

La degiurisdizionalizzazione civile

Brevi considerazioni su una potenziale novità (quasi) nascosta

Chiara Graziosi

Sommario: 1. La degiurisdizionalizzazione civile: un'alta marea che non si ferma. -2. Il disegno di legge delega per la riforma del processo civile e i principi ispiratori. -3. Verso una privatizzazione della giustizia. -4. Le garanzie per le parti e i terzi. -5. Mancata risposta all'interrogatorio e false dichiarazioni. -6. Utilizzabilità delle prove. - 8. Difficoltà applicative della riforma. -9. Il ruolo del giudice.

1. La degiurisdizionalizzazione civile: un'alta marea che non si ferma.

All'alba di un nuovo decennio - gli anni 20 - l'insistente produzione di novelle sul rito civile (un numero significativamente ben superiore rispetto alla pur sussistente novellazione del rito penale) non si ferma; e, seguendo le ultime soluzioni, continua ad orientarsi verso la degiurisdizionalizzazione, la vera decrescita felice che potrebbe definitivamente risolvere il problema del processo civile.

Il "*Disegno di legge recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie*", approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 dicembre 2019, deve ovviamente rapportarsi ai precedenti annunci delle intenzioni governative.

Già nella sua illustrazione al Parlamento dei propositi di riforma nell'audizione sulle linee programmatiche del Ministero della giustizia, l'attuale Ministro, l'11 luglio 2018, aveva enunciato la sua intenzione "di intervenire sul rito del processo civile tratteggiando, sia per le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica sia per quelle in cui giudica in composizione collegiale, un unico rito semplificato conformato ai principi del *case management* e di proporzionalità, con i quali risulta

incompatibile un sistema processuale contrassegnato dalla predeterminazione legale dei poteri delle parti e del giudice. Il modello della predeterminazione legale, non a caso non più rinvenibile in nessun altro ordinamento europeo, risulta una soluzione poco efficiente perché non può, in ragione dell'inelasticità della fonte legale, che essere declinata con riguardo ai casi di maggiore complessità".

Nella Relazione del Ministro della Giustizia relativa all'amministrazione della giustizia per l'anno 2019 così si era poi anticipata la riforma:

"Rispetto al procedimento sommario già esistente, vi sono due significative novità, che costituiscono l'asse portante dell'intervento: per un verso, si prevede l'eliminazione della possibilità di conversione, coerentemente con l'obiettivo perseguito di riduzione dei riti; per altro verso, si prevede un sistema di preclusioni analogo a quello esistente nel processo del lavoro, che funge da contrappeso rispetto alla tendenziale destrutturazione del procedimento e ne garantisce celerità ed efficienza. La tendenziale destrutturazione, realizzata attraverso l'eliminazione di scadenze temporali prefissate successive alla fase introduttiva, vuole essere una prima ipotesi di processo ispirato ai principi del *case management*. In sostanza, si vuole realizzare un processo nel quale sia consentito al giudice e alle parti di modulare i tempi e gli adempimenti processuali sulla base dell'effettiva complessità della controversia e delle reali esigenze difensive".

In effetti, il congiungimento delle preclusioni (cioè dello strumento del recupero pubblicistico del processo dei privati, quale poteva definirsi il processo civile italiano prima della l. 26 novembre 1990 n. 353) con la destrutturazione del processo (l'orientamento opposto, riecheggiante la coltivazione della *soft law* ¹ e anche l'ottica elastica per un assoluto concretismo propria delle "cliniche legali" ²) costituirebbe la classica quadratura del cerchio: e d'altronde l'obiettivo della celerità, sempre sotteso alla novellazione, farebbe pendere il piatto della bilancia verso un

¹ Cfr., quale mero esempio in un'ampia tematica dottrinale, A. Panzarola, *L'evoluzione dei principi nel processo civile*, www.rivistaitalianaperlescienzeleggiuridiche.it, 2014.

² Sulle "cliniche legali" v. da ultimo M. Barberi, *Perché non abbiamo avuto un caso Brown. Il ruolo delle cliniche legali nelle strategie di public interest litigation*, *Questione giustizia*, n.3, 2019.

rigore normativo che tenga elevato il livello pubblicistico della struttura, e non verso l'elasticità conformata al singolo caso. Quest'ultima nella più importante delle versioni recenti (il rito anteriore alla l.353/1990, appunto) altro non è stata che la gestione del processo attribuita alle parti senza che il giudice potesse in alcun modo frenarne l'espansione sia sotto il profilo dell'oggetto sia sotto il profilo del tempo, mediante la versione più agevole – e distratta – dell'esercizio del loro potere: l'accettazione implicita del contraddittorio, che ha condotto ad alimentare per decenni, con pregiudicando in crescita felice, una pullulante frotta di processi civili. D'altronde la *translatio* di una siffatta discrezionalità dispositiva dalle parti al giudice, conferendo a quest'ultimo il potere di plasmare il processo secondo il caso – e dunque, per tutelare il caso con modalità specifiche –, non avrebbe risultati concreti. Il giudice, infatti, continuerebbe ad applicare sostanzialmente i paradigmi normativi – che certo non potranno essere tutti defalcati dal codice di rito –, poiché già questi gli consentono, se ne ritiene la necessità, una agevole facilitazione, rappresentata, soprattutto, dal possibile disattendimento delle istanze istruttorie (che raramente viene "corretta" nei gradi successivi), per concludere appena possibile.

2. Il disegno di legge delega per la riforma del processo civile.

Accogliendo una simile prospettazione, già presente nel disegno di legge delega di pochi mesi anteriore, ovvero in quello approvato dal Consiglio dei Ministri il 31 luglio 2019 (attinente anche al processo penale e alla riforma dell'ordinamento giudiziario e del CSM), da parte dei primi interpreti si era confidato in un approccio di flessibilità che avrebbe appunto orientato al *case management* o, al contrario, lanciato un allarme. Peraltro, quel che è stato veicolato nel disegno di legge delega del 5 dicembre 2019 presenta novità che non potevano essere percepite alla luce di tali annunci.

L'articolo 1, al suo primo comma, conferisce delega al Governo per "uno o più decreti legislativi recanti il riassetto formale e sostanziale al processo civile", e ciò "in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione", entro un anno dall'entrata in vigore della legge delega,

"nel rispetto della garanzia del contraddittorio e dei principi e criteri direttivi" della legge delega; e al secondo comma prevede che gli schemi dei suddetti decreti legislativi saranno adottati su proposta del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione. Entro due anni dall'entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi al terzo comma si stabilisce che il governo potrà "adottare disposizioni integrative o correttive" - previsione, questa, a tal punto generica da metterne in dubbio la compatibilità con una legge delega -.

L'articolo 2 si occupa, a prima vista, delle già ben note ADR (*"Strumenti di risoluzione alternativa delle controversie"* ne è la rubrica), ma in realtà introduce, alle lettere g) e h), quella che è forse l'unica effettiva novità della riforma, per quanto il suo utilizzo sia rimesso a un potere dispositivo delle parti: l'espansione dell'attività alternativa stragiudiziale al punto di trasformarla in una sorta di struttura parallela a quella del processo giudiziale che può, peraltro, alla fine anche innestarsi in quest'ultimo, in quanto include una vera e propria istruttoria. Se da un lato riecheggiano esempi come il processo statunitense e fattispecie come il giudizio arbitrale, dall'altro emerge ancora una volta la *ratio* reale e, per così dire, insistente di siffatte degiurisdizionalizzazioni: il giudice è superfluo, e dunque, come lo è – almeno in parte - per decidere (accordo stragiudiziale, decisione arbitrale), può ben esserlo pure nel predisporre le basi del decidere (*"istruire"*, cioè costruire l'accertamento fattuale che il giudizio di diritto presuppone).

Peraltro l'istruire è una delle più necessariamente imparziali attività che compongono il processo. Tradizionalmente, il processo è, come ne dice già il nome, un fenomeno a formazione progressiva, caratterizzato però da terzietà, cioè non favorevole ad alcuna delle parti bensì tutelante tutte in pari misura. E quindi, guida il vascello processuale, per condurlo a un approdo di pura certezza giuridica, un timoniere totalmente imparziale.

Questa, per così dire, idealità pratica subiva già da tempo evidenti limiti: la sussistenza di diritti disponibili può far concludere prima della conclusione giudiziale, sul piano sostanziale; la rinuncia al concreto

giudizio prima di raggiungere il giudicato può elidere il fenomeno processuale; la soluzione arbitrale affida l'accertamento a soggetti che possono essere non pienamente terzi, per la fonte della nomina; le ADR a loro volta affidano il percorso dirimente a soggetti come mediatori e avvocati, miscelando la funzione stragiudiziale degli avvocati con l'attività, terza ma non decisoria *in toto* (perché limitata a tirare i fili della situazione contenziosa in una proposta risolvante) del mediatore.

Nella prospettiva di questa riforma, ora, il processo viene del tutto svuotato nella sua fase accertatoria fattuale, se queste norme saranno appieno valorizzate nei decreti legislativi, salvi naturalmente i diritti indisponibili.

Premessa è la "negoziiazione assistita" (rievocante *ictu oculi* il fenomeno sostanziale dei negozi di accertamento) che l'articolo 2, nell'*incipit* del suo unico - eppur prolifico - comma, dichiara di modificare: "modifiche alla disciplina della procedura di mediazione e della negoziazione assistita" sarebbero gli utili quanto generici elementi che prospetta l'articolo. E alla lettera g) si inserisce (indicandone peraltro il presupposto in una espressa previsione presente nella "convenzione di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162") nella procedura di negoziazione assistita "la possibilità di svolgere, nel rispetto del principio del contraddittorio e con la necessaria partecipazione di tutti gli avvocati", l'attività di istruzione stragiudiziale, "consistente nell'acquisizione di dichiarazioni da parte dei terzi su fatti rilevanti ... e nella richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto, ai fini di cui all'articolo 2735 del codice civile, la verità dei fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente". Dunque, chi dirige il processo - perché questo diventa un processo stragiudiziale - esiste, ma non è un giudice: sono "tutti gli avvocati".³

³ Si noti che nel testo attualmente vigente dell'articolo 2 d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014 n. 162, la rubrica recita: "*Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati*"; e la rubrica del Capo I della stessa legge, che prende le mosse proprio da tale articolo, a sua volta recita: "*Procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*".

3. Verso una privatizzazione della giustizia.

Chiaro in questo *novum* è l'intento di privatizzazione della giustizia, del cui onere lo Stato così si spoglia. Il ben noto "servizio giustizia" le parti possono farselo con i loro legali, e non solo come un negozio dispositivo quale è il negozio di accertamento, bensì pure come accertamento in senso pieno, ovvero non frutto soltanto di atti dispositivi degli interessati, ma anche di una ricostruzione fattuale - direttamente fattuale, e dunque ben da distinguersi da una valutazione tecnica - a mezzo di terzi.

D'altronde, mancava soltanto questa tessera al mosaico. Le parti, infatti, già nel sistema attuale possono porre in essere negozi di accertamento relativi ai loro diritti disponibili; e già nel sistema attuale accertamenti tecnici possono a loro volta essere effettuati in sede stragiudiziale. Peraltro, ciò non viene a sostituire l'istruttoria processuale in modo espresso, trapiantandosi nello strumento governato dal giudice. Tutto ciò che è stragiudiziale, è ovvio, può essere conosciuto e valutato dal giudice come prevedono sia norme generali, come quella del libero convincimento, sia norme specifiche, come per esempio l'articolo 2735 c.c.: ma la natura, appunto, è stragiudiziale, mentre seguendo questo progetto lo stragiudiziale si tramuta in giudiziale. Una forma di *case management*? No, poiché l'attività manageriale è ontologicamente posta in essere da un terzo. Si tratta invece, a ben vedere, di un cerchio giunto a chiudersi.

La riforma del 1990 - come si accennava - aveva come obiettivo la strutturazione del processo per sottrarlo alla destrutturazione, ovvero alla sua inconsistenza in termini di regole e di percorsi predeterminati derivata dall'eccessivo affidamento al potere dispositivo delle parti, con ripercussioni temporali sovente spropositate. Le novelle che l'hanno seguita dapprima hanno mantenuto la stessa impostazione, ma in seguito hanno cominciato a inclinare la loro direzione, ovvero a disegnare il cerchio del ritorno là da dove si era partiti. Il che è stato manifestato da un lato dalla introduzione del rito sommario (che, pur non mettendo direttamente nelle mani delle parti il fenomeno processuale, si origina già da un intento di scardinare la "gabbia" preclusiva), e dall'altro dallo sviluppo delle ADR. Il legislatore ha "annaspato" sempre di più nel suo

sforzo di accelerare il processo con ritocchi o anche con paradigmi nuovi, ma sempre nel rito; ad un certo punto ha scelto di passare la palla alle parti, ovvero di instaurare la reviviscenza di un pesante potere dispositivo. Potere dispositivo che, se nell'ambito stragiudiziale non era mai stato tolto né compresso e in quello giudiziale era rimasto per concludere le cause relative a diritti disponibili in modi alternativi e precedenti alla formazione del giudicato, viene ora ravvivato nella struttura giudiziale anche ai fini istruttori. Si noti che questa attività istruttoria, e l'antecedente attività di identificazione dell'oggetto dell'accertamento fattuale e giuridico, quando sono svolte in una negoziazione assistita non patiscono, in effetti, barriere preclusive: e così si vede che, seppur in altra veste, si è dinanzi ad un eterno ritorno.

Svuotare dall'interno, piuttosto che smontare dall'esterno con le più classiche ADR: questa la via imboccata stavolta dal legislatore per minimizzare il peso della giurisdizione civile. E allora la lettera h) "ricopia" l'attività istruttoria diretta dal giudice civile, ormai un dinosauro che - salve alcune specifiche specie, vincolate ai diritti sostanziali indisponibili - può avviarsi all'estinzione.

4. Le garanzie per le parti e i terzi.

La lettera h), n.1, prevede genericissime "garanzie" (in effetti, la garanzia della presenza e del ruolo del giudice è tolta) "per le parti ed i terzi". Quest'ultimo inciso alla prima lettura appare nebuloso: sono soltanto i terzi che rendono dichiarazioni su fatti rilevanti o si tratta anche di altri terzi, che di riflesso potrebbero subire ripercussioni del risultato accertatorio nella sua conclusione degiurisdizionalizzata? Comunque queste garanzie concernono anche "le modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni", inclusa la possibilità dei terzi di non renderle, "prevedendo in tal caso misure volte ad anticipare l'intervento del giudice al fine della loro acquisizione".

Pertanto (e questa volta l'eco sembra provenire dal rito penale, dove l'incidente probatorio consente di "ingaggiare" il gip nel procedimento delle indagini), i terzi di cui si tratta dovrebbero essere i testimoni *lato sensu* (persone informate sui fatti, si direbbe proprio nel rito penale), e se

questi non sono disponibili a dichiarare (oralmente: si rinviene la differenza tra le dichiarazioni dei terzi e quelle delle parti sotto la seguente lettera g), oltre al riferimento alla "verbalizzazione" presente già nella lettera h), n.1) , si può adire il giudice.

E il giudice che farà, o meglio, che potrà fare? Potrà valutare la rilevanza delle dichiarazioni richieste "in relazione all'oggetto della controversia", come potrebbe evincersi dalla lettera g), ove peraltro è previsto come vaglio affidato a chi sta dirigendo questa peculiare "negoziiazione assistita"? Oppure, senza poter valutare ciò, dovrà intimare al "terzo" di comparire davanti a lui in un'udienza *ad hoc*, funzionando come una *longa manus* - o, ancor meglio, come un ausiliario - del "giudice degiurisdizionalizzato", che sono in sostanza gli avvocati che assistono alla negoziazione? Potrà ordinare - o, anzi, lo dovrà, per essere un ausiliario utile ed efficiente - la comparizione coattiva del "terzo" come avverrebbe nel "suo" tradizionale processo ai sensi dell'articolo 255 c.p.c.? O anche, non potrà esercitare alcun potere giurisdizionale, poiché questo presuppone la sussistenza di un processo, che ancora non è certo che avverrà? Soluzione, quest'ultima, assai più improbabile, perché, se il giudice è privo di potere verso il "terzo" come lo sono già stati quando lo hanno chiamato i negozianti assistiti, il "terzo" probabilmente non comparirebbe solo perché chiamato dal giudice, e l'inserimento (paradossale, a ben guardare: e si ricordi che nel rito penale l'incidente probatorio non è privato della natura processuale) del giudice nell'attività stragiudiziale - perché stragiudiziale rimane - diverrebbe formale e superfluo, laddove la lettera h), n.1, già fa riferimento alla previsione di "misure" d'intervento del giudice al fine della "acquisizione".

Il giudice comunque, per espletare questo compito di ausiliario degli avvocati-istruttori, dovrà presumibilmente applicare tempi di stampo cautelare/sommario; e quindi, trovandosi "ingessato" nel programma composto dalle cause calendarizzate a cognizione piena e dai procedimenti ulteriori, dovrà organizzarsi riservando uno specifico ritaglio di tempo per istanze di tal genere. Se queste fossero, tuttavia, numerose, anziché all'accelerazione il sistema potrebbe andare all'inverso, nel senso di

gravare, seppure in limitata misura, il giudice, e anche per la potenziale inutilità dell'istruttoria "delocalizzata" che si vedrà poi residuare.

La lettera h), n.1, utilizza al riguardo la significativa espressione "anticipare l'intervento del giudice", significativa perché la meta del legislatore degli anni 20 è che il giudice sia estromesso dall'istruttoria e intervenga solo quando sia già stata compiuta: non deve entrare troppo presto nel classico "gioco del processo"... perché appunto ad essere gioco torna, e potenziato, in quanto il soggetto realmente terzo dotato di funzione giurisdizionale viene minimizzato. Si sprigionano pure qui gli echi, *ut supra* percepiti, del regno del potere dispositivo antecedente alla pubblicizzazione attuata, già prima della fondamentale riforma del 1990, con il rito del lavoro, per nulla a caso, vista la sua natura di tutela di un "debole" che non avrebbe potuto pertanto "giocare" con l'efficacia di controparte; e sempre per la presenza del giocatore "debole" quasi subito esteso al settore locatizio.

5. Mancata risposta all'interrogatorio e false dichiarazioni.

Nella lettera h), il n.2 prevede "sanzioni penali per chi rende dichiarazioni false e conseguenze processuali per la parte che si sottrae all'interrogatorio, in particolar modo consentendo al giudice di tener conto della condotta ai fini delle spese del giudizio" e dell'applicazione degli articoli 96 e 642, secondo comma, c.p.c.

Dunque, il "terzo" dichiarante subisce "sanzioni penali". Non è detto che saranno proprio quelle correlate al reato di falsa testimonianza, ma allo stato nulla lo esclude. Peraltro, occorre chiarire se "chi rende dichiarazioni false" è soltanto il terzo informato o è anche la parte che risponde ma rendendo appunto dichiarazioni false. Che le sue dichiarazioni debbano essere scritte, non osta a inserirla in questo inciso, perché dichiarazioni restano. Soprattutto, significativo è che la seconda parte della norma infligge sanzioni, seppur eventuali e non automatiche, oltre che non penali, alla "parte che si sottrae all'interrogatorio": e allora, se la parte non si sottrae ma le sue dichiarazioni risultano false o parzialmente reticenti? È più "favorevole", sotto il profilo della sanzione processuale, rispondere

con dichiarazioni che sono del tutto false, o piuttosto non comparire per rispondere?

La condotta processuale, finora, ha inciso sulla formazione del libero convincimento del giudice e in ultima analisi, ma solo a livello dell'articolo 96 c.p.c., sul costo del processo per il soccombente. Allo stato, invece, non rileva la precedente condotta stragiudiziale di mancata dichiarazione ad un interrogatorio, non esistendo finora interrogatori stragiudiziali. Tuttavia la condotta nella fase di ADR si è già infiltrata nelle spese di lite.⁴

La tendenza è ormai evidente: *extra moenia* rispetto al processo giurisdizionale, ovvero tradizionale, si riespande sotto forma di ADR (ma è sempre stato in effetti un mezzo alternativo di risoluzione) il potere dispositivo (non senza rischi nel caso della presenza di parti più deboli nello stipulare il negozio di accertamento); se poi non si è voluto fruire di quella strada del "fai-da-te" di impostazione liberista, e si è chiesto il servizio giurisdizionale dello Stato, la possibilità di sanzioni *lato sensu* nell'esito finale a carico di chi ha perso aumenta. Ovvero: può essere utile un po' di timore nel venire a bussare al portone della giustizia statale (connettendosi implicitamente al noto filone dell'irrigidimento delle spese e dei danni punitivi processuali); meglio allora stringere patti risolutivi prima di arrivarci.

6. Utilizzabilità delle prove.

Nella lettera h), n.3, la spinta verso la degiurisdizionalizzazione prosegue: le "prove acquisite" - ovviamente, nella "istruzione stragiudiziale" - sono utilizzabili.

Come si era accennato, a prescindere dalla valenza delle tipiche prove documentali, il libero convincimento del giudice già consente l'utilizzabilità (termine non a caso sinora più riconducibile al rito penale che al rito civile) di elementi probatori precostituiti anche non integranti confessione stragiudiziale. Fin qui, e anche con successivo riferimento ad altri giudizi rispetto a quello cui atteneva il tentativo di ADR ("giudizio

⁴ Articolo 13, commi 1 e 2, d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modifiche in l. 9 agosto 2013 n. 98.

avente, in tutto o in parte, il medesimo oggetto"), non vi sono reali novità. Ma il *novum* sussiste, e sta nell'esclusione del valore meramente indiziario (la definizione è "prove") e nell'evidente conseguente riferimento alle tipiche e fondanti prove orali del processo civile: interrogatorio e testimonianza. Infatti vi è parità con quelle che il giudice celebra, perché il riferimento è alla "rinnovazione" che il giudice *deve* (altrimenti viola l'utilizzabilità) disporre se non intende avvalersi della loro utilizzabilità – e anche qui potrebbero percepirsi, pur lontani, echi del rito penale -.⁵

Quindi il sistema detta una regola generale nel senso che l'istruttoria orale è effettuata in sede stragiudiziale, e l'eccezione è che venga "rinnovata". Il che non significa, però, che le prove acquisite in sede stragiudiziale diventino inutilizzabili: entrano nel compendio analoghe prove, con risultati anche diversi, ma, quantomeno per le prove testimoniali, il giudice conserva il suo libero convincimento, analogamente a quanto avviene dopo la rinnovazione (tranne per violazione del diritto di difesa) di una consulenza tecnica d'ufficio.

Si ipotizzi anche che il giudice decida di revocare l'ordinanza di rinnovazione (per esempio, su istanza di parte, ma anche d'ufficio, magari per la sostituzione del giudice): non appare discutibile che le prove acquisite in sede stragiudiziale abbiano conservato la loro natura e i loro effetti probatori, ovvero la "utilizzabilità".

La tendenza, allora – e si ripete -, è netta: scrollatosi orpelli chiovendiani, il giudice non ha più necessità minima di oralità istruttoria (qui, nel senso del contatto diretto con le persone dalle cui dichiarazioni esce la prova), ma anzi, al contrario della regola finora tendenzialmente generale (e di recente, come si è visto, persino potenziata nel rito penale per esigenza sovranazionale), non è istruttore di quel che sarà fondamento fattuale della sua pronuncia. Burocratizzato, privato della possibilità di percepire le modalità con cui le dichiarazioni vengono rese nelle prove orali, diminuito nel suo potere di chiedere chiarimenti (astrattamente lo potrà fare,

⁵ Il riferimento è alla necessità della rinnovazione dell'istruzione ex articoli 603 c.p.p. e 6, par. 3, lett. d), CEDU nel caso in cui il giudice d'appello sia investito da impugnazione del pubblico ministero avverso sentenza di assoluzione del giudice di primo grado: S.U. pen. 28 aprile 2016 n. 27620, Dasgupta, e S.U. pen. 19 gennaio 2017 n. 18620, Patalano.

disponendo la rinnovazione, ma ciò, come detto, non significa automaticamente "spazzar via" le prove raccolte nell'istruzione stragiudiziale dal compendio probatorio, neanche nell'ipotesi in cui eventuali divergenze permangano; e nella pratica, per le rigidità di calendarizzazione e per rispettare i tempi che complessivamente lo incalzano data la coassegnazione di altri processi, almeno nelle cause di non particolare calibro sarà portato alla non rinnovazione), il giudice civile di primo grado diventa una di tante *justices machines*⁶ in cui si inserisce un materiale prefabbricato per ottenere il risultato conclusivo. Soltanto alla fine del fenomeno giuridico, dunque, non nella progressione procedurale.

7. Il compenso degli avvocati.

In questa cornice di "spostamento in là" del giudice, funzionalmente rattappito, quel che prevede il n.4 della lettera h) è quanto mai logico e conseguente: se gli avvocati, compartecipanti all'istruzione stragiudiziale come istruttori, espandono – viceversa - il loro ruolo, vanno incrementati pure i loro corrispettivi. E anche qui si evidenzia, integrando il n.3 della stessa lettera h), che tale è ormai il *mainstream*, eccezionale essendo tendenzialmente (nell'intento del legislatore, cioè nella *ratio*) divenuto l'intervento del giudice come istruttore: l'aumento del corrispettivo è previsto sia che vi sia stata soltanto negoziazione assistita con successo, sia che si sia dovuto accedere alla giurisdizione pubblica (ormai è il caso di specificare con l'aggettivo), con l'unico diniego - palesemente eccezionale, viste le scelte semantiche del legislatore – nell'ipotesi in cui il giudice rileva il "carattere *abusivo*" oppure la "*manifesta* inutilità" dell'istruzione stragiudiziale: più che sintomatica, a supporto della eccezionalità della decurtazione del compenso dalla maggiorazione prevista, è la necessità di un grado manifesto, cioè elevato e oggettivamente ben percepibile, della inutilità.

Il "peso" dell'istruzione stragiudiziale nel nuovo sistema è confermato dalle dimensioni dell'aumento del "compenso degli avvocati": la "misura

⁶ Non si tratta, ovviamente, della fantasia giudiziaria del 1954 formulata dall'avvocato francese Jacques Charpentier, fondata sul sorteggio, essendo sopravvenuto il decisivo elemento informatico.

non inferiore al trenta per cento", presente sia in sede stragiudiziale sia in sede giudiziale, salva appunto l'estrema ipotesi di diniego. Per tutelare i clienti, ma pure per oggettivamente confermare che l'avvocato ha parzialmente sostituito il giudice, "risucchiandone" un'attività tipica e fondante come quella istruttoria (l'influsso non sarà, ovviamente, soltanto sul tenore delle prove acquisite, ma anche sulla loro rilevanza: da un lato il giudice è incoraggiato a "delocalizzare" *tutta* l'istruttoria, dall'altro le prove orali già assunte *ante causam* entreranno "psicologicamente" nella percezione del giudicante, pur se ne verranno messe in discussione nella sede giudiziale l'ammissibilità e la rilevanza ⁷), il n.5 della lettera h) completa l'opera con l'inserimento del presidio disciplinare rispetto alla condotta dell'avvocato per "abusi nell'attività di acquisizione delle dichiarazioni".

8. Difficoltà applicative della riforma.

Il Comunicato Stampa del 6 dicembre 2019 del Consiglio dei Ministri, concernente l'approvazione del disegno di legge delega, riassume il contenuto del testo come diretto "a incidere profondamente sulla disciplina del contenzioso civile, nell'ottica della semplificazione, della speditezza e della razionalizzazione delle procedure, fermo restando il rispetto delle garanzie del contraddittorio", non menzionando peraltro tra "le novità più significative" (che, si nota per inciso, includono "l'obbligo, da parte del giudice, quando provvede sulle istanze istruttorie, di predisporre il calendario delle udienze", non rammentando il vigente articolo 81 bis disp. att. c.p.c., al secondo comma presidiato pure a mezzo disciplinare) il nuovo genere di istruttoria.

Nelle correlate *slides* del contenuto, diffuse già il 5 dicembre 2019, la novità istruttoria è indicata, senza però essere percepita in modo completo: non è collegata all'accelerazione/semplificazione del rito di primo grado, ma menzionata solo nella *slide* riguardante "*Mediazione e negoziazione assistita*" e nel modo seguente: "Introdotta l'attività di istruzione

⁷ Non appare discutibile che l'accordo raggiunto dagli avvocati istruttori per assumerle non vincoli in sede processuale, perché – anche a prescindere dai poteri officiosi del giudice – si tratta di un'assunzione formalmente diretta a ottenere il frutto *lato sensu* transattivo della negoziazione assistita: l'articolo 2, comma primo, lettera g), la prevede *expressis verbis* appunto "nell'ambito della procedura di negoziazione assistita".

stragiudiziale, svolta con l'assistenza di tutti gli avvocati per acquisire elementi utili all'accertamento dei fatti prima dell'inizio di un eventuale processo". Espressione, questa, che minimizza, in quanto, più che all'acquisizione di elementi "utili", la tendenza sottesa alla novità è orientata alla formazione di elementi *sostitutivi* delle prove orali assunte nel processo.

Nel primo - e pregevole - intervento dottrinale⁸ questo *novum* è stato sostanzialmente esorcizzato. Si afferma infatti: "Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. g) ed h), ... le prove potrebbero essere acquisite nell'ambito della procedura di negoziazione assistita, prima dello scambio delle memorie anteriori all'udienza, cosicché, in tale occasione, ogni questione relativa alla loro ammissione ed assunzione potrebbe essere superata. Sennonché ciò presuppone l'accordo delle parti, ma l'esperienza applicativa dell'art. 257 bis c.p.c., sulla testimonianza scritta, induce a dubitare che tale possibilità incontri il favore degli operatori e trovi applicazione ed a ritenere che, anche nel modello processuale proposto, l'attività istruttoria sia diretta dal giudice e si svolga davanti a lui".

L'articolo 257 bis c.p.c., "supportato" dall'articolo 103 bis disp. att. c.p.c. e inserito più di dieci anni fa dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, presenta, peraltro, due nette divergenze rispetto allo strumento nuovo delineato nel disegno di legge delega.

In primis, per applicare l'articolo 257 bis il processo deve essere già avviato, e l'istituto ivi previsto somiglia così ad una sorta di delega di modernismo "spinto" ma pur sempre inserita nel circuito del tradizionale paradigma dell'articolo 203 c.p.c.: è ancora il giudice, pur "*su accordo delle parti*", che dispone l'esternazione della istruttoria quanto alla testimonianza. Non si vede proprio quale vantaggio possa discenderne, quindi, alla controparte di chi "*ha richiesto l'assunzione*", la quale non si troverà affatto presente a quel che sarà una mera compilazione di un

⁸ G. Costantino, *Sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione: contro la pubblicità ingannevole*, *Questione giustizia*, 11 dicembre 2019. Cfr. pure A. Bonafine - A. Panzarola, *Brevi considerazioni sul d.d.l. per la riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 dicembre 2019*, *giustizia civile.com*, 30 dicembre 2019, e G. Scarselli, *Note critiche sul disegno di legge delega di riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 dicembre 2019*, *judicium.it*, 23 gennaio 2020.

modulo scritto. È dunque una norma suicida rispetto ad una sana concezione del contraddittorio nelle sue forme concrete: e infatti non ha attecchito.

In secondo luogo, nel disegno di legge delega non solo il teste non è un "solitario" che invia la risposta scritta, ma è anche un soggetto interrogato da chi gestisce la negoziazione, cioè dagli avvocati delle parti (in presenza, si ricorda, di *tutti* gli avvocati), i quali ne guadagnano un aumento del compenso non da poco, salvo ipotesi eccezionalmente negative di abuso. L'interesse del legale - legittimo, perché ben lungi dal "tradire" quello dell'assistito - è allora evidente, ed è condiviso per lo stesso motivo anche dai colleghi che assistono le controparti. L'accelerazione insita nello strumento, diretta a una possibile predisposizione di tutto il compendio probatorio orale, ha un notevole significato. Lo stile "americano" potrebbe non stentare nell'introdursi e svilupparsi con una simile esca di compenso, ben giustificabile pure al cliente non solo con la - potenziale - accelerazione, ma anche con un compendio probatorio "fatto in casa", senza interferenze del giudice.

Un altro fra i primi commentatori⁹ adduce che il nuovo istituto sarebbe "di difficilissima attuazione", fondandosi peraltro sulla censura che il legislatore verrebbe a sfigurare il ruolo degli avvocati.¹⁰ Al contempo, tuttavia, osserva che l'istruttoria condotta da un avvocato istruttore "non potrà avere, dal punto di vista delle garanzie e della qualità dell'accertamento, il livello di quella posta in essere da un giudice con le regole fissate dal codice di rito", anche perché il giudice la svolge nell'interesse della verità, mentre "l'avvocato può tendere ad assumere le

⁹ G. Scarselli, *Note critiche*, cit.

¹⁰ Sostiene quest'autore che "l'idea dell'avvocato istruttore appare del tutto bizzarra" per varie ragioni: tra l'altro perché "è in contrasto con il codice di procedura civile, che prevede che istruttore sia il giudice", il quale è infatti "colui che guida il processo di primo grado" secondo il codice di rito (osservazione non condivisibile, dal momento che si tratta proprio di un disegno di legge delega che mira a modificare il codice di rito); perché contrasta con la legge professionale forense (l. 31 dicembre 2012 n. 247), che all'articolo 2, commi quinto e sesto, delimita l'attività professionale dell'avvocato in assistenza, rappresentanza e difesa nei giudizi nonché consulenza e assistenza legale stragiudiziale (altro argomento non condivisibile, essendo fondato su legge ordinaria che questa riforma può modificare); perché sussisterebbe contrasto con l'articolo 102 Cost. in quanto da esso "l'attività giurisdizionale è tassativamente affidata alla sola autorità giudiziaria ordinaria" (argomento che appare superabile se si considera quantomeno quale già è il ruolo odierno del lodo arbitrale).

medesime prove nell'interesse del solo suo assistito". Si correrebbe pertanto il rischio dello "scadimento della verità dei fatti, e con esso, quindi, ... scadimento della correttezza, della fondatezza e dell'equità della decisione", per cui, oltre a contrastare con l'articolo 102 Cost. "la novità dell'avvocato istruttore si porrebbe in contrasto con la Costituzione" anche in riferimento agli articoli 3 e 24.¹¹ Pur non del tutto condivisibile, questo rilievo segnala la meta verso cui potrebbe dirigersi la progressiva degiurisdizionalizzazione.

9. Il ruolo del giudice.

Non si può non rilevare, infine, che la minimizzazione del ruolo del giudice accoglie pure altri echi, come quello del rito che è stato il più osteggiato nella pratica - e quindi anche il più rapido a estinguersi - fra i tanti comparsi nella fitta novellazione degli ultimi vent'anni, cioè il rito societario. La conformazione della regiudicanda, infatti, si progetta che venga raggiunta in una fase anteriore all'intervento del giudice, quantomeno se si segue la *slide* per cui "il perimetro della causa è definito 10 giorni prima che le parti compaiono davanti al giudice". E dunque, mentre allo stato sussiste una "udienza con perimetro incerto", tramite la riforma si otterrà una "udienza con perimetro definito": l'apporterebbero gli articoli 3 (soprattutto), 4 e 5.

Il dialogo tra le parti che scolpisce l'oggetto del giudizio avverrebbe prima della "udienza di prima comparizione" - articolo 3, lettera b), nn. 2, 3, 4 e 5; articolo 4, lettera c); articolo 5, lettera a) - e il giudice dovrebbe entrare in campo solo nella fase istruttoria - articolo 3, lettera b), nn. 6, 7 e 8 -. Si

¹¹ G. Scarselli, *ibidem*, d'altronde raccomanda che "non si facciano tentare gli avvocati" dall'ipotesi di maggiorazione del compenso, "poiché senz'altro questo aumento del compenso non ci sarà, e ogni possibile, presunta maggiorazione di compenso ... dovuto all'attività di istruttoria stragiudiziale sarà evidentemente compensata con la diminuzione del medesimo compenso dovuto alla conseguenziale ridotta attività istruttoria giudiziale".

Questo rilievo non convince. Infatti il disegno di legge delega è inequivoco nel condizionare l'introduzione dell'istituto all'aumento, tanto in sede stragiudiziale quanto in sede giudiziale. È già frequente, nello stile odierno con cui i giudici gestiscono le cause civili in primo grado, non espletare istruttoria orale, per cui effettuando istruttoria stragiudiziale gli avvocati possono oggettivamente trarne vantaggio. Inoltre dall'articolo 2, primo comma, lettera h), n.4 può ben desumersi che la "maggiorazione del compenso degli avvocati" nel 30%, poiché è prevista "anche con riguardo al successivo giudizio", investa il compenso totale.

tratta di preclusioni spostate in un contraddittorio cartolare antecedente alla prima udienza, che cristallizzano tutto? Parrebbe; e nella *slide* è parso.

In realtà, il legislatore non elimina il potere officioso del giudice a partecipare al contraddittorio (non si può non rammentare che nella concezione odierna il giudice è uno dei soggetti che partecipa al contraddittorio, come attesta l'articolo 101, secondo comma, c.p.c.), e dunque alla formazione di quello che, in modo un po' atecnico ma senz'altro moderno, viene definito "perimetro", *id est* quel che la "stanca" tradizione definirebbe *thema decidendum*. Non emerge uno sradicamento o indebolimento dell'articolo 101, secondo comma, c.p.c., una delle norme introdotte nella novellazione sgorgata dalla - forse più significativa di tutte - elaborazione giurisprudenziale del diritto vivente sul fenomeno processuale.

Al contrario, l'articolo 3, primo comma, lettera b), n.3 si riferisce, espressamente, anche alle "*eccezioni non rilevabili d'ufficio*". E il giudice non potrà chiedere chiarimenti alle parti per vagliare se sussiste qualche questione da sollevare d'ufficio, come ora è obbligato a fare nel "totem" dell'udienza ex articolo 183 c.p.c., in forza del suo quarto comma? Certo, potrà al più essere privato del contatto con parti personalmente comparse a scopo conciliativo, ma non al contatto allo scopo chiarificatore con le parti ex articoli 101, secondo comma, e 183, quarto comma, c.p.c.

Peraltro l'intento del legislatore in questa tendenziale "predeterminazione" della regiudicanda è che il giudice non si "immerga" davvero nel processo, ma se ne estranei, accogliendo senza nulla rilevare quel che gli si è messo davanti per decidere. La connessione tra l'anteposizione della definizione della regiudicanda e l'anteposizione della raccolta delle prove orali indica che, nel caso - tutt'altro che auspicato, se non in senso negativo - che si adisca il giudice, quest'ultimo faccia il minimo indispensabile, cioè, essendo *thema decidendum* e *thema probandum* di fatto già determinati ed espletati (anche se formalmente gli resta qualche potere su di essi), *decida*. E allora, in questo modo, i tempi collasserebbero. Ma collasserebbero anche il processo e il ruolo quindi del giudice, che più non vi partecipa, ma soltanto viene a tirarne le fila dall'esterno.

Il giudice "è" il processo. Mentre la sua attività tradizionale è progressiva e direttiva, qui si tende a farla diventare sostanzialmente istantanea e "a fatto compiuto". Un'inversione - si è forse immaginato - offerta su un piatto d'argento, sgravando il giudicante dai problemi organizzativi di rispetto del tempo stabilito per il processo di ragionevole durata. Anche i giudici, dunque, oltre agli avvocati, si progetta che ben possano trarre legittimi vantaggi dal nuovo sistema. Ma sarà il migliore per chi ha bisogno di giustizia?

Un giudice così "estraniato" può anche robotizzarsi: funzionare (si è già accennato) come una cibernetica macchina in cui si inseriscono i dati per ottenere una risposta predeterminabile, attingendo così - salvo qualche inevitabile novità di *leading case* - la certezza totale del diritto, in effetti oggetto di sogni secolari (cfr. articolo 3, lettera c), n.2: la immediata lettura del dispositivo e delle ragioni della decisione è certamente la migliore soluzione nell'ottica del legislatore, come emerge pure dall'articolo 4, lettera d).

Una illustre dottrina¹² dubita molto che vi sia un vero scardinamento, tra l'altro rimarcando che le questioni di rito possono immediatamente "chiudere" un processo. In effetti, far entrare in campo il giudice dopo avere, nell'ipotesi del riformatore, individuato - e recintato nei limiti sopra evidenziati - il "perimetro" del *thema decidendum* potrebbe rivelarsi una velleità fin dalle cause di medio calibro. Già ben pagata dal rito societario. Il processo, per essere davvero tale, ha ontologicamente bisogno di un terzo. E soprattutto ormai (a differenza degli anni 90 del secolo scorso) è insostenibile che vi sia più necessità di modificare la modalità del processo (cioè il suo rito) facendo traballare in continuazione il diritto processuale. Come più volte si è detto, il problema è quantitativo. Peraltro, i processi sono divenuti da tempo più celeri, essendo appunto già "premuto" il giudice dall'articolo 81 bis disp. att. c.p.c. e dalla innovata *governance* manageriale dei capi degli uffici, e ciò anche a prescindere dalle incalzanti ADR. È ben difficile, tuttavia, frangere i luoghi comuni,

¹² G. Costantino, *op. cit.*

come quelli della lenta giustizia civile che strascica tempi morti. Per essere morti, dovrebbero essere vuoti: difficile, questi, trovarli.