

RELAZIONI TRA LE PARTI, I GIUDICI E I DIFENSORI. LA SINGOLARITÀ DEL CASO ITALIANO

Sergio CHIARLONI

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Diritto alla difesa tecnica e obbligo della difesa tecnica*. III. *Rapporti tra avvocati e parti dal punto di vista del costo del servizio: gli ordinamenti di common law a confronto con gli ordinamenti di civil law*. IV. *I rapporti tra le parti e il giudice dal punto di vista dell'imparzialità*. V. *I rapporti tra giudici parti e avvocati dal punto di vista della struttura generale del processo*.

I. PREMESSA

La relazione generale mi è stata assegnata alla fine di marzo a causa della rinuncia del relatore designato in origine. Questo fatto spiega lo scarso numero delle relazioni nazionali, la particolare fretta con cui esse sono state composte e, di conseguenza, almeno alcune delle manchevolezze della presente relazione.¹

Il tema da affrontare è molto vasto, coinvolge i valori fondamentali di qualsiasi disciplina del processo, si riflette nella quasi totalità degli istituti, e rinvia ad un'evoluzione storica bimillenaria. Ai fini di un'opportuna *actio finium regundorium* e per ottenere una sufficiente omogeneità nelle risposte da parte dei relatori nazionali, sarebbe stato necessario elaborare un questionario analitico. Purtroppo il tempo tiranno lo ha impedito. I pochi amici che hanno risposto positivamente alle mie richieste sono stati lasciati liberi di scrivere i pensieri loro suggeriti dal soggetto. In più, ho domandato di analizzare tre problemi che m'interessano particolarmente:

¹ Al trenta giugno erano pervenute le relazioni francese, inglese, peruviana, statunitense e tedesca. Non sono invece pervenute quelle brasiliana e italiana.

1. La disciplina della rappresentanza tecnica, con particolare riguardo all'obbligatorietà o facoltatività per il cittadino di essere difeso in giudizio da un avvocato.
2. La regolamentazione dell'incompatibilità del giudice per assicurarne l'imparzialità, con particolare riguardo alla cognizione della controversia in precedenti fasi della procedura.
3. La possibile emersione di un contrasto tra interessi di guadagno dell'avvocato e interessi di tutela del cittadino che esprime un bisogno di tutela giurisdizionale civile o che è sottoposto a procedimento penale. Eventuali conseguenze sulla struttura della disciplina.

Forse avrei dovuto aspettarmelo: tutti i relatori meno due non hanno fatto uso della libertà loro assegnata per muoversi secondo le loro inclinazioni nell'ampissimo spazio suggerito dal titolo. Tutti, meno i relatori peruviani e in misura minore la relatrice francese, si sono limitati a fornire risposte, a volte molto concise alle mie prime due domande, senza rispondere alla terza, evidentemente ritenuta alquanto stravagante. In qualche caso poi, la risposta non affronta il cuore del problema, tende a svincolarsi per vie traverse. Il che è indicativo di un atteggiamento della cultura del processo, che solitamente rifiuta di andare oltre la descrizione tecnica degli istituti presi in considerazione, a causa del disinteresse nei confronti dei valori sottesi alle scelte, via via fatte proprie dai singoli legislatori.

Le risposte dei relatori stranieri sono ad ogni modo sufficienti per mettere in luce, in via di contrasto, la particolare e molto preoccupante singolarità in cui si trova, da qualche tempo, la situazione italiana. Il legislatore del nostro paese si rivolge all'indietro. Sembra intenzionato a recuperare, a causa del momentaneo prevalere di un'ideologia ultraliberista all'interno della classe dirigente, concezioni dei rapporti tra giudice e parti (*rectius* i loro difensori), che si credevano ormai consegnate alla storia delle più antiche codificazioni. Una serie di riforme già approvate e in corso di discussione si pongono, infatti, in controtendenza rispetto alle linee evolutive delle discipline processuali degli altri Paesi, ivi compresi quelli di *common law*, cercando di ristabilire quel dominio delle parti sul processo e il prevalere della scrittura sull'oralità che fin da metà dell'800 avevano costituito il bersaglio dei riformatori, prima di tutto tedeschi, che avevano issato il vessillo della *Mundlichkeit* sugli spalti delle riforme processuali.

Quanto al processo penale, la tendenza evidente sembra essere quella di creare nei fatti due distinte filiere giurisdizionali, connotate da una

contrapposizione di classe, dove il moltiplicarsi dei controlli impugnatori, con effetti sospensivi del dibattimento, consente alle parti sufficientemente danarose per potersi pagare gli avvocati più abili, di difendersi dal processo anziché difendersi nel processo, allungandolo con continui e svariati incidenti fino al punto di poter godere di una declaratoria di prescrizione del reato oggetto di imputazione, anche se si tratta di reati gravi, come quelli, tipici dei colletti bianchi, di corruzione o concussione.

Quest'aspetto della situazione italiana emergerà meglio al momento dedicato all'analisi dell'ultimo punto. Procediamo dunque con ordine.

II. DIRITTO ALLA DIFESA TECNICA E OBBLIGO DELLA DIFESA TECNICA

Con riferimento al rapporto tra parti e difensori emerge una singolare contrapposizione tra Paesi di *common law* e Paesi di diritto continentale.

I relatori inglese e nordamericano sottolineano entrambi che il diritto di difendersi da soli nel processo, sia civile che penale costituisce “a basic constitutional right” del cittadino: tradizionalmente riconosciuto in Inghilterra, che non possiede una costituzione scritta² e ricavabile negli Stati Uniti per il processo penale dal sesto emendamento della Costituzione,³ sia pure con esclusivo riferimento al giudizio di primo grado, in quanto il singolo Stato o il Governo Federale possono pretendere che l'imputato sia rappresentato da un avvocato nel giudizio d'appello.⁴

Per quanto riguarda il processo civile, i due relatori mettono poi in rilievo che la rappresentanza personale, è addirittura resa necessaria negli Stati Uniti con riferimento ai c.d. *small claims* (cause di scarso valore economico in cui è proibito avvalersi dell'avvocato) e fortemente incoraggiata in Inghilterra, poiché in questa tipologia di cause non si applica il principio della soccombenza (se una parte desidera l'avvocato, ne dovrà pagare gli onorari, molto probabilmente superiori al valore della causa, anche nel caso che risulti vittoriosa).

² Grainger e Zuckerman, *Rapporto nazionale inglese*, p. 1.

³ Allen e Redish, *Rapporto nazionale nordamericano*, p. 1, che ricordano quest'interpretazione del sesto emendamento in *Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 1975.

⁴ Un'ulteriore restrizione alla possibilità di difendersi da soli nel processo penale inglese è messa in rilievo da Zuckerman, *op. cit.*, nota 2, p. 2 con riferimento ai processi di violenza sessuale, dove le recenti disposizioni dell'Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 vietano all'imputato di condurre la *cross examination* della parte offesa, che aveva dato luogo in passato ad abusi, con l'imputato che interrogava la sua vittima per parecchi giorni di seguito.

I relatori francese, tedesco e peruviano sottolineano, invece, che la rappresentanza tecnica o *ius postulandi* è non soltanto un diritto del cittadino cui lo Stato deve provvedere con forme di *legal aid* nel caso che egli sia povero, analogamente a quanto avviene nei due ordinamenti sopra ricordati (ma, nel caso degli Stati Uniti, solo con riferimento al processo penale).⁵ Essa è anche un obbligo, nel senso che, in linea di principio, la parte deve essere rappresentata in giudizio da un avvocato, a pena di nullità dell'intero procedimento. Uniche eccezioni consentite (ma non incoraggiate) riguardano le cause di scarso valore economico, con differenze piuttosto notevoli da Paese a Paese, con i due estremi rappresentati da un lato dall'Italia, dove la difesa personale è consentita per le cause davvero bagattellari (fino a 500 euro davanti al giudice di pace e per tutta la sua competenza solo se la parte ottiene dal giudice la relativa autorizzazione), e, dall'altro lato dalla Germania, dove, come ci ricorda il relatore,⁶ la difesa personale è consentita senza condizioni davanti ai giudici monocratici per le cause di valore entro i 5,000 euro.

E' anche importante rilevare una differenza ulteriore tra ordinamenti di *common* e ordinamenti di *civil law*, rilevabili nelle prassi invece che nella legislazione. Il relatore inglese fa notare che il ricorso all'autodifesa è piuttosto frequente nel processo civile, anche al di là degli *small claims*, dove, come abbiamo visto, è fortemente incoraggiato o, come negli Stati Uniti, addirittura imposto. Quindi vediamo parti che si difendono da sole non solo davanti alle *County Court*, ma anche davanti alla *High Court* e addirittura alla *Court of Appeal*. E il relatore americano fa notare come il ricorso alla *pro se representation* sia frequente tra le persone dotate di scarsi mezzi economici, quando non riescono ad ottenere un avvocato pagato dallo Stato. I relatori "continentali" fanno notare, al contrario, che il ricorso all'autodifesa è estremamente raro anche in quei pochi casi in cui è legislativamente consentito.

Su queste differenze è opportuna qualche riflessione ulteriore, che si concentri sui rapporti tra i difensori e le parti, nella prospettiva dei costi della giustizia.

⁵ Allen e Redish, *op. cit.*, nota 3, "the Supreme Court has held, quite contrary to criminal cases, that there is no general constitutional right for an indigent to have counsel appointed to assist in civil matters. In *Lassiter v. Department of Social Services*, 452 U.S. 18 (1981), the Court upheld the termination of parental rights with respect to an unrepresented indigent parent".

⁶ Reischl, *Relazione nazionale tedesca*, p. 2.

III. RAPPORTI TRA AVVOCATI E PARTI DAL PUNTO DI VISTA DEL COSTO
DEL SERVIZIO: GLI ORDINAMENTI DI *COMMON LAW* A CONFRONTO
CON GLI ORDINAMENTI DI *CIVIL LAW*

1. *In common law*

Una prima spiegazione del frequente ricorso all'autodifesa nei processi civili di *common law* può consistere nel rilievo che esso è fortemente facilitato in quegli ordinamenti per le seguenti due ragioni: in primo luogo la cultura giuridica non sembra essere appannaggio esclusivo di una ristretta cerchia di specialisti, ma è notevolmente diffusa tra la popolazione. Basti pensare che, ad esempio in Inghilterra, tutti i principali quotidiani hanno una o due pagine dedicate al diritto, che pubblicano e spiegano i più importanti precedenti della *Court of Appeal* e della *House of Lords*. In secondo luogo, va rilevato che gli organi del Ministero della giustizia (il Lord Chancellor) facilitano il cittadino che intenda accedere da solo alla tutela giurisdizionale, mettendogli a disposizione un ricco materiale illustrativo e soprattutto modelli prestampati degli atti introduttivi del processo, da riempire negli apposti spazi bianchi con i dati rilevanti per la lite, che poi si svolgerà nella discussione orale davanti al giudice, possibilmente in un'unica udienza. Rendere la giustizia alla portata di tutti senza l'intermediazione di un tecnico, non è, invece, un obiettivo diffuso nei Paesi di diritto continentale. Certamente non lo è Italia, neppure per quanto riguarda la giurisdizione del giudice di pace, malgrado le sollecitazioni da tempo provenienti da settori della cultura processual civilistica.⁷

Ma il motivo di fondo della diffusione dell'autodifesa nei Paesi di *common law* va ricercato nel costo enorme della difesa tecnica in quei Paesi, dove le tariffe professionali degli avvocati non sono stabilite per legge come nella maggior parte dei Paesi di diritto continentale, ma sono invece lasciate al "libero" gioco del mercato e tradizionalmente stabilite su base oraria, il che, come vedremo ha avuto effetti nefasti oltre che sui costi anche sulle complicazioni e durate e processuali, cui solo recentemente si è cercato di porre riparo.

⁷ Cfr., se vuoi, Chiarloni, *la giustizia civile e i suoi paradossi*, in *Annali della Storia d'Italia Einaudi*, vol. XIV, Torino, 2000, pp. 404 ss.

Se mettiamo a confronto l’Inghilterra con l’Italia, che dopo il Portogallo e la Finlandia è il Paese con i costi processuali meno elevati,⁸ troviamo che, nel primo Paese i costi sono mediamente ben otto volte più elevati che nel secondo. Uno dei relatori inglesi, che da anni si batte appassionatamente contro le distorsioni provocate da questo stato di cose ha più volte denunciato come in una causa di medio valore sia del tutto normale che gli onorari degli avvocati delle due parti superino di gran lunga la posta in gioco.⁹

La conseguenza è stata, almeno fino a quando non saranno pienamente operative le recenti riforme che vanno sotto il nome di Lord Woolf, che l’accesso alla giustizia avvalendosi dell’opera di un legale è stato garantito in Inghilterra ai poveri in grado di accedere ai finanziamenti del *legal aid* e ai ricchi in grado di pagarselo direttamente,¹⁰ con esclusione di quel ceto medio che fin dai tempi di Aristotele e della sua *Politica* sappiamo costituire il nerbo della società. Senza contare poi il paradosso insito nel fatto che proprio il ceto medio contribuiva, per la massima parte, al finanziamento del *Legal aid* attraverso la fiscalità generale. Finanziamento sempre più oneroso per il bilancio dello Stato, poiché le parcelle presentate dagli avvocati dei cittadini ammessi al *legal aid* vengono pagate a piede di lista secondo i criteri usuali. Si pensi che lo stanziamento a bilancio per il 2000 era arrivato a sfiorare i due miliardi di sterline!

Naturalmente, questa situazione, politicamente oltre che finanziariamente inaccettabile, richiedeva urgenti rimedi. Messa rapidamente da parte l’idea, pur ventilata da qualcuno, di istituire un *public defender* impiegato civile dello stato per la difesa penale e civile dei meno abbienti,¹¹ i relatori inglesi ci informano sui rimedi che sono stati escogitati dalla riforma Woolf del 1998: In primo luogo l’introduzione del c.d. *Conditional fee agreement* (CFA). Si tratta di un accordo in funzione del quale l’attore non paga l’av-

⁸ Cfr. Marchesi, *L’inefficienza della giustizia civile tra domanda e offerta*, Il Mulino, 2002, pp. 855 ss.

⁹ Cfr., ad esempio, Zuckerman, *Quality and Economy in Civil Procedure. The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments*, in *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 14, n. 3, 1994, p. 353 ss. E nella relazione inglese viene ricordato che una questione relativa alla validità della notifica di una citazione passata attraverso i gradi di impugnazione consentiti può finir col costare decine di migliaia di sterline, discutendo la più preliminare delle questioni: se un procedimento è o no regolarmente iniziato!

¹⁰ “As a result, only the very rich and the very poor had meaningful access to justice”. Così Grainger e Zuckerman, *op. cit.*, nota 2, p. 6.

¹¹ Cfr., per notizie al riguardo, l’articolo anonimo in *The Independent* del 9 gennaio 2001.

vocato se perde la causa e, se la vince, oltre alla normale parcella (sempre calcolata su base oraria) gli riconosce una c.d. *Success Fee*, che, nella massima misura consentita dalla legge, può raggiungere il 100% del normale compenso orario. E siccome, nel caso che perda la causa, il cliente è comunque costretto a pagare l'avvocato dell'avversario in obbedienza al principio della soccombenza, che accomuna l'Inghilterra, contrariamente agli Stati Uniti, ai Paesi continentali, normalmente egli stipula una c.d. *After the event insurance policy* (ATE), con la quale l'assicuratore s'impegna a pagare le spese di giudizio del'assicurato nel caso che perda la causa. Tenuto conto che in questo schema l'attore che ha stipulato un CFA e un ATE se vince vedrà pagate dal soccombente al proprio avvocato sia la *hourly* che la *success fee* e si vedrà personalmente pagato il premio dell'assicurazione, è chiaro che l'unico rischio che egli corre consiste nel non poter recuperare il premio dell'assicurazione nel caso che egli sia soccombente

I relatori inglesi c'informano che questa novità si è diffusa tra gli attori in responsabilità civile per danni conseguenti alla circolazione stradale e cioè in una tipologia di contenzioso che copre una percentuale piuttosto rilevante nel totale delle cause civili portando così ad una diminuzione delle spese affrontate dal bilancio della giustizia per il *legal aid*, che non viene peraltro quantificata.

Certo, il vantaggio che uno schema del genere comporta sia per le casse dello Stato che per l'attore povero è innegabile. E il settore dove si è affermato rende meno gravi e stringenti le obiezioni successive, perché, da un lato, si tratta di un settore dove il tasso di accoglimento delle domande è assai elevato, anche per le regole che presidiano alla distribuzione degli oneri probatori che privilegiano la parte che agisce in giudizio, e perché, dall'altro, si tratta di un settore dove le parti in causa sono generalmente potenti compagnie di assicurazione, vuoi per la possibilità di esercitare l'azione diretta nei loro confronti come avviene per esempio in Italia, vuoi perché il contratto prevede quasi sempre che esse si assumano la difesa del convenuto a cui favore hanno stipulato la polizza.

Ma considerato su un piano più generale, sia il *Conditional Fee Agreement*, sia il cugino statunitense *Contingent Fee Agreement* (in minor misura poiché negli Stati Uniti non vige il principio della soccombenza che giustifica la seconda delle obiezioni che enunceremo) destano gravi perplessità per un giurista continentale.

La prima¹² objeción riguarda il fatto che con questo tipo di accordo si viene ad istituire un rapporto tra le parti e i difensori in cui questi ultimi vengono a costituire una sorta di filtro tra il cittadino e l'amministrazione della giustizia, poiché è evidente che l'avvocato sarà incline ad accettare l'incarico professionale proposto solo nella misura in cui accerti l'esistenza di buone probabilità di vittoria. Ovviamente un filtro del genere è previsto anche nel caso del patrocinio a spese dello Stato, dove apposite commissioni debbono valutare la non infondatezza *prima face* della domanda. Sennonché tra le due situazioni esistono due differenze importanti: in primo luogo le commissioni che valutano l'ammissione al gratuito patrocinio lavorano su standard di probabilità di vittoria sicuramente inferiori a quelli presumibilmente fatti propri dal singolo avvocato. In secondo luogo le commissioni sono istituzioni ufficiali per lo più composte da magistrati e non da privati individui.

La seconda obiezione riguarda la disciplina inglese. Come ho ricordato più sopra, i relatori sottolineano il fatto che il convenuto soccombente di fronte ad un attore che ha stipulato un patto di *Conditional Fee* e una *After the Event Policy* dovrà pagare al primo non solo le normali spese di causa che avrebbe pagato ad un attore "normale", bensì gli dovrà pagare anche la c.d. *Success Fee* e il premio pagato per l'assicurazione. Ora pare a me che una disciplina del genere darebbe luogo nel nostro Paese (ma forse non solo) a forti dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza, poiché non sembra ragionevole che le spese di giudizio che un soccombente deve pagare per una causa del medesimo valore siano suscettibile di più che raddoppiare a seconda che l'attore che si è trovato di fronte abbia stipulato oppure no un CFA e un ATE.

Del resto, il nuovo sistema è criticato sotto altri profili anche dai relatori nazionali, i quali osservano che esso è fonte di serie distorsioni del sistema dei costi. La ragione di ciò risiederebbe nella circostanza che le parti che stipulano gli accordi sopra menzionati sono totalmente indifferenti di fronte all'ammontare degli onorari richiesti dai loro avvocati e non hanno alcun

¹² Il relatore generale, come italiano, dovrebbe proporre un'ulteriore obiezione, poiché un patto di *contingent fee* andrebbe in rotta di collisione con uno specifico divieto introdotto dal codice civile del 1942 nella disciplina delle professioni intellettuali. L'articolo 2233, comma terzo prevede il c.d. divieto del patto di quota lite, stabilendo che "gli avvocati, i procuratori e i patrocinatori non possono neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni".

interesse a resistere per quanto esosi essi siano. E pur essendo vero che il soccombente non può essere chiamato a pagare costi irragionevoli, è anche vero, osservano i relatori, che la ragionevolezza è un concetto molto elastico, specialmente in un sistema basato su un calcolo orario, ed è comunque totalmente sciolto dalle regole di mercato, per il semplice fatto che il soccombente non può mai essere coinvolto in una trattativa con l'avvocato dell'avversario per determinarne il compenso. Inoltre, si sottolinea, l'avvocato che agisce in base a un CFA non ha alcun incentivo ad economizzare sui costi, perché il rischio di perdere la causa e quindi di non recuperare i suoi onorari è assolutamente minuscolo.

Sempre secondo i relatori nazionali va aggiunto (e personalmente condivido) che il sistema è criticabile anche da un punto di vista di analisi economica del diritto. Infatti il sistema CFA tende a generare un aumento complessivo dei costi di accesso alla giustizia, a causa dei costi addizionali rappresentati dai *Success Fee* e dai premi *ATE*. La conseguenza, essi osservano, non può che essere un aumento generalizzato dei premi di assicurazione per la responsabilità civile da circolazione di veicoli, con ulteriori conseguenze di aumento dei costi spalmate sull'intero sistema economico, a carattere regressivo, perché sopportato ugualmente dai membri della comunità, senza riguardo alla loro ricchezza. Nulla di sbagliato, essi concludono, nel far partecipare tutta la collettività dell'aumento dei rischi, ma c'è da domandarsi se i costi extra rappresentati dal nuovo sistema siano davvero necessari o se, per avventura, non ci sia da aspettarsi che, prima o poi diventi imperativo una modifica radicale, magari attraverso un abbandono dell'*Indemnity Principle* o principio della soccombenza.

2. *In civil law*

Osservo che i relatori di diritto continentale non hanno ritenuto di affrontare i rapporti tra parti e avvocati dal punto di vista dei costi professionali. Anche dal silenzio si può ricavare un significato. In questo caso il silenzio dipende dal fatto già accennato, che gli onorari degli avvocati sono in generale ragionevoli negli ordinamenti di *civil law*. Il buon bilanciamento del sistema sotto questo punto di vista spiega la poca attenzione dedicata alla questione dei costi.

Mi limito ad inserire qui una riflessione personale concernente la situazione italiana. Se i costi per gli onorari d'avvocato (che in Italia sfiorano il 93% del totale) sono bassi, bisogna aggiungere che essi sono mal struttura-

ti. E si tratta, purtroppo, di una strutturazione cattiva che incide negativamente su un indicatore d'efficienza nell'amministrazione della giustizia, per il quale si affacciano note dolentissime, quello delle durate processuali. Ciò dipende dal fatto che i compensi agli avvocati sono stabiliti per legge ponendo un legame diretto con le singole attività compiute nel processo, dalla partecipazione alle udienze alla compilazione degli atti. Ciò determina una tendenza alla divaricazione tra gli interessi di guadagno del professionista e gli interessi di tutela del cliente. In particolare per il piccolo professionista, che rappresenta un tipo sociologico in fortissimo aumento soprattutto negli ultimi tempi (abbiamo ormai quasi 140,000 avvocati iscritti negli albi), la lunghezza e la complicazione delle cause finiscono con il rappresentare quasi una necessità imperativa per la sua sopravvivenza, rendendo tuttora attuale il vecchio brocardo *dum pendet rendet*. Tanto è vero che per il processo civile diventano sempre più frequenti i casi, soprattutto al Sud, di frazionamento del medesimo credito in più domande, sia in sede di cognizione che esecutiva (e sono casi purtroppo consentiti dalla giurisprudenza delle sezioni unite). In questo settore sarebbe davvero necessario un intervento urgente del legislatore che, da un lato, vietasse esplicitamente il ricorso al frazionamento delle domande, di fronte ad un unico bisogno di tutela giurisdizionale, e dall'altro, seguendo l'esempio tedesco, ristrutturasse la disciplina degli onorari d'avvocato stabilendoli in una percentuale del valore della causa indipendente dal tempo di lavoro (rendendo così inutile ogni sforzo per dilatarlo) e magari prevedesse, ancora come in Germania, un aumento di questa percentuale nel caso di definizione immediata o breve della controversia tramite conciliazione o transazione.

IV. I RAPPORTI TRA LE PARTI E IL GIUDICE DAL PUNTO DI VISTA DELL'IMPARZIALITÀ

Secondo la prospettiva dei relatori nazionali il problema dell'imparzialità del giudice appare piuttosto semplice. Come c'era da aspettarsi, possiamo anche qui vedere una differenza tra ordinamenti di *civil* e ordinamenti di *common law*. La differenza consiste nella circostanza che, mentre nei primi ordinamenti i casi di incompatibilità (o astensione-ricusazione) del giudice sono stabiliti dalla legge, nei secondi sono frutto di elaborazione giurisprudenziale, pur dovendosi tener conto per l'United Kingdom dell'entrata in vigore il 1o. ottobre 2000 del Human Right Act del 1998 che rende diritto interno la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il relatore

inglese fa notare come la mancanza di una “set procedure” per risolvere i problemi che possono sorgere a causa di un sospetto di mancanza di imparzialità del giudice sollevato da una delle parti comporti una notevole discrezionalità del giudice, che risolverà il problema chiedendosi se un osservatore informato e “fair minded”, dopo aver considerato i fatti, concluderebbe per l’esistenza di una reale possibilità che il giudice fosse prevenuto. Il relatore americano cita una serie di casi, facendo risaltare l’importanza che una “appearance of justice” sia mantenuta. Dal punto di vista di una molto criticabile tendenza nel nostro paese di stabilire l’incompatibilità del giudice che abbia idee politiche opposte rispetto all’imputato nel processo penale è interessante il riferimento ad un caso del 1972 in cui Rehnquist scrisse che le opzioni di valore del giudice non mettono a repentaglio la sua imparzialità, poiché “[p]roof that a Justice’s mind at the time he joined the Court was a complete *tabula rasa* would be evidence of lack of qualification, not lack of bias”.¹³

Nulla viene detto circa la ricusabilità del giudice a cognizione piena, che abbia già conosciuto del medesimo oggetto a cognizione sommaria ne devo dedurre che il problema non si pone negli ordinamenti di *common law*.

Risponde al quesito il relatore tedesco, sottolineando che l’incompatibilità del giudice che ha conosciuto della causa riguarda esclusivamente le ipotesi delle impugnazioni e precisa chiaramente che aver preso una misura cautelare, senza distinzione tra processo civile e processo penale, non comporta incompatibilità, poiché una misura per sua natura temporanea, “in technical terms, is not a matter of a previous instance”.¹⁴

Questa precisazione è molto interessante per un relatore italiano, che ha visto una lunga e tormentata vicenda della giurisprudenza costituzionale allargare per il processo penale le ipotesi d’incompatibilità secondo linee contrastanti con quelle appena delineate, sintomo di un certo provincialismo del nostro giudice delle leggi, che forse dovrebbe, nell’elaborazione della propria giurisprudenza, tener conto di quanto avviene in altri Paesi, specialmente se dotati di una costituzione rigida come la nostra.

Il codice di procedura penale del 1988 aveva fondato la disciplina dell’incompatibilità del giudice “determinata da atti compiuti nel procedimento” su una regola tanto semplice quanto tradizionale. Ai sensi

¹³ Allen e Redish, *op. cit.*, nota 3, p. 6.

¹⁴ Reischl, *op. cit.*, nota 6, p. 4.

dell'articolo 34 del nuovo codice di procedura nel testo originario, non può partecipare alle eventuali fasi successive del processo un magistrato che ha portato l'accusa, o rinviato a giudizio l'imputato, ovvero ha emanato nei suoi confronti provvedimenti di merito suscettibili di diventare definitivi. Si deve astenersi e, se non lo fa, potrà essere ricusato.

Il principio di ragione sotteso alla regola è intuitivo e viene a concretare una vera e propria regola di diritto naturale processuale, ovunque condivisa. Un essere umano, in modo particolare se si tratta di uno specialista, non è mai proclive a riconoscere di aver commesso un errore nell'esprimere un giudizio, ancorché complesso. La sua imparzialità sarebbe messa a rischio davvero gravissimo, se lo si chiamasse a rivedere criticamente il proprio operato. In altre parole, a contraddirsi. Ma un giudice parziale collide con l'idea stessa del giusto processo e, di conseguenza, anche con l'inviolabile principio costituzionale del diritto di difesa.

Oggi le cose non sono più così lineari. L'articolo 34 del nuovo codice di procedura penale è diventato irriconoscibile a seguito delle successive addizioni operate attraverso pronunce manipolative di accoglimento della Corte costituzionale.

Il controllo di costituzionalità ha fatto nascere nel corso di pochi anni, evocandole dalle pieghe della normativa, molte nuove ipotesi d'incompatibilità.

Si tratta d'ipotesi strutturalmente diverse da quelle in origine previste dal legislatore ordinario.

E' sempre in gioco, naturalmente, l'imparzialità del giudice. Ma secondo contorni, verrebbe voglia di osservare, non così netti come nelle ipotesi codificate in origine.

La Corte ha affermato l'incompatibilità del giudice che ha partecipato ad atti di un procedimento riguardante un certo imputato, anche se non si può mai trovare nella situazione, quando chiamato a decidere sulla colpevolezza di quel medesimo imputato, di contraddire se stesso, rispetto al suo operato di prima. Tanto per fare un esempio riferito alla sentenza più recente, la 131 del 1996: non contraddice se stesso il giudice del dibattimento che dichiara innocente l'imputato di cui ha respinto in sede di riesame il ricorso contro un provvedimento restrittivo della libertà personale, per aver ritenuto gli indizi di colpevolezza sufficienti, o addirittura gravi, come ora viene richiesto dal legislatore.

La Corte costituzionale ha invece stabilito che le pronunce *de libertate*, anche in sede di riesame o di appello, comportano valutazioni capaci di

interferire con il giudizio sul merito della *res judicanda*, così da compromettere (o far apparire compromessa) l'imparzialità della decisione finale. Questo perché "le pronunce cautelari presuppongono sempre un giudizio prognostico di segno positivo sulla responsabilità, ancorché basato su indizi e non ancora su prove".

Sembra chiaro, allora, che la Corte costituzionale ha voluto, come spesso succede, sostituirsi al legislatore ordinario con una serie di valutazioni di opportunità che gli andrebbero lasciate e che costituiscono il sintomo di un generalizzato clima di sfiducia nei confronti del potere giudiziario che viene da lontano e che si è da ultimo molto aggravato.

Certo è che la Corte costituzionale si è messa su una china assai pericolosa dal punto di vista del mantenimento di un minimo di funzionalità nell'amministrazione della giustizia. Una china sulla quale ha capito ad un certo punto di doversi arrestare.

La Corte insegna ora con la sentenza n. 177 del 1996 (significativamente con un diverso relatore rispetto alla sentenza n. 131) che non sono illegittime le norme le quali prevedono che sia lo stesso giudice del dibattimento, nel suo corso, a provvedere sulle misure cautelari personali. Per essere precisi, i casi affrontati dalla Corte sono solo quelli riguardanti la pretesa incompatibilità del pretore che, procedendo con rito direttissimo, ha convalidato l'arresto e disposto una misura cautelare nei confronti dell'imputato, da un lato, e del giudice del dibattimento che ha accolto una richiesta del pubblico ministero di applicazione di una misura cautelare personale per un reato concorrente, contestato in dibattimento, dall'altro. Ma è evidente, a leggere la motivazione, che la Corte intende accreditare un principio generale nei termini sopra enunciati.

Confessiamo che è alquanto difficile capire come mai l'imparzialità non sia messa a rischio quando il provvedimento cautelare è emesso nel corso del dibattimento e lo sia, invece, quando il giudice chiamato a decidere abbia pronunciato al riguardo in una fase anteriore. Al giurista ingenuo verrebbe spontaneo osservare che è semmai vero il contrario, vista l'influenza esercitata dal trascorrere del tempo sulla memoria e sulla capacità di cambiare opinione, cosicché si dovrebbe ritenere maggiormente prevenuto un giudice che ha appena ordinato la custodia in carcere dell'imputato sottoposto al suo giudizio nel dibattimento, rispetto al giudice che qualche mese o addirittura anno prima si è pronunciato su una richiesta di riesame.

I motivi messi in campo dalla Corte denotano comunque una notevole abilità formale. Si dice che importante è che il giudice non fosse incompa-

tibile nel momento in cui è stato investito del giudizio di merito. Il provvedimento cautelare innestato nel dibattimento non costituisce anticipazione di un giudizio ancora da instaurare, “ma, al contrario, si inserisce nel giudizio del quale il giudice è già correttamente investito senza che ne possa essere spogliato”, cosicché, si conclude, (e c’è da rimanere ammirati) “è la competenza ad adottare il provvedimento dal quale si vorrebbe far derivare l’incompatibilità che presuppone la competenza per il giudizio di merito e si giustifica in ragione di essa”.

Ma l’autentica ragione che ha fermato la Corte sull’orlo della declaratoria di incompatibilità la troviamo in altra parte della motivazione, ove dell’imparzialità ci si è (*pour cause*) dimenticati e si riflette sull’ “essenza” del processo, “per sua natura costituito da una sequenza di atti, ciascuno dei quali può astrattamente implicare apprezzamenti su quanto risulti nel procedimento ed incidere sui suoi esiti. Non può, quindi essere frammentato, isolando ogni atto che contenga una decisione idonea a manifestare un apprezzamento di merito ma preordinata, accessoria o incidentale rispetto al giudizio del quale il giudice è già investito, per attribuire ogni singola decisione ad un giudice diverso, sino a rompere la necessaria unità del giudizio e la sua intrasferibilità”.

Dietro queste parole, ispirate al bagaglio culturale del formalismo concettualista, s’intravede la volontà “politica” di esorcizzare due fantasmi, che si sarebbero materializzati, uno dopo l’altro, a voler perseverare con le declaratorie di incompatibilità.

Prima di tutto si sarebbe profilata la necessità di perfezionare, rispetto a quanto ora previsto, la separazione tra competenze cautelari e competenze di merito (con tutto quello che ciò significa in termini di complicazioni processuali e di allocazione di risorse).

Ma poi, quando fossero venute all’esame, continuando con l’inclinazione di partenza questioni relative ad altri provvedimenti del giudice del dibattimento che possono essere “sintomatici” di una prevenzione nei riguardi del decidere, si sarebbe profilata la necessità per il legislatore ordinario (o per un giudice delle leggi ancora più manipolatore di quanto non sia in questi tempi) di rivoluzionare la struttura del processo penale, indirizzandola verso un modello di separazione tra giudice che dirige il processo, risolvendo gli incidenti, e giudice che decide. Un traguardo verso il quale, molto opportunamente direi, non ci si vuole incamminare, anche perché —non essendo ipotizzabile una simile, rigidissima separazione di

competenze tra giudici togati— postulerebbe l'introduzione della giuria, istituto estraneo alle nostre tradizioni.

Rilevo, per concludere su questo punto, che la giurisprudenza della Corte in materia d'incompatibilità ha condotto alcuni giudici ordinari a sollevare analoghi incidenti con riferimento al processo civile, dubitando della compatibilità a conoscere poi della causa di merito del giudice che ha concesso un provvedimento cautelare come un sequestro conservativo. Ma qui la Corte, con poco riguardo per la coerenza degli atteggiamenti, visto che anche nei provvedimenti cautelari civili il giudice è chiamato ad una deliberazione circa la fondatezza nel merito della domanda, ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni sollevate.

V. I RAPPORTI TRA GIUDICI PARTI E AVVOCATI DAL PUNTO DI VISTA DELLA STRUTTURA GENERALE DEL PROCESSO

Chi scrive è da sempre convinto che l'evoluzione storica delle procedure, e in particolar modo della procedura civile è segnata da un movimento, non privo di contraddizioni e oscillazioni, verso modelli capaci di assicurare, nel rispetto di una serie di garanzie per le parti, raccolte sotto la parola d'ordine del giusto processo, provvedimenti di merito connotati da una corretta ricostruzione dei fatti rilevanti e delle norme giuridiche coinvolte. Il processo non deve né servire "in prima istanza" a garantire i livelli di reddito degli avvocati, né strutturarsi come un giuoco d'abilità dove vince non chi ha ragione, ma chi può avvalersi del "campione" e cioè dell'avvocato migliore.

Il vessillo che fin da metà ottocento ha sventolato sulle opere dei grandi riformatori continentali porta scritto, oltre che alla già ricordata parola simbolo dell'oralità, quelle della concentrazione, dell'immediatezza, della semplificazione, dell'aumento dei poteri di direzione del giudice su tutte le fasi della procedura. Un movimento evolutivo che si contrapponeva ai formalismi del processo scritto o fintamente misto, nel senso che la discussione orale della causa davanti al giudice si riduceva ad una vuota formalità: un'eredità trasmessa alle prime codificazioni ottocentesche, che non avevano sentito alcun bisogno di rinnovamento dal processo di diritto comune. Si trattava di un processo che continuava a rimanere nel dominio delle parti (*rectius*, dei loro avvocati), anche in base al pregiudizio liberista dello Stato *gardien de nuit*, quasi che la libera competizione tra i due avversari garantisse il miglior modo di produzione delle sentenze, senza

che i codificatori si rendessero ben conto di ereditare una struttura che all'epoca dello stato assoluto, particolarmente in Francia, era degenerata al punto di diventare un mezzo di estrazione di rendite parassitarie per giudici e avvocati a spese dei litiganti. Cosa che risultava non solo dai *cahiers de doléances* presentati agli Stati Generali,¹⁵ ma che costituiva da tempo un *topos* letterario.¹⁶

Le relazioni peruviana e francese, le sole (a parte qualche accenno nella relazione inglese) che hanno affrontato il problema dei rapporti tra giudici parti e avvocati secondo il punto di vista della distribuzione dei relativi poteri sullo svolgimento del processo si collocano perfettamente all'interno della cultura riformatrice.

Così i relatore peruviani, dopo aver descritto come una “situacion de injusticia institucionalizada” quella precedente al codice di procedura civile del 1993, dovuta all'influenza sul codice precedente, risalente al 1912, del vecchio codice di procedura civile spagnolo, sottolinea con vigore la scelta operata dal nuovo codice per l'oralità, la concentrazione e l'immediatezza e l'abbandono del vecchio pregiudizio secondo cui un processo scritto, senza contatto diretto tra il giudice e le parti garantirebbe l'imparzialità del giudizio.¹⁷ Con un apprezzamento molto deciso dell'interrogatorio libero non solo come mezzo di chiarificazione delle allegazioni, ma altresì come “auxilio de prueba”.¹⁸ I relatori rilevano poi che la previsione di un sistema severo di preclusioni, l'aumento dei poteri istruttori e di direzione del procedimento del giudice, la previsione, accanto al processo di cognizione ordinario di un procedimento abbreviato e di un procedimento “sumarisimo” hanno determinato una radicale diminuzione della durata media del processo civile, passata dai quattordici anni precedenti ai due anni attuali.

Il relatore francese si colloca sulla stessa linea, notando come il principio dispositivo esige da un lato, cosa ovvia, che le parti abbiano il dominio sul “se” (poteri d'impulso) e sulla “materia” (divieto di pronuncia *infra o ultra petita*) del processo, ma nello stesso tempo facendo presente che il

¹⁵ Ne tratta Petronio, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, Introduzione a *I codici Napoleonici*, T. 1, *Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del processo* a cura di Picardi e Giuliani, Milano, 2000, pp. X ss.

¹⁶ Cfr. Rabelais, *Gargantua e Pantagruelle*, trad. it., Torino, 1953, vol. I, p. 244.

¹⁷ Monroy Gálvez e Monroy Palacios, *Relazione peruviana*, p. 2.

¹⁸ *Ibidem*, p. 4.

nuovo codice di procedura civile realizza una ripartizione equilibrata dei poteri tra il giudice e le parti, nel senso che al primo spetta la “direction de l’instance”, sia pure approfittando della collaborazione delle parti e ascoltando i loro consigli e le loro esigenze.¹⁹ Egli ha il potere di dichiarare chiusa l’istruzione (articolo 782 NCPC), di rifiutare la concessione di un rinvio, anche se chiesto da ambedue le parti, di ordinare la loro comparizione personale, di ordinare d’ufficio i mezzi di prova che ritiene opportuni, di ordinare su richiesta di parte l’esibizione di mezzi di prova in possesso dell’avversario o di un terzo. Il tutto alla luce del principio generale sancito dall’articolo 10 NCPC, per cui “chacun est tenu d’apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité”.

Malgrado la scarsità dell’analisi, destano particolare interesse gli accenni contenuti nella relazione inglese alle grandi novità in ordine alla disciplina dei rapporti tra il giudice e le parti introdotte nel processo *adversary* dalle recenti riforme che vanno sotto il nome di Lord Woolf.

Come è noto, tradizionalmente, il processo civile anglosassone era un processo improntato al dominio delle parti (o meglio dei loro avvocati) per tutta la fase preparatoria e in modo particolare per quanto riguarda la c.d. *discovery* delle prove, soprattutto dei documenti. Si tratta, all’evidenza, di un frutto dell’ideologia individualistica e competitiva tipica della filosofia del *laissez faire*, che conduce a concepire il processo come un terreno di libero scontro fra parti contrapposte, in cui il giudice svolge un compito meramente passivo, di garante delle regole, senza atteggiamenti paternalistici,²⁰ che, si sostiene, metterebbero in dubbio la sua imparzialità.²¹ Anche se non si devono dimenticare alcune differenze con il processo continentale, che denotano doveri delle parti e poteri del giudice a quest’ultimo professo sconosciuti. Così, mentre nel processo continentale alle parti è riconosciuto il diritto consolidato di mentire e la mancata messa a disposizione di elementi di prova rilevanti a seguito di un ordine del giudice non viene sanzionata adeguatamente, nel processo anglosassone le

¹⁹ Ferrand, *Rapporto francese*, p. 2.

²⁰ Per l’illustrazione dell’origine storica dell’*adversary system* e del suo fondamento teorico: cfr. Landsman, *The Adversary System. A Description and Defense*, Washington-London, 1984, pp. 1 ss., 8 ss.

²¹ Cfr., anche per riferimenti, Jolowicz, *The Active Role of the Court in Civil Litigation*, in Cappelletti-Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-New York, 1975, p. 187. Cfr. anche Saltzburg, “The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge”, *Law Rev.*, 64 *Virg.*, 1978, p. 16.

parti sono tenute a collaborare al perseguimento della verità anche contro il loro interesse, sotto minaccia di vedersi irrogare le sanzioni —anche restrittive della libertà personale— che sono collegate all’istituto del *Contempt of Court*. Ad ogni modo, da qualche tempo ci si rendeva conto che lasciare la fase preparatoria, e in particolare la *Discovery* nel dominio esclusivo dei difensori determinava complicazioni eccessive della procedura con dilatazioni oltre il ragionevole dei tempi processuali. Questo soprattutto perché, essendo gli avvocati pagati su base oraria, come abbiamo già sottolineato, risultava per loro conveniente, ad esempio, scambiarsi grandi quantità di documenti, anche irrilevanti, il cui esame e classificazione richiedeva enormi quantità di tempo. (Fa parte dell’aneddotica inglese l’arrivo di furgoni davanti agli studi dei *barristers* a scaricare decine di falconi colmi di carte...). Non per nulla la *Law Society* di Londra ha denunciato che la *discovery* produce un effetto perverso sulla lunghezza dei processi, che è ingigantita per il fatto che i difensori tendono a produrre “montagne di carte”, da predisporre e da leggere a spese del cliente.²²

Senza contare poi che la *Discovery* non controllata dal giudice, più che uno strumento per raggiungere la verità, si rivelava sempre di più come un mezzo a disposizione degli avvocati per travisare i fatti, modellandoli secondo le specifiche convenienze dei loro clienti, contribuendo così a creare un sistema sempre più squilibrato a danno della parte più debole e peggio difesa.²³

Di qui i recenti interventi del legislatore, negli Stati Uniti con le nuove discipline che vanno sotto il nome di *Case Management*, in Inghilterra con la riforma di Lord Woolf, ambedue indirizzate a restringere la portata della *discovery* (pur senza abolirla, dati il benefico effetto di favorire le transazioni) nel contempo incrementando i poteri di intervento del giudice per sottrarre la gestione della fase del *pre trial* al totale controllo dei litiganti. Le nuove *Civil Procedure Rules* inglesi del 1998 attribuiscono alla corte, tra l’altro, il potere di decidere con quale tipo di rito (*track*), più o meno

²² Cfr. il parere della *City of London Law Society*, ricordato in *Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice in England and Wales*, HMSO, London, 1995, p. 164. Per gli U.S.A. si vedano le opinioni citate da Armstrong, “Discovery Abuse and Judicial Management”, *New Law Journ.*, 1992, p. 927.

²³ Cfr. Brazil, “The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change”, *Vand. Law Rev.*, 31, 1978, p. 1302; Watson, “The Settlement Theory of Discovery”, *Ill. Bar Journ.*, 55, 1967, p. 480. Per quanto riguarda l’Inghilterra, si veda, anche per ulteriori riferimenti, Andrews, *Principles of Civil Procedure*, London, 1994, p. 284.

semplificato, debba essere trattata la causa,²⁴ da ciò dipende la stessa possibilità di procedere alla *discovery*, esclusa per la *small claims track*. Essa, inoltre, è comunque subordinata all'emissione di uno specifico ordine giudiziale, senza il quale non può avvenire. Pure in materia di *evidence* le prerogative della corte sono penetranti, giacché possono essere emanate di ufficio direttive circa le questioni che necessitano di essere provate, la natura del mezzo istruttorio richiesto ed il modo con cui esso deve essere presentato; addirittura, è consentito escludere officiosamente per superfluità prove altrimenti ammissibili o limitare la *cross-examination*.²⁵

I relatori nordamericani non ne parlano, ma val la pena di ricordare che anche negli Stati Uniti la disciplina della *discovery* è stata oggetto di molteplici modifiche²⁶ volte soprattutto a restringerne progressivamente l'ambito ed a sottrarla al totale controllo degli avvocati,²⁷ nel contempo conferendo al giudice, come già abbiamo visto accadere in Inghilterra, sempre più penetranti poteri direttivi e di supervisione.²⁸

1. *Conclusion: la singolarità del caso italiano*

Pur nella sinteticità delle loro risposte, dalle relazioni “continentali”, la francese e la peruviana ben si capisce come i relativi ordinamenti processuali

²⁴ Cfr. la *Rule 26 CPR*, che prevede tre tipi di *tracks*: lo *small claims track* per le cause sino a 5,000 sterline; il *fast track*, per i procedimenti che non eccedono le 15,000 sterline; ed il *multi track* che si applica nei restanti casi. Tali limiti di valore non sono tuttavia strettamente vincolanti per la corte che, nell'esercizio della propria discrezionalità, può assegnare la causa ad un *track* diverso.

²⁵ Cfr. *Rule 32.1 CPR*.

²⁶ Per un interessante *excursus* storico delle varie modifiche v. Stempel, “Ulysses Tied to the Generic Whipping Post: The Continuing Odyssey of Discovery Reform”, *Law and Cont. Probl.*, 64, 2001, pp. 201 ss.; Subrin, “Fishing Expeditions Allowed: the Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules”, *Boston Coll. Law Rev.*, 39, 1998, pp. 691 ss.

²⁷ Secondo taluni autori l'introduzione di sempre più numerose barriere nell'utilizzo della *discovery* ha finito con il favorire eccessivamente il convenuto rispetto all'attore cfr. Stempel, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, in 52 *Alab. law rev.*, 2001, pp. 529 ss.; *Id.*, *Contracting Access to the Courts: Myth or Reality? Boon or Bane?*, in 40 *Ariz. law rev.*, 1998, pp. 965 ss.

²⁸ Tra gli altri v. James-Hazard-Leubsdorf, *Civil Procedure*, 5a. ed., New York, 2001, pp. 323 ss.; Jenkins, *Amendments to the Federal Discovery and Evidence Rules*, in *Florida bar journ.*, December 2000, p. 22; Sulle modifiche apportate nel 2000 alla disciplina della *discovery* v. altresì Joseph, *A Preliminary Analysis of the 2000 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and Evidence*, in *Pract. litig.*, January 2001, pp. 7 ss.; Lenahan, *Avoiding Pitfalls Under the New Discovery Rules*, in *Texas bar journ.*, 2000, pp. 343 ss.

civili si collocano nel solco di sistemi che hanno fatto tesoro delle acquisizioni di una cultura dei rapporti tra giudice e parti che attribuisce al primo il potere direttivo del processo fin dal suo inizio e che si orienta, pur con sfumature diverse e nel contesto delle garanzie che si sostanziano nel principio dispositivo (riflesso necessario della normale disponibilità dei rapporti privati che costituiscono l'oggetto del processo) ad attribuirgli anche quei poteri, specie in materia d'iniziativa istruttoria, necessari ad un processo che si propone lo scopo di ottenere decisioni giuste in fatto e in diritto. Dalla relazione inglese, sia pure ancora più sintetica, si capisce altresì che anche il legislatore anglosassone si va orientando verso la concessione al d'incisivi poteri di controllo della fase di *pretrial*, in passato affidata all'esclusivo dominio dei difensori.

Ho già anticipato nella premessa che il legislatore italiano si sta muovendo, dopo le ultime elezioni e il conseguente rovesciamento della maggioranza governativa, nella direzione esattamente opposta. Vediamo ora le cose un po' più da vicino.

Abbiamo un progetto di legge per delegare al governo un nuovo codice di procedura civile, elaborato da una Commissione Ministeriale presieduta dal prof. Romano Vaccarella. Abbiamo poi e una legge speciale per le controversie societarie, che ha mutuato alcuni aspetti del suddetto progetto e che, dopo un lungo periodo di *vacatio legis*, dovrebbe entrare in vigore, salvo ripensamenti dell'ultima ora, il 1 gennaio 2004.

Sia pure metaforicamente, possiamo dire di trovarci di fronte ad un caso eminente in cui *ex facto oritur jus*. Il legislatore, trovatosi di fronte ad un'amministrazione della giustizia così disastrosa da comportare la proposizione di molte migliaia di ricorsi di cittadini italiani alla Corte Europea dei diritti dell'uomo per non saper garantire una ragionevole durata del processo, ha creduto che la soluzione potesse consistere nel ristrutturare la disciplina della fase introduttiva (e, per quanto riguarda il progetto, anche di una parte della fase istruttoria) togliendola al controllo del giudice e lasciandola completamente nelle mani degli avvocati. Credo che abbia ragionato più o meno così: le udienze della fase preparatoria destinate alla comparizione delle parti e alla trattazione della causa per la graduale determinazione dell'oggetto del processo attraverso l'articolazione del contraddittorio si sono trasformate in un rituale indecoroso in cui decine di avvocati si affollano e affannano nella stanza d'udienza per ottenere il successivo rinvio da un giudice che nella stragrande maggioranza dei casi non sa nulla della causa affidatagli e si limita, spendendo peraltro una grande quantità

del suo tempo di lavoro, a fissare i rinvii per un gran numero di fascicoli. Anche le udienze istruttorie, per quanto riguarda la prova testimoniale, vedono gli avvocati, almeno in certi tribunali importanti, che raccolgono direttamente le deposizioni dei testi magari nei corridoi davanti alla stanza d'udienza, scrivendo direttamente i relativi verbali. Tanto vale allora prendere atto di questa irrimediabile situazione e sollevare il giudice da compiti che sono diventati indegni della sua alta funzione, come quello di far rotolare da un'udienza all'altra i fascicoli di causa nel gioco illusorio di specchi dei successivi rinvii o di firmare i verbali di deposizioni che non ha neppure ascoltato. Oltretutto, le modifiche proposte si inseriscono perfettamente all'interno di un movimento culturale, di cui Franco Cipriani è il principale rappresentante oggi attivo sulla scena, che accusa di "autoritarismo" il codice di procedura civile del 1942, per aver concesso poteri eccessivi al giudice, in particolare al giudice istruttore.²⁹ Ecco allora il legislatore per il processo societario e il "progettista" per il processo civile in generale prevedere che tutta la fase preparatoria della causa si attua attraverso successivi scambi di scritture tra gli avvocati, che non possono superare un certo numero (fino a cinque per parte), dopo di che dovrà venir richiesta la fissazione dell'udienza, che comunque potrà venir richiesta anche prima dell'esaurimento degli scambi consentiti, sperando magari in tal modo di cogliere di sorpresa l'avversario, che a quel punto vedrà scattare a suo carico le preclusioni e peggio per lui se non è stato abbastanza pronto da completare per tempo le sue difese. Quanto alle prove testimoniali, con il consenso delle parti (leggi, dei loro avvocati), il "progettista" prevede che le dichiarazioni dei testi potranno essere raccolte e verbalizzate negli studi professionali.

Per polemizzare contro queste iniziative, una parte della cultura processualciviltistica parla di privatizzazione della giustizia civile. Qui ha ragione Cipriani. Si tratta di uno slogan totalmente sbagliato. La giustizia rimane amministrata dallo Stato, per il semplice motivo che tutte le decisioni rilevanti, anche quelle relative al processo, sono prese da un organo pubblico come il giudice togato.

Il problema è un altro. Queste iniziative ci mostrano un legislatore con il capo rivolto all'indietro, che, prendendo a pretesto l'innegabile situazio-

²⁹ Cfr. Cipriani, "Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan", *Riv. Dir. Proc.*, 2003, pp. 455 ss.

ne di disservizio della giustizia civile nel nostro Paese, crede di risolvere il problema riesumando per la fase preparatoria l'antica disciplina del processo formale scritto, come, prima del raggiungimento dell'unità d'Italia lo si trovava disciplinato nel codice degli Stati sardi del 1854. E' facile prevedere che queste iniziative, se veramente attuate (al momento se ne dubita e si parla persino di un rinvio dell'applicazione della nuova disciplina del processo societario) non contribuiranno a sanare la situazione. Basti pensare al fatto che gli scambi delle scritture preparatorie tra le parti potranno occupare un tempo potenzialmente illimitato, visto che sono stabiliti termini minimi e non termini massimi da concedere all'avversario per lo scambio. Senza contare che così operando si butta a mare più di un secolo di elaborazione dei principi che presiedono ad un processo civile moderno, si ignora l'insegnamento che viene dalla comparazione processuale, e non si tiene alcun conto dell'esperienza assolutamente positiva —là dove le strutture hanno retto e in particolar modo nelle grandi città industriali del Nord— di un processo orale, concentrato, immediato come il processo del lavoro.

Ma c'è di più. Un processo lasciato nelle mani degli avvocati nella fase delicatissima della precisazione del suo oggetto con in più il potere concesso a ciascuno di essi di far scattare le preclusioni nel momento ritenuto più conveniente è un processo che si ispira alla vecchissima ideologia del processo come gioco, dove vince chi gioca con migliore abilità, con assoluta indifferenza alla distribuzione di torto e ragione nella realtà della vita.³⁰

³⁰ Questa ideologia, che fino a non molti anni fa sembrava definitivamente scomparsa nel nostro Paese, sta ora ricominciando a prendere fiato. Ne è dimostrazione un recentissimo provvedimento della Corte Costituzionale, il n. 69 del 2003 (in *Giur. it.*, 2003, p. 633, con mia nota, *Poteri istruttori d'ufficio del giudice civile: le sirene dell'ideologia liberista inducono la Corte costituzionale in un errore di interpretazione del diritto positivo*). Con questo provvedimento la Corte costituzionale, per giustificare il diniego all'esame del merito dell'incidente per irrilevanza, ha sostenuto che il giudice istruttore, nell'ammettere la prova testimoniale di ufficio quando le parti nella esposizione dei fatti si siano riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità, è sottoposto alle medesime preclusioni cui le parti sono sottoposte nelle loro istanze istruttorie ai sensi dell'articolo 184 c.p.c. A parte gli errori sistematici imputabili ad un'interpretazione del genere, è interessante la motivazione addotta per giustificarla: secondo la Corte l'assunzione *ex officio* della prova testimoniale una volta maturate le preclusioni violerebbe il principio della parità delle armi. Ma la parità delle armi viene intesa in modo piuttosto singolare.

La parità delle armi risulterebbe violata, dice la Corte, in quanto l'esercizio del potere officioso finirebbe "per aggirare, in favore di una parte e in danno dell'altra, gli effetti del maturarsi delle preclusioni".

Il che contraddice alla stessa idea “di giusto processo”, recentemente costituzionalizzata con la riforma dell’articolo 111 della nostra carta fondamentale, che nel nuovo primo comma dichiara solennemente che “la giurisdizione si attua attraverso il giusto processo regolato dalla legge”. Se non si vuole immiserire la formula come se fosse semplicemente riassuntiva delle garanzie del contraddittorio, della parità delle armi, della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata, successivamente menzionate nel secondo comma della medesima norma, è giocoforza ritenere che il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da produrre sentenze giuste, ovviamente nei limiti del possibile e nel rispetto della garanzie.

In verità sono altri gli interventi che ci si aspetta da un legislatore che non sia preso dalla frenesia di ripescare antichi modelli definitivamente superati dalla storia, nell’illusione di aver così trovato una panacea per i mali del presente. Si tratta di semplici interventi soprattutto organizzativi, come razionalizzare la distribuzione degli uffici giudiziari sul territorio nazionale; coinvolgere nell’amministrazione della giustizia l’avvocatura tramite i Consigli dell’Ordine e un’incisiva partecipazione consultiva ai Consigli giudiziari; introdurre l’ufficio del giudice composto di ausiliari per le attività più semplici e ripetitive; diffondere l’utilizzo degli strumenti informatici anche attraverso l’avvio di una seria sperimentazione del pro-

Richiamarsi enfaticamente a grandi principi per occultare problemi e preoccupazioni di bassa cucina è un vizio antico della cultura giuridica, non solo italiana. Dispiace che vi cada anche il nostro giudice delle leggi. Opera qui una concezione del processo civile che può anche piacere ai settori più smalzati e tecnicamente meglio preparati di un ceto professionale, ma che non ha nulla a che fare con la concezione sottesa alla nostra Carta fondamentale, per cui scopo del processo è la tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini. Il che, come abbiamo sottolineato nel testo, esige il perseguimento di provvedimenti di merito giusti in fatto e in diritto, nel rispetto delle garanzie recentemente riaffermate dal nuovo testo dell’articolo 111 Cost. Nessuna di queste garanzie risulta violata dall’esercizio di un potere istruttorio officioso che riapre i termini per le deduzioni probatorie a favore di tutte le parti. Ma allora, cosa può significare che il provvedimento officioso che ammette la prova “aggira” le preclusioni “a favore” di una parte e “a danno” dell’altra? La risposta è banale. Significa che la parte che ha torto in fatto e che spera di vincere la causa per l’errore commesso dall’avversario nel non dedurre in tempo la sua prova viene “danneggiata” dal successivo intervento del giudice. Ma pensare che tutto ciò abbia a che fare con le garanzie costituzionali significa non capire che in tal modo ci si colloca invece all’interno della vetusta concezione del processo come un giuoco dove non vince la parte che ha ragione, ma la parte che si può avvalere del campione, cioè dell’avvocato, più bravo.

cesso telematico; assicurare una migliore direzione degli uffici con una selezione e formazione dei dirigenti mirata agli aspetti organizzativi più che a quelli di rappresentanza istituzionale; utilizzare ai fini delle promozioni e dei trasferimenti anche indici di produttività del lavoro giudiziario migliorando radicalmente il sistema della statistica giudiziaria.