

Giusto processo

Giudici ed avvocati: nuove professionalità per processi più celeri?

di Guido Vidiri

Il principio della ragionevole durata del processo, introdotto a seguito della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ha costituito una regola sulla cui base è stato dai giudici di legittimità operata una interpretazione, costituzionalmente orientata, di numerose norme di rito al fine di ridurre i tempi della giustizia e la durata dei processi. Ma condizione necessaria per pervenire ad un processo «giusto» e maggiormente celere è l'acquisizione da parte dei giudici e degli avvocati di una «nuova professionalità» che, per essere più adeguata ai tempi attuali, si traduca in diffusa sensibilità ed in convinta disponibilità alla attuazione dei valori fissati dall'art. 111, commi 1 e 2, Cost.

Premessa

È opinione largamente condivisa che le riforme del 1990 e del 2005 sono tornate a puntare - come già il codice del 1940 nonché limitatamente al diritto del lavoro, la legge n. 533 del 1973 - su un modello di processo fortemente concentrato, il cui nodo centrale dovrebbe essere rappresentato dalla prima udienza. Si è però precisato che, rispetto alle controversie del lavoro, la concentrazione del rito ordinario è più attenuata, al pari del sistema delle preclusioni che dovrebbe servire a garantirla, e si è anche sottolineato come oggi prevalga in dottrina ed in giurisprudenza l'idea che le disposizioni in materia di preclusioni rispondano ad esigenze di ordine pubblico e debbano trovare applicazione, pertanto, indipendentemente dalla volontà delle parti per cui partendo da questa premessa - che contrasta con l'orientamento prevalente prima della riforma del '90 - si ritiene, ad esempio, che laddove una delle parti proponga tardivamente una domanda o una eccezione (in senso stretto) o una richiesta istruttoria nuova, il giudice sia comunque tenuto a dichiararla inammissibile, sebbene le altre parti non se ne dolgano o finanche, secondo alcuni, l'abbiano espressamente accettata (1).

Nella giurisprudenza è stato - in evidente condivisione dell'ora esposta concezione del processo - affermato ripetutamente, per quanto attiene al rito del lavoro, che il divieto di proporre domande nuove nel corso del giudizio di primo grado è in funzione dell'accelerazione del procedimento e, perché rispondente ad esigenze di ordine pubblico, esorbita dalla tutela dell'interesse privato, sicché la proposizione della nuova domanda non

può essere sanata dall'accettazione del contraddittorio ad opera della controparte (2).

È indubbio che un sistema rigido di preclusioni va visto come significativa espressione di un processo orientato in senso pubblicistico che, come è noto, all'inizio del secolo scorso ha visto i suoi più autorevoli sostenitori in Chiovenda ed in Mortara, la cui opinione - di cui si avverte l'influenza anche ai giorni nostri - ha portato ad una presa di distanza dalla visione liberale e garantista del processo civile, incentrato invece sul principio dispositivo ed affidato in linea di massima alle parti ed al reciproco controllo che ognuna può svolgere sull'altra (3).

Note:

(1) Così G. Balena, *Elementi di diritto processuale civile*. Vol. II. *Il processo ordinario*, Bari, 2006, 55-56.

(2) Cfr. in tali sensi: Cass. 5 luglio 2007 n. 15147 in una controversia assoggettata al rito del lavoro, cui *adde ex plurimis*: Cass. 11 maggio 2007, n. 11305, secondo cui nei giudizi di separazione incardinati in primo grado successivamente al 30 aprile 1995, la questione della novità della domanda di addebitamento della separazione tra i coniugi risulta del tutto sottratta alla disponibilità delle parti - e pertanto ricondotta al rilievo officioso del giudice, anche in appello - senza che rilevi l'accettazione, su di essa, del contraddittorio in primo grado; Cass. 9 novembre 2006 n. 23908, *Giust. civ.* 2007, I, 2151, con nota di R. Masoni, *Un contrasto giurisprudenziale (solo apparente) sull'ammissibilità di domande nuove da parte dell'intimante, in seguito ad opposizione alla convalida di sfratto*.

(3) Per una mirabile ricostruzione della processualistica civile tra pubblico e privato agli inizi del novecento vedi: P. Grossi, *Scienza giuridica italiana (Un profilo storico 1860-1950)*, Milano 2000, 242 ss., il quale evidenzia come Chiovenda sia stato, per molti anni, *dominus* incontrastato della procedura italiana a partire da 3 febbraio 1903 (data della Prolusione bolognese, *L'azione nel sistema dei diritti*, ora in *Saggi di diritto processuale*) (segue)

Il dibattito sulla natura (pubblicistica o privatistica) del processo e sul carattere (inquisitorio o dispositivo) del nostro ordinamento processuale - destinato a ravvivare ciclicamente l'interesse degli studiosi (4) - sembra allo stato funzionalizzato soprattutto al perseguimento della finalità di cui all'art. 111, comma 1, Cost., secondo cui la giurisdizione si attua mediante "il giusto processo regolato dalla legge", nonché di quella di cui al comma 2 dello stesso art. 111, secondo cui la legge assicura la "ragionevole durata" del processo (5), e risulta incentrato soprattutto sulle ricadute che le suddette statuizioni hanno nella giurisprudenza, che ha mostrato di volere attribuire ad esse un carattere non meramente programmatico ma di immediata operatività a livello ermeneutico, attraverso una loro costante utilizzazione nella lettura delle norme del codice di rito (6).

Portata ed ambito di operatività dell'art. 111 Cost.

Sulla effettiva rilevanza dei primi due commi del nuovo art. 111 Cost. si rinvengono contributi dottrinari volti a rimarcare come il principio della ragionevole durata sia componente fondamentale del «giusto processo» in quanto una sua lunga durata finisce per tradursi in un vero e proprio diniego di giustizia; e tutto ciò in un contesto valutativo che si connota però, nel suo complesso, per assegnare una ridotta portata operativa alle modifiche operate dalla legge 23 novembre 1999, n. 2 (7).

Più specificamente in molti autorevoli settori della dottrina si è affermato che le suddette disposizioni non apportano un sostanziale cambiamento rispetto al quadro normativo precedente, per limitarsi a ribadire garanzie del processo, già ricavabili da numerose altre norme costituzionali - e specialmente dall'art. 24 nella sua connessione con l'art. 3 (diritto di azione e di difesa e correlata esplicitazione del pieno contraddittorio e della parità tra le parti nel giudizio) e trovando inoltre l'imparzialità del giudice la sua fonte nella «soggezione del giudice soltanto alla legge» (art. 101) e nella indipendenza e autonomia della magistratura (art. 104, comma 1) - e si è, a conclusione di tale assunto, evidenziato come non fosse riscontrabile alcun caso in cui, a partire dal 2000, la Corte costituzionale avrebbe dovuto cominciare a dichiarare l'illegittimità di norme ordinarie per violazione di garanzie costituzionali, che non si sarebbe potuta (e dovuta) dichiarare prima (8). E sempre in una direzione limitativa del dettato costituzionale si è poi affermato: che l'art. 111, comma 2, contiene «una indicazione programmatica dal valore meramente esortativo», essendosi in presenza di «una norma che è in grado di incidere poco sulla lentezza del giudizio» (9); che il nuovo testo costituzionale presenta una efficacia dichiarativa e non costitutiva per avere esplicitato ciò che già costituiva il presupposto implicito del nostro sistema giudiziario (10); che le sole norme autenticamente nuove introdotte nell'art. 111 Cost. sono

quelle contenute nei commi 4 e 5, relative al processo penale (11); che il principio della «ragionevole durata» del processo rappresenta una disposizione di mero indirizzo, perché ogni causa ha tempi «fisiologici» propri, che evidentemente risentono della peculiarità della controversia e dell'obiettiva urgenza che le parti (o quanto meno, l'attore) abbiano di pervenire alla decisione, e che la solenne affermazione secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» configura a sua volta una enunciazione, cui non è affatto facile attribuire una portata concreta ed autonoma, particolarmente per quel che concerne il concetto, apparentemente metagiuridico, di processo «giusto» (12).

Note:

(segue nota 3)

suale civile (1894-1937), vol. I, Milano, 1993, 14 ss.), e come il suo straordinario successo sia stato legato *in primis* alle qualità strutturali di un pensiero giuridico forte (pensiero e non mera tecnica), nonché alla fortuna di trovare degli epigoni autorevoli che, insistendo sulle virtù del suo messaggio e ingigantendole, avevano circondato d'una aureola il personaggio mitizzandolo.

(4) Per l'assunto che il nostro sistema processuale si ispira - tranne che per quanto riguarda il processo del lavoro ed il processo di divorzio - ad un sistema che potrebbe definirsi «dispositivo attenuato», vedi C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino 2000, 103 ss. che al riguardo - dopo avere rilevato come il codice di rito, pur affermando genericamente con l'art. 115 c.p.c. il vincolo del giudice alle offerte di prova delle parti, non manchi di far salvi con detto articolo i «casi previsti dalla legge» - sottolinea che il giudice può fondare il suo convincimento intorno ai fatti anche su prove non proposte dalle parti, potendo per l'art. 117 c.p.c. disporre *d'ufficio* il c.d. interrogatorio libero, o non formale, delle parti, essendogli consentito per l'art. 118 c.p.c. di disporre *d'ufficio* l'ispezione di persone e di cose, nonché ai sensi dell'art. 213 c.p.c. di chiedere sempre *d'ufficio* informazioni scritte alla pubblica amministrazione.

(5) Per un approfondito esame dei primi due commi dell'art. 111 Cost. cfr. da ultimo S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2008, 129 ss.

(6) In argomento da ultimo: G. Vidiri, *La «ragionevole durata» del processo: interventi normativi e giurisprudenza di legittimità*, in questa *Rivista*, 2008, 4, 580.

(7) Sul collegamento tra processo «giusto» e processo dalla «ragionevole durata», in relazione al quale può parlarsi di «endiadi normativa» vedi: Vidiri, *op. loc. cit.*, secondo cui il legislatore costituzionale nel prevedere, quale ultimo corollario del principio del «giusto» processo, la sua «ragionevole durata» ha scelto di collegare in modo esplicito il carattere «giusto» del processo alla sua definizione tempestiva.

Osserva Chiarloni, *Giusto processo cit.*, 146 che la ragionevole durata del processo ha a che fare con la giustizia della decisione «anche perché se passa molto tempo tra l'istruzione probatoria e la decisione, diminuiscono le probabilità di corretta valutazione delle prove».

(8) Così Chiarloni, *Giusto processo cit.*, 130-131.

(9) In questi termini vedi: A. Andronio, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. III (art. 101-139), Torino 2007, *sub art.* 111, 2115.

(10) Per tale opinione vedi G. Monteleone, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. civ.* 2001, II, 523.

(11) In tali sensi cfr. M. Cecchetti, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, V, Milano 2001, 618.

(12) Così Balena, *Elementi di diritto processuale cit.*, 62-63.

Con un diverso approccio rivolto a riconoscere una portata espansiva al nuovo dettato costituzionale, con non trascurabili riflessi sull'andamento del processo - dopo avere evidenziato come il principio della sua «ragionevole durata» sia garanzia di effettività del diritto d'azione - si è, di contro, osservato che nel nostro ordinamento i tempi del giudizio sono oggetto, oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello ad un giudizio equo ed imparziale (13); si è precisato ancora che sebbene non possa riconoscersi alla norma costituzionale efficacia immediatamente precettiva, dovendo il principio della ragionevole durata, essere garantito dalla legge, ciò non toglie che detto principio costituisca «un preciso parametro costituzionale ai fini della conformità a costituzione di tutte le norme che direttamente o indirettamente determinano una ingiustificata durata del processo» (14); ed infine, sempre nella stessa ottica, si è pure rilevato che il testo del precetto costituzionale apre una nuova stagione per gli addetti ai lavori, i quali devono scrutinare il codice di rito (e le altre norme processuali) anche, se non soprattutto, dall'angolo visuale della «ragionevole durata» del processo (15).

Per quanto poi riguarda l'esplicitazione nella Carta costituzionale del «giusto processo regolato dalla legge», si è individuato in detta nozione una portata capace di provocare due fondamentali ricadute: da un lato l'emersione di una essenziale componente «deontologica» del «giusto processo», che tocca la correttezza delle condotte e dei comportamenti di tutti i protagonisti del dramma processuale, vincolandoli all'inderogabile rispetto di un'«etica» che, lungi dall'essere esterna (ed estranea) al processo, di quest'ultimo è propria ed ad esso interamente inerisce quale sua insopprimibile «anima interna»; e dall'altro, l'accettazione di un approccio garantistico nuovo che, grazie al prevalere di una siffatta «etica» interna, impone di rendere scrutinabili e controllabili, in ogni situazione, la «correttezza» e la «lealtà» dei comportamenti di chi (parte, difensore, giudice o pubblico ministero) esercita, i diritti, i poteri e gli oneri di cui è titolare, sì da escludere a priori l'inammissibilità di situazioni subietive che possano dirsi «discrezionali», da qualificarsi «insindacabili» ed, in quanto tali, totalmente sottratte «nelle modalità del loro (positivo, mancato o rifiutato) esercizio» a qualsiasi forma di controllo, riesame o revisione impugnatoria (16).

Sotto altro versante una autorevole dottrina - facendo espressa autocritica per avere inizialmente individuato nell'art. 111, comma 1, Cost. una norma non comportante alcun cambiamento reale - ha rilevato che il giusto processo ha direttamente a che fare con la giustizia del suo risultato perché non si esaurisce con l'assicurare unicamente le garanzie costituzionali «interne» - quali il contraddittorio, la parità delle armi e l'imparzialità del giudice - atteso che il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da garantire, nei limiti del possibile, la giustizia del risultato e la cor-

rettezza del *decisum*. Il che dovrebbe indurre il legislatore a rivisitare l'attuale processo civile disconoscendo qualsiasi valore giustificativo - in analogia con quanto accade negli ordinamenti di *common law* - alle condotte negatrici della verità sulla base del principio *nemo tenetur edere contra se*, nonché ad ammettere, in ordine all'accertamento dei fatti, un potere sussidiario del giudice di ammissione *ex officio* dei mezzi di prova oltre i confini oggi designati per il processo ordinario, in conformità a quanto stabilito per il processo del lavoro (17).

L'art. 111 Cost. e la giurisprudenza di legittimità

Le Sezioni Unite della Cassazione - in relazione al riconoscimento dei poteri istruttori del giudice del lavoro (il cui esercizio non è subordinato ad una esplicita richiesta delle parti né è condizionato dal verificarsi di preclusioni o decadenze) - hanno statuito con la sentenza 17 giugno 2004 n. 11353 che «detti poteri - proprio perché funzionalizzati al contemperamento del principio dispositivo con quello della verità materiale - non possono mai essere esercitati in modo arbitrario», ed hanno aggiunto al riguardo «che il giudice - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c. ed al disposto di cui all'art. 111, comma 1, Cost. sul «giusto pro-

Note:

(13) Sul punto cfr. F. Rota, *I principi costituzionali*, in V. Denti, *La giustizia civile*, Bologna 2004, 85 (a cura di F. Cuomo Ullo, C. Gamba, L. Passante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo), che evidenzia come attraverso il nuovo testo dell'art. 111 Cost. abbia trovato riconoscimento al massimo livello il principio di economia processuale (o di economia dei giudizi) - i cui fondamenti erano in precedenza ricavabili per induzione dal sistema processuale - ma che senza l'attuale copertura costituzionale sarebbe rimasto al rango di canone ermeneutico.

(14) In questi esatti termini vedi: L. Montesano-G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*. Vol. I (*Principi generali. Rito ordinario di cognizione*). Tomo I, Padova 2001, 41.

(15) In questi sensi G. Olivieri, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, secondo comma, Cost.)*, in *Foro it.* 2000, V, 252 ss., cui *adde*, più di recente, Vidiri, *Il principio di non contestazione e la ragionevole durata del processo*, in *Riv. dir. lav.* 2006, I, 59 ss.; Id., *La ragionevole durata del processo e la giurisprudenza delle Sezioni Unite: la circolarità tra oneri di allegazione, di contestazione e di prova*, in *Giust. civ.* 2006, II, 345 e ss., anche per quanto attiene alle numerose ricadute del principio costituzionale in esame.

(16) In questi testuali sensi: L. P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 329-330, ed *amplius* Id., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino 2004, 327-377.

(17) Cfr. sul punto *amplius* Chiarloni, *Giusto processo cit.*, 144 ss., che - sulla premessa che nessuna garanzia costituzionale può ritenersi violata dall'esercizio di un potere istruttorio ufficio, che riapra i termini per le deduzioni probatorie a favore di tutte le parti - addebita alla contraria opinione di non avere nulla a che fare con dette garanzie bensì con la vetusta concezione del processo come un gioco dove non vince chi ha ragione, ma la parte che si può avvalere del campione, cioè dell'avvocato, più abile; concezione da tempo superata negli ordinamenti continentali e, come è ben noto, in via di superamento nei due più importanti ordinamenti di *common law*, che si vanno orientando, attraverso diversi meccanismi, in direzione di un aumento dei poteri di controllo del giudice, per meglio assicurare la giustizia delle decisioni

cesso regolato dalla legge” - deve esplicitare le ragioni per le quali reputa di fare ricorso all’uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritiene invece di non farvi ricorso» (18).

Ed ancora le Sezioni Unite - nel risolvere il contrasto sorto sull’ammissibilità in appello di nuovi documenti - nell’equiparare le prove costituite (quale quella documentale) e quelle costituende (quale la prova testimoniale) alla medesima disciplina per quanto attiene il rispetto dei termini decadenziali hanno - sia nella sentenza n. 8202 (riguardante il rito del lavoro) che in quella coeva n. 8203 del 20 aprile 2005 (riguardante il rito ordinario) - rimarcato, con identiche parole, come «pur non potendosi di certo attraverso il sistema delle preclusioni ledere il diritto di difesa delle parti e vanificare la ricerca della verità materiale», la garanzia della «ragionevole durata del processo» (riconosciuta come diritto dell’uomo dall’art. 6 della Convenzione europea, ed ora espressamente sancita dall’art. 111, comma 2, Cost.) debba tuttavia fungere da parametro di costituzionalità delle norme processuali, per essere oggetto - come si è già ricordato - «oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello di un giudizio equo ed imparziale (così da ultimo, Corte cost. 21 marzo 2002 n. 78), con la conseguenza che l’opera ermeneutica del dato normativo deve accompagnarsi - come è stato sovente osservato da quanti si sono confrontati con le problematiche in esame - alla consapevolezza che i termini acceleratori e le preclusioni, volte ad impedire l’ingresso nel processo di fatti e/o di prove tardivamente avanzate, sono funzionalizzati proprio a tutelare il suddetto principio della “ragionevole durata” e quello, ad esso correlato, dell’economicità del giudizio» (19).

Uno scrutinio sui *dicta* in materia processuale dei giudici di legittimità porta a rilevare come sia non certo episodico, ma invece costante da parte di detti giudici, il riferimento all’art. 111 Cost., e soprattutto al principio della «ragionevole durata del processo», al fine di pervenire ad opzioni ermeneutiche che riducano i tempi della giustizia.

Ed invero - è opportuno ribadirlo - in numerose decisioni dei giudici di legittimità è riscontrabile un richiamo non certo meramente evocativo del dettato costituzionale, ma una sua piena condivisione concretizzantesi in una lettura costituzionalmente orientata delle norme di rito (20).

È auspicabile che le riportate statuizioni trovino costante e piena applicazione nella giurisprudenza (di legittimità e di merito) e che la stessa continui a privilegiare soluzioni volte ad attribuire forza espansiva al principio ora in esame, ed a procedere, conseguente-

Note:

(18) Così in motivazione: Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353, che leggesi in *Foro it.* 2005, I, 1135, con nota di E. Fabiani, *Le Sezioni Unite intervengono sui poteri istruttori d’ufficio del giudice del lavoro*; in *Giur. it.*

2005, 322; ed ancora in *Guida al diritto* 2004, 41, 22, con nota di S. Taddei, *Sempre richiesta una motivazione espressa per ammettere o escludere i mezzi di prova*; in *Mass. giur. lav.* 2004, 738, con nota di G. Mannacio, *Sull’onere della prova e alcune sue specifiche modalità*; in *Riv. giur. lav. e prev. soc.* 2005, II, 95, con nota di F. Fabbri, *Il ruolo delle parti nel processo del lavoro e la “circolarità” degli oneri probatori: una nuova decisione delle sezioni unite.*

(19) Cfr. al riguardo sempre in motivazione: Cass., sez. un., 20 aprile 2005, nn. 8202 e 8203, in *Giust. civ.* 2005, I, 2033, con nota di G. Giacalone - C. Caccaviello, *Nuove prove in appello: viene meno la distinzione tra prove costituite e prove costituende*, ed ancora *ivi*, 2006, I, 143, con nota di G. Raiti, *Due grands arrêts delle sezioni unite sull’ammissione di nuovi documenti nell’appello ordinario e in quello del lavoro*; in *Foro it.* 2005, I, 1690, con note di C.M. Barone, *Nuovi documenti in appello: è tutto chiaro?*, di D. Dalfino, *Limiti all’ammissibilità di documenti in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)*, e di A. Proto Pisani, *Nuove prove in appello e funzione del processo*; in *Giur. it.* 2005, 1457, con nota di A. M. Soggi, *Le sezioni unite sulla produzione dei documenti (in appello e in primo grado) e sui poteri istruttori d’ufficio del giudice nel rito ordinario e del lavoro, tra stop and go*; in questa *Rivista*, 2005, 7, 929, con nota di G. Ruffini, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3, e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle sezioni unite.*

(20) Così al riguardo tra le più significative cfr.: Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498 in *Foro it.* 2006, I, 1433, con nota di G. Balena, R. Oriani, A. Proto Pisani, N. Rascio, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*; in questa *Rivista*, 2006, 8, 1083, con nota di A. Parisi, *Oggetto dell’appello, onere della prova e principio di acquisizione processuale al vaglio delle sezioni unite*, nonché in *Giur. it.* 2007, 672, con nota di A. Rocco, *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della domanda devoluta al giudice dell’impugnazione?* secondo cui, stante la natura dell’appello come una “revisio” (fondata sulla denuncia di specifici “vizi” di ingiustizia o nullità della sentenza impugnata), è onere dell’appellante - quale che sia stata la posizione da esso assunta nella precedente fase processuale - produrre, o ripristinare in appello se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali egli basa il proprio gravame o comunque attivarsi per farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti al fine di non subire le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell’altra parte (nella specie rimasta contumace), quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice di appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare; Cass. 30 gennaio 2006 n. 2035, *Giust. civ.* 2006, I, 1456 ed in *Foro it.* 2006, I, 3430, con nota di C.M. Barone, *Preclusioni processuali e giudicato esterno: qualche altra breve osservazione*, che - nello statuire la rilevanza d’ufficio da parte del giudice, chiamato a decidere sulla questione di prescrizione introdotta dal convenuto attraverso l’eccezione di cui all’art. 2938 c. c., e nel precisare che può tenersi conto anche del fatto interruttivo di essa, pure se non dedotto formalmente dall’attore come controeccezione, sempre che detto fatto sia stato però ritualmente introdotto in giudizio - rileva sul piano generale come sia doveroso (in una ottica volta a rifiutare visioni antinomiche rispetto a valori fondanti dell’ordinamento giuridico ed asistemiche rispetto ad un processo sempre più cadenzato su termini preclusivi con funzione chiaramente sollecitatoria) rimarcare che «il principio della “ragionevole durata del processo”, recepito dal disposto dell’art. 111 Cost., comma 2, a seguito della l. 23 novembre 1999, n. 2 (e temperato dal bilanciamento con il principio, pur esso costituzionalizzato, del diritto di difesa e dell’accertamento della verità materiale), non può sopportare alcun *vulnus* per effetto di condotte che, seppure non si ritengano lesive dei canoni di lealtà e probità di cui all’art. 88 c.p.c., risultino comunque improntate ad inescusabile inerzia e negligenza».

In dottrina per un ampio *excursus* sui numerosi arresti giurisprudenziali attestanti una lettura del dato normativo che - nel rispetto della lettera delle singole disposizioni - è volto ad agevolare il raggiungimento della finalità di una «ragionevole durata» del processo, in una ottica avversante ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio, vedi: Vidiri, *L’art. 111, comma 2, e le recenti pronunzie della cassazione sul processo*, *Mass. giur. lav.* 2006, 172 ss.

mente, in questa ottica, ad una ampia rivisitazione di punti nodali del rito ordinario e di quello del lavoro.

Gli effetti di una siffatta opzione ermeneutica potrebbero assumere portata di indubbia - e, in buona misura, inimmaginabile - portata anche sul versante dell'economia processuale se, ad esempio: si accreditasse - in contrasto con quanto sostenuto sinora dalla giurisprudenza - la tesi che il principio di non contestazione deve operare pure nei processi contumaciali non potendo più la contumacia legittimare una operatività dei termini decadenziali, delle preclusioni e degli oneri in forma più attenuata rispetto a quella propria delle parti costituite, dovendosi a tale conclusione pervenire sulla base di un ridimensionamento del tradizionale indirizzo dottrinario che continua a vedere nella condotta (inattiva) del contumace una libera - e in alcun modo penalizzante - scelta del diritto di difesa anche per quanto attiene ai tempi di partecipazione al processo (21); e se - sotto un ben distinto versante e sempre procedendo ad una interpretazione costituzionalmente orientata - si patrocinasse una lettura del disposto dell'art. 37 c.p.c. volta ad impedire che si possa eccepire o rilevare d'ufficio in cassazione il difetto di giurisdizione dopo la trattazione (e la decisione) nel merito in due gradi di giudizio, in condivisione della teoria del giudicato implicito capace per la sua flessibilità di includere non solo le situazioni riconducibili alla tradizionale nozione del cosiddetto "dedotto e deducibile", ma anche quelle statuzioni che, per risolvere pur implicitamente questioni processuali e/o di merito, siano da considerare come antecedente logico necessario ed imprescindibile di quelle espressamente decise, cui sono legate da un nesso di stretta ed indissolubile dipendenza (22). Ne può trascurarsi al riguardo la considerazione che un ulteriore limite alla proposizione e rilevazione delle questioni di giurisdizione (e di altre pregiudiziali) è stato fatto scaturire anche dal principio di consumazione del potere di individuare la giurisdizione (*potestas decidendi*) negando al giudice della sentenza definitiva di modificare le statuzioni della pronuncia non definitiva - seppure non passata in giudicato - avente ad oggetto la questione della giurisdizione (così come altre questioni pregiudiziali) (23).

Note:

(21) Per una dissociazione dall'indirizzo seguito in giurisprudenza e dalla prevalente dottrina, secondo cui ai processi contumaciali non è applicabile il principio della non contestazione, dovendosi la contumacia reputare come un comportamento neutro, non suscettibile in quanto tale di valere come una *facta confessio* (cfr. in giurisprudenza *ex plurimis*: Cass., sez. un., 23 gennaio 2002 n. 761, in *Giust. civ.* 2002, I, 1909, con nota di M. Cattani, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore* che assume, infatti, che «ai fini della tempestività della contestazione non rileva la tardività della costituzione in giudizio, potendo un problema di preclusione alla contestabilità porsi soltanto sul presupposto - non configurabile nel solo fatto della contumacia - della rilevanza di un ordinario atteggiamento di non contestazione». In dottrina cfr. per tutti: A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel proces-*

so civile, *Foro it.* 2003, I, 607; G. Tarzia, *Lineamenti nel nuovo processo di cognizione* 1991, 129; A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, 294 e ss., che patrocinava, infatti, la tesi che non possa operarsi ai fini contestativi alcuna differenza tra chi partecipa al giudizio e chi risulta in esso contumace, nonché Vidiri, *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, *Mass. giur. lav.* 2005, 494 e ss., che muove riserve all'orientamento prevalente per quanto attiene al rito del lavoro, rimarcando come in questo rito la presenza delle parti e la loro collaborazione con il giudice sono stati dal legislatore considerati indispensabili per una accentuata celerità del giudizio e contestualmente per la ricerca in esso della verità materiale come è attestato tra l'altro dall'interrogatorio libero delle parti - funzionalizzato alla piena operatività dell'udienza di discussione di cui all'art. 420 c.p.c. - nonché dalle numerose e specifiche iniziative alle parti stesse riconosciute (art. 420, ultimo comma.; art. 421, comma 3; art. 425), di rilievo non secondario al fine di coniugare la speditezza del processo, con la sua sostanziale giustizia, incentrata sulla ricerca, appunto, della verità materiale.

(22) Cfr. su tale tematica lo studio di F. Lancellotti, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 477 ss.

Per una significativa limitazione del campo di operatività dell'art. 37 c.p.c. sulla base di una interpretazione funzionalizzata alla effettività della tutela ed alla riduzione dei tempi processuali, cfr. in motivazione: Cass., sez. un., 5 febbraio 1999 n. 34.

È utile ricordare che prima del vigente codice di rito era comune e pacifica nella giurisprudenza l'affermazione che - predisposta con una sentenza interlocutoria l'indagine di una questione di fatto attinente al merito e divenuta irrevocabile l'interlocutoria - fossero precluse le questioni processuali, la cui soluzione negativa rendeva inammissibile una decisione di merito; soluzione questa seguita tanto rispetto alla questione processuale più frequente, quella della competenza, relativa o assoluta, quanto rispetto ad altre eccezioni *litis ingressum impediens*.

Per siffatto costante orientamento cfr. *ex plurimis*: Cass. 9 giugno 1937 n. 1822, in *Mass. Foro it.* 1937, 415 riguardante la legittimazione processuale nonché più in generale Cass., Sez. 1, 15 aprile 1936, in *Riv. dir. proc. civ.* 1938, II, 245, che ha osservato che una interdipendenza ferrea tale da giustificare la formazione del giudicato implicito si riscontra quasi sempre tra le questioni processuali e le questioni di merito, nel senso che il passaggio all'esame di queste presuppone una decisione affermativa sulla ricorrenza dei presupposti processuali, ed ha poi aggiunto che non può dirsi altrettanto tra questione e questione di merito, rispetto alle quali di regola non è prescritto un ordine legale nella cognizione e, in corrispondenza, nella deduzione delle questioni e in relazione alle quali quasi sempre, quindi, l'ordine nella cognizione dipende da contingenti ragioni di opportunità.

In dottrina a favore di tale soluzione E. Betti, *Se il passaggio in giudicato d'una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, II, 13 ss.; contra, invece, E. Allorio, *Critica della teoria del giudicato implicito*, ivi 1938, II, 245 ss. in commento a Cass. 15 aprile 1936 cit.

(23) Per l'opinione che ai fini della preclusione alla declaratoria di giurisdizione non è necessario invocare il carattere di immutabilità che presiede al giudicato formale cfr. M.P. Gasperini, *Il sindacato della cassazione sulla giurisdizione e sul merito*, Milano 2002, 311 ss., che reputa sufficiente richiamarsi alla teoria della consumazione del potere del giudice di *ius dicere* in quanto già esercitato con riferimento alla medesima domanda.

In giurisprudenza per l'esaurimento della questione giurisdizionale con la sentenza non definitiva vedi Cass. 4 febbraio 2005 n. 2237, secondo cui i provvedimenti che ai sensi dell'art. 279 c.p.c., contengono una statuizione di natura decisoria (sulla giurisdizione, sulla competenza, ovvero su questioni pregiudiziali del processo o preliminari di merito) anche quando non definiscono il giudizio (ancorché qualificati ordinanza), vanno considerati sentenze non definitive, con l'effetto che la statuizione ivi contenuta non può essere, neppure implicitamente, revocata o modificata dalla sentenza definitiva, atteso che il frazionamento della decisione comporta l'esaurimento del potere giurisdizionale per la parte della controversia decisa con la sentenza interlocutoria, ancorché avente forma di ordinanza; in epoca più risalente vedi: Cass., sez. un., 22 giugno 1990, n. 6311.

Quello che in altri termini sembra ora richiesto è il riconoscimento di una maggiore permeabilità delle norme processuali alle esigenze espresse dalla Carta costituzionale perché - come è stato puntualmente osservato - «la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo impone all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo, deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo valore sistematico e per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale» (24).

Il processo tra ideologia e pratica

È constatazione ben risalente sul piano storico e pressoché comune tra gli studiosi di diritto comparato che l'eccessiva durata dei processi rappresenti il «vizio congenito» o il «peccato originale» dei principali modelli di processo (25).

L'esigenza del superamento di un siffatto vizio, di certo il più tangibile dei mali che allo stato caratterizzano la giustizia civile nel nostro Paese, spiega le diverse proposte *de iure condendo* volte ad introdurre modelli processuali di maggiore efficienza, che sovente però si differenziano tra loro con riferimento soprattutto al ruolo da assegnare al giudice.

Ed invero, mentre una parte della dottrina patrocinava un ridimensionamento dei poteri del giudice sul presupposto che la Carta costituzionale impone la riduzione al minimo della discrezionalità dell'organo giudicante e sollecita una estesa controllabilità dei suoi provvedimenti (26), altro indirizzo perviene ad opposte conclusioni ora evidenziando come sia di comune condivisione nella comunità scientifica internazionale l'opinione che il processo in quanto strumento pubblico, debba essere affidato alla direzione del giudice (27), ed ora rimarcando come un giudizio, che si proponga di essere disincantato ed obiettivo, non possa non rilevare come sistemi certamente liberali come quelli del *common law* si stiano muovendo in direzione di un rafforzamento dei poteri dell'organo giudicante (28).

Orbene, è di certo utile in una ottica *de iure condendo* individuare la portata da attribuirsi - nel perseguimento della finalità di un processo più celere e giusto - alle numerose analisi dei sistemi processuali dei diversi Paesi.

Non si può tuttavia disconoscere che riserve sulla scientificità del sistema di comparazione tra ordinamenti diversi possono legittimamente sorgere se si considera: che - come è stato puntualmente ricordato - tale sistema è condizionato da progetti culturali in funzione dei quali vengono spesso lette e studiate le norme delle diverse legislazioni; che talvolta esso risulta limitato alla comparazione di micro-problemi, volta a misurare il grado di operatività di singole norme tecniche e di det-

taglio, lasciandosi così in ombra il raffronto tra i modelli processuali in cui tali norme si inseriscono; e che, infine, non di rado la ricerca normativa è devoluta a studiosi che, seppure a perfetta conoscenza delle lingue, non avendo però compiuta notizia della dottrina e della giurisprudenza dei diversi ordinamenti da comparare, incontrano difficoltà nella individuazione della finalità delle norme esaminate (29).

Inoltre con il porre la contrapposizione tra il processo di *civil law* e quello di *common law*, incentrandola sul carattere scritto del primo ed orale del secondo, non si raggiungono risultati attendibili in ragione della realtà fattuale che attesta una ampia presenza della scrittura nei processi di *common law* ed un ampio spazio riservato all'oralità in vari processi di *civil law*. Ed in tale direzione si è anche evidenziato che il progetto culturale imperniato sulla esaltazione del modello *adversarial* e sulla denuncia degli aspetti inquisitori del processo civile sembra avere fatto il suo tempo nella dottrina nordamericana, come in quella dei paesi di *civil law*, e che l'attuale non è più il tempo di rigide contrapposizioni dogmatiche e di contrasti di principio per essere emersi ben altri problemi nel campo della giustizia civile, sì da indurre molti legislatori ad assumere orientamenti di riforma più pragmatici e meno ideologicamente orientati (30).

E proprio la condivisione di siffatti orientamenti - che mettono in guardia dalle ricostruzioni dottrinarie volte a presentare modelli ideali di processo in realtà condizionati da pregiudizi di natura politico-ideologica - fornisce indicazioni utili al fine di dare risposte adeguate alle attuali pressanti, numerose e sempre più articolate domande di giustizia.

La necessaria rivisitazione dell'attuale codice di rito non può però che partire da una preliminare considerazione che la c.d. globalizzazione - nonostante l'accelerazione da molti auspicata - non potrà portare ad

Note:

(24) Così testualmente in motivazione: Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4636.

(25) Cfr. al riguardo *amplius*: Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591.

(26) Per una tale opinione - incentrata soprattutto sull'idea che vede sottesa alla formazione del codice di procedura civile valori «tanto illiberali e autoritari quanto del tutto incompatibili con i principi della Costituzione repubblicana» cfr. per tutti: F. Cipriani, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, comma 3, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 24 ss.; Id., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, ivi 2003, 455 ss.

(27) Così G. Verde, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 676 ss.

(28) In tali termini M. F. Ghirga, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 444, cui *adde* per analoga opinione Chiarloni, *Relazioni tra le parti, i giudici e i difensori*, ivi 2004, 11 ss.

(29) Sul tema generale dei metodi della comparazione tra ordinamenti e sulle diverse forme in cui essi si articolano vedi: M. Taruffo, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»*, in *Foro it.* 2001, V, 345-346.

(30) Così ancora Taruffo, *Il processo civile cit.* 347-349.

una totale omogeneizzazione degli assetti ordinamentali dei diversi Paesi, tali da accreditare modelli processuali universalmente validi, capaci cioè di obliterare del tutto le tradizioni, i costumi, le consuetudini - in una parola i vecchi valori - delle "piccole patrie" in quanto finché vivranno gli Stati non potrà pervenirsi a ordinamenti processuali, che rinnegando del tutto i propri caratteri identitari, finiscano per caratterizzarsi in termini di a-territorialità ed a-temporalità, rimanendo - pur nel necessario coordinamento con le legislazioni soprannazionali imposto in primo luogo dalla apertura dei mercati - il diritto statale in qualche misura imprescindibilmente legato ad una proprio territorio e deputato alla regolamentazione nel tempo delle esigenze della cittadinanza di quel territorio (31).

Ne consegue che una concezione pragmatica del processo, cui si è fatto in precedenza riferimento, comporta l'abbandono di opinioni e speculazioni teoriche volte a ridisegnare modelli ideali di processo capaci di cadenzarne i tempi anche dei singoli gradi (32) ma nello stesso induce, con un atteggiamento più realistico, a guardare de *iure condendo* alle specifiche e attuali esigenze del nostro Paese nella consapevolezza che l'incapacità dell'apparato giudiziario ad apprestare risposte sollecite determina effetti negativi anche sul piano socio-economico, non solo e non tanto per i non trascurabili costi per la collettività scaturenti dalla frequente disapplicazione degli enunciati della Corte europea dei diritti dell'uomo proprio in relazione alla durata dei processi (33), ma soprattutto per l'indubbio disincentivo all'investimento di capitali stranieri nel nostro territorio in conseguenza di un sistema giudiziario inefficiente e, quindi, non tempestivo nel reintegrare le giuste aspettative giuridiche delle imprese (34).

E sempre una visione più pragmatica e meno ideologizzata del processo porta a evidenziare che la scelta - ancora oggetto di contrastanti pareri tra le scuole dei processualisti - sull'entità dei poteri istruttori da riconoscere al giudice nella direzione del processo appare in buona misura correlata al tasso di credibilità della magistratura, perché i modelli processuali non si costruiscono *in vitro* e perché anche quelli reputati più affidabili in astratto sul piano della tecnica normativa sono destinati a dare cattiva prova se le professionalità dell'organo giudicante e delle altre parti del processo risultino carenti.

Crisi del processo: rimedi prossimi e futuri

È da tutti condiviso l'assunto che ai fini di garantire alla giustizia del nostro Paese maggiore efficienza e credibilità si debba intervenire a livello organizzativo e normativo. Ed in tale direzione si è mosso il disegno di legge Mastella, nella cui relazione viene esplicitato che l'intervento è finalizzato a ridurre la durata del processo civile, nel rispetto del principio della sua «ragionevole durata», introducendo numerose modifiche al codice di rito, senza però l'ambizione di attuarne l'ennesima riforma organica (35).

Tale disegno di legge, recependo molte proposte avanzate dalla dottrina processualistica in materia, indica misure normative di carattere acceleratorio unitamente ad altre ordinamentali dirette a perseguire un alligeringimento del contenzioso.

Tra le prime appare di certo improcrastinabile - per gli immediati effetti destinati a produrre - la riduzione dei termini stabiliti ex artt. 305 e 307 c.p.c. per la prosecuzione o la riassunzione del giudizio interrotto o cancellato nonché di quello fissato ex art. 327 c.p.c.; riduzione che forse sarebbe opportuno fissare in maggiore misura rispetto a quella prevista nel disegno di legge Mastella (quattro mesi per la riassunzione ed otto per il termine lungo di impugnazione) (36).

Sul piano organizzativo appare di certo altrettanto

Note:

(31) Osserva N. Irti, *L'ordine giuridico di mercato*, Ed. Laterza, Bari, 2001, 118, che il diritto che nasce sotto il nostro sguardo attesta «tra l'altro il divario tra lo spazio economico e spazio giuridico: il mercato è "comune", europeo o universale; il diritto è nazionale. Il luogo della produzione e degli scambi non coincide con il territorio dello Stato. Il raggio del potere statale è limitato dai confini; lo spazio delle relazioni economiche è illimitato».

(32) Tempi (due anni per il giudizio di primo grado, due anni per quello di secondo ed un anno per quello di legittimità) indicati nel capo VI del disegno di legge Mastella per complessivi cinque anni; termine questo, oltre il quale la durata del processo - per risultare non più giustificata alla stregua dei pronunziati della Corte europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di cassazione - legittima l'indennizzo per la durata irragionevole del processo (per la statuizione che ai fini della quantificazione di detto indennizzo non debba però farsi riferimento ad ogni anno di durata del processo, ma solo al periodo eccedente il termine ragionevole della sua durata, vedi: Cass. 7 gennaio 2008 n. 31; Cass. 3 gennaio 2008 n. 14, in *Foro it.* 2008, I, 1469, con nota di S.R. Masera, *Ragionevole durata del processo tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Cassazione e Corte costituzionale*).

(33) In tema di riparazione dei danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenziali alla eccessiva durata del processo cfr. le coeve Cass., sez. un., 26 gennaio 2004 n. 1338 e 1339, entrambe in *Foro it.* 2004, I, 693, con osservazioni di P. Gallo, cui *adde* più di recente: Cass. 3 gennaio 2008 n. 14 cit.

(34) È noto che una risposta tardiva alla domanda giudiziaria non garantendo in termini solleciti una tutela dei diritti lesi, contribuisce unitamente ad altre ragioni (mancanza di infrastrutture, diffusione territoriale della criminalità organizzata, ingiustificati appesantimenti e limitazioni burocratiche all'attività d'impresa, ecc.) a disincentivare gli investimenti di capitali stranieri, che si dirigono invece dove la politica, nelle sue manifestazioni legislative ed in quelle pratiche mostra una attitudine positiva verso il mondo delle imprese e dove, quindi, il «clima degli affari» è favorevole.

(35) Per un approfondito esame sul disegno di legge del Guardasigilli Clemente Mastella, presentato al Senato il 24 aprile 2007 (A.S. 1524), assegnato alla Commissione giustizia in sede referente il 10 maggio 2007 con i pareri delle commissioni 1 e 5, e poi passato all'esame della Commissione il 12 settembre 2007, vedi G. Manzo, *Osservazioni sul disegno di legge Mastella per la razionalizzazione e accelerazione del processo civile*, in *Foro it.* 2007, V, 247 ss.

(36) Una riduzione sino alla metà del termine annuale di impugnazione fissato nel testo codicistico non sembra eccessiva solo che si consideri come non sia certo infrequente il caso che non solo il gravame ma anche il ricorso per cassazione vengano proposti l'ultimo giorno del termine lungo, così duplicandosi di fatto in un solo processo il tempo massimo di inattività previsto tra una fase processuale e l'altra.

necessario - per arginare l'imponente contenzioso giudiziario e, per l'effetto, pervenire ad un processo più celere - assicurare strumenti alternativi di risoluzione delle controversie civili nonché meccanismi volti a selezionare le controversie, che per il loro basso tasso di difficoltà, risultino suscettibili di essere trattate attraverso forme procedurali semplificate (37).

Non è questa la sede né per esaminare *funditus* le indicate proposte e gli altri numerosi suggerimenti organizzativi - quali, ad esempio, quelli diretti a introdurre la sempre attesa revisione delle circoscrizioni giudiziarie, il completamento della informatizzazione degli uffici nonché l'introduzione dell'ufficio del giudice (che dovrebbe essere dotato di idoneo locale, di un segretario, e di personale amministrativo che lo coadiuvi nelle ricerche e lo sollevi da compiti materiali o di cancelleria) in modo che a questi sia riservata unicamente l'attività dello *ius dicere* - e né per negare di certo la loro utilità per un migliore rendimento del servizio giustizia.

Del resto sugli indicati temi da tempo sono maturate riflessioni, che forniscono un ricco articolato di possibili rimedi alla eccessiva ed endemica lunghezza del processo, tanto da fare risultare non più giustificabile l'ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa (38).

Appare, quindi, forse più opportuno avanzare qualche osservazione su un distinto piano.

Come si è in precedenza accennato, è utopistico pensare di risolvere i problemi della giustizia intervenendo solo sulle norme processuali e provvedendo con riforme - anche se necessarie - di tipo strutturale che incidano sull'organico e sulla dotazione dei magistrati atteso che la vera partita per una seria riforma della giustizia si gioca oggi sul «piano culturale», e su un rinnovato modo di concepire le relazioni tra i diversi soggetti del processo, siano essi avvocati o magistrati (39).

È stato evidenziato che il processo può configurarsi come momento significativo della comune vita del cittadino, che si caratterizza per una naturale dialettica tra l'autorità (decisoria) dell'organo giudicante e la libertà (di difesa) delle parti e per una continua ricerca di un equilibrato bilanciamento di valori capace, da un lato, di impedire che l'autorità si traduca in autoritarismo e, dall'altro, che la libertà del diritto di difesa si trasformi in un uso arbitrario e distorto dello stesso, capace di alterare il raggiunto equilibrio (40).

Intorno alla metà del secolo scorso un illustre processualista, patrocinatore di un ritorno alla schiettezza liberale proprio del processo del 1865, ebbe a sottolineare come la crisi del processo «è la crisi delle persone che operano nel processo, più precisamente di quella persona per la quale il processo è sostanzialmente tale, vale a dire del giudice», ed ebbe poi ad aggiungere - sul presupposto che il processo debba reggersi su valori assoluti e perduranti - che «la crisi del processo non è che un aspetto della grande crisi spirituale che è rilevabile in ogni campo della vita morale, nell'arte, nella filosofia, perché è la crisi dell'uomo, di ciascuno di noi» (41).

Orbene, l'assoluta veridicità della riportata considerazione, che trova allo stato pieno riscontro nella vita di tutti i giorni, risulta difficilmente contestabile sicché è pienamente condivisibile l'assunto di chi ritiene ormai maturi i tempi per un ripensamento sull'incondizionato accesso alla giustizia - frutto di una scelta che parte dall'aver aperto la facoltà di giurisprudenza a tutti i *curricula* delle scuole superiori, nel non avere introdotto il numero chiuso nelle università e nel non avere assicurato esami di stato rigorosamente selettivi (42) - e che auspica, per tali motivi, un mutamento culturale degli avvocati volto a rendere più efficiente il servizio di giustizia, anche attraverso una maggiore consapevolezza e una consequenziale praticabilità di strumenti alternativi al giudizio, sì da collocare il ricorso al giudice come ultima *chance* da giocare quanto le altre hanno fallito (43).

Nello stesso tempo non può negarsi - alla luce dell'esperienza processuale - che causa non ultima di una diluizione dei tempi del processo è di certo l'estraneità del giudice soprattutto alla fase di prima trattazione - dipendente da una non piena conoscenza degli elementi

Note:

(37) Per le possibili riforme urgenti del processo civile cfr.: A. Proto Pisani, *I modelli della fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in *Foro it.* 2006, V, 386 ss., che - dopo avere ricordato come non solo in Italia sia stato ampio il dibattito volto a trovare vie di risoluzione non giudiziale delle controversie e, come in tale ambito, accanto all'arbitrato la strada più frequente battuta o, più esattamente, dibattuta sia stata quella del tentativo obbligatorio di conciliazione - suggerisce che per determinate categorie di controversie relative a diritti disponibili, individuate in ragione della materia (ad esempio controversie di lavoro e/o previdenziali, controversie locative, controversie di infortunistica stradale, controversie successorie) venga introdotto in via legislativa come condizione di procedibilità del processo (o come condizione di proponibilità della domanda), il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione davanti ad un terzo imparziale (notaio o altro pubblico ufficiale, funzionari specializzati della camera di commercio, ex avvocati di Stato, giudici onorari o giudici di pace, funzionari della pubblica amministrazione, ecc.), con la conseguenza in caso di mancato raggiungimento dell'accordo tra le parti della redazione di un verbale che assuma *ex lege*, in ipotesi di accoglimento della istanza, valore a tutti gli effetti di titolo esecutivo stragiudiziale, alla stessa stregua di quanto ad es. effettuato dall'art. 18 l. 689/1981 con riguardo all'ordinanza irrogatrice della sanzione amministrativa.

(38) Tra i numerosi contributi in materia di modifiche riguardanti il processo e l'organizzazione giudiziaria vedi per tutti: F.P. Luiso *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *www.judicium.it* (2 aprile 2007); M.G. Civinini, A. Proto Pisani, G. Salmè, G. Scarselli, *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra il ministro Castelli e il ministro Mastella*, in *Foro it.* 2007, V, 12 ss.; R. Fuzio, *L'efficienza del servizio giustizia al bivio: tra un magistrato fai da te e un piano di ristrutturazione di assistenza al giudice*, *Foro it.* 2007, III, 333; A.A. VV., *Economia della giustizia. Domanda, offerta, organizzazione delle cause*, a cura di C. Mirabelli, L. Paganetto, G. Tria, Roma 2005.

(39) Così Ghirga, *La riforma della giustizia civile cit.*, 442.

(40) Cfr. sul punto Vidiri, *La «ragionevole durata» del processo*, cit., 584.

(41) In questi termini vedi S. Satta, *«La tutela del diritto del processo»*, in *Il mistero del processo* (che racchiude alcuni suoi saggi), Adelphi, Milano 1994, 64 e 79.

(42) Sul punto cfr. Ghirga, *op. loc. ult. cit.*

(43) Cfr. Ghirga, *op. cit.*, 443.

fattuali e delle questioni giuridiche sottoposte al suo esame - che però di sovente «ha fatto comodo alla classe forense» (44). E proprio per evitare ricadute negative sui tempi della giustizia, *de iure* condendo si è prospettato anche di modificare l'art. 91 c.p.c. nel senso di prevedere che il rifiuto, senza giustificato motivo della proposta conciliativa, dia ragione al pagamento delle spese del processo per la parte che si veda accolta la domanda in misura non superiore all'offerta di cui all'art. 185 c.p.c. come risultante dalle modifiche proposte (45), anche se va ricordato che già adesso una lettura del dato normativo costituzionalmente orientata può legittimare - nei casi di utilizzazione abusiva degli strumenti processuali al solo fine di procrastinare il momento della decisione - una maggiore operatività dell'istituto della responsabilità aggravata ex art. 96, comma 1, c.p.c. (46).

Su un piano più generale non può infine disconoscersi che - nel contesto di un processo che veda una più qualificata professionalità dei suoi partecipanti - deve assumere una più incisiva portata il collegamento fra lealtà processuale e dovere di dire la verità.

In questa direzione è stata suggerita una modifica dell'art. 88 c.p.c. con l'aggiunta di un ulteriore comma («Le parti costituite debbono chiarire le circostanze di fatto in modo leale e veritiero»), anche se, come è stato osservato, l'attuale formazione del suddetto articolo è tale da potere essere interpretato nel senso di includere il dovere di esporre in modo veritiero i fatti, se non altro perché non si comprende - ed anzi sfugge al senso comune - come il dovere di lealtà e probità possa, poi, consentire di mentire, abusando del processo con l'avviarlo verso linee istruttorie del tutto inutili ed in assoluto contrasto con il principio costituzionale della sua ragionevole durata (47).

Verso una «nuova» professionalità dei giudici

Un diverso genere di considerazioni sollecita invece l'esame sulla professionalità dei giudici.

In una mirabile opera di storia del diritto si legge che agli inizi del diciannovesimo secolo «il termine "procedura" era intrinsecamente dimesso, riferendosi chiaramente a un insieme di forme organizzative e presupponendo che il grande problema dell'azione, dell'azione processuale, continuava ad essere racchiuso in una nozione unitaria di diritto soggettivo di cui rappresentava una sorta di dimensione esterna, di proiezione verso l'esterno»; si osserva altresì che tutto ciò significava «il duplice riconoscimento della dominanza del diritto civile e del primato del diritto sostanziale», perché «collegata intimamente l'azione al diritto soggettivo e alla sua lesione, la procedura appariva come "faccenda da causidici o da uscieri" e il procedurista quasi come "il bracciante della giurisprudenza"»; ed infine si aggiunge che era da attribuire all'ingegno personale robustissimo di Chiovenda ed alla sua matrice culturale, l'aver determinato una inversione di tendenza con l'abbandono di una visione squisitamente privatistica del processo,

considerato come «ancillare della determinante ragione civile» (48).

All'inizio del duemila - anche per effetto delle radicali trasformazioni del contesto socio-economico che hanno caratterizzato il corso di un secolo - se non è riscontrabile nel raffronto tra il diritto sostanziale ed il diritto processuale un ribaltamento di posizioni, non appaiono di contro sostenibili in alcun modo opinioni che, nello sforzarsi di ricercare in materia inesistenti gerarchie, disconoscano la piena autonomia della fase attuativa del diritto e lo specifico e rilevante ruolo di chi a tale fase partecipa.

A differenza del difensore, la cui ricerca e studio iniziale si basa sull'individuazione del diritto da far poi valere in giudizio, il giudice, la cui attività si svolge esclusivamente nel processo, è chiamato in via pregiudiziale a risolvere - non di rado con effetti di decisività ed assorbimento di ogni altra problematica - le questioni di rito, sicché in tale ottica non è certo azzardato individuare questa volta un ruolo in certo senso accessorio del diritto sostanziale nella misura in cui nel processo può venire a mancare l'esame delle questioni di merito. Né va sottaciuto che il processo costituisce ora più che in altre epoche il primo banco di prova per misurare la bontà del globale assetto ordinamentale per essersi acquisita piena consapevolezza - sulla base di quanto accade nella realtà fattuale - che una risposta ritardata alla domanda di giustizia finisce per tradursi in una negazione dello stesso diritto e in una perdita di credibilità dell'intero ordine giudiziario.

Ciò spiega perché il giudice debba essere non solo il portatore ma anche il promotore di una nuova cultura del processo, che si esprima attraverso una piena disponibilità - in un'epoca di riforme istituzionali - a collabo-

Note:

(44) Cfr. Ghirga, *op. cit.* 452.

(45) Sul punto vedi sempre Ghirga, *op. cit.*, 455, la quale ricorda che nel proporre la descritta modifica dell'art. 91 c.p.c., il disegno di legge Mastella ha optato per il modello di conciliazione di tipo aggiudicativo - ovvero quello in cui il giudice non si limita a facilitare il dialogo tra le parti affinché esse raggiungano una conciliazione della lite ma si spinge sino a formulare delle ipotesi conciliative - prevedendo inoltre che ciascuna parte sia tenuta a specificare a quali condizioni sia disposta a conciliare la controversia e quindi a determinare le condizioni destinate a fungere da parametro per la condanna alle spese.

(46) Per una interpretazione estensiva della disposizione di cui all'art. 96, comma 1, c.p.c., operata alla stregua della regola fissata dall'art. 111, comma 2, Cost., vedi: Cass. 27 novembre 2007 n. 24645, in *Giust. civ.* 2008, I, 906.

(47) In questi termini vedi: Manzo, *Osservazioni cit.*, 251, che rimarca come il progetto di riforma sia volto ad introdurre a livello normativo un principio di lealtà tra le parti e tra esse ed il giudice, e ad evitare ogni abuso del processo; e ricorda al riguardo le parole di Calamandrei, secondo cui «l'avvocato opera sulla realtà come lo storico che raccoglie i fatti secondo un criterio di scelta da lui prestabilito, e trascura quelli che, al lume di tale criterio, gli appaiono irrilevanti. Anche l'avvocato, come lo storico, tradirebbe il suo ufficio se alterasse la verità col raccontare fatti inventati: non lo tradisce finché si limita a cogliere e a coordinare della grezza realtà quei soli aspetti che giovano alla sua tesi».

(48) In tali termini vedi: P. Grossi, *Scienza giuridica italiana cit.*, 62-63.

rare nell'individuazione e nella eliminazione di eventuali privilegi anche allo scopo di sottrarre al dibattito quotidiano questioni suscettibili di essere declinate in forma demagogica, patrocinando così con convinzione sul piano normativo sistemi oggettivi di selezione volti a riconoscere e valorizzare la capacità professionale, l'impegno e la diligenza mostrata nell'esercizio della funzione.

In questo contesto valutativo non può trascurarsi ai fini di un completo giudizio la sensibilità verso i valori costituzionali espressi dall'art. 111 Cost. attestata attraverso l'impegno in concreto mostrato per ridurre i tempi dei processi. Inoltre l'attualizzazione dei suddetti valori non può prescindere da una permanente e dinamica professionalità del giudice, che rappresenta una condizione di per sé acceleratoria delle risposte alle domande di giustizia.

Certezza del diritto e ragionevole durata del processo

Non può, infine, farsi a meno di rilevare che oggi il giudice è chiamato ad un impegno maggiore rispetto al passato - anche in ragione del moltiplicarsi delle fonti normative e del superamento del criterio della territorialità seppure nei termini in precedenza delineati (49) - sicché anche per tale motivo si richiede una nuova professionalità che non può prescindere dalla conoscenza dei *dicta* delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, quale massimo organo deputato a risolvere i contrasti sorti in sede giurisprudenziale.

È noto con il d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 si è giunti ad un rafforzamento della funzione di c.d. nomofilachia, attribuita alla Corte di cassazione dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, ed è opinione comune che l'espressione più significativa di detto rafforzamento è rappresentata dal disposto del comma 3 dell'art. 374 c.p.c. - riscritto dall'art. 8 del citato d. lgs. n. 40 del 2006 - che vincola le Sezioni semplici, nel caso in cui ritengano di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, a rimettere a queste ultime la decisione del ricorso. È logico ravvisare nel recente intervento legislativo il riconoscimento dello stretto collegamento tra nomofilachia, tempi del processo e certezza del diritto, non potendosi mettere in dubbio una stretta interdipendenza - ed in certa misura una circolarità di effetti - tra resistenza nel tempo dei principi e degli arresti giurisprudenziali e riduzione del contenzioso, comportante a sua volta il più agevole perseguimento della «ragionevole durata del processo» (50).

Corollario di quanto ora detto è che qualsiasi innovazione normativa si tradurrebbe in una mera ed inutile enunciazione procedurale se ad essa non si attribuisse il significato di rimarcare che la certezza del diritto rappresenta un passaggio indispensabile per una più estesa operatività dei principi di cui all'art. 3 della Cost. (l'uniforme interpretazione della legge si traduce in una garanzia di effettiva uguaglianza di trattamento tra tutti i cittadini) e, come detto, anche dell'art. 111 Cost., e se non si

valutasse in termini negativi (almeno sul versante della valutazione della capacità professionale, una volta esclusa in materia il ricorso a sanzioni disciplinari) la condotta del giudice, il quale disattenda consolidati approdi giurisprudenziali senza ad essi fare alcun riferimento e/o senza fornire un adeguato supporto motivazionale alla sua decisione che si dissoci da tali precedenti.

La sostanziale tenuta del rito che il legislatore del 1973 ha voluto contrassegnato dai principi di oralità, immediatezza e concentrazione, e che ha creato nei giudici una accentuata sensibilità verso un processo improntato a celerità, induce a ritenere che potranno aversi ricadute positive nella durata del processo se l'udienza di comparizione delle parti venga preceduta da un tempestivo e scrupoloso studio della controversia che consenta al giudice sin dalla udienza di comparizione (ex art. 183 c.p.c. o ex art. 420 c.p.c. per le controversie di lavoro) di avere completa conoscenza del *thema decidendum* sì da permettergli di governare nel migliore dei modi l'iter procedurale, di svolgere un efficace ruolo di «conciliatore», di fare ricorso ai provvedimenti anticipatori (ex artt. 183 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c. o ex art. 423 c.p.c. per le controversie di lavoro), e di calendarizzare le successive udienze, con effetti, anche per questa via positivi, di alleggerimento della portata contenutistica della controversia e di riduzione delle problematiche da risolvere (51).

Per concludere - è bene ribadire ancora una volta - che ogni futura riforma del processo deve riguardare non solo la sua dimensione normativa o i suoi aspetti organizzativi ma deve investire anche sugli strumenti volti ad incentivare la professionalità dei giudici, quali protagonisti primi del processo.

A un siffatto investimento sul capitale umano deve essere in primo luogo interessato lo stesso giudice, atteso che una piena consapevolezza delle proprie capacità - acquisita anche a seguito del riconoscimento a livello istituzionale della sua professionalità - e la forza della sua coscienza rappresentano la prima e più efficace garanzia per la tutela della indipendenza.

Note:

(49) Per penetranti considerazioni sul nuovo rapporto tra territorio ed ordinamento statale vedi Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Bari, 2001.

(50) Sulla nomofilachia vedi *amplius*: Vidiri, *La nuova nomofilachia: diritti più celeri e processi più rapidi?*, e U. Morcavallo, *Nomofilachia e massimazione*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di G. Ianniruberto e U. Morcavallo, Milano 2007, 17 e ss. e 103 ss.

(51) È opportuno sottolineare come il potenziamento del ruolo del giudice passi necessariamente attraverso una valorizzazione dell'interrogatorio delle parti in forma analoga a quanto avviene nel rito del lavoro, perché detto interrogatorio non solo consente al giudice una migliore conoscenza dei fatti di causa ma anche facilita la conciliazione, avendo proprio l'esperienza del processo del lavoro dimostrato la capacità del giudice di svolgere il ruolo di regolatore del conflitto attraverso la ricerca di un giusto equilibrio tra opposti interessi, non sempre raggiungibile con la rigida applicazione dei principi giuridici regolanti la vita del processo. Favorevole ad una modifica normativa tesa a valorizzare nel processo il ruolo di conciliatore del giudice: Ghirga, *op. cit.*, 455-456. *Contra* invece M. Bove, *Evitare il processo?*, in *www.judicium.it* (4 luglio 2007), 4.