

LA GIUSTIZIA CIVILE E I SUOI PARADOSSI¹

CIVIL JUSTICE AND ITS PARADOX

Sergio Chiarloni

Professor dell'Università degli Studi di Torino, Italia.

Email: sergio.chiarloni@unito.it

Artigo recebido em 05/09/2014 e aprovado em 28/11/2014.

1.-L'accesso alla giustizia: un problema irrisolto 2.-La decadenza della giustizia civile a cognizione piena. 3.-L'evoluzione delle discipline processuali. 4.-Il paradosso della giustizia civile: la progressiva involuzione del servizio in corrispondenza alla modernizzazione delle discipline processuali. 4.1-La forte diminuzione del contenzioso di primo grado. 4.2.-Il forte aumento dei ricorsi in cassazione. 4.3.-Il fortissimo aumento delle durate. 4.4.-La scarsa produzione di sentenze sul merito della lite. 4.5.-L'inefficienza della tutela esecutiva. 5.-Una prima spiegazione "esterna" e in negativo del paradosso della giustizia civile. 6.-Le singole spiegazioni "interne". 6.1.-Aumento delle durate e costanza nel tempo del differenziale tra procedimenti sopravvenuti e procedimenti esauriti. 6.2.-La diminuzione del contenzioso, con particolare riguardo alla fuga dalla giurisdizione determinata dal diffondersi di forme di "autotutela esecutiva". 6.3-La scarsa produzione di sentenze di merito come effetto indotto della propensione a transigere. 6.4-La funzione di misura coercitiva per l'adempimento spontaneo dilazionato assegnabile all'esecuzione forzata e la sua inefficienza come effetto della difficoltà di individuare i beni mobili da sottoporre a pignoramento nonché degli impacci burocratico-amministrativi che attanagliano l'esecuzione immobiliare. 7.-Irrazionalità complessiva nell'amministrazione della giustizia civile? 8.-Il procedimento per decreto ingiuntivo ovvero la tutela immediata dei crediti pecuniari di massa. 9.- Il procedimento per

¹Da annali della Storia d'Italia EINAUDI 14, Torino, 1998.

convalida di sfratto, ovvero la tutela rapida dei diritti dei proprietari immobiliari. 10.- I provvedimenti d'urgenza, ovvero una norma di chiusura per l'anticipazione della tutela giurisdizionale. 11.-L'arbitrato come forma di giustizia privata per i beati possidentes. 12.-Nodi di funzionalità anche nella attuale situazione del processo ordinario? 12.1.- Processo ordinario e tipologia dei convenuti portati a resistere anche nei clear cases: il contenzioso di responsabilità civile contro le compagnie di assicurazione. 12.2.-Dramatis personae sulla scena del processo ordinario: a) i difensori. 12.3.-Dramatis personae sulla scena del processo ordinario b): i giudici. 13.-Prospettive di cambiamento. 13.1.-Gli interventi sulle strutture processuali. 13.2-Gli interventi nel mondo degli operatori. 13.2.1-La preliminare necessità di porre rimedio all'attuale frattura tra ordine giudiziario e professione forense. 13.2.1.1-L'opportunità di una formazione comune per avvocati e magistrati. 13.2.1.2 L'opportunità di istituire un canale di passaggio tra avvocatura e magistratura. 13.2.2-La necessità di una rivoluzione culturale nel mondo degli avvocati e di una radicale riforma delle norme processuali che prevedono l'obbligo della difesa tecnica. 13.2.3.-Una pluralità di interventi sull'ordinamento giudiziario. 13.2.3.1-L'abolizione degli automatismi di carriera e l'introduzione di indici e incentivi sulla produttività del lavoro. 13.2.3.2-La ristrutturazione delle circoscrizioni e l'introduzione del giudice unico in primo grado. 13.2.3.3-La creazione di giurisdizioni speciali per una serie di materie civili. 13.2.3.4-L'introduzione di filtri per l'accesso alla corte di cassazione. 14.-La diffusione di mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie.

1-. L'accesso alla giustizia: un problema irrisolto.

L'Italia è un Paese dove sono particolarmente acute le contraddizioni tra il diritto scritto nei libri, a cominciare dalla Carta fondamentale, e il diritto che vive nella società civile, nonché nei rapporti tra i cittadini e le diverse articolazioni del potere. L'art. 24 della

Costituzione stabilisce nei suoi primi tre commi che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione".

Alle declamazioni di principio fa riscontro una situazione molto differente nella realtà. Tanto per cominciare, non esistono strumenti indirizzati a facilitare l'accesso alla tutela giurisdizionale, quando sia difficoltoso per ragioni sociali o economiche. I progetti pilota per l'informazione giuridica recentemente attivati in materia di protezione del consumatore su finanziamenti della Commissione europea non cambiano il quadro. È prematuro valutare i risultati, ma sembra comunque chiaro che si tratta di aspetti assolutamente secondari dal punto di vista dell'interesse generale, anche se molto alla moda nella letteratura e per organizzare convegni.

Per ora, non esiste in Italia nulla di simile a quanto realizzato in altri Paesi della Comunità europea. Si pensi all'assistenza nell'informazione giuridica introdotta in Francia con la legge 10 luglio 1991, che si concretizza non solo nel fornire informazioni su diritti e obblighi, ma anche nel consigliare i mezzi per far valere le proprie ragioni e nell'assistenza per la stesura di determinati atti processuali. E si pensi altresì agli interventi del Lord Chancellor's Department in Inghilterra tramite la predisposizione di appositi formulari ed opuscoli informativi redatti nel più semplice linguaggio giuridico, così da consentire ai cittadini la rappresentanza personale, soprattutto nei cosiddetti small claims.

Quanto si fa nel nostro Paese, nell'inerzia del Parlamento e del potere esecutivo, nasce dall'impegno di alcuni circoli di qualità che si vanno creando all'interno della magistratura. Ad esempio, presso il Tribunale di Torino è stata recentemente attivata una struttura per l'informazione e l'assistenza giuridica ai coniugi che intendono consensualmente separarsi o divorziare. Viene così reso effettivo il diritto alla autodifesa per questo tipo di cause. A differenza di quanto accade altrove, a Torino circa il 25 per cento delle separazioni consensuali sono omologate senza l'intermediazione dei legali (sovente quasi inutile, oltre che molto costosa).

In generale, la situazione è assai carente. A parere di chi scrive, la cosa dipende dalla consapevolezza dei ceti dominanti che "sapere è potere". Non si vuole, divulgando il sapere, diffondere il "potere" di comporre autonomamente in via amichevole le controversie e di accedere in modo facile ed economico alla tutela giurisdizionale, anche

per il timore di scalfire i privilegi corporativi degli avvocati, che - come avremo occasione di vedere - costituiscono una lobby molto potente.

La mancanza di istituti efficienti di informazione giuridica comporta, tra le altre, la conseguenza che l'accesso alla giustizia passa attraverso il filtro di un legale anche nella quasi totalità dei casi in cui è in astratto consentita, nel processo civile, la difesa personale, e cioè nella litigiosità bagatellare di primo grado (giudizi davanti ai giudici conciliatori, e con l'autorizzazione del giudice, davanti ai giudici di pace), oltre che nei già ricordati giudizi di separazione e divorzio davanti ai tribunali ⁽²⁾.

In questa situazione ci si dovrebbe per lo meno aspettare che, in attuazione del terzo comma dell'art. 24 della Costituzione sopra ricordato, l'accesso alla giustizia sia garantito ai cittadini italiani, indipendentemente dalle loro condizioni economico sociali, grazie all'intervento dello Stato.

Le cose non stanno così. Il primo governo unitario, adducendo la necessità di ridurre la spesa pubblica, sopprese nel secolo scorso l'avvocatura dei poveri, antica istituzione dello Stato piemontese man mano estesa alle province unificate, cui erano addetti funzionari parificati al pubblico ministero per il reclutamento e la carriera ⁽³⁾. Da allora e fino al 1973 abbiamo avuto in Italia soltanto il "dovere onorifico" di tutti gli avvocati e i procuratori legali di rappresentare le persone giudicate in possesso dei necessari requisiti da apposite commissioni (il cosiddetto gratuito patrocinio). È facile immaginare quanto possa essere effettivo un sistema del genere. Sta di fatto che, nell'ultimo anno in cui furono pubblicate statistiche, solo lo 0,16 per cento dei procedimenti civili fu ammesso al beneficio (1181 di fronte a 705.952) ⁽⁴⁾. Va anche aggiunto che la qualità della difesa del povero è generalmente modesta, poiché il difensore

(2) Al riguardo va sottolineato che la riforma del processo civile, contenuta nella legge 353 del 1990, più volte rinviata con successivi decreti del governo, ed entrata in vigore con numerose modifiche nel dicembre 1995 è ancora più restrittiva in ordine alla difesa personale di quanto non lo sia la disciplina previgente. Difatti, la difesa personale è consentita davanti al giudice di pace, il nuovo giudice onorario destinato a sostituire il conciliatore (senza limiti sino al valore della causa di un milione di lire, con l'autorizzazione del giudice oltre questo valore) ma non più davanti al pretore, con la conseguenza, tanto per fare un esempio che le cause di lavoro, che rientrano nella competenza per materia di questo giudice e costituiscono una quota importante delle controversie civili dovranno svolgersi in futuro de jure "col ministero di un procuratore legalmente esercente" (nuovo testo dell'art. 82, comma 3° c.p.c.).

(3) Notizie sull'avvocato dei poveri in VITTORIO DENTII, voce Assistenza giudiziaria ai non abbienti, in Enciclopedia giuridica Treccani, III, Roma 1988, p. 1.

(4) Il dato è ricavato da GIORGIO COLLA, Il patrocinio dei non abbienti innanzi al giudice civile secondo la nuova legge, in Documenti giustizia, 1990, n. 7, c. 64

deve lavorare per niente - il che spiega, almeno in parte, il numero irrisorio di richieste per l'ammissione al gratuito patrocinio.

Nel 1973, in occasione della riforma del processo del lavoro, fu introdotto il patrocinio a spese dello Stato per la parte povera. Ma il mancato adeguamento alla svalutazione monetaria ha reso questo tipo di assistenza giudiziaria praticamente inapplicato (il reddito del richiedente deve essere inferiore ai due milioni di lire all'anno).

Una nuova legge in materia di patrocinio a spese dello stato è stata introdotta nel 1990. È sostanzialmente confinata ai processi penali, ed in ogni caso il finanziamento del relativo capitolo di bilancio è molto esiguo, poche decine di miliardi di lire, neanche lontanamente paragonabile al miliardo di sterline stanziato per il legal aid in Inghilterra. L'ammissione per le controversie civili è limitata al caso in cui si agisca per il risarcimento dei danni derivanti da un reato. Il reddito che stabilisce la soglia della povertà per questa nuova legge è di 10 milioni all'anno.

La conseguenza da mettere in rilievo è che, come sempre succede in Italia quando una soglia di reddito è presa in considerazione per l'accesso a istituti del Welfare State, i lavoratori dipendenti sono di fatto discriminati rispetto ai lavoratori autonomi (liberi professionisti, commercianti, piccoli imprenditori, ecc.). Ciò perché il reddito è ovviamente quello dichiarato ai fini fiscali e tra i lavoratori autonomi esiste una percentuale molto più elevata di evasione che tra i lavoratori dipendenti, i quali pagano le tasse sul reddito con ritenute sulla busta paga.

2.- La decadenza della giustizia civile a cognizione piena.

Passando ora ad esaminare come viene concretamente amministrata la giustizia civile nel nostro Paese, conviene partire da una premessa molto banale, ma nello stesso tempo non discutibile: a prescindere da alcune notevoli peculiarità, l'amministrazione della giustizia civile si presenta, nella società contemporanea, come un servizio che lo Stato rende ai cittadini. Non è più, o almeno non dovrebbe essere più, un'occasione per l'estrazione di rendite parassitarie a favore di alcuni ceti privilegiati.

Lo Stato si occupa di risolvere con un atto di autorità le liti che insorgono tra i privati, così come si occupa di mantenere l'ordine pubblico, prevenire e curare le malattie,

migliorare le comunicazioni, assicurare l'istruzione, difendere le frontiere, promuovere il progresso tecnico ed economico e così via elencando, sul filo delle molteplici funzioni che è andato assegnandosi, nel configurarsi come Stato di diritto sociale.

Nello stesso tempo, però, l'amministrazione della giustizia civile si distingue e anzi si contrappone agli altri servizi statuali per la seguente ragione. La sua qualità, quando si prenda in esame il processo ordinario, è andata peggiorando negli oltre cent'anni che ci separano dall'unità sotto qualsiasi aspetto si voglia considerare. Le statistiche giudiziarie dicono che è fortemente diminuita la quantità totale dei processi iniziati; che è fortemente aumentato il numero degli abbandoni rispetto ai processi iniziati; che sono fortemente lievitati i costi processuali; che si sono fortissimamente prolungate le durate, inverando l'antica preoccupazione di J. Bentham, quando scriveva "justice delayed is justice denied", formula destinata a diventare uno stereotipo nelle analisi dei giuristi anglosassoni che mettono in guardia contro l'incremento dei tempi del processo verificatosi anche oltremarina, anche se non nel modo drammatico proprio del nostro Paese.

In verità, il processo civile ordinario davanti ai giudici togati non serve a rendere giustizia ai cittadini che la chiedono. Il servizio non viene più reso. È stato sostituito da una complicata celebrazione di riti assurdi e sovente indecorosi indirizzata a "allontanare nel tempo la realizzazione dei diritti, consentendo una sorta di radicamento dell'ingiustizia". Non cito qui lo slogan propagandistico di una setta anarchica. Ricordo una constatazione amara, scaturita da una prestigiosa tribuna istituzionale, trattandosi di un passo della relazione alla Commissione giustizia del Senato, con la quale è stato illustrato nella IX legislatura il disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile ⁽⁵⁾.

La parte che ha torto può speculare sulle siderali durate del processo e quella che ha ragione può al massimo sperare di ottenere una soddisfazione poco più che platonica approfittando di una nuova professionalità che va emergendo nel nostro Paese. Si rivolgerà ad un avvocato specializzato in ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo affinché domandi la condanna del governo per non essere in grado di garantire una durata ragionevole dei processi, secondo quanto prescrive l'art. 6 della Convenzione. Offrirà così il suo contributo al raggiungimento di un risultato paradossale, cui cospirano le centinaia di

⁽⁵⁾ La si può trovare pubblicata in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1986, p. 318 ss.

analoghi ricorsi inoltrati dai suoi concittadini: la congestione della Corte europea, che non sarà più in grado di smaltire in tempi ragionevoli i propri processi ⁽⁶⁾.

Quanto ai processi su diritti che si svolgono davanti ai giudici speciali amministrativi sarà meglio stendere un velo pietoso. Basterà ricordare, a titolo di esempio, che davanti alla Corte dei conti pendono molte decine di migliaia di processi per la liquidazione di pensioni di guerra. Dovrebbe essere motivo di scandalo e di vergogna per i funzionari che hanno la responsabilità di queste pratiche il pensiero che l'ultima guerra è finita da oltre cinquant'anni.

Come accade in altri settori, l'Italia è un caso estremo di una situazione di disagio diffusa in tutti i Paesi avanzati ⁽⁷⁾. Sennonché, mentre negli altri Paesi la giustizia civile rischia di rimanere schiacciata sotto il peso di una litigiosità in costante progressione, in un periodo storico in cui la crisi fiscale dello Stato ostacola l'adeguamento delle risorse in uomini e strutture (si parla in proposito di *litigation explosion*), nel nostro, pur dovendosi constatare un sensibile aumento dei processi iniziati davanti ai giudici togati nell'ultimo decennio ⁽⁸⁾, le cause sono diverse e vanno cercate in altre direzioni.

Tentare di individuarle significa, in obbedienza al canone che il presente si comprende come storia, rivolgersi innanzitutto al passato.

3.-L'evoluzione delle discipline processuali.

Se guardiamo alla storia esclusivamente come storia delle istituzioni, secondo un'abitudine inveterata nel mondo dei giuristi, e limitiamo per ora la nostra analisi, come comunemente si fa, alle norme che regolano il processo ordinario di cognizione, non potremmo fare a meno di constatare la conquista progressiva (anche se faticosa, contraddittoria e molto ritardata rispetto ai modelli) di una disciplina processuale moderna,

⁽⁶⁾ Riferimenti in Bruno CAPPONI, *"Giudice di pace" e "arbitrato" nella riforma del processo civile*, in *Giustizia civile*, 1989, II, p. 360, con l'informazione che "attualmente, nella sola materia civile pendono a Strasburgo circa centocinquanta ricorsi, e molti sono in attesa della dichiarazione di ricevibilità". V., anche, dello stesso autore, la tabella comparativa in *Giustizia civile: nuovi modelli verso l'Europa?*, in *Foro italiano*, 1993, V, p. 8 e s. dell'estratto.

⁽⁷⁾ Cfr. GEOFFREY C. HAZARD, *Per un approccio manageriale al problema dei ritardi nell'amministrazione della giustizia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 961 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. STEFANIA PELLEGRINI, *Il contenzioso civile per grandi numeri nella società contemporanea*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 311 ss.

alla luce di una serie di principi elaborati nella cultura giuridica germanica fin dalla seconda metà dell'800.

Punto di partenza di questa evoluzione è il codice di procedura civile del 1865. Un codice, per così dire, "veteroliberales". Copia migliorata del codice napoleonico, per il tramite del codice sardo piemontese del 1859, risulta chiaramente ispirato all'ideologia dello Stato minimo. Nello stesso tempo porta visibilmente impressa la cifra genetica di un'epoca anteriore in cui il processo aveva lo scopo secondario di rendere giustizia e quello principale di estrarre rendite parassitarie a favore dei titolari di cariche giudiziarie venali ed ereditarie.

Si tratta di un codice che lascia il processo al totale dominio delle parti, o meglio dei loro avvocati, liberi di competere nell'arena determinando l'andamento del giuoco, da condurre essenzialmente con lo scambio di scritture di fronte ad un giudice inerte, la cui passività veniva esaltata come garanzia di imparzialità del giudizio.

Ma nello stesso tempo si tratta di un codice estremamente formalistico, appesantito da terribili complicazioni. La fonte originaria di ispirazione era poco più di una consolidazione delle ordonnances dello stato assoluto, perché al legislatore rivoluzionario interessava soprattutto abbattere i privilegi feudali, cosa ottenuta nel mondo della giurisdizione con la sostituzione della noblesse de robe prima con giudici elettivi a base censitaria e poi, a rivoluzione consolidata, con impiegati civili dello stato retribuiti a carico della fiscalità generale.

Basti pensare al "rito degli incidenti" per la risoluzione delle questioni che mano a mano si presentavano, da decidere con sentenze interlocutorie autonomamente impugnabili, cosicché il processo era suscettibile di frammentarsi, pendendo contemporaneamente in primo grado e nei diversi gradi di impugnazione. Complicazione questa rimasta, malgrado la riforma che nel 1901 generalizzava il procedimento sommario, un'alternativa semplificata al procedimento formale, prevista in via di eccezione dal codice, ma decisamente preferita nella prassi ⁽⁹⁾.

La cultura accademica doveva fatalmente prendere di mira una disciplina così strutturata, indipendentemente dalla sua concreta capacità di funzionamento. Ciò soprattutto in conseguenza del fatto che questa cultura, per sua natura cosmopolita e quindi

⁽⁹⁾ Cfr., per approfondimenti su queste vicende, MICHELE TARUFFO, La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi, Bologna, 1980, p. 150 ss.

molto aperta all'influenza straniera, aveva cominciato, verso la fine del secolo scorso, ad aggiornare i suoi modelli.

Anche per una serie di fattori di ordine più generale, economici e di politica estera, gli intellettuali italiani si volgevano verso la Germania. Tra i giuristi, molti studiosi del diritto romano e del diritto civile prima, ma in seconda battuta anche di procedura, guardavano con entusiasmo al rinascimento giuridico tedesco, che si manifestava nelle grandi opere sistematiche della pandettistica.

Un singolo personaggio, di notevole carisma e statura intellettuale divenne l'alfiere del movimento imitativo per quanto riguarda il diritto processuale civile: Giuseppe Chiovenda. In una serie di saggi e in un monumentale volume intitolato ai Principi, questo studioso, quasi unanimemente considerato il padre fondatore della moderna scienza processualciviltistica nel nostro Paese, elaborò un sistema che, a prescindere da aspetti di originalità ricostruttiva su alcuni concetti base, si rifaceva a parole d'ordine da decenni accreditate tra i processualisti di lingua tedesca e cui venivano mano a mano ispirandosi gli interventi legislativi, in modo particolare il codice austriaco del 1905.

Prima tra queste e riassuntiva rispetto alle altre, quasi un motto iscritto sulla bandiera delle riforme: l'oralità processuale.

L'oralità conteneva in sé molte implicazioni e corollari di portata particolarmente innovativa: il privilegiamento dell'udienza e della trattazione parlata della causa, a detrimento della trattazione scritta; l'attribuzione al giudice di forti poteri nella direzione del procedimento e nella ricerca della verità; la disciplina della attività assertive e di allegazione delle parti in fasi organizzate; la semplificazione delle forme; l'identità fisica del giudice che raccoglie le prove con quello che decide la causa; la razionalizzazione dei controlli, da concentrare esclusivamente sulla decisione finale.

Come si vede, per un caso della storia, attorno al principio di oralità processuale si andavano coagulando gli elementi di un processo civile fortemente "pubblicizzato", in aderenza ad un movimento delle istituzioni riassuntivamente indicabile come il passaggio dallo Stato di diritto liberale allo Stato di diritto sociale.

Indipendentemente dalla scarsa fortuna, dovuta a ragioni contingenti, delle attività più direttamente indirizzate negli anni Venti alla promulgazione di un nuovo codice, l'opera di Giuseppe Chiovenda doveva influenzare durevolmente la cultura civilprocessualistica e segnare in modo significativo il nuovo codice di procedura civile

promulgato nel 1940 ed entrato in vigore, dopo un lungo periodo di vacatio, in un momento che meno favorevole sarebbe difficile immaginare.

Il riferimento cronologico è importante, perché forse qui sta, almeno in parte, la spiegazione del peculiare paradosso della giustizia civile italiana, forse già intuito dal lettore, cui promettiamo che meglio si profilerà più avanti.

Introdurre in pieno conflitto bellico una riforma così incisiva da richiedere il ribaltamento di prassi consolidate nella vita del foro, significava votarla al fallimento. Tanto più che questo rovesciamento era violentemente avversato, per ragioni diverse, da ambedue le categorie in quella vita impegnate, giudici e avvocati.

Ecco allora che nell'immediato dopoguerra si organizza un forte movimento di contestazione, che giunge, nelle sue punte più estreme, a chiedere l'immediata abolizione del nuovo codice, bollato come autoritario e fascista, e il ritorno a quello previgente.

L'accusa è chiaramente strumentale e viene respinta da una dottrina pressoché unanime ⁽¹⁰⁾. A parte la disciplina delle controversie collettive di lavoro, subito caduta con la scomparsa dell'ordinamento corporativo, non si può in nessun modo asserire che il codice di rito del '42 è un codice fascista, se non dal punto di vista della imputazione soggettiva ad un legislatore fascista o del tono ostentatamente fascista della Relazione al Re.

Al regime come tale non interessava intervenire sulla disciplina delle controversie tra privati, per il semplice motivo che, a differenza di quanto avveniva per i regimi del socialismo reale, il fascismo non interveniva sui rapporti di mercato, lasciati inalterati nei loro caratteri fondamentali.

Ad ogni modo, abbastanza presto, nel 1950, il legislatore soddisfa almeno parzialmente le istanze del foro con una Novella, molto interessante perché costituisce un'ipotesi emblematica della possibilità di pregiudicare la portata innovativa di una struttura normativa articolata e complessa, intervenendo in pochi suoi snodi.

L'oralità del procedimento, enfaticamente affermata come imprescindibile viene ora, pur mantenendosi alquanto ipocritamente l'enunciazione del principio, di fatto

⁽¹⁰⁾ Quest'accusa viene di recente fatta rivivere da una dottrina che si potrebbe definire "revisionista" Cfr., GIROLAMO MONTELEONE, Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l'eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda, in Giurisprudenza italiana, 1997, IV, 89 ss. ed in particolare, con una serie di saggi ora riuniti in volume, spesso molto stimolanti, ma dei quali non si saprebbe condividere l'impostazione di fondo, FRANCO CIPRIANI, Ideologie e modelli del processo civile, Napoli, 1997.

estromessa attraverso la previsione come eccezione di una trattazione scritta che diventerà (o per meglio dire rimarrà) la regola vera. Il disegno d'ordine intessuto dalle preclusioni viene sconvolto, consentendosi alle parti di proporre liberamente nuove eccezioni e nuove prove fin sulla soglia della fase decisoria. La semplificazione ottenuta con l'abolizione del rito degli incidenti risulta insidiata dalla reclamabilità delle ordinanze istruttorie. La concentrazione del procedimento viene rinnegata con l'impugnabilità immediata delle sentenze non definitive, che reintroduce la possibilità di una frammentazione nei diversi gradi, sia pure per ambiti meno vasti che nel rito previgente.

C'è da dire però che la Novella, fermamente richiesta dagli avvocati, non viene invece affatto apprezzata dalla cultura accademica, sempre molto sensibile alla lezione di Chiovenda. Ben presto se ne parla come di una "controriforma" e si invoca il suo superamento, anche oltre i compromessi cui si era originariamente inchinato il codice del 1942.

Il contesto culturale appare dunque favorevole ad un importante intervento di settore, che si iscrive nel grandioso quadro della legislazione di sostegno ai lavoratori introdotta a seguito delle forti lotte operaie dei primi anni settanta.

La rinnovata disciplina del processo del lavoro, resa necessaria anche dal pessimo funzionamento della macchina processuale, rinverdisce i fasti della proposta chiovendiana, ispirandosi ai canoni oramai tradizionali dell'oralità, della semplificazione, dell'ordine rigido delle attività di parte, della concentrazione e dell'immediatezza ⁽¹¹⁾.

Questa riforma rappresenta anche un forte stimolo per avviare un discorso di interventi più generali, sia sul processo che sull'ordinamento giudiziario. Si comincia a pensare ad un nuovo codice di procedura civile, ad una razionalizzazione delle circoscrizioni e ad una ristrutturazione della giustizia onoraria. Oltre vent'anni sono necessari per portare parzialmente ad effetto il disegno. Il giudice di pace destinato a sostituire il vecchio conciliatore diventa operativo a partire dal 1993 dopo rilevanti modifiche rispetto all'impianto della legge originaria del 1990 poco gradita agli ambienti

⁽¹¹⁾ E' interessante rilevare che l'eccesso di furore analitico cui si sono lasciati andare in materia di giustizia i semicostituenti della Commissione Bicamerale per la riforma della seconda parte della Costituzione li ha portati addirittura a proporre la costituzionalizzazione dei tre canoni chiovendiani per qualsiasi tipo di processo. E così troviamo scritto all'art. 130 della cosiddetta bozza Boato, nel testo definitivamente approvato nella seduta del 4 novembre 1997, tra molte altre disposizioni ugualmente inopportune in una Carta fondamentale, che "la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza".

del foro; le preture circondariali sono introdotte già nel 1989 consentendo la soppressione con provvedimento amministrativo delle vecchie preture mandamentali con carichi di lavoro irrisori; nel 1997 viene approvata, per l'istituzione del giudice unico in primo grado, la delega al governo, che provvede rapidamente ad emanare e a trasmettere alle Camere per il prescritto parere i relativi decreti legislativi. Vengono altresì introdotti mille giudici onorari aggregati per lo smaltimento dell'arretrato, da reclutare tra avvocati disposti a cancellarsi dall'albo e magistrati a riposo, allo scopo di liberare i giudici di carriera dal peso dei fascicoli accumulati sui ruoli. Inoltre, per quanto riguarda le riforme processuali, dopo la decadenza di un disegno di legge delega per il codice nuovo, un iter estremamente tormentato si conclude nel 1995 con la conversione in legge delle ultime modifiche ad un'importante Novella del codice vecchio, promulgata nel 1990, ma sottoposta in seguito per alcune sue parti, soprattutto nella disciplina delle preclusioni, a reiterate proroghe e rilevanti cambiamenti, voluti dagli avvocati con una durezza e ostinazione che ha portato addirittura a proclamare un lungo sciopero per ottenerli.

4.-Il paradosso della giustizia civile italiana: la progressiva involuzione del servizio in corrispondenza alla modernizzazione delle discipline processuali.

Se ora spostiamo il nostro obiettivo dal quadro delle riforme processuali, certamente positivo nel suo complesso, anche se intessuto di molte ombre oltre che di luci, a quello empirico dell'amministrazione della giustizia dall'Unità ad oggi non riusciremo a sottrarci ad una sensazione di forte sorpresa.

L'esame delle statistiche giudiziarie ci mette di fronte ad un paradosso, a prima vista difficile da capire.

Cerchiamo di articolare meglio quanto già accennato all'inizio del nostro discorso.

4.1- La forte diminuzione del contenzioso.

Nel 1894, i cittadini italiani iniziano quasi due milioni e mezzo di procedimenti civili, nel 1994 poco più di un milione e trecentomila ⁽¹²⁾. La tendenza alla diminuzione della litigiosità complessiva è davvero enorme sia in cifre assolute (circa due volte) sia e soprattutto in percentuale (circa quattro volte), dovendosi tener conto che la popolazione, nel frattempo, è quasi raddoppiata. Il risultato sarebbe stato ancora più impressionante se avessimo preso a confronto le cifre di un ventennio addietro, poiché da allora si è registrato un costante e notevole incremento dei processi sopravvenuti, che ha portato a più che raddoppiarli.

Svelare l'arcano è facile, andando ad esaminare i dati disaggregati. Non per questo, tuttavia, il risultato è meno scoraggiante. Si tratta della lenta scomparsa della litigiosità di scarso valore economico, affidata dal legislatore unitario al conciliatore, un giudice onorario ripreso da una positiva esperienza del Regno delle due Sicilie, espressione di notabilato della borghesia censitaria. Un giudice che a cavallo del secolo, nel periodo del suo massimo splendore, filtrava oltre l'80 per cento delle controversie civili.

La progressiva decadenza del conciliatore è dovuta non solo al mancato riallineamento della sua competenza per valore capace di compensare gli effetti della svalutazione monetaria nel corso degli anni, che ne schiaccia verso il basso la capacità di intervento, finendo con il limitarla al contenzioso davvero bagatellare. Giocano anche una serie di fattori sociali ed istituzionali di vario ordine, dal processo di inurbamento che rende più difficile, per grandi masse di persone, il rapporto con un magistrato davanti al quale è consentita e praticata la rappresentanza e la difesa personale delle parti, alla generale decadenza delle manifestazioni di notabilato, al progressivo arricchimento del paese che rende più propensi i cittadini a rinunciare alla tutela dei propri diritti quando i valori economici in giuoco sono esigui e i costi e le complicazioni da affrontare tendono ad aumentare.

Il fatto è che nel secondo dopoguerra il giudice conciliatore si vede confinato in un ruolo marginale, al punto che solo poco più del cinque per cento delle controversie gli vengono affidate.

È quasi superfluo osservare che la sostanziale scomparsa della litigiosità minore pone il gravissimo problema di "riflazionare" la domanda di giustizia, apparendo non

⁽¹²⁾ Ricavo questi e i dati che seguono, fino al 1974 da CARLO CECCHI, Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia, Bari, 1975; quelli più recenti dagli Annuari dell'ISTAT.

degno di un Paese civile, e fonte di atteggiamenti molto pericolosi di sfiducia verso le istituzioni, la necessità per i cittadini di rinunciare ad avere tutela quando la lite sia "piccola" ⁽¹³⁾.

4.2.-Il forte aumento dei ricorsi in cassazione.

Abbiamo visto che il tasso di litigiosità complessivo in primo grado dei cittadini italiani diminuisce di molto a partire dall'Unità ad oggi, malgrado la notevole tendenza al recupero riscontrata negli ultimi vent'anni presso i giudici togati. Il fenomeno opposto si manifesta, invece, per quanto riguarda il giudizio di cassazione.

Rispetto ai poco più che tremila ricorsi che ancora si proponevano negli anni sessanta, si è oramai arrivati a quasi ventimila.

A parte l'ovvia conseguenza che il sovraccarico di lavoro della Corte comporta un allungamento dei tempi della decisione (oramai i giudizi di cassazione durano oltre tre anni), dobbiamo registrarne un'altra, davvero paradossale.

La costituzione garantisce al soccombente davanti ad un giudice di merito il diritto di impugnare la sentenza per lamentare gli errori di applicazione e di interpretazione del diritto in essa contenuti. La corte di cassazione sta al vertice della piramide giudiziaria per decidere queste impugnazioni, assicurando così l'uniforme interpretazione del diritto, secondo il dettato dell'articolo 65 dell'ordinamento giudiziario.

Ma la corte di cassazione non può assolvere a questo compito di nomofilachia, proprio a causa dell'esistenza di quel diritto.

Il grande numero di casi portati davanti alla corte di cassazione ha fatto sì che più di cento giudici ruotino nella composizione dei collegi entro le sezioni civili. Il guaio è che la corte non è affatto paragonabile ad una gigantesca abbazia, in cui tutti questi giudici vivano insieme in una specie di cenobio intellettuale. I problemi che sorgono non vengono affatto mutuamente discussi e collettivamente risolti. Buona parte dei giudici abitano addirittura fuori Roma, studiano le cause di cui sono relatori nell'intimità della loro casa,

⁽¹³⁾ Sulle gravissime conseguenze del "processo di vero e proprio azzeramento" della giustizia minore si vedano gli ottimi e appassionati rilievi di AGNELLO ROSSI Giustizia minore e giudice laico nell'emergenza del settore civile, in Questione giustizia, 1988, p. 1 ss.

per poi fare la loro visita mensile al palazzo per l'udienza loro assegnata e per formare la camera di consiglio.

In questa situazione risulta facile capire come mai la nostra Corte di cassazione non riesca più a garantire l'uniforme interpretazione del diritto, salvaguardando così i valori ad essa sottesi dell'uguaglianza di trattamento delle parti, di prevedibilità delle decisioni, di efficienza decisoria, di prestigio del giudice supremo di fronte ai cittadini.

Basta riferirsi alla saggezza popolare, come si esprime nella proposizione tot capita tot sententiae. L'incoercibilità delle divergenze interpretative tra un così gran numero di soggetti decidenti fa sì che la giurisprudenza della corte di cassazione sia paragonabile ad un supermercato dove i ricorrenti (i loro avvocati) possono essere pressoché sicuri di trovare il precedente che a loro serve per argomentare i ricorsi.

Un gran numero di contrasti sincronici, casuali o voluti ⁽¹⁴⁾, e di continue oscillazioni della giurisprudenza offre un panorama di deplorabile disordine, come di recente hanno dimostrato alcune meritevoli indagini empiriche ⁽¹⁵⁾. Senza contare che l'ampiezza dei contrasti contribuisce ad aggravare il circolo vizioso dell'incontrollato aumento dei ricorsi, alimentando le speranze di buon esito di fronte a qualunque contenuto della sentenza di merito.

4.3- Il fortissimo aumento delle durate.

Vigente il codice di procedura civile del 1865 e cioè quella sentina di formalismi e chicanes delle parti cui abbiamo sopra rapidamente accennato, abbiamo un'ulteriore sorpresa con riferimento alle durate processuali: le medie relative ai procedimenti di cognizione, pur con una certa tendenza all'aumento dal 1865 al 1942, periodo di vigenza del codice, sono comunque generalmente inferiori alle medie relative ai medesimi procedimenti dal 1942 ai giorni nostri, dove tra l'altro la tendenza all'aumento diventa vertiginosa dopo gli anni settanta.

⁽¹⁴⁾ Per ulteriori approfondimenti cfr., se vuoi, SERGIO CHIARLONI, Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1989, e ora in Formalismi e garanzie, Torino, 1995, p. 52 ss.

⁽¹⁵⁾ GABRIELE MONETA, Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994, Padova, 1995

Lasciamo stare la particolare brevità, imperante il vecchio codice, dei procedimenti davanti ai conciliatori, che si misurano in pochi giorni a cavallo del secolo per arrivare a poco più di due mesi alla vigilia della promulgazione del codice nuovo. Qui ha certo esercitato la sua influenza una particolare semplicità delle liti, la diffusione delle sedi giudiziarie sul territorio (un ufficio del conciliatore in ogni comune), l'attitudine antiformalista di un giudice che sovente non è un giurisperito, una maggiore elasticità delle regole processuali, l'abitudine alla difesa personale.

Ma anche con riferimento ai processi davanti ai giudici togati, l'elaborazione statistica ci dice che, pur nel contesto della già riferita tendenza all'aumento, le durate sono di una brevità ai nostri occhi incredibile all'inizio del secolo (55 giorni in pretura e 116 in Tribunale nel 1900) e ancora più che accettabili alla vigilia dell'entrata in vigore del nuovo codice (rispettivamente, 176 e 215 giorni nel 1940).

È subito dopo la seconda guerra mondiale, e dunque in concomitanza con l'entrata in vigore del nuovo codice, che le durate processuali manifestano, soprattutto davanti ai Tribunali, una notevole, fortemente progressiva ed irresistibile tendenza all'aumento. Già nel 1947 le durate sono doppie rispetto agli anni precedenti la guerra. Raddoppiano ancora tra il 1947 e il 1974, passando ai 904 giorni.

Non è finita qui. Mentre nella cultura accademica cominciano a manifestarsi le preoccupazioni e si pone mano allo studio dei creduti rimedi -come sempre ravvisati in qualche riforma delle discipline processuali- le durate continuano ad aumentare, arrivando alla cifra, non degna dell'amministrazione della giustizia di un Paese civile, di 1204 giorni nel 1994 (ultimi dati disponibili) e all'avvio della danza dei ricorsi di nostri cittadini alla Corte di giustizia europea di cui abbiamo già dato notizia.

4.4.- La scarsa produzione di sentenze sul merito della lite.

Un ulteriore aspetto molto singolare della nostra amministrazione della giustizia civile risiede nel fatto che oggi solo una minoranza dei processi instaurati si conclude con un provvedimento sul merito della lite. La maggioranza di essi risulta abbandonata, per lo più a seguito di estinzione per inattività delle parti. Così, nel 1994, su un totale di 1.080.933 procedimenti esauriti, soltanto 376.546 ricevono una definizione con sentenza

(notare che vanno ancora sottratti quelli definiti con sentenza di rito o assolutoria dall'osservanza del giudizio, per cui non esistono dati disaggregati).

Apparentemente ancora più singolare è il fatto che dalla serie storica delle statistiche giudiziarie appare come nei primi decenni di applicazione del vituperato codice di procedura civile del 1865 la percentuale dei procedimenti di cognizione esauriti con sentenza era di molto superiore, soprattutto nei tribunali: ad esempio era il 76,3 per cento nel decennio 1891-1890, e si mantiene comunque sul 60 per cento nel decennio 1931-1940. Sotto il nuovo codice la percentuale delle sentenze precipita al 35,4 per cento nel decennio 1951-1960 per risollevarsi appena nel decennio successivo al 38,1 ⁽¹⁶⁾.

4.5.-L'inefficienza della tutela esecutiva.

Il creditore che si sia faticosamente e pazientemente munito di un titolo esecutivo giudiziale, ricorrendo al processo ordinario di cognizione, o che, più fortunato, se lo sia procurato con uno dei procedimenti a cognizione sommaria di cui parleremo più avanti, o addirittura sia in possesso di un titolo esecutivo stragiudiziale, dovrà ricorrere al braccio armato dello stato per aggredire il patrimonio del suo debitore, se questi non adempie spontaneamente.

Anche qui lo aspettano cattive sorprese.

Pure l'espropriazione forzata ordinaria si trova in una drammatica situazione di inefficienza. Di fronte all'amara realtà che circonda il concreto esercizio delle azioni esecutive, il creditore sarà indotto a dubitare che il suo diritto costituzionale di azione, già messo a dura prova nel processo di cognizione, finisca col ridursi qui ad un vuoto simulacro ⁽¹⁷⁾.

Ci basti qui riassuntivamente sapere ⁽¹⁸⁾ che, nelle espropriazioni forzate individuali, su un ammontare complessivo del debito vicino ai milleseicento miliardi, si è avuto nell'ultimo anno per il quale sono disponibili le statistiche, il 1987, un ammontare

⁽¹⁶⁾ CARLO CECCHI, *Op. cit.*, p. 90, tab. 23.

⁽¹⁷⁾ Dubbi in questo senso sono stati sollevati, per esempio, da MICHELE TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, p. 635 ss.

⁽¹⁸⁾ La fonte di provenienza dei dati è costituita dall'Annuario n. 35 delle Statistiche giudiziarie per l'anno 1987, Roma 1989, elaborato e pubblicato dall'ISTAT.

del ricavato di poco superiore ai trecento, con una realizzazione della pretesa creditoria pari al 22,07 per cento.

Secondo una prima grossolana analisi, nelle vendite di beni mobili - ammontare del debito di circa 770 miliardi, con una durata media del procedimento di 335 giorni, la percentuale di realizzo del credito scende al 6,21 per cento. Nelle vendite di beni immobili - ammontare del debito di circa 815 miliardi, la percentuale di realizzo sale al 37,03 per cento, ma anche la durata media sale, e vertiginosamente, attestandosi oltre i quattro anni (per l'esattezza, 1508 giorni).

Sono scarsi i dati disaggregati per accertare l'andamento delle espropriazioni forzate speciali, e cioè quelle espropriazioni in cui, a prescindere da ogni discussione sulla loro "natura giuridica", sono presenti elementi di autotutela amministrativa, soprattutto nella fase indirizzata alla trasformazione in denaro dei beni colpiti. Tuttavia, è opinione unanime che si tratti di espropriazioni complessivamente più efficienti, dal punto di vista degli interessi dei creditori che hanno accesso a queste forme privilegiate di tutela esecutiva (in particolare, le banche e il fisco), sia per quanto riguarda la velocità della procedura, sia per quanto riguarda la percentuale di soddisfazione dei crediti ⁽¹⁹⁾.

5.-Una prima spiegazione "esterna" e in negativo del paradosso della giustizia civile.

Dall'indagine fin qui condotta emerge una peculiare contraddizione tra storia delle idee e storia dei fatti, là dove per storia delle idee intendiamo il succedersi degli impegni riformatori dei nostri studiosi del processo civile, nonché degli esiti di questi impegni scritti sulle carte delle leggi, mentre per storia dei fatti intendiamo l'evolversi della concreta vita del foro quale si intravede scorrendo un'arida serie di statistiche giudiziarie.

È emersa una verità tanto elementare quanto sorprendente, almeno agli occhi di chi abbia difficoltà a staccarsi dai prodotti della routine dottrinarie comunemente accettata. Il tanto vituperato codice di rito del 1865 non impediva che verso la fine del secolo la giustizia civile fosse amministrata secondo standards di efficienza che oggi appaiono

⁽¹⁹⁾ Cfr., al riguardo, GIORGIO COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate speciali*, Milano, 1984.

mitici. Il moderno codice del 1942, ispirato ai canoni più avanzati della cultura delle riforme processuali, ha visto progressivamente degradarsi l'amministrazione di quella medesima giustizia su livelli che appaiono intollerabili in un paese del primo mondo. Né verso esiti migliori sembra indirizzata la lodatissima riforma del processo del lavoro, anch'essa avviata al fallimento in molte situazioni territoriali.

Insomma, sembra di poter concludere, provvisoriamente, che come non esiste una legge processuale tanto cattiva da impedire nella prassi un processo buono, così viceversa non esiste una legge processuale tanto buona da impedire nella prassi un processo cattivo ⁽²⁰⁾.

Risultato non da poco. Nutriamo molto rispetto e ammirazione per i tesori di intelligenza e di cultura che la dottrina processualistica continua a spendere nello studio di riforme che hanno ad oggetto esclusivo le discipline processuali, ovvero, ma qui sia consentito il beneficio del dubbio, nell'apprendimento degli aspetti più minuti del magistero praticato dai padri fondatori della scienza del processo. Sennonché, la dura lezione che viene dalla storia (e dalla cronaca) dovrebbe indurre gli studiosi preoccupati di un qualche risvolto concreto del loro impegno a cambiare almeno parzialmente registro, riorientando i propri obbiettivi di politica del diritto.

6.-Le singole spiegazioni "interne".

Dobbiamo ora cercare spiegazioni specifiche per ciascuno dei fenomeni individuati dallo sguardo empirico.

6.1 Aumento delle durate e costanza nel tempo del differenziale tra procedimenti sopravvenuti e procedimenti esauriti-

⁽¹¹⁾ Cfr. ANDREA PROTO PISANI, Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega, in Foro italiano, 1981, V, c. 227.

Il progressivo allungamento delle durate si spiega, in buona parte, con l'effetto cumulativo dell'arretrato. Se osserviamo il rapporto tra procedimenti sopravvenuti e procedimenti esauriti nel corso degli anni, ci rendiamo subito conto che nel secondo dopoguerra il numero dei procedimenti esauriti ogni anno è costantemente, se pur non di molto, al di sotto del numero dei procedimenti sopravvenuti.

Il fenomeno comporta un effetto devastante sulle durate processuali, perché determina, man mano che il tempo passa, un aumento senza fine del numero di cause che giacciono sul ruolo del singolo giudice. Facciamo un esempio banale. Se un giudice che inizia a ruolo vergine esaurisce l'ottanta per cento delle controversie sopravvenute ogni anno, diciamo 240 su 300, si troverà dopo venti anni con 1200 cause sul ruolo! Gli effetti benefici di una riforma, magari introdotta istituendo sezioni stralcio per la liquidazione del vecchio contenzioso in modo che la sua prima applicazione non sia pregiudicata dall'eredità accumulata del passato, a poco a poco attenuati, saranno a quel punto completamente svaniti. Chi scrive ha potuto sperimentare questo stato di cose grazie ad una ricerca empirica sulla riforma del processo del lavoro condotta presso il tribunale di Torino. Da essa è risultato che in sei anni, partendo a ruoli vergini, le durate sono passate da 75 giorni nel 1974 a 304 giorni nel 1980, secondo una progressione continua e che certamente non si è arrestata negli anni successivi. Nel contempo l'arretrato cumulato da zero arrivava a 167 fascicoli sul ruolo della sezione ⁽²¹⁾. Oggi sono più di duemila!

6.2. La diminuzione del contenzioso, con particolare riguardo alla fuga dalla giurisdizione determinata dal diffondersi di forme di "autotutela esecutiva".-

Abbiamo ricercato per prime le cause della dilazione temporale nella resa di giustizia, poiché il progressivo aumento delle durate, già deleterio in sé, è all'origine di molti tra gli altri inconvenienti rilevati.

Così è per la diminuzione globale del contenzioso. Difatti, è soprattutto per le cause di scarso valore economico che la durata semieterna dei processi appare come il fattore fondamentale (anche se, come abbiamo visto, non l'unico) che induce il cittadino a

⁽²¹⁾ La riforma del processo del lavoro, Profili dall'esperienza, Milano, 1988.

rinunciare alla tutela. A tacer d'altro la durata eccessiva rende intollerabili i costi, che già sono percentualmente molto elevati nelle cause di scarso valore economico.

Ma anche con riferimento alle cause davanti ai giudici togati, che negli ultimi anni hanno denunciato una innegabile tendenza all'aumento, si può dire che quell'aumento sarebbe stato superiore e soprattutto qualitativamente più interessante, se le durate dei processi si fossero mantenute entro limiti accettabili.

Mancano i dati particolareggiati che sarebbero necessari. Tuttavia costituisce più che una superficiale impressione degli addetti ai lavori l'idea che l'aumento del numero dei processi riguarda la c.d. litigiosità di massa: soprattutto cause di responsabilità civile per incidenti stradali, previdenziali, di lavoro, di divorzio e separazione.

In altri settori, però, si assiste sicuramente ad una fuga dalla giurisdizione e ad una contestuale ricerca di modelli alternativi di prevenzione (prima che di risoluzione) delle liti.

Vengono così elaborate nuove discipline sostanziali, capaci di proteggere il creditore, rendendo inutile il ricorso alla tutela giurisdizionale. Nuove discipline concettualmente raggruppate, forse in modo tecnicamente impreciso, ma dotato di grande espressività, sotto la nozione di "autotutela esecutiva" ⁽²²⁾.

Com'è noto l'ordinamento giuridico, pur in un quadro generale che si ispira al divieto della ragion fattasi, conosce forme eccezionali di autotutela, a volte unilaterale, a volte consensuale, indirizzate a diversi fini, di accertamento, conservativi o esecutivi. Basterà ricordare, tra queste ultime, la vendita e compera coattiva ex art. 1515 e 1516 c.c., la vendita per autorità del vettore o del mandatario o dei magazzini generali, l'espropriazione forzata esattoriale su beni mobili, che si possono qualificare come forme di difesa unilaterale a scopo satisfattorio. Talvolta accade poi che il potere di farsi giustizia da sé sia condizionato al consenso preventivo del soggetto passivo, parlandosi in questi casi di autotutela esecutiva consensuale: si pensi all'anticresi, alla cessione dei beni o alle varie forme di pegno irregolare.

Orbene, parrebbe evidente che il riconoscimento al creditore del potere di autorealizzare il proprio interesse sia da considerare assolutamente eccezionale e giustificato dalla particolarità delle situazioni cui il legislatore fa di volta in volta espresso

⁽²²⁾ GIROLAMO BONGIORNO, L'autotutela esecutiva, Milano 1984.

referimento. Non solo il generale divieto dell'autodifesa privata, ma specialmente il più puntuale divieto del patto commissorio (art.2744 c.c.) sono espressione di un principio generale di ostilità nei confronti dell'assoggettamento, anche convenzionale, del debitore al potere del creditore di conseguire direttamente con la propria azione il bene dovuto. Ostilità ben giustificata, sia perché il consenso contrattuale al riguardo occulta per lo più, dietro lo schermo dell'uguaglianza formale dei contraenti, la sostanziale disparità dei reciproci rapporti di forza, sia e correlativamente perché convenzioni del genere comportano il rischio di speculazioni e abusi di un soggetto a danno dell'altro. Si pensi a quanto sovente accade nei contratti di fornitura di beni o servizi a Paesi del terzo mondo, dove la spregiudicatezza del fornitore, che rifila veri e propri "bidoni" al proprio committente, viene difficilmente sanzionata proprio grazie agli strumenti di autotutela preventiva di volta in volta attivati.

Purtroppo, la nuova lex mercatoria che va diffondendosi oltre la disciplina codicistica anche a livello sopranazionale è indifferente, e pour cause, nei confronti di consimili principi. Al contrario, è indubitabile l'affermarsi di una tendenza, specie con riguardo ai nuovi rapporti commerciali, indirizzata a "deflazionare" l'amministrazione della giustizia attraverso la sperimentazione di sofisticati strumenti che, a ben guardare, negano il suddetto principio generale di ostilità, aggiungendo, in buona sostanza, nuove ipotesi di autotutela esecutiva a vantaggio dei soggetti forti del rapporto, al di là di quelle espressamente consentite. Basti pensare, al riguardo, ai meccanismi del leasing finanziario; alla struttura giuridica e alle possibili utilizzazioni del contratto di factoring, nell'ambito del sorgere di una nuova professionalità, quella dell'ingegnere dei crediti al servizio di strategie di gruppo; alla gestione dei crediti nei confronti dell'impresa disestata, attuata dalle holdings che, profittando della disciplina della compensazione nel fallimento, mirano a sottrarsi agli effetti del concorso; alle clausole che prevedono il pagamento "a prima richiesta", a "semplice richiesta", "senza eccezione alcuna" delle fidejussioni bancaria autonome; ai patti contenuti nei contract bonds, volti ad assicurare l'automatica esecuzione dell'obbligazione nei contratti internazionali, indipendentemente dalla cooperazione del debitore; al mandato in rem propriam utilizzato specialmente dagli istituti di credito come strumento di autotutela soddisfattoria attraverso l'ordine irrevocabile, impartito dal mandante cliente al terzo, di effettuare i futuri pagamenti direttamente alla banca mandataria.

È agevole vedere in questi, e probabilmente in molti altri istituti (o maniere di utilizzare istituti concepiti per tutt'altri scopi) nuovi strumenti di espressione della autodifesa privata, escogitati nell'esperienza giuridica per prevenire gli effetti dell'inadempimento in una situazione istituzionale dove il ricorso alla tutela giurisdizionale dei diritti non è in grado di assicurare una risposta sufficientemente pronta e incisiva.

In un contesto di apprezzamento di questi fenomeni è stato addirittura sostenuto senza mezzi termini che la punizione per esercizio arbitrario delle proprie ragioni "è collegata al presupposto che vi sia uno Stato che provveda effettivamente (e non soltanto in astratto) ad assicurare una adeguata tutela dei diritti. Ma quando lo Stato è assente e l'attività giudiziaria paralizzata a causa dell'impossibilità per i giudici professionali di svolgere la funzione giurisdizionale, non rimane altra scelta che attribuire al creditore determinati poteri-mezzo, affini all'azione esecutiva e coordinati al diritto da tutelare, che gli consentano di conseguire direttamente l'esecuzione per via di difesa privata" ⁽²³⁾

Sono comprensibili le ragioni che possono indurre ad affermazioni così gravi e paradossali, prima fra tutte la disincantata sensazione che allo stato di degrado dell'amministrazione della giustizia sia pressoché impossibile porre rimedio. E forse alcune ipotesi di tutela rafforzata del creditore possono venire autonomamente giustificate. Ma in numerose di queste ipotesi si profilano inconvenienti non trascurabili, che fanno propendere per una valutazione non positiva.

In primo luogo, come ben sanno i giudici fallimentari, si delinea il rischio, in caso di insolvenza del debitore che in questi casi è quasi sempre un imprenditore, del sovvertimento dei valori che stanno alla base del concorso dei creditori.

In secondo luogo si delinea il rischio, ben più deplorabile, e cui abbiamo già accennato con riguardo ai rapporti tra paesi del primo e del terzo mondo, che la diffusione di queste ed altre forme di autotutela diventi veicolo di forme sistematiche di prepotenza, concorrendo alla configurazione dei rapporti commerciali come una giungla dove vale solo la legge del più forte (che non è necessariamente il più onesto). Viene così in definitiva negata la funzione del diritto, che in questo campo dovrebbe tendere alla mitigazione dei

⁽²³⁾ GIROLAMO BONGIORNO, Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1988, p. 444 ss.

puri rapporti di forza indotti dall'economia, attraverso la protezione degli interessi dei soggetti più deboli ⁽²⁴⁾.

6.3-La scarsa produzione di sentenze di merito come effetto indotto della propensione a transigere.

Se poco meno di due terzi dei processi ordinari attivati vengono abbandonati prima della definizione con sentenza, occorre capire il significato di questi abbandoni, che non risulta né può risultare dalle statistiche. Qui soccorre l'esperienza del foro. Al riguardo va anzitutto ricordato che la stragrande maggioranza dei procedimenti esauriti senza sentenza sono procedimenti andati estinti per inattività delle parti. Ma cosa sta dietro un'estinzione per inattività? normalmente un accordo transattivo raggiunto tra le parti per il tramite dei loro avvocati.

Certo, bisogna avere un atteggiamento favorevole, in linea di principio, nei confronti di una scelta che privilegia l'accordo tra i litiganti anziché la "decisione" ad opera di un terzo, molto più traumatica, come l'etimologia ci ricorda. Lo stesso legislatore mostra di preferire la conciliazione alla sentenza, favorendo la prima in molti luoghi normativi. Tuttavia, il costante declino della percentuale delle sentenze emanate deve insospettire nei

⁽²⁴⁾ Mi sembra che la consapevolezza di questa esigenza stia alla base della discussione in tema di validità del lease back o locazione finanziaria di ritorno. Ci si chiede se la vendita di un bene che rimane nella materiale disponibilità del venditore sia o no nulla per violazione del divieto di patto commissorio. La soluzione negativa si fa comunemente derivare dalla vecchia tesi, superata dalla cassazione nel 1983 (Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in Foro italiano, 1984, I, c. 213 ss e 6 dicembre 1983, n. 7721, in Rivista italiana di leasing, 1985, p. 136 ss.), ma recentemente di nuovo ribadita (Cass. 12 dicembre 1986, n. 7835, in Rivista di diritto civile, 1987, II, p. 117 s.), secondo la quale tale divieto riguarderebbe soltanto le vendite sospensivamente condizionate e non -come è il caso del lease back- le alienazioni immediatamente traslative. La soluzione a favore della nullità prescinde invece dal momento in cui avviene il passaggio di proprietà e si basa su un esame del significato economico del contratto di lease back. Nella sostanza il venditore-utilizzatore concede in garanzia beni che hanno un valore superiore al credito garantito, senza che sia previsto uno strumento che gli assicuri la restituzione del maggior valore in caso di mancato esercizio del riscatto, cosicché la vendita a scopo di lease back dovrebbe venir considerata nulla, in quanto realizzata in violazione del divieto sancito dall'art. 2744. In tal senso GUIDO FERRARINI, La locazione finanziaria, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, Torino, 1984, p. 15 ss.; MAURO BUSSANI, Il contratto di lease-back, in Contratto e impresa, 1986, p. 609 (ma solo con riferimento a ipotesi "patologiche" di utilizzo della forma contrattuale). Il Lease-back è considerato estraneo al divieto di patto commissorio da GIACOMO OBERTO, Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back, in Quadrimestre, 1984, p. 371 ss.; GIORGIO DE NOVA, Appunti sul sale and lease-back, in Rivista italiana di leasing, 1985, p. 307 ss.; MASSIMO LA TORRE, Il lease back e il divieto di patto commissorio, ivi, 1985, p. 135 ss.; ALDO FRIGNANI, Spunti critici su recenti sviluppi in tema di leasing, ivi, 1987, p. 44 ss.

confronti del gran numero di sistemazioni "private", che ne costituiscono il contraltare e che sono preferibilmente costruite sottraendosi al controllo pacificatore del giudice in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione.

Non possiamo interpretare questa situazione concludendo che i cittadini italiani sono diventati più buoni nel corso del tempo e succedendosi le generazioni, e quindi più propensi, dopo aver instaurato una lite, a rinfoderare la spada e siglare una pace. Sembra più plausibile coniugare la diminuzione del numero delle sentenze con l'aumento delle durate. L'ipotesi che proponiamo è, in breve, la seguente. Molti, dopo aver proposto una domanda di tutela giurisdizionale, magari nella speranza di infilare la loro causa tra le poche fortunate che rientrano per varie ragioni nelle classi di durata meno estesa, quando si rendono conto che dovranno attendere alcuni anni per vedere riconosciuto il loro diritto, scelgono di accedere ad una transazione dove magari l'aliquid retentum dal loro avversario ha un evidente connotato di iniquità.

Soccorre anche qui la saggezza popolare. Quando si tratta di soldi (e la maggioranza delle cause hanno soldi per oggetto) il creditore preferisce ottenerne "pochi maledetti e subito", piuttosto che tutti e benedetti dal giudice, ma chissà quando.

6.4-La funzione di misura coercitiva per l'adempimento spontaneo dilazonato assegnabile all'esecuzione forzata e la sua inefficienza come effetto della difficoltà di individuare i beni mobili da sottoporre a pignoramento nonché degli impacci burocratico-amministrativi che attanagliano l'esecuzione immobiliare.

Recandoci nelle sale dei commissionari o delle aste giudiziarie possiamo cogliere qualche buona occasione per l'acquisto di un televisore o di una fotocopiatrice (se non incappiamo nell'ostracismo dei frequentatori abituali che si accordino per aumentare rovinosamente il prezzo). Ma saremmo degli illusi se ci proponessimo di farci un'idea del funzionamento dell'espropriazione mobiliare. Ne ricaveremmo un'idea mutilata e quindi falsa della realtà.

Se ci preme una conoscenza globale, dobbiamo recarci alle udienze del pretore dell'esecuzione. Ci sorprenderebbe il gran numero di richieste di rinvio della vendita e la disponibilità del giudice ad accordarli. Facile intuirne il motivo. Una trattativa continua tra

creditore e debitore. Il debitore, custode dei beni pignorati, e quindi tuttora legittimato al loro godimento, effettua pagamenti parziali nelle mani dell'avvocato del creditore secondo un ritmo concordato. In altre parole estingue ratealmente il proprio debito. Paga senza tante storie, se appena può, perché si trova sotto la costante minaccia della negazione del rinvio e del conseguente "asporto" per la vendita dei beni presso di lui pignorati.

La diffusione di queste prassi fa capire due cose: in primo luogo che l'abolizione operata dalla Novella del 1990 della possibilità di rateazione dei pagamenti nella conversione del pignoramento, tanto lodata da alcuni settori della dottrina, è priva di significato in quanto viene facilmente sostituita, con effetti analoghi, dalla prassi appena descritta. In secondo luogo, su un piano più generale, che la c.d. esecuzione forzata per surrogazione si tramuta sovente in una forma di esecuzione processuale indiretta, dove il vincolo del pignoramento e la minaccia della vendita assumono la funzione di una misura coercitiva che preme sull'animo del debitore per indurlo all'adempimento volontario.

Per quanto riguarda l'insoddisfacente andamento del rapporto tra i crediti e i ricavi, che affligge specialmente l'espropriazione mobiliare, bisogna dire che, a parte i casi di effettiva incapienza del patrimonio del debitore, desta preoccupazione la facilità con cui le eventuali attività finanziarie di questo patrimonio (titoli di stato, azioni, quote di fondi comuni, investimenti esteri ecc.) sfuggono al pignoramento.

Gli ostacoli che oggi incontra il creditore nell'individuazione dei beni da pignorare potrebbero venir superati grazie ad interventi di natura schiettamente amministrativa, approfittando delle grandi possibilità offerte dal progresso delle tecnologie informatiche. L'istituzione di banche dati sulla situazione patrimoniale di ciascun cittadino rappresenterebbe un grande progresso nel perseguimento della effettività della tutela creditoria, particolarmente nella espropriazione di crediti. Anche se, naturalmente, non va nascosta l'esistenza di problemi per quanto riguarda la tutela del diritto alla riservatezza, pur meno impellenti, trattandosi di informazioni economiche, rispetto alle questioni che si presentano nella raccolta di informazioni di altra natura ⁽²⁵⁾. Ma non dovrebbe essere

⁽²⁵⁾ Sull'argomento, si veda, dopo la legge 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria e internazionale, GIOVANNI BUTTARELLI, Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione, Milano, 1997; ID., I primi provvedimenti nel settore giustizia del garante della privacy, in Questione giustizia, 1997, p. 459 ss.; prima della legge vedi ETTORE GIANNANTONIO, Il nuovo disegno di legge sulle banche di dati personali, in Diritto dell'informazione e informatica, 1991, p. 67 ss.; ROBERTO LATTANZI, La tutela dei dati personali dopo la ratifica della convenzione europea sulle banche-dati, ivi, 1990, p. 220 ss.; ALESSANDRO BELLAVISTA,

difficile immaginare gli accorgimenti, diretti ad impedire possibili abusi, sul tipo di quelli proposti e recentissimamente approvati in Francia, per quanto riguarda l'accesso alle banche dati già esistenti, che viene riservato esclusivamente agli uffici esecutivi, prevedendosi inoltre divieti di divulgazione severamente sanzionati ⁽²⁶⁾.

Per quanto riguarda l'eccessiva lunghezza della procedura, che affligge soprattutto l'espropriazione immobiliare, si sa che una delle sacche di maggiore inefficienza è rappresentata dai tempi incalcolabili impiegati dai competenti uffici delle conservatorie immobiliari e del catasto per fornire la documentazione indispensabile ai fini della verifica delle affermazioni del creditore circa l'esistenza e la situazione giuridica del bene ⁽²⁷⁾. D'altronde, il controllo effettuato dal giudice sulla documentazione costituisce un presupposto affinché possa venir ordinata la vendita, o meglio un presupposto di proponibilità dell'istanza di vendita, ai sensi dell'art. 567 comma 2° c.p.c.. Ne consegue che i tempi per il rilascio dei vari certificati contribuiscono, per una percentuale nient'affatto irrilevante, alla durata complessiva dell'espropriazione immobiliare. Al punto che in dottrina sono stati proposti alcuni rimedi, peraltro chiaramente contra legem, nel tentativo di ovviare all'inconveniente intollerabile per cui, oramai, almeno nelle grandi aree metropolitane, l'espropriazione deve rimanere bloccata anche per due anni, nella snervante attesa di documenti provenienti da uffici amministrativi ⁽²⁸⁾. Così, nella speranzosa attesa di un'informatizzazione, che consenta l'emissione dei certificati in tempi ragionevoli, vi è chi propone che la documentazione ipocatastale condizioni soltanto la pronuncia

Elaborazione automatizzata dei dati personali e tutela della privacy, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti, a cura di Salvatore Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 1129 ss.; VITO LIBRANDO, La tutela della riservatezza nello sviluppo tecnologico, in Diritto dell'informazione e informatica, 1987, p. 487 ss.; AA.VV., Le banche dati in Italia, a cura di VINCENZO ZENO ZENCOVICH, Napoli, 1985; AA.VV., "Banche di dati" e diritti della persona, Atti del Convegno di Verona, 2 giugno 1984, Padova, 1985.

In particolare sul segreto bancario, cfr. GENNARO PISANTI, Il segreto bancario, ne Il fisco, 1989, p. 5801 ss.; GINO CAVALLI, Segreto bancario e informazioni sui clienti, Milano, 1981.

⁽²⁶⁾ Notizie al riguardo in BRUNO CAPPONI, La riforma del processo esecutivo francese, in Documenti giustizia, 1990, c. 33 ss.; ACHILLE SALETTI, Riforme urgenti del processo civile ed esecuzione forzata, in Rivista di diritto processuale, 1988, p. 149, note 7 e 8; LUIGI PAOLO COMOGLIO, L'individuazione dei beni da pignorare, *ivi*, 1992, p. 83 ss.; ELENA MERLIN, L'individuazione dei beni da pignorare e la "trasparenza" dei patrimoni: riflessioni de jure condendo, in Giurisprudenza italiana, 1993, IV, c. 205 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr., in proposito GIUSEPPE TARZIA, Il bene immobile nel processo esecutivo, in Rivista di diritto processuale, 1989, p. 342.

⁽²⁸⁾ Sulla necessità di questa quiescenza del processo esecutivo nel suddetto intervallo cfr., in giurisprudenza, Cass. 27 maggio 1967, n. 1168, in Foro italiano, 1967, I, c. 1434, con nota redazionale di GIUSEPPE BORRÉ; Cass. 14 luglio 1969, n. 2591, *ivi*, 1970, I, c. 279, con nota redazionale di LUIGI DI NANNI; Cass. 18 dicembre 1978, n. 6067, in Giur. it., 1979, I, c. 742; Trib. Monza 22 novembre 1982, in Giurisprudenza di merito, 1983, I, p. 900, con nota di GIUSEPPE RUFFINI, Il mancato deposito della documentazione ipotecaria e catastale nell'esecuzione immobiliare.

dell'ordinanza che dispone effettivamente la vendita, ma non la prima udienza di autorizzazione, ove normalmente si procede alla nomina dell'esperto per la stima del valore dell'immobile pignorato ⁽²⁹⁾. Altri precisano che l'inizio della procedura di vendita dovrebbe comunque rimanere condizionata alla produzione di un estratto notarile attestante le caratteristiche e le informazioni rilevanti in merito all'immobile, con riserva di produrre la documentazione "originale" prima dell'effettuazione della vendita ⁽³⁰⁾.

7.-Irrazionalità complessiva nell'amministrazione della giustizia civile?

Se ci dovessimo fermare qui nella descrizione della situazione e delle sue cause, esterne ed interne, giungeremmo subito alla conclusione che una delle più note concettualizzazioni dell'amministrazione della giustizia contemporanea nei suoi rapporti con quella dell'epoca feudale, se non è sbagliata in sé, è di certo totalmente inapplicabile al nostro Paese.

Più di mezzo secolo fa Max Weber, descrivendo le tappe attraverso le quali lo sviluppo economico seguito alla rivoluzione industriale ha creato un proprio Stato ed un diritto rispondente alla struttura dei propri bisogni, affermava "l'azienda capitalistica è anzitutto ed intimamente fondata sul calcolo. Essa richiede per esistere un apparato giudiziario e amministrativo il cui funzionamento possa essere, almeno in linea di principio, calcolato razionalmente sulla base di norme generali stabili, così come si calcolano le prevedibili prestazioni di una macchina. Ma non ci si può contentare né....di un modo di amministrare la giustizia secondo la sensibilità ed il buon senso del giudice nel caso concreto, oppure secondo altri principi e mezzi irrazionali di creazione giuridica...né di un modo di amministrare la giustizia di natura patriarcale, fondato da un lato sull'arbitrio e sulla clemenza del giudice e dall'altro su una tradizione sacra e inderogabile, ma anche irrazionale...L'elemento specifico del capitalismo moderno di fronte alle più antiche forme di attività economica, l'organizzazione rigorosamente razionale del lavoro sul terreno della

⁽²⁹⁾ ACHILLE SALETTI, *Riforme urgenti del processo civile ed esecuzione forzata*, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 152

⁽³⁰⁾ BRUNO CAPPONI, *Riforme urgenti per l'espropriazione immobiliare*, in *Quaderni Giustizia*, 1987, n. 69, p. 23; ROMANO VACCARELLA, *Il terzo proprietario nei processi di espropriazione forzata*, in *Rivista di diritto civile*, 1986, II, p. 413 ss.

tecnica razionale non sorse e non avrebbe potuto sorgere all'interno di una struttura statale così irrazionale. Infatti le forme aziendali moderne, con il loro capitale fisso ed il loro calcolo esatto, sono troppo sensibili all'irrazionalità del diritto e dell'amministrazione. Esse possono sorgere soltanto là dove... il giudice, come nello stato burocratico con le sue leggi razionali, è dal più al meno una macchina automatica divisa in paragrafi, nella quale si introducono dall'alto gli atti del processo, insieme alle spese e agli onorari, per riceverne in basso la sentenza con le sue motivazioni più o meno plausibili. Una macchina il cui funzionamento è almeno approssimativamente calcolabile" ⁽³¹⁾.

Alla luce dell'analisi finora condotta, come non opporre subito che le considerazioni appena riportate ricevono una smentita clamorosa? Come ignorare che in Italia lo sviluppo economico è proceduto di pari passo con un progressivo aggravarsi di un cronico disservizio dell'amministrazione della giustizia, che ne ha sempre più drammaticamente dimostrato l'"inadeguatezza", le "disfunzioni", lo "stato di crisi" proprio rispetto alle esigenze di quello sviluppo?

Il modello di razionalità offerto dall'azienda capitalistica appare contraddetto nel nostro paese sotto tre profili essenziali: i costi, la durata e la funzionalità del processo rispetto al fine. Dai dati sopra ricordati risulta infatti non solo che la macchina automatica idealizzata da Weber si inceppa e non riesce a sfornare il prodotto nella grande maggioranza dei casi in cui sono richieste le sue prestazioni, ma anche che la sua velocità di funzionamento è così ridicolmente bassa (e oltretutto sempre più bassa) e i costi per farla funzionare così incredibilmente alti (e oltretutto sempre più alti) che qualunque imprenditore si rifacesse a parametri analoghi per gestire la sua azienda sarebbe immediatamente estromesso dal mercato.

Tuttavia, è nostra convinzione che le conclusioni di Weber erano il frutto di intuizioni esattamente orientate ed applicabili anche alla realtà italiana, a patto di apportare due correzioni: una empirica e una teorica ⁽³²⁾.

Sotto il profilo empirico va rilevata una grave insufficienza delle analisi che si concludono con il grido di dolore della crisi dell'amministrazione della giustizia civile. Viene preso in considerazione esclusivamente il processo ordinario, in virtù di un

⁽³¹⁾ MAX WEBER, *Gesammelte politische Schriften*, Munchen, 1921, p. 140 s.

⁽³²⁾ Riprendiamo qui i passaggi di un nostro vecchio lavoro, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975, p. 20 ss.

pregiudizio diffuso nella cultura accademica e solo negli ultimi tempi in via di superamento, secondo cui il processo ordinario sarebbe il processo par excellence. Nel nostro ordinamento, però, non esiste il processo civile. Esistono i processi civili. L'idea di una crisi generale è il frutto di una insufficienza del campo di osservazione scelto per l'indagine empirica. Il panorama cambia drammaticamente quando prendiamo in esame a, insieme al processo di cognizione ordinario, anche alcuni dei procedimenti speciali disciplinati nel quarto libro del codice di procedura civile. Consteremo subito l'esistenza di forme di tutela giurisdizionale capaci di offrire una protezione rapida, qualche volta rapidissima, a determinate categorie di interessi privilegiati.

Sotto il profilo teorico va rilevato che il modello di razionalità non può venir riferito alla società nel suo complesso raffigurata idillicamente come un insieme indifferenziato di cittadini. Occorre rendersi conto che all'interno della società si coagulano nodi di interessi molto spesso confliggenti, cosicché ciò che può essere razionale ed efficiente per qualcuno diventa sommamente irrazionale e inefficiente per qualcun altro.

In altre parole l'idea weberiana di un giudice macchina come braccio secolare della volontà dello Stato, in una connessione razionale e lineare di mezzi a fini si rivela utopica nei suoi termini e deve venir riformulata attraverso la paziente individuazione di un reticolo di interessi e di una conseguente pluralità dei fini all'interno sia dell'azione burocratica (di quel particolare ramo della burocrazia costituito dalla magistratura) ⁽³³⁾, sia delle scelte legislative di volta in volta storicamente operate.

8.-Il procedimento per decreto ingiuntivo ovvero la tutela immediata dei crediti pecuniari di massa.

. Il procedimento per decreto ingiuntivo è il più importante tra i procedimenti speciali, quanto meno dal punto di vista quantitativo. Ogni anno si emanano in Italia molti

⁽³³⁾ Sulla necessità di superare il paradigma weberiano della razionalità formale cfr. RENATE MAYNTZ, *Max Webers Idealtypus der Burocratie und die Organisationssoziologie*, in *Burocratische Organisation*, a cura di Mayntz, Frankfurt, 1968, p. 29 ss.; KLAUS OFFE, *Criteri di razionalità e problemi della funzione dell'agire politico-amministrativo*, in *Quaderni di Aut Aut*, n. 9, 1980, p. 95 ss.

più decreti ingiuntivi che sentenze nei processi ordinari (617.179 contro 350.936 nel 1992) ⁽³⁴⁾.

Con il decreto ingiuntivo il creditore può ottenere inaudita altera parte in pochi giorni un provvedimento di condanna, quasi sempre finalizzato al pagamento di una somma di denaro. Il provvedimento, che in alcuni casi può essere dichiarato immediatamente esecutivo, lo diventa se il debitore non fa opposizione entro un breve termine, chiedendo il giudizio ordinario. Per ottenere il decreto il creditore deve produrre una "prova scritta" del proprio credito. Ma questa c.d. "prova scritta" può essere un documento proveniente dallo stesso creditore, quando si tratti di un imprenditore o di un libero professionista: rispettivamente, un'estratto autentico del libro delle fatture o una parcella.

Questo procedimento trova il suo progenitore in un analogo procedimento previsto nel codice di procedura civile del 1865 soltanto a favore dei soggetti che risultassero creditori delle parti per avere prestato la loro opera in un processo (evidente la sua utilità soprattutto per gli avvocati). È interessante notare che la sua estensione alle ampie categorie di crediti pecuniari che oggi vi trovano tutela avviene con una legge speciale del 1922 e cioè al termine della prima rivoluzione industriale italiana, in un periodo in cui si cominciano ad avvertire le prime perdite di efficienza del processo ordinario.

Appare chiaro che siamo qui in presenza di un "nodo di funzionalità" rispetto alle esigenze del profitto di impresa e di pronto pagamento dei crediti di alcune categorie socialmente privilegiate di lavoratori autonomi intellettuali, come avvocati, notai, medici, commercialisti, architetti ecc...

A nostro giudizio sarebbe opportuno che il procedimento per decreto ingiuntivo fosse esteso ad altre categorie di crediti pecuniari. A tutti i lavoratori autonomi, per cominciare. Non esiste una ragione al mondo per cui soltanto gli esercenti delle c.d. professioni liberali per le quali esista una tariffa legalmente approvata (e sono quasi tutte) possano -a differenza degli artigiani, per i quali pur esistono prezzari delle prestazioni pubblicamente consultabili- ottenere il decreto ingiuntivo semplicemente esibendo al giudice una "parcella delle spese e delle prestazioni" e cioè un documento confezionato dal

⁽³⁴⁾ Fonte: Tabelle annesse alla Relazione del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1993, cit., in Documenti giustizia, 1993, n. 1-2, c. 204 e 205.

creditore che non può certamente essere qualificato come una "prova" secondo i principi generali ⁽³⁵⁾.

M si potrebbe anche andare più in là. Ai tempi dell'approvazione della riforma del processo del lavoro avevamo alquanto provocatoriamente sottolineato che non valesse la pena di né di perdersi in discussioni interminabili sugli aspetti tecnici di una legge che aveva l'ambizione di rivoluzionare la struttura del processo con contraddittorio, né di preoccuparsi della necessità di trasformare gli stili di attività di avvocati e giudici e di aumentare gli organici di questi ultimi, dislocandone una rilevante percentuale al contenzioso di lavoro, con probabile ulteriore pregiudizio del funzionamento di altri settori del processo civile.

Molto più semplicemente, sarebbe bastato stabilire che per i crediti di lavoro subordinato il creditore può ottenere il decreto ingiuntivo sulla base di un conteggio vistato dal sindacato, così come per i crediti di lavoro autonomo intellettuale il creditore lo può ottenere sulla base di una "parcella delle spese e delle prestazioni" vistata dalla competente associazione professionale. Con riferimento poi alla probabilmente irrisoria percentuale di decreti impugnati con l'opposizione, sarebbe bastato articolare il relativo procedimento in modo da scoraggiare le opposizioni meramente dilatorie, soprattutto ampliando le ipotesi di esecuzione provvisoria del decreto opposto ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ In verità, una situazione di arcaico privilegio a favore dei lavoratori autonomi intellettuali si trova anche nella disciplina sostanziale. Cfr. FRANCESCO GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, p. 23 ss., ove si sottolinea la sensibile diversità della regolamentazione del contratto d'opera manuale rispetto al contratto d'opera intellettuale, sia da punto di vista del rischio del lavoro (che nel contratto d'opera manuale incombe sul presatatore d'opera, mentre nel contratto d'opera intellettuale grava sul cliente, cosicché "nell'attività dei professionisti intellettuali è assente quel rischio economico che caratterizza, per contro, ogni specie d'imprenditori, anche quei piccoli imprenditori che operano, come il prestatore d'opera manuale, con il lavoro prevalentemente proprio"), sia dal punto di vista dei criteri da adottare per la determinazione della misura del compenso; e ciò in quanto, mentre il compenso dei prestatori d'opera intellettuali deve in ogni caso essere adeguato "all'importanza dell'opera e al decoro della professione" ai sensi dell'art. 2233 capv., c.c. (e quindi calcolato secondo criteri non economici e in definitiva "precapitalistici", perché in funzione del maggior o minor prestigio sociale della classe professionale cui il professionista intellettuale appartiene), il compenso dei prestatori d'opera manuali si calcola sulla base del "lavoro normalmente necessario" per quel tipo di prestazione ai sensi dell'art. 2225 c.c., e cioè in base ad un criterio di corrispettività "che evoca l'idea dell'equivalente in denaro dell'opera o del servizio prestato".

⁽³⁶⁾ C'è da dire che le contestazioni più vivaci, ma nello stesso tempo meno motivate contro questo suggerimento provennero, in molti pubblici dibattiti, dagli uffici vertenze dei sindacati dei lavoratori e dagli avvocati ad essi collegati. La cosa non desta meraviglia in quanto il suo accoglimento avrebbe condotto ad una drastica diminuzione delle entrate degli uni e soprattutto degli altri.

Obiezioni di segno diverso si baserebbero su pregiudizi. Così, chi rilevasse che le pretese di credito dei liberi professionisti sono generalmente più fondate delle pretese di credito dei lavoratori subordinati postulerebbe una maggiore "credibilità sociale" di una categoria rispetto all'altra che è doppiamente smentita dalla realtà. Da un lato, è invero notorio il pessimo uso che molti liberi professionisti sono soliti fare del potere

9.- Il procedimento per convalida di sfratto, ovvero la tutela rapida dei diritti dei proprietari immobiliari.

Il procedimento per convalida di sfratto è un procedimento speciale messo a disposizione del locatore (per lo più il proprietario) di un immobile, affinché egli possa ottenere con rapidità un ordine di rilascio dell'immobile locato quando il contratto sia venuto a scadenza (licenza per finita locazione) o quando il conduttore sia moroso nel pagamento dei canoni (sfratto per morosità). La struttura di questo procedimento è alquanto diversa dalla struttura del procedimento per decreto ingiuntivo, tra l'altro perché esso inizia con citazione anziché con ricorso e il contraddittorio è provocato anziché eventuale e differito. Ma è analoga in ciò che qui interessa, sia perché in ambedue i casi spetta al controinteressato opporsi all'emanazione del provvedimento se vuole che venga instaurato un procedimento di cognizione, né sempre egli riesce ad evitare con l'opposizione che il provvedimento nei suoi confronti diventi esecutivo, sia perché ambedue i meccanismi consentono agli interessati di ottenere nel giro di pochi giorni quel titolo esecutivo che impiegherebbero anni ad ottenere se dovessero seguire la via ordinaria.

V'è però da osservare che non è privo di conseguenze il fatto che, mentre il procedimento ingiuntivo rappresenta un nodo di funzionalità essenzialmente per le esigenze del profitto di impresa (una figura economica dinamica e propulsiva), i procedimenti relativi alle locazioni rappresentano un nodo di funzionalità rispetto alle esigenze della rendita fondiaria (una figura economica statica, se non parassitaria).

discrezionale previsto da molte tariffe in ordine alla determinazione della misura del compenso. Dall'altro è ugualmente notorio che una percentuale relevantissima delle controversie di lavoro si svolge in contumacia del datore di lavoro convenuto e che comunque la stragrande maggioranza delle sentenze su controversie a contenuto economico instaurate da lavoratori attribuiscono loro la vittoria. Così ancora, chi mettesse l'accento, a giustificazione della posizione di favore fatta dal legislatore processuale ai liberi professionisti, sulle garanzie offerte dall'esistenza delle tariffe legalmente approvate e dal controllo sulle pretese di credito eseguito dalle associazioni professionali in quanto enti dotati di una funzione ed una struttura pubblicistica che i sindacati dei lavoratori in quanto associazioni private non hanno, altro non farebbe che giustificare un privilegio corporativo appellandosi all'esistenza della corporazione. Così infine, chi osservasse che attribuire efficacia provvisoriamente esecutiva ad un decreto ingiuntivo di condanna del datore di lavoro impedirebbe assai spesso il recupero delle somme versate nel caso di accoglimento dell'opposizione, data la normale inconsistenza della garanzia patrimoniale generica costituita dai beni dei lavoratori, non terrebbe presente né che quasi sempre i crediti per quali si procede sono di modesta entità, né che un'eventuale restituzione sarebbe sufficientemente garantita dalla necessità per il lavoratore di lavorare per vivere, riscuotendo un salario o uno stipendio entro certi limiti pignorabile.

Come si sa, le posizioni di rendita fondiaria possono essere variamente limitate o subordinate nel processo di sviluppo economico, cedendo il passo rispetto ad esigenze ritenute nel singolo momento storico prevalenti. Ecco allora che ancor oggi, soprattutto allo scopo di evitare le tensioni sociali derivanti dalla rigidità del mercato abitativo, una serie di leggi speciali rendono difficoltoso da ottenere quel che si potrebbe ottenere velocemente stando alla disciplina originaria del codice. Il legislatore speciale incide non solo a livello del diritto sostanziale con diverse leggi per la disciplina degli affitti agrari e urbani intese alla protezione del conduttore, ma anche a livello del diritto processuale. Ad esempio il giudice, nel procedimento di convalida di sfratto per morosità può fissare un termine, il c.d. termine di grazia, per il pagamento (art. 3, l. 26 novembre 1969, n. 833). Inoltre l'efficacia esecutiva dell'ordinanza di rilascio dell'immobile è in alcuni casi, per così dire, affievolita, in quanto il giudice dell'esecuzione può rinviare il momento del rilascio di un notevole numero di mesi (c.d. giudizio di graduazione degli sfratti).

10.- I provvedimenti d'urgenza, ovvero una norma di chiusura per l'anticipazione della tutela giurisdizionale.

L'art. 700 c.p.c. prevede uno strumento per ottenere rapidamente attraverso un procedimento semplificato a cognizione sommaria l'anticipazione degli effetti del provvedimento di merito, quando vi sia il pericolo di un danno irreparabile al diritto dell'attore per l'attesa richiesta dai tempi della tutela ordinaria. Si tratta di un procedimento simile al *référé* francese, ma con l'importante (e a mio giudizio negativa) ⁽³⁷⁾ differenza che dopo aver ottenuto il provvedimento l'attore deve iniziare il procedimento ordinario e coltivarlo diligentemente, per non incorrere nell'inefficacia del provvedimento d'urgenza.

I provvedimenti d'urgenza sono richiesti specialmente nelle materie commerciali (ad esempio nei procedimenti di concorrenza sleale e di protezione dei beni immateriali) e nelle controversie di lavoro (ad esempio per richiedere l'immediata reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore che assume di essere stato illegittimamente licenziato). Ma essi tendono ad estendersi un po' in tutti i settori mano a mano che le durate del processo

⁽³⁷⁾ Approfondimenti in SERGIO CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla Novella del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1991, p. 672 ss.

ordinario si fanno sempre più intollerabili, con la conseguenza che, con l'aumento progressivo della quantità dei ricorsi sta diventando difficile assicurare la velocità della procedura d'urgenza.

11.- *L'arbitrato come forma di giustizia privata per i beati possidentes.*

L'arbitrato è un procedimento speciale sui generis tramite il quale i soggetti interessati possono far decidere da privati le controversie tra di loro insorte purché abbiano ad oggetto diritti disponibili.

La collocazione dell'arbitrato tra i procedimenti speciali risale soltanto al codice del 1942. La cosa non è senza importanza per la comprensione dell'attuale funzione dell'istituto alla luce del suo sviluppo storico. Il legislatore rivoluzionario francese non considerò l'arbitrato come uno dei (pochi) procedimenti speciali, ma ben altrimenti come un'alternativa globale al procedimento ordinario. Basti pensare all'enfasi di accento con cui l'istituto viene esaltato sia nella costituzione oligarchico-censitaria del 1791, sia nella costituzione giacobina del 1793, sia nella costituzione moderata dell'anno III. Ad esempio, l'art. 5 del capitolo dedicato al potere giudiziario nella costituzione del 1791 stabiliva che "il diritto dei cittadini di terminare definitivamente le loro contestazioni ricorrendo all'arbitrato non può ricevere alcun attentato dagli organi del potere legislativo" ⁽³⁸⁾. Questa esaltazione si spiega, a livello ideologico, con la "religione della libertà" che animava i costituenti e, più prosaicamente a livello materiale, con la diffidenza a ragione nutrita nei confronti dei giudici dell'ancien régime, tra i quali non si poteva fare a meno di scegliere, sia pure attraverso il sistema elettivo, quelli del nuovo assetto ⁽³⁹⁾. Non è dunque un caso che la garanzia costituzionale dell'arbitrato sparisca nella successiva storia delle Costituzioni francesi. Si tratta di un segno che la borghesia ha ormai acquisito un completo

⁽³⁸⁾ Diamo qui la versione di ARMANDO SAITTA, Costituenti e costituzioni nella Francia moderna, Torino, 1952, p. 88.

⁽³⁹⁾ Secondo il decreto 7 novembre 1790, solo per i giudici di pace era indifferente una specifica preparazione giuridica; i giudici di distretto (corrispondenti grosso modo ai nostri tribunali) dovevano invece essere scelti tra i maggiori di trent'anni che avessero svolto per almeno cinque anni l'attività di giudice, procuratore o avvocato del re, sostituto effettivo di una di queste cariche, giudice feudale o signorile, procuratore fiscale, professore, dottore o agrégé di una facoltà giuridica, o avvocato nei tribunali civili di qualsiasi tipo della vecchia organizzazione giudiziaria.

controllo della magistratura attraverso la sua burocratizzazione e dipendenza di fatto dal potere esecutivo, da un lato, e attraverso la definitiva conquista di quest'ultimo prima con l'abolizione della monarchia e poi con la dittatura militare, dall'altro.

Ciò malgrado, poiché le idee sono più dure a morire delle condizioni materiali che le hanno generate, sia il codice di procedura civile francese del 1807 che, nella scia, il codice di procedura civile italiano del 1865 hanno riservato all'arbitrato un posto d'onore, dedicandogli il primo addirittura un libro intero e il secondo il titolo preliminare al primo libro.

Al di là di questo ossequio formale in realtà si marciava verso una progressiva restrizione nella disciplina dell'arbitrato. Lo si vede benissimo nell'evoluzione del diritto processuale francese dal codice napoleonico alla legge 5 luglio 1972, n. 626 in materia di capacità delle parti e di oggetto del compromesso e lo si nota altrettanto bene nell'evoluzione del diritto processuale italiano dal codice del 1865 al codice del 1942 che, confinando l'arbitrato nel quarto libro assieme agli altri procedimenti speciali, ha impresso un suggello sistematico a quell'atteggiamento. Il quadro risulterà ancora più esauriente se mettiamo a confronto la garanzia costituzionale dell'arbitrato contenuta nelle prime Carte francesi col dubbio sulla sua legittimità costituzionale sollevato in Italia di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dall'art. 102 della nostra Costituzione, benché poi giustamente risolto in senso negativo dalla Corte costituzionale⁽⁴⁰⁾.

Ma, se l'arbitrato non rappresenta e non può rappresentare oggi una alternativa globale al procedimento ordinario (né, del resto l'ha rappresentata mai, tranne che nelle illusioni illuministiche dei costituenti rivoluzionari francesi), esso è un istituto di notevolissima importanza, come procedimento indirizzato a risolvere le dispute tra litiganti dotati di grandi mezzi economici, sia a livello interno che internazionale, specialmente nella comunità degli affari.

Questa forma di giustizia privata è molto efficiente, veloce, discreta e in via di espansione, non solo nella sua forma rituale, quella disciplinata dal codice di rito, che consente di arrivare ad un provvedimento con la medesima efficacia della sentenza "togata", attraverso un semplice controllo compiuto dall'autorità giudiziaria sulla regolarità

⁽⁴⁰⁾ V. l'ordinanza di rimessione 27 luglio 1961 del tribunale di Pisa in *Giur. cost.*, 1962, p. 379 e la sentenza di rigetto 12 febbraio 1963, n. 2 della Corte, *ivi*, 1963, p. 20 ss., con osservazione di PAOLO BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*.

formale del lodo emanato dagli arbitri a conclusione del giudizio. Molto diffuso è anche il c.d. arbitrato irrituale, che ha il vantaggio di svincolare gli arbitri dall'osservanza delle forme previste per l'arbitrato rituale e di consentire una discrezione ancora maggiore. Qui la decisione degli arbitri non ha efficacia di sentenza, ma trova la sua forza vincolante nel consenso e nella preventiva accettazione delle parti, cosicché il rifiuto di esecuzione spontanea del lodo irrituale, peraltro assai raro, costringerà il vincitore ad adire il giudice ordinario per ottenere una sentenza di condanna che assuma le determinazioni degli arbitri come vincolanti per le parti.

L'importanza del fenomeno non è quantificabile con dati precisi, in quanto sfugge di sua natura alle rilevazioni statistiche. Comunque che l'arbitrato in ambedue le sue forme sia lo strumento di elezione per la risoluzione delle liti tra i beati possidentes è un dato di comune dominio. Si sfogli una qualsiasi rivista di giurisprudenza. Ci si renderà subito conto che ben poche, pochissime sono le controversie civili che vedono contrapposti gli uni agli altri grossi imprenditori. La conclusione obbligata è che nel mondo delle imprese ci si rivolge abitualmente a sedi diverse dalla giurisdizione ordinaria per far risolvere le controversie che insorgono, in quanto l'importanza degli interessi in giuoco esige un "modo di decisione" ben diverso dalla lenta e farraginoso ritualità del processo ordinario. D'altronde, la frequenza del ricorso all'arbitrato risulta anche direttamente dal fatto che la clausola compromissoria costituisce oramai una clausola di stile nei contratti, interni e internazionali, che coinvolgono rilevanti interessi economici.

Vanno tuttavia notate due cose.

In primo luogo bisogna tener presente che il ricorso all'arbitrato presuppone un sostanziale omogeneità di forze tra i contendenti e, quindi, l'inesistenza del rapporto gerarchico di fatto che qualifica sempre di più le relazioni tra gli operatori economici nel mondo del capitale concentrato. Così, le piccole o piccolissime imprese che forniscono il grande produttore, o gli agenti e i concessionari che per esso promuovono le vendite si trovano in una posizione tale da sconsigliare vivamente l'instaurazione di singole controversie, sia pure attraverso un procedimento arbitrale (dato e non concesso che il contraente più forte sia disponibile a stipulare la clausola compromissoria o il compromesso). Chi mai correrebbe il rischio di perdere una relazione d'affari non sostituibile a causa della struttura del mercato, per prendersi il gusto di ottenere una decisione favorevole in un caso concreto in cui il diritto sta dalla sua parte?

Quando andiamo dicendo viene confermato dall'analisi dell'uso della clausola compromissoria all'interno dei contratti di società. Essa verrebbe invano ricercata negli statuti delle grandi società quotate in borsa. La cosa si capisce. I gruppi di controllo non hanno nessun interesse ad offrire un mezzo veloce ed efficiente per risolvere le controversie instaurabili dagli azionisti di minoranza, che spesso costituiscono la maggioranza silenziosa e disgregata dei fornitori di capitale, facile oggetto di abusi. È invece assolutamente normale la clausola compromissoria nelle ipotesi di società di piccole o medie dimensioni, quando le azioni non circolano e il patrimonio sociale è distribuito in modo equilibrato tra i soci.

In secondo luogo va ricordato che le controversie, specie se fra grandi gruppi, per contratti o questioni di altro genere sono più comunemente risolte tramite la trattativa diretta, il gentlemen's agreement, al di fuori delle clausole giuridiche: perché si arrivi ad incardinare un giudizio arbitrale occorre già una certa tensione reciproca, che spesso conviene cercare in tutti i modi di sopire, allo scopo di non correre il rischio di pregiudicare per un caso isolato una rete ben più fitta e sostanziosa di rapporti.

Entro la cerchia dei rilievi finora formulati, i vantaggi dell'arbitrato, non solo per gli utenti, ma anche per gli specialisti a vario titolo coinvolti, sono noti e in parte giustificano gli entusiasmi della dottrina che se ne occupa, rendendosi talvolta responsabile di qualche forzatura, come è avvenuto ad esempio in sede di interpretazione della legge di riforma approvata nel 1983 ⁽⁴¹⁾.

Con riferimento agli utenti, non si tratta soltanto del dono prezioso consistente nella velocità della procedura. Si tratta anche della maggiore capacità di questo modello processuale di favorire conclusioni non traumatiche, che vedano gli arbitri impegnati a costruire soluzioni accettabili da tutte le parti, contribuendo così a salvare le reciproche relazioni, comunque messe a rischio dalla controversia. Si tratta, almeno in astratto, della

⁽⁴¹⁾ Mi riferisco soprattutto alle polemiche relative all'efficacia da attribuire al lodo in pendenza del termine annuale per il deposito. Cfr., al riguardo, in vario senso, EDOARDO FLAVIO RICCI, Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28, in Rivista di diritto processuale, 1983, p. 635 ss.; LUIGI MONTESANO, Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato rituale, in Foro italiano, 1983, V, c. 160 ss.; FERDINANDO MAZZARELLA, Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi dopo la legge di riforma del 9 febbraio 1983, *ivi*, 1984, V, c. 181 ss.; EDOARDO GARBAGNATI, Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale, in Rivista di diritto processuale, 1985, p. 425 ss.; GIROLAMO MONTELEONE, Il nuovo regime giuridico dei lodi arbitrali rituali, *ibid.*, p. 569 ss.; FEDERICO CARPI, Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1984, p. 54 ss.; GIUSEPPE TARZIA, Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale, in Rivista di diritto processuale, 1987, p. 26 ss.

maggiore facilità, rispetto alla magistratura togata, di avvalersi, in ogni singolo processo, di giudici in possesso delle cognizioni di varia natura, utili a risolvere controversie variamente complicate. Si tratta della maggiore accertabilità di giudici scelti dalle parti nelle controversie nascenti da contratto, soprattutto nell'ambito del commercio internazionale, dove ben si capisce la ritrosia di ciascun contraente a farsi giudicare dalla giurisdizione dell'altro.

Nessuna meraviglia, dunque, che nel nostro Paese esistano numerose manifestazioni di una grande "voglia di arbitrato" ⁽⁴²⁾: è attiva una Associazione prestigiosa, l'Associazione Italiana per l'Arbitrato (A.I.A.), nata per promuoverne lo studio e la diffusione attraverso congressi e seminari; anche grazie all'esistenza di riviste specializzate, è particolarmente ricca l'elaborazione scientifica sui numerosi problemi che nascono in relazione alla disciplina; si vanno diffondendo scuole post-universitarie per la formazione di specifiche competenze.

Tutto bene, dunque? Non mi sentirei di asserirlo, almeno per quanto riguarda la forma di arbitrato al momento più diffusa e cioè il c.d. arbitrato ad hoc o non istituzionalizzato, in cui le parti si rivolgono ad arbitri liberamente scelti. Esistono fattori problematici che minano nel profondo il bell'edificio e rischiano prima o poi di danneggiarlo, se non si corre ai ripari: i costi processuali; la non assicurata imparzialità del giudizio; la tendenza dei difensori a non proteggere fino in fondo le ragioni dei loro rappresentati.

Si sa che l'arbitrato non istituzionalizzato è molto costoso a causa della particolare elevatezza sia degli onorari percepiti dagli arbitri sia, per fatale attrazione, degli onorari percepiti dagli avvocati delle parti ⁽⁴³⁾. Che l'arbitrato non istituzionalizzato sia una forma di giustizia per beati possidentes costituisce da sempre un banale truismo. Ma da qualche tempo anche i beati possidentes cominciano a mostrare segni di preoccupazione e disagio.

Soprattutto all'interno del sistema delle imprese diviene oggetto di riflessione critica il fatto che rendere operativo un compromesso o una clausola arbitrale significa essere pronti a mobilitare risorse economiche importanti non solo in assoluto, ma anche in

⁽⁴²⁾ Particolarmente diffusa fra gli operatori. Non vale dunque per l'Italia quanto ROY GOODE, Commercial Law, Londra, 1982, p. 971, asserisce, non so con che esattezza, per l'Inghilterra: "Lawyers prefer litigation, businessmen prefer arbitration".

⁽⁴³⁾ Senza mezzi termini, parla di "outrageous fees" guadagnate dagli arbitri internazionali T. KOJIMA, nel suo General report al recentissimo International Symposium on Civil procedure in the Globalisation Era tenutosi presso la Università Waseda di Tokio il 25-27 agosto 1992, p. 20 del dattiloscritto.

percentuale, se riferita alle aspettative di profitto piuttosto che al valore del contratto oggetto di controversia. Del resto, nihil sub sole novi. Il caso italiano, limitato agli introiti degli operatori sulla scena del procedimento arbitrale, si generalizza negli Stati Uniti, dove, non esistendo una tariffa legalmente approvata per onorari e prestazioni, le lamentele concernenti in generale l'eccessiva elevatezza dei costi di mediazione legale sono all'ordine del giorno e daranno luogo, prima o poi, a qualche intervento calmierativo del legislatore o, magari, della stessa associazione professionale.

L'arbitrato non istituzionalizzato lascia anche molto a desiderare sotto il profilo riguardante l'attuazione di un principio fondamentale nell'amministrazione della giustizia, quale il principio di imparzialità del giudice. Tra gli addetti ai lavori, quanto meno nei corridoi, circola la convinzione che una volta conosciuta la scelta del terzo arbitro (il collegio è più frequente dell'arbitro unico, ma il medesimo discorso si potrebbe fare anche per il secondo caso) sia facilmente prevedibile l'esito. La cosa dipende dal contesto piuttosto ristretto in cui gli arbitri vengono scelti, che ovviamente favorisce lo scambio di favori. Per lo più si tratta oggi di avvocati. Non, evidentemente, di avvocati qualunque. Sono i professionisti più capaci e affermati. Il che è, di per sé, un bene. Ma si tratta di quei medesimi professionisti che in un caso sono arbitri di parte, nell'altro avvocati delle parti, nell'altro ancora presidenti del collegio, venendo a costituire una sorta di piccola collettività chiusa e rigidamente controllata, all'interno della quale si sviluppano fili intricati, ma individuabili, di relazioni. Ecco perché la scelta del terzo arbitro, pur effettuata da un organo imparziale quale il Presidente del Tribunale del luogo in cui il lodo deve essere emesso, nel caso frequente in cui gli arbitri nominati dalle parti non riescano ad accordarsi, non basta a garantire nei fatti, grazie al funzionamento del principio di maggioranza, l'imparzialità del collegio. Troppo ristretto è l'ambiente nel quale viene operata la scelta del presidente, troppo prevedibile la sua propensione a considerare, per molti comprensibili motivi, con maggior favore le ragioni dell'uno piuttosto che quelle dell'altro contendente.

Infine, l'arbitrato non istituzionalizzato può anche risentire, in modo dialetticamente divergente da quanto appena osservato in tema di imparzialità, di uno scarso impegno dei difensori a far valere le ragioni dei loro clienti. Ciò a causa del fatto che il difensore non può non tener conto -magari inconsapevolmente- del fatto che, nel prossimo caso, l'attuale arbitro potrà rappresentare l'avversario, ovvero il difensore

avversario potrà diventare l'arbitro. A questo proposito, però, la valutazione da dare non è radicalmente negativa, bensì dialetticamente ambigua. Proprio le componenti strutturali appena denunciate sono quelle che alimentano un aspetto generalmente ritenuto positivo dell'arbitrato, e cioè la tendenza al compromesso, inducendo arbitri e difensori a valutare con minor rigidità gli interessi contrapposti rispetto a quanto avviene davanti all'organo giurisdizionale pubblico,

Difficile immaginare rimedi agli inconvenienti sopra elencati. Forse, ma il discorso richiede ben altri approfondimenti, varrebbe la pena di incrementare e migliorare il meccanismo dell'arbitrato istituzionalizzato presso le camere di commercio, rendendolo più appetibile al mondo dei possibili utenti con interventi rivolti a calmierare i costi e ad assicurare, con la diffusione delle scuole di specializzazione e qualche tipo di controllo pubblico e trasparente, i necessari requisiti professionali e morali alle persone iscritte negli elenchi.

12.- Nodi di funzionalità anche nella attuale situazione del processo ordinario?

Se alcune categorie di interessi sono protette ricorrendo a statuti processuali privilegiati che garantiscono rapidità efficienza economia (in una parola quella razionalità che secondo Max Weber, come abbiamo visto, dovrebbe connotare pervasivamente l'amministrazione della giustizia nella società contemporanea) sembra lecito avanzare il sospetto che il funzionamento lento "inefficiente" e a costi elevati della giustizia ordinaria sia in qualche modo "funzionale" ad altre categorie di interessi.

Procrastinare l'esito del processo è certamente vantaggioso per il convenuto che ha torto. Ma questa assunzione è troppo generica e deve venir approfondita cercando di specificare il tipo ideale del convenuto portato a resistere ad oltranza.

Vi è anche da considerare che le cadenze tranquille e burocraticamente organizzate del processo ordinario possono risultare preferite dalla maggioranza di coloro che agiscono professionalmente sulla scena del processo.

In definitiva, sono individuabili tre categorie di interessi che risultano soddisfatte dalla struttura e -ma solo fino ad un certo punto ⁽⁴⁴⁾- dalla attuale situazione del processo ordinario: gli interessi delle imprese di assicurazione; gli interessi del ceto degli avvocati; gli interessi della burocrazia giudiziaria.

12.1.-. *Processo ordinario e tipologia dei convenuti portati a resistere anche nei "clear cases": il contenzioso di responsabilità civile contro le compagnie di assicurazione.*

Le cause da incidente stradale costituiscono probabilmente (non sono disponibili statistiche disaggregate all'interno della voce "responsabilità civile") più di un terzo delle cause civili sottoposte al rito ordinario ⁽⁴⁵⁾. Queste cause vedono quasi sempre coinvolta una compagnia di assicurazione in veste di convenuta, da quando, nel 1969 è entrato in vigore il regime di assicurazione obbligatoria, che prevede la c.d. azione diretta.

Se ci fermassimo a sottolineare l'aspetto positivo, che certo esiste- delle assicurazioni considerate come un esempio di solidarietà umana e quindi esaltate come istituti a tendenziali fini sociali ⁽⁴⁶⁾, di "democrazia economica", come anche si è detto, diventerebbe improponibile il tentativo di cogliere un rapporto di convenienza tra l'attuale stato dell'amministrazione della giustizia in Italia e gli interessi delle compagnie di assicurazione, che vediamo assumere così di frequente il ruolo del convenuto nei processi civili ordinari. Tutto al contrario, si dovrebbe pensare che l'estrema lunghezza e i costi elevati dei processi contrastano gravemente proprio con il fine istituzionale delle compagnie: il principio di solidarietà riceve un palese attentato se bisogna aspettare anni e

⁽⁴⁴⁾ Cfr., al riguardo, le osservazioni svolte *infra* al paragrafo 12.2.

⁽⁴⁵⁾ Il problema del sovraffollamento dei ruoli dovuto a controversie semplici come quelle da incidente stradale è tipico di tutti i Paesi sviluppati, al punto che un intero volume dell'*Internazional Encyclopedia of Comparative Law*, l'XI a cura di ANDRÉ TUNC, è dedicato a *Traffic Accidents Compensation, Law and Proposals*.

⁽⁴⁶⁾ Nel più famoso testo italiano di diritto delle assicurazioni, ANTIGONO DONATI, *Manuale delle assicurazioni*, Milano, 1956, p. 5 troviamo scritto che l'assicurazione "non solo svolge un'eminente funzione educativa, ispirando nell'uomo la coscienza di poter lottare e vincere contro le avversità del futuro con la solidarietà degli altri e una funzione di impulso per le altre forme di condotta attiva nei confronti dei rischi (prevenzione, risparmio), ma soprattutto svolge la funzione di creare la sicurezza e di raccogliere capitali. La sicurezza contro il rischio rappresenta, oltre che individualmente, anche collettivamente, la maggiore utilità dell'assicurazione, perché libera l'umanità dalla stasi derivante dall'incombenza dei rischi e la lancia verso ogni sorta di iniziativa economica"

anni e spendere somme ragguardevoli in spese di giustizia per sapere se l'indennità prevista dal contratto di assicurazione deve o no soccorrere l'assicurato.

Insistere soltanto sull'aspetto solidaristico del fenomeno assicurativo significa, peraltro, mutilare la realtà.

Non dobbiamo dimenticare che il fine ultimo dell'imprenditore assicurativo -come di qualsiasi altro imprenditore- è quello di valorizzare il capitale impiegato nella sua attività. E allora ci sembra ragionevole proporre la seguente ipotesi. All'imprenditore assicurativo la macchinosità, i costi, la durata dei processi possono tornare utili per conseguire l'obiettivo di massimizzare i profitti.

Lo scopo perseguito è quello di gestire la massa del denaro liquido a disposizione destinandolo ad investimenti redditizi.

È vero che di fronte alle cause di scarso valore economico (che sono la maggioranza), resistere ad oltranza non conviene. Con la sconfitta finale, le spese di giudizio proprie e quelle da rimborsare all'avversario supererebbero il beneficio di aver trattenuto il denaro nelle proprie casse. Ma la lunghezza del processo è utile anche in queste ipotesi, perché serve a scoraggiare la controparte, specialmente se dispone di scarsi mezzi, inducendola ad accettare transazioni vantaggiose per l'assicuratore, piuttosto che attendere per anni una sentenza di condanna, affrontando per di più costi ingenti, che non gli verrebbero rimborsati per intero. Senza contare poi le diffuse prassi di corruzione clandestina nei confronti degli avvocati avversari, che si vedono riconosciuta una percentuale della cifra liquidata al loro cliente, se lo persuadono ad accettare quanto proposto dalla compagnia di assicurazione.

Quando la somma contesa è rilevante, diventa conveniente resistere, indipendentemente da ogni valutazione sul torto e la ragione. La compagnia si fa trascinare in giudizio non solo nella speranza che l'avversario si scoraggi, ma anche perché è in ogni caso possibile lucrare sulla differenza tra l'interesse legale più le spese di giudizio, da un lato, e il reddito ricavato dal poter investire la somma dovuta per il risarcimento, dall'altro.

I rilievi effettuati valgono soprattutto quando chi chiede il risarcimento è un terzo danneggiato dall'assicurato.

Se invece chi agisce contro l'assicurazione è direttamente l'assicurato (ad esempio un imprenditore che ha avuto lo stabilimento distrutto dall'incendio), resistere in giudizio può essere controproducente. Si perde il cliente. Ma l'esperienza ci dimostra che la scelta

tra resistere e pagare subito viene anche qui operata in base ad un calcolo di convenienza economica, in cui semplicemente il calcolo è più complesso e il risultato meno sicuro.

Ad ogni modo, la tendenza delle compagnie a resistere ad oltranza è talmente evidente da aver indotto lo stesso legislatore a tentare di porre rimedio, rendendo meno vantaggiosa la resistenza dilatoria per il convenuto che ha torto, con tre diversi interventi, il primo dei quali pensato appositamente per i processi che vedono coinvolta un'assicurazione.

La legge 24 dicembre 1969, n. 990, sull'assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore e dei natanti, prevede all'art. 24 che il giudice istruttore possa liquidare provvisoriamente i danni anche nel corso dell'istruttoria, nei limiti dei quattro quinti del risarcimento che sarà liquidato definitivamente con la sentenza. Se questa disposizione fosse stata applicata con larghezza si sarebbe decisamente ridotta la possibilità di manovra della massa liquida di denaro da parte delle compagnie. Ciò non è avvenuto, anche perché la norma richiede la presenza di concomitante di due condizioni affinché si possa emanare l'ordinanza provvisoria: in primo luogo che la vittima si trovi in stato di bisogno; in secondo luogo che sussistano gravi elementi di responsabilità a carico del conducente, rilevabili già in base ad un sommario accertamento

Il secondo e terzo intervento sono contemplati fra i provvedimenti urgenti per il processo civile del 1990: da un lato viene previsto il raddoppio del tasso degli interessi legali, dal cinque al dieci per cento; dall'altro, viene modificato l'art. 282 del c.p.c., anticipando la provvisoria esecutività della sentenza dalla definizione del giudizio di appello alla definizione del giudizio di primo grado, così da tagliare le unghie alla prassi, piuttosto diffusa, di proporre appello al solo scopo di procrastinare negli anni l'esecutività di una condanna considerata inevitabile dallo stesso soccombente.

Era certamente opportuno intervenire in ambedue i settori. Ma le modalità dell'intervento in materia di interessi sono discutibili. La modifica del tasso degli interessi legali in generale ha provocato problemi nel campo dei rapporti sostanziali, specialmente in un periodo come quello attuale, in cui i tassi tendono a calare. Tanto è vero che si è posto con urgenza il problema di una riduzione, attuata dalla legge finanziaria per il 1997 con un ritorno al tasso antico. Meglio sarebbe stato "inventare" una sottospecie di interessi moratori processuali, in misura tra l'altro non fissa, ma variabile e così collegata con un prefissato fattore di incremento ai tassi correnti sul mercato, da utilizzare come

specifica misura coercitiva per scoraggiare la resistenza processuale a soli scopi dilatori, senza indurre turbamenti al di fuori del suo campo di applicazione.

12.2.-Dramatis personae *sulla scena del processo ordinario: a) i difensori.*

Molti anni or sono un nostro famoso processualista scriveva che "più ancora che 'cosa privata delle parti' il processo civile italiano è diventato, o piuttosto è rimasto, cosa privata degli avvocati delle parti, i quali troppo spesso ne regolano il corso a seconda dei loro interessi o impegni (non sempre coincidenti con quelli dei clienti!), la loro attività professionale consistendo quasi esclusivamente in innumerevoli scambi di scritture defensionali, con una gran parte delle udienze davanti al giudice trasformate in udienze di mero rinvio" ⁽⁴⁷⁾. E ancor prima un processualista ancor più famoso, denunciava la trasformazione dell'avvocatura "da benefico freno in pericoloso stimolo della litigiosità e della malafede giudiziaria" ⁽⁴⁸⁾.

Per dirla in maniera più astratta e anche più brutale, non si può fare a meno di riconoscere l'esistenza di consistenti e sistematiche deviazioni, nel modo in cui la professione dell'avvocato è organizzata nel nostro Paese, rispetto al suo scopo istituzionale di resa di un servizio ⁽⁴⁹⁾.

Occorrerebbe un lungo discorso sulle vicende del ceto professionale degli avvocati, in connessione con il mutamento delle strutture economiche e sociali. Ma dobbiamo limitarci a pochi e rapidi cenni.

In primo luogo va osservato che il numero degli iscritti agli albi professionali è in costante aumento -anche prendendo in considerazione, come si deve, solo coloro che esercitano, con più o meno successo. Le ultime cifre a disposizione dicono che sono quasi centomila gli avvocati esercenti. Soltanto gli avvocati iscritti agli albi del Lazio sono più numerosi di tutti gli avvocati francesi. Senza contare poi il vero e proprio esercito di praticanti (più di centomila) che preme per entrare.

⁽⁴⁷⁾ MAURO CAPPELLETTI *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 36.

⁽⁴⁸⁾ PIERO CALAMANDREI, *Troppi avvocati*, ora in *Opere giuridiche*, Vol. II, Napoli, 1966, p. 65 ss.

⁽⁴⁹⁾ Come è noto, si tratta di un problema non solo italiano. Un giudizio impietoso sul ruolo degli avvocati nella società nordamericana si trova già in un classico della sociologia: Cfr. THORSTEIN VEBLEN, *Teoria della classe agiata*, trad. it., Torino, 1949, p. 181 s.

Nello stesso tempo è però gravemente scaduto il ruolo sociale ricoperto dal libero avvocato civilista, rispetto ai tempi ormai lontani in cui la miriade dei piccoli interessi confliggenti sul mercato garantiva un elevato prestigio culturale ed un reddito sicuro ai detentori del sapere tecnico-giuridico necessario per la mediazione o per la difesa davanti agli organi giurisdizionali.

Il cambiamento dei punti di riferimento colpisce tanto le possibilità di guadagno che la qualità del lavoro di un ceto professionale in fase di "esplosione demografica", provocando uno scadimento qualitativo in suoi ampi settori ed insicurezza sul futuro.

A parte una minoranza di fortunati specialisti (ad esempio nel campo degli affari, del diritto di famiglia, della tutela contro la pubblica amministrazione, della protezione dei consumatori) la maggior parte degli avvocati lega il proprio reddito e i propri destini al contenzioso di massa a basso tenore normativo tipico delle società industriali avanzate. Moltissimi avvocati civilisti passano la vita a trattare cause per incidenti automobilistici o a curare il c.d. recupero crediti, chiedendo decreti ingiuntivi o intimando precetti cambiari per il mancato pagamento di forniture o di beni di consumo, ovvero a proporre domande ripetitive (a volte centinaia, o anche in casi particolari migliaia) in materia di lavoro.

È facile capire la correlazione che esiste tra la situazione del processo civile e le vicende del ceto degli avvocati.

Intanto, lo scadimento della professione in una routine qualche volta degradante⁽⁵⁰⁾ finisce con l'uccidere l'interesse verso l'ambito di lavoro. Il che spiega la sostanziale passività del ceto nei riguardi dei problemi che riguardano l'amministrazione della giustizia, quando non siano messe in discussione le comode abitudini cristallizzate nella prassi, nonché lo scarso contributo al dibattito sulle riforme da parte degli enti esponenziali come i consigli degli ordini, anche se ultimamente comincia a intravedersi qualche segnale di un impegno maggiore.

Ma soprattutto l'aumento del numero degli avvocati e la compressione del numero delle cause hanno fatto assumere alla professione un aspetto spiacevolmente parassitario. Si è venuta a creare un divario sempre più ampio tra gli interessi di guadagno del professionista e gli interessi di tutela del cliente.

⁽⁵⁰⁾ Sul ruolo svolto da intermediari di vario tipo per il procacciamento della clientela e sulla conseguente contaminazione del lavoro professionale cfr. già GIAN PAOLO PRANDSTRALLER, Gli avvocati italiani. Inchiesta sociologica, Milano, 1967, p. 85 ss.

Tenuto conto della accentuata stratificazione sociale esistente in seno alla professione ⁽⁵¹⁾ il rilievo vale essenzialmente per il professionista piccolo e piccolo-medio, con riferimento al quale è ragionevole pensare che la lunghezza, la complicazione, il dilatarsi dei costi delle cause rappresentino una necessità imperativa per la sua stessa sopravvivenza come tipo sociologico. Se si hanno poche cause, occorre farle rendere il più possibile. Un simile risultato, però, può essere raggiunto solo disponendo di una struttura e soprattutto alimentando una prassi processuale adesso conformi, invece che ispirate alle esigenze di una giusta, sollecita ed economica definizione delle controversie. Senza contare poi che la situazione odierna della professione influisce direttamente sull'appesantimento del lavoro giudiziario, nel senso che questo è anche ingorgato da controversie inutili promosse su sollecitazione degli appartenenti agli strati meno fortunati dell'avvocatura, per incrementare un reddito che sarebbe troppo scarso se venissero seguite rigorosamente le regole della deontologia professionale. Basti pensare a quanto frequentemente si inizi una causa di cognizione ordinaria quando basterebbe la tutela monitoria o addirittura l'esercizio dell'azione esecutiva; a quanto frequentemente una causa di cognizione ordinaria venga radicata malgrado sia ictu oculi inesistente il diritto vantato o malgrado, al contrario, il diritto sia incontestabile al punto che basterebbero una diffida e una trattativa per ottenere l'adempimento ad opera del soggetto passivo. E vi è di più. Capita con frequenza che, in materia di crediti pecuniari, la pretesa venga artificiosamente frazionata, al fine di instaurare una pluralità di procedimenti al posto di uno solo (ad esempio, si agisce separatamente per tante frazioni del capitale, nonché per gli interessi). Non mancano neppure i casi di frazionamenti artificiosi del titolo esecutivo per effettuare una pluralità di pignoramenti o moltiplicare gli interventi.

Malgrado possa sembrare strano, vi è un aspetto di funzionalità nell'attuale modlo organizzativo dell'amministrazione della giustizia civile anche con riferimento agli interessi del grande e medio-grande professionista, ancora poco diffuso in Italia, ma in via di sviluppo specialmente a Roma e nelle grandi città del Nord. Un processo scritto, privo di preclusioni e basato su lunghi rinvii, come è rimasto il nostro processo ordinario dopo la controriforma del 1950 e la “riforma della riforma” del 1995, consente di programmare ed

⁽⁵¹⁾ Questa stratificazione è un fenomeno diffuso e studiato da tempo. Cfr., per quanto riguarda gli Stati Uniti, JACK LADINSKY, Careers of Lawyers, Law Practice and Legal Institutions, in American Sociological Review, 27 (1963), p. 53 ss.

organizzare molto meglio una notevole quantità di lavoro nei nostri grandi studi, per lo più strutturati in modo rigidamente accentrato e gerarchico. Un processo orale come quello vagheggiato dai nostri riformatori renderebbe impossibile il mantenimento della attuale organizzazione di questo tipo di studi, basata com'è su un capo con funzioni manageriali, di rappresentanza, e di controllo sulla qualità del lavoro svolto dai sottoposti, spesso alle prime armi e selezionati secondo criteri di rigida divisione del lavoro: "comparsisti" per le ricerche di dottrina e di giurisprudenza e procuratori o praticanti procuratori con funzioni di passacarte alle udienze. D'altra parte l'attuale pesante struttura del processo, in cui prevalgono le scritture e non esiste un rigido criterio d'ordine delle attività da compiere consente ai professionisti di assorbire un più grande carico di cause mantenendo fermo il numero degli addetti (e quindi senza incrementare le spese per stipendi), grazie al fatto che il lavoro importante può essere eseguito nel chiuso degli uffici e soprattutto grazie al fatto che, giocando sui rinvii, questo lavoro può essere programmato in modo da ottenere il massimo vantaggio sul piano del rapporto costi-ricavi.

Possiamo così spiegarci l'ostruzionismo feroce di gran parte degli avvocati e delle loro strutture rappresentative contro gli aspetti innovatori del codice di procedura civile del 1942, che portò al loro affossamento con la Novella del 1950. E ci possiamo spiegare l'ostruzionismo altrettanto feroce contro la messa a regime del giudice di pace e contro la parte innovativa della disciplina del processo ordinario contenuta nella Novella promulgata nel 1990. L'entrata in vigore di quest'ultima è stata reiteratamente rinviata anche grazie all'impegno lobbistico del Consiglio nazionale forense; le sue prescrizioni più limitative della libertà organizzativa degli studi sono state svigorite con successivi decreti, finiti di convertire in legge solo nel dicembre del 1995.

Intendiamoci. I rilievi appena fatti non vogliono significare che gli avvocati siano avvantaggiati dall'attuale stato dell'amministrazione della giustizia civile. Vogliono solo significare che essi ne portano una parte della responsabilità storica. La quantità ha finito col trasformarsi in qualità, il vaso di Pandora si è scoperto e le siderali durate dei processi odierni danneggiano ovviamente anche la professione, specialmente quando si tratta di aspettare anni, dopo la conclusione dell'istruttoria, per vedere emanata la sentenza.

12.3.-Dramatis personae sulla scena del processo ordinario b): i giudici.

Dobbiamo qui esordire con una premessa: i giudici italiani (a parte il conciliatore, che decide una quota irrisoria di controversie ed è destinato a scomparire e a parte il nuovissimo giudice di pace) sono impiegati civili dello stato che hanno vinto un concorso dopo aver conseguito la laurea in giurisprudenza.

Ci troviamo di fronte ai generali problemi di efficienza e di produttività tipici delle burocrazie che non discendono da un'alta tradizione di eccellenza e di duro lavoro.

Uno degli aspetti della situazione di privilegio di cui gode il ceto giudiziario in Italia come ceto burocratico è infatti costituito dalla "inefficienza" verso l'esterno del servizio da esso reso, poiché questa inefficienza si traduce all'interno in un ben minore impegno di lavoro richiesto ai singoli membri del ceto, rispetto all'impegno che occorrerebbe se il servizio fosse, invece, "efficiente".

Ma questi sono rilievi generici, scontati e a ben guardare superficiali. Essi si possono applicare indifferentemente a tutti i rami della pubblica amministrazione in Italia: alla scuola, alle strutture militari e dello stato sociale, ai ministeri.

È invece interessante vedere se non esista una connessione più sottile tra spirito burocratico e stato dell'amministrazione della giustizia civile.

A questo proposito sono ancora illuminanti i rilievi del giovane Marx nei confronti delle corporazioni burocratiche in generale: Il culto dell'autorità, l'obbedienza passiva, la fede acritica, l'attività irrigidita nelle forme e nelle routines qualificano la vita dell'individuo burocratizzato. Per lui i fini superiori dello Stato si identificano in una faccenda sua: la sua carriera. Poiché la sua esistenza è l'esistenza dell'ufficio, per lui lo Stato non esiste se non sotto la forma di una costellazione fissa degli spiriti burocratici, legati solo dalla subordinazione gerarchica. La conoscenza reale si svuota; la vita reale non appare se non come morta; il falso sapere e la vita immaginaria degli uffici e della gerarchia passano per verità ⁽⁵²⁾.

Si riescono così a capire l'importanza esasperata che nell'attività giurisdizionale viene attribuita alle forme, anche quando esse si pongono in contrasto con la sostanza delle esigenze di tutela; la tendenza a valutare le questioni trattate e a dedicarvi l'impegno secondo parametri interni alla vita della corporazione, quali la finezza e la complicazione

⁽⁵²⁾ KARL MARX, Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico, in MARX-ENGELS, Opere scelte a cura di Gruppi, Roma, 1966, p. 22 s.

dei "problemi giuridici" coinvolti, piuttosto che badando alla consistenza e importanza degli interessi in giuoco; la tendenza al conformismo, che comporta in molti giudici l'accettazione passiva della routine lenta e farraginosa degli uffici; la preferenza psicologica per faldoni e protocolli e cioè per una trattazione del processo che si svolga attraverso la mediazione degli scritti, anziché nel coinvolgimento e nell'impegno di un contatto immediato e diretto con le parti; l'abitudine di farcire le motivazioni delle sentenze di obiter dicta estranei alla ratio decidendi che sorregge il dispositivo ⁽⁵³⁾, per dimostrare la propria sapienza giuridica e preconstituire i titoli per l'avanzamento in carriera ⁽⁵⁴⁾; l'accentuarsi, in connessione con tale avanzamento, dello "spirito burocratico" e quindi dei suoi specifici fini ed interessi, divergenti da quelli generali.

Certamente pesano qui le peculiarità della storia italiana, dalle perduranti influenze del secolare dominio straniero, al dualismo dell'economia e della società nel contrasto Nord-Sud, al connesso peso nefasto di ogni tipo di rendita, ivi compresa la c.d. rendita burocratica, nella vita economica, alla prevalente estrazione geografica del personale addetto agli impieghi statali, dovuta al fatto che essi costituiscono nel Mezzogiorno la più diffusa aspirazione e la più sicura prospettiva di occupazione per la piccola e media borghesia.

V'è però ancora qualcosa da aggiungere, che riguarda esclusivamente la magistratura. Qui un recente processo storico di gelosa tutela dell'indipendenza non solo esterna ma anche interna, più che legittimo, perché rispondente a valori alti della nostra costituzione, ha portato con sé effetti assai negativi. Per fare un solo esempio, che a me sembra significativo: la giusta battaglia contro i poteri dei capi in ordine ad una serie di delicati problemi, a cominciare dalla discrezionalità delle scelte in ordine alla assegnazione delle cause, ha comportato nei fatti la sostanziale rinuncia all'esercizio dei poteri di controllo di quegli stessi capi sulla produttività dei giudici addetti ai loro uffici. La parola d'ordine "distruzione della gerarchia e mantenimento della burocrazia" ha contrassegnato molte battaglie vinte dalla magistratura nel dopoguerra, a cominciare da quella per

⁽⁵³⁾ Cfr., al riguardo, le lucide analisi di GINO GORLA, contenute nei numerosi saggi pubblicati nei Quaderni del Foro italiano dal 1966 al 1968.

⁽⁵⁴⁾ È vero che il criterio dell'anzianità di servizio ha da tempo sostituito gli esami per la promozione ai gradi intermedi. Tuttavia l'osservazione conserva a tutt'oggi la sua validità, perché la scelta per le assegnazioni agli uffici direttivi, alle sezioni dove si svolge il lavoro più interessante (e quindi fonte di maggior prestigio per il magistrato addetto) ed alle sedi più ambite è tuttora influenzata di fatto nelle determinazioni del C.S.M. dai criteri tradizionali di giudizio sulla "cultura" e sulla "preparazione".

l'abolizione dei controlli di merito sulla carriera e a finire con il successo ottenuto nell'impedire qualsiasi modifica nella composizione, esclusivamente di magistrati, dei consigli giudiziari, che dovrebbero proporre valutazioni selettive a livello decentrato sul territorio, indispensabili almeno in ordine all'attribuzione delle funzioni direttive, e per ovvie ragioni non operate. Ne è conseguito un processo di deresponsabilizzazione dei singoli dove soltanto la gratuita dedizione al lavoro, frequente, ma di sicuro non pervasiva, non rappresenta una spinta sufficiente per ottenere un risultato del servizio perlomeno accettabile. Anche se, naturalmente, non bisogna dimenticare tutti gli altri fattori che contribuiscono all'attuale disastro, a cominciare dalla pessima distribuzione dei magistrati sul territorio e a finire con il peso drammatico dell'arretrato sui ruoli dei singoli giudici. Inconvenienti, questi ultimi, che possiamo sperare di veder presto rimediati grazie ai recenti interventi legislativi che hanno introdotto i giudici onorari aggregati e aperto la strada per l'introduzione del giudice unico in primo grado.

Ma la deresponsabilizzazione burocratica ha provocato ulteriori fenomeni, certamente non generalizzati, ma di sicuro significativi al punto di aver attirato l'attenzione critica della dottrina. Tanto per cominciare, essa ha inciso in modo pesante sulla dialetticità del processo, il mitico actus trius personarum dei nostri commentatori, che trae la sua origine e il suo contenuto dall'attività coordinata dei suoi protagonisti necessari. Ci troviamo spesso di fronte ad un difetto di agire comunicativo che può avere effetti distruttivi in ordine al rispetto di canoni fondamentali del processo. Quando il giudice non motiva adeguatamente un provvedimento istruttorio essenziale, oppure emana una c.d. sentenza della terza via senza preventivamente attivare il contraddittorio tra le parti sulle questioni rilevabili d'ufficio coinvolte, magari emana provvedimenti giusti, ma nello stesso tempo tradisce un suo compito fondamentale. L'idea stessa di processo ne risulta vulnerata.

Bisogna tuttavia notare che le cose stanno lentamente cambiando, per il momento soprattutto a livello di "battaglia delle idee".

I costi sociali delle posizioni di rendita cominciano ad apparire non più sopportabili all'interno del meccanismo di sviluppo. Si moltiplicano preoccupazioni e denunce per le disfunzioni dell'apparato statale nelle sue varie articolazioni. Gli stessi "corpi separati" non sono insensibili al mutamento di clima e i loro vertici cominciano a farsi promotori di sforzi razionalizzatori. Il Consiglio Superiore della Magistratura, in numerose relazioni sullo stato dell'amministrazione della giustizia ha analizzato

impietosamente e denunciato con vigore il "disservizio", anche se possono lasciare perplessi l'individuazione delle cause e la proposizione dei rimedi. Inoltre si vanno formando piccoli "circoli di qualità", dove singole strutture giurisdizionali o addirittura singoli magistrati cercano di reagire allo sfascio, sovente con notevole successo.

13.-Prospettive di cambiamento.

I rapidi cenni all'evoluzione storica e allo stato attuale dell'amministrazione della giustizia civile, al reticolo di interessi a volte confliggenti che vi si collega, alla diversificata disciplina di una pluralità di processi che la regolamentano hanno lasciato intravedere un quadro complesso e contraddittorio, talvolta di non facile interpretazione.

Dobbiamo chiederci ora quali prospettive di cambiamento si aprono per il futuro.

Se limitiamo l'esame al processo ordinario due dati emergono con una certa evidenza dall'analisi appena compiuta.

Innanzitutto dobbiamo riconoscere che ci troviamo, per così dire, in fondo all'abisso. C'è un limite al peggio. Non si può che cominciare a salire. Quando un cittadino costretto a passare per la cruna della cognizione ordinaria deve attendere quasi un decennio se il soccombente percorre la trafila delle impugnazioni prima di poter contare su un provvedimento irrevocabile comincia a svilupparsi nella coscienza sociale e a circolare nei circuiti di comunicazione di massa la consapevolezza di una necessità di inversione di rotta non più dilazionabile.

D'altra parte, è vero che gli operatori del foro sono per ragioni diverse interessati ad un andamento lento, altamente formalizzato e basato sulle scritture dei processi. Ma è vero fino a un certo punto, particolarmente per quanto riguarda l'interesse alla lentezza.

Ed è vero sino ad un certo punto persino per quanto riguarda i convenuti istituzionali della litigiosità diffusa, come le compagnie di assicurazione.

Per queste ultime si tratta di un semplice problema di immagine, che può comunque avere un certo rilievo nell'ambito della concorrenza, in quanto la compagnia che liquida più speditamente i sinistri ed evita di speculare su durate processuali ormai semieterne può legittimamente attendersi un successo di mercato rispetto ai competitori che la conduca a stipulare un maggior numero di contratti.

Il problema è più complesso per quanto riguarda avvocati e giudici.

Con riferimento agli avvocati va sottolineato che la fuga senza fine verso durate processuali sempre più intollerabili rischia di provocare una simmetrica fuga dalla giurisdizione da parte dei cittadini, di cui si cominciano ad avvertire i sintomi, per ora limitatamente ad alcuni settori. Ne risultano direttamente minacciati i redditi professionali ed ecco allora che si comincia a cogliere, soprattutto negli enti esponenziali del ceto, una notevole preoccupazione circa lo stato dell'amministrazione della giustizia, anche se i suggerimenti per i rimedi, finora concentrati sulla richiesta di un reclutamento straordinario di magistrati, appaiono poco condivisibili.

Con riferimento ai giudici va diffondendosi non solo una generica consapevolezza della necessità di migliorare il servizio, indotta dal timore che la perpetuazione dell'attuale stato di cose possa determinare la diffusione nel pubblico di un sentimento di ostilità tale da costituire una minaccia all'indipendenza. Come abbiamo visto, cominciano anche a diffondersi manifestazioni di "volontariato". Approfittando dell'entrata in vigore delle recenti riforme processuali, oltre che della diffusione delle competenze informatiche indirizzate a razionalizzare il lavoro, molti giudici, specie nelle grandi aree metropolitane cercano di introdurre un nuovo modo di fare giustizia capace di rispondere alle attese dei cittadini. C'è da sperare che il loro esempio sia contagioso, anche grazie all'impegno profuso da alcune istanze della magistratura associata. D'altronde, un miglioramento nell'amministrazione della giustizia "comune" si impone, nella misura in cui appare necessario risolvere per il meglio una contraddizione veramente stridente, che vede la magistratura italiana da un lato impegnata in un'opera di contrasto della corruzione politica e, sia pure con minore incisività, della corruzione amministrativa, che non ha eguali nel mondo ⁽⁵⁵⁾, ma la vede contemporaneamente sprofondata, dall'altro, nella quotidiana normalità del suo operare, in un baratro di inefficienze, di tempi infiniti, di sprechi assurdi di risorse tecniche ed umane, tale da poter ispirare un *cahier des doléances* così ricco, da costituire, anche qui, un *unicum* privo di riscontri negli altri Paesi sviluppati.

⁽⁵⁵⁾ Anche se, su un piano più generale, la crescita dell'incidenza del potere giurisdizionale è un dato comune a moltissimi ordinamenti. Cfr., in riguardo, *The Global Expansion of Judicial Power*, a cura di NEAL TATE E TORBIORN VALLINDER, New York, 1995. Sull'evoluzione delle democrazie contemporanee verso un intervento sempre più deciso della magistratura nel processo politico cfr., altresì, CARLO GUARNIERI e PATRIZIA PEDERZOLI, *La puissance de juger*, Parigi, 1996, p. 177 ss.; ANTOINE GARAPON, *Le gardien des promesses*, Parigi, 1996, p. 21.

13.1.-Gli interventi sulle strutture processuali.

La crisi del rito civile ordinario non è risolvibile soltanto con interventi sulle discipline processuali. Occorre soprattutto un insieme di riforme ad ampio spettro che incidano sull'accesso alla giustizia, sulla professione di avvocato, sul reclutamento dei giudici, sul quasi monopolio della giurisdizione attribuito alla magistratura togata, sull'organizzazione del lavoro di quest'ultima (a cominciare dal disegno delle circoscrizioni e a finire con i controlli di produttività), sul funzionamento e sull'organizzazione della Corte di cassazione, sull'interesse della parte che ha torto di speculare sulle durate del processo.

Ma qualche ulteriore modifica della strutture processuali oltre quelle recentemente intervenute può essere utile.

In particolare, sarebbe opportuno concentrare l'attenzione sulla cognizione sommaria, studiando il modo di renderla più generalmente fruibile da parte dei cittadini bisognosi di tutela giurisdizionale.

L'idea, che abbiamo cercato altre volte di accreditare in questi ultimi anni ⁽⁵⁶⁾, è piuttosto semplice. Si tratta di intervenire con due modifiche sulla disciplina dei provvedimenti d'urgenza, sottraendoli all'inserzione nel sistema dei procedimenti cautelari, non comandata dalla natura delle cose, bensì da discutibili scelte di politica legislativa.

La prima modifica consiste nello svincolarne la concedibilità dal presupposto dell'irreparabilità del danno. In linea di principio (e cioè con le poche eccezioni che un esame più approfondito consiglia di introdurre) si dovrebbe prevedere l'accoglimento di una qualunque domanda di condanna sulla base di un giudizio relativo alla sua fondatezza,

⁽⁵⁶⁾ a dire il vero, in un primo tempo senza successo. La proposta, sviluppata ad esempio in Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile, in Rivista di diritto processuale, 1991, ora in Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile, Torino, 1995, p. 387 ss., specialmente p. 403-404 è passata sotto silenzio e solo ultimamente viene rapidamente ripresa da GIORGIO COSTANTINO, La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995, n. 238), in Foro italiano, 1995, V, c. 321 ss., ora in Scritti sulla riforma della giustizia civile, p. 419 ss., specialmente p. 437. Sembra, però che il clima stia cambiando. Si comincia a porre il problema della "ricostruzione di alcune misure cautelari in autonomia rispetto al processo di merito". Cfr., in proposito, RICCARDO CONTE, Per un'autonomia del processo cautelare, in Questione giustizia, 1996, p. 369 ss. Inoltre, il progetto di un disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile, in Rivista di diritto processuale, 1996, p. 945 ss, al punto 43 parla di una revisione dei provvedimenti d'urgenza che comporti l'esclusione dell'onere della parte istante di promuovere la causa di merito e, simmetricamente, la facoltà della parte incisa dal provvedimento di chiedere in qualunque tempo l'accertamento dell'inesistenza del diritto, a tutela del quale il provvedimento è stato pronunciato.

concretantesi in una valutazione di probabilità a seguito di una cognizione sommaria (ma completa e nel contraddittorio delle parti) che dia largo spazio all'interrogatorio non formale, sancendone la totale valenza probatoria, oltre che di chiarificazione, e la utilizzabilità delle dichiarazioni di terzi, senza bisogno di attenersi alle ritualità stabilite per l'assunzione della prova per testimoni (ad esempio consentendo la presentazione di dichiarazioni scritte ad opera dei difensori).

Va notato a questo proposito che la generalizzazione della concedibilità del provvedimento anticipatorio corrisponde ad una tendenza in atto nella nostra giurisprudenza, meno rigorosa di un tempo in ordine al requisito del c.d. periculum in mora, grazie ad una sempre maggiore indulgenza nell'ammettere la c.d. irreparabilità del danno da durata del processo.

La seconda e più importante modifica consiste nel separare la disciplina dei provvedimenti d'urgenza da quella dei provvedimenti cautelari in senso proprio, avvicinandola invece a quella del procedimento per decreto ingiuntivo. Si tratta di ribaltare completamente il rapporto tra provvedimento anticipatorio e procedimento di merito: non l'inefficacia, ma al contrario la stabilità propria del giudicato a favore del primo, quando il secondo non viene instaurato: il provvedimento chiesto ante causam diventa irrevocabile se il soggetto inciso non si oppone, chiedendo, lui, entro un certo termine, il procedimento ordinario a cognizione piena.

Siccome però, a differenza di quanto accade per il decreto ingiuntivo, nel caso del provvedimento anticipatorio reso nel contraddittorio delle parti, e sia pure a cognizione sommaria, c'è stata una spendita di attività istruttoria che ha orientato il convincimento del giudice con un'attendibilità uguale, (qualcuno ha anzi autorevolmente suggerito, superiore) ⁽⁵⁷⁾ rispetto a quella ottenibile nel procedimento ordinario, la normale efficacia esecutiva del provvedimento andrà mantenuta nonostante l'opposizione (pur dovendosi prevedere la possibilità dell'inibitoria).

Naturalmente, la proposta non è indirizzata a sostituire "in prima battuta" la cognizione sommaria alla cognizione piena per tutte le controversie civili. Si pensa piuttosto all'istituzione di una sorta di binario veloce per le numerosissime categorie di controversie adatte a percorrerlo, indipendentemente dall'esistenza o no di un periculum in

⁽⁵⁷⁾ ANDREA PROTO PISANI, Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c., in Rivista di diritto civile, 1990, I, p. 393 ss.

mora (come avviene per l'attuale disciplina dei provvedimenti d'urgenza) o dalla volontà politica di istituire un privilegio processuale per determinate categorie di creditori (come avviene per l'attuale disciplina del decreto ingiuntivo).

Si tratta semplicemente di pensare ad altri tipi di filtro, che facciano riferimento, oltre che alla materia ⁽⁵⁸⁾, alla non particolare complessità della controversia e/o all'esigenza di pronta spedizione, valutabili non solo dalla parte che effettua la scelta proponendo un ricorso anziché notificando una citazione, ma anche dal giudice in limine litis.

13.2-Gli interventi nel mondo degli operatori.

Ancora più importanti per garantire un risultato positivo in ordine allo stato dell'amministrazione della giustizia sono gli interventi indirizzati a modificare il mondo degli operatori professionali in essa quotidianamente impegnati: giudici ed avvocati.

13.2.1- La preliminare necessità di porre rimedio all'attuale frattura tra ordine giudiziario e professione forense.

Al riguardo va ricordato prima di tutto che nel nostro Paese esiste una situazione, nei rapporti tra il ceto degli avvocati e la burocrazia giudiziaria, molto preoccupante e non riscontrabile altrove.

Da qualche anno si registra un conflitto endemico che vede contrapposti magistrati e avvocati tanto nei luoghi di lavoro, quanto nella elaborazione culturale dei rispettivi enti esponenziali. Ultimamente questo conflitto si è aggravato rispetto al passato, assumendo spesso connotazioni decisamente politiche.

Al di là delle platoniche dichiarazioni di buona volontà e di buon vicinato scambiate nei saluti ufficiali in occasione di congressi, le due categorie sono sempre più

⁽⁵⁸⁾ Cfr. al riguardo, sia pure non nell'ambito dei suggerimenti portati avanti nel testo, ANDREA PROTO PISANI, La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela, in Foro italiano, 1990, V, p. 20 ss. dell'estratto

spesso schierate su fronti opposti dinanzi alla pubblica opinione in ordine a scelte importanti. Basti pensare a quanto è accaduto per la recente legge sulla custodia cautelare risolutamente perseguita dagli avvocati e altrettanto risolutamente osteggiata dalla magistratura, oppure a quanto è accaduto, all'opposto, per i provvedimenti urgenti sul processo civile.

Si è venuto così a creare, nel mondo della giustizia, un paradosso davvero assurdo. Il controllo di legalità e il diritto di difesa, che non solo agli occhi dello studioso, ma anche nella percezione del comune cittadino si presentano come l'espressione di valori concorrenti e complementari del vivere associato nella loro dialettica interazione, rischiano di diventare antagonisti irriducibili nella quotidiana vita del foro.

È vero che la linea di confine tra usi e abusi sia del controllo di legalità che del diritto di difesa è assai sottile e molto spesso travalicata, specialmente nel campo della giustizia penale (ma non mancano le esperienze negative anche nel campo della giustizia civile, ad esempio di abusi dei poteri inquisitori dei giudici nei procedimenti camerati). È però altrettanto vero che molto spesso si riscontrano atteggiamenti di reciproca insofferenza tra magistrati ed avvocati, anche quando ciascuno di essi si muove legittimamente entro l'ambito che il giuoco del processo gli assegna ⁽⁵⁹⁾.

È inutile spendere troppe parole per dimostrare che una simile situazione di conflitto è esiziale per il buon andamento dell'amministrazione della giustizia. Lo è a tacer d'altro perché, come si è visto di recente, rischia di far incancrenire la dialettica su aspetti forse importanti dal punto di vista degli interessi della categoria di volta in volta coinvolta, ma non fondamentali dal punto di vista della generalità dei cittadini (penso ad esempio alla polemica sulla disciplina delle preclusioni nella fase introduttiva del processo civile).

Se due categorie professionali vivono ripiegate sul proprio particolare, ne risulta un automatismo, quasi istintivo, di rifiuto al dialogo costruttivo sui problemi che riguardano il campo del comune operare. Diventa difficile per gli appartenenti a ciascuna categoria accettare soluzioni sicuramente vantaggiose per gli utenti del servizio tutte le volte che esse, magari acconsentite o addirittura promosse dall'altra parte che non ne subirebbe "pregiudizio", compromettessero qualche loro interesse cristallizzato, anche se sicuramente non degno di protezione. E diventa facile, nell'ambito dell'attività quotidiana,

⁽⁵⁹⁾ Con riguardo ai rapporti tra P.M. e difensori cfr gli amari rilievi di EDMONDO BRUTI LIBERATI, Deontologia del pubblico ministero nei rapporti con la difesa, in Rassegna forense, 1996, p. 40.

interpretare prassi e atteggiamenti del proprio referente nella categoria opposta non già come un contributo ad un risultato da costruire in comune, ma tutto al contrario come un fastidio, un ostacolo, un impedimento al raggiungimento di un fine che viene pensato come esclusivamente proprio.

Come colmare il solco di incomprensione, o per meglio dire di ostilità, che oggi separa ordine giudiziario e ceto forense?

13.2.1.1-L'opportunità di una formazione comune per avvocati e magistrati.

Una prima risposta va cercata in una profonda riforma del processo di formazione di ambedue le categorie di operatori.

Le attuali modalità di selezione dei futuri avvocati e magistrati sono sommamente insoddisfacenti.

Il concorso per l'accesso alla magistratura non risponde ad alcun criterio in grado di accertare l'idoneità dell'aspirante ad amministrare la giustizia ⁽⁶⁰⁾. La selezione viene operata sostanzialmente attraverso la prova scritta. Qui si vince in base alla fortuna, sia dal punto di vista del possesso delle nozioni necessarie a sviluppare un elaborato, (dove conta la capacità di digerire enormi manuali assieme alla conoscenza della più recente giurisprudenza e, assieme, purtroppo, - per non dimenticare un elemento fortemente distorsivo della trasparenza- alla iscrizione a qualcuna delle più note scuole private per la preparazione ai concorsi, talvolta inopportunamente gestite da magistrati o ex-magistrati), sia dal punto di vista dell'umore e del grado di attenzione dei componenti della commissione (o sottocommissione) giudicatrice al momento della lettura. Dopo il passaggio agli orali ci si avvia con sicurezza pressoché totale (non risultano casi percentualmente rilevanti di uditori a cui non siano state attribuite le funzioni) ad una carriera non più sottoposta a controlli di merito.

Non molto meglio si presentano le cose con riferimento all'esame di stato per diventare procuratore legale. Apparentemente un vantaggio è rappresentato dal periodo obbligatorio di pratica. Tuttavia, il senso di responsabilità nei riguardi dell'insegnamento ai

⁽⁶⁰⁾ Cfr., al riguardo, anche i rilievi di VITTORIO CHIUSANO, Il magistrato e l'organizzazione giudiziaria, in, Atti della prima conferenza nazionale dell'avvocatura italiana, Milano Ipsoa, 1993, p. 174.

giovani laureati praticanti non è molto diffuso tra i titolari degli studi legali ⁽⁶¹⁾. Inoltre, una grave sperequazione deriva dalla organizzazione su base distrettuale dell'esame di stato. Al riguardo esistono dati impressionanti. Vi sono sedi che promuovono oltre l'ottanta per cento degli iscritti e sedi che ne promuovono meno del quindici per cento!

Che fare? Alcuni suggerimenti contenuti nella recente "Bozza di disegno di legge portante la disciplina dell'ordinamento forense" sono certamente opportuni. In particolare è da condividere l'idea di prolungare a tre gli anni di pratica, approfittando dell'abolizione della distinzione tra avvocato e procuratore legale, nonché di istituire corsi di formazione a frequenza obbligatoria.

Per una buona riforma del sistema di selezione occorre tuttavia rendersi conto che non si può rimettere tutto all'alea istantanea implicata nel risultato di un esame scritto. Occorre rovesciare l'impostazione. L'esame dovrebbe precedere l'ingresso del laureato in giurisprudenza ⁽⁶²⁾ ad un periodo almeno biennale di pratica, retribuita e a numero chiuso, sull'esempio tedesco, da svolgersi in comune tra aspiranti giudici e aspiranti avvocati, con frequenza di corsi e seminari ⁽⁶³⁾, ma soprattutto stages di uditorato sia presso studi professionali che presso organi giudiziari e della pubblica amministrazione.

L'accesso alle due categorie di operatori giuridici dovrebbe avvenire principalmente sulla base delle valutazioni ottenute nei diversi livelli di praticantato, unitamente ad un giudizio finale di idoneità in base a modalità differenti, che tengano conto del diverso significato che riveste l'entrata in un corpo di pubblici funzionari, rispetto all'iscrizione ad un albo di liberi professionisti ⁽⁶⁴⁾. Per coloro che non riescano ad ottenere

⁽⁶¹⁾ Rileva che il praticantato è "ridotto nella maggior parte dei casi ad una forma ibrida e modesta di subordinazione, di tolleranza reciproca tra titolare dello studio e praticante" VINCENZO SINISCALCHI, La formazione deontologica e professionale dell'avvocato, in Atti della prima conferenza, cit., p. 79.

⁽⁶²⁾ Preferisco situare la formazione dei futuri avvocati e magistrati in un momento successivo alla laurea, contrariamente a quanto suggerito da CLAUDIO CONSOLO e LEOPOLDO MAZZAROLLI, L'università, in Atti della prima conferenza, cit., p. 55 ss., i quali pensano ad un corso di laurea in "giurisprudenza forense" indirizzato alle professioni giuridiche tradizionali. Certo, bisogna impegnarsi a correggere le evidenti manchevolezze attuali della facoltà di giurisprudenza, giustamente denunciate dai due autori. Senza però obbligare ad operare troppo prematuramente le proprie scelte professionali. Meglio mantenere (e migliorare) l'attuale ripartizione in indirizzi, l'opzione all'interno dei quali è priva di conseguenze sul valore legale del titolo.

⁽⁶³⁾ Lascio impregiudicata la questione se questi corsi e seminari debbano svolgersi presso scuole di specializzazione gestite dalle università, ovvero presso un' "accademia giudiziario forense" da organizzare (articolata sul territorio o centralizzata in Roma?) sotto la responsabilità congiunta del Consiglio superiore della magistratura e del Consiglio Nazionale Forense.

⁽⁶⁴⁾ Diverso significato che impedisce di prendere in considerazione il suggerimento, di subordinare ad una non meglio specificata condizione di reciprocità l'iscrizione degli ex-magistrati all'albo degli avvocati. Il suggerimento forse un po' provocatorio, e nello stesso tempo interessante, perché sintomo di un clima, è

l'idoneità alla fine del periodo di praticantato si potrebbero prevedere "vie di fuga" nella pubblica amministrazione ⁽⁶⁵⁾.

Recentissimamente, il legislatore si è messo sulla strada di una modifica radicale al sistema di selezione di magistrati ed avvocati. La legge 15 maggio 1997 n. 127 contiene all'art. 17, commi 113 e 114 una delega al governo per provvedere alla modifica della disciplina del concorso per l'accesso alla magistratura ordinaria, sulla base di due principi e criteri direttivi: semplificazione delle modalità di svolgimento del concorso, anche attraverso l'ausilio di strumenti di interrogazione informatizzata; introduzione graduale, come condizione per l'ammissione al concorso, dell'obbligo di conseguire un diploma biennale presso scuole di specializzazione istituite nelle università, sedi delle facoltà di giurisprudenza.

La scuola di specializzazione postlaurea biennale introdotta, sulla base dello schema di decreto legislativo approvato dal Governo il 5 agosto scorso, anche per chi voglia indirizzarsi all'esercizio della professione legale costituisce un rivolgimento radicale ed opportuno. Tuttavia, alcuni aspetti del decreto legislativo appena ricordato suscitano perplessità, che sono state puntualmente manifestate nel parere espresso dal Consiglio superiore della magistratura il 9 ottobre successivo.

In particolare trovo appropriato che il Consiglio lamenti la mancata previsione dell'obbligatorietà del diploma sia per chi vuole entrare in magistratura sia per chi vuole diventare avvocato. Chi opta per la seconda strada può scegliere tra il praticantato presso uno studio professionale o l'iscrizione alla scuola ai fini del diploma. È facile prevedere

avanzato dal Consiglio dell'Ordine di Piacenza, con nota del 26 luglio 1995, contenente proposte di riforma al testo sul nuovo ordinamento professionale.

⁽⁶⁵⁾ Il quadro così disegnato prevede, rispetto a quella attuale, una selezione certamente più lunga e complessa, che finirà con il consentire l'ingresso nella professione ad un numero molto inferiore di aspiranti rispetto ad oggi. Questo sarebbe un bene, visto che oggi, in Italia, gli avvocati sono sicuramente troppi. Qualcuno potrebbe obiettare che l'introduzione di ulteriori, più rigorosi filtri all'accesso contrasta con i principi della libera concorrenza e potrebbe venir sanzionato dall'autorità garante, la quale con delibera 1 dicembre 1994 ha avviato un'indagine conoscitiva su tutti gli ordini e collegi professionali per gli aspetti normativi e regolamentari suscettibili di determinare distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato. Vi si accenna, infatti, che la procedura di accesso all'esercizio delle professioni liberali potrebbe essere (più o meno consciamente) utilizzata "per limitare arbitrariamente il numero dei soggetti che esercitano una data professione". Ma la risposta è semplice ed è già stata data (Cfr. REMO DANOVI, Le libere professioni e l'indagine conoscitiva dell'autorità garante, p. 6 del dattiloscritto), ove si sottolinea che le limitazioni all'accesso "...non possono esser ritenute incompatibili con un principio generale di libertà, poiché tali limitazioni...sono sempre in diretta corrispondenza con la qualità dell'attività professionale che deve essere salvaguardata", e che oggi non è sufficientemente salvaguardata, viene spontaneo di aggiungere.

che il praticantato sarà preferito, come strada più facile, e come d'altra parte vuole lo stesso legislatore, nel momento in cui prevede una programmazione degli accessi alle scuole che inserisce, insieme ad altri, che rendono l'insieme piuttosto indeterminato, un criterio, evidentemente restrittivo nelle intenzioni, che fa riferimento al numero dei magistrati cessati dal servizio nell'anno precedente, aumentato almeno del venti per cento.

Osserva invece giustamente il Consiglio che “un biennio comune di scuola superiore postuniversitaria potrà favorire una più approfondita comune percezione dei valori e dei principi del processo, dei diritti e delle garanzie del cittadino, del ruolo del diritto e della legalità. E questa maggiore e più diffusa consapevolezza culturale dei comuni valori di fondo delle rispettive funzioni è forse l'unica via per accrescere e diffondere, nelle due categorie, la capacità di riconoscere e rispettare il punto di vista dell'altro ruolo, di misurarsi sulla cultura che esso determina, e di sentire profondamente, nella distinzione dei ruoli (ed anche nella conseguenziale diversità, in parte, delle spinte e delle aspirazioni ideali di cui essi si alimentano), la essenziale complementarità dei ruoli e delle rispettive culture e la conseguente capacità di arricchimento reciproco attraverso il confronto leale e razionale”.

Bene ha fatto dunque il Consiglio ad insistere affinché un prossimo intervento del legislatore dimensioni le scuole anche in rapporto alla loro obbligatorietà per l'accesso all'avvocatura e ad auspicare l'apporto consultivo non solo proprio, come ora previsto, ma anche del Consiglio nazionale forense, “per la programmazione numerica degli specializzati da formare (ed anche per la migliore definizione dei piani di studio omogenei)”.

13.2.1.2 L'opportunità di istituire un canale di passaggio tra avvocatura e magistratura.

Il miglioramento della comprensione tra le due categorie di operatori del foro sarebbe ulteriormente garantito se fosse prevista la possibilità per gli avvocati, a certe condizioni, di entrare nell'ordine giudiziario. Qui è peraltro necessaria una grande cautela, perché ci si scontra con un problema assai delicato. Occorre evitare un'immissione indiscriminata attraverso il reclutamento straordinario di qualche centinaio di magistrati

scelti tra gli iscritti agli albi professionali, secondo le proposte talvolta ultimamente avanzate con il favore del consiglio nazionale forense. Si tratta di proposte da respingere con decisione per molte ragioni ⁽⁶⁶⁾, pur dovendosi riconoscere che non esistono ostacoli di ordine costituzionale, in quanto un concorso può avvenire per titoli ed essere riservato ad una cerchia ristretta e specifica di laureati in giurisprudenza, quali gli avvocati esercenti da un certo numero di anni ⁽⁶⁷⁾. A tacer d'altro, come non temere che in tal modo si deprima la qualità della giustizia amministrata, in quanto certamente non sarebbero i migliori avvocati, folgorati sulla via di Damasco, a trovare improvvisamente la vocazione che li porti a trasformarsi da professionisti di successo a impiegati civili dello Stato?

Altro discorso va affrontato sia con riferimento alla partecipazione alla autonoma giurisdizione onoraria (giudice conciliatore e, con peso sempre maggiore nelle prospettive future, giudice di pace), sia con riferimento alla partecipazione, in via onoraria, alle competenze del giudice togato (vice pretore onorario o, secondo la terminologia adottata da due recenti disegni di legge di iniziativa parlamentare ⁽⁶⁸⁾, vice pretore aggregato, da applicare a divise sezioni stralcio civili presso i tribunali e le Corti d'appello per lo smaltimento degli enormi arretrati che si sono andati accumulando). Qui la situazione è differente: l'avvocato rimane tale e il suo apporto alla giurisdizione è in linea di principio temporaneo. Certo, residuano perplessità inerenti al fatto che l'avvocatura dà un apporto all'amministrazione della giustizia in una posizione di assoluta minorità. La designazione dei magistrati onorari e la sorveglianza su di essi spetta ad organi della magistratura togata. Il contenzioso di cui sono chiamati ad occuparsi è un contenzioso bagatellare. Inoltre, la commistione nella stessa persona di due qualità non conciliabili in una considerazione

⁽⁶⁶⁾ Si dichiarano, invece, a favore del reclutamento straordinario, basato su un concorso per esami, consistenti per la parte scritta nella redazione di una sentenza e per la parte orale in un colloquio per la verifica del grado di preparazione e di esperienza del candidato nelle materie di competenza della magistratura ordinaria, VITTORIO AIMONE e DARIO DONELLA, Il reclutamento straordinario, in Atti della prima conferenza nazionale, cit., p. 127 ss., con ivi, p. 134 notizie sul disegno di legge Covi presentato nella precedente legislatura (300 posti) e il progetto della Federordini del 1991 (1500 posti).

⁽⁶⁷⁾ In questo senso FELICIANO BENVENUTI, L'attuazione dell'art. 106 della Costituzione, in Atti della prima conferenza nazionale, cit., p. 114 ss.

⁽⁶⁸⁾ Si tratta di due proposte della presente legislatura, la n. 1004 del 21 Ottobre 1994 d'iniziativa dei senatori Casadei Monti, Russo, Brutti, Imposimato, Laforgia, Morando, Senese, Bertoni, Pellegrino, Smuraglia e Salvi, Istituzione nei tribunali ordinari di sezioni stralcio per la definizione dei procedimenti civili arretrati e la n. 2157 del 7 marzo 1995, di iniziativa dei deputati Scermino, Bonito, Finocchiaro, Fidelbo, Giardiello, Danieli Porcari, Donato Pace, Soda, Bongiorno, Magrone, Cesetti, Grasso, Del Gaudio, Provvedimenti urgenti in materia di giustizia civile. Istituzione dei vicepretori aggregati e delle sezioni stralcio.

concettuale, oltre che fonte di forti dubbi di legittimità costituzionale ⁽⁶⁹⁾, apre lo spazio a contraddizioni capaci di portare il discredito sull'istituto del giudice onorario: sospetti di parzialità; traffici di influenze reali o millantate; scarso interesse al funzionamento efficiente e veloce della giustizia amministrata ⁽⁷⁰⁾.

Occorre comunque riconoscere che malgrado le obiezioni in astratto sollevabili nei confronti di una partecipazione alla giurisdizione da parte di soggetti che continuano a svolgere la funzione di difensori, l'esperienza ha condotto a risultati quasi sempre positivi, dovendosi riconoscere che la maggioranza degli avvocati coinvolti sanno svolgere con dedizione e disinteressato spirito di servizio le funzioni giurisdizionali onorarie. Senza contare che l'attività di supporto offerta dalla professione è di grande aiuto all'amministrazione della giustizia, soprattutto civile, il cui stato di crisi rasenterebbe la paralisi definitiva, se quell'attività venisse meno. D'altronde, è interessante ricordare che i più recenti sviluppi avutisi in Francia in materia di ordinamento giudiziario hanno introdotto una nuova figura di avvocato-giudice: a seguito della recente legge 19 gennaio 1995 è stata introdotta la figura del magistrato temporaneo. Esercita le funzioni di juge d'instance ovvero di membro del collegio nei tribunaux de grande instance, sia in materia civile che in materia penale, con un limite quantitativo fissato al 25 per cento dei servizi nel caso di organo monocratico e ad un membro per collegio nel caso di organo collegiale. Deve avere non più di 65 anni. È nominato per un periodo di sette anni non rinnovabile. È "indennizzato" secondo condizioni fissate per decreto dal Consiglio di Stato. Non può essere pubblico impiegato, con l'eccezione dei professori universitari e dei maitre des conférences des universités. Può esercitare una attività professionale "sous réserve que cette activité ne soit pas de nature à porter atteinte à la dignité de la fonction et à son indépendance" Nel caso che si tratti di avvocati esercenti (da almeno sette anni) è prevista

⁽⁶⁹⁾ È vero che la Corte costituzionale, con sentenza 5 aprile 1971, n. 71., in Foro italiano, 1971 I, c. 1174, ha dichiarato legittime, in relazione all'art. 101, comma 2 Cost., le norme che consentono ai procuratori legali di essere nominati vice-pretori onorari. Ma la pronuncia, evidentemente emanata sotto l'assillo che l'esclusione degli avvocati dalle magistrature onorarie le potesse gettare nel caos in mancanza di interventi di ristrutturazione da parte del legislatore, non ha convinto la migliore dottrina. Cfr., al riguardo, MARIO PISANI, I vice-pretori onorari davanti alla Corte costituzionale, in Riv. dir. proc., 1972, p. 516 s.; PAOLO PITTARO, Ancora sulla legittimità costituzionale dei vice-pretori onorari (Appunti sugli artt. 25, 1 comma e 101, 2 comma Cost.), in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1973, p. 239 ss.

⁽⁷⁰⁾ Per una recisa affermazione dell'incompatibilità tra funzione di giudice onorario ed esercizio della professione forense cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, Giudice onorario, e giudice monocratico nel progetto ministeriale e nelle prospettive di riforma, in Riv. dir. proc., 1977, p. 261.

una incompatibilità locale corrispondente alla circoscrizione del tribunal de grande instance.

Un giudizio immediatamente positivo e senza riserve meriterebbe un'iniziativa legislativa che desse finalmente attuazione all'art. 106, comma 3° della Costituzione che prevede che, su designazione del CSM, possano essere chiamati all'ufficio di Consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori.

Che avvocati e docenti universitari i quali abbiano illustrato, rispettivamente, la professione e l'accademia siano chiamati a far parte della Corte suprema di legittimità, o magari, secondo un'interpretazione che, peraltro, lascia il margine a qualche dubbio, a ricoprire uffici direttivi presso le magistrature di merito ⁽⁷¹⁾ è cosa estremamente opportuna. Nessuno ne dubita, per lo meno apertis verbis. Avremmo così, sia pure in piccola misura e solo al vertice della piramide giudiziaria, un apporto prezioso di esperienze professionali di primissima qualità che potrebbero contribuire a correggere gli eccessi formalistici spesso riscontrabili nella giurisprudenza delle giurisdizioni superiori.

Naturalmente, i "meriti insigni" per gli avvocati debbono venir intesi (a differenza che per i professori) come meriti acquisiti nell'esercizio della professione, non semplicemente come meriti "culturali". Poiché questi meriti si accompagnano normalmente a notevoli redditi professionali, si profila il pericolo di una "crisi delle vocazioni" nel caso che si dia finalmente attuazione alla norma costituzionale.

13.2.2-La necessità di una rivoluzione culturale nel mondo degli avvocati e di una radicale riforma delle norme processuali che prevedono l'obbligo della difesa tecnica.

Per quanto riguarda i miglioramenti qualitativi dell'amministrazione della giustizia civile che sono perseguibili intervenendo sulla disciplina della professione legale, l'essenziale è stato appena detto. Il problema fondamentale è infatti quello di introdurre un maggior rigore nella selezione e formazione degli avvocati.

⁽⁷¹⁾ In questo senso cfr. ETTORE GALLO., L'attuazione dell'art. 106 della Costituzione, in Atti della prima conferenza nazionale, cit., p. 105.

Il resto seguirebbe.

Un miglioramento del rapporto numerico con la popolazione, attraverso un adeguamento del numero dei professionisti alle effettive necessità della rappresentanza legale comporterebbe in via quasi automatica un maggior rigore nell'osservanza delle norme deontologiche della professione, oggi così spesso ignorate e così scarsamente garantite dalle sezioni disciplinari dei Consigli degli Ordini, specie nelle zone del Paese dove è drammaticamente eccessivo il numero degli iscritti.

Un minore affanno nell'escogitare fonti di reddito eviterebbe non solo la congestione degli organi giudiziari con cumuli di cause inutili, ma consentirebbe anche un atteggiamento di minor chiusura corporativa di fronte all'opportunità di intervenire con un deciso cambiamento di rotta del legislatore nella disciplina della c.d. difesa tecnica, il cui obbligo con riferimento alla giurisdizione civile appare a chi scrive in generale non conveniente e in particolare insensato con riferimento al contenzioso di scarso valore economico. In Inghilterra, dove esercitano circa settemila barristers e 30.000 solicitors (ai quali sono affidati anche compiti svolti dai notai in Italia) non solo la difesa personale è tradizionalmente consentita e sovente praticata davanti a qualsiasi organo giurisdizionale, ma sono stati addirittura introdotti incentivi rivolti a rendere effettiva la difesa personale nel contenzioso bagatellare, così da evitare costi di assistenza legale necessariamente superiori allo stesso valore dell'oggetto della lite. Molto semplicemente, il principio della soccombenza non vale nei c.d. small claims, cosicché la parte che vuole l'avvocato anziché difendersi da sola, se lo deve comunque pagare, anche in caso di vittoria processuale. Non dubito che la proposta di una simile disciplina nel nostro Paese solleverebbe un putiferio e sarebbe magari assurdamente tacciata di illegittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa. Basti pensare al riguardo alla levata di scudi cui si assiste proprio in questi mesi per la prassi che sta cercando di affermarsi davanti ad alcuni giudici di pace di grandi aree metropolitane, rivolta a consentire la difesa "personale" delle imprese (in realtà per lo più attraverso gli uffici legali interni) per la richiesta di decreti ingiuntivi entro i cinque milioni di lire.

13.2.3. Una pluralità di interventi sull'ordinamento giudiziario.

La razionalizzazione del processo civile ordinario esige molti e diversificati interventi nel mondo dei giudici. Anche qui un punto di partenza fondamentale è costituito, naturalmente, dal necessario miglioramento del meccanismo di selezione e di formazione. Ma ci vuole dell'altro, sia battendo strade già in parte percorse dal legislatore in questi ultimi anni, sia esplorandone di nuove.

13.2.3.1-L'abolizione degli automatismi di carriera e l'introduzione di indici e incentivi sulla produttività del lavoro.

L'antico sistema che prevedeva, fino agli anni sessanta, la progressione in carriera dei magistrati attraverso concorsi per titoli, giudicati da superiori "gerarchici" già passati attraverso tutti i filtri è stato abolito per almeno due buone ragioni: perché metteva a repentaglio l'indipendenza interna del singolo giudice e perché alimentava una pessima abitudine: siccome i titoli sottoposti a scrutinio erano le sentenze del candidato alla promozione, la motivazione non veniva intesa come la concisa enumerazione delle ragioni che giustificano l'emanazione di un atto dell'autorità, bensì come una tribuna per l'esibizione della cultura dell'estensore, da far valere per un futuro esame. Ma la sostituzione dell'anzianità al merito (sia pure discutibilmente inteso e valutato) non è stata una buona scelta. I motivi sono i medesimi di ordine generalissimo, che si possono intuitivamente riferire a qualsiasi campo dell'agire umano. Ad essi i giudici non possono certamente sottrarsi.

Tra Scilla e Cariddi esiste un'alternativa, anche se non è facile da trovare. Bisogna ricostruire una carriera a ruoli chiusi con una serie di controlli intermedi tali da non mettere a repentaglio l'indipendenza, che non crediamo sia inestricabilmente connessa all'irresponsabilità. Si tratta di immaginare criteri di valutazione il più possibile oggettivi e l'affidamento del giudizio ad organi collegiali non composti soltanto da "superiori" lontani e ai vertici dell'apparato.

A prescindere dalla reintroduzione della carriera per merito esistono altri meccanismi che dovrebbero venir attivati allo scopo di aumentare il rendimento dei magistrati nel loro lavoro, contribuendo ad eliminare le sacche di neghittosità che allignano né più e né meno che in altri settori degli apparati burocratici dello stato. Già da tempo

avevamo proposto l'introduzione di indici di produttività un po' meno grossolani di quelli consistenti nel calcolo delle sentenze emanate durante l'anno ⁽⁷²⁾. Non esiste una ragione al mondo per non regolamentare, anche per i magistrati, una competizione incentrata sulla produttività. Non si tratta soltanto di individuare chi lavora di più e chi di meno, ma si tratta di premiare chi lavora di più, utilizzando incentivi economici di vario tipo ⁽⁷³⁾.

So che non è elegante parlare impudicamente di denaro, ma qui è utile farlo.

Un avvocato vede strettamente correlati i suoi livelli di reddito con la quantità e la qualità del lavoro che svolge e che, prima di svolgere, riesce a procurare. Un magistrato vede correre lo stipendio, tra l'altro piuttosto elevato in confronto a quello di altre categorie di impiegati civili dello stato, come una variabile del tutto indipendente rispetto al suo impegno.

Che un magistrato debba venir retribuito essenzialmente con uno stipendio fisso è appena ovvio. Lo esige la difesa del principio di indipendenza.

Ma nulla esige che questo stipendio debba essere uguale per tutti, a parità di livello della carriera. Nulla esige che un giudice di un grande tribunale metropolitano con una produttività doppia o tripla del collega della porta accanto o del collega del piccolo tribunale di provincia che tiene due udienze al mese debba mettere questo suo maggiore impegno unicamente sul conto di una gratuita dedizione al lavoro.

Anzi, un minimo di razionalità esigerebbe, al contrario, che al merito si accompagnasse anche un vantaggio economico, soprattutto in una società dove il denaro diventa sempre più la misura di tutte le cose. In una società siffatta, se la dedizione al lavoro da gratuita diventasse pagata, sono sicuro che le vocazioni a sottrarsi al torpore burocratico che regna in molti uffici aumenterebbero molto.

Occorre però sgombrare il campo da alcune possibili obiezioni.

Va subito respinta quella che facesse leva su un preteso contrasto tra l'introduzione di elementi di cottimo nella retribuzione dei magistrati e l'alta dignità della funzione giurisdizionale. A tacer d'altro, sia sufficiente ricordare che il compenso ai giudici di pace

⁽⁷²⁾ Cfr. La giustizia degli anni ottanta: le riforme possibili, in Foro italiano, 19, V,

⁽⁷³⁾ La stessa magistratura associata sta cominciando ad occuparsi del problema di come valutare il lavoro del magistrato. L'Anm ha organizzato un convegno, tenutosi ad Abano Terme dal 14 Al 16 GIUGNO 1996 su "Carriera del giudice e valutazione della professionalità". Alcuni contributi e la relazione conclusiva si trovano pubblicati in Questione giustizia, 1996, p. 329 ss.

viene totalmente calcolato in base al numero delle udienze, dei verbali di conciliazione e delle sentenze.

Solo apparentemente più seria l'obiezione secondo cui l'incoraggiamento economico ad aumentare la produttività giurisdizionale potrebbe incidere negativamente sulla sua qualità. Non credo a questo pericolo, e sarebbe comunque molto facile da monitorare prima e schivare poi, collegando in qualche modo la produttività nei provvedimenti al tasso di impugnazioni accolte contro di essi.

La vera obiezione consiste nella difficoltà di calcolare secondo criteri oggettivi e condivisi la produttività relativamente ad un lavoro la cui qualità varia moltissimo da settore a settore, anche quando si tratta, ad esempio, di emanare una sentenza civile di cognizione.

A mio giudizio siamo tuttavia in presenza di una difficoltà, e sia pure rilevante, ma non di un'impossibilità. Sono sicuro che le scienze sociali sono al giorno d'oggi sufficientemente progredite per fornire criteri di indagine e indici di valutazione sufficientemente sofisticati per tener conto della fortissima articolazione dell'attività giurisdizionale e quindi sufficientemente affidabili per poter esprimere un giudizio ponderato sull'impegno del singolo magistrato.

Senza contare che i risultati delle rilevazioni non sarebbero certamente da applicare automaticamente. Dobbiamo immaginare un quadro più complesso, pensando per esempio che essi vengano scrutinati dai Consigli giudiziari ascoltando il magistrato interessato e magari tenendo anche conto di un parere espresso dal locale Consiglio dell'ordine degli avvocati.

13.2.3.2-La ristrutturazione delle circoscrizioni e l'introduzione del giudice unico in primo grado.

È cosa nota ed empiricamente provata fin dai tempi di un'antica relazione del Consiglio superiore della magistratura sullo stato dell'amministrazione della giustizia ⁽⁷⁴⁾ che i giudici italiani sono pessimamente distribuiti sul territorio a causa di un disegno delle

⁽⁷⁴⁾ pubblicata in appendice a MARIO CERVI, La giustizia in Italia, Milano, 1967, p. 189 ss.

circoscrizioni giudiziarie superato dallo sviluppo economico e sociale del Paese. Basti pensare che, da diligenti statistiche eseguite allora per conto del Consiglio, è risultato che, prendendo come valore uno quello di una pretura che svolga un lavoro appena sufficiente ad impegnare, e in modo non gravoso, un magistrato, occorre risalire dalla pretura con meno lavoro, fino alla cinquecentocinquantesima pretura (su 899) per raggiungere il valore uno. E a conclusioni analoghe, anche se un po' meno deprimenti, si perveniva con i Tribunali, in quanto su 156 occorre risalire al quarantacinquesimo per trovare un valore ragionevole ⁽⁷⁵⁾.

La situazione oggi è migliorata: sia pure con fatica, con lentezza e molta prudenza è stato avviato e sta arrivando a compimento un importante processo di revisione. L'inizio è rappresentato dalla legge 1 febbraio 1989, n. 30 che ha soppresso le preture di mandamento. Ciascuna di esse viene trasformata in "sezione distaccata" di una nuova pretura con circoscrizione territoriale più ampia, corrispondente al circondario del Tribunale e con sede nel capoluogo (dove il nome).

Tre gli scopi principali perseguiti dalla legge: uno dichiarato e due sottintesi.

Lo scopo dichiarato rispondeva all'esigenza di evitare un'eccessiva dispersione sul territorio dei nuovi uffici del P.M. presso le preture, che non sarebbe stata opportuna da un punto di vista di efficienza operativa e di conveniente allocazione delle risorse.

Degli scopi sottintesi, uno rispondeva all'esigenza di delineare un assetto geografico dei giudici togati favorevole alla futura introduzione di un unico giudice monocratico in primo grado. L'altro rispondeva all'esigenza di abolire in due tempi le preture superflue, così da cogliere di sorpresa gli interessi corporativi avversi alle operazioni di razionalizzazione, fin troppo ben rappresentati in Parlamento. Una volta approvata la legge, che apparentemente manteneva le preture mandamentali sotto forma di sezioni distaccate dotate di quanto necessario per un loro "autonomo" funzionamento, in particolare del presidio di cancelleria, la soppressione di quelle inutili diventava attuabile per via amministrativa, ai sensi dell'art. 41 ord. giud. Operazione in parte quasi subito eseguita. Il DPR 7 luglio 1989 sopprimeva 272 sezioni distaccate, ex preture mandamentali, con indice di lavoro inferiore a 0,49.

⁽⁷⁵⁾ MARIO CERVI, Op. cit., pp. 77 e 82, citando dati elaborati per conto del Consiglio.

A questo punto non restava che fondere le preture circondariali con i tribunali, magari sopprimere altre sezioni distaccate (in vista, perché no, di una soppressione totale, dato che nelle vecchie sedi di mandamento è operativo il giudice di pace la cui competenza potrebbe venir ulteriormente aumentata). Il giudice unico di primo grado, con le previste riserve di collegialità ⁽⁷⁶⁾, diventa cosa fatta.

⁽⁷⁶⁾ La soluzione adottata per il processo civile con la Novella del 1990 (pur con le perplessità che si possono avanzare sui confini della mappa disegnata dal legislatore, rimarcando l'inopportunità della riserva di collegialità per alcune controversie e la mancanza della riserva con riferimento ad altre) rappresenta un buon compromesso tra fautori del giudice collegiale e fautori del giudice monocratico, tra i quali esiste una polemica ultrasecolare, non ancora sopita.

Bisogno di certezza e di uniformità, garanzie di migliore ponderazione, con conseguente minore esposizione ai rischi della parzialità e dell'errore, virtù maieutiche e didattiche del noviziato in camera di consiglio, protezione della libertà del giudice, grazie all'anonimato, nei confronti di rancori, inimicizie o addirittura vendette, sono i principali argomenti avanzati a favore della collegialità.

Maggiore semplicità nell'instaurazione di un dialogo non rituale con le parti, umanizzando così l'amministrazione della giustizia, migliore efficienza e rapidità di decisione, più facile acquisizione dei vantaggi della professionalità che si va sempre più specializzando, più pronta capacità di adattare le prassi interpretative alle esigenze di società in rapida evoluzione come quelle contemporanee, diretta assunzione etica di responsabilità idonea a favorire l'impegno, sono i principali argomenti avanzati a favore del giudice unico.

È chiaro che se venisse riferita ad una disincarnata figura di giudice "in sé", la polemica sarebbe futile, per non dire vuota di senso.

Ma, per fortuna, così non è.

Il più accanito fautore della collegialità non si sognerebbe di battersi per un giudice pluripersonale della litigiosità bagatellare; né gli affiderebbe funzioni permanenti di "amministratore" o "terapeuta", come quelle attribuite al giudice delegato nel fallimento, al giudice di sorveglianza, al giudice tutelare. D'altro canto, il più accanito sostenitore della monocraticità non si sognerebbe di battersi per un giudice unico a comporre questo o quel tipo di Corte suprema od un qualunque organo deputato alla cognizione dei reati più gravi.

In realtà la polemica verte (anche se talora inconsapevolmente) su singole e molto specifiche figure di giudice, storicamente determinate. Per fare un esempio, l'argomento delle virtù attribuibili al noviziato in camera di consiglio ha un suo peso, e non da poco, se lo si riferisce al (giovane) giudice italiano contemporaneo. Ma sarebbe ridicolo se lo si volesse avanzare, che so, contro il praetor romano, ovvero contro il justice of the peace inglese quando siede come giudice unico.

In un altro senso, pure molto importante, la polemica, sopra ricordata nei suoi termini essenziali, è condizionata da una contingenza storica facilmente individuabile. Essa si situa, invero, all'interno di un movimento, iniziatosi nell'Europa continentale nel secolo scorso, che tende a trasformare in giudici unici determinate categorie di giudici collegiali di merito. Il legislatore vuole essenzialmente far fronte alla crescita della massa contenziosa. Riconosce i pregi della collegialità, ma la ritiene un lusso che, di fronte all'aumento delle controversie, e alla esiguità delle risorse destinabili al servizio giustizia non ci si può più permettere. (Come ricorda BRUNO CAPPONI, in R. VACCARELLA-B. CAPPONI-C. CECHELLA, Il processo civile dopo le riforme, Torino, 1992, p. 41, questo movimento ha recentissime manifestazioni a livello comunitario, visto che la raccomandazione n. 4 (86) 12 del comitato dei Ministeri del Consiglio d'Europa in data 16 settembre 1986 -recante "Misure volte a prevenire e a ridurre il sovraccarico dei tribunali"- individua, tra le altre, la misura della "generalizzazione del giudice unico di prima istanza, in tutte le materie appropriate". Raccomandazione evidentemente pensata per quei Paesi europei, come il nostro, a quel tempo in ritardo, anche a causa degli ostacoli ideologici e culturali appena ricordati, nel prendere questa misura. Per fare un solo esempio, ricordo che fin dal 1974, il § 348 della Zivilprozessordnung germanica contempla il giudice unico di prima istanza nella massima parte dei casi).

È da notare, peraltro, che in alcuni casi l'esperienza ha poi dimostrato le migliori qualità del giudice unico rispetto a quello collegiale che lo aveva preceduto (si pensi al nostro pretore del lavoro), consentendo di

Cosa fatta sta diventando, anche se, a dire il vero, vi sono notevoli difficoltà da superare, non ultima quella nascente dall'abolizione di qualche centinaio di uffici direttivi finora ricoperti nelle preture. Il governo ha già emanato e inviato alle Camere per i prescritti pareri i decreti legislativi consecutivi alla legge delega 16 luglio 1997, n. 254 sul giudice unico di primo grado. La concreta attuazione non sarà tuttavia semplice. Vi è inoltre da sperare che una certa tradizione di praticità, di maggiore rapidità, di minor formalismo e perciò di maggior freschezza tipiche della giurisdizione pretorile non finiscano con l'andare perdute.

13.2.3.3-La creazione di giurisdizioni speciali per una serie di materie civili.

Un intervento razionalizzatore di grande importanza per la giustizia civile, ma di difficile attuazione, è rappresentato da una decisa messa in discussione del quasi monopolio della giurisdizione togata per la risoluzione delle liti dei privati.

L'idea, già da tempo presente nella dottrina più avvertita ⁽⁷⁷⁾, è semplicemente quella di introdurre un ampio ventaglio di giurisdizioni speciali, composte da cittadini esperti dei diversi settori della vita associata nei quali può nascere un bisogno di tutela giurisdizionale. In molti casi queste giurisdizioni dovrebbero essere formate, collegialmente, da rappresentanze paritetiche dei portatori degli interessi contrapposti, sul modello delle giurisdizioni probivirali che fin dai tempi dell'istituzione del Conseil des prudhommes hanno deciso in Francia le controversie di lavoro, e che hanno visto man mano adeguata la propria struttura alla faticosa conquista del principio di uguaglianza nel

cogliere, anche al livello dell'esperienza, gli aspetti positivi della monocraticità in alcuni settori della giurisdizione.

Vi è infine da aggiungere, sempre con specifico riferimento alla situazione italiana, che, come è stato messo in rilievo da chi ha veduto le cose dall'interno, la collegialità nel processo civile davanti al tribunale è quasi sempre un fantasma che nasconde la realtà di una monocraticità strisciante, implicata dalla delega totale al giudice istruttore, che è anche, però, una monocraticità "cattiva", trattandosi di un "meccanismo occulto", che è "potenziale fonte di varie forme di distorsione, tra l'altro favorite dalla mancanza di...responsabilizzazione personale della decisione" (LUIGI DE ANGELIS, Monocraticità e professionalità del giudice, in Foro italiano, 1987, V, c. 365).

⁽⁷⁷⁾ Cfr., ad esempio, VITTORIO DENTI, Tre interventi sul disegno di legge governativo di provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile: una difesa d'ufficio, in Foro italiano, 1987, V, c. 172; nonché, se vuoi, SERGIO CHIARLONI, Nuovi modelli processuali, in Rivista di diritto civile, 1993 e ora in Formalismi e garanzie, cit., p. 12 ss.

sistema delle relazioni industriali ⁽⁷⁸⁾. Il pensiero va non solo alle controversie di lavoro, dove l'istituzione di giurisdizioni paritetiche si rivelerebbe molto opportuna specialmente ora che le controversie dei pubblici dipendenti sono state sottratte al giudice speciale amministrativo ⁽⁷⁹⁾. Esistono altri settori, dalla casa, alla sanità, ai servizi essenziali, al mercato dei beni di consumo, alla responsabilità civile, in cui giurisdizioni laiche, facilmente accessibili, poco costose, dove l'autodifesa sia consentita e la procedura

⁽⁷⁸⁾ Raccontano le cronache che, in occasione di un viaggio di Napoleone a Lione, gli industriali della seta di quella città gli esposero le manchevolezze della legislazione allora vigente, che attribuiva ad organi dell'esecutivo la competenza per tutti gli affaires de simple police tra operai e apprendisti, manufatturieri, fabbricanti e artigiani e demandava il resto al giudice ordinario, e gli richiesero l'instaurazione di un giudice speciale sul modello di una giurisdizione corporativa colà un tempo esistente. L'imperatore manifestò interesse per queste istanze e fu così che una legge del 1806 istituì il primo Conseil de prud'hommes per la sola Lione, prevedendo peraltro la possibilità, ben presto attuata, di creare analoghi organi in altre città industriali mediante un regolamento emanato dal Conseil d'Etat, se il governo lo avesse ritenuto opportuno (v. HERMANN FUZIER HERMAN, Répertoire général alphabétique du droit français, XXXI, Paris, 1906, p. 978). La composizione originaria del Conseil de prud'hommes era di nove membri elettivi di cui cinque negozianti fabbricanti e quattro chefs d'ateliers, che rappresentavano gli operai. Questa era una giurisdizione poco neutrale, non solo a causa del fatto che i rappresentanti dei patrons erano in maggioranza rispetto ai rappresentanti degli ouvriers, ma anche perché i membri che formalmente rappresentavano questi ultimi, nella realtà agivano negli interessi dei primi. Senza contare poi che l'appello contro le sentenze dei Conseils andava originariamente proposto al Tribunal de commerce, e cioè ad un organo composto esclusivamente di membri appartenenti alla classe industriale e commerciale. La successiva evoluzione della struttura del Conseil de prud'hommes riflette con immediatezza le vicende della storia politico costituzionale francese dell'800. Il principio dell'uguaglianza di numero tra patrons e ouvriers nella composizione del Conseil fu fissato dopo la rivoluzione del 1848, con decreto del 27 maggio di quell'anno, che prevedeva altresì l'elettorato passivo dei chefs d'atelier insieme coi patrons e la loro eleggibilità come prud'hommes patrons, a condizione di non formare più di un quarto del Conseil. Con Napoleone III avviene un'involuzione dal punto di vista degli interessi dei lavoratori, in quanto la legge 1 giugno 1853 stabiliva che i chefs d'atelier dovevano nuovamente votare con gli operai e riservava al Capo dello stato la nomina del presidente e del vicepresidente del Conseil, permettendone la scelta anche tra persone non eleggibili a prud'hommes e attribuendo loro il voto decisivo per il caso di mancata formazione della maggioranza. Finalmente, la terza repubblica restituiva al Conseil de prud'hommes il potere di nominare il proprio presidente e vice presidente (l. 17 febbraio 1880) e sottraeva al Tribunal de commerce la competenza per l'appello, attribuendola alla giurisdizione ordinaria (L. 15 luglio 1905). Si veniva così configurando, attraverso un'evoluzione secolare non priva di contraddizioni, quell'istituzione giudiziaria oggi molto apprezzata dai lavoratori francesi, tanto che le loro organizzazioni si sono tenacemente opposte a tutti i propositi, in linea con la vocazione autoritaria e accentratrice della quinta repubblica, di snaturare il Conseil introducendovi giudici togati, o di sopprimerli tout court, attribuendo la competenza per le controversie di lavoro alla giurisdizione ordinaria.

⁽⁷⁹⁾ Ricorda SABINO CASSESE, La legge di privatizzazione del pubblico impiego, in Corriere giuridico, 1993, p. 406 che "provengono ogni anno al giudice del lavoro, in primo grado, 180.000 ricorsi. La capacità di smaltimento dei giudici è di circa 150.000 ricorsi per anno. Sono attualmente pendenti 250.000 ricorsi. Il passaggio dal giudice amministrativo al giudice ordinario farà affluire circa 60.000 ricorsi, aumentando di un terzo il carico di lavoro. Dunque, occorrerà raddoppiare la produttività dei giudici del lavoro, per tener conto dei ricorsi sopravvenuti e per evitare che si formino arretrati. Ma di questo la norma non si dà carico. La situazione è particolarmente grave in alcune sedi. Basti ricordare che a Roma sono già state fissate udienze per il prossimo secolo". In proposito BRUNO SASSANI, Problemi processuali della riforma del pubblico impiego, in Rivista di diritto processuale 1993, p. 730 ss., lascia alla fantasia del lettore immaginare che cosa avverrà quando il giudice del lavoro diventerà giudice dell'esercito dei dipendenti pubblici privatizzati, se già le sole cause susseguenti al passaggio alla giurisdizione ordinaria delle controversie dei dipendenti delle ferrovie dello Stato (l. n. 210/1985, art. 23) hanno contribuito in maniera preponderante alla paralisi che attualmente si registra presso il Tribunale del lavoro di Roma.

scarsamente formalizzata consentirebbero non solo una risoluzione più veloce ed economica della relative controversie attualmente demandate al giudice togato, ma anche e soprattutto consentirebbe l'emersione alla luce di conflitti repressi nel loro bisogno di tutela perché il titolare dell'interesse astrattamente protetto si trova nella condizione di ritenere più conveniente rinunciare a farlo valere.

Le giurisdizioni speciali costituiscono un aspetto fondamentale della disciplina della litigiosità dei privati in moltissimi ordinamenti stranieri, a cominciare dalla Francia, di cui abbiamo appena ricordato un esempio eminente e a finire con l'Inghilterra ⁽⁸⁰⁾. All'introduzione di elementi di welfare a favore delle classi subalterne, ha qui fatto regolarmente riscontro, negli statuti che introducevano le relative normative, la costituzione di appositi Tribunals competenti a garantirne l'applicazione ⁽⁸¹⁾. Val la pena di ricordare al riguardo che il numero dei Tribunals si è notevolmente incrementato nel secondo dopoguerra a seguito della politica sociale dei governi laburisti, che probabilmente non ritenevano opportuno affidarsi, per la tutela delle posizioni di vantaggio nascenti dalle riforme, ai giudici del sistema ordinario di giurisdizione, a causa dei forti elementi di notabilato connessi alle modalità del loro reclutamento.

Da noi ostano per ora all'introduzione di una serie di giurisdizioni speciali per la materia civile un mito e un correlativo divieto: il mito dell'unità della giurisdizione; il divieto dell'istituzione di nuove giurisdizioni speciali, contenuto nel secondo comma dell'art. 102 Costituzione. Non è difficile disfarsi dei miti, salvaguardando nello stesso tempo il nocciolo di verità che in essi è racchiuso. Nel nostro caso basterebbe assicurare un controllo giurisdizionale unitario sulla giurisprudenza di tutte le giurisdizioni che, attraverso l'operato di una corte di cassazione profondamente riformata, riesca a garantire l'uniforme interpretazione del diritto oggettivo.

Poiché si sta ponendo mano al rimaneggiamento della nostra carta fondamentale sarebbe davvero consigliabile superare il divieto ⁽⁸²⁾. Il secondo comma dell'art. 102

⁽⁸⁰⁾ Cfr., al riguardo, ROSS CRANSTON, Legal Foundations of the Welfare State, Londra, 1985, p. 189 ss.

⁽⁸¹⁾ Su questa vicenda cfr., da ultimo, MICHELE TARUFFO, Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni, in Digesto quarto, Discipline privatistiche, sezione civile, Vol VI, Torino, 1991, p. 332.

⁽⁸²⁾ Ci si è provata in un primo tempo la Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali, approvando un nuovo articolato dell'art. 102 Cost. ov'era introdotto un comma ai cui sensi "possono essere istituiti giudici speciali esclusivamente per determinate materie diverse da quella penale e per il solo giudizio di primo grado. Per la giustizia tributaria possono tuttavia essere istituiti giudici speciali anche per il giudizio di secondo grado". Ma la disposizione risulta soppressa nel testo risultante dalla pronuncia della commissione sugli emendamenti, approvato il 4 novembre 1997.

risente di un vizio molto radicato nel pensiero giuridico, da cui non sono andati immuni i nostri costituenti: la generalizzazione indebita. Nel porre il divieto di giurisdizioni speciali (e straordinarie) essi avevano sicuramente di mira la giurisdizione penale, dove il divieto ha un significato garantistico immediatamente intuitivo. Ma il divieto è stato incautamente previsto per tutte le giurisdizioni. È mancato il doveroso esercizio dell'ars distinguendi. Non esiste alcun plausibile motivo per escludere le giurisdizioni speciali dalle controversie dei privati, magari stabilendo maggioranze parlamentari qualificate per la loro introduzione. Il riferimento al principio dell'unità della giurisdizione è, come abbiamo appena rilevato, privo di significato al di fuori dell'opportunità di un controllo unitario in sede di impugnazione. Neppure si può avanzare l'argomento che le giurisdizioni speciali rischiano la mancanza di indipendenza. Non sarebbe un argomento contro le giurisdizioni speciali, ma una giusta critica contro una certa maniera di strutturarle. Basterà costruirle in modo che esse siano indipendenti, come del resto avviene per le giurisdizioni speciali esistenti e come, deplorabilmente non avviene, val la pena di aggiungere, senza che nessuno mostri di preoccuparsene, per i nostri giudici onorari, dai giudici di pace ai membri laici dei tribunali dei minorenni.

13.2.3.4-L'introduzione di filtri per l'accesso alla corte di cassazione.

Abbiamo visto a suo tempo che la nostra Corte di cassazione è diventata con gli anni organo per una giurisprudenza di massa, con la conseguente impossibilità di assolvere i suoi compiti istituzionali. Anche qui lo stato delle cose dipende da una norma costituzionale, la quale, volendo attribuire a tutti i cittadini il diritto di ottenere il controllo sugli eventuali errori di interpretazione e applicazione del diritto ascrivibili ai giudici di merito, ha finito, paradossalmente, col vanificare proprio lo scopo di garantire l'uguaglianza di trattamento dei medesimi cittadini di fronte alla legge.

Prima di affrontare il discorso sui possibili rimedi (che anche qui passano attraverso la revisione della costituzione) occorre peraltro occuparsi di una posizione culturale, abbastanza diffusa, secondo la quale l'attuazione del compito di nomofilachia, come viene tradizionalmente inteso, da un lato oggi non sarebbe possibile e, dall'altro, non sarebbe neppure desiderabile.

A giustificazione di simili conclusioni l'accento viene posto sulla complessità, qualcuno dice sul caos, normativo caratteristico di un ordinamento che si va "decodificando" ⁽⁸³⁾, vuoi per rispondere, secondo una prospettiva di disincantato pessimismo, agli impulsi di una società neocorporativa sempre più frammentata in gruppi di interessi ansiosi di ottenere dal legislatore la concessione di "statuti" sostanziali, e a volte anche processuali, privilegiati, tali da soddisfare le loro particolari esigenze; vuoi per rispondere, secondo una prospettiva più ottimista, agli impulsi di "una società in rapida e tumultuosa trasformazione, aperta alla economia internazionale e ai suoi contraccolpi, socialmente mobile e frammentata, segnata dalla compresenza di una pluralità di centri di potere e di un sistema istituzionale policentrico, inserita in un sistema sovranazionale e organizzata all'interno sulla base delle autonomie e del decentramento" ⁽⁸⁴⁾.

Certo questi fenomeni sono sotto gli occhi di tutti, a prescindere dalla lettura che si voglia proporre. Non sembra però che ad essi sia lecito riferirsi allo scopo di ridisegnare, oltretutto secondo contorni di non perfetta chiarezza, la funzione del giudizio di cassazione. Più precisamente, non sembra lecito ricollegare ai fenomeni in discorso la necessità di una nomofilachia in senso solo tendenziale o dialettico ⁽⁸⁵⁾, sottolineando la "libertà" dei singoli giudici di cassazione, soggetti soltanto alla legge ⁽⁸⁶⁾, e magari così sottintendendo che una società pluralista esigerebbe che anche la corte di cassazione sia capace di dar prova di "pluralismo".

Al di là degli omaggi di facciata, questi sono punti di vista che tendono ad affrancare i giudici di legittimità dal compito, in quanto giudici, di presidiare il principio di certezza, semplicemente trattando in modo uguale le situazioni uguali e cioè assicurando l'interpretazione e l'applicazione uniforme del diritto al momento dato, per quanto caotico, complesso, mutevole esso sia; per quanto cioè il compito di oggi possa essere -come sicuramente è- più difficile rispetto a quello di ieri.

Vi sono almeno due buone ragioni per rifiutare approcci di tal tipo.

⁽⁸³⁾ Cfr., al riguardo, i rilievi di NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Diritto e società*, 1978, p. 613 ss. e di VITTORIO DENTI, *L'idea di codice e le riforme del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1982, p. 100 ss.

⁽⁸⁴⁾ SALVATORE SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro italiano*, 1987, V, c. 262.

⁽⁸⁵⁾ MARIO FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di cassazione*, in *Giustizia e Costituzione*, 1986, p. 39 ss.

⁽⁸⁶⁾ SALVATORE SENESE, *Op. cit.*, c. 264.

In primo luogo occorre porre la questione delle norme giuridiche prevalentemente sottoposte al vaglio di legittimità. Purtroppo, mancano dati statistici disaggregati al riguardo, anche a causa di una deplorabile "superbia teoretica" dei giuristi italiani, poco inclini a ricercare il confronto con i dati ricavabili dall'esperienza. Ad ogni modo, ad una semplice consultazione dei repertori risulta che, per la stragrande maggioranza dei ricorsi (non basati sul discusso n. 5 dell'art. 360, che riguarda peculiarità del singolo iter di formazione del giudizio), il controllo verte sulle norme dei codici e su quelle contenute in poche leggi speciali fondamentali. Dal quadro delle massime non si riesce ad immaginare una Corte di cassazione prevalentemente affannata a mettere ordine nel caos di leggi speciali secondarie, leggi provvedimento, leggi fotografia che affollano la gazzetta ufficiale. Le controversie tra privati appaiono per lo più tipizzate su un contesto normativo sufficientemente assestato e di dimensioni agevoli da dominare.

In secondo luogo, anche a prescindere dai rilievi appena formulati, i lineamenti più inquietanti che contrassegnano la produzione contemporanea del diritto non consentono di snaturare il compito di nomofilachia spettante alla Corte suprema, secondo linee ricostruttive che sembrano perseguire l'unico scopo di negare la crisi con il fornire, molto abilmente si deve ammettere, legittimità culturale alla prassi attuale, caratterizzata da continui sbandamenti, contrasti, oscillazioni.

È vero, oggi ci troviamo di fronte ad una pluralità e mobilità delle fonti; a interventi legislativi a getto continuo; ad una loro cattiva fattura; a difficoltà connesse all'individuazione della ratio o intentio legis a seguito di compromessi che ne presiedono l'emanazione; a oscurità, contraddittorietà, obliquità degli scopi perseguiti; a incertezze in ordine alla ricostruzione dello stato della normativa vigente, dovute al succedersi alluvionale di regole riguardanti una medesima materia, senza che vengano messi in moto gli opportuni procedimenti di consolidazione. E così' via elencando ⁽⁸⁷⁾.

Tuttavia, è proprio in una situazione di tal genere, con cui, peraltro, ribadiamo, non sembra che la Corte si trovi a confrontarsi per quantità statisticamente significative, che il ruolo spettante ad un giudice di legittimità posto al vertice dell'apparato giurisdizionale risalta in tutta la sua importanza.

⁽⁸⁷⁾ Seguendo le stazioni di una via crucis che non è soltanto italiana. Cfr., ad esempio, con riferimento alla situazione inglese, i rilievi di WILLIAM TWINING e DAVID MIERS, How to Do Things with Rules, 3 ed, Londra, 1991, p. 309 ss.

Ma, per l'appunto, a patto di continuare a valorizzare la funzione prevista dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario.

A questo proposito è conclusiva la recente autorevole osservazione secondo cui "proprio l'imponente fenomeno di settorialità che va sotto il nome di "decodificazione", creando istituti nuovi o sottraendo istituti vecchi ai principi del codice civile.... crea il bisogno di un intervento autoritativo che tagli i nodi delle incertezze interpretative" ⁽⁸⁸⁾.

Naturalmente, occorre ulteriormente precisare, per sottrarsi all'accusa, alquanto infamante di questi tempi, di conservatorismo vetero-positivistico.

Nessuno afferma che l'intervento autoritativo appena accennato debba avvenire uno actu e una volta per tutte. La nomofilachia si attua attraverso un processo, che può anche essere tormentato ⁽⁸⁹⁾, specie quando si abbia a che fare con materiali legislativi recenti, che spesso, come acutamente si è osservato, si presentano come "semilavorati" ⁽⁹⁰⁾, in attesa di un'opera di rifinitura da parte della giurisprudenza. E in questo contesto, è ragionevole osservare che un contributo prezioso può venire dall'opera interpretativa dei giudici di merito, primi a subire l'impatto delle novità, anche se a tal proposito appare pericolosamente fuorviante parlare di nomofilachia dal basso ⁽⁹¹⁾.

Si vuole invece negare che sia apprezzabile il tentativo di svalutare la funzione della cassazione così com'è stata tradizionalmente intesa, approvando l'attuale operato dei giudici di legittimità che, aggiungendo disordine al disordine, presenta un panorama di pronunce contrastanti tra sezione e sezione, tra sezioni semplici e sezioni unite e spesso addirittura anche all'interno della medesima sezione, ivi comprese le stesse sezioni unite, sul filo di ambiti temporali di (quasi) contemporaneità, che nulla hanno a che fare con le esigenze di una maturazione consapevole e di un'evoluzione naturale della giurisprudenza, anche perché molto spesso si tratta di contrasti riguardanti l'interpretazione e l'applicazione di norme non recenti.

⁽⁸⁸⁾ VITTORIO DENTI, A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia, in *Foro italiano*, 1986, V, c. 419. Vale anche la pena di rilevare che l'uniformità interpretativa secondo un contesto di contemporaneità costituisce la condizione per la formazione del c.d. diritto vivente, idoneo a costituire l'oggetto del giudizio di costituzionalità delle leggi. Cfr., al riguardo, i rilievi di LUIGI MENGONI, Diritto vivente, in *Jus*, 1988, p. 21 ss.

⁽⁸⁹⁾ V. SERGIO CHIARLONI, Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 124 s.

⁽⁹⁰⁾ GIUSEPPE PERA, Intervento al XIV convegno dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, sul tema "Il giudice di fronte al diritto sostanziale", pubblicato nei relativi *Atti*, Rimini, 1985 p. 122.

⁽⁹¹⁾ Così, invece, MARIO FRANCESCHELLI, Op. cit., p. 41.

A ben guardare, la tesi qui criticata si basa su due tacite assunzioni di valore. La rivendicazione di una concezione estrema della funzione creativa della giurisprudenza e, correlativamente, la convinzione fermissima che la libertà interpretativa dei giudici di merito sarebbe assicurata solo introducendo identica libertà entro la corte di cassazione, ad evitare che un suo monolitismo "autoritario" finisca con il soffocare sul nascere una giurisprudenza evolutiva secondo istanze progressive.

Si tratta di assunzioni di valore rispettabili, in parte basate su premesse da condividere, anche se, come spesso accade nelle analisi dei giuristi, conducono a conclusioni inaccettabili.

E' comunque da respingere la prima assunzione, inerente alla legittimazione di un pluralismo interpretativo all'interno di un'unica Corte suprema, la cui unica causa risiede in verità nel fatto (inopportuno) che i giudici che la compongono sono fisicamente numerosi.

In una società democratica, il potere legislativo risponde ai bisogni dell'elettorato e il potere giudiziario, autonomamente, applica le norme emanate dal potere legislativo. A prescindere da tutte le precisazioni che vanno compiute in ordine a ciò che veramente significa applicare un diritto preesistente e per quanto rozza possa apparire senza tali precisazioni l'affermazione che segue, è giocoforza riconoscere che la creazione del diritto da parte di persone non elette, la cui funzione sarebbe costituzionalmente quella di applicarlo, è in contraddizione con il principio democratico-rappresentativo, poiché comporta il sostanziale trasferimento della produzione normativa dai luoghi di residenza della sovranità popolare ad un corpo separato, politicamente irresponsabile e burocraticamente organizzato come è oggi la magistratura nel nostro Paese ⁽⁹²⁾.

Va invece condivisa -e, si badi, non vi è contraddizione- la difesa del pluralismo interpretativo presso i giudici di merito. Tutti ricordiamo la freddezza dimostrata in passato dalla corte di cassazione in ordine all'adeguamento della legislazione ordinaria ai precetti della Costituzione e i risultati al riguardo ottenuti, invece, grazie al sistema della competenza diffusa per la rimessione alla Corte costituzionale dei dubbi di legittimità. E tutti sappiamo che i giudici di merito, specie monocratici, spesso contro orientamenti consolidati della cassazione, hanno messo in moto o assecondato il progresso del diritto in settori molto delicati utilizzando, bisogna dire talora alquanto spregiudicatamente, gli

⁽⁹²⁾ Al riguardo, per qualche approfondimento su un tema specifico, cfr. SERGIO CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di tutela dei diritti* in *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 755 ss.

strumenti dell'interpretazione evolutiva, o applicando correttamente riforme che rivolgevano in profondità l'assetto degli interessi stabilizzato fino al momento della loro emanazione.

Ma una "teoria dei cento fiori", applicabile ai giudici di merito in funzione della incoercibile pluralità dei giudizi di valore nell'interpretazione, non può venir applicata alla cassazione. Gli organi giurisdizionali di merito sono molti. La corte di cassazione è una. I giudici di merito dicono molte parole. La corte di cassazione dovrebbe dire una sola parola. L'ultima.

Hic Rodus, hic salta. Si può diffidare di una Corte di cassazione monoliticamente assestata su posizioni retrive e ci si può legittimamente porre il problema di una modifica della sua composizione. Ma è troppo alto il prezzo pagato, per esorcizzare simili timori, glorificando l'odierna frammentazione della sua giurisprudenza secondo linee interpretative contrapposte, che, oltretutto, sovente non riflette consapevoli divergenze sui valori, ma è il frutto avvelenato della sua elefantiasi e del suo interno disordine organizzativo.

Troppo alto, perché significa consentire al sacrificio di principi fondamentali, quali la certezza del diritto, l'uguaglianza di trattamento dei cittadini, la prevedibilità delle decisioni e la stessa credibilità delle istituzioni giudiziarie.

Ma se si desidera davvero che la Corte di cassazione torni ad esercitare con efficacia il compito di nomofilachia correttamente inteso, esiste una sola strada percorribile: quella che porta ad una drastica diminuzione dei ricorsi.

Qui si apre un discorso riformatore di amplissima portata, che coinvolge non solo la corte suprema, ma anche gli organi del giudizio di appello.

Purtroppo mancano al riguardo statistiche disaggregate, a parte qualche singola ricerca, troppo settoriale per poter essere considerata universalmente significativa ⁽⁹³⁾. Tuttavia, qualsiasi operatore del foro sa perfettamente che, se è vero che sovente (a scopo di riempitivo, per così dire) si portano davanti al giudice di secondo grado anche motivi di

⁽⁹³⁾ L'analisi dei motivi di appello compiuta in SERGIO CHIARLONI, L'appello nel processo del lavoro, cit., p. 78 ss. mostra che si hanno motivi di fatto nel 18,39 per cento, motivi di diritto nel 63,22 per cento e motivi sia di fatto che di diritto nel 17,69 per cento dei casi (con una presenza di motivi di diritto nell'80,91 per cento dei casi). Benvero che il tasso di accoglimento delle diverse categorie di motivi appare grosso modo analogo, intorno al 35 per cento (v. p. 98 ss.), ma ciò non toglie che i motivi di diritto sono di gran lunga predominanti. Senza contare che la stessa ricerca mostra come l'accoglimento di un motivo di fatto avvenga per la gran parte dei casi sulle carte del giudizio di primo grado, senza rinnovazione dell'istruttoria e quindi con violazione dei canoni di immediatezza e di oralità cui deve essere ispirata una disciplina processuale moderna.

fatto (per lo più relativi ad una pretesa cattiva valutazione delle prove), è altrettanto vero che le chances di vittoria in appello sono quasi sempre affidate all'accoglimento di un motivo di diritto (di falsa applicazione o erronea interpretazione di norme giuridiche).

Perché allora non prendere atto di questa situazione e restringere l'ambito del giudizio di appello, sull'esempio dei Paesi di common law, ai soli motivi di diritto? E perché non assicurare l'esercitabilità da parte della corte di cassazione del compito di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto oggettivo attraverso una drastica diminuzione dei ricorsi, ottenuta consentendoli, in modifica dell'art. 111 comma 2° Cost., soltanto per le questioni nuove o controverse, dietro autorizzazione del giudice a quo o della stessa Corte?

Naturalmente, interventi così drastici esigerebbero, a parte la necessaria modifica costituzionale, anche una profonda riforma delle modalità di accesso e di composizione della Corte suprema. Ciò non deve spaventare. L'elaborazione politico-culturale al riguardo non manca, grazie alla circostanza che i guai della cassazione sono da qualche tempo all'attenzione della dottrina ⁽⁹⁴⁾.

14.-La diffusione di mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie.

Si va diffondendo ovunque la consapevolezza che la moderna società complessa non può più accontentarsi dei modi tramandati di amministrare la giustizia, applicando il diritto dato, ovvero "creandolo" nei precedenti, ad opera di giudici "tradizionali" in un contesto processuale altamente formalizzato, che richiede la mediazione di specialisti costosi. Occorre battere altre strade, più veloci, più economiche, più semplici, più vicine ai bisogni e, perché no, anche ai modi di sentire dei cittadini (o meglio, di alcune categorie di cittadini) coinvolti in una controversia.

In certe situazioni è opportuno oggi "fuggire" dalla giurisdizione. Affrontare in modi alternativi numerose categorie di controversie sarebbe vantaggioso per gli utenti, ma

⁽⁹⁴⁾ Cfr. gli studi di MICHELE TARUFFO, ora raccolti in Il vertice ambiguo, Bologna, 1994; VITTORIO DENTI, A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia, in Foro italiano, 1987, V, c. 419; SERGIO CHIARLONI, Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1989, p. 124 ss.; ID, La cassazione e le norme, in Rivista di diritto processuale 1990, p.; ID, In difesa della nomofilachia, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1992, p. 123 ss.

anche per l'amministrazione della giustizia statale. Essa finirebbe con il recuperare efficienza concentrandosi sulle materie per le quali il suo intervento è insostituibile ⁽⁹⁵⁾.

Si spiega così il fiorire di tendenze indirizzate ad accreditare nuovi modelli agiurisdizionali di risoluzione dei conflitti.

All'avanguardia troviamo gli Stati Uniti, dove è nato in questi ultimi anni ⁽⁹⁶⁾ un imponente movimento, con le sue riviste ⁽⁹⁷⁾, i suoi organi ⁽⁹⁸⁾, numerosi istituti e fondazioni molto ben finanziate per lo studio e l'attuazione di programmi sperimentali, la propensione a propagandare il verbo in lussuosi e affollati convegni internazionali e, persino, il proprio acronimo: -ADR (Alternative Dispute Resolution).

Sotto questo nome collettivo vengono a dire il vero raggruppati fenomeni molto eterogenei ⁽⁹⁹⁾, semplicemente accomunati dall'elemento negativo di essere estranei all'esercizio della potestà giurisdizionale dello stato. Un'elencazione probabilmente incompleta ⁽¹⁰⁰⁾ raggruppa i seguenti istituti: Arbitration, volontaria, ovvero obbligatoria (chiamata anche court annexed arbitration), il cui lodo può venir disconosciuto a differenza che nel primo caso, peraltro con conseguenze negative in ordine alle spese, se davanti al giudice non si riesce a migliorare sostanzialmente il risultato ottenuto davanti all'arbitro ⁽¹⁰¹⁾. Mediation, definibile come una procedura privata, volontaria e informale, dove un terzo scelto dalle parti le assiste nel tentativo di raggiungere un accordo accettabile da entrambi, ma non è legittimato a rendere una decisione, a differenza dell'arbitro. Il

⁽⁹⁵⁾ Naturalmente la delimitazione dei confini tra modi alternativi e giurisdizione ordinaria non è in concreto affatto semplice. Cfr., in proposito, di recente, SIMON ROBERTS, Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: an Unresolved Relationship, in The Modern Law Review, 1993 (56), p. 452 ss.

⁽⁹⁶⁾ Per brevi, tempestivi cenni al riguardo v., nella nostra letteratura, VITTORIO DENTI, I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative, in Rivista di diritto processuale, 1980, p. 410 ss.; MAURO CAPPELLETTI, Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia, in Rivista di diritto processuale, 1979, p. 710 ss.; ID., Giudici non professionali: una nota critica sul dibattito in Italia, in Giurisprudenza italiana, 1980, IV, c. 195 s.; più di recente, cfr. ELISABETTA SILVESTRI, Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense, in Foro italiano, 1987, V, c. 310 ss.

⁽⁹⁷⁾ The Journal of Dispute Resolution pubblicato dalla University of Missouri-Columbia School of Law (dal 1984); Dispute Resolution, pubblicato dall' American Bar Association.

⁽⁹⁸⁾ Una nuova sezione della American Association of law Schools, e, particolarmente attivo, lo Standing Committee on Dispute Resolution dell' American Bar Association.

⁽⁹⁹⁾ Cfr., al riguardo, i rilievi di WILLIAM TWINING, Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics in The Modern Law Review, 1993, (56), p. 380 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Ricavata da Alternative Dispute Resolution, An ADR Primer, 3 ed., Washington, 1989, p. 1 ss. Ma v. anche, più diffusamente, STEPHEN GOLDBERG, ERIC GREEN e FRANK SANDER, (a cura di) Dispute Resolution, New York, 1985.

⁽¹⁰¹⁾ Con riguardo a questo istituto cfr., da ultimo, con qualche cenno critico, SHARON HOFFMAN, Mandatory Arbitration: Alternative Dispute Resolution or Coercive Dispute Suppression?, in Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 1996 (20), 131 ss.

mediatore può incontrare le parti in sedute separate (c.d. caucuses). Si distingue una rights-based mediation, con lo scopo di giungere ad una composizione che tenga conto delle rispettive posizioni giuridiche delle parti, da una interests-based mediation, che si concentra sui loro bisogni e interessi, guardando oltre la specifica controversia, e cercando piuttosto di fornire gli strumenti per comporre anche futuri eventuali conflitti. Neutral Fact-Finding, modo meno formale, in confronto a quanto avviene seguendo le procedure dell'adversary system, per risolvere complesse questioni di fatto che richiedono l'intervento di un esperto ⁽¹⁰²⁾. Mini-trial, procedimento privato e consensuale, dove le contrapposte posizioni vengono "giuocate" in una sorta di giudizio simulato, e un advisor neutrale tenta prima di tutto la conciliazione e, non riuscendoci, rende un parere non vincolante circa il probabile esito del giudizio vero e proprio ⁽¹⁰³⁾. Summary Jury Trial, omologo del Mini-trial davanti ad una mock jury di soli sei membri, scelti dalle liste normali. La giuria emana un advisory verdict, che fornisce alle parti una base affidabile su cui costruire una sistemazione della lite reciprocamente accettabile ⁽¹⁰⁴⁾. Moderated Settlement Conference, dove i difensori delle parti presentano in contraddittorio le rispettive posizioni ad un collegio di terzi imparziali, generalmente giuristi, che dopo averle valutate, rendono una consultazione non vincolante destinata a fornire un indirizzo nelle trattative per una conciliazione. Ombudsman, terzo imparziale scelto da una istituzione (ad esempio, un università, una banca, un ospedale, un'agenzia governativa) per indagare su lamentele e denunce presentate da persone a vario titolo entrate in rapporto con essa ⁽¹⁰⁵⁾.

I diversi programmi di ADR oggi attivati negli Stati Uniti sia in via sperimentale sia a seguito di espresse previsioni di leggi statali e federali (più di 300 nel 1990) ⁽¹⁰⁶⁾ sono classificabili in tre categorie, dal punto di vista dei rapporti con gli organi della giurisdizione ⁽¹⁰⁷⁾. Court annexed programs, sponsorizzati, finanziati e spesso dotati di personale fornito dalle corti e da queste direttamente amministrati (il caso più tipico è

⁽¹⁰²⁾ E. LYLL GROSS, *The Expert Witness and Mediation*, in Alberta Law Review, 1995 (34), p. 154 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. ROGER STETTER, *The Minitrial: A User-friendly Means of Alternative Dispute Resolution*, in Louisiana Bar Journal, 1995 (43) p. 159 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ V. MARY BEDIKIAN e JEROME D. HILL, *The Ultimate Power of Persuasion: Using The Mock Trial to Enhance Litigation Strategy*, in The Michigan Bar Journal, 1993 (72), p. 1008 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., di recente, MARY A. MARSHALL, e LINDA C. REIF, *The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution*, in Alberta Law Review, 1995 (34), p. 215 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. *Legislation on Dispute Resolution*, a cura di Price e Woods, Washington, 1990.

⁽¹⁰⁷⁾ Su questi rapporti cfr., da ultimo, JUDITH RESNIK, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, in Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1995 (10), p. 211 ss.

quello della c.d. Multi-door Courthouse) ⁽¹⁰⁸⁾. Court-linked programs, contrattati con le Corti o altre agenzie pubbliche per fornire servizi supplementari di ADR. Independent programs forniti da istituzioni private, con o senza scopo di lucro, per rispondere a più specifiche esigenze, ad esempio per la tutela dei consumatori.

La tipologia delle controversie che gli istituti di ADR aspirano ad assorbire è estremamente varia: secondo un elenco non esaustivo, possono avere ad oggetto i rapporti familiari, i rapporti di lavoro ⁽¹⁰⁹⁾, i rapporti commerciali anche internazionali, i rapporti di locazione, l'educazione scolastica, la salute, la responsabilità del produttore ⁽¹¹⁰⁾, la responsabilità del medico ⁽¹¹¹⁾, il credito agricolo, la proprietà intellettuale ⁽¹¹²⁾, i servizi legali, l'ambiente ⁽¹¹³⁾, lo sfruttamento delle risorse naturali, la sicurezza sociale, i trasporti, il disagio giovanile, la criminalità minore, i diritti dei detenuti ⁽¹¹⁴⁾, gli appalti pubblici ⁽¹¹⁵⁾

Per quanto riguarda l'Europa ⁽¹¹⁶⁾, con l'eccezione dell'arbitrato, che in verità merita comunque un posto a parte ⁽¹¹⁷⁾, lo sviluppo di sistemi di informal justice appare assai più lento.

Giuocano qui numerosi fattori frenanti. Prima di tutto il peso di una tradizione millenaria a favore della giustizia togata. In secondo luogo il connesso mito dell'unità della giurisdizione, che, oltre ad ostacolare, come abbiamo visto, l'affermarsi delle giurisdizioni

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. PRUE KESTNER e JOHN HYDE, Courts and Community: Partners in Justice. The Multi-Door Experience, Washington, 1991.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. GAULL R. SILBERMAN e altri, Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims, in Louisiana Law Review, 1994 (54), p. 1533 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Al riguardo, v. DEBORAH HENSLER, A Glass Half Full, A Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation, in Texas Law Review, 1995 (73), p. 1587 ss.

⁽¹¹¹⁾ THOMAS METZLOFF, Alternative Dispute Resolution Strategies in Medical Malpractice, in Alaska Law Review, 1992 (9), p. 429 ss.

⁽¹¹²⁾ Su cui vedi, di recente, MIRIAM ARFIN, The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes, in Hastings Communications and Entertainment Law Journal, 1995, (17), p. 893 ss.

⁽¹¹³⁾ v. CHARLENE STUKENBORG, The Proper Role of Alternative Dispute Resolution (Adr) in Environmental Conflicts, in University of Dayton Law Review, 1994 (19), p. 1305 ss.

⁽¹¹⁴⁾ A quest'ultimo proposito è interessante notare come sia diffusa la convinzione che le azioni di detenuti a difesa dei loro diritti discendenti da norme ordinarie o costituzionali siano così frequenti da sovraccaricare seriamente le corti federali: cfr. la nota anonima Resolving Prisoners' Grievances out of Court: 42 U.S.C. & 1997e, in Harvard Law Review, 1991 (104), p. 1309 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr., in proposito, MARIA LAMARI, The Role of Alternative Dispute Resolution in Government Construction Contract Disputes, in Hofstra Law Review, 1994 (23), p. 205 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Su cui v. ROBERT COULSON, Will the Growth of Alternative Dispute Resolution (Adr) in America Be Replicated in Europe?, in Journal of International Arbitration, 1992 (9) p. 211 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Di ciò appare consapevole il CEDR (Centre For Dispute Resolution) ente privato recentemente costituito a Londra per diffondere gli istituti di ADR nel mondo degli affari. In una sua pubblicazione, ADR Route Map, London, 1992, p. 3, l'arbitrato è esplicitamente contrapposto, assieme alla giurisdizione delle Corti, agli istituti di ADR.

speciali, genera estrema diffidenza verso qualunque ulteriore tentativo di erosione del monopolio attribuito ai giudici statali. Infine, per quanto riguarda i paesi di civil law, forse anche il fatto che le procedure formali davanti agli organi giudiziari comuni danno origine a minori problemi in ordine ai costi e alle difficoltà tecniche-penso soprattutto a Francia e Germania- rispetto a quanto accade entro l'adversary system ⁽¹¹⁸⁾.

La tutela di lavoratori e consumatori appare per il momento il settore in via di maggiore sviluppo in Europa. Vi sono al riguardo programmi in sede CEE. Per l'Italia possiamo ricordare il procedimento di conciliazione e d'arbitrato messo a disposizione in via sperimentale dalla Telecom, per le controversie con gli utenti riguardanti il servizio, l'Ombudsman per la soluzione delle dispute tra banche e clienti, le Camere di conciliazione e di arbitrato in via di realizzazione ad opera delle Camere di commercio seguendo indicazioni contenute nell'art. 2 n. 4 della recente legge sul loro riordinamento e soprattutto (cfr. artt. 410 e 411 c.p.c.) la conciliazione davanti all'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, che arriva ad assorbire una percentuale notevolissima di controversie di lavoro ⁽¹¹⁹⁾.

Come si collocano in questo quadro gli istituti indirizzati alla conciliazione-mediazione tra le parti e quale sviluppo è prevedibile nel futuro?

Qualche considerazione interessante può nascere da un'analisi critica dell'esistente.

Non ho ricordato di proposito, nel presentare il panorama delle conciliazioni stragiudiziali, la competenza, oggi del giudice di pace e fino a poco fa del conciliatore, per la conciliazione in sede non contenziosa. Come è noto, a questi giudici è stata attribuita dal legislatore una competenza generale ad adoperarsi per la conciliazione delle controversie su materia disponibile, senza limiti di valore. Ma è anche noto che l'istituto è rimasto scritto sulla carta e non sono sicuro che ad esso possa venir insufflata la vita, grazie alle interessanti novità proposte da un disegno di legge frutto del lavoro della commissione ministeriale istituita con d.m. 15 dicembre 1993 per la "individuazione di strumenti non

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., al riguardo, E. BLANKENBURG e Y. TANIGUCHI, Informal Alternatives to and within Formal Procedures, in Justice and Efficiency, Atti dell'8 Congresso mondiale di diritto processuale, Anversa, 1989, p. 335 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. in proposito, da ultimo, FEDERICO CARPI, Settlement of Disputes Out of Court in Italy, relazione all'International Symposium on Civil procedure in the Globalisation Era tenutosi presso la Università Waseda di Tokio il 25-27 agosto 1992.

giurisdizionali di composizione delle controversie civili" e presieduta da Elio Fazzalari⁽¹²⁰⁾.

In verità, l'esperienza dimostra come il successo degli organi di conciliazione sia strettamente legato alla loro "specializzazione" e al connesso legame con i settori della società civile da cui nascono le controversie bisognose di composizione.

Ne consegue l'opportunità che lo Stato rinunci all'illusione di poter dare direttamente un contributo importante alla conciliazione non contenziosa e incoraggi l'iniziativa privata o semipubblica (penso alle Camere di commercio), preoccupandosi semmai, con una legge quadro semplicissima, di prevedere, al momento di istituire eventuali incentivi, anche finanziari, le garanzie di terzietà-imparzialità degli organi di conciliazione, di effettiva partecipazione degli interessati al procedimento conciliativo, nonché il rilievo giuridico da attribuire da un lato in sede esecutiva, dopo gli opportuni controlli di regolarità formale, al verbale che consacra la conciliazione e, dall'altro, in sede giurisdizionale contenziosa, all'opposto verbale che documenta l'insuccesso del tentativo di conciliazione-mediazione.

Chiediamoci ora su quali tipologie di controversie si può più utilmente esercitare l'attività di un organo di conciliazione-mediazione.

La critica appena operata nei confronti di un organo a competenza generale suggerisce che le liti indifferenziate a sfondo economico tra astratti cittadini non si prestano, indifferenziatamente, ad interventi di composizione amichevole. La ragione è semplice. Nella stragrande maggioranza delle liti l'interesse delle parti è esclusivamente concentrato sull'esito finale. In particolare, il convenuto che ha torto desidera soltanto procrastinare nel tempo la decisione ed è pertanto incline a speculare sulle siderali durate del procedimento contenzioso, rifiutando l'approccio conciliativo o, al limite, accettandolo se e solo se gli consente di chiudere vantaggiosamente la partita. Il che vuol dire approfittare della fretta di un attore che non può o non considera conveniente aspettare. Fenomeno questo evidentemente da non incoraggiare.

Per cogliere l'attitudine a conciliare che non sia frutto di atteggiamenti estorsivi bisogna andare a vedere da vicino questi astratti cittadini, scoprire chi si nasconde dietro le figure destinate ad assumere nel teatro processuale le maschere di attore e di convenuto, e

⁽¹²⁰⁾ La si può trovare pubblicata in Foro italiano, 1994, V, c. 285 ss.

cercare di capire se c'è in campo qualche interesse ulteriore, oltre a quello di aver ragione il più presto possibile e, simmetricamente, di veder dichiarato il proprio torto il più tardi possibile.

Il rapporto tra le imprese, nonché tra le imprese e il mondo dei consumatori appare subito il settore privilegiato nel quale è ragionevole prevedere un forte sviluppo dell'attività di organi di conciliazione, ben al di là degli scarsi livelli attuali.

Per quanto riguarda il rapporto tra imprese è soprattutto il settore di quelle piccole e medie nei rapporti reciproci che può dare molte soddisfazioni. Qui si riscontra più facilmente quella tendenziale omogeneità di forze tra i contendenti che può far da incubatrice della volontà di pervenire, con l'aiuto di un terzo imparziale, ad una composizione amichevole delle controversie insorte, anche sulla base di calcoli di opportunità che conducano a rifiutare l'arbitrato, troppo costoso, e il ricorso alla giurisdizione, troppo inefficiente.

Ma anche le grandi imprese possono essere interessate all'istituto in esame.

Non mi riferisco tanto ai rapporti tra loro, dove sembra essere ancora destinato a prevalere per lungo tempo l'arbitrato, anche se alcuni problemi stanno affiorando, almeno per quanto riguarda il c.d. arbitrato ad hoc, come abbiamo ricordato a suo tempo. Mi riferisco piuttosto ai rapporti con l'universo dei consumatori. Si profilano tempi in cui il mercato diventa sempre più difficile e la durezza della competizione si manifesta non solo nella lotta dei prezzi, ma anche nella quantità e qualità dei diversi servizi offerti, ad esempio dopo la vendita di un bene di consumo durevole.

Basti pensare alla tendenza verso la cd. trasparenza contrattuale, alle facilitazioni di pagamento, all'estensione delle garanzie e dell'assistenza post-vendita.

In questo contesto è palese che adoperarsi per offrire ai propri clienti una modalità semplice, rapida, economica e imparziale per la soluzione delle eventuali controversie può rappresentare un'arma importante per la conquista del mercato, portando ad un effetto imitativo tra tutti i concorrenti da cui consegue la generalizzazione dell'offerta dell'istituto, magari approfittando dei servizi messi a disposizione da un'istanza associativa.

In un quadro del genere il già ricordato art. 2., n. 4 della legge sul riordinamento delle camere di commercio può svolgere una funzione di estrema importanza.

Ai sensi di questa norma le singole camere di commercio possono istituire organi di conciliazione (e di arbitrato) intesi a dirimere non solo le controversie tra imprese, ma anche tra imprese e consumatori ed utenti.

È probabile, alla luce delle considerazioni esposte, che l'attivazione di questi organi sia suscettibile di avere molto successo, se opportunamente disegnata soprattutto con riferimento a costi e facilità di accesso. Bisogna naturalmente che essa venga seguita da una opportuna attività di propaganda verso gli associati e di promozione verso i consumatori, nell'ambito della instaurazione di intensi e continuativi rapporti con i loro enti esponenziali.

Un ultimo rilievo. Si è parlato di organi di conciliazione-mediazione per una ragione precisa. Il mediatore non deve limitarsi a cercare la conciliazione delle parti, prendendo semplicemente atto del fallimento, nel caso che la conciliazione non riesca. Deve anche fare una propria proposta, sulla base degli elementi di fatto e di diritto che gli vengono rappresentati, ed eventualmente, delle sommarie informazioni che abbia assunto.

Alla proposta (non accettata dalle parti) occorrerà attribuire rilievo giuridico nell'eventuale successivo giudizio contenzioso, in ordine al riparto delle spese. Quando la proposta non è accettata dall'attore, questi dovrà essere condannato alle spese (o quanto meno vedersene compensate), se non riuscirà ad ottenere davanti al giudice un risultato migliore di quello proposto dal mediatore. Quando la proposta non è accettata dal convenuto, questi dovrà essere condannato per responsabilità aggravata, se la domanda dell'attore verrà accolta in misura pari o superiore rispetto alla proposta del mediatore.

È superfluo osservare che l'istituzione di rapporti del tipo appena descritto tra procedimento conciliativo e procedimento contenzioso, già sperimentati oltretutto negli Stati Uniti, avrebbe il pregio di incrementare la percentuale delle conciliazioni riuscite, decongestionando l'amministrazione della giustizia togata.