



GIULIANO SCARSELLI

Le riforme del processo civile nel silenzio degli avvocati¹

1. Un intervento sui rapporti tra riforme del processo civile e avvocatura non può che iniziare con la constatazione che l'avvocatura, in questi anni, non ha avuto un ruolo nelle riforme, che il legislatore ha infatti sempre posto in essere a prescindere dagli avvocati e dalla funzione che questi hanno all'interno del processo.

Ciò è avvenuto per due ragioni parallele, che è bene evidenziare:

a) da una parte ciò è accaduto perché le riforme sono quasi sempre state pensate e studiate dall'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, e in detto ufficio stanno i magistrati, non stanno gli avvocati; ed anche quando gli spunti sono stati dati da commissioni ministeriali, la presenza in esse di avvocati è sempre stata assolutamente marginale, se non del tutto inesistente.

I magistrati, poi, probabilmente per loro *forma mentis*, hanno progettato riforme non tanto finalizzate a risolvere i problemi del processo civile, quanto a risolvere i problemi che hanno i magistrati nell'adempiere ai loro compiti nel processo civile, cosicché il punto di vista delle riforme che si sono avute dagli anni '90 ad oggi è sempre stato solo quello del giudice.

Devo allora ricordare quello che anni fa diceva Franco Cipriani: così come a nessuno verrebbe in mente di fare la riforma della sanità dal punto di vista del medico, e così come a nessuno verrebbe in mente di fare la riforma della scuola dal punto di vista dell'insegnante, allo stesso modo a nessuno dovrebbe venir in mente che per risolvere i problemi della giustizia si debbano fare riforme dal punto di vista del giudice, e si debba sempre e solo preoccuparsi *non* dei problemi che hanno i cittadini quando hanno bisogno dell'intervento dello Stato per ottenere giustizia, *ma* dei problemi che hanno i giudici nell'amministrarla.

Finché la logica sarà questa, noi non potremo che avere le riforme che abbiamo avuto in questi anni.

b) L'assenza del punto di vista del cittadino, o dell'utente della giustizia, dai progetti di riforma, è da attribuire però anche a colpa dell'avvocatura, che aveva al contrario lo specifico dovere di preoccuparsi di ciò.

Anche le ragioni di questo fenomeno vanno evidenziate: gli avvocati non sono mai stati in grado di proteggere i diritti di chi agisce e si difende in giudizio perché hanno tenuto (quasi sempre) in debita considerazione che per sedere ai tavoli delle commissioni dovevano avere posizioni morbide e accondiscendenti.

Si è creato, così, un corto circuito di queste genere: chi conta deve coinvolgere nei progetti di riforma anche gli avvocati, affinché non si dica che gli avvocati sono stati esclusi; nella scelta, si scelgono gli avvocati che non creano problemi, ovvero che non mettono in discussione che le riforme si fanno dal punto di vista del giudice; gli avvocati, per sedersi ai tavoli, e ottenere tale gratificazione, non hanno (quasi mai) sollevato contestazioni, e hanno accettato, con qualche solo piccolo e irrilevante suggerimento, questo punto di vista, e quanto loro proposto.

A questo punto il gioco è fatto: da una parte del tavolo le riforme vengono dettate, e dall'altra parte l'avvocatura acconsente.

Vi è stata, in questi anni, ovviamente, qualche eccezione a questa regola, e qualche correttivo nelle commissioni parlamentari; ma la regola è stata questa, e le riforme che abbiamo avuto sono sotto gli occhi di tutti.

2. La diagnosi è stata: vi sono troppe cause; la cura è stata: vanno diminuite.

Come si fa a diminuire il numero delle cause?

¹ Intervento tenuto in Lecce, il 29 settembre 2017, in occasione dell'Assemblea nazionale delle camere civili



Si sono fatte due cose: a) da una parte si è complicata la vita alla parte attrice, ovvero si sono introdotti meccanismi per disincentivare l'accesso al giudice; b) da altra parte si sono introdotte tecniche di sommarizzazione del processo, ovvero facoltà del giudice di procedere e decidere in modo superficiale, con la testa impegnata soprattutto a togliere un fascicolo dai tanti che stanno sul tavolo.

Questa la *ratio*: i cittadini non devono fare cause; se le fanno, deve valorizzarsi la chiusura di esse in rito, e in ogni caso esse devono essere decise in modo sommario, senza approfondimenti particolari, e con motivazioni stringate, se non inesistenti.

Il tutto in una logica di sbilanciamento dei rapporti che sempre si erano invece dati nella giustizia civile. E così, nel rapporto tra pubblico e privato, tra cittadino e Stato, tra autorità e libertà, queste riforme hanno sempre dato prevalenza al pubblico, allo Stato, all'autorità; esse hanno snaturato il processo civile, che si è trasformato da momento di attuazione dei diritti soggettivi delle parti, a rito rimesso alla discrezionalità del giudice, dove l'esigenza dello smaltimento degli arretrati e il rispetto dell'equilibrio dei flussi in entrata ed uscita sono state le ragioni principali del procedere.

Tutte riforme animate dallo stesso spirito: dall'ultima, che è stata quella che ha sostanzialmente abolito l'udienza pubblica in cassazione (l. 25 ottobre 2016 n. 197), alla prima, che è stata quella della grande riforma del processo civile dopo la novella del '50 (l. 26 novembre 1990 n. 353).

Nel mezzo tutte le altre: dalla riforma che ha riordinato l'ufficio del processo e i giudici onorari (d. lgs. 13 luglio 2017 n. 116 in attuazione l. 29 aprile 2016 n. 57), alla l. 30 giugno 2016 n. 119, alla l. 7 agosto 2012 n. 134, e poi alla l. 12 novembre 2011 n. 183, al d. lgs. 1 settembre 2011 n. 150, al d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28, alla l. 18 giugno 2009 n. 69, al d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, alla l. 14 maggio 2005 n. 80, alla l. 23 dicembre 1999 n. 488, al d. lgs. 19 febbraio 1998 n. 51; ecc...., il tutto senza alcuna pretesa di completezza.

3. Non è difficile esemplificare quanto qui sostenuto.

a) Già la riforma del '90 (l. 353/1990), superando la novella del '50 (l. 581/1950), reintroduceva le preclusioni, riscrivendo gli artt. 183 e 167 c.p.c. per il primo grado, e l'art. 345 c.p.c. per il grado di appello. Ulteriori restrizioni sono state quelle della soppressione del reclamo avverso le ordinanze istruttorie prima previsto dall'art. 178 c.p.c., l'istituzione del giudice monocratico in primo grado, con la soppressione delle garanzie del collegio, una nuova riscrittura dell'art. 167 c.p.c. con la riforma del 2005, le restrizioni in punto di eccezione di incompetenza *ex* art. 38 a seguito della riforma del 2009, la riforma degli artt. 91 e 92 in punto di spese processuali, con l'introduzione del 3° comma dell'art. 96 c.p.c. volto a sanzionare l'abuso del processo.

b) L'idea principale per far cassa e ostacolare l'esercizio del diritto di azione è stata poi quella di introdurre il contributo unificato, iniziato nel 2002, e ad ogni finanziaria aumentato negli importi e ampliato quanto a ipotesi nelle quali è dovuto.

Al contributo unificato si sono poi aggiunte le sanzioni per chi agisce in giudizio e risulti soccombente.

Si è introdotto l'art. 13, 1 *quater* d.p.r. 115/2002, in base al quale chi proponga una impugnazione che venga respinta o dichiarata inammissibile o improcedibile, è tenuto a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

Ed ancora, è stato aggiunto un 2° comma all'art. 283 c.p.c., in base al quale chi chieda infondatamente l'inibitoria della provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado può esser condannato al pagamento di una pena pecuniaria.

L'idea che sta alla base di queste scelte è chiara: il cittadino deve smettere di scocciare lo Stato per le sue beghe, e deve pagare per questo comportamento tanto più quanto più si permette di insistere sulle sue posizioni con i mezzi di impugnazione.

c) Si è provveduto poi a ridurre tutti i termini processuali, con modifiche degli artt. 50, 305, 307, 327 c.p.c., come se la riduzione dei termini processuali potesse essere momento di riduzione dei tempi del processo, o di riduzione del lavoro del giudice.



In particolare è stato ridotto il termine lungo per impugnare, e addirittura oggi si pensa ad una riforma che annulli del tutto i termini lunghi, e lasci solo quelli brevi dopo la comunicazione integrale del provvedimento da parte della cancelleria via PEC.

Così l'appello deve esser fatto in sei mesi, e tra breve, in un mese, mentre le Corti di appello continuano a fissare la prima udienza a quattro anni dalla notifica della citazione.

d) E' stata poi introdotta la mediazione quale condizione di procedibilità della domanda.

Niente in contrario che, nei limiti del possibile, si provi a mediare le controversie; ma certo la disciplina del d. lgs. 28/2010 costituisce ostacolo per chi voglia ottenere sentenza, soprattutto per come talune disposizioni sono state interpretate dai giudici di merito, e in ogni caso par evidente che l'esperimento del procedimento di mediazione, stante la legislazione attuale, ed in particolar modo stante l'art. 5, 2° comma d. lgs. 28/2010, può esser disposto dal giudice non perché in concreto vi siano condizioni per poter giungere ad un accordo, ma semplicemente per rinviare la discussione di merito e/o la decisione della controversia.

e) Nel 1999 viene introdotto nel codice di procedura civile il capo terzo *bis*, ovvero gli artt. 281 *bis* e ss., ed in particolare l'art. 281 *sexies* c.p.c. Quest'ultima disposizione, come è noto, consente la chiusura del processo in forma semplificata, e senza che gli avvocati possano redigere le consuete comparse conclusionali e di replica.

La disposizione, prima valida solo per il Tribunale, è poi passata nel 2011 ai giudizi in Corte di appello, con l'aggiunta del 6° comma dell'art. 352 c.p.c., ed è disposizione della quale si fa sempre maggior uso.

Seppur sia vero che spesso le comparse conclusionali sono eccessivamente lunghe e ripetitive, è parimenti vero che le stesse costituiscono un momento non secondario dell'esercizio del diritto di azione e di difesa, e appare errato rimettere alla discrezionalità del giudice, con decisione sottratta ad ogni controllo, la scelta di poter esercitare o meno questo diritto processuale delle parti.

f) Nel 2009 viene introdotto per la prima volta il processo sommario di cui agli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c.

Alle origini, quel rito costituiva solo una facoltà per le parti, che potevano, se credevano, introdurre una causa da considerare semplice in quelle forme semplificate.

Nel tempo, il rito sommario ha acquistato nuovi spazi.

Nel rito sommario il giudice "procede nel modo che ritiene più opportuno" (art. 702 *ter*, 5° comma c.p.c.), e la disposizione è stata copiata dall'art. 669 *sexies* c.p.c. in tema di procedimento cautelare.

Una cosa tuttavia, è la tutela cautelare, altra cosa la tutela che sfocia in provvedimenti di merito con attitudine alla cosa giudicata, quali sono le ordinanze pronunciate ai sensi dell'art. 702 *quater* c.p.c.

E' evidente la contrazione dei diritti processuali in questi casi, poiché se il giudice "procede nel modo che ritiene più opportuno": viene meno il giusto processo "regolato dalla legge" *ex* art. 111 Cost., e il cittadino, quando entra in un tribunale, non sa più quali sono le regole con le quali si procede e si giudica.

4. Ma le contrazioni maggiori si sono avute sulle impugnazioni.

a) Nel 2012 è stato riformato il giudizio di appello, con la riscrittura dell'art. 342 c.p.c. e l'introduzione degli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c.

Si è, di nuovo, introdotta una sommarizzazione, e/o una semplificazione del giudizio, consentendo al giudice dell'appello di liberarsi dell'impugnazione con ordinanza in tutti i casi nei quali ritenga che questa non abbia "una ragionevole probabilità di essere accolta" (348 *bis* c.p.c.).

L'ordinanza non ha particolari necessità di motivazione, visto che questa può essere "succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento ai precedenti conformi" (art. 348 *ter* c.p.c.).

Ed inoltre, con la riscrittura dell'art. 342 c.p.c. si è consentito alle Corti di appello, e vi sono state più di una pronuncia in tal senso, di dichiarare inammissibile una impugnazione quando la stesura dell'atto introduttivo non rispondesse ai profili volitivo, argomentativo, censorio e di causalità, ovvero a profili elastici, non direttamente ricavabili dalla disposizione in questione, e rimessi alla discrezionalità del giudice.



Dal che, ottenere una sentenza che provveda sulla fondatezza o meno dell'impugnazione è diventata una casualità.

b) Grave è stata la svalutazione della motivazione.

La svalutazione della motivazione si è avuta in più modi, che vanno separatamente ricordati:

ba) in primo luogo si è provveduto a riscrivere l'art. 132 c.p.c. La sentenza, in origine, doveva contenere "la coincisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e diritto della decisione"; oggi invece la sentenza non deve più contenere l'esposizione dello svolgimento del processo e la motivazione basta sia "coincisa" (v. nuovo art. 132 a seguito riforma del 2009).

bb) In secondo luogo la motivazione è stata svalutata con la svalutazione della sentenza; un tempo la decisione *normale* di chiusura del processo era la sentenza, oggi invece si prevede che la chiusura del processo avvenga in prevalenza con ordinanza, e la pronuncia della sentenza costituisca una eccezione. In primo grado ciò è vero in tutti i casi di cui all'art. 702 *bis* c.p.c.; in appello in tutti i casi di cui all'art. 348 *bis* c.p.c.; in cassazione in tutti i casi nei quali la Corte decida in camera di consiglio, e ciò sia nelle ipotesi di inammissibilità del ricorso *ex art. 380 bis* c.p.c. ad opera della VI sezione, sia nei casi di camera di consiglio *ex art. 380 bis* 1 c.p.c., ad opera delle sezioni semplici.

bc) Infine la svalutazione della motivazione si è avuta nel 2012 con la riscrittura dell'art. 360 n. 5 c.p.c., che ha sottratto alla Corte di cassazione il controllo sulla motivazione omessa, insufficiente o contraddittoria.

Qui non posso non ricordare una circostanza.

Attualmente, l'art. 360 n. 5 c.p.c. dispone che può essere impugnata una sentenza in cassazione "per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio".

Si tratta del testo varato con il codice del '40, poi sconfessato dalla novella del '50.

Ovvero il codice del '40, promulgato da Benito Mussolini e dal suo Ministro della giustizia Dino Grandi, al fine di limitare i ricorsi per cassazione in punto di motivazione, già ammessi dalla Corte di cassazione con orientamenti che risalivano fino alla fine dell'800, introduceva il limite del ricorso al solo omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio.

La novella del '50, per consentire l'avvio del nuovo codice dopo la guerra e dopo la nuova carta costituzionale, lo ripuliva dagli aspetti autoritari che esso conteneva, e modificava, per quello che qui interessa, tra le tante cose, anche il n. 5 dell'art. 360 c.p.c., prevedendo che la parte avesse diritto al controllo in cassazione per "omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia".

Trovo allora grave che nel 2012 si sia ripescato un testo del periodo fascista, e si sia fatto passare quel testo come qualcosa di "moderno".

Trovo anche grave mettere in discussione il valore della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali sta all'indipendenza del giudice: il giudice è indipendente da ogni altro potere dello Stato e soggetto soltanto alla legge (art. 101, 2° comma Cost.), ma proprio per questo deve motivare le decisioni che assume, di fronte alle parti e di fronte al popolo, nel nome del quale la giustizia è amministrata (art. 101, 1° comma Cost.).

Ridurre il valore della motivazione è porsi in contrasto con lo stesso art. 111 Cost. per il quale "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati".

c) Infine, oltre alla svalutazione della motivazione, abbiamo avuto la svalutazione dell'udienza pubblica.

Diceva Gabriel Honoré Mirabeau nel 1775 "*Datemi il giudice che volete, parziale, corrotto, anche mio nemico, purché non possa procedere ad alcun atto fuori che dinanzi al pubblico*".

L'udienza pubblica era pertanto un valore risalente all'illuminismo, che noi avevamo già nello Statuto Albertino con l'art. 72, che prevedeva che "Le udienze dei tribunali saranno pubbliche conformemente alle leggi".

Le udienze in cassazione impegnavano il giudice tre ore la settimana: una udienza alla settimana per magistrato della cassazione, con udienza che iniziava alle 10,00, e finiva alle 13,00.



La domanda allora è evidente: valeva la pena sopprimere un valore illuminista, durato oltre 200 anni, presente nella nostra carta costituzionale con l'art. 101, e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) all'art. 6, e già giudicato dalla nostra Corte costituzionale "espressione di civiltà giuridica" (Corte Cost., 24 luglio 1986 n. 212) per risparmiare tre ore a settimana?

5. Veniamo alle cose di oggi.

a) Abbiamo un disegno di legge approvato alla Camera in base al quale si devono ulteriormente ridurre i casi di decisione in composizione collegiale *ex art. 50 bis c.p.c.*

Avremo, così, in futuro, pochissime cause a decisione collegiale, e quelle, e solo quelle, potranno continuare a trattarsi con il rito ordinario di cognizione, ovvero con le disposizioni processuali di cui agli artt. 163 e ss. c.p.c. Tutto il resto sarà cognizione del giudice monocratico, dinanzi al quale sarà obbligatorio presentarsi con il rito sommario di cui all'art. 702 *bis* e ss. c.p.c.

Il rito sommario, neo denominato rito semplificato per salvare le forme, non costituirà più in questo modo una eccezione rispetto alla regola della cognizione ordinaria; tutto al contrario sarà esso stesso la regola della cognizione dei diritti in primo grado, poiché tutti i diritti in primo grado dovranno inevitabilmente essere trattati e decisi con il rito semplificato.

Ebbene, ritengo che se si farà una cosa di questo genere, sarà allora inutile continuare ad insegnare il diritto processuale civile nelle università, e diventerà allora inutile avere un codice di rito di oltre 800 articoli, se la realtà è quella che in 999 controversie su 1000 il giudice potrà procedere liberamente, secondo sua discrezione.

Si arriverà al punto che, se ad una qualsiasi domanda durante un esame di diritto processuale civile uno studente dovesse rispondere "Beh professore, dipende da cosa decide il giudice", il professore dovrebbe dargli 30 e lode e mandare lo studente a casa, perché la risposta è stata interamente corretta.

Non riesco a capire come una novità così dirimpante possa passare sotto silenzio, non capisco come sia possibile che non si avverta l'esigenza di ricordare al legislatore che costituisce garanzia di tutti i cittadini avere la predeterminazione legale del processo, così come peraltro contemplato nell'art. 111 Cost.

E duole dover ricordare cose che si darebbero per acquisite, e battersi per garanzie che non dovrebbero essere messe in discussione da alcuno.

b) E' arrivata in agosto la legge sulla concorrenza (l. 4 agosto 2017 n. 124).

La legge riguarda anche le professioni, ed in particolare per noi quella forense, dove è stato modificato l'art. 4 alla legge professionale n. 247/2012, inserito un art. 4 *bis*, ed ancora abrogato l'art. 5.

La nuova legge dà ora disciplina compiuta all'esercizio della professione di avvocato in forma societaria.

L'art. 5 della legge professionale n. 247/2012 conteneva già una delega al Governo affinché questi provvedesse alla disciplina delle società commerciali forensi.

Il governo avrebbe dovuto approvare un decreto legislativo di attuazione; invece è intervenuta la legge qui a commento, la quale, da una parte ha abrogato l'art. 5 della legge professionale, e dall'altra ha provveduto essa stessa a istituire e disciplinare le nuove società commerciali forensi.

Tutto questo, così, è potuto avvenire derogando alle garanzie che l'art. 5 della legge delega n. 247/2012 conteneva, tra le quali: a) l'attività forense esercitata in forma societaria non costituisce attività d'impresa (art. 5, 2° comma, lettera m); b) le società commerciali forensi non sono soggette alle procedure concorsuali (art. 5, 2° comma, lettera m); c) le società commerciali forensi devono essere composte di soci tutti avvocati (art. 5, 2° comma, lettera a); d) ogni avvocato può partecipare ad una sola società forense (art. 5, 2° comma, lettera b); e) i redditi prodotti dalla società tra avvocati sono considerati redditi da lavoro autonomo anche ai fini previdenziali (art. 5, 2° comma, lettera l); f) infine alle società tra avvocati si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni sull'esercizio della professione di avvocati in forma societaria di cui al decreto legislativo 96/2001 (art. 5, 2° comma, lettera n).

Nessuno di questi principi è stato rispettato dalla nuova legge n. 124/2017, non avendo la stessa, ovviamente, ne' forma ne' limiti del decreto legislativo, e tutte le garanzie della legge delega di cui all'art. 5 l. 247/2012



sono venute meno per scelta di questo nuovo legislatore, peraltro con discussione del testo presso le commissioni attività produttive delle Camere, e non nelle commissioni giustizia.

Il tutto, tanto più grave quanto lo stesso art. 5 disponeva che il Governo era delegato ad adottare la disciplina delle società tra avvocati “in considerazione della rilevanza costituzionale del diritto di difesa, su proposta del Ministro della giustizia e sentito il Consiglio nazionale forense”.

Perché una cosa del genere è stata fatta?

La risposta è semplice: perché se il legislatore avesse rispettato i limiti dell'art. 5 l. 247/2012, la riforma non avrebbe accontentato le pretese dei grandi gruppi economici, per i quali questa legge sulla concorrenza è stata pensata.

Non che il legislatore, nella sua sovranità, non posso abrogare una legge e farne un'altra, però mi chiedo in che Paese si viva.

Bisognerebbe inventare, oltre all'incostituzionalità per eccesso di delega, l'incostituzionalità per difetto di delega.

Una cosa del genere, se fatta da un privato, sarebbe considerata in contrasto con la buona fede e con il principio di affidamento.

6. Non se la prendano gli avvocati se dico che tutto questo è avvenuto nel loro silenzio.

Qualche timida protesta vi è stata, e la colpa è un po' di tutti noi, me compreso, visto che anch'io faccio parte della categoria.

Alle volte penso ai grandi avvocati del passato, a Francesco Carnelutti, a Piero Calamandrei.

Immagino potessero tornare fra noi, e noi dovessimo spiegare loro tutte le riforme che si sono avute in questi anni, e loro dovessero percepire la differenza rispetto ai loro tempi, le tante cose che sono mutate nel processo civile, nel modo di esercitare la professione forense, di concepire il rapporto tra parti e giudice.

Penso avremmo un certo imbarazzo a dover spiegare tutto ciò, e forse faremo loro un po' di pena.

Prendo atto con tristezza che il mondo è cambiato, però questo non deve chiuderci nel silenzio e nella rassegnazione.

A questo punto credo ci sia una sola riforma da fare, ed è quella di tornare indietro, tornare al passato, abolire tutte le riforme che negli ultimi venti anni si sono avute sul processo civile.

Forse, per paradosso, si potrebbe addirittura tornare alla novella del '50; in ogni caso va riaffermato che il processo civile serve per l'attuazione dei diritti soggettivi delle parti, non altro, e che ciò deve avvenire nel rispetto di regole predeterminate, mentre su tutto il resto deve vigere un principio di libertà.

Si deve ribadire che adire il giudice è per tutti un diritto costituzionalmente garantito, e chiudere il processo con una sentenza di merito è un dovere dello Stato, poiché infatti rendere giustizia è il primo dei doveri che lo Stato ha nei confronti della sua comunità.