



Vincenzo Lombardi

Prime riflessioni sulla proposta di legge di iniziativa dell'on. Cataldi, depositata il 7.12.2018, per la riforma del processo civile.

1. All'indomani della caduta del fascismo, dinanzi al "Palazzaccio" (termine con cui si indica il vecchio palazzo di giustizia di Roma, attualmente sede della Corte di Cassazione), fu dato alle fiamme un codice di procedura civile: si scelse, tra i c.d. "codici mussoliniani" o "del re", proprio il codice di procedura civile, non quello penale (del 1930), né quello di procedura penale (dello stesso anno), né quello civile e neanche quello della navigazione (entrambi del 1942). Si ritenne che solo il codice di procedura civile, non anche gli altri codici varati nel "Ventennio", si fosse reso reo di avere indossato la camicia nera. L'Italia - è stato scritto - andava liberata da quel codice, che si era rivelato un passo indietro per la tutela dei diritti dei cittadini italiani e, soprattutto, perché fu « *dichiaratamente costruito per rafforzare i poteri del giudice e limitare i diritti delle parti [risolvendosi in] un sabotaggio per la giustizia civile e, innegabilmente intriso dell'ideologia illiberale ed autoritaria del fascismo* » (così, Cipriani, *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pag. 748 e ss.). Si fece finta di (o lo si volle deliberatamente) ignorare la (insopportabile) umiliazione della donna nell'ambito dei rapporti familiari, umiliazione cui la costrinsero, per un verso il codice civile, sol che si pensi alla potestà maritale e, per altro verso, il codice penale, sol che si pensi alla (forte) attenuante prevista per c.d. "delitto d'onore", ove la pena edittale variava da (soli) tre anni a (soli) sette anni: alla donna fu così riservato, sia dal codice civile sia da quello penale, un trattamento caratterizzato da logiche totalitaristiche tanto estreme, da renderlo analogo a quello che le fu riservato nell'antica Roma. Invece, a me basta sapere che l'autore della relazione che accompagnò il codice di procedura civile, ancorché firmata dal Guardasigilli Grandi, sia stato Piero Calamandrei, monumento dell'antifascismo, sottoscrittore del "Manifesto Croce" e uno dei maggiori artefici della *magna charta* della nostra libertà, che manifestò, sin dagli albori della nostra democrazia, particolare sensibilità verso la separazione dei poteri (significativo il suo intervento in sede di Costituente, quando invitò l'esecutivo a lasciare vuoti i banchi del governo durante la discussione del testo definitivo della Costituzione, mentre, solo due anni fa, Presidenti del Consiglio hanno fatto proseliti, in materia di riforme costituzionali, viaggiando sull'aereo di Stato e sarebbero comparsi persino nei cartoni animati). La cosa, in verità, non dovrebbe stupire, dacché Calamandrei,



insieme a Carnelutti e Redenti, fece parte del Comitato ristretto che affiancò la Commissione per la redazione del codice.

Calamandrei, nella relazione, ha più volte citato Chiovenda ed ebbe modo di precisare che da (l' fascista) Grandi furono, personalmente, soppressi gli accenni al Mortara e la parola «*apostolato*» riferita a Chiovenda, espressione con la quale Calamandrei intendeva rimarcare come Chiovenda fosse stato l'«apostolo» dell'oralità. La relazione menziona proprio all'inizio l'opera (meritoria) di Chiovenda: al secondo paragrafo (la relazione di compone di 34 paragrafi) si precisa che, grazie alla «*scuola sistematica fondata da Giuseppe Chiovenda*», iniziò, nei primi anni del '900, «*quella radicale revisione teorica di tutti gli istituti processuali*», che avvocò al diritto pubblico il processo civile e «*ne rinnovò la dottrina, studiandolo non più come una lotta di interessi privati*». L'elaborazione chiovendiana, in definitiva, conferì alla dottrina processualcivilistica un connotato (rigorosamente) scientifico, affrancandola dal ruolo di ancillarità rispetto al diritto sostanziale.

2. L'odierno riformatore, esordisce (*recte*, lo precisa nel titolo del ddl) dicendo di mirare alla «*riaffermazione del principio di prevalenza del diritto sostanziale sul diritto processuale*». Senza indugiare sulla costruzione del concetto di lite, mi limiterò ad osservare che il diritto (sostanziale), per il solo fatto di essere dedotto in giudizio, è un diritto controverso, che si concreterà, ovvero sarà in grado di incidere sulla realtà materiale verso la quale (il suo titolare vuole che) si proietta, solo se la sua esistenza sarà accertata nel corso del processo e, dunque, accertata nel rispetto delle regole disciplinanti lo svolgimento del giudizio: si tratta di regole poste per l'attuazione del (superiore) interesse pubblico (caratterizzante la funzione dei giudici), nella cui area rientra (anche) la tutela della parte contro la quale viene proposta la domanda. Se il termine «principio» indica l'enunciato fondante una dottrina o una disciplina, vorrei chiedere, al proponente la riforma, in quale «anfratto» dell'ordinamento ha trovato nascosto «*il principio di prevalenza del diritto sostanziale sul diritto processuale*», principio che - a quanto mi consta - è estraneo al nostro sistema e, non solo *de lege lata*, ma risulta estraneo a far data dalla elaborazione romanistica del processo.

3. La ragione ispiratrice del codice di procedura civile del 1940 fu quella di evitare gli eccessi che avevano caratterizzato il c.d. «principio di libertà» del codice del 1865, per cui le parti potevano far valere, in ogni fase del giudizio, le proprie difese (per la prima volta anche in appello). Quindi, obiettivo principale del legislatore fu quello di improntare il nuovo codice su un rigoroso sistema di



preclusioni, ma con un (razionale) temperamento della sua rigidità e, così, contemplarono l'ammissione di nuove eccezioni e prove, solo se il giudice, concorrendo gravi motivi, lo avesse consentito (primigenio art. 184) ed ammettendo la modificazione delle già prese conclusioni, solo se l'esigenza fosse sorta all'esito delle espletate prove (primigenio art. 189).

Il disegno processuale individuava nel giudice istruttore il cardine dell'intero sistema, come attesta l'art. 174, dalla rubrica «*immutabilità del giudice istruttore*», il quale «*è investito di tutta l'istruzione della causa*» e che - come prescrive il successivo art. 175 - «*esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del giudizio*». L'opinione di chi (come, ad esempio, Punzi, nell'aggiornamento del noto manuale di Satta) distingue tra i poteri del giudice istruttore nella direzione del procedimento e i poteri nella trattazione ed istruzione si pone in (frontale) contrasto con lo spirito del codice, poiché contraddice quanto affermato al paragrafo n.23 della relazione ministeriale, dal titolo «*Continuità e concentrazione dell'istruzione*», dove si legge che il giudice istruttore, per «*esercita[re] tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del giudizio*» (art. 175 cit.), dovrà «*prendere la causa all'inizio, indagarne fin da principio i vari aspetti, fare tutto quanto è in lui per semplificarla e ridurla all'essenziale* [ossia "scremarla" dalle inutili e defatigatorie questioni], *accompagnarla nei suoi sviluppi* [ossia per l'intera trattazione], *interessarsi e, si potrebbe dire* [forse qui la relazione pecca di utopia], *affezionarsi ai problemi che essa pone*». Né va sottaciuta la (significativa) circostanza che nel 1991 (epoca in cui erano scomparsi molti dei regimi dittatoriali esistenti nel 1940), a Lisbona, il Convegno mondiale del diritto processuale si concluse con un inno all'«*activisme du juge*», da taluni considerato ancora la via maestra da percorrere (così, riferisce Fazzalari, in *Il IX Congresso mondiale del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pag. 1105 e ss.).

Fu, dunque, inevitabile, che all'oralità fosse attribuita prevalenza sulla trattazione scritta e, nella consapevolezza che non esistono processi civili interamente scritti o interamente orali, si optò per una (bilanciata) combinazione di oralità e di scrittura, pur affermando (forse in maniera più solenne che precettiva) la prevalenza dell'oralità, sancendo che la trattazione della causa dovesse essere «*sempre*» orale (art. 180 primigenio), ma, facendo proprio il Progetto Chiovenda del 1919 (e delle legislazioni alle quali era ispirato), dispose che la trattazione, ancorché «*sempre*» orale, fosse, comunque, preceduta dallo scambio delle scritture preparatorie, ovvero dall'atto di citazione e dalla comparsa di risposta.

Ma cos'era (e cos'è) questa oralità? Oralità voleva (e vuole) significare contatto immediato e non attraverso (il diaframma) dello scritto, tra giudice e parti, precisando che oralità - come chiarito nella



relazione ministeriale - non significava esclusione dello scritto, ma stava solo ad indicare la forma per proporre, dopo lo scambio delle scritture preparatorie, le successive eccezioni e le modificazioni delle conclusioni originarie, da proporsi, appunto, oralmente, con conseguente inserzione nel verbale di udienza pubblica.

In altre parole, l'oralità era la linea guida del codice che si stava redigendo. Ciò, tuttavia, non significava assenza dello scritto (le singole deduzioni avrebbero dovuto - come si è detto - essere verbalizzate: l'unica udienza del processo in cui era contemplata la sola oralità era l'udienza di discussione (prevista dal vecchio art. 275), udienza che, prima della riforma del 1990, doveva precedere la decisione. L'art. 275, più che espressione della prevalenza dell'oralità, costituiva una norma a presidio della garanzia di collegialità, dal momento che, attraverso la discussione (e la precedente relazione del giudice istruttore), gli altri componenti del collegio avrebbero potuto conoscere a fondo le ragioni delle parti, evitando, in tal guisa, di fare del giudice istruttore un giudice unico. In realtà, il collegio operava su un materiale di causa già selezionato dai difensori ed accompagnato da scritture riepilogative, quali erano (e sono) le comparse conclusionali e le memorie di repliche, sicché il collegio si limitava solo a vagliarlo. Quell'udienza, tuttavia, rappresentava solo un (inutile) "collo di bottiglia" tra la chiusura dell'istruzione e la decisione. Difatti, nelle nostre curie si assistette, sino alla novella del 1990, ad una *routine* che faceva rivivere le scene di "pirandelliana" memoria (beffardamente tratteggiata da Picardi, *Oralità e scrittura*, in *Studi in onore di Carlo Furno*, Giuffrè 1973, pag. 725): un lunga fila di difensori, costretti ad estenuanti attese, i quali aspettavano solo il momento di pronunciare le fatidiche parole "spedizione a sentenza" e che si affrettavano a sborsare la mancia all'usciera che, per un attimo, aveva posto loro sulle spalle una toga logora per le continue trasmigrazioni. Se, poi, il difensore, non era presente, il collega di turno, alla rituale formula anteponeva (l'altrettanto rituale) formula «*in sostituzione del collega Cicero*». Questa udienza, inoltre, si prestava ad un *escamotoge*: quando un avvocato non aveva depositato la comparsa conclusionale (deposito da effettuare dieci giorni liberi prima dell'udienza), chiedeva di discutere la causa e il relatore, ovviamente impreparato per tale incombenza, fissava altra udienza per la discussione e, quindi, il difensore inadempiente veniva, di fatto, rimesso in termine per il deposito della comparsa conclusionale.

4. Ho citato più volte la relazione ministeriale, avendo avuto un'enorme influenza sull'interpretazione del codice e che, ancora oggi, rappresenta una tappa obbligata per ogni studio sul processo civile. Io



la prima volta che (istintivamente) attinsi ad essa fu nel 1985, allorquando mi fu affidato il commento dell'ordinanza resa da un Pretore del lavoro di Genova, con la quale veniva disposto che, nel processo del lavoro, le prove assunte da un giudice, poi trasferito, avrebbero dovuto essere rinnovate dal giudice che lo avesse sostituito, non esistendo, nel rito del lavoro, separazione tra giudice dell'istruzione e giudice della decisione.

La relazione che, per gli operatori del diritto, rappresentò il primo manuale della nuova procedura civile, costituisce, ancor oggi, uno strumento fondamentale (direi, insostituibile) per comprendere le tecniche processuali adottate dal codice. Peccato che essa sia stata subito condannata all'oblio, poiché, dopo il 25 luglio del 1943, nessuno osò più ristamparla e, così, quelle pagine furono bandite solo quindici mesi dopo l'entrata in vigore del codice, mentre la relazione di Vacca, al codice del 1865, fu riportata per decenni in apertura di quel tanto vituperato codice.

5. Nel 1950 e, cioè, a distanza di (appena) otto anni dall'entrata in vigore del codice, intervenne la prima novella per la sua riforma; una riforma voluta dalla classe forense e che, adducendo l'alibi di prendere le distanze da un codice definito autoritario e fascista, introdusse il c.d. "regime anti-preclusioni". La riforma, come i fatti poi s'incaricarono di dimostrare, fu una sciagura per il processo civile, tant'è che è passata alla storia come la "disgraziata novella": basti solo pensare che, dopo tale riforma, finanche all'udienza per la precisazione delle conclusioni potevano ancora formularsi istanze istruttorie e prodursi documenti.

A distanza di 40 anni da quella riforma, rivelatasi poco rispettosa dei diritti degli "utenti" (loro malgrado) della giustizia civile, venne (forse inconsapevolmente) giustificato l'auspicio di chi voleva ritornare al codice nella sua versione originaria. Non è un caso che, nella relazione Acone-Lipari al testo della legge n.353 del 1990 (di riforma del processo civile), si legge che «*il giudice istruttore deve, per prima cosa, eliminare dalla discussione il troppo e il vano, e [.....] ridurre la controversia a quelle poche questioni essenziali, che hanno veramente bisogno di essere decise*». La relazione ministeriale - come abbiamo visto - chiariva che al giudice istruttore era affidato il compito di «*prendere la causa all'inizio, indagarne fin da principio i vari aspetti, fare tutto quanto è in lui per semplificarla e ridurla all'essenziale*». Notate differenza fra le ragioni ispiratrici del codice originario e quello ridisegnato nel 1990? Io no! La logica sottesa alla riforma del 1990 era quella, come hanno chiarito gli stessi riformatori, di (ri)affermare - aggiungo io, sulla falsariga del modello ante novella del 1950 - la distinzione in fasi razionalmente ordinate in successione, volendosi impedire che,



diversamente da quanto avvenne dopo la riforma del '50 e conformemente alla via tracciata dal legislatore del 1940, il processo potesse regredire allo stadio anteriore.

Se, poi, la scelta autoritaria del codice originario la si fa scaturire dal fatto che fossero stati accentuati i poteri del giudice istruttore, al quale (soltanto) era demandato il compito, non solo di assumere, ma anche di ammettere le prove, in base alle quali il collegio avrebbe poi giudicato, dovremmo ritenere espressione di un più marcato autoritarismo l'aver, con l'istituzione del giudice unico in primo grado (d.lgs n.51/1998), espropriato le parti - salvo che in alcune ipotesi - della garanzia di collegialità della decisione. La scelta viene (nella relazione illustrativa) definita, in maniera apodittica, come il punto di arrivo di «una progressiva erosione della logica sottesa alla tradizionale dicotomia degli uffici giudiziari di primo grado, fra tribunali e preture».

Ed, ancora, a coloro i quali parlano di impostazione autoritaria del nostro sistema processualcivilistico, farei presente, ad esempio, che, come ho scritto, nel 2017 e nel 2018, su questa Rivista, il legislatore del 1940, in materia di immediata esecutorietà delle sentenze di primo grado, mostrò prudenza e, nel contempo, sensibilità per talune fattispecie, in particolare per la tutela degli interessi dei soggetti più deboli, effettuando, in definitiva, un bilanciamento di valori, affidato al giudice, o prestabilito dalla legge stessa. Difatti, prima della novella del 1990, l'esecutorietà *ope judicis* (promanante anche dal giudice dell'appello) era ricollegata, da un lato, alla elevata probabilità dell'immutabilità del verdetto, in quanto fondato su (significative) fattispecie cristallizzate dal legislatore (atto pubblico, scrittura privata riconosciuta, o sentenza passata in giudicato) e, dall'altro, ad un *periculum* di segno opposto a quello attuale, poiché pose l'attenzione *a parte creditoris*, nel senso che la preoccupazione era quella di evitare un irreversibile pregiudizio per la parte vittoriosa, la quale, grazie all'esecutorietà, avrebbe almeno beneficiato di un titolo per ottenere la garanzia ipotecaria del proprio credito. A ciò si aggiunga che, stante la disciplina dettata dall'art. 283 del codice, ai fini dell'inibitoria il *fumus* (pur se "denso") non è assorbente del *periculum*, che ricorre solo se il danno, oltre che grave, sia pure irreparabile, con la conseguenza che una sentenza, quantunque ritenuta ingiusta dai giudici del gravame (sia pure in virtù di *summaria cognitio*), possa comunque essere portata ad esecuzione, se non ricorra il pericolo dell'irreparabilità. Dunque, nel caso di prescrizione del credito disattesa dal primo giudice e riproposta come motivo di appello ritenuto *prima facie* fondato, la sentenza, ove l'appellante non fornisca (anche) la prova della irreparabilità del danno connesso all'esecuzione della stessa, vi dovrà sottostare alla stessa, non potendo accedere al beneficio dell'inibitoria. A tal proposito, nel secondo dei summenzionati articoli, nel ribadire la mia



preferenza per il regime di esecutorietà disciplinato dall'originario art. 282, ho espresso il mio apprezzamento per il coraggio del legislatore del '40, il quale, pur avendo operato in un'epoca il cui imperativo categorico era l'affermazione dell'autorità dello Stato, non intese simboleggiare tale autorità prevedendo, in ogni caso, l'immediata efficacia esecutiva della sentenza di primo grado. E - si badi - nella relazione si legge che «*i periodi in cui la tutela del creditore si indebolisce e si fa incerta sono nella storia i periodi in cui la legge perde terreno e l'autorità dello Stato declina*». Quei *conditores*, però, ebbero il coraggio di non sacrificare la (dovuta) prudenza, nel momento applicativo della legge, in ragione della affermazione (a tutti i costi) dell'«*autorità dello Stato*», sicché - salvo le (rassicuranti) ipotesi sopra richiamate - l'esecuzione del comando giudiziale fu subordinata alla pronuncia dei giudici del gravame.

Le espressioni di autoritarismo furono più di forma che di sostanza, come comprova, ad esempio, il fatto che la decisione degli arbitri, da «*sentenza degli arbitri* » (art. 21 c.p.c. del 1865), seppure *quoad effectum* assimilabile alla decisioni di un giudice statale, venne "degradata" a «*lodo*», non potendosi (allora) tollerare che un da un atto di autonomia negoziale potesse derivare un provvedimento dotato della medesima efficacia di un atto proveniente dall'organo statale.

Ricordo solo che, nel (lontano) 1984, Verde, commentando uno degli interventi sul processo civile (si trattava, in quell'occasione, dell'aumento dei limiti di competenza del pretore e del conciliatore), suggerì di rendere "onorata sepoltura" al nostro codice di rito, in attesa che "le stelle" ce ne avessero dato un altro, aggiungendo che questo era un buon codice, con l'unica pecca di essere nato sotto una "cattiva stella". Era nato, difatti, per sua (e per nostra) sfortuna, tra gerarchi, moschetti, mire espansionistiche ed alalà!

6. I colleghi avvocati più anziani recitano il *mea culpa* per la riforma del 1950: io non c'entro, perché non ero ancora nato, ma, per onestà intellettuale, recito il *mea culpa* per i (lungi e numerosi) periodi di astensione all'indomani della legge del 1990 (in quell'anno ero procuratore legale), quando costringemmo il legislatore ad una linea di compromesso tra la disciplina *post* novella del '50 e quella più rigorosa, o, meglio, più confacente alla logica processuale, se processo significa (come significa) avanzamento e non, come accadde dopo il 1950, regressione. E il legislatore (scrivendo una delle pagine meno gloriose della storia processuale), forse spinto dal desiderio di accontentarci o, forse, perché in «*tutt'altre faccende affaccendato*», accolse il suggerimento dei "soloni" di turno e, con un *blitz* del 1995, andò ad "invadere" l'art.180 del codice, del quale ampliò (anche) l'*inscriptio*, cosicché



quella norma, nata per disciplinare la «*forma della trattazione*», fu (anche) destinata (sino al 2005) alla regolamentazione dell'«*udienza di comparizione*», un'udienza che si atteggiò come un "prologo" di quella successiva di «*trattazione*». Si introdusse, in tal modo, un'udienza, che definii "platonica" e che segnò - come ho già fatto cenno - uno dei momenti più bassi della nostra tradizione processuale: mentre il convenuto doveva, a pena di decadenza, proporre la domanda riconvenzionale almeno venti giorni prima dell'udienza di «*comparizione*», nel corso quest'ultima il giudice gli assegnava, «*in ogni caso*», il termine per proporre le eccezioni di merito e processuali non rilevabili d'ufficio. Mi sono chiesto tante volte, in quel decennio, come avrebbe potuto proporsi una domanda riconvenzionale, avente nesso con l'eccezione, se non fosse stata prima formulata l'eccezione.

Finalmente nel 2005, ossia dopo dieci anni dalla "controriforma del 1995", nell'ambito di una politica volta ad assicurare la crescita di competitività del nostro Paese, è stata emanata la legge n. 80/05, di conversione del d.l. n.35 dello stesso anno (conosciuta appunto come legge "sulla competitività"). Quest'ultima ha ripristinato "l'alveo naturale" dell'art.180, consentendo a tale norma di ritornare, così come era stato dal 1940 al 1995, a disciplinare soltanto la «*forma della trattazione*», mentre, in quel decennio, fu costretto (come si è visto) a sopportare anche il "carico" della controriforma alla novella del 1990. La legge del 2005, nel contempo, ripristinava il *dictum* dell'art. 167, nella versione introdotta dalla l. n.353/90, abrogando, di fatto, l'«*udienza di comparizione*» e stabilendo che il convenuto deve proporre, a pena di decadenza almeno venti giorni prima dell'udienza, non solo le domande riconvenzionali, ma anche le eccezioni di merito e processuali non rilevabili d'ufficio. Così, a seguito di questo "moto pendolare", la prima udienza è uscita dal "limbo" della struttura bifasica (comparizione e prima udienza di trattazione), cui l'aveva condannata la legge del 1995, per ritornare ad essere prima udienza di trattazione.

Alle responsabilità dell'avvocatura, per il ritardo nell'applicazione del modello processuale concepito dal legislatore del 1990 (criticabile per taluni aspetti, ma condivisibile per l'affermata razionalità sulle modalità di svolgimento delle attività processuali), deve aggiungersi un atteggiamento, se non lassista, almeno (eccessivamente) permissivo da parte della giurisprudenza.

Ad esempio, è ormai *jus receptum* che, con la seconda memoria prevista dall'art. 183, le parti possano, per la prima volta, formulare istanze istruttorie e produrre documenti, mentre le prove richiedibili e la produzione consentite con l'anzidetta memoria, dovrebbero essere, esclusivamente, le prove connesse alle novità dipendenti dallo svolgimento della dialettica processuale, altrimenti occorrerebbe mettere la "sordina" agli artt. 163 e 167, ove è disposto che i mezzi di prova debbano



essere indicati in citazione e nella comparsa di risposta. Pensiamo al caso in cui Tizio citi in giudizio Caio per sentirlo condannare al pagamento di una somma di danaro, assumendo di essere suo creditore in virtù di una vendita o di altro contratto, ma non indichi, nell'atto citazione, né la prova documentale del contratto, né formuli istanze istruttorie per provare la fattispecie negoziale posta a fondamento della sua pretesa creditoria. Ebbene, riflettiamo sulla posizione di Caio. Se Caio dovesse difendersi eccependo (e dovrebbe farlo a pena di decadenza prima del secondo termine di cui all'art. 183, che abilita la parte a formulare istanze istruttorie e a produrre documenti) la compensazione, la prescrizione del credito, o l'annullabilità del contratto, finirebbe con l'ammettere il fatto costitutivo addotto dall'attore. Le conseguenze? Caio, nel dubbio circa la possibilità che Tizio possa provare l'esistenza del fatto costitutivo, dovrebbe sollevare una serie di eccezioni (ricorrendo ad "acrobazie processuali", o avvalendosi di un "prontuario delle eccezioni") del tipo: non conosco Tizio, seppure lo avessi incontrato non gli ho mai chiesto di vendermi quel bene, seppure glielo avessi chiesto il contratto non è mai stato concluso e, così via, sino alle eccezioni di prescrizione, compensazione, o di annullabilità del contratto, ovvero dovrebbe articolare le proprie difese l'una *in eventum* che la precedente fosse disattesa. Ma, se così fosse, dovremmo concludere che il modello processuale introdotto dalla novella del 1990, anziché essere ispirato a principi di razionalità, sarebbe governato da un irragionevole principio di eventualità, in quanto gravante sul solo convenuto, diversamente da quanto ha stabilito la novella del '73 per il processo del lavoro: difatti, quantunque il processo del lavoro si informi anch'esso al regime delle preclusioni, non solo il convenuto, ma, prima di lui, il ricorrente deve indicare, a pena di decadenza, i mezzi di prova. Mi sono ispirato, nell'esempio sulle ipotetiche difese di Caio, ad una garbata considerazione, che così ridicolizzava il c.d. "principio di eventualità", quando si temette che potesse trovare ospitalità nel codice del '40. La situazione immaginata era che Caio, convenuto in giudizio per il risarcimento dei danni provocati ad una pentola che gli era stata prestata, si difendesse nel seguente modo: primo l'attore non mi ha prestato niente, secondo la pentola era già rotta, terzo gliela ho restituita intera.

Penso, ancora, al recente intervento del S.C. a ss.uu., (sent. n. 22404/18), secondo il quale, riferendosi le domande di adempimento contrattuale e di indebito arricchimento alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio ed essendo attinenti al medesimo bene della vita (pretesa di contenuto patrimoniale), la domanda ex art. 2041 c.c., nel corso di un giudizio introdotto con domanda di adempimento contrattuale può essere proposta in via subordinata, non solo alla prima udienza (ovvero avvalendosi della facoltà concessa dal quinto comma dell'art.183), ma, addirittura,



con la prima memoria prevista dal sesto comma dell'art. 183, ancorché tale memoria sia destinata, per espressa disposizione, alle (sole) precisazioni e modificazioni della domanda. E, per le stesse ragioni, è stata sancita la possibilità dello *jus variandi* con la prima memoria prevista dal sesto comma dell'art.183 (ss.uu. n. 12310/2015), anche in caso di giudizio promosso con domanda ex art. 2932 c.c., potendo l'attore, successivamente, proporre domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo, allorché ritenga che il contratto fosse un contratto definitivo e non un preliminare.

Si è inflitto, in tal modo, un *vulnus* alla lettera della legge, avendo finito con l'optare per un' *interpretatio abrogans* del quinto comma dell'art. 183. Si consideri che, pur non riscontrandosi (in primo grado) un espresso divieto di *jus novum*, come quello di cui all'art. 345 per l'appello (dove sono vietate le domande nuove), questo divieto, in primo grado, può essere implicitamente desunto dal fatto che risultano specificamente ammesse per l'attore le (sole) domande e le (sole) eccezioni «*che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto*»: è quanto dispone il quinto comma dell'art.183. Ovvero domande (ed eccezioni) che sono conseguenza delle opzioni difensive del convenuto, dipendenti, pertanto, dalle novità scaturenti dallo svolgimento della dialettica processuale: in definitiva, dovrebbe essere consentito solo l'esercizio di uno *jus variandi* causalmente determinato dal convenuto e, di conseguenza, simmetrico allo stesso. Ne discende che la scelta interpretativa del Supremo Collegio, si discosta dalla rigorosa lettura dell'art. 183, secondo il quale le domande nuove dell'attore devono ritenersi precluse dopo la prima udienza: se il legislatore avesse inteso ammetterle anche con la prima memoria prevista dal sesto comma dell'art. 183, avrebbe dovuto dirlo espressamente, così come ha fatto per la prima udienza ed usando il medesimo linguaggio. Vale qui il brocardo-principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

In definitiva, il giudizio civile, grazie alla novella del 1990, può ritenersi il frutto di una razionale "ingegneria" processuale.

7. Negli "annunci" *de jure condendo*, si legge che «*non è accettabile [...], che un cittadino possa perdere la causa solo perché il suo avvocato è incorso in un errore di forma anche se nel merito ha ragione*».

Ma la forma è la modalità di esercizio delle facoltà processuali (in verità, anche la modalità di esprimere la volontà negli atti di autonomia negoziale, persino nei negozi c.d. "di attuazione", per i quali non si è mai dubitato che il compimento del comportamento attuativo sia un modo di estrinsecazione della volontà negoziale): quindi, se è esatta la mia interpretazione, il riformatore



vorrebbe ritornare al modello processuale disegnato dal codice del 1865, reintroducendo il c.d. “principio di libertà”, auspicando un giudizio sganciato da preclusioni. Ma, così, i tempi si allungherebbero, anziché accorciarsi, potendo il processo, una volta venuto meno lo sbarramento delle preclusioni, tornare ad uno stato anteriore.

Non solo. Si tenga presente che la preclusione è anche il mezzo per assicurare definitivamente il risultato del processo e, quindi, il mezzo per conferire certezza alle situazione controverse: assicurare il godimento del bene riconosciuto all’attore vincitore, o assicurare la liberazione dalla pretesa avversaria al convenuto vincitore. Questo risultato si chiama giudicato: senza incorrere in una smaccata retorica, mi limito ad osservare che la certezza dipendente dalla *res judicata*, è stata una certezza alla quale, da oltre duemila anni, non è stata individuata alcuna alternativa. Almeno questa certezza la lascino alla nostra generazione, che di certezze ne ha avuto poche!

E’, poi (almeno per quanto mi riguarda), misterioso il metodo per stabilire che, se l’avvocato non fosse stato negligente, la parte avrebbe avuto ragione «*nel merito*», se per «*merito*» s’intende il *meritum causae*, ovvero la pronuncia sull’esistenza del diritto controverso.

Venendo alla tecnica ideata per la «*rimediaibilità degli errori procedurali*», il riformatore pensa di intervenire sull’art. 121 del codice, aggiungendovi un comma dal seguente tenore: «*Quando il giudice rileva che una delle parti sia incorsa in un errore materiale che possa assumere rilevanza ai fini della decisione, adotta, nel rispetto del contraddittorio, tutti i provvedimenti ritenuti necessari per sanare la nullità*». E’ appena il caso di rilevare come il riformatore sia incorso in una (preoccupante) distrazione. Il codice, proprio, accanto al principio di tassatività delle nullità (primo comma dell’art. 156), al fine di evitare ipotesi di abnormità degli atti processuali, introdusse un temperamento a tale principio di tassatività, stabilendo anche una comminatoria delle nullità in riferimento allo scopo dell’atto, quando l’atto si discosta dal modello legale, che gli impedisce di raggiungere lo scopo cui è destinato (secondo comma dell’art. 156) e, al fine di scongiurare il fenomeno (degenerativo) del formalismo, con una “norma di chiusura”, ha disposto che la nullità non può essere mai pronunciata se l’atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato (terzo comma dell’art. 156). Il progetto di riforma finisce, così, col travolgere la distinzione, contemplata dall’art. 157, tra le nullità rilevabili d’ufficio (c.d. “assolute”) e quelle rilevabili (solo) su istanza di parte (c.d. “relative”). La riforma, *in parte qua*, postula una deriva (questa sì) in senso autoritario del codice, ove si consideri che il giudizio civile ha ad oggetto, nella sua struttura ordinaria, diritti disponibili ed il principio dispositivo, pilastro dell’intelaiatura processuale, è espressione della disponibilità del diritto dedotto in giudizio, ovvero l’elemento fondante il principio



dispositivo e, se vogliamo, il c.d. (più ampio) “principio di autoresponsabilità”, che governa il nostro agire (e non solo in sede processuale), secondo cui *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*.

Così, mentre il giudice non può non rilevare d'ufficio le nullità assolute, pena l'impossibilità di esercitare la sua (pubblica) funzione (pensiamo all'ipotesi della nullità della citazione per carenza di *petitum* o di *causa petendi*), è onere della parte eccepire le nullità ostative al pieno esercizio del suo diritto di difesa (pensiamo all'ipotesi dell'inosservanza del termine dilatorio a comparire o al mancato avvertimento previsto dal n. 7 dell'art. 163). E' quanto dispone l'art. successivo (art. 157), il quale, in linea con la ragione sulla quale riposa la contrapposizione tra le nullità assolute e quelle relative, precisa che «*soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può opporre la nullità dell'atto per la mancanza del requisito stesso*»: la norma, in sostanza, riproduce l'analoga disposizione in materia di tutela nell'ambito degli atti patrimoniali di autonomia privata, per cui solo chi ha subito la violenza, l'errore o il dolo può chiedere l'annullamento del contratto, o solo chi si trovava in uno stato di bisogno potrà chiederne la rescissione e così via. Tornando al processo, potrà, ad esempio, dolersi della prosecuzione del processo interrotto, solo la parte nei confronti della quale opera l'interruzione, ossia la parte rispetto alla quale si sia verificato l'evento interruttivo e, dunque, legittimato ad eccepire la nullità degli atti compiuti dopo l'interruzione sarà solo il soggetto nei cui confronti il processo avrebbe dovuto essere riassunto. L'impostazione, in linea col “principio di autoresponsabilità” è, a ben vedere, tesa anche ad assicurare l'imparzialità del giudice, impedendogli di rimettere in termini la parte incorsa in decadenze.

Il propugnatore della riforma chiarisca se, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale (sent. n. 335/2004), con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 287 in riferimento all'inciso «*contro le quali non sia stato proposto appello*», sia da ritenere il frutto di una svista, o se, alla luce del progetto di riforma, tale inciso deve ritenersi operante per una sorta di “costituzionalità sopravvenuta”.

Ciò posto, il progetto di riforma prevede l'ampliamento della emendabilità, da parte dello stesso giudice, di errori diversi da quelli emendabili attraverso il procedimento di correzione, ovvero quelli ascrivibili ad un errore materiale del giudice (cioè, ad una fortuita divergenza tra ragionamento e riproduzione dello stesso). La relazione sul progetto definitivo (par. n. 222) al codice “autoritario” bollò come «*pericoloso*» l'allargamento, proposto da Carnelutti (in *Progetto del codice di procedura civile*, Editore Milani, 1926) dell'istituto della correzione, teso ad estenderlo come rimedio, non solo per correggere un errore materiale della sentenza, ma anche per «*dissipare una sua oscurità, o comunque di chiarire, cioè di interpretare il pensiero del giudice*».



Quanto all'omessa pronuncia «*su una delle domande proposte dalle parti*» (n.2 del "nuovo" art. 287), temo la proposta riforma possa, al riguardo, ingenerare confusione. Nella relazione dell'on. Cataldi, viene additata, come esempio di «*omessa pronuncia*» emendabile ex art. 287, l'ipotesi che il giudice non si pronunci sulla «*domanda di garanzia*». Ma, pensiamo al caso in cui Tizio agisca in rivendica contro Caio e quest'ultimo chiami in garanzia il venditore: ebbene, se la domanda attorea viene rigettata, la domanda di garanzia (ovvero quella proposta dal convenuto-chiamante contro il venditore-chiamato) resta assorbita, non essendo divenuto attuale l'interesse del convenuto alla pronuncia sulla domanda di garanzia (perché tale interesse sia attuale occorre che il convenuto sia condannato in sede di rivendica). Opinare diversamente e, cioè, consentire alle parti di chiedere al giudice comunque di pronunciarsi, significherebbe consentire, *in subiecta materia*, la proposizione di una domanda c.d. "ipotetica", la quale può essere proposta solo ove ricorra un concreto interesse ad agire (art. 100), come nel caso del venditore che, pur assumendo che la vendita sia annullabile, chiede che, prescindendo da questo punto, il giudice pronunci la rescissione del contratto per lesione *ultra dimidium* o, ancora, nel caso del coniuge che, pur affermando che il suo matrimonio sia nullo, chiede al giudice di pronunciare la separazione personale. Nel caso del giudicato c.d. "ipotetico" (quello che si forma a seguito del giudizio introdotto con la domanda "ipotetica") è fuori discussione l'interesse della parte, ossia l'interesse alla più celere modificazione di un rapporto giuridico, indipendentemente dalla (più lunga e più difficile) indagine sulla validità del rapporto stesso. Mentre nel caso della domanda di garanzia, proposta da colui contro il quale è stata rigettata la domanda originaria, l'interesse potrebbe venire ad esistenza - come si è visto - solo nel caso in cui il soccombente (il rivendicante, nell'esempio fatto) interponesse gravame avverso la sentenza che ha rigettato la sua domanda.

In tema di emendabilità della sentenza ad opera del giudice che l'ha pronunciata, il promotore della legge di riforma si è spinto oltre, inglobando nella previsione l'omessa motivazione «*su un punto decisivo della controversia sul quale le parti hanno ampiamente argomentato anche nelle comparse conclusionali*». Sotto questo profilo, non penso che la riforma si avvii sui binari di uno snellimento del processo civile: basti pensare alle (prevedibili) difficoltà interpretative nello stabilire quando la motivazione debba considerarsi omessa. Sul punto, si richiama l'esegesi del soppresso n.5 dell'art. 360, concernente il vizio di motivazione denunciabile in Cassazione: il legislatore (nel 2012) ha preferito eliminare tale disposizione e riprodurre, nella sostanza, la formula del testo nella versione originaria del codice "autoritario". Il legislatore (nel 2012) ha fatto giustizia dell'ambiguità della formula (introdotta con la riforma del '50), stante la difficoltà di distinguere tra motivazione «*omessa*» e motivazione



«*insufficiente o contraddittoria*», dal momento che la prima ipotesi dava luogo al sospetto di una distrazione del legislatore del 1950: se l'«*omessa*» motivazione fosse intesa come assenza materiale della stessa, il vizio non avrebbe certo potuto approdare al n. 5 dell'art. 360, ma avrebbe dovuto trovare (come unica) collocazione possibile quella del n. 4 dello stesso articolo («*nullità della sentenza*»), costituendo la motivazione un elemento essenziale della decisione e la sua mancanza è destinata a determinarne la nullità, in quanto non adempirebbe alle finalità che la legge le attribuisce. Il legislatore, forse desideroso di (ri)aprire il dibattito sul punto, ha (re)introdotto una disposizione che, se aveva dato luogo a perplessità ermeneutiche in sede di legittimità, figuriamoci cosa provocherà quando, così come prevede il disegno di legge, sarà lo stesso giudice a dover decidere sulla carenza della propria attività logico-argomentativa! Il giudice, nel decidere, dovrà rispettare gli artt. 99 (principio della domanda), 112 (corrispondenza tra chiesto e pronunciato), 115 (utilizzare solo i fatti allegati e provati), 97 disp. att. (divieto di utilizzo della scienza privata) 113 (rispetto dei canoni del giudizio di diritto, quando non gli sia consentito il ricorso all'equità), 101, co.2 (principio del contraddittorio) e tener conto dell'interpretazione della legge fornita dal giudice di legittimità. Ne discende che, una volta rispettati tutti i canoni sopra indicati, persino la decisione totalmente immotivata apparirà, agli occhi del giudice, esaustiva dell'enunciazione delle ragioni del decidere. Vengono in mente le parole che *Kafka*, nel *Processo*, mette in bocca al sacerdote che nel Duomo parla al suo unico e sgomento spettatore K.: la sentenza non viene «*così all'improvviso*», ma è il processo stesso che lentamente, inesorabilmente si trasforma in sentenza. Il giudice che ha pronunciato la sentenza, ove dovesse ritenere di integrare la motivazione, lo farebbe senza smentire se stesso, pena l'ammissione di una sua (palese) superficialità nel decidere. Il pensiero va ad alcune mie esperienze professionali in cause trattate da giudici onorari, dove ho assistito a decisioni che, se dovessi definire affette da motivazione c.d. "apparente", lo farei solo per non infierire, essendosi trattato di decisioni che avrebbero dovuto comportare per il giudicante (almeno) la revoca dell'esame di diritto privato e di quello di diritto processuale civile: se costoro, in conseguenza di apposita istanza, avessero dovuto manifestare le argomentazioni fondanti la decisione, si sarebbe rischiato di assistere ad una dilatazione delle castronerie.

Non contento, il proponente aggiunge che il «*punto decisivo della controversia* [sarebbe quello] *sul quale le parti hanno ampiamente argomentato anche nelle comparse conclusionali*». Enigmatico rimane il parametro cui ragguagliare l'ampiezza, ai fini previsti dalla (emananda) norma sull'argomentazione. Quanto alla comparsa conclusionale, essa si concreta in uno scritto meramente riepilogativo delle difese svolte nell'interesse della parte assistita, tant'è che l'art.190, nel testo



novellato nel 1990, non si occupa più di determinarne il contenuto, diversamente da quanto si era curato di fare il previgente art. 190: l'omissione non è imputabile ad una sciatteria legislativa, ma al fatto che si tratta di istituti aventi ad oggetto concetti divenuti oramai patrimonio comune dell'interprete. Sarebbe, dunque, azzardato affidare la decisorietà di un punto decisivo della controversia all'argomentazione contenuta (anche) nella comparsa conclusionale e, cioè, in un atto non destinato, salvo a modificarne (dilatandola) la sua funzione, ad avere incidenza sul tema decisionale.

V'è un'ultima proposta, sulla quale vorrei soffermarmi. E' la previsione, da inserire come terzo comma dell'art. 121, in virtù della quale «*il magistrato può disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova, che ritiene indispensabili ai fini del decidere, in ordine ai quali la parte è incorsa in una decadenza*». La norma si caratterizza, non tanto per l'accentuato potere probatorio d'ufficio, quanto per il tentativo di vanificare del tutto il meccanismo delle preclusioni istruttorie, senza preservare l'imparzialità del giudice, il quale finirebbe per esercitare i suoi poteri d'iniziativa probatoria, non per vincere i dubbi istruttori residuati dopo l'assunzione delle prove indicate dai litiganti, ma per supplire alle carenze probatorie imputabili alle parti. Ebbene, pur volendo essere ottimisti e augurarsi che il giudice della legittimità non muti il più recente orientamento per tornare al precedente indirizzo nell'interpretazione dell'art. 421 (sui poteri del giudice del lavoro in materia di prova), il mancato esercizio dei poteri istruttori potrebbe essere censurabile in sede di legittimità, attraverso le "strette" dell'attuale art. 360 e non più - come era fino a qualche anno fa - attraverso l'"autostrada" del soppresso n.5 dell'art. 360. Né la violazione di legge (n.3 dell'art. 360) potrebbe essere d'ausilio, dal momento che le ss.uu. hanno chiarito che essa, in tema di esercizio di poteri probatori ufficiosi, è ravvisabile allorquando il giudice abbia esercitato i poteri istruttori sulla base del proprio sapere privato, con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale, come, ad esempio, nel caso in cui i fatti siano emersi nel corso dell'interrogatorio libero delle parti.

8. Se dovessi dare un consiglio a colui il quale si appresti a svolgere il ruolo di riformatore del processo civile, consiglieri di seguire la trama della relazione ministeriale di cui sopra.

Dimenticavo. Qualcuno ha rilevato che l'allungamento dei tempi processuali coincide con la data del 21.04.1942, data di entrata in vigore del codice, attribuendone, in tal modo, la colpa a quest'ultimo. Questo perché, nel decennio 1929-38, il 6,98% delle sentenze dei tribunali veniva emesso in un mese, il 18,34% in tre mesi e il 38,88% in sei mesi e che, dall'entrata in vigore del codice, la durata media del processo civile sarebbe aumentata dai 237 giorni del 1941 ai 450 del 1947 (mancano i dati statici nel



periodo 1942-46). Mi chiedo, e chiedo al (paziente) lettore, se aumenta le vendite degli occhiali da vista, significa che è aumentato il numero delle persone con difetti di vista o, potrebbe significare che è aumentato il numero delle persone che legge? O entrambe le cause? Di sicuro non è stato fatto buon governo del dato statistico, le cui risultanze, scaturite dalla valutazione di dati non confrontabili perché acquisiti durante la vigenza di regimi politici incommensurabili quali quello democratico repubblicano e quello totalitario fascista, non tengono conto (verosimilmente) del fatto che, sino al 1941, il numero dei cittadini che adiva la magistratura sarà stato inferiore, anche per scetticismo e paura, rispetto a quello rilevato dopo la fine della guerra. Scetticismo, perché il fascismo (ricordiamocelo) sottopose i giudici al controllo dell'esecutivo, avendo il r.d. n. 2786/1923 abolito l'elettività del Consiglio Superiore della Magistratura, i cui componenti vennero nominati direttamente dal Ministro di grazia e giustizia. Paura, perché (come è agevole dedurre) chi sfoggiava i pantaloni alla zuava e un fregio della daga sulla bustina difficilmente sarebbe stato citato in giudizio.

Poi, nel 1947 il processo di primo grado durava 450 giorni (a proposito, sottoscriverei - e controfirmerei - una durata del genere), pur non disponendo i giudici degli attuali mezzi per le ricerche dottrinarie e, soprattutto, giurisprudenziali (chi è della mia generazione ricorda quanto fosse faticoso la ricerca cartacea, che muoveva i passi dal *Dizionario bibliografico*, un testo ormai scomparso persino dalle biblioteche): è, pertanto, legittimo chiedersi se l'insopportabile allungamento dei tempi del processo possa (eventualmente) dipendere dal fatto che, all'aumentata domanda di giustizia, non abbia costituito un adeguato contrappeso l'aumento del numero degli addetti ai lavori, né gli interventi con finalità deflattiva, tra i quali l'ampliamento delle competenze della Magistratura onoraria (sostituendo il conciliatore col giudice di pace) e le procedure conciliative, procedure che, anziché trovare la soluzione ed "incartarla" in documenti costituenti titolo esecutivo, si sono risolte in una (ulteriore) concessione al gusto demagogico.

Mi accingevo a chiudere questa nota, quando ho appreso che, secondo i dati *Cepej - European Commission for the Efficiency of Justice*, la media dei giudici professionali in Europa è pari a 21 per centomila abitanti, mentre in Italia è pari a 11,4 per centomila abitanti e che i ritardi (eccessivi) nell'amministrazione della giustizia civile non sarebbero omogenei su tutto il territorio nazionale, ma si registrerebbe un sovraccarico di lavoro specialmente in alcuni uffici del Mezzogiorno, vuoi per la tipologia del contenzioso, tipica delle aree depresse, tra i quali il contenzioso in materia previdenziale, appannaggio - aggiungo io - dei legali ammannigliati con gli istituti (che avrebbero dovuto essere) a difesa e tutela dei lavoratori, vuoi per la presenza di un maggior numero di avvocati, dovuta al fatto che,



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

in queste aree (io vi abito), la professione forense è lo sbocco lavorativo più “semplice” per i laureati in giurisprudenza, lasciando intendere che il volume del contenzioso si ponga in (ineludibile) relazione col numero degli avvocati. Può darsi. Ma, questa, è un’altra storia!