



GIULIANO SCARSELLI

Note critiche sul disegno di legge delega di riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 dicembre 2019

Premessa

1. Il Consiglio dei Ministri ha approvato in data 5 dicembre 2019 un disegno di legge delega intitolato “Schema di 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”.

Il disegno di legge è stato presentato in questi giorni al Senato per la discussione al n. 1662, e dunque, ancora una volta, il processo civile si fa argomento di grande attualità.

Il disegno riformatore interessa un po’ tutti gli aspetti del processo civile: dalla mediazione alla negoziazione assistita, dal giudizio di primo grado dinanzi al giudice monocratico a quello dinanzi al collegio, dal giudice di pace all’appello, dall’esecuzione allo scioglimento di comunioni, e non mancano novità assolute, quale quelle del c.d. avvocato istruttore.

Poiché non condivido, se non in qualche minima parte, questa riforma, e poiché non ritengo, contrariamente a quanto si afferma nella relazione illustrativa, che questi interventi possano avere una ripercussione sulla speditezza dei giudizi e incidere positivamente sulla loro durata, pongo a tutti queste mie riflessioni critiche.

Preliminarmente mi corre l’obbligo, ancora una volta, di ricordare che la durata dei processi civili non dipende da riforme procedurali, bensì, solo e soltanto, dal rapporto tra domanda di giustizia e offerta di giustizia.

Si tratta di un fatto evidente, che da anni e da più parti viene affermato, e che io ho trattato in particolar modo nel mio volume *Per un ritorno al passato*.

Per l’esattezza, a fronte di un certo numero di domande di giustizia da parte dei cittadini, lo Stato deve organizzare una offerta di giustizia adeguata se vuole contenere in modo ragionevole i tempi dei processi.

Al contrario, se l’offerta di giustizia non è adeguata alla domanda, è evidente che i processi durano un tempo non ragionevole, e a niente serve modificare in tal contesto le regole processuali.

Peraltro, da osservare che tutte le riforme processuali di questi anni hanno cercato di incidere su questo rapporto contenendo le domande, non ampliando l’offerta, e ciò per la semplice ragione che contenere le domande non costa niente, mentre migliorare l’offerta di giustizia ha dei costi; e le riforme, ad oggi, si sono sempre volute fare, come questa, a costo zero (v. art. 15 del disegno di legge).

Con piacere sottolineo che queste tesi sono oggi elaborate e dimostrate con dovizia di dati da un ex magistrato, Marco Modena, in un volume intitolato *Giustizia civile, Le ragioni di una crisi*, ove l’autore sottolinea la necessità di un ritorno ad un approccio tradizionale, secondo il quale la crisi della giustizia civile dipende dall’insufficienza delle risorse, soprattutto umane, che non possono essere sopperite né dalla modificazione delle regole processuali, né da una idea, ritenuta neo liberista, secondo la quale tutto si risolve con un’organizzazione di tipo aziendale da parte del giudice.

Se le cose stanno in questi termini, è fuori luogo che si voglia, di nuovo, modificare le regole del processo nell’illusione che ciò possa comportare una speditezza dei processi, perché non è modificando le regole processuali (peraltro in contrasto con il giusto processo di cui all’art. 111 Cost. che reclama al contrario la stabilità delle regole) che si riducono i tempi.



Esporrò le novità unitamente alle osservazioni, dal che, in una certa misura, presuppongo che il lettore già conosca il testo del disegno di legge.

Sulla soppressione dell'atto di citazione

2. La prima importante riforma di questo disegno di legge è quella di sopprimere l'atto di citazione e di far sì che tutti i processi si introducano con ricorso.

L'art. 3 prevede infatti in generale “che l'atto introduttivo abbia la forma del ricorso”, e l'art. 6, specificatamente dedicato al giudizio di appello, prevede altresì che “conformemente alla modifica della disciplina dell'atto introduttivo di primo grado, (sia dato) il ricorso come atto introduttivo del giudizio di appello”.

Sulla soppressione dell'atto di citazione ho già scritto in questa rivista e posso così semplicemente rinviare a quelle osservazioni.

Ribadisco che, a mio parere, la soppressione della citazione non è da condividere, e ciò per due diverse ragioni.

2.1. In primo luogo perché, per risolvere i problemi della convivenza dei due diversi atti introduttivi del giudizio, non v'è bisogno di sopprimere l'atto di citazione ma basta introdurre una disposizione di legge in base alla quale gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono indifferentemente o dalla notificazione della citazione oppure dal deposito del ricorso, un po' come si determina la prevenzione della lite ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 39 c.p.c.

Una riforma del genere consente di superare ogni problema, evitando al tempo stesso la rivoluzione del sistema conseguente alla soppressione dell'atto di citazione.

La soppressione dell'atto di citazione avrebbe infatti pesanti ripercussioni su tutto il codice di procedura civile.

Se si sopprime la citazione si devono poi riscrivere tutte le norme che fanno riferimento all'atto di citazione, sostituendole con nuove disposizioni coerenti con la scelta di far introdurre i processi con ricorso; se si sopprime l'atto di citazione viene meno in conseguenza la denominazione di attore per la parte che chiede giustizia e di convenuto per la parte che si difende, poiché senza citazione non v'è un soggetto che chiama ne' altro che viene chiamato, e si devono allora ritoccare tutte le disposizioni che fanno riferimento all'attore e al convenuto; ed ancora, se si sopprime l'atto di citazione viene meno l'art. 164 c.p.c. che regola espressamente la nullità della citazione e che fu norma assai studiata dalla nostra processualistica anteriore alla riforma del '90.

Gli esempi potrebbero continuare.

Ovviamente a tutte queste conseguenze non ha provveduto il disegno di legge delega, che per questi aspetti ha genericamente rinviato al momento della stesura dei decreti legislativi (art. 14); tuttavia è chiaro che non si tratta di interventi di poco conto, poiché, avendo rappresentato fino ad oggi la citazione un momento centrale delle dinamiche del processo civile, il suo venir meno necessiterebbe la riscrittura e la riequilibratura di una serie numerosissima di articoli del codice di procedura civile.

2.2. In secondo luogo il sistema attuale merita difesa perché la soppressione della citazione in favore del ricorso, più che dovuta da ragioni tecniche (che potevano, come detto, essere risolte in altro, più semplice, modo), sembra voluta da sottese ragioni politiche, che appaiono essere quelle di rendere il più possibile autoritario il sistema giustizia, e quindi anche il processo civile.

Al riguardo sottolineo che il diverso percorso che si ha nell'introdurre un processo con atto di citazione piuttosto che con ricorso non costituisce momento neutro ma ha invece un significato, perché, par evidente, se la parte si rivolge in primo luogo alla controparte invitandola in giudizio ad una data che egli fissa (atto di citazione), lì evidentemente il processo è incentrato in senso privatistico sulla volontà delle parti; mentre se la parte per introdurre una lite deve per primo rivolgersi al giudice, ed è questi al contrario che stabilisce quando il processo debba avere inizio e quando la controparte possa avere conoscenza dell'esistenza del giudizio (ricorso), va da sé che la concezione del processo è in quel diverso caso incentrata invece sul giudice in senso pubblicistico.

La citazione rappresenta dunque un principio di libertà, e l'abolizione della citazione contiene conseguentemente un messaggio, che è quello che il processo civile non è, ne' deve essere, nella disponibilità delle parti.



Si vuole, in sostanza, sradicare quella libertà, della quale l'atto di citazione è memoria storica, sul presupposto errato che sia quella libertà ad allungare i tempi del processo e a pregiudicarne l'efficienza.

Difendere la citazione significa allora opporsi a questa concezione, significa difendere una tradizione storica che, con piccole sfumature, è esistita con continuità fin dai tempi delle XII Tavole ed ha resistito anche al fascismo, nonostante anche in quegli anni taluni reclamassero il ricorso quale strumento più idoneo alla visione (anche allora autoritaria) del processo civile.

Enrico Caberlotto, nella sua voce di fine ottocento contenuta nel Digesto, e dedicata all'atto di citazione, scriveva che anche "senza risalire alla pretesa origine divina della citazione, è certo però che questa è antica quanto antico è il giudizio".

Difendere la citazione significa allora anche difendere noi stessi.

Sul giudizio di cognizione in primo grado

3. Per comprendere poi l'inconsistenza degli interventi riformatori che si vogliono per il processo di primo grado, credo che niente sia più illuminante che semplicemente mettere a confronto il sistema attuale con quello che discenderebbe dalla riforma.

3.1. Precisamente, i punti da raffrontare sono i seguenti:

a) oggi l'attore, nell'introdurre il processo con atto di citazione, deve dare al convenuto termine minimo a difesa di 90 giorni e il convenuto si deve costituire 20 giorni prima del giorno indicato in citazione quale giorno di prima udienza; dunque il convenuto ha almeno 70 giorni per difendersi, 70 giorni che possono anche aumentare se l'attore chiama in giudizio il convenuto ad una udienza oltre i 90 giorni, o se l'ufficio smista la prima udienza ex art. 168 bis c.p.c. a più di 90 giorni.

Con la riforma, a seguito del deposito del ricorso, il giudice deve fissare la prima udienza non oltre 120 giorni e il convenuto si deve costituire 40 giorni prima dell'udienza; dunque il convenuto ha 80 giorni per difendersi, salvo che il giudice fissi la prima udienza prima dei 120 giorni, nel qual caso i termini a difesa del convenuto si riducono, e possono ridursi fino a 40 giorni, considerato che in ogni caso il giudice non può fissare la prima udienza prima di 80 giorni dal deposito del ricorso (art. 3, punto 2).

Se si tiene conto di ciò, si vede come la fase introduttiva del giudizio resta, con insignificanti variazioni, del tutto eguale, sia in ordine alla fissazione della prima udienza (che anzi con la riforma si ha normalmente a 120 giorni contro i 90 giorni di oggi) sia con riferimento ai termini di difesa del convenuto (che anzi con la riforma possono ridursi fino a 40 giorni mentre oggi il convenuto ha senz'altro almeno 70 giorni a difesa).

Il giudice ha una certa discrezionalità nel fissare la prima udienza, ma anche oggi il giudice ha questa discrezionalità se si tiene conto dell'art. 168 bis, 5° comma c.p.c.

b) Le preclusioni per il convenuto restano invariate rispetto a quelle attualmente fissate nell'art. 167 c.p.c.

Anche in base al n. 3 dell'art. 3 il convenuto deve, a pena di decadenza, con la comparsa di costituzione e risposta, sollevare le eventuali domande riconvenzionali, le eccezioni non rilevabili d'ufficio e la chiamata del terzo in causa.

c) La chiamata del terzo in causa da parte del convenuto, poi, sembra restare invariata anche con riferimento alle regole procedurali per convenire in concreto il terzo al giudizio.

Seppur la disposizione non sia chiara come gli attuali artt. 167 e 269 c.p.c., il n. 4 dell'art. 3 prevede che, se il convenuto intende chiamare un terzo in causa, il giudice deve rinviare la prima udienza.

L'unica differenza appare questa: mentre nel sistema attuale è un diritto del convenuto chiamare il terzo in causa in base al combinato disposto degli artt. 167 e 269 c.p.c., con la riforma sembra che la chiamata, anche da parte del convenuto, sia subordinata ad un'autorizzazione del giudice (dice la norma "o dell'udienza fissata dal giudice che ha autorizzato la chiamata in causa"), autorizzazione che attualmente si ha solo con riferimento alla chiamata del terzo da parte dell'attore.

Con la riforma, così, il convenuto perde il diritto alla chiamata del terzo in causa, che si trasforma in un potere rimesso alla discrezionalità del giudice.



d) L'attore, nel sistema attuale, può proporre eccezioni, domande riconvenzionali o chiamare terzi in causa nell'udienza ex art. 183 c.p.c. se l'esigenza sorge dalle difese del convenuto.

Con la riforma l'attore può fare le medesime cose con una memoria da depositare a pena di decadenza entro 20 giorni prima dell'udienza ai sensi del n. 4 dell'art. 3.

Non cambia niente per l'attore: nel sistema attuale il convenuto si costituisce 20 giorni prima dell'udienza e l'attore replica in udienza, quindi dopo 20 giorni; con la riforma il convenuto si costituisce 40 giorni prima dell'udienza e l'attore replica 20 giorni prima dell'udienza, quindi sempre dopo 20 giorni rispetto alla presa di posizione del convenuto.

e) Ai sensi del n. 5 dell'art. 3, inoltre, è consentito al convenuto e al terzo precisare e modificare le domande in conseguenza delle domande e alle eccezioni delle altre parti, ma eguale facoltà non è riconosciuta più all'attore, che non compare nella dizione del n. 5 dell'art. 3.

Dunque, l'attore, rispetto al sistema attuale, perde il diritto alla c.d. emendatio libelli, che viceversa resta mantenuto per il convenuto e il terzo, a condizione comunque sia giustificata dalle domande e dalle eccezioni proposte dalle altre parti.

f) Quanto alla richiesta dei mezzi di prova, direi che, di nuovo, niente cambia, se non l'esclusione della prima memoria ex art. 186, 6° comma, per via del fatto che è già ricompresa nel n. 5 dell'art. 3.

Infatti il n. 6 dell'art. 3 prevede che tutte le parti abbiano diritto ad una prima memoria a 30 giorni per la prova diretta ed una seconda memoria dopo 20 giorni per la prova contraria.

Esattamente quanto già prevede il 6° comma dell'art. 183 nn. 2 e 3 c.p.c.

g) Si arriva, così, alla fase decisionale del processo.

Attualmente, la fase decisionale può darsi ai sensi degli artt. 189 e 190, con il deposito, dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni, di due memorie conclusive, una a 60 giorni, l'altra dopo successivi 20 giorni; altrimenti davanti al giudice monocratico la fase decisionale può avvenire anche nei modi semplificati di cui all'art. 281 sexies c.p.c.

La riforma adotta un sistema misto e prevede che, mantenuta l'udienza di precisazione delle conclusioni, venga fissata una udienza di discussione, che faccia comunque salve, a richiesta delle parti, le comparse conclusionali e di replica, che infatti potranno depositarsi una 40 giorni prima dell'udienza, l'altra 10 giorni prima dell'udienza. Il giudice, a chiusura dell'udienza, legge il dispositivo e le ragioni della decisione.

Si comprende come anche questa riforma lasci le cose sostanzialmente invariate: i termini della decisione dipenderanno dal giudice, e non certo dalla modifica delle norme processuali, ovvero dipenderanno da quando il giudice potrà fissare l'udienza di precisazione delle conclusioni in base al suo carico di lavoro; l'udienza di discussione non servirà a nulla se le parti, prima di esse, depositano due atti scritti; la decisione in udienza del giudice, infine, renderà l'udienza di discussione oltremodo inutile perché è evidente che se il giudice deve leggere in udienza la sentenza, questa sarà scritta prima dell'udienza, e quindi a prescindere dalla discussione orale degli avvocati; paradossale è poi che il giudice debba leggere non solo il dispositivo, ma anche "le ragioni della decisione" (art. 3 n. 2 c).

3.2. In estrema sintesi, v'è da chiedersi se una riforma del genere abbia un senso e quali siano i vantaggi che discenderebbero da essa rispetto al sistema attuale.

Soprattutto, v'è da chiedersi come si possa asserire, così come si legge nella relazione accompagnatoria della riforma, che queste novità soddisfino l'obiettivo della "speditezza" addirittura in stretta connessione con quello della "competitività del Paese".

Credo si debba invece asserire che il sistema che si intende introdurre ha poche ed insignificanti differenze con quello attuale, sicuramente non tali da incidere sui tempi del processo, e certamente non tali da interferire con la c.d. competitività del Paese; e solo, se si vuole, presentano due piccole, peraltro non condivisibili, modificazioni, che consistono nel fatto che l'attore non può più usufruire dell'emendatio libelli e il convenuto deve chiedere autorizzazione al giudice per chiamare un terzo in causa.



Inoltre, l'errore di queste disposizioni è di non aver considerato che le parti possono fare scelte processuali in grado di compromettere i passaggi e le tempistiche che il disegno riformatore ha immaginato.

In particolare mi riferisco alla circostanza che il convenuto, se non ha la necessità di proporre eccezioni non rilevabili d'ufficio, domande riconvenzionali o chiamate di terzi in causa, può benissimo costituirsi anche in udienza. Oggi ciò non crea alcun problema, perché i diritti consequenziali dell'attore si hanno in udienza, ma con la riforma, nelle ipotesi nelle quali il convenuto si dovesse costituire nella stessa udienza e non 40 giorni avanti, non si capisce più cosa debba succedere, visto che i consequenziali diritti dell'attore e delle altre parti sono considerati dando per scontata la costituzione del convenuto a 40 giorni dall'udienza.

Problemi analoghi sussistono nella fase decisoria.

Anche qui il giudice deve fissare l'udienza di precisazione delle conclusioni e discussione della causa senza previamente sapere se le parti presenteranno, anche in tale udienza, domanda per chiedere sia fissata altra udienza con termine non superiore a 40 giorni per il deposito di note difensive (v. infatti ancora art. 3, lettera c1: "discussione orale nel corso della medesima udienza o, su istanza di parte, fissi altra udienza per la discussione").

Il disegno di legge non precisa che la richiesta di rinvio deve essere fatta prima dell'udienza, dal che le parti potranno benissimo presentare detta richiesta anche in udienza.

E' evidente che per il giudice ciò sarà fonte di confusione: chiedo se sia logico che il giudice debba essere pronto a rendere e leggere una sentenza in una udienza nella quale le parti possono semplicemente chiedere rinvio per depositare delle note.

Nel dubbio, il giudice fisserà l'udienza di discussione in tempi lunghi e non preparerà la sentenza se non abbia certezza che il rinvio non vi sarà.

Ma questo allungherà i tempi di definizione del giudizio, non li abbrevierà.

Sul giudizio di appello

4. Anche le modifiche immaginate per il giudizio di appello consistono in novità che, oltre ad essere di scarso rilievo, non appaiono condivisibili, ne' in grado di incidere sui tempi del processo.

Unica eccezione, a mio parere, va fatta per l'abolizione degli artt. 348 bis e ter c.p.c., che è al contrario proposta da condividere, e che tuttavia non è stata fatta per assicurare in modo pieno alle parti il diritto all'appello bensì per agevolare il lavoro della cassazione.

Si legge infatti nella relazione illustrativa che quelle disposizioni avevano creato "un'ulteriore ipotesi di ricorso in cassazione, all'interno del medesimo giudizio, sicché la complessiva valutazione dell'istituto in termini costi/benefici appare negativa".

Si usa proprio l'espressione costi/benefici, come è stato fatto per la TAV Torino – Lione, e la cosa rende superfluo ogni ulteriore commento.

Questi invece i punti da sottolineare:

a) quanto all'introduzione del giudizio non cambia molto, visto che la riforma prevede che la prima udienza sia fissata in "congruo termine".

Il congruo termine, evidentemente, sarà, come oggi, determinato dal carico di lavoro delle singole Corti, e l'art. 6, lettera a) non è così certamente in grado di ridurre i tempi del giudizio.

b) L'appellato, poi, continuerà a costituirsi venti giorni prima dell'udienza, esattamente come adesso, e, sempre come adesso, dovrà, a pena di decadenza, proporre in tale atto l'eventuale appello incidentale, nonché, facendo propria una parte degli orientamenti giurisprudenziali, anche le questioni assorbite sulle quali il giudice di primo grado non abbia provveduto, che devono essere fatte valere con la prima comparsa di costituzione al pari delle impugnazioni incidentali.

c) Si prevede, invece, quale cosa nuova, che l'improcedibilità dell'appello o l'estinzione dell'appello siano decisi con ordinanza e non più con sentenza.

Si dice nella relazione illustrativa che la scelta è giustificata dalla circostanza che in questi casi si tratta solo di "verificare i presupposti di legge"; ma, in verità, il punto è verificare se i presupposti di legge sono controversi o meno fra le parti, poiché, se sono controversi, va da sé che la forma dell'ordinanza non sembra idonea, anche



perché in questi casi va assicurato il diritto del soccombente al ricorso per cassazione, che a questo punto dovrebbe ammettersi ai sensi dell'art. 111 Cost. quale ricorso straordinario, e non più ai sensi dell'art. 360 c.p.c. quale ricorso ordinario.

d) La fase decisoria è analoga a quella del primo grado con questa differenza: mentre in primo grado l'alternativa tra una udienza di discussione pura e semplice ed una udienza di discussione che segua il deposito di memorie conclusive è rimessa alle parti, nel caso di appello la scelta è rimessa al giudice (v. punto 2, sempre lettera e), dal che il sistema rischia di non essere a tenuta con l'art. 24 Cost., poiché esclude all'appellante la replica scritta alle difese dell'appellato e all'appellato una precisazione scritta delle proprie posizioni prima che i giudici provvedano a decidere l'impugnazione.

Il diritto di replica è riconosciuto all'appellante in forma scritta solo se l'appellato spiega impugnazione incidentale, ma non negli altri casi, e ciò lo si ricava agevolmente dall'art. 6, punti 1 e 3 della lettera e).

A mio parere v'è da ritenere che il diritto alla replica scritta debba invece sempre essere assicurato, visto che la replica non può proficuamente svolgersi nella discussione orale, poiché, oltre al fatto che le cause complesse non possono quasi mai proficuamente dibattersi in forma orale, la circostanza che alla fine dell'udienza i giudici debbano leggere la sentenza fa sì che questi, inevitabilmente, la debbano anche preparare prima, e quindi a prescindere dalla discussione orale degli avvocati; dal che, appunto, il diritto di replica non può essere relegato al solo momento della discussione orale in udienza.

e) Anche le novità poste all'inibitoria ex art. 6, lettera f) sembrano nebuloze.

L'inibitoria si è sempre basata sul *fumus boni iuris* dell'impugnazione, ovvero sul rilievo che l'impugnazione abbia probabilità di essere accolta.

Oggi con la lettera f) si dice che questo non basta poiché il giudice può concedere l'inibitoria solo se l'appello è "manifestamente fondato".

Delle due l'una: ea) o i giudici riterranno irrilevante questa novità e continueranno a considerare equivalente l'appello probabilmente fondato con l'appello manifestamente fondato; eb) oppure, se veramente si dovrà dar vita a questa nuova contrapposizione, non si vede perché anche solo l'appello probabilmente fondato non possa ottenere la misura provvisoria dell'inibitoria.

Ed infatti, nella misura in cui un appello per essere accolto con sentenza non ha bisogno di essere manifestamente fondato ma basta sia fondato, non si capisce come mai il primo requisito, non richiesto per la definizione del giudizio, debba invece sussistere per l'accoglimento della misura provvisoria.

E tutto, allora, ancora una volta, sembra solo finalizzato a scoraggiare le parti, al fine di evitare che questi possano esercitare quello che è invece un loro diritto, ovvero chiedere alla Corte di appello l'inibitoria della provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado.

f) Si prevede, ancora, che l'inibitoria possa essere chiesta una seconda volta, ma solo per fatti sopravvenuti, e solo assumendosi il rischio di una sanzione fino ad 40.000,00 a prescindere dal valore della controversia (art. 6, lettera f3).

Su ciò rinvio a questo esposto sulle sanzioni.

Sull'avvocato istruttore, e più in generale sulla funzione che l'avvocato deve avere nel processo

5. L'art. 2, lettere g) e h) prevedono poi la figura dell'avvocato istruttore, ovvero dell'avvocato che, nell'ambito della negoziazioni assistita, "può acquisire dichiarazioni da parte di terzi" (prova testimoniale) e "dichiarazioni per iscritto, ai fini dell'art. 2735 c.c., della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente" (interrogatorio).

5.1. Ora, l'idea dell'avvocato istruttore appare del tutto bizzarra per una serie di rilievi.

a) In primo luogo l'idea dell'avvocato istruttore è in contrasto con il codice di procedura civile, che prevede che istruttore sia il giudice, non l'avvocato.



Il giudice istruttore è infatti colui che guida il processo di primo grado, secondo (praticamente) tutte le disposizioni che, fin dal 1940, anno di promulgazione del codice, regolano l'attività istruttoria nel nostro codice di rito.

A titolo di esempio si ricordano gli artt. 168 bis, 169, 174, 175, 176, 177, 178, 182, 183, 184, 185, 186, 186 bis, 186 ter, 186 quater, 187, 188, 189 c.p.c. che fanno tutte riferimento al "giudice istruttore".

Nel nostro sistema, dunque, l'istruttore è il giudice, non l'avvocato.

b) Inoltre l'idea dell'avvocato istruttore è in contrasto anche con la legge professionale forense, poiché in base ad essa, e secondo tradizione risalente, l'avvocato è il difensore di una delle parti, non l'istruttore dei fatti controversi.

Recita in proposito l'art. 2 della legge professionale 31 dicembre 2012 n. 247 che "l'avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge le attività di cui al comma 5 e 6". Comma 5: "Assistenza, rappresentanza e difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali". Comma 6: "Consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale".

Questo, da sempre, è l'avvocato.

c) Soprattutto l'idea dell'avvocato istruttore è in contrasto con la carta costituzionale, ed in particolare con l'art. 102 Cost.

Ed infatti, nella misura in cui l'istruzione di fatti controversi è pacificamente da considerare come attività giurisdizionale, e nella misura in cui l'attività giurisdizionale è tassativamente affidata alla sola autorità giudiziaria ordinaria ai sensi dell'art. 102 Cost., va da sé, e costituisce semplicissimo sillogismo aristotelico, che affidare agli avvocati attività di istruzione di fatti controversia ai fini giudiziali, e quindi attività da ricomprendersi nel concetto di attività giurisdizione, è incostituzionale per contrasto con l'art. 102 Cost., disposizione in base alla quale solo i giudici ordinari, e nei limiti e con le garanzie fissate dalla costituzione e dalle leggi, possono svolgere attività giurisdizionale.

d) E, infine, è evidente che l'attività 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 nel codice di rito; anche perché, par evidente, mentre il giudice assume le prove nell'interesse della verità dei fatti, l'avvocato può tendere ad assumere le medesime prove nell'interesse del solo suo assistito.

E il rischio è allora quello che questa novità, pensata sempre e solo nell'ottica di un presunto risparmio di tempo, porti invece soltanto allo scadimento dell'accertamento della verità dei fatti, e con esso, quindi, inevitabilmente, anche allo scadimento della correttezza, della fondatezza e dell'equità della decisione.

La conseguenza ancora ulteriore, così, sarebbe quella che la novità dell'avvocato istruttore si porrebbe in contrasto con la costituzione non solo sotto il profilo dell'art. 102, bensì anche sotto quello degli artt. 3 e 24 Cost.

5.2. Ciò premesso, l'idea dell'avvocato istruttore è poi anche di difficilissima attuazione.

Precisamente, stando all'art. 2 lettera g) l'attività istruttoria deve essere posta in essere "nel rispetto del principio del contraddittorio e con la necessaria partecipazione di tutti gli avvocati", e l'art. 2, lettera h) asserisce altresì che "il compimento di abusi nell'attività di acquisizione delle dichiarazioni costituisce per l'avvocato grave illecito disciplinare".

Dal che, comunque si voglia poi regolare la materia, qualcosa non funzionerà.

Ed infatti, se l'avvocato resterà libero di non partecipare all'attività istruttoria voluta dalla controparte, assai difficilmente questa avrà luogo, poiché assai difficilmente gli avvocati si troveranno d'accordo nel procedere all'assunzione di prove di fatti controversi.

Ed inoltre, se si pensa che il disegno di legge assicura altresì ai terzi "la possibilità di non rendere dichiarazioni", va da sé che il meccanismo non funzionerà praticamente mai.

Al contrario, se si prevedrà che l'avvocato non possa sottrarsi alla richiesta dell'avvocato avversario di procedere a sentire dei terzi o la controparte pena il "compimento di abuso"; lì in verità l'abuso lo commetterà la legge, obbligando il difensore a tenere un certo comportamento in contrasto con il principio di libertà dell'esercizio del diritto alla difesa.

La legge non può obbligare l'avvocato a tenere certi comportamenti e lo Stato non può pretendere di trasformare l'avvocato da difensore di una parte a soggetto avente altra, e non ben identificata, natura.



5.3. Voglio qui sottolineare, così, un tema che ritengo essenziale, e che mi sembra sia stato invece trascurato nei dibattiti avutisi: il tema è quello della natura e della funzione dell'avvocato, che questa riforma pretende di mutare.

Gli avvocati non si devono imbarazzare ad essere i difensori delle parti, ma devono, tutto al contrario, difendere questa loro identità, e devono asserire che la giustizia non potrebbe funzionare, o funzionerebbe molto peggio, senza la loro presenza, e senza qualcuno che, da un punto di vista tecnico, faccia nel processo solo e soltanto gli interessi della parte che assiste, seppur evidentemente nel rispetto della legge e della deontologia professionale.

Devo, al proposito, ricordare ancora una volta Piero Calamandrei.

Diceva Calamandrei che lo Stato, con il processo civile, non celebra solo l'interesse pubblico ad una sentenza giusta, ma anche l'interesse privato ad una sentenza favorevole.

Il giudice, secondo Calamandrei, deve assicurare il rispetto delle regole e impedire che il processo civile si trasformi in un caos, ma al tempo stesso non può pretendere di trovare nell'avvocato un suo simile, né pensare che le parti abbiano il dovere di collaborare con lui alla realizzazione degli interessi generali.

Ed anzi l'ordinamento può rendere corretta giustizia proprio e solo perché al giudice che pensa all'interesse generale si contrappongano le parti che perseguono gli interessi personali, prospettando al giudice quelle questioni e quei rilievi che magari il giudice, nel freddo distacco del suo ruolo *super partes*, non riuscirebbe a vedere.

Questo deve rimanere l'avvocato, altrimenti la sua figura rischia di scomparire e con essa anche il giusto processo.

E, nel svolgere questo ruolo, l'avvocato non può farsi anche istruttore dei fatti controversi, perché non può sdoppiare la sua natura, e non può, al tempo stesso e nel medesimo processo, fare il difensore e l'istruttore, attività quest'ultima da sempre ricondotta alle funzioni del giudice.

Poiché v'è oggi una tendenza a mortificare il lavoro dell'avvocato e a ritenere che il processo meglio e più celermente funzionerebbe senza di lui, e poiché anche in questo disegno di legge io intravedo, nello spirito che lo anima e in talune disposizioni che lo regolano, l'intenzione di ridurre e snaturare il ruolo del difensore, dobbiamo tutti sentirci in dovere di difendere quel ruolo e quella istituzione.

Sia dunque bocciata l'idea dell'avvocato istruttore, e non si facciano tentare gli avvocati dal punto 4 dell'art. 2 circa l'ipotesi di "una maggiorazione del compenso" da elargire in quei casi, poiché senz'altro questo aumento del compenso non ci sarà, e ogni possibile, presunta maggiorazione di compenso (il termine onorario è sparito) dovuto all'attività di istruttoria stragiudiziale, sarà evidentemente compensata con la diminuzione del medesimo compenso dovuto alla consequenziale ridotta attività istruttoria giudiziale.

Sulle sanzioni

6. Infine, un commento a sé merita il tema delle c.d. sanzioni.

Sussiste da un po' di tempo una logica secondo la quale la parte può essere punita con una sanzione pecuniaria se l'iniziativa processuale che assume è da considerare abusiva, oppure illegittima, o comunque defatigatoria.

Questa logica, già fatta propria da precedenti leggi, è oggi condivisa ed ampliata con questa riforma.

In particolar modo faccio riferimento all'art. 13 della riforma, che prevede siano introdotte nuove specifiche sanzioni a favore della cassa delle ammende in ipotesi di responsabilità aggravata, ed inoltre introdotte sanzioni pecuniarie nei casi di rifiuto non giustificato di consentire l'ispezione prevista dall'art. 118 c.p.c. o di provvedere all'esibizione dei documenti ai sensi dell'art. 210 c.p.c.

In tema di appello, inoltre, l'art. 6, f) 3, prevede che in caso di riproposizione dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, qualora l'istanza venga dichiarata inammissibile o manifestamente infondata, la parte può essere condannata con ordinanza non impugnabile ad una pena pecuniaria fino a quattro volte nel massimo quella già prevista ai sensi dell'art. 283, 2° comma c.p.c., ovvero fino ad € 40.000,00.

Queste sanzioni vanno a sommarsi a quelle già esistenti dell'art. 283, 2° comma c.p.c., nonché a quelle di cui all'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 deve pagare il contributo unificato una seconda volta.

Orbene, credo sia il caso di dire con determinazione che sanzionare con ammende e/o pene pecuniarie il fare o addirittura il non fare dell'azione e della difesa giudiziale (come si propone oggi per la mancata collaborazione



istruttoria ex art. 118 e 210 c.p.c.) è semplicemente incostituzionale e segno tangibile dell'imbarbarimento nel quale siamo caduti.

6.1. Si deve a tal proposito ricordare che il mondo giudiziario è un mondo fatto di cose e idee del tutto relative. Diceva Salvatore Satta che "se la forza della matematica è quella di non essere un'opinione, la forza del diritto è invece propria quella di essere un'opinione".

Non v'è, nel diritto, se non in ipotesi del tutto eccezionali, il bianco e il nero, il giusto e l'errato, il buono e il cattivo; v'è, quasi sempre, una serie infinita di sfumature di grigio, che taluni vedono più chiare, altri più scure.

Tutti possono errare nel muoversi nel mondo giudiziario.

Gli avvocati possono errare, ma anche i giudici possono farlo; e anche i giudici della cassazione commettono errori, solo che non v'è un altro giudice che può dire al giudice della cassazione che ha commesso un errore.

Nella mia esperienza di avvocato potrei ricordare numerosi casi in cassazione dove la Procura generale conclude per l'accoglimento di un motivo di ricorso che poi invece la Corte dichiara inammissibile, o palesemente infondato; e parimenti non mancano casi contrari, dove la richiesta di inammissibilità o manifesta infondatezza proviene dalla Procura generale, e poi il ricorso viene invece miracolosamente accolto.

Dobbiamo rimarcare questo: che il diritto di azione e di difesa della parte comprende anche il diritto all'azione e alla difesa infondata, o manifestamente infondata, o inammissibile, allo stesso modo di come il dovere del giudice di rendere giustizia comprende anche il diritto del giudice di sbagliare e pronunciare una sentenza errata.

E così come a nessuno verrebbe mai in mente di sanzionare con una pena pecuniaria un giudice che abbia pronunciato una sentenza errata, allo stesso modo a nessuno deve venire in mente che possa essere sanzionata la parte per aver esercitato una azione o una difesa, si badi, non infondata o inammissibile, ma che un giudice ha ritenuto essere infondata e inammissibile.

Si dirà che gli avvocati possono commettere degli abusi, ma anche il giudice può commetterli, e qui mi sia consentito ricordare quanto ho già avuto modo di scrivere sull'abuso del processo, o sul quel fenomeno che ho etichettato, tra il serio e il faceto "l'arte di respingere le domande".

In breve: il diritto all'azione e alla difesa garantito dall'art. 24 Cost. non si limita a proteggere l'azione fondata, ma è finalizzato ad assicurare la libertà del cittadino di accedere alla giustizia, e questa libertà non ha niente a che vedere con la fondatezza dell'azione o della difesa, poiché questi aspetti attengono al merito, si manifestano in un momento successivo, e sono concetti del tutto relativi, come relativo è tutto ciò che accade nel mondo della giustizia.

E a maggior ragione il sistema è incostituzionale se si arriva, come oggi pretende di fare l'art. 13 di questo disegno di legge delega, a punire non il fare ma addirittura il non fare dell'avvocato, ovvero la mancata collaborazione di una parte all'esercizio dei diritti processuali dell'altra parte.

Nessuno può essere tenuto a collaborare agli interessi dell'altra parte, ne' il difensore può avere un simile obbligo.

Immaginare il contrario è qualcosa che rivoluziona lo stesso concetto di parte, che si pone in contrasto con un principio che risale al diritto romano, e che si etichetta nel *nemo tenetur edere contra se*, principio riconosciuto anche nel processo civile, e anche da recenti sentenze della cassazione (Cass. 17 settembre 2019 n. 23131; Cass. 17 gennaio 2014 n. 870).

6.2. Ma v'è di più, perché i meccanismi sanzionatori che recentemente si sono dati non violano solo l'art. 24 Cost. ma anche l'art. 3 Cost.

Ed infatti, anche a non voler condividere quanto sopra scritto, e anche a voler ritenere invece corretto sanzionare il c.d. abuso del diritto di azione e di difesa, dovrebbe restare fermo il concetto che tutti gli abusi, sia dell'attore che del convenuto, devono essere sanzionati in egual modo.

Al contrario, ciò non è, perché le recenti sanzioni che si sono introdotte puniscono solo gli abusi della parte attrice, ovvero della parte che promuove un'azione giudiziaria, e non quelli della parte che resiste alla stessa.

E così, se una parte chiede una inibitoria in appello e perde, il giudice può applicare la sanzione di cui all'art. 283, 2° comma c.p.c.; ma se soccombente è la parte che si difende, anche se lo abbia fatto in modo manifestamente



infondato, il giudice non può applicare la sanzione di cui all'art. 283, 2° comma c.p.c. perché essa si applica solo a chi abbia proposto "l'istanza".

Lo stesso avviene con riferimento al raddoppio del contributo unificato di cui all'art. 13, 1, quater d.p.r. 115/2002: se una parte fa appello o ricorso per cassazione e perde, paga una seconda volta il contributo unificato; ma se l'appellato o il resistente si difendono in giudizio e perdono, anche in modo egualmente manifestamente infondato, non pagano alcun contributo unificato, perché quella è una sanzione prevista solo per chi agisce in giudizio, non anche per chi si difende.

Orbene, nella foga di sanzionare l'azione più che la difesa, che è la foga di contenere il carico giudiziario, il legislatore ha trattato in modo differente la posizione di chi agisce in giudizio rispetto a quella di chi si difende, così andando oltre anche all'art. 3 Cost. e non solo all'art. 24 Cost.

Quanto tutto questo sia da evitare, e quanto sia necessario riaffermare un comunissimo principio quale quello del libero accesso al giudice, non v'è bisogno di dire oltre.

Conclusioni

7. In sintesi, per le ragioni esposte, suggerisco non tanto di meditare sulle singole disposizioni immaginate dal disegno di legge del 5 dicembre 2019, quanto proprio sull'opportunità e/o la necessità di una riforma meramente procedurale, che appare inconsistente, e comunque non in grado di incidere sui tempi del processo.

Non si faccia una riforma semplicemente per dire di averla fatta.

Vorrei anche si meditasse sulla circostanza che l'obiettivo del sistema non può essere solo e soltanto quello di ridurre i tempi dei processi ma deve essere anche quello di assicurare a tutti i cittadini un livello alto di qualità del servizio giurisdizionale.

Ed anzi, credo che tutti si debba essere d'accordo sul fatto che, se la riduzione dei tempi del processo deve essere fatta a danno della qualità della giustizia, il valore della qualità è più alto di quello della ragionevole durata, e nessuno, per esigenze di celerità, si può accontentare di una giustizia purchessia, o di una decisione depositata semplicemente per rientrare nelle medie statistiche pretese non si sa da chi.

Non credo, dunque, sia il caso di fare questa riforma, e ribadisco altresì che gli attuali problemi del processo civile non dipendono dalle norme che lo regolano.