

BRUNO SASSANI

*Il codice di procedura civile e il mito  
della riforma perenne (\*)*

Sommario: 1. Riformare il processo, un mantra. – 2. *Ære perennius*: il codice del 1940. – 3. La svolta: il processo del lavoro. – 4. L'illusione del trapianto: la legge n. 353/1990. – 5. *Great expectations*: progetto Tarzia, progetto Vaccarella e la meteora del processo societario. – 6. «Un mosaico di sopravvivenze». – 7. *Motus in fine velocior*: Achille, la tartaruga e la dicotomia all'infinito.

1. – Si intende con «mantra» una formula ripetuta più volte al fine di ottenere un determinato effetto a livello mentale, fisico ed energetico. Per la mia generazione la formula «riforma del processo» ha tutte le caratteristiche del «mantra»: ripetitività, positività, evocatività. Uno degli argomenti più abusati è infatti quello per cui una certa tesi giuridico-processuale vale «non *de jure condito*, ma *de jure condendo*» che è un po' come dire: aspettiamo insieme la riforma della norma, cioè per noi, del nostro riverito codice, tanto riverito da essere sempre in procinto di venir cambiato.

Di riforma in riforma, l'ultima è sempre la penultima. La riforma del 2009 (legge n. 69/2009) era intesa a razionalizzare, anche e soprattutto sul piano della ragionevole durata, il rito civile. A suo tempo ultima, ma non definitiva nemmeno negli intenti: dichiaratamente incompiuta essa conteneva la delega al governo per una riforma ambiziosa<sup>1</sup>. Nel frattempo, di riforma in riforma, la banale realtà di uomini e cose è tale che chiunque assista oggi ad un'udienza di trattazione di un procedimento di cognizione non sfugge alla sgradevole impressione di un g. i. che sembra lavorare a vuoto. Probabilmente lavora a vuoto, ma il suo tempo è così pieno che quando viene chiesta da ambedue le parti al giudice istruttore la precisazione delle conclusioni, esse se la vedono fissata a due, tre, quattro anni (e questo anche nei tranquilli tribunali di tranquillissime cittadine di provincia, per non portare sempre gli ordinari esempi della Corte d'appello di Roma che fissa, imperturbabile, le precisazioni delle conclusioni a tempi che vanno dai quattro ai sei anni).

Solo una corporazione di iniziati può trattare del processo come se a questi eventi non consegua l'incidimento della materia. Al giudice ci si rivolge per chiedere aiuto, e la risposta considerata è semplicemente il rifiuto di quell'aiuto.

Tutti siamo tanto colti, intelligenti, sofisticati, esperti da sapere che quel rifiuto è un disvalore rispetto all'ordinamento e che nessuna lacuna della legge lo giustifica. Tutti siamo tanto colti, intelligenti, sofisticati, esperti da sapere che un ordinamento perfetto è un'utopia, che qualunque riscrittura della legge è sempre un compromesso e che la prassi – soprattutto dove sono in gioco organizzazioni di potere – è sempre padrona di decretare il successo o l'insuccesso delle regole e delle intenzioni del legislatore. Ma tutti siamo vittime dell'ideologia della riforma che ne dà la colpa a un difetto della legge (quando dico «ideologia della riforma» non mi riferisco a questa o a quella riforma, ma all'idea che ai problemi si pone rimedio cambiando la legge). È la via mentalmente più semplice, ed è favorita dalla «fallacia del positivista», che vive nel mondo ideale

---

\*Questo saggio è destinato agli Studi in onore di Juan Montero Aroca

<sup>1</sup> Unificazione dei riti speciali extracodice proliferati senza controllo negli anni. V. *infra* § 6.

dei giuristi, un mondo di attori razionali, in grado di calcolare l'utilità attesa che programmano e controllano mentalmente la realizzazione del programma. Naturalmente quel mondo non esiste. Perché il mondo che esiste è quello di uomini affaccendati a fare quel che possono (o credono di poter) fare, ovvero a non fare quel che non riescono a fare, e i cui comportamenti dipendono solo in parte dal mondo fatto di concetti, teorie, definizioni, assiomi, leggi, principi, modelli.

La scienza italiana del processo nasce sotto il segno della riforma. Chiovenda la propugna, ma non introduce il tema in un contesto tranquillo. L'ultimo ventennio ci ha abituati a vederci in una dimensione di perenne *work in progress* che ha portato progressivamente ad una sorta di Torre di Babele, ma le cose non sono mai state ferme e il moto si è solo accelerato *eundo*.

Quando Chiovenda scrive circolano quelli che per noi sono «i vecchi volumi del Cao» (*Per la riforma del processo civile*, 1912), miniera di informazioni, di dati, di riflessioni. Moneta corrente la riforma, quindi. Ma Chiovenda mette del pathos, e del pathos di alta qualità letteraria, in un campo dominato dagli aspetti tecnici, ma tutt'altro che statico: si veda a pag. 88 e seguenti del I volume delle Istituzioni il lungo elenco degli interventi legislativi sul codice del 1865: «Numerose leggi hanno però modificato alcune parti del codice di procedura. Le più notevoli sono...» e il lettore ne conta 31 (salvo errori) nel solo primo paragrafo di pag. 88. L'autore poi continua per altre due pagine e mezza scritte con il corpo 10 dei vecchi (e un po' tetri) piombi di Eugenio Jovene.

C'è di tutto. A caso: dalla legge abolitiva dell'arresto per debiti del 1877, alla legge che riduce le attribuzioni del Pubblico Ministero in materia civile del 1875; dalla legge sulla competenza dei pretori e conciliatori del 1922, alla legge sulla unificazione della Corte di cassazione del 1923; dalla legge sulle ferie giudiziali e sulle cause feriali del 1916, alla legge sul Foro erariale e sul domicilio legale delle Amministrazioni dello Stato del 1923; dalla legge cambiaria del 1933 alla legge sugli «ufficiali giudiziari» del 1924 (poi modificata dalla legge del 1932); dalle tante leggi sulle giurisdizioni speciali (Tribunali delle acque, degli usi civici, magistratura del lavoro ecc.), alla legge sul gratuito patrocinio del 1923; dal procedimento ingiunzionale per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e altri enti pubblici (testo unico del 1910) al procedimento ingiunzionale ordinario (leggi del 1922). E così via. Il quadro è quello di un'officina continua.

La verità è però che Chiovenda non vuole «una riforma», e nemmeno, semplicemente, «una sua riforma», ma vuole «la riforma». Esempio la sua critica ad una legge che noi chiameremmo «di struttura», la legge del 1901 sulla riforma del procedimento sommario. Lo aveva fatto nella Relazione del 1919 al progetto elaborato dalla Commissione per il dopoguerra, affermando che il legislatore aveva avuto il torto di credere che fosse possibile trovare i rimedi ai mali della giustizia civile «fuori da un radicale riordinamento del nostro organismo giudiziario». L'eco di questo si trova in Calamandrei nella Relazione: «Per più di mezzo secolo i mali continuarono ad aggravarsi, attraverso il facile e pericoloso sistema delle riforme parziali».

Lunga stagione di progetti, progetti che differiscono, e tanto, tra loro, ma una cosa accomuna tutti – e qui sta un momento significativo della vittoria di Chiovenda – quella che verra' dover essere «la riforma».

2. – Il codice del 1940 nasce segnato da squilli di tromba: a stare alla Relazione esso sorge *aere perennius* (la relazione del Guardasigilli, scritta invero da Piero Calamandrei e` un capolavoro di retorica alta); non e` il caso di meravigliarsene poiche` «l'esperienza conclusa e` la ricorrente utopia dei grandi legislatori» (S. Satta).

Utopia messa subito a dura prova poich  subisce ben presto delle modifiche che fanno gridare all'annacquamento del *grand cru*. E` nota la vicenda della novella del 1950<sup>2</sup>, che, a furor di pratici, reintroduce la citazione ad udienza fissa e diluisce considerevolmente le il sistema di preclusioni del codice. Dell'esito nessuno si dichiara contento: non i teorici, difensori del codice del 1940; non i pratici che non vedono significative accelerazioni di passo. Il codice e` subito diventato un contestato ibrido ma restera` sostanzialmente immutato per alcuni decenni.

A scanso di equivoci, dico subito che il codice del 1940 ha il grande merito di lasciare sfolgorare e permettere lo sviluppo di quell'impianto concettuale che fa la civilt  della giustizia civile e marca indelebilmente i suoi cultori che in esso si riconoscono, il *common core of civil justice system*. Non e` il codice del 1940 che lo crea – Chiovenda da` voce ai suoi principi e riesce a trovarne conferma in un codice di diversa fattura quale quello del 1865, principi che erano affogati dalla sovrastruttura in autori come Mortara. C'erano quei principi in quel codice? Conta poco, lui li trova perche` ce li mette e la forza del codice sta nell'essere compatibile con essi. E *majori causa* compatibile e` il codice del 1942: con tutti i suoi difetti e` il codice che permette a tutti noi di riconoscerci nei suoi principi, cioe` nei pochi ma eccellenti postulati del sistema con il loro corredo di assiomi e corollari<sup>3</sup>. il codice di procedura civile e il mito della riforma.

Ma torniamo al codice subito riformato del 1950.

Gli anni successivi sono anni di congelamento dello *status quo*. Il «grande freddo» potremmo chiamarlo se guardiamo al surriscaldamento successivo, ma (se la legislazione resta sostanzialmente ferma) la prassi non smette mai di invocare riforme mentre la dottrina vive la situazione un po' schizofrenica di chi, da un lato si presenta nelle vesti di fiera vestale di un sistema fondato sul codice e, dall'altro, immagina di poter rimettere le mani al codice. Strano destino il suo: la precedente generazione si era coperta di gloria creando un codice, e non un codice rinnovato in quanto reso necessario dalla successione fisiologica delle leggi che prendono il posto di quelle invecchiate, senza rinnegarle, ma il «nuovo codice», il codice che chiudeva con la routine della procedura (e con la tradizione artigianale dei proceduristi) e, riportando la storia nel processo, fermava la storia stessa. Cosa restava alla dottrina? Limitarsi a spiegare, completare il «sistema»<sup>4</sup>?

---

<sup>2</sup> Dal nostro punto di vista conta relativamente poco il r.d. 20 aprile 1942, n. 504, il cui articolo unico incide sugli artt. 19 comma 2<sup>o</sup>, 30, 61, 111 comma 4<sup>o</sup> del codice

<sup>3</sup> Ricordati efficacemente da Virgilio Andrioli nella sua prefazione della ristampa del 1965 dei *Principi* di Chiovenda (ma vedi in precedenza P. Calamandrei, *In memoria di Giuseppe Chiovenda*, Padova 1938, *passim*: in testa la strumentalita` del processo al diritto sostanziale, da cui la regola che la durata del processo non deve andar a scapito di chi ha ragione, la normale correlazione tra situazioni soggettive e titolarita` dell'azione, il fine del processo di dare a chi ha ragione tutto e proprio quello che gli spettava secondo il diritto sostanziale, il principio *victus victori* quale criterio di ripartizione delle spese ecc.).

<sup>4</sup> La formula nobilitante e` «diritto processuale» opposta a «procedura» (restata nel nome della materia «procedura penale»). Ma il sistema e` il vizio del codice, quel sistema nel quale «tutto e` gia` accaduto» (S. Satta).

La prima generazione puo` accontentarsi: ha partecipato, ha contribuito a «creare» e ora spiega, mostra e dimostra. Difende il codice, protesta quel tanto che basta per l'annacquamento che ha subito nel 1950, e se ne cura quel tanto che basta per non farsi accusare di estraneità alla vita del diritto per poi tornare alla visibile soddisfazione per gli alti risultati della teoria. Esempiarmente: i *Problemi del processo civile* di E. T. Liebman nella sua raccolta di studi del 1962 sono i problemi in cui si specchia una scienza ancora relativamente nuova ma orgogliosamente consapevole dei propri meriti speculativi. Quarantotto saggi, tutti di sistema, storia, interpretazione vivacemente consapevoli della esperienza ma tutti intrisi dell'ottimismo del «più è fatto».

È l'epoca dei grandi Commentari: anche il più critico, come il Satta (critico del sistema e di un codice considerato macchiato dalla mentalità di sistema) dà sempre l'impressione al lettore di lavorare all'interno di una compatta comunità, che ha ad oggetto di esame la solida realtà del codice. Il quale sarà criticabile quanto si vuole ma dal quale si continua a ricavare principi indistruttibili. Con qualche equivoco anche sui veri principi: e così Micheli<sup>5</sup>, secondo cui il contenuto intimo della funzione giurisdizionale (che sta nella avocazione allo stato del potere esclusivo di eliminare ogni contrasto), si trova nel «divieto della deroga convenzionale della giurisdizione italiana a favore di giudici stranieri o di arbitri che pronuncino all'estero (art. 2 c.p.c.)». Un quarto di secolo dopo (legge n. 258/1995): «Un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche al macero» (Julius Von Kirchmann). Ci è stato spiegato che non è proprio così, ma mi si consenta di osservare che l'orgoglio del c.d. giurista positivo ne esce sempre ammaccato.

Le generazioni successive ereditano in pieno l'atteggiamento scientifico (o... scientificizzante), ma è anche ovvio che non possono esistere per limitarsi a raccontare un sistema concluso: il sistema c'è, va spiegato, ma occorre qualcosa di più: il processo non funziona (premessa maggiore di natura fattuale), la colpa è di una legge che non si conforma perfettamente al sistema (premessa minore di natura valutativa), onde occorre cambiare la legge per recuperare il sistema (inferenza). È un parasillogismo ma soddisfa i più.

La pratica mostra subito due aspetti: da un lato una (finanche troppo zelante) adesione alla nuova terminologia e concettualogia di stampo chiovendiano, dall'altro una utilizzazione sempre meno ottimale del modello ricavabile dalla legge, con progresso costante dei ritardi e dello slabbramento della procedura. I difetti sono facilmente trovati: la riforma del 1950... dunque «torniamo a Chiovenda». Lo racconta bene Nicola Picardi<sup>6</sup>: «(...) già all'epoca cominciavano a venir alla luce anche rilevanti difetti tecnici. In effetti le novità salienti del nuovo processo di cognizione erano soprattutto due. Per un verso, l'istituzione del giudice istruttore, al quale il legislatore attribuiva tutto il complesso delle attività preparatorie alla sentenza e che era munito di significativi poteri d'ufficio per un rapido svolgimento della procedura. Per altro verso, la previsione di un sistema di preclusioni che – pur temperato dal potere discrezionale del giudice – inducesse le parti a svolgere le proprie attività assertive e difensive negli atti introduttivi, in modo da cristallizzare tendenzialmente (l'art. 184, nel testo originario, stabiliva, infatti, che solo per 'gravi motivi' il g. i poteva autorizzare le parti a 'produrre nuovi documenti, chiedere nuovi mezzi di prova e proporre

<sup>5</sup> *Corso di diritto processuale civile*, Milano 1959, I, § 3, pp. 8 ss.

<sup>6</sup> *Codice di procedura civile*, Prefazione alla IV edizione, Milano 2008, XXIV s.

nuove eccezioni che non siano precluse') il *thema decidendum* e il *thema probandum* al momento iniziale del giudizio. A Salvatore Satta il codice appariva fondato sulla 'logica dell'utopia', perché presupponeva due condizioni difficili, se non impossibili da realizzare: da un lato, un giudice edotto della controversia fin dalla prima udienza; dall'altro cause chiuse fin dal primo momento» (e proprio questa «utopia» ispirerà i riformatori successivi: il rito del lavoro del 1973 si fonda sulle due suddette condizioni; la riforma della 353/1990 mira a prendere da quel rito quel tanto che presuppone esse condizioni).

Ma andiamo con ordine.

Il codice è fresco ma i progetti di riforma ripartono. La materia del codice è dunque così poco nobile da essersi deteriorata in così poco tempo?

Si sarebbe costretti a dire di sì malgrado l'orgoglio che trasuda dalle trattazioni di diritto processuale per questo capolavoro della scienza del giure italico.

Seguo il saggio di N. Picardi nella *Prefazione* al Codice. Gli anni Cinquanta e Sessanta «appaiono un periodo di preparazione e di studi». I risultati della prima inchiesta sono pubblicati nel 1956 in due volumi a cura del Ministero di Grazia e Giustizia. Ricorda Picardi che «l'iniziativa venne assunta dal Guardasigilli (...) per corrispondere ad un ordine del giorno del Senato il 26 marzo 1954, il quale aveva auspicato che il Governo mettesse allo studio 'una riforma più completa e radicale' del codice». Il risultato fu comunque oggetto di studio da parte di una Commissione ministeriale che portò ad un progetto che salvava la struttura del codice, e si diffondeva in vari interventi settoriali a carattere spiccatamente tecnico<sup>7</sup>. Significativa la vicenda della contrapposizione tra la linea degli aggiustamenti e la dottrina: «Questo lavoro di bricolage (...) ebbe una certa fortuna, tanto da essere ripresentato per diverse legislature, come disegno di legge da parte del Governo dell'epoca, ma venne vivacemente contestato dalla civil-processualistica ». Segue una nuova inchiesta a metà degli anni 60, promossa dal Guardasigilli Reale, i cui risultati non si trasformano in uno specifico progetto di riforma. Viene poi – ed è significativo dello scollamento un po' schizofrenico della vicenda – il *Disegno di legge sulla delega legislativa per la riforma dei codici* n. 557/1963 presentata dal Guardasigilli Bosco in cui, per il processo civile, si auspicava il ritorno alle parole d'ordine chiovendiane, parole d'ordine evidentemente inattuata.

Nel frattempo il processo civile vivacchia maluccio. È lento e abbastanza inefficiente ma non tanto da non lasciare ampio spazio alla residua (ma ancora visibile) soddisfazione della scienza per i suoi alti risultati. Quando alla fine degli anni Sessanta riparte il moto riformatore l'idea sottostante è quella per cui il processo è difettoso, ma i problemi sono agevolmente individuabili e risolvibili: risolvibili attraverso una seria legge processuale che segni il ritorno a Chiovenda. Sarà la stagione del processo del lavoro.

---

<sup>7</sup> Picardi *amplius*, XIX. V. in particolare il tentativo di fissare regole preclusive, ricorrente tentazione salvifica del nostro legislatore.

3. – Tanto tempo è passato dalla legge del 1973 che introdusse il processo del lavoro, ma l'*epos* è restato. Quella legge è entrata nella cultura del processo, ha fatto la cultura del processo condizionando tutte le riflessioni successive.

Si capisce il perché se si considera la sua indubbia capacità di riproiettare il vissuto nella dimensione del paradiso terrestre chiovendiano, un paradiso favoleggiato come perduto (tradito...) ma in realtà mai visto da nessuno.

Il modello è semplice – aggettivo che qualcuno traduce con «grezzo» (senza però dirlo apertamente per tema dell'accusa di conflitto con i valori condivisi) – ma è sicuramente efficace. Vivaddio per la prima volta si vede un meccanismo funzionante, discutibile ma efficiente, un meccanismo che non diventa il capro espiatorio delle delusioni degli operatori. E sì che stavolta c'è una parte sociologicamente individuabile come parte penalizzata... ma le polemiche sono rivolte contro l'uso eccessivamente disinvolto che una parte della magistratura va facendo del modulo processuale, ovvero (prevalentemente, direi) della curvatura della disciplina sostanziale a favore della c.d. parte debole a scapito dei valori di eguaglianza.

Per la verità, la vicenda non può ridursi alla inserzione nel codice di rito della legge del 1973: la prova generale era stata fatta con gli articoli 18 e 28 dello statuto dei lavoratori entrato in vigore nel 1970, e ci sarebbero state, negli anni Settanta la riforma delle locazioni, che si portava sulle spalle il suo processo ricalcato sul rito del lavoro e la legge sui patti agrari.

Ma attenzione, si tratta di una legislazione che è percepita come (non settoriale ma) «differenziata», dove l'accelerazione, la concentrazione, l'immediatezza non si presentano come valori assoluti, ma come valori strumentali ad un programma di diritto sostanziale.

Penso che l'alto grado di effettività raggiunto discenda dalla combinazione del modello, con alcuni elementi difficilmente ripetibili. Nell'ordine: la partenza con ruoli a zero; la creazione di un corpo di giudici specializzati; l'attribuzione a sezioni dedicate; la forte caratterizzazione tipologica delle controversie; l'alta motivazione che fece di quel corpo la *élite* della magistratura; l'intento di raggiungere risultati intesi come i frutti voluti di un programma sociale (se non politico).

Non è un caso che tale grado di effettività si perda nel calderone, una volta che viene meno la centralità culturale di quel programma sociale. Generalizzazione del rito con applicazione ad altre materie<sup>8</sup>, fine della tensione culturale e arrivo dirompente dell'impiego con le ex pubbliche amministrazioni (attribuzione delle controversie di lavoro dei dipendenti delle ferrovie dello Stato al pretore del lavoro, operata dalla legge 17 maggio 1985, n. 210).

Il punto d'arrivo attuale è rappresentato dal decreto legislativo n. 150/2011 che, astratto il rito del lavoro dalla funzione per cui era stato creato, lo trasforma in modello per processi in materie varie ed eterogenee.

---

<sup>8</sup> Fino al grottesco per cui, essendo il rito del lavoro comunque buono per definizione, qualche bello spirito scrive l'art. 3 della legge n. 102/2006 che impone l'applicazione del rito del lavoro «alle cause relative al risarcimento del danno per morte o lesione, conseguenti ad incidenti stradali». Un vero orrore depennato dalla legge n. 69 del 2009.

4. – Alla fine degli anni Ottanta la spinta propulsiva del rito del lavoro è finita. È finita la tensione culturale su cui poggiava l'impegno collettivo che governava il moto del procedimento bilanciando la concentrazione con l'elasticità (complice la semplicità del modello). Questo fatto viene però debolmente percepito, e del rito del lavoro si parla ancora come di una forza viva. Quando gli ideali di accelerazione, concentrazione e immediatezza saranno recuperati in chiave generale, sarà troppo tardi e – *pro malo bonum* – il processo del 1990 riceverà pomposamente il guscio vuoto dell'esperienza svanita.

Alla (ormai storica) legge n. 353 del 1990 si giunge dopo un grande lavoro di progetti: innanzitutto il c.d. progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile<sup>9</sup>, poi il c.d. «progetto Vassalli» che anticipa in molte soluzioni quella che sarà la legge n. 353/90<sup>10</sup>. A questa legge si darà (prima e poi) una importanza enorme. Derivante da una iniziativa di riforma «parziale e urgente» dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile<sup>11</sup>, essa interviene a correggere significativamente la struttura della cognizione, riscrive il processo cautelare, e lascia *a latere* l'esecuzione. L'intitolazione è modesta (Provvedimenti urgenti), ma l'aspettativa è forte e la presentazione è epica. La caratterizzano una esibita rivendicazione culturale e una esorbitanza retorica inversamente proporzionale alla decisività dei contenuti<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> E. F. Ricci, *Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1987, p. 626: «La riforma progettata ha carattere urgente e sperimentale. Essa ha carattere urgente come misura contro la lunghezza del processo, con finalità di accelerazione: parte dalla convinzione che i tempi della giustizia siano intollerabili e debbano essere drasticamente ridotti (...) proposta concreta rispetto al fine dell'accelerazione del processo assunto come imprescindibile. Aumento della competenza del conciliatore, giudice monocratico invece di collegialità imperfetta 'incapace di funzionare come una autentica garanzia almeno alla luce dei canoni chiovendiani di oralità-concentrazione', sistema di preclusioni definito 'rigoroso' – ma non rigoroso come quello che verrà perché stabilisce i limiti al termine della prima udienza – «interrogatorio libero delle parti che devono comparire personalmente, istruzione concentrata che 'deve essere esaurita in un'unica udienza immediatamente successiva', ingiunzione in corso di causa, esecutività immediata della sentenza di condanna, abrogazione della immediata impugnabilità delle non definitive, collegialità totale dell'appello, incremento della camera di consiglio per la cassazione, non automaticità della sospensione per regolamento di giurisdizione, reclamo cautelare».

<sup>10</sup> G. Tarzia, *Il progetto Vassalli per il processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1989, p. 120. Del progetto dà conto l'articolo, agevole e ricco di pensiero ma la cui lettura – a distanza di un ventennio e, dunque, col senno di poi – non sfugge la sgradevole sensazione di irrisorietà di molti temi e delle questioni rispetto alla realtà (tutto il tema delle preclusioni, le ordinanze anticipatorie e il tema della sommarizzazione del processo).

<sup>11</sup> Redatta da Giovanni Fabbrini, Andrea Proto Pisani e Giovanni Verde, successivamente rielaborata dai primi due. Ma le iniziative si erano moltiplicate confusamente tra loro negli anni Ottanta: progetto di Magistratura democratica (presentato nel 1986), disegno di legge governativo n. 2214 della IX legislatura («Provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile», approvato il 6 febbraio 1987 e presentato al Senato il 16 febbraio 1987); disegno di legge Pazzaglia presentato alla Camera con il n. 142/1987; disegni di leggi nn. 164 e 165/1987 presentati al Senato; disegno di legge presentato alla Camera con il n. 845/1987; disegni di legge presentati al Senato con il n. 241/1987; disegni di legge presentati alla Camera, con il n. 1418/1987; disegno di legge presentato al Senato con il n. 427/1987; disegno di legge presentato al Senato con il 732/1987.

<sup>12</sup> «La crisi del processo civile è così radicata e profonda (in termini di cultura oltreché di efficienza pratica) da rendere necessario, dapprima, un circoscritto intervento di pronto soccorso, capace di innescare un'inversione di tendenza su cui possa calarsi in un secondo momento, senza reazioni di rigetto, altrimenti inevitabili, una riforma più generale» (così la Risoluzione CSM 18 maggio 1988 tanto tenuta in onore nella Relazione Acone e Lipari). Il problema della crisi della giustizia civile è «anche» un problema di uomini: in realtà, si tratta di una questione di cultura del processo civile, di mancanza della consapevolezza dell'effettiva funzione di questo fondamentale strumento di attuazione della legge, cioè di applicazione di regole predeterminate mediante la tecnica del contraddittorio e, in questo senso, della funzione di questo fondamentale strumento di democrazia. In questo contesto ormai chiaramente delineato una riforma parziale e razionalizzatrice non rappresenta un alibi per allontanare nel tempo questa più ampia riforma

Il guscio vuoto dell'esperienza svanita e' innanzitutto il c.d. principio di preclusione.

Nulla di sbagliato in sé nelle preclusioni, ma ingannevole, ideologico, consolatorio, e' l'accento pervasivo che viene posto sul principio: la tenuità delle preclusioni diventa il capro espiatorio dei mali del processo ed il processo a preclusioni soffici appare il cattivo processo, contro il processo a preclusioni rigide. E' l'inversione del fine con i mezzi, ma colora una stagione di studi. Scrive la Relazione alla legge, firmata dai senatori Acone e Lipari: «Le preclusioni – si legge nella Risoluzione del Consiglio superiore della magistratura – servono non soltanto a far presto, ma a far bene (...). Il processo stesso educa o diseduca. Diseduca quando, per avere un oggetto mutevole, sempre suscettibile di variazioni e sorprese, solo in apparenza funzionali al concetto di difesa, tanto le parti, quanto il giudice finiscono per essere travolti da un meccanismo di deresponsabilizzazione, nel quale si impoveriscono le nozioni stesse di difesa e di contraddittorio. Mentre educa quando, mirando a conseguire, attraverso una articolata fase iniziale, un suo oggetto responsabilmente definito, si può parlare di esso come di un progetto razionale, realmente costruito sul contraddittorio delle parti e realmente funzionale al corretto dispiegarsi dei poteri direttivi del giudice». A qualcuno, l'impostazione in chiave «educativa » della dimensione processuale sembra un pericoloso fuor d'opera <sup>13</sup>, ma e' *vox clamantis in deserto*. La cultura delle preclusioni diventa un criterio costitutivo del procedere; la giurisprudenza la adotta subito e volentieri. Ne fara' un totem negli anni a venire.

Sul piano strettamente normativo pero', la rigidità delle preclusioni voluta dalla riforma non prevale; lo scontro tra i «duri e puri» e il partito degli scettici si conclude con la vittoria di questi ultimi che da' luce alla «controriforma» del 1995. *Annus horribilis*, questo 1995: per un decennio il mancato miglioramento (o il peggioramento) del processo di cognizione verra' ricondotto all'alterazione dell'impianto delle preclusioni ed alla introduzione dell'udienza di prima comparizione <sup>14</sup> che spinge in avanti nel tempo il momento in cui si affronta il merito della causa. Un decennio che si conclude, da parte delle leggi del 2005, con il recupero della originaria rigidità delle preclusioni propria dell'impianto della legge n. 353/ 1990 (*infra* sulla realta' del processo dopo questa riforma). Vediamo ora il meccanismo generato dalla legge n. 353/90: processo distinto in fasi con attività rigorosamente inutili da compiersi rigorosamente in termini. Una mostruosità se confrontato con il principio di elasticità che fa da sottofondo (obliato) in Chiovenda. E' un paradosso, ma e' il paradosso che ci governa da piu' di 15 anni: in Chiovenda il processo per fasi viene censurato e opposto al processo immediato, orale e concentrato, ma, predicando il ritorno a Chiovenda, si regola per fasi il processo.

Si impiegano molte parole, si scrivono biblioteche e ci si consola a pensare che la soluzione e' stata trovata: il malfunzionamento dipendeva da un modello difettoso sostituibile da un altro modello privo delle caratteristiche negative dell'altro. Effettuata la sostituzione, scomparira' il malfunzionamento. Elementare.

---

della giustizia civile – come pure si e' autorevolmente sostenuto con il richiamo di precedenti storici famosi –, ma costituisce un primo significativo passo verso la stessa in quel tanto che appare compatibile con le convinzioni gia' maturate, e quel che piu' conta, con la condizione non certo felice in cui versa attualmente il processo civile.

<sup>13</sup> G. Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano 1996, *passim*

<sup>14</sup> L'udienza preliminare senza trattazione del merito ottenuta con la riscrittura del vecchio ed innocuo articolo 180.

Peccato solo che si tratti di un esempio luminoso di *post hoc propter hoc*. Prendiamo alcuni momenti esemplari della riforma.

A) «Così è per l'eliminazione dell'udienza collegiale». La «Determinazione» del Consiglio Superiore della Magistratura, ampiamente utilizzata a proprio supporto da quel documento di dottrina che è la Relazione dei senatori Acone e Lipari, vede in questa udienza un «vuoto simulacro» senz'altro da eliminarsi per «procedersi senz'altro alla decisione in camera di consiglio, previo lo scambio degli scritti conclusionali». L'affermazione non ha bisogno di commenti per la sua perentorietà, anche se, per la verità, agli stessi relatori viene il dubbio che «gli attuali tempi lunghissimi fra l'udienza di precisazione delle conclusioni e l'udienza innanzi al collegio» non siano «determinati dalla previsione dell'udienza collegiale, cosicché la sua soppressione non è, di per sé, idonea ad accelerare i tempi della giustizia ordinaria». Ma bando ai dubbi: la soppressione dell'udienza collegiale «può contribuire almeno a realizzare quella funzione educativa del processo civile, giustamente richiamata nella Risoluzione del Consiglio superiore della magistratura».

Una sola voce, a mia memoria, si leva a mettere sarcasticamente in guardia contro l'illusione di accelerare il momento della definizione del processo eliminando gli avvenimenti fissati a data lontana<sup>15</sup>. Saranno allontanati nel tempo, dice questa voce, avvenimenti oggi fissati a data vicina: il tempo della definizione non è una variabile del calendario e dell'ordine degli eventi processuali; modificare questi o la loro successione influisce solo sulla diversa dislocazione di un collo di bottiglia ineliminabile. Con buona pace del contributo della soppressione dell'udienza collegiale alla «funzione educativa del processo civile».

B) «Le ordinanze anticipatorie». Ricorda qualcuno la serietà di intenti che i commentatori della riforma diedero agli artt. 186-*bis* e 186-*ter*? E del dibattito sulla successiva introduzione dell'art. 186-*quater*? Serietà di prospettive che il legislatore aveva versato nella regolazione e serietà di dispute<sup>16</sup> che impegnano a fondo la dottrina.

Orbene, l'esperienza è quella (se non di un vero fallimento, almeno) di un sostanziale ridimensionamento del tema. Un sotterraneo scetticismo quanto all'effettiva riduzione dei tempi di definizione del processo ordinario portava a dare grande importanza a strumenti immaginati come in grado di garantire risultati, parziali se si vuole, ma veloci ed effettivi. Temuti anzi come «Cavalli di Troia» della sommarizzazione nel corpo del processo ordinario<sup>17</sup>! Peccato che l'apparato abbia di fatto rigettato le ordinanze anticipatorie come corpi ad esso estranei.

---

<sup>15</sup> V. Tavormina, *Legge 26 novembre 1990, n. 353. Artt. Da 7 a 35. Il commento*, in *Corriere giur.* 1991, numero monografico sulla riforma.

<sup>16</sup> A parte il vaniloquio del documento del Csm che la Relazione ha cura di riportare parlando della precedente proposta governativa: «In proposito, il Consiglio superiore della magistratura ha osservato: 'tale previsione sarebbe capace di un grosso effetto di alleggerimento della crisi del processo civile', ma, 'nel bilancio di vantaggi e svantaggi, una sua innegabile capacità emergenziale di smaltimento quantitativo è apparsa sovrastata dalla sua incapacità di incidere positivamente sui profili qualitativi della crisi del processo civile', in quanto 'non può parlarsi di contributo al recupero dei valori del processo ordinario, se si prevede che proprio dal seno di questo – senza altro requisito che quello della probabilità – possa scaturire una forma così estremizzata di provvedimento anticipatorio'».

<sup>17</sup> Relazione Acone e Lipari, 7.1: «Se, infatti, appare ragionevole prevedere la pronuncia di provvedimenti anticipatori durante le cosiddette vicende anomale del procedimento, che ne costituiscono una pausa eccezionale e che possono

E corpi estranei lo sono. Se dal modello si estrae la scansione in fasi – e la si prende con la serietà enfatica che abbiamo visto e che mi fa pensare di debba parlare ormai della «cultura della preclusione» – non c'è spazio per gli incidenti, che alterano la scansione e l'ordine delle fasi.

È il trionfo del falso problema, cioè del quesito giuridico discusso perché ritenuto incombente sulla testa degli operatori e dei destinatari delle norme, ma che si rivela poi estraneo all'esperienza. La dottrina si è affannata a litigare sui limiti della sopravvivenza all'estinzione delle ordinanze anticipatorie e... non un caso del genere è stato registrato in più di un quindicennio. La dottrina processualistica mostra così la sua intima vocazione che è l'altra faccia del suo orgoglio intellettuale, una vocazione che è fedeltà alla sua formazione culturale: il diritto è la prescrizione e il giureconsulto ne cura l'inserzione in un sistema logico formale. Pronta – beninteso – a riconoscere l'esistenza di un altro diritto, un «diritto relativo» a fronte

di quello «assoluto» di cui essa custodisce la chiave. È l'immagine dei due diritti di Toullier che suggerisce a Salvatore Satta quella delle «due ingegnerie, una superiore, fatta per costruire i castelli in aria, e una inferiore, fatta per costruire le nostre modeste abitazioni sulla terra».

C) «L'interrogatorio libero delle parti che devono comparire personalmente». Altro corpo estraneo all'*usus fori* che la legge n. 353/90 forzatamente introduce nella disciplina del processo di cognizione è l'obbligo di comparizione personale delle parti all'udienza di trattazione. L'istituto è preso di peso dal processo del lavoro<sup>18</sup>, ma non decolla mai, dando luogo solo ad equivoci e questioni. La norma, nella sua generalità e assolutezza non tiene conto (giudizio *in bonam partem*) della irritante superfluità di tale presenza in un grande numero di casi (come nella maggioranza delle cause in materia commerciale), ovvero non tiene semplicemente conto (giudizio *in malam partem*) della poca, pochissima voglia dei giudici di occuparsi di un incidente percepito come complicazione inutile nella gestione della causa, cioè nella rituale scansione di controlli, rinvii ed esami cartacei che contrassegnano il procedimento. Forse non tiene conto di entrambe le cose.

La riforma del 2005 – preceduta in verità dalla scrittura del rito societario – prenderà atto di questo stato di cose e, nel riscrivere l'art. 183, lascerà al giudice istruttore il potere discrezionale di ordinare la comparizione personale delle parti quando ravvisi l'opportunità di chiarimenti ovvero intenda tentare la conciliazione.

---

essere state provocate a fini dilatori, non può ammettersene l'emanazione durante le pause fisiologiche di esso, qual è, oggi, il periodo che va dalla precisazione delle conclusioni all'udienza collegiale e quali potrebbero essere, domani, quelli che vanno dalla notificazione dell'atto introduttivo alla prima udienza o dalla fissazione dei termini per il deposito della comparsa conclusionali al deposito della sentenza. Se si vuole evitare una 'sommarrizzazione' del processo ordinario, giustamente paventata dal Consiglio superiore della magistratura, occorre operare affinché tali pause fisiologiche si riducano sempre più (fino a coincidere con i termini fissati dalla legge) e non, invece, tentare di colmarle con provvedimenti a cognizione sommaria, la pronuncia dei quali potrebbe implicare il rischio di una dilatazione di tali pause».

<sup>18</sup> «La Commissione, accogliendo la proposta del Governo e in conformità agli altri progetti di riforma, propone di modificare l'articolo 183 del codice di procedura civile: la disciplina che si sottopone all'approvazione dell'Aula si fonda sull'elementare rilievo per cui occorre, prima di tutto, determinare i fatti che hanno dato luogo alla controversia: una volta compiuta questa necessaria e preliminare operazione, è possibile procedere alla qualificazione giuridica di quei fatti; e, infine, in riferimento ai fatti allegati e alle conseguenze che ciascuna parte intende trarne, si può procedere all'accertamento di quei fatti, aprendo l'istruzione probatoria». (Relazione Acone e Lipari).

Poco, ma ragionevole... il che non è poi tanto poco.

D) «Il processo cautelare». È opinione comune che la riforma del settore sia cosa buona. E non c'è dubbio che lo sforzo di organicità normativa sia stato notevole e che ne sia derivato un modello che prima mancava e che ha subito modifiche sicuramente *in progress* (Corte cost. n. 253 del 1994 sull'ambito del reclamo, processo societario, legge n. 80/2005). Non incrinano la bontà del modello taluni limiti che potremmo dire limiti degli interpreti: attuazione, cautelare non destinato ad esecuzione diretta, compatibilità, regime dei provvedimenti incidentali.

Ma essere un buon modello significa solo rappresentare un buon equilibrio concettuale. Non sappiamo invece se la sua «bontà» migliora la situazione sul campo. La mia esperienza (quanto vale? Poco se se ne considera la unilateralità e la limitatezza, ma sicuramente essa ha una sua dignità in quanto elemento non arbitrario di valutazione) è quella di un non commendevole *self-restraint* che corrisponde alla progressiva deresponsabilizzazione del giudice civile. Una volta c'era il pretore (quel pretore che andava a dorso d'asino a fare le ispezioni nelle possessorie e a raccogliere sul posto le sommarie informazioni) che concedeva il provvedimento d'urgenza sul *fumus* e sul *periculum* in coscienza e autonomia; questa autonomia è venuta a mancare quando il giudice ha cominciato a cautelarsi contro la possibilità di doversi contraddire in futuro. Può darsi che questo sia un bene, ma va notato che la concessione del provvedimento si è rarefatta: è la progressiva deresponsabilizzazione del giudice civile.

5. – La riforma del 1990 dà motivi di soddisfazione ai teorici ma lascia la pratica come l'aveva trovata.

Nel frattempo la dottrina polemizza molto, e si parla di snaturamento per colpa della controriforma introdotta con il d.l. 432/95 confluito poi nella legge n. 534/1995, «imposta – come scrive un battagliero autore – in punta di baionetta da tre mesi di scioperi dell'avvocatura». Avvengono peraltro molte cose, qualcuna prevista o prevedibile, altre impreviste e imprevedibili: la creazione del tribunale monocratico (organo in precedenza inconcepibile, essendo la collegialità un elemento della definizione stessa di tribunale); lo spostamento d'accento sulla normativa ordinamentale che dà vita al giudice di pace (che, con la legge 374/1991, poi aggiornata dalla legge n. 468/1999, sostituisce il vecchio giudice conciliatore) e poi alla soppressione delle antiche Preture (c.d. giudice unico di I grado: decreto legislativo n. 51/1998); la seconda riforma dell'arbitrato<sup>19</sup> (legge n. 25/1994); la riforma del diritto internazionale privato e processuale (legge n. 218/1995 che rivoluziona la topografia tradizionale portando fuori dal codice le norme sulla giurisdizione italiana rispetto alla giurisdizione del giudice straniero); la redistribuzione della giurisdizione interna (il d.lgs. 80/98, la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500/99, il moltiplicarsi dei riti a seguito della riscrittura di discipline sostanziali, l'inserzione nell'art. 111 Cost. del concetto di «giusto processo» e del concetto di «ragionevole durata» (che tanti disastri provocherà più tardi, senza nulla accelerare).

---

<sup>19</sup> Dopo quella del 1983.

In questa temperie si riapre il cantiere delle riscritture radicali del codice. L'esperienza della riforma parziale e settoriale ma sempre dichiaratamente in avanguardia di una riforma di cui nessuno ha idea, lascia il campo a seri progetti di nuovo codice. Il primo dei quali va sotto il nome di «Progetto Tarzia» (dal nome del rimpianto grande giurista che presiedette la commissione ministeriale incaricata della sua stesura): tramite un richiamo espresso al progetto Liebman, il progetto Tarzia è il progetto ambizioso (se non di un codice totalmente nuovo), di un codice radicalmente rinnovato. La commissione ritenne di dover rispettare l'assetto generale dato dal Parlamento (nelle riforme del 1990 e 1995) al processo ordinario di cognizione ed ai procedimenti cautelari (procedendo solo marginalmente ad integrazioni e correzioni), ma agì in profondità nella riscrittura della parte generale, del processo di esecuzione e degli altri procedimenti speciali, materie sulle quali il codice era «fermo dal 1942». La commissione presentò il suo lavoro formulando 51 punti che, distinti per materia, formavano altrettante proposte specifiche<sup>20</sup>.

Il progetto Tarzia scivola nelle acque del succedersi delle legislature e dell'alternarsi delle maggioranze politiche, ma con la sua scomparsa non si perde lo spirito della rifondazione del codice: alla fine del secolo ed a cavallo del nuovo, è un po' come se, per la prima volta, si sentisse la consumazione storica di un codice pensato più di sessanta anni prima. I problemi possono ormai essere catalogati, quelli risolti in via giurisprudenziale possono essere metabolizzati in disposizioni

nuove, quelli irrisolti possono essere affrontati con soluzioni fresche. Il testimone del progetto Tarzia è preso dal progetto Vaccarella, che ambiziosamente recupera molte delle soluzioni del Tarzia, ma innova radicalmente sul versante dell'introduzione del giudizio e della gestione del contraddittorio<sup>21</sup>.

Il progetto Vaccarella naufraga nella sua ambizione, complici l'ostilità della corporazione dei magistrati e l'indifferenza sospettosa del conservatorismo accademico. Dalle sue costole vengono però fuori il processo societario, il decreto legislativo n. 40/2006 (riscrittura del giudizio di cassazione e dell'arbitrato) e, in parte, le riforme (parlamentari) del plesso 2005/2006.

Il rito societario. Particolare ed innovativo<sup>22</sup> il rito decreto legislativo n. 5/2003 istituzionalizza al massimo grado la distinzione in fasi ma permette una regolazione elastica delle singole fasi. Nasce male, macchiato da sospetti di turpitudini politiche, anticipato da un *Syllabus* del Consiglio Superiore della Magistratura in veste di «Parere» nel cui *non prevalebunt* si leggono in filigrana gli sviluppi futuri.

---

<sup>20</sup> V. per tutti R. Vaccarella, in *Riv. dir. proc.* 1996, 945. Se la legge 353 del 1990 toccava l'esecuzione forzata esclusivamente sotto due profili marginali (conversione del pignoramento e intervento nella piccola espropriazione mobiliare), molto incisivo appare invece il tentativo della Commissione Tarzia che elabora quaranta criteri direttivi raggruppati in sette punti (poteri del giudice, titolo esecutivo, opposizioni, intervento dei creditori, pignoramento, fase liquidativa ed espropriazione di beni indivisi).

<sup>21</sup> F. P. Luiso, B. Sassani, *Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (sez. Archivio).

<sup>22</sup> Non in assoluto – v. N. Picardi, *Prefazione alla quarta edizione del Codice di procedura civile*, XXXVI, che ricorda le similitudini del modello nella «Procedura c.d. in contraddittorio» del Codice sardo del 1854 e poi del «Procedimento formale» del codice del 1865; ricorda ancora la trattazione preliminare della causa basata sul libero scambio di comparse fuori udienza del progetto Acampora – Gonella.

Il modello è concettualmente semplice: si basa su una fase di scambio tra le parti degli atti difensivi fino al momento in cui la parte che ritiene matura la causa per la trattazione *apud judicem* chiude lo scambio e chiede l'udienza; l'udienza è integralmente collegiale ed è fissata con un decreto che fa il punto della causa; la decisione è presa in forma semplificata. In realtà la macchina approntata si rivela subito complessa da gestire, piena di sassolini tra gli ingranaggi: si inceppa subito per le difficoltà di apprendimento del ceto forense e per la mancanza di un protocollo di vera collaborazione tra avvocati e giudici. Se gli avvocati fanno mostra, intorno al nuovo rito, del *poujadisme* che li caratterizza come classe eterogenea e chiassosamente inconcludente (dapprima, a scatola chiusa, plaudono – o almeno plaudono gli esponenti dell'associazionismo forense – poi, costretti sul campo a ristudiare i meccanismi e ad adeguare i costumi, protestano), i giudici lasciano cadere ogni opportunità di stilare un vero protocollo di collaborazione e, talora, sabotano.

Il modello riceve forti critiche, non per i suoi veri difetti però : critiche strumentali, retoriche, fantasiose eppure destinate a vincere. Ha due grandi difetti obiettivi.

Il primo è l'ingovernabilità pratica delle situazioni caratterizzate dalla pluralità di parti, con la moltiplicazione e l'incrocio di notifiche, depositi, moltiplicazione di termini e necessità di prevedere sviluppi poco prevedibili e faticosamente gestibili (la professione di avvocato è già stressante di suo e Dio solo sa quanta voglia abbiano i legali di incrementare il livello di stress). Il secondo è meno evidente ma non meno reale: è l'incongruità di sommare (per dirla con l'efficace immagine di F. P. Luiso) la «logica del semaforo» alla «logica del *roundabout*». Il semaforo predetermina le precedenze ed i relativi tempi di passaggio indipendentemente dal volume e dalla direzione del traffico, la rotatoria fa dipendere le precedenze dalle situazioni di fatto che si creano a mano a mano, e lascia dipendere i tempi del passaggio dal traffico effettivo. Un meccanismo inteso a lasciare alle parti la conduzione della fase introduttiva e acquisitiva della materia del contendere, doveva probabilmente astenersi dal riprodurre, esasperandola, la ragnatela di termini, sbarramenti, preclusioni con il suo minaccioso corollario di estinzioni misteriosamente annidate nelle pieghe della procedura.

In realtà però , il rito societario viene attaccato (e distrutto) non tanto per i suoi difetti reali, quanto piuttosto per l'insieme di difetti immaginari che gli si imputa: il panico dell'irragionevole durata, la «privatizzazione (?) della giustizia», la «riduzione del ruolo del giudice». Il primo è uno slogan quasi impudico (come se i processi a rito ordinario durassero poco e facessero mostra di efficienza) che non tiene conto dei veri fattori dell'allungamento dei tempi; il secondo è slogan privo di senso; la terza è un'accusa cervellotica se solo si confronta il ruolo di «vigile urbano» del giudice istruttore nel rito ordinario (intento a controllare il rispetto dei termini perentori del deposito delle memorie ex art. 183 c.p.c.) con il ruolo attivo del giudice chiamato a redigere il decreto di fissazione dell'udienza nel rito societario. La verità è che poche cose urtano il senso di casta della magistratura quanto l'idea che l'incedere del giudizio possa scivolare, anche solo in parte, dal giudice alle parti, o meglio, alla parte che ha interesse alla decisione.

Il sabotaggio comincia immediatamente con l'indecorosa fissazione dell'udienza – laddove chiesta tempestivamente (magari dall'attore alla prima replica) – ad anni di distanza<sup>23</sup>. Procede con la *interpretatio in malam partem* che, nel dubbio fa prevalere cause di nullità e di estinzione sulla possibilità di proseguire verso la sentenza di merito<sup>24</sup>. Avanza con l'adesione prestata dalla Corte costituzionale all'algoritmo contenuto nel parere del Consiglio Superiore della Magistratura, parere che essa zelantemente cura di svolgere con coerenza e lucidità: incostituzionale l'art. 13 del d.lgs., che aveva dato alla contumacia il valore di *facta confessio* (scelta evidentemente troppo avanzata a cui viene opposto un riflesso condizionato)<sup>25</sup>, incostituzionale la normativa sulla connessione (che permetteva al rito societario di prevalere su altri riti attraendoli a sé)<sup>26</sup>.

In queste condizioni l'abrogazione – legge n. 69/2009 – giunge quasi come una liberazione. La cancellazione dell'intero corpus (fa eccezione l'insieme delle norme su arbitrato e conciliazione) porta però con sé l'ingiustificata abrogazione dell'art. 19 e dell'art. 24 del decreto legislativo, con la scomparsa purtroppo di due preziosi istituti che, estranei alla logica del rito societario, non ne dovevano necessariamente seguire la disfatta.

L'art. 19 d.lgs. n. 5/2003 era il tentativo di introdurre nel sistema un meccanismo di *référé provision*, cioè di decisione veloce eppure svincolata dalle strettoie della tutela cautelare, esecutiva, giustificata dalla sua utilità concreta ma non frenata dalla responsabilità di dover pervenire ad un vero e proprio accertamento del diritto destinato a fare stato. L'istituto si fondava sul rivoluzionario principio della commisurazione dell'autorità del provvedimento all'interesse concretamente speso in giudizio, l'interesse necessario e sufficiente a permettere la pronuncia di un provvedimento esecutivo senza giudicato, cioè il massimo che si vuole e può raggiungere in molti casi<sup>27</sup>. L'art. 24 dello stesso decreto era invece il tentativo di immettere nel sistema un meccanismo di effettiva accelerazione, dando finalmente un contenuto al (tanto decantato quanto vuoto in pratica) principio di economia processuale. Sulla felice esperienza del processo amministrativo, si consentiva al giudice che ritenesse fondata la domanda cautelare proposta in corso di causa, di sfruttare l'eventuale maturità della causa per decidere direttamente del merito. Troppa elasticità, deve aver pensato qualche zelante difensore della suddivisione in fasi della procedura e della sacralità delle forme del processo ordinario di cognizione. Cioè troppo avanti rispetto alla pietrificazione del processo a cui assiste sgomento l'operatore.

---

<sup>23</sup> «Mettetevi in fila, nessuna corsia preferenziale», sembra essere il motto di molti giudici, dimentichi che obiettivo primario della legge delega (l. n. 366/2001, art. 12) era stato proprio la promulgazione di norme «dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti » tanto nella materia societaria quanto nelle materie dell'intermediazione finanziaria, bancaria e creditizia.

<sup>24</sup> Per un caso esemplare in tal senso (sabotaggio giudiziale della norma che consente la notifica diretta da parte del procuratore per posta elettronica o per fax) v. B. Sassani, *Serio e faceto nella giurisprudenza: considerazioni della notifica tra avvocati nel rito societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>25</sup> B. Sassani, F. Auletta, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»*, in *Riv. dir. proc.* 2008, p. 519 ss.

<sup>26</sup> B. Sassani, F. Auletta, *Ansia da incostituzionalità e processo societario: ancora una discutibile applicazione di giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 203 ss.

<sup>27</sup> R. Tiscini, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino 2009.

All'abrogazione sopravvive invece l'intuizione della possibile autonomia del provvedimento che – ottenuto con la tecnica della procedura cautelare – «anticipa» gli effetti della sentenza di accoglimento, superando, il dogma della strumentalità piena ribadito nella legge n. 353/1990 (la soluzione perviene al processo societario dal Progetto Tarzia). Nonostante la brutta etichetta appioppatale – «strumentalità attenuata» – la cosa esprime la logica dell'«interesse minimo sufficiente» sul quale si ritaglia la quantità di tutela giurisdizionale necessaria e sufficiente. Il contenuto dell'art. 23 del d. lgs. n. 5/2003 passa senza colpo ferire nella legge n. 80/2005 che modifica l'art. 669-*octies* c.p.c.

6. – Le riforme 2005/2006 segnano in negativo il progetto di riscrivere daccapo il codice. Pur prendendo molto materiale dal progetto Vaccarella, ne sanciscono l'esaurimento della spinta propulsiva verso l'adozione di un codice nuovo di zecca.

Per l'osservatore, e per l'operatore costretto ad aggiornarsi di continuo, ormai il sistema appare impazzito, poiché le stagioni delle riforme si inseguono sempre più ravvicinate. Dopo quello del societario, è il tempo del decreto legge c.d. competitività (n. 35/2005), con la sua legge di conversione (n. 80/2005) e, a stretto giro, il d. lgs. N. 40/2006 che riscrive il giudizio di cassazione e l'arbitrato, e le leggi n. 263 del 2005 e n. 52 del 2006 che aggiungono altre novità alla riscrittura del libro III del codice già operata con la legge n. 80/2005.

Lasciamo da parte l'arbitrato il cui *corpus* era stato sottoposto già a due serie riforme (nel 1983 e nel 1994) che ne avevano modificato profondamente i connotati. Diamo un'occhiata invece al processo di cognizione e, soprattutto, al tentativo di riscrivere le norme intese a favorire quella razionalizzazione-accelerazione che non si riesce a trovare. Si ritorna quindi al gioco delle preclusioni e del loro rapporto con la trattazione, sempre nell'illusione di riuscire a trovare la chiave dello scorrimento. Viene eliminata l'udienza dell'art. 180, sdegnata come udienza inutile. Inutile essa certo è<sup>28</sup> ma è futile dare alla norma un potere che la norma non ha, quasi che essa possa accelerare o rallentare un processo che mostra ad ogni passo di non sopportare tempi e ritmi che non siano quelli dello smistamento e delle tappe secondo carichi di lavoro propri dell'organizzazione dell'organo giudicante. Ed appare senza dubbio più razionale stabilire una sola udienza con accorpamento dei termini, ma, in sé, né il precedente assetto, né quello originario del 1990 erano meno razionali, astrattamente razionali voglio dire.

L'andamento effettivo del processo non gode di un'accelerazione rilevante nel nuovo assetto: nella conduzione operata dai giudici delle due udienze in cui si era scissa la fase introduttiva (accusata all'origine di garantire il comodo degli avvocati) Giovanni Verde aveva visto «la convenienza dell'ufficio» far premio sulle effettive esigenze difensive delle parti: «riprova nel fatto che raramente i giudici si avvalgono del potere di rinvio ex art. 168-*bis*» perché «ritengono che soltanto l'udienza ex art. 183 presuppone una preventiva lettura degli atti». Il sistema del nuovo 183 si

---

<sup>28</sup> Anzi dannosa, considerate le interpretazioni datane: v. B. Sassani, *La prima udienza di comparizione e il «diritto al termine» del convitato di pietra*, in *Giust. civ.* 2000, I, p. 229 ss.

presenta all'apparenza più razionale, non fosse altro che per l'economia di eventi inutili che presentava il vecchio sistema degli art. 183/184. Ma vediamo un po' quel che accade: dopo sei anni di nuovo regime l'esperienza pratica è quella di una influenza sull'andatura molto ridotta. L'udienza dell'art. 183 c.p.c. nella sostanza ha preso il posto dell'udienza dell'art. 180: giudice impreparato e mentalmente disposto solo al controllo del rispetto delle forme dell'introduzione (nemmeno a parlare dell'applicazione del comma 4, cioè della rilevazione d'ufficio di questioni), termini sicuri anche quando sarebbero inutili, e fissazione di una udienza su cui aleggeranno necessariamente le istanze istruttorie già formulate: se tutto va bene in essa se ne discuterà e il giudice (se non si riserverà) fisserà una nuova udienza per l'assunzione. Questa udienza viene spesso espressamente chiamata «udienza per la trattazione», il che prevede che non sarà l'udienza per l'assunzione<sup>29</sup>. C'è un particolare: mentre tra l'udienza dell'art. 180 (versione 1995) e quella dell'art. 183 passava un termine tutto sommato breve, oggi la seconda udienza viene fissata a tempi lunghi. Si ripristinano severe preclusioni, secondo lo schema della legge n. 353/90. Ma non cambia molto. La prassi forense – che è materata di una *koine* fatta di riflessi condizionati trasmessi a vicenda – aveva comunque mantenuto un atteggiamento cauto che portava il convenuto a difendersi tempestivamente e compiutamente tutte le volte che esso reputava opportuno spendere eccezioni. La riforma ha solo irrigidito questa prassi. Per il resto, non è il ritmo imposto alle parti per gli atti iniziali che influisce seriamente sul passo del processo.

Come accennato, la legge n. 80/05 generalizza la c.d. strumentalità attenuata (uso qui una formula che non mi piace ma che è passata nell'uso) già sperimentata nel rito societario. Del dogma della strumentalità secca, la Relazione Acone Lipari non aveva neppure dubitato, ed esso è ribadito da una letteratura sostanzialmente unitaria («Le linee direttrici della disciplina (...) sono rappresentate (...) dall'instaurazione di un rigido, ma corretto, nesso di strumentalità tra provvedimento cautelare e processo a cognizione piena») <sup>30</sup>, che però si ritroverà pressoché compatta a considerare cosa naturale la c.d. «strumentalità attenuata».

Nel 2009 si riprende con impegno a riformare, e si opera su molti punti. La legge n. 69/2009 è eterogenea: accanto ad un affannoso tentativo di razionalizzare ancora una volta l'esistente, presenta aspetti decisamente innovativi. In parte essa quindi risponde a domande che la pratica aveva sollevato nel frattempo, in parte dà risposta a domande che nessuno si poneva; in ogni caso apre la strada a una nuova stagione riformatrice <sup>31</sup>.

Proprio a quest'ultimo proposito vale la pena di spendere qualche considerazione. Si è più su accennato che la legge del 2005 aveva ripudiato la possibilità (espressa dall'art. 19 d.lgs. n. 5/03) del provvedimento esecutivo senza giudicato, e che la cosa trova una spiegazione a posteriori nel cambio di prospettiva attuato dalla riforma del 2009. L'art. 19 era stato il tentativo di introdurre in qualche modo il congegno di sfortimento rappresentato dal *référé provision* francese e viene

<sup>29</sup> «È possibile che il giudice, dopo che le parti abbiano depositato le memorie di cui al comma sesto, anziché pronunciare l'ordinanza istruttoria, fissi una nuova udienza per discutere delle ordinanze stesse» F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 4a ed., vol. II, § 6.16.

<sup>30</sup> A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2002, 652.

<sup>31</sup> Per uno sguardo di sintesi, B. Sassani, *A. D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

sostituito da un procedimento che del *référé* non ha più niente e che preannuncia un altro episodio di ingegneria dei castelli in aria. Il «procedimento sommario di cognizione» introdotto dagli artt. 702-*bis* ss. della legge n. 69/2009 mira ad una pronuncia che si risolve in un accertamento destinato a fare stato tra le parti. E proprio questa scelta spiega la riluttanza dei giudici a usare il procedimento, o meglio, spiega il troppo disinvolto ricorso allo strumento della conversione del rito (da sommario in ordinario): la conversione riporta tutto sul binario della calendarizzazione a tempi lunghi, che permette la deprimente routine dei giudizi. Non c'è da stupirsi se (a tre anni dalla introduzione) l'impiego dell'istituto appare assai ridotto<sup>32</sup>.

Eppure, prima ancora di sottoporlo al test dell'esperienza, il nuovo rito sommario diventa uno dei tre modelli procedurali posti dall'art. 54 della legge n. 69/2009 a base di quel «codice satellite» che è la riunione dei riti speciali operata in seguito dal decreto legislativo n. 150/2011<sup>33</sup>.

Di riforma in riforma, «l'ultima è sempre la penultima». La legge n. 69/2009 di questo ha fatto addirittura un programma, dato che il suo art. 54 conteneva la delega al governo per la «semplificazione dei riti civili» extracodice, delega che porta al decreto legislativo n. 150/2011. Legge quest'ultima anticipata da un altro decreto legislativo – subito esaltato come «rivoluzionario» dalla retorica corrente – che ha egualmente la sua radice in una norma di delega (l'art. 60) della legge n. 69/2009. È l'introduzione nel sistema della mediazione obbligatoria, cioè dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione<sup>34</sup>, tentativo di aggiramento di un processo la cui perenne riforma ormai esprime solo la sua sostanziale irrimediabilità.

«Mentre queste parole vengono scritte» altre riforme, di ogni dimensione vengono attuate o annunciate. La ricognizione è ardua e, da un punto di vista «scientifico» sostanzialmente inutile. «Dopo sessanta anni il codice di procedura civile è ormai ridotto ad un mosaico di sopravvivenze»: gli anni sono diventati settanta, se vogliamo aggiornare queste parole di Nicola Picardi del 2004. Tra discipline transitorie e sovrapposizioni scoordinate avanza lo spettro della illeggibilità.

7. – Nel tempo necessario per la stampa di quest'articolo, la situazione continua a muoversi, solo che il moto accelera, anzi precipita. Sezioni specializzate in materia di impresa, riscrittura dell'appello, eliminazione del controllo di logicità nel giudizio di cassazione, rideterminazione delle circoscrizioni giudiziarie, procedimento nuovo di zecca per i licenziamenti di cui all'art. 18 dello statuto dei lavoratori. E altro, altro ancora è alle porte, a stare ai ben informati: siamo tutti Achille alle prese con l'inesorabile tartaruga. Il processo non funziona: legiferiamo, attacchiamo da tutte le parti, tagliamo perché non è più tempo di lussi costosi. L'appello è un lusso, ci dicono, ridurlo ai minimi termini ci darà un punto in più di PIL (si è letto anche questo). Come fare? Un po' come il capo della *fire brigade* di Chicago che, avendo notato che dove c'erano più danni da

<sup>32</sup> Numeri irrisori si trovano nell'indagine statistica di Gerardo e Mutarelli, *Procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c.: primo bilancio operativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>33</sup> B. Sassani, R. Tiscini (a cura di), *La semplificazione dei riti civili*, Roma 2011

<sup>34</sup> R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel decreto legislativo n. 28/2010*, Torino 2011

incendi, crolli o inondazioni c'erano anche piu` pompieri in opera, penso` bene di risolvere la situazione mandando meno pompieri sul posto. Riforme? Definiamole così se ci piace, forse si tratta solo di maldestri interventi chirurgici, addirittura in qualche caso di operazioni di autopsia. Le nuove leggi stanno producendo il solito (notevole e raffinato) flusso di commenti <sup>35</sup> e non e` questa la sede per esegesi a carattere tecnico. E` pero` bene cominciare a chiedersi seriamente se si possa ancora parlare di «diritto» per il processo civile. Chi pensa ad una esagerazione non ha forse presente la follia della nuova disciplina dell'appello: la gestione del primo grado in tribunale e` sostanzialmente affidata ad un giudice monocratico (troppo spesso professionalmente inadeguato, come l'esperienza dei vari GOA e GOT insegna), senza quindi alcuna possibilità di controllo interno soprattutto quanto all'ammissione delle prove (o comunque alla gestione dell'istruttoria). Niente collegio e niente reclamo sulle prove. In questo scenario non solo si chiude la porta ad ogni istruttoria in appello ma si invita di fatto la Corte d'appello a sbarazzarsi rapidamente delle impugnazioni sulla base di un giudizio di «ragionevole probabilità di accoglimento» cioe` su una suggestione. Non ci sarebbe stato molto da sottilizzare se si fosse scelta la via della decisione immediata ex art. 281-sexies c.p.c. per le ipotesi di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'appello (sulla linea dell'art. 375 per il giudizio di cassazione), ma qui il collegio e` invitato a sbarazzarsi del lavoro sulla base di un'impressione. Un'impressione peraltro ad effetti funesti per la razionalità dell'insieme, perché l'ordinanza di inammissibilità apre la strada al piu` incredibile dei percorsi: l'acquisto della ricorribilità per cassazione per la sentenza di primo grado, il che – lo capirebbe chiunque – significa aprire un nuovo massiccio fronte per la Corte di cassazione. Con ritorno poi alla Corte d'appello per il caso di accoglimento del ricorso. Lo status di sentenza appellabile trascolora: astrattamente appellabile s`i, ma ricorribile per cassazione se riconosciuta concretamente inappellabile. E che significherà scrivere ancora che l'appello e` mezzo sempre pienamente devolutivo visto il taglio assoluto del *finding of facts* che lo porta ad assumere le sembianze di un mero controllo? Il calco dal neodiritto inglese (CPR, 52.3) e` evidente; meno evidente e` che lì le sentenze sono tradizionalmente incentrate sulla scomposizione analitica dei fatti (la conclusione in diritto si presenta inequivocabile a chi abbia la compiacenza di seguire il *finding*), onde ben si concepisce l'impugnazione come controllo di puro diritto soggetta a *leave* (o a *permission* come si deve ora dire). Nel nostro diritto, con il nostro povero primo grado, eterno, sbrindellato, testimone della successione di piu` giudici istruttori, con l'ultimo incline a rottamare il ruolo del dante causa, occorrerebbe un appello che fosse piuttosto l'*achèvement* del primo grado (come ben vedono i francesi). Un *favor judicati* tutto ideologico (e la cosa e` evidente gia` nella legge n. 353/1990) lo condanna alla paralisi, senza troppi rimorsi dal momento che la costituzione non prevede garanzia del doppio grado (c'e` chi lo ritiene un argomento).

Quanto alla nuova formulazione del n. 5 dell'art. 360, il senso sostanzialmente «revocatorio» del vizio denunciato vorrebbe forse riportare la situazione al paradiso perduto del rigore che precedette la riforma del 1950. La cosa non funzionò allora (e l'esperienza del codice del 1865 avrebbe dovuto

---

<sup>35</sup> La riscrittura della disciplina di appello e cassazione e` stata piu` volte esaminata in [www.judicium.it](http://www.judicium.it): vedi gli articoli di Giovanni Verde, Girolamo Monteleone, Claudio Consolo, Marco de Cristofaro, Mauro Bove, Giampaolo Impagnatiello, Dante Grossi, i ripetuti interventi di Remo Caponi e le opinioni di Valerio Tavormina, Bruno Capponi e Mariangela Zumpano.

insegnare qualcosa) ed è molto dubbio che possa produrre buoni risultati oggi<sup>36</sup>. Nella sostanza si elimina la base della piramide che caratterizza il controllo del giudizio di diritto per correre apparentemente in aiuto ad una Corte di cassazione ossessionata da se stessa, e che negli anni non ha trovato di meglio che rispondere con l'incremento del formalismo alle sfide dell'inflazione dei ricorsi (la trovata della «procura spillata» era sembrata il fondo, ma non si erano ancora visti gli incredibili abusi che hanno caratterizzato la vicenda dei quesiti e l'inquinamento della fiducia nella giustizia che va sotto il nome di «autosufficienza»).

Una sola domanda: ma che razza di diritto processuale possiamo ancora insegnare ai nostri ragazzi nelle università?

---

<sup>36</sup> B. Sassani, *La logica del giudice e la sua scomparsa in Cassazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).