnazione (il giudice d'appello, in concomitanza con la diversa funzione che abbiamo attribuito al giudizio di secondo grado; ma non è da escludere che un simile controllo sia reso possibile anche in cassazione attraverso una diversa formulazione dell'art. 360, n. 4 cpc.

Per quanto riguarda la regolazione delle forme e dei termini dell'attività di allegazione e di deduzione istruttoria delle parti, resta fermo che le parti devono essere titolari di chiari diritti, poteri e doveri assicurati da una disciplina delle forme e dei termini prefissata *ex ante* e controllabile *ex post*¹⁵. La flessibilizzazione che nel nostro progetto viene operata mediante un ampliamento degli spazi discrezionali della rimessione in termini non nega questo diritto, ma ne aggiunge uno ulteriore: quello di ottenere la riapertura dei termini previsti dalla legge o fissati dal giudice se vi sono buoni motivi per riaprirli e non vi sono buoni motivi (da identificare secondo gli obiettivi, secondo i criteri e secondo i limiti imposti dalla legge) per non farlo. Si tratta quindi di una discrezionalità giudiziale che può essere esercitata, in questo caso, esclusivamente per ampliare e non per restringere gli spazi assegnati dalla legge all'esercizio del diritto di difesa, e che deve essere esercitata sempre rispettando il dovere di parità e il principio del contraddittorio. L'impostazione opposta a questa sarebbe quella di non dare rilievo ai suddetti buoni motivi oppure cercare di tipizzarli tassativamente e analiticamente e lasciare nell'irrelevanza quelli che non si è stati capaci di tipizzare *ex ante*. Questa impostazione implica accettare che l'errore - oggettivo o soggettivo - dell'avvocato o della parte sia qualcosa di inesorabile e irreversibile prescindendo in gran parte dalle sue cause e dai suoi effetti. E significa quindi che preclusioni e decadenze abbiano sempre ed inevitabilmente una forte incidenza sulla giustizia sostanziale della decisione.

Poiché questo esito non è voluto da nessuno la soluzione che viene spesso indicata è quella di spostare quanto più in avanti possibile il momento preclusivo al fine di dare il maggior tempo possibile alla parte per la correzione e integrazione della sua linea e dei suoi strumenti di difesa. È il modello del codice ante 1990, cui era connesso il noto ed inevitabile inconveniente che la massima libertà nello *jus variandi* finisse per favorire anche e soprattutto gli espedienti dilatori. Del resto l'esperienza concreta dei processi insegna che vi è un numero molto grande di garanzie processuali formali che viene utilizzato per creare trappole e trabocchetti, senza senza collegamento con alcuna effettiva lesione degli interessi che la regola era diretta a tutelare: basti pensare alla questione della procura spillata o con firma illeggibile o della notifica con consegna di un'unica copia al difensore di più parti.

¹⁵ M.G.Civinini, *op.cit.*, 275 ss.

Il modello alternativo è quello di fissare ad uno stadio anticipato il momento preclusivo e di generalizzarne razionalmente l'ambito di applicazione, ma rendendolo flessibile con una più ampia disciplina della rimessione in termini.

Quello che nel nostro modello viene se non cancellato quanto meno ridotto non è il diritto di difesa (anzi è vero esattamente il contrario), ma è il diritto di impedire l'altrui esercizio del diritto di difesa, il diritto cioè a far valere le preclusioni altrui *ex se* come diritto proprio. E ciò che viene ugualmente cancellato è il diritto ad identificare la difesa con la dilazione.

Oltre che nella disciplina della rimessione in termini e della direzione della fase di trattazione, il riconoscimento di maggiori spazi di discrezionalità è affidato nella nostra proposta anche al riconoscimento di un generale potere istruttorio d'ufficio. Si tratta di una naturale implicazione del principio del giusto processo, il quale comporta che il processo deve essere disciplinato e gestito in modo tale da tendere all'accertamento della verità. Il potere di disporre mezzi di prova d'ufficio ha una funzione meramente integrativa - così come è per le numerose ipotesi in cui il codice di rito già ora prevede il potere istruttorio d'ufficio - e deve essere esercitato, oltre che nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, in modo da corrispondere ai fini, ai criteri e ai limiti di cui all'art. 112 primo comma, nella versione da noi proposta.

Anche a questo riguardo vale il principio secondo cui un etto di esperienza storica vale più di un chilo di teoria. È allora sufficiente notare che il generale potere istruttorio d'ufficio previsto per il rito del lavoro dall'art. 421 non ha concretizzato, in questi ultimi 30 anni, nessuno di quei rischi per l'imparzialità del giudice, per la parità delle parti e per i loro diritti di difesa che alcuni commentatori avevano preconizzato.

Nel complesso, peraltro, ci sembra che questi maggiori spazi di discrezionalità, necessari nella prospettiva del "giusto processo", non comportino alcun rischio per le garanzie. Sono ben altri i poteri discrezionali del giudice che fanno tremare le vene ai polsi, e che pure appaiono ineliminabili. Si pensi ad esempio al potere discrezionale di determinare la pena tra il minimo e il massimo o al potere di individuare la regola (sostanziale) del caso concreto, *ex post*, dai caratteri del fatto e da norme a maglie così aperte da chiedere al giudice di attuare direttamente valori più che di applicare regole.

Naturalmente è ben lontana da noi l'idea che il processo debba essere tutto rimesso al "buon senso" del giudice. Riteniamo che sia da rifuggire qualunque impostazione dommatica e che un buon processo sia quello in cui concorrano in equilibrato contemperamento regole vincolanti e discrezionalità giudiziale, secondo scelte da effettuare, istituto per istituto, alla luce di un solo quesito: quale è per quello specifico istituto il tipo di regolazione migliore per perseguire il risultato di un processo più corretto, più capace di permettere alle parti di dispiegare appieno le proprie difese, più idoneo ad essere definito entro un tempo breve e ad essere deciso in modo conforme alla verità, all'equità e alla giustizia.

In definitiva è da sottolineare che, nel nostro progetto, nessun diritto-potere delle parti è rimesso alla discrezionalità del giudice né per quanto riguarda l'*an*, né per quanto riguarda il *quando*. È la legge a stabilire ciò che le parti possono fare e quando debbono farlo. Il potere discrezionale del giudice serve, a questo riguardo, principalmente a temperare il rigore di preclusioni rese più strette dalla necessità di accelerare il processo e concentrare la trattazione e a dare ordine, programmazione e speditezza alla sequenza degli atti in relazione alle particolari esigenze reali e concrete del caso concreto.

6. Preclusioni e decadenze. Il problema delle eccezioni rilevabili d'ufficio e non soggette a preclusione

Adottata la chiave della discrezionalità come strumento di governo flessibile del processo, non per questo perdono valore gli attuali strumenti di regolazione rappresentati da preclusioni e decadenze. Ma essi possono essere resi più severi (e, cioè, più coerenti con le esigenze di speditezza) proprio perché vengono contemporaneamente resi più flessibili e ragionevoli attraverso un uso flessibile e ragionevole dell'istituto della rimessione in termini.

Tale innovazione rende anche possibile rendere più omogeneo, più coerente e più efficace il sistema delle preclusioni su un altro versante: quello della disciplina che, in tema di preclusioni, si applica alle eccezioni rilevabili d'ufficio, le quali - secondo indirizzi accettati dalla prevalente dottrina e recepiti anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione - rappresentano la regola, e cioè la stragrande maggioranza delle eccezioni. Come è noto le eccezioni rilevabili d'ufficio non sono soggette a preclusioni e quindi possono essere sollevate durante tutto il corso del processo di primo grado e di appello. Ciò può comportare gravi problemi per ripristinare un ordinata e sollecita trattazione del processo ed assicurare il diritto di difesa dell'altra parte, oltre a porre il problema se il diritto di eccepire tardivamente implichi anche il diritto di provare tardivamente il fatto posto a fondamento dell'eccezione.

Per risolvere questo problema possono ipotizzarsi due strade.

La prima è quella di ribaltare il rapporto tra eccezioni rilevabili d'ufficio (per le quali non si verificano preclusioni) ed eccezioni riservate alla parte, nel modo che risulta dalla prima delle due ipotesi di riformulazione dell'art. 112 contenute nella nostra proposta. Le eccezioni sarebbero quindi tutte riservate alla parte tranne quelle che la legge espressamente considera rilevabili d'ufficio (alle quali potrebbero, eventualmente, esserne aggiunte altre in via di modifica legislativa). La seconda è quella di precludere allegazioni tardive e limitare la rilevabilità d'ufficio, di regola, alle eccezioni fondate sui fatti tempestivamente allegati e non anche su fatti introdotti successivamente ovvero risultanti dal materiale probatorio. In ogni caso vi è poi la proposta di eliminare la possibilità di *jus novorum* in appello, in coerenza con la riforma della funzione di tale grado del giudizio.

Queste innovazioni, che indubbiamente sottopongono a regole più severe l'attività difensiva, perdono il loro carattere giugulatorio proprio grazie alla previsione di un generale potere di rimessione in termini oltre che alla previsione di un generale dovere del giudice di svolgere un ruolo attivo nella trattazione (ad esempio segnalando alle parti tutte le questioni delle quali ritenga opportuna la trattazione).

In sostanza in un sistema processuale nel quale preclusioni e decadenze sono strumenti di governo del processo e non falli irreversibili, preclusioni e decadenze sono essenziali ma, tendenzialmente, non devono mai verificarsi.

Assicurare questo assetto è proprio il compito del giudice.

In realtà, questa era l'idea che induceva una parte dell'avvocatura a criticare la tempistica delle preclusioni e decadenze previste nei progetti di riforma della fine degli anni '80. Una parte di queste critiche affermava la necessità di affidarsi di più alla discrezionalità del giudice e furono critiche ingiustamente respinte, anche dai magistrati, i quali avevano paura che questa fosse la strada spalancata per il confermarsi di prassi lassiste. È un peccato che quelle indicazioni non siano state allora ascoltate e recepite in una riforma che pure aveva accolto impostazioni molto simili per quanto riguarda la disciplina delle nullità e delle rispettive sanatorie. Ecco, un recupero di questa impostazione è quello che a noi sembra auspicabile: una regolazione del processo seria e severa, che interpella fortemente la responsa-

bilità delle parti, ma anche una regolazione flessibile, che interpella fortemente la responsabilità del giudice.

Un'altra fondamentale linea ispiratrice di quella riforma era quella di cui abbiamo già parlato: maggior rigore nella disciplina del processo, ma minor formalismo attraverso l'attribuzione al giudice di un potere-dovere di evitare le nullità e di provocarne la sanatoria. Al tempo stesso, l'attribuzione al giudice della funzione di assicurare la corretta enunciazione della *causa petendi* e la conferma del suo dovere di segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, implicavano una sua attiva partecipazione alla fase di trattazione, anche allo scopo di evitare che le parti incorressero in decadenze (e a questo scopo di maggiore rigore unito a governata flessibilità rispondeva la formula delle "prove che le parti non abbiano potuto proporre prima", contenuta nel quinto comma dell'art. 420 che, con la sua latitudine, conferiva al giudice un potere ampiamente discrezionale di rimessione in termini per quanto riguarda le deduzioni istruttorie). Su questa strada, già sviluppata dalla riforma del 1995, si pone la proposta di ulteriore riformulazione dell'art. 184 *bis*, che estende la possibilità di rimessione in termini a tutti i casi in cui essa appaia necessaria per assicurare in concreto la "sostanziale giustizia procedurale" del processo e cioè per assicurare che il processo si svolga e sia deciso in modo giusto, sollecito e leale e che sia sempre garantito il diritto di ciascuna parte alla difesa e al contraddittorio in condizioni di effettiva parità e che non sia mai premiato il ricorso delle parti all'espedito, alla slealtà, alla furbizia o alla dilazione.

Ma in realtà se la trattazione iniziale della causa avviene nei modi che abbiamo descritto al paragrafo 3, se in essa vengono attuate con effettività le funzioni di chiarificazione di cui abbiamo parlato e se la trattazione riesce davvero a concentrarsi in una unità di tempo e in una sequenza consecutiva il problema delle eccezioni tardivamente rilevate o sollevate non dovrebbe neppure avere occasione di porsi.

7. Il risparmio flessibile delle forme processuali. La tutela sommaria. La flessibile modulazione della forma della sentenza

Continuando a esporre le linee guida della riforma che abbiamo elaborato, occorre un'ulteriore considerazione di carattere pragmatico. La lentezza dei processi è determinata certamente dalla regolazione di essi, dai fattori organizzativi ed ordinamentali, nonché da fattori che riguardano le prassi.

Ma appare innegabile che essa dipende in primo luogo dal rapporto tra il carico di lavoro dei processi (determinato a sua volta dal numero dei processi e dal carico di lavoro che ciascun processo comporta) e il numero dei giudici.

Il problema del carico di lavoro inteso come numero dei processi in rapporto al numero dei giudici è stato affrontato con l'istituzione del giudice di pace, che ora gestisce il 50% delle sopravvenienze civili. Ritenendo impossibile e non auspicabile ridurre il numero delle domande di giustizia restano da esplorare altre strade, anche qui con la consapevolezza che non esistono ricette miracolose che da sole valgano a risolvere il problema. Vi è la possibilità di operare un ulteriore trasferimento di contenzioso al giudice di pace, ma forse occorre al riguardo una maggiore cautela di quella che mostrano i vari progetti di legge in discussione. L'aumento di competenza per valore che qui proponiamo è quello più misurato, ma è forse anch'esso eccessivo alla luce delle considerazioni esposte a commento della nuova formulazione dell'articolo 7. Una strada da continuare ad esplorare è, in alcuni campi, quella del cd titolo esecutivo extragiudiziale di cui hanno parlato il Consiglio superiore della magistratura e Proto Pisani. Si può e si deve cercare di incidere severamente sull'abuso del processo e al riguardo il nostro progetto comprende una radicale riforma dell'istituto della responsabilità civile aggravata (vedi articolo

96) diretta a dare severa effettività a questo istituto che, allo stato, può a giusto titolo essere annoverato tra le prescrizioni canzonatorie.

Molti di noi ritengono – ed è probabilmente l'opinione di tutta l'avvocatura – che ad un risanamento reale della situazione non è possibile pervenire se non procedendo ad un sensibile aumento degli organici di magistratura, da attuare peraltro gradualmente e senza far ricorso ad alcuna forma di reclutamento straordinario, agevolato, riservato o simili.

Ma resta da affrontare il secondo aspetto del problema, quello relativo al carico di lavoro che ciascun processo comporta.

È anche a questo fine che servono le misure di riforma, quali quelle che abbiamo illustrato fin qui, dirette ad attuare un processo semplificato e flessibile, oltre che effettivamente governabile. È però essenziale, a questo fine: a) ridurre il numero dei processi che arrivano a sentenza; b) rendere flessibile la forma della sentenza al fine di adeguarla alle vere e concrete necessità di motivazione.

Rinviando, per quanto riguarda questo secondo punto alla riformulazione degli articoli 133, 281 *sexies* e 329 e alle relative note di commento, la riduzione del numero di processi che arriva a sentenza può e deve essere perseguita in primo luogo potenziando in vario modo la funzione conciliativa del giudice. A questo riguardo è opportuno rammentare che, quando il giudice è stato messo nelle condizioni normative e strutturali di poter svolgere in modo effettivo tale funzione, i risultati sono stati eccezionali, come dimostrano sotto questo profilo i dati delle controversie di lavoro post 1973, specie in alcuni uffici giudiziari. Il potenziamento della funzione conciliativa è perseguibile, oltre che con la riforma della fase di trattazione, anche facendo ricorso ad opportuni incentivi e disincentivi.

È un modello irraggiungibile – irraggiungibile, ma pur sempre un modello - quello inglese, in cui solo il 5 per cento dei processi iniziati arriva alla sentenza, perché il restante 95 per cento viene risolto nella prima fase, grazie anche a misure di carattere anticipatorio o a misure di dissuasione dall'abuso del processo. Ma si può fare qualcosa di più di quel che abbiamo ora a disposizione. Tra queste misure di dissuasione dal processo e di incentivazione alla conciliazione ricordiamo che nel processo inglese vi è il *payment into court*, che in qualche modo viene “imitato” nel secondo comma dell'art. 92 e nel secondo comma dell'art. 183 del progetto che qui suggeriamo¹⁶. Lo strumento delle spese, peraltro, è reso da noi meno efficace dal fatto, per altri aspetti ed entro certi limiti positivo, che da noi le spese del processo non sono alte e quindi non rappresentano un forte deterrente contro il ricorso al giudice non adeguatamente ponderato.

Ma resta il fatto che la giustizia è una risorsa scarsa e che occorre evitare che le sue risorse siano sprecate. Anche in quest'ottica si pone la necessità di una radicale riforma della tutela anticipatoria sommaria. Vi è – ci pare - un consenso sempre più ampio sulla necessità di generalizzare i provvedimenti interinali condannatori a cognizione sommaria e ad effetto anticipatorio, eliminando il carattere necessario del loro nesso di strumentalità rispetto alla decisione con sentenza e dando così ad essi la possibilità di divenire irrevocabili di per sé stessi, se (e solo se) nessuna delle parti sente l'interesse all'accertamento delle proprie ragioni con la cognizione piena ed esauriente.

In effetti appare difficile ipotizzare un risanamento della situazione della nostra giustizia civile nei termini che abbiamo detto all'inizio – e che ancora una volta ripetiamo: processi che di regola non durino più di un anno - se si riesce a creare anche da noi una situazione in cui il processo a cognizione piena ed esauriente sia un'ipotesi residuale, destinata a pochi casi, perché per tutti gli altri vi è la tutela

¹⁶ Sul *Payment into Court* cfr. I. H. Jacob, *The fabric of english civil justice*, 1987, 117. Ne parlano anche tutti i manuali correnti di procedura civile; tra quelli recenti v. Williams, *Civil procedure handbook*, 2004, 338 e ss. L'istituto è ora regolato dagli articoli 36 e 37 del CPR del 1998 e dalle relative "Practice directions".

sommatoria anticipatoria a porre fine concretamente alla controversia. Questa è davvero la prospettiva obbligata per una riforma che abbia la capacità di produrre i risultati radicali di cui abbiamo parlato all'inizio.

Rinviando all'ampio commento che abbiamo dedicato alla nuova versione dell'art. 656 *bis*, ricordiamo qui che occorre partire dal presupposto che sul piano costituzionale, ciascuna delle parti di una controversia ha il diritto a che le sue ragioni siano esaminate e decise in un procedimento a cognizione piena, perché la pienezza della cognizione è condizione necessaria per il pieno dispiegamento del diritto di azione e di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione. Ma la sussistenza del diritto, costituzionalmente garantito, di ciascuna parte ad un processo a cognizione piena non implica un divieto per esse di esercitare tale diritto prestando acquiescenza (anche in via definitiva) ad una decisione adottata in via provvisoria a seguito di un procedimento sommario o monitorio o comunque non caratterizzato da una cognizione piena ed esauriente. Questo significa che anche un provvedimento emesso a seguito di cognizione sommatoria può essere reso suscettibile di acquisire l'efficacia del giudicato oppure, più limitatamente, il carattere della irrevocabilità *pro judicato* nel caso in cui nessuna delle parti dia inizio al giudizio di merito ovvero lo stesso si estingua¹⁷.

In definitiva, la linea ispiratrice della nostra proposta è anche qui quella di una flessibilità che limiti la cognizione piena ed esauriente ai casi in cui quest'ultima appaia o venga ritenuta concretamente necessaria e *che affidi alle parti tale valutazione*.

Al legislatore (e probabilmente anche al giudice) resta il compito di influire (correttamente) su tale giudizio di convenienza e di orientarlo verso la razionalità e la ragionevolezza, anche in vista del principio di economia dei processi e del principio di ragionevole durata che deve regolare, oltre che il singolo processo, anche l'insieme del sistema processuale, sul piano normativo, organizzativo e operativo. La finalità ultima che abbiamo inteso perseguire è quella di rendere concretamente generale la tutela sommatoria e residuale – quasi eccezionale – quella a cognizione piena ed esauriente, riservandola cioè ai casi in cui una delle parti la ritenga necessaria o comunque per sé più utile e facendo in modo – sul piano normativo – che questi casi siano pochi.

Si è ritenuto, tuttavia, di non attribuire alla norma portata assolutamente generale e di escluderne l'applicabilità – salvo un migliore ripensamento – alle domande di condanna aventi ad oggetto *facere* e *non facere* e alle domande costitutive e di accertamento. È opportuno considerare che l'applicabilità della tutela sommatoria a queste tipologie di condanne presenta non pochi e non semplici problemi, mentre si tratta di domande che costituiscono una quota esigua del contenzioso. Comunque restano a disposizione di chi agisce per ottenere pronunzie di questo genere tutti gli attuali strumenti di tutela cautelare, anche per i quali peraltro – con riferimento a quelli anticipatori – viene prevista la possibilità di divenire irrevocabili ove il giudizio di merito non venga iniziato o si estingua, eliminato il carattere di necessaria strumentalità rispetto alla sentenza.

Escluso qualunque collegamento tra concedibilità della tutela sommatoria e particolari tipologie di prova, condizione necessaria e sufficiente per la concessione del provvedimento è la probabile esistenza del diritto e cioè il probabile fondamento fattuale della pretesa (non può invece essere approssimativo o “provvisorio” il giudizio sulla qualificazione giuridica – e cioè sull'idoneità dei fatti affermati, se veri, a produrre l'effetto giuridico fatto valere): il che significa verosimiglianza dei fatti costitutivi del diritto fatto valere e non verosimiglianza dei fatti posti a fondamento delle eccezioni.

¹⁷ Sull'argomento cfr. L.Barreca, *Tutela sommatoria ed effettività della giurisdizione*, *infra*, ***.

L'accertamento della fondatezza (in fatto) della domanda e dell'infondatezza della difesa è sommario in un duplice senso. In senso procedimentale perché si tratta di un accertamento basato su un'istruttoria deformalizzata e ridotta all'essenziale e quindi eventualmente parziale. In senso sostanziale (strettamente collegato al profilo processuale) perché si tratta di un accertamento nel quale il grado di probabilità e di verosimiglianza necessario per l'accoglimento dell'istanza di tutela sommaria è inferiore a quello necessario per l'accoglimento della domanda con sentenza. Né questo può essere considerato alla stregua di una eccessiva disinvoltura o di una messa in pericolo dell'ispirazione garantistica del nostro sistema processuale. Non vi è nulla di irragionevole nel prevedere che, durante il tempo necessario per l'accertamento del diritto in via di cognizione ordinaria, sia legittimato a godere del bene giuridico controverso colui che ha più probabilità di aver ragione piuttosto che colui che può solo avvantaggiarsi della forza derivante dallo stato di fatto. Questa impostazione appare anzi essere una delle linee ispiratrici essenziali del nostro sistema processuale.

La nostra scelta è stata quella di conferire al provvedimento, nel caso che il giudizio di merito non venga iniziato o non venga proseguito, la stessa efficacia del decreto ingiuntivo non opposto. È una scelta difforme da quella della "permanente provvisorietà" propria del *référé provision* francese, che mantiene la sua efficacia esecutiva ma può in qualunque momento – anche a distanza di tempo – essere contestato con un giudizio di merito). Il *référé*, mentre non può mai (e cioè senza limiti di tempo) pregiudicare o vincolare il merito, impedisce che la questione sia nuovamente esaminata in sede di *référé*, salvo che in ragione del sopravvenire di nuove circostanze di fatto. Adottando tale soluzione sarebbe quindi sempre ammissibile, nei limiti della prescrizione, l'azione di ripetizione e quella di accertamento negativo, anche se con il limite che tali azioni potrebbero essere esercitate esclusivamente nelle vie ordinarie. Riteniamo che – pur senza farne una crociata – non vi sia alcuna ragione per adottare una simile soluzione, che nell'ordinamento francese forse trova spiegazione nelle origini storiche dell'istituto, ma che appare estranea alla nostra tradizione. Oltre a non avere evidenti ragioni giustificatrici, ci sembra che la soluzione della permanente provvisorietà darebbe luogo a complicazioni, relativamente, ad esempio, al regime dell'azione di ripetizione con particolare riferimento all'onere della prova o alla disciplina degli interessi (troverebbe applicazione l'art. 2033 cc?). Le proposte di legge che si sono ispirate a questo modello tacciono su questi punti che invece sarebbe assolutamente necessario disciplinare in modo espresso. Ma questo è solo uno dei tanti esempi, e non il più sconcertante, del carattere approssimativo dello *tsunami* di cui ha parlato G. Costantino¹⁸.

8. Una conclusione provvisoria, con un ricordo di Virgilio Andrioli

Siamo pienamente consapevoli che presentare un progetto di riforma di un codice elaborato da un gruppo di magistrati e per di più un progetto che è diretto anche a rendere più attivo il ruolo del giudice è, oggi, una bella manifestazione di ingenuità. È stato giustamente osservato che l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al giudice dipende dalla fiducia che si ha in chi svolge tale ufficio. Nel nostro paese la fiducia nei giudici esiste tra i cittadini – anche se in misura minore che in passato, grazie alla accanita campagna politica di delegittimazione della magistratura che vi è stata in questi anni, che non ha paragoni nella storia di alcun'altra democrazia occidentale e che ha fatto guardare con sconcerto all'Italia da parte degli osservatori stranieri – ma ne esiste poca altrove, negli ambienti che decidono le

¹⁸ G. Costantino, *Considerazioni impolitiche sulla giustizia civile*, cit.

leggi o ne condizionano la fattura. Noi non crediamo che i giudici italiani siano peggiori di quelli francesi, tedeschi o spagnoli, ma non intendiamo replicare alle denigrazioni. Quel che vogliamo rilevare è che senza fiducia nei giudici non si può neppure pensare razionalmente al processo.

Per questo abbiamo deciso di non farci condizionare dalle mode e di fare una *choice for candor*, per usare le parole del giudice Cardozo.

Speriamo che il nostro progetto venga esaminato con serietà ed attenzione e che possa essere compreso e tenuto in considerazione soprattutto dagli avvocati civili. Per quanto li riguarda questo progetto vuole essere un terreno ed uno strumento di dialogo, che parta dalla convinzione che abbiamo valori e sentimenti comuni.

Oggi vi sono stati i funerali di Virgilio Andrioli. Nel 1974 egli tenne una lezione ad un incontro di studi organizzato a Grottaferrata dal Consiglio superiore della magistratura sul nuovo processo del lavoro che allora era appena entrato in vigore. La sua lezione, a braccio, durò tutto il pomeriggio o comunque oltre tre ore ed ebbe anche momenti di trascinate emozione. Con lucidità e passione – ed anche con severità e rigore - ci fece “sentire” che cosa è il processo, che cosa è il giudice e che cosa è l’avvocato. Alla fine vi fu un applauso di almeno 10 minuti. Non sappiamo se Virgilio Andrioli avrebbe approvato il nostro progetto. Di certo ne avrebbe stigmatizzato gli errori tecnici che sicuramente vi sono. Ma in esso abbiamo cercato di mettere “lo spirito” del suo insegnamento.