

Parte I

Aspetti della giustizia civile

1. *L'accesso alla giustizia. Considerazioni critiche*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Accesso per chi? – 2.1. Per i poveri? – 2.2. La tutela collettiva. – 3. Accesso a che cosa?

1. *Introduzione*

È noto ormai da tempo che l'accesso alla giustizia costituisce una delle garanzie fondamentali dell'amministrazione della giustizia negli ordinamenti giuridici moderni. Essa appare infatti nelle costituzioni del secondo dopoguerra, come nell'art. 24 comma 1 della Costituzione italiana del 1948, nell'art. 24 della costituzione spagnola, e in numerose altre norme costituzionali che riguardano i diritti fondamentali dei cittadini. Inoltre, essa è per decenni oggetto di numerosi interventi normativi, come ad esempio quello che nel 2010 negli Stati Uniti porta alla creazione dell'*Office for Access to Justice*, alla elaborazione di complesse condizioni necessarie per la sua attuazione da parte dello *United States Institute of Peace*, nonché alla proclamazione di numerosi documenti anche al livello delle Nazioni Unite, ove si ribadisce che l'accesso alla giustizia costituisce una condizione imprescindibile per la realizzazione della legalità, ossia della *rule of law*. Queste affermazioni, anche recentissime, sono così numerose a tutti i livelli nazionali e sopranazionali che nessuno potrebbe sensatamente dubitare che il diritto di accedere alla giustizia costituisca oggi uno dei presupposti fondamentali di ogni moderno sistema giuridico.

Sarebbe tuttavia errato pensare che si tratti di un luogo comune universalmente riconosciuto, al punto da non meritare più nessuna attenzione.

Da un lato, si può osservare che l'accesso alla giustizia rappresenta già dai primi anni '70 uno dei temi fondamentali della dottrina processualistica. Non a caso nella letteratura italiana già nel 1970 appaiono notevoli contributi diretti a mostrare come il relativo diritto rappresenti un aspetto fondamentale delle garanzie costituzionali dell'amministrazione della giustizia. Già negli anni '60 Vittorio Denti segnalava la rilevanza di questo diritto per l'attuazione della Costituzione, che infatti prevedeva nel 1948 il diritto alla tutela giurisdizionale come una delle garanzie fondamentali del cittadino, e nel '76 analizzava il processo "come alienazione" ossia come istituzione che normalmente non è accessibile ai non abbienti.

Numerosi studi vengono poi dedicati all'argomento nei primi anni '70. Dello stesso periodo è inoltre la grande ricerca che sotto la direzione di Mauro Cappelletti viene svolta, su scala mondiale, sull'*Access to Justice*, i cui risultati vengono pubblicati nel 1978. Gli anni '70 possono quindi essere considerati come l'"età d'oro" per l'affermazione del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale come diritto fondamentale di livello costituzionale. Tuttavia se si considera che ancora oggi – a quaranta o cinquant'anni da questo periodo – si elaborano proposte e progetti per attuare questa garanzia, prende corpo il sospetto che, al di là delle solenni proclamazioni costituzionali e sovranazionali, e malgrado una impressionante elaborazione dottrinale, tale attuazione sia stata e continui ad essere sostanzialmente insoddisfacente.

Dall'altro lato, appare sensato svolgere qualche considerazione realistica, e non puramente retorica, sul problema se l'accesso alla giustizia venga effettivamente garantito, almeno ad un livello adeguato di effettività, negli ordinamenti processuali e costituzionali.

2. Accesso per chi?

Una prima domanda che può essere formulata a questo proposito è quali siano i soggetti ai quali questo diritto viene attribuito. Ad un livello puramente formale, e sostanzialmente formalistico, si potrebbe dire che si tratta di tutti i soggetti che, nell'ambito dell'ordinamento giuridico di cui si tratta, si trovano nella situazione di dover ricorrere alla giurisdizione per la tutela di un proprio diritto. Non a caso, il già citato art. 24 comma 1 della Costituzione Italiana dice che "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti" e – sempre non a caso – questa norma viene normalmente interpretata in connessione con il principio di uguaglianza – formale e sostanziale – di cui parla l'art. 3 della stessa Costituzione. È poi facile constatare, ma qui non occorrono ulteriori esempi, che affermazioni di questo genere ricorrono in pressoché tutti gli ordinamenti nei quali – come si è detto – viene espressamente riconosciuto il diritto del cittadino in quanto tale di ricorrere alla giurisdizione per difendere e far riconoscere i propri diritti. Se tuttavia si guarda a questa generalissima garanzia dal punto di vista della sua reale effettività si possono formulare vari dubbi. In questa sede non è ovviamente possibile un'analisi completa in questa prospettiva, ma almeno due problemi possono essere sinteticamente affrontati.

2.1. Per i poveri?

Un primo importantissimo problema nasce dal fatto che mentre tutti hanno teoricamente in diritto di accedere ai tribunali, nella realtà concreta ciò in moltissimi casi non accade. L'accesso ai tribunali può essere precluso, o non essere disponibile, per una varietà di ragioni di carattere culturale, come il fatto di ignorare que-

sta possibilità o addirittura di non sapere di avere un diritto tutelabile, o di carattere sociale, come l'appartenenza a gruppi etnici in cui tale possibilità non viene riconosciuta, e soprattutto per ragioni di carattere economico (spesso connesse con queste altre ragioni) che non consentono di esercitare tale diritto. In sostanza, può essere la mancata conoscenza di esso, ma anche la distanza fisica dal tribunale, e soprattutto la mancanza di risorse, ad impedire che un soggetto che sarebbe teoricamente titolare di un diritto, giunga a farlo effettivamente valere in giudizio. Si intuisce facilmente che a trovarsi in queste situazioni sono essenzialmente i *poveri*, ossia quei soggetti che in Italia si definiscono eufemisticamente come “non abbienti”. È essenzialmente il povero, infatti, che spesso non sa di avere un diritto, o comunque non sa dove e come potrebbe farlo valere, o in ogni caso non ha la possibilità concreta di accedere a un tribunale e pagarsi un avvocato.

Per queste ovvie ragioni, e non a caso soprattutto a partire dagli anni '70, in molti ordinamenti si effettuano – o almeno si propongono – interventi di varia natura diretti ad assicurare il *legal aid* ai soggetti che non hanno concreto accesso alla giustizia a causa delle loro condizioni sociali ed economiche. Ci si rende conto, in altri termini, che senza interventi di questo genere la garanzia fondamentale dell'accesso alla giustizia rimarrebbe ampiamente non realizzata. Si tratta di riforme della natura più varia che si realizzano (o almeno si progettano) nei diversi ordinamenti processuali, e che vanno dalla eliminazione di ostacoli economici alla eliminazione o riduzione dei costi del processo, fino alla istituzione di appositi uffici pubblici e al finanziamento delle spese giudiziali a carico dello Stato.

Accanto agli interventi in vario modo effettuati dallo Stato, va poi sottolineato che in molti casi l'accesso dei soggetti “deboli” alla giustizia viene in qualche misura assicurato anche dall'attività di istituzioni e organizzazioni private, come ad esempio le organizzazioni sindacali dei lavoratori o le associazioni a tutela del consumatore.

Se si considerano queste numerose e varie esperienze che si realizzano nella maggior parte degli ordinamenti processuali, si potrebbe essere indotti a ritenere che il diritto fondamentale di accesso alla tutela giurisdizionale venga assicurato davvero per tutti, ed in particolare per i poveri e in generale per i cittadini che possono essere considerati come soggetti “deboli”.

Una conclusione di questo genere appare però in larga misura ingiustificata se – al di là delle proclamazioni formali – si volge uno sguardo alla realtà. Non è possibile svolgere qui un'analisi adeguata di come i singoli ordinamenti affrontano il problema, ma si possono formulare almeno due considerazioni di ordine generale.

Una prima considerazione riguarda gli esiti sostanzialmente deludenti che hanno da tempo caratterizzato gli interventi pubblici in tema di *legal aid*, esiti che si sono manifestati – ad es. negli Stati Uniti – già a partire dagli anni '70. Al riguardo la delusione deriva dalla constatazione che per assicurare effettivamente l'accesso alla giustizia a tutti coloro che ne avrebbero bisogno, occorrerebbero investimenti pubblici di dimensioni tali che nessun ordinamento potrebbe sostenerli.

La conseguenza è che anche nei casi migliori lo Stato è in grado di garantire realmente tale diritto ad una proporzione (in varia misura) ridotta di coloro che ne avrebbero bisogno. Si può dunque ammettere che gli interventi pubblici diretti a favorire l'accesso alla giustizia da parte dei soggetti socialmente ed economicamente deboli abbiano o possano avere effetti in qualche misura positivi, ma certamente – anche nel migliore dei casi – essi non producono soluzioni adeguate del problema. In sostanza, dunque, non si può fare a meno di riconoscere l'esistenza di una rilevantissima “cifra nera”, ossia l'insieme dei casi in cui un cittadino *avrebbe* il diritto di accedere alla giustizia, ma tale diritto rimane irrealizzato, soprattutto quando si tratta di soggetti deboli, ed in particolare di soggetti poveri. Le attività che varie istituzioni e organizzazioni private svolgono a favore di questi soggetti servono a ridurre almeno in parte l'entità della “cifra nera”, ma certamente non sono in grado di colmare i rilevanti “vuoti di tutela” che colpiscono specialmente i poveri.

La seconda considerazione che va necessariamente fatta è che la crisi di effettività della garanzia di accesso alla giustizia non solo non si è ridotta negli ultimi tempi, ma anzi si va sostanzialmente aggravando. È noto infatti che nell'evoluzione recente delle società attuali si vanno moltiplicando, per quantità e qualità, le situazioni di *disuguaglianza* tra le condizioni dei soggetti economicamente e socialmente deboli e le condizioni dei soggetti che si trovano in condizioni sociali ed economiche accettabili. Da un lato, infatti, i soggetti “poveri” tendono a diventare sempre più poveri, ossia a collocarsi sempre più al disotto della soglia di povertà. Dall'altro lato, aumenta in misura rilevante la quantità proporzionale dei poveri rispetto ai soggetti che poveri non sono. Non è possibile discutere qui delle numerose cause economiche e sociali che stanno alla base di questa tendenza. Si può tuttavia osservare che essa implica un sostanziale incremento della “cifra nera” di cui si è appena fatto cenno, ossia del grado di ineffettività della garanzia fondamentale dell'accesso di tutti alla giustizia.

Non è possibile formulare qui nessuna ragionevole previsione sull'andamento futuro – a breve come a lungo termine – di questa tendenza, ma l'ipotesi più probabile è che – a meno di improbabili rivoluzioni – essa continuerà. Ciò significa un rilevante aumento delle disuguaglianze sociali ed economiche, e quindi una moltiplicazione dei già numerosi milioni di soggetti ai quali è precluso qualsiasi accesso alla giustizia. D'altronde, una significativa correzione di questa tendenza (senza neppure immaginare un mutamento radicale) implicherebbe la risoluzione effettiva di almeno tre rilevanti problemi; ossia: a) il problema della *conoscibilità* dei propri diritti da parte di tutti i cittadini, essendo evidente che nessun accesso alla giustizia può realizzarsi per chi non sa di avere un diritto tutelabile; b) la conoscenza delle modalità che occorrono per accedere alla giustizia, essendo evidente che se un soggetto non sa nulla di avvocati e di tribunali non potrà servirse-ne, ed infine c) la disponibilità economica che permetta di affrontare tutti costi (o almeno i costi iniziali) di un procedimento giudiziario. Pare evidente che la soluzione di questi problemi per milioni, decine o centinaia di milioni, di cittadini, si

presenta come una condizione necessaria per l'effettiva attuazione della garanzia fondamentale dell'accesso alla giustizia, ma pare anche evidente l'estrema difficoltà, per non dire l'impossibilità, che tale condizione si realizzi.

2.2. La tutela collettiva

Questa situazione così negativa può essere in parte corretta quando il sistema processuale comincia a conoscere forme di tutela collettiva dei c.d. diritti o interessi *diffusi*. Vero è, infatti che queste forme di tutela non riguardano solo i diritti dei soggetti deboli o poveri, ma è anche vero che i diritti di questi soggetti, che – come si è visto – difficilmente trovano accesso individuale alla tutela giurisdizionale, possono ottenere questa tutela attraverso forme di azione collettiva. È noto, infatti, che l'introduzione dell'esempio più importante di azione collettiva, ossia la *class action* statunitense prevista già nel 1938 nella Rule 23 delle *Federal Rules of Civil Procedure* (e poi più volte riformata nei decenni successivi), aveva e ha tuttora tra le sue funzioni fondamentali proprio quella di portare ad una decisione giudiziale sopra un numero rilevante di situazioni giuridiche individuali che singolarmente non troverebbero la via per la giurisdizione. In sostanza, la *class action* si propone come uno strumento fondamentale di accesso alla giustizia di numerose situazioni che diversamente non verrebbero fatte valere davanti ad un giudice. Tutti gli appartenenti alla *class*, dunque, usufruiscono degli effetti della decisione che conclude il processo iniziato con una *class action*, e quindi si può dire che questi soggetti usufruiscono, sia pure indirettamente, dell'accesso alla giurisdizione che la *class action* realizza.

Si potrebbe allora pensare che questo tipo di azione risolva i problemi derivanti dall'impossibilità dell'accesso individuale alla giustizia creando la possibilità di un accesso *collettivo* a favore di tutti gli appartenenti alla *class* in questione, e che quindi la *class action* sia una specie di rimedio universale per la soluzione di quei problemi, ma in proposito sorgono numerose perplessità.

Da un lato si può osservare, infatti, che la *class* viene solitamente individuata in base all'identità delle questioni che sorgono per un gruppo (più o meno numeroso) di soggetti, ed è a questi soggetti che si riferisce il risultato della decisione giudiziaria. Ma ciò implica che la tutela collettiva non possa essere applicata a situazioni *individuali* non riconducibili alle situazioni che riguardano altri soggetti. In sostanza, se manca il requisito fondamentale per l'individuazione di una *class*, questa forma di tutela giurisdizionale non è applicabile e quindi non si realizza alcun accesso collettivo alla giustizia. Vero è che una *class* può includere milioni di soggetti, e che tutti possono usufruire della decisione che riguarda la *class*, ma il singolo individuo che non si trova nella condizione che definisce la *class* non partecipa in alcun modo a questi vantaggi. Inoltre, se non si individua una situazione effettivamente comune ad una pluralità più o meno ampia di soggetti, la *class action* non è proponibile, e sono possibili solo azioni individuali.

Dall'altro lato va osservato che certamente l'azione collettiva è uno strumento che può essere molto efficiente nel realizzare l'accesso alla giustizia per gruppi an-

che molto numerosi di soggetti, ma occorre considerare che tale azione viene di fatto disciplinata in vari modi, e queste diversità ne condizionano in misura rilevante l'efficacia. Il modello statunitense della *class action* è probabilmente quello che svolge a livello più elevato la funzione di assicurare la tutela giudiziaria a numerose situazioni giuridiche individuali. Si tratta in effetti dello *Shining Knight* di cui parlava Arthur Miller, ossia del rimedio che trova più ampia applicazione in tutte le materie, dalla tutela contro le discriminazioni alla protezione del consumatore e al risarcimento dei danni ambientali, oltre a conoscere una legittimazione generale ad agire sul piano individuale da parte di qualunque soggetto che possa chiedere l'applicazione della già citata Rule 23. La generale applicabilità di questa norma continua anche dopo recenti interventi legislativi diretti a disciplinare alcuni aspetti del complesso fenomeno della *class action*. Al di fuori degli Stati Uniti, però, si verificano situazioni assai diverse nei vari ordinamenti, nei quali la *class action* americana viene vista molte volte come il *Frankenstein Monster* di cui ha parlato Miller, ossia come una eventualità che va evitata, o come una tecnica che va attuata parzialmente e con molta prudenza. Accade quindi che in numerosi ordinamenti non venga introdotto alcun tipo di azione collettiva, ammettendosi solo azioni individuali, con tutti i problemi di cui si è già detto. Altre volte si introducono alcune forme di azione collettiva, ma vi sono forti variazioni degli aspetti più rilevanti di queste azioni. Ad esempio, si limitano le materie in cui la tutela collettiva può essere utilizzata: si tratta spesso della protezione dei diritti del solo consumatore, e talvolta della protezione dei diritti in materia di lavoro, mentre raramente si ammettono azioni collettive di carattere risarcitorio per danni di varia natura. Variano inoltre le regole relative alla legittimazione ad agire con azioni collettive: a volte si ammette solo la legittimazione di singoli individui privati o di associazioni private (come quelle dei consumatori o le associazioni sindacali), mentre altre volte l'azione collettiva può essere proposta da soggetti *pubblici* di varia natura. Variano inoltre le modalità con cui si disciplina lo svolgimento del processo e gli effetti della decisione che viene resa a seguito di un'azione collettiva.

Queste differenze sono molto numerose e non possono essere qui analizzate specificamente. Vi è però un aspetto che condiziona direttamente, ed in modo sostanziale, l'efficacia dell'azione collettiva come strumento per realizzare l'accesso alla giustizia di tutti coloro che hanno situazioni giuridiche bisognose di tutela. Tornando all'esempio della *class action* americana, si è visto che la *class* si determina in base alla questione di cui si tratta, ossia: tutti coloro che si trovano nella stessa situazione sono automaticamente membri della *class*, e quindi possono avvalersi degli effetti favorevoli della sentenza (e ciò vale anche nei casi non infrequenti in cui non sia possibile stabilire *a priori* chi siano e quanti siano tutti questi soggetti). Questo sistema è caratterizzato dal c.d. *opt out*, ossia il diritto di ogni membro della *class* di dichiarare che non intende partecipare all'azione collettiva (ad esempio perché preferisce servirsi di un'azione individuale). Si colloca all'opposto il sistema che viene applicato in molti altri ordinamenti, fondato sul c.d. *opt in*, ossia sulla necessità che ogni soggetto che si trova nella situazione che

è oggetto dell'azione collettiva dichiarare formalmente, con modalità che la legge specifica, la sua intenzione di partecipare al processo collettivo e quindi di accettare la decisione cui esso perviene.

La differenza tra questi due metodi ha un'importanza fondamentale per quanto riguarda l'efficienza dell'azione collettiva come strumento di accesso alla giustizia per una pluralità di soggetti. Se si applica *l'opt out*, infatti, la conseguenza è che la *class* rimane costituita da tutti – o quasi tutti – i suoi membri originari, ed in tal modo si *massimizza* l'effetto che l'azione può produrre a favore della *class*. Se invece si adotta il sistema dell'*opt in*, tale effetto viene *minimizzato* in quanto è probabile – e l'esperienza di vari ordinamenti lo dimostra – che pochi soggetti che potrebbero partecipare al processo collettivo prendano l'iniziativa di dichiarare formalmente e tempestivamente la propria volontà in tal senso. È chiaro infatti che in una situazione di questo genere, e pur in presenza di un'azione collettiva, per molti soggetti che potrebbero partecipare all'azione si pongono i problemi di conoscibilità di cui si è parlato in precedenza a proposito delle possibili azioni individuali di soggetti socialmente ed economicamente deboli. In sostanza, questi soggetti non otterrebbero alcun accesso alla giustizia neppure attraverso azioni collettive.

3. Accesso a che cosa?

L'altra importante domanda che si può formulare parlando dell'accesso alla giustizia riguarda quale sia l'oggetto, l'obbiettivo che il soggetto interessato intende perseguire. Tra le innumerevoli risposte che questa domanda può avere sembra ragionevole affermare che tale soggetto mira ad ottenere la *giurisdizione*, ossia tende a far sì che su una sua situazione giuridica bisognosa di tutela un giudice dello Stato pronunci una decisione fondata su un accertamento veritiero dei fatti che hanno dato luogo alla controversia, e su una corretta applicazione del diritto a quei fatti. Come scrive Valerio Onida, è la *giurisdizione*, in sostanza, che costituisce il fine ultimo dell'accesso alla giustizia del caso concreto.

Formulata in termini così generali questa affermazione appare del tutto ovvia, ma le cose risultano molto più complicate se si adotta un punto di vista meno generale, meno astratto e più realistico.

Anzitutto bisogna considerare che la *giurisdizione* implica che si svolga un procedimento idoneo a conseguire come risultato una decisione giusta e corretta. Da tempo si riconosce, da parte della dottrina processualistica e della giurisprudenza anche costituzionale, il luogo comune che va sotto il nome di “giusto processo”, o di *fair trial*, essendo evidente che un processo in cui non si realizzino le garanzie delle parti, o che si svolga in modo inadeguato, inefficiente, e in tempi eccessivamente lunghi, non sarebbe in grado di realizzare l'obbiettivo fondamentale dell'accesso alla giustizia. *Justice delayed is justice denied*, ma proprio questo rappresenta il problema pratico più grave di molti ordinamenti processuali. Una decisione che giunge dopo vari anni dall'inizio del processo risulta in molti

casi inutile, e certamente non realizza il fine ultimo dell'accesso alla giustizia.

Questa è però la situazione concreta in cui si trovano numerosi sistemi processuali, solitamente a causa di un enorme squilibrio tra il numero di procedimenti che vengono iniziati e le scarse risorse umane, finanziarie e organizzative di cui dispone il potere giudiziario. Non è possibile svolgere qui un'analisi delle cause di questi fenomeni, e del modo in cui essi si manifestano nei diversi ordinamenti, ma si può osservare in linea generale che le diverse e rilevanti inefficienze nell'amministrazione della giustizia hanno come effetto uno svuotamento della garanzia dell'accesso alla giurisdizione. In alcuni casi, come ad esempio in Germania, il legislatore processuale riesce a fornire soluzioni accettabili a questi problemi, realizza un processo civile nel quale si assicurano le garanzie processuali delle parti, e che si svolge solitamente in tempi ragionevoli e giunge a decisioni rapide, grazie alla disponibilità di risorse organizzative e finanziarie adeguate.

In molti altri casi, come ad esempio in Italia, ciò non accade, si tentano riforme che in realtà non hanno effetti concreti, e quindi l'accesso alla giustizia rimane problematico, e molto spesso non si realizza concretamente.

Quando il legislatore processuale non è in grado, per le ragioni più diverse, di assicurare a tutti un effettivo accesso alla giurisdizione, la conseguenza più frequente è il tentativo di *evitare* che i cittadini si servano del processo giudiziario per la tutela dei propri diritti, e quindi di far sì che essi rinuncino a tale tutela, o tentino di utilizzare altri metodi – non giurisdizionali – per risolvere le loro controversie. Emerge in questo modo il frequente ricorso che in moltissimi ordinamenti si fa ai metodi c.d. di *Alternative Dispute Resolution*, con lo scopo principale di distogliere il maggior numero possibile di controversie dalla giurisdizione. Questi metodi conoscono forme e modalità molto diverse, ma nella maggior parte dei casi si fondano su procedure di *mediazione* o di *conciliazione*, finalizzate a far sì che le parti trovino tra loro un accordo volontario che elimini la necessità di ricorrere alla giurisdizione. Le varie forme di ADR conoscono ormai da tempo un grande successo in molti ordinamenti, e rappresentano anzi l'oggetto di una *moda* molto diffusa, quasi che l'accordo tra le parti della controversia sia il modo migliore, più vantaggioso e più giusto per risolverla.

In proposito sono però opportune alcune sintetiche considerazioni. Da un lato, bisogna distinguere le ipotesi in cui – come accade da tempo in Cina ed in Giappone – il ricorso alla conciliazione non è un rimedio dettato dalle disfunzioni del sistema giudiziario ma è un aspetto importante della cultura di una specifica società: è il caso della dottrina confuciana, che da molti secoli determina il favore per metodi conciliativi (come quelli attuati dalle molte migliaia di comitati popolari tuttora esistenti in Cina) di risoluzione della maggior parte delle controversie civili.

In generale, tuttavia, il ricorso alla mediazione è la conseguenza diretta delle disfunzioni del sistema giudiziario. Il caso forse più evidente è quello degli Stati Uniti, dove negli ultimi anni il ricorso al *trial*, con l'assunzione delle prove e la formulazione della decisione finale, richiede un procedimento così lungo e costoso che viene utilizzato in non più del 2% o del 3% di tutti i casi civili, mentre di

regola il processo si chiude nella fase di *pre-trial* con un *settlement*, ossia con un accordo stipulato tra le parti. È da notare che anche numerose *class actions* si concludono nella fase preliminare del processo con un accordo negoziato tra gli avvocati della *class* e quelli della parte convenuta. Vanno poi considerate le c.d. *claim resolution facilities* che vengono poste in essere da varie istituzioni e organizzazioni private, semi-pubbliche o pubbliche, con lo scopo di gestire e risolvere controversie particolarmente complesse per quanto riguarda specialmente l'accertamento dei fatti e una serie di situazioni giuridiche che fanno capo a numerose pluralità di soggetti. Quello statunitense è probabilmente un caso-limite, per il quale valgono le critiche già da tempo formulate ad esempio da Owen Fiss, ma in molti ordinamenti il legislatore processuale tende a favorire in vari modi il raggiungimento di un accordo preliminare tra le parti che eviti il processo, o che comunque ne renda inutile la continuazione (se viene raggiunto in una fase iniziale o in qualunque momento del processo). Non a caso, come accade ad esempio in Italia, si prevede addirittura l'obbligatorietà di un tentativo preliminare di mediazione in numerose materie, nella speranza che la mediazione si concluda con un accordo, e quindi si eviti il processo. In sostanza, il legislatore invia alla generalità dei cittadini un messaggio di questo tipo: "Posto che lo Stato non è in grado di garantirvi un processo efficiente e un effettivo accesso alla giustizia, cercate di trovare un accordo che vi permetta di evitare il ricorso alla giurisdizione".

Sembra evidente che il legislatore tenda, in questo modo, a fare esattamente il *contrario* di ciò che dovrebbe fare per realizzare la garanzia fondamentale dell'accesso alla giustizia, e cerchi invece di far sì che il cittadino non tenti neppure di ottenere la tutela giurisdizionale del suo diritto. D'altra parte, bisogna osservare che qualunque accordo tra le parti ottenuto tramite la mediazione o la conciliazione non è mai un equivalente effettivo di ciò che la giurisdizione assicurerebbe quando il diritto bisognoso di tutela venisse riconosciuto. Non si può negare che qualche forma di ADR possa essere utile, in termini di minore tempo e costi più limitati rispetto a ciò che si otterrebbe per mezzo di un processo lungo, inefficiente e costoso. Ciò che bisogna invece escludere è la possibilità che attraverso una mediazione si possa raggiungere *lo stesso risultato* che verrebbe prodotto da una decisione giudiziale. Non a caso si dice solitamente che il diritto deve rimanere fuori dell'aula in cui si tenta di giungere ad un accordo tra le parti, poiché nella mediazione non si accerta nessun diritto, e si discute esclusivamente di *interessi*. Può certamente accadere che il soggetto che è titolare di un diritto che gli viene contestato ritenga utile accontentarsi di un esito inferiore a quello che otterrebbe in un giudizio, se l'accordo gli consente un risultato più rapido e meno costoso (da cui il proverbio tradizionale dei vecchi avvocati italiani: "pochi, maledetti e subito"), ma questo risultato è comunque inferiore a ciò che egli potrebbe ottenere all'esito di un processo giusto ed efficiente.

Quanto al risultato della mediazione, quando questa ha esito positivo ed evita quindi il ricorso alla giustizia, occorre chiedersi se e quando esso implichi una soluzione *equa e giusta* della controversia, e quindi – nel caso di una risposta positi-

va – la tecnica di ADR che si impiega possa considerarsi come una valida alternativa alla decisione giudiziale. In proposito occorre far riferimento alle parti della controversia, dato che il raggiungimento di un accordo dipende esclusivamente dalla loro volontà. Se, ad esempio, si tratta di soggetti che si trovano in situazioni di sostanziale parità (istituzionale, organizzativa, economica), come quando si tratti di banche, di imprese o di organizzazioni commerciali, sembra ragionevole presumere che entrambe le parti siano in grado di tutelare adeguatamente i loro interessi nel corso della trattativa, e che quindi l'esito positivo di essa configuri una mediazione equilibrata, e dunque in ipotesi equa, dei contrapposti interessi. La situazione è invece completamente diversa nei casi frequentissimi – che anzi costituiscono la quasi totalità delle controversie – in cui da un lato vi è una parte strutturalmente ed economicamente *forte* (come il *repeat player* di cui parlava Galanter), come ad esempio una banca, un'assicurazione, un'organizzazione commerciale, e dall'altra parte si trovi un soggetto *debole* (lo *one-shot dealer* di Galanter), come l'assicurato, il consumatore, il lavoratore, il cliente della banca, il povero, che si trova in una situazione di netto svantaggio di fronte all'avversario "forte". Posto che, come già si è detto, nel contesto della mediazione il diritto non ha alcun rilievo, e quindi contano solo i rapporti di forza, la conseguenza è che si applica semplicemente la legge della selva, secondo la quale il soggetto forte prevale sul soggetto debole.

Ciò significa che in questi casi l'accordo che deriva dalla mediazione non è affatto il risultato di un confronto equilibrato tra gli interessi contrapposti, ma è determinato semplicemente dalla condizione che la parte forte impone alla parte debole, proprio approfittando della sostanziale disuguaglianza che opera a suo vantaggio.

Se le cose stanno così, come l'esperienza mostra in tutti gli ordinamenti e in una quantità grandissima di casi, la conseguenza è che nessun metodo di mediazione, o di ADR, può essere considerato come un'alternativa valida ed equa rispetto all'accesso alla giustizia. Ciò che tale metodo può assicurare, nella migliore delle ipotesi, è il conseguimento di *qualche* vantaggio in termini di tempo e di risultato economico (i "pochi, maledetti e subito"), ma in nessun modo l'esito cui mette capo può essere considerato come equivalente al risultato di una sentenza giusta che accerti effettivamente il diritto che è oggetto di controversia tra le parti.

Nota bibliografica¹

Access to Justice. United Nations and the Rule of Law, 2019.

Access to Justice, ed. by M. Cappelletti, voll. I-IV, Milano-Alphen aan der Rijn, 1978.

Comoglio, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004.

Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970.

¹ Nell'impossibilità di indicare qui una bibliografia esauriente, si segnalano qui soltanto alcune delle fonti alle quali si è fatto riferimento, diretto o indiretto, nel testo.

- Costa, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, Modena, 2018.
- Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907.
- Denti, *Assistenza giudiziaria ai non abbienti (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 1.
- Denti, *L'evoluzione del legal aid nel mondo contemporaneo*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 575.
- Denti, *Il processo come alienazione*, in *Soc. dir.*, 1976, p. 149.
- Denti, *I poveri e la giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 285.
- Didier Jr.-Zaneti Jr., *Proceso colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, tr. sp., Lima, 2019.
- Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead*, New Orleans, 2014.
- Marcus, *Reassessing the Essential Role of Public Courts: Learning from the American Experience*, in *Transformation of Civil Justice. Unity and Diversity*, Uzelac-van Rhee eds., Springer, 2018, p. 173.
- Marcus, *Bending the Breeze: American Class Actions in the Twenty-First Century*, in 65 *De Paul L. Rev.* 2016, p. 497.
- Miller, *On Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"*, in 92 *Harv. L. Rev.*, 1979, p. 664.
- Necessary Condition: Access to Justice*, United States Institute of Peace, 2019.
- Onida, *La cultura e lo formazione dei magistrati*, in *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Bagno a Ripoli, 2016, p. 109.
- Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2008.
- Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, p. 355.
- Procesos colectivos. Class actions*, Buenos Aires, 2012.
- Rimoli, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, 2018.
- Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979.
- Trocker, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.
- Vettori, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939.
- Vettori, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, p. 381.
- Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile*, Milano, 1970.
- Vitorelli, *O devido proceso legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*, Sao Paulo, 2016.

2. Riflessioni su garantismi e garanzie

Sommario: 1. Significati di “garantismo”. – 2. Quali garanzie. – 3. Un significato inadeguato di “garantismo”. – 4. Quale crisi della giustizia civile?

1. Significati di “garantismo”

Qualunque discorso scientifico che pretenda di essere serio deve chiarire nel miglior modo possibile il significato dei termini che usa, e ciò vale in particolare per ogni discorso giuridico e – ancora più specificamente – per ogni discorso che abbia ad oggetto l’amministrazione della giustizia civile.

Il termine “garantismo” è tornato in uso da qualche tempo ma viene spesso impiegato in modo generico e semanticamente ambiguo, provocando confusioni e polemiche molto spesso inutili. Vorrei dunque tentare di precisare quali possono essere i possibili significati del termine.

Un primo significato, assai diffuso e storicamente consolidato si riferisce ad un atteggiamento favorevole al riconoscimento e all’attuazione delle garanzie fondamentali del processo civile. Questo significato emerge con particolare chiarezza nella scienza processualistica a partire dagli anni ’70. Anche con riferimento alle garanzie del processo che erano state enunciate nelle Costituzioni del 1948, particolarmente in Italia e in Germania, e con l’emergere di una importante giurisprudenza delle Corti Costituzionali, il tema delle garanzie del processo diventa un *Leimotiv* centrale nella evoluzione della dottrina processualistica. Basta qui ricordare, per rimanere solo nell’ambito della cultura giuridica italiana, le monografie di Comoglio¹ e di Vigoriti² sulla garanzia costituzionale dell’azione, il libro di Trocker³ sulle garanzie costituzionali del processo in Germania, quello di Varano⁴ sulla giustizia civile inglese, nonché numerosi saggi che qui non possono es-

¹ Cfr. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell’azione e il processo civile*, Padova, 1970.

² Cfr. Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e art. 24 della Costituzione*, Milano, 1970.

³ Cfr. Trocker, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.

⁴ Cfr. Varano, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna*, Milano, 1973.

sere citati analiticamente. Si svolgono inoltre importanti congressi internazionali come quello di Würzburg del 1983, dedicato appunto per intero alle garanzie costituzionali del processo⁵, si raccolgono saggi di studiosi di vari paesi come quelli riuniti nel volume *Fundamental Guarantes of the Parties in Civil Litigation*⁶, e si compiono importantissime ricche come quella sull'*Access to Justice* diretta da Mauro Cappelletti, che ha messo capo a ben sei volumi di contributi che coprono un numero impressionante di problemi trattati con grande approfondimento⁷.

Ricordo questa grande stagione della dottrina processualistica italiana e internazionale sia per sottolineare la fondamentale importanza che essa ha avuto nell'evoluzione dei moderni sistemi di amministrazione della giustizia civile, sia per contrastare la falsa impressione – che può essersi creata negli studiosi più giovani e in quelli meno informati – che le garanzie processuali siano una scoperta abbastanza recente. Non è così: le garanzie fondamentali del processo civile vengono “scoperse”, in Italia come nel resto del mondo – con l'essenziale ausilio del metodo comparatistico – soprattutto negli anni '70 e '80, epoca nella quale in molti paesi anche le Corti Costituzionali continuano ad apportare contributi importanti all'interpretazione e alla realizzazione di queste garanzie. Va poi ricordata l'opera concretizzatrice di corti sovranazionali, come la Corte di Strasburgo, che da tempo va determinando il significato delle garanzie enunciate nell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Tenendo conto di tutto questo, si potrebbe dire che – forse non tutto – ma molto è stato scritto e deciso intorno al contenuto delle garanzie fondamentali del processo civile. Naturalmente ciò non toglie in alcun modo valore e merito all'atteggiamento “garantista”, che anzi dovrebbe estendersi ulteriormente soprattutto nei paesi dove il “costituzionalismo processuale” è un fenomeno più recente. Tuttavia i riferimenti appena fatti tendono ad evitare che si riscopra per l'ennesima volta la ruota, o – per dirla all'italiana – l'acqua calda, semplicemente per ignoranza di ciò che è già accaduto e sta accadendo da vari decenni. Al più, l'atteggiamento garantista dovrebbe rivolgersi a quelle situazioni nelle quali i discorsi sulle garanzie non mancano ma ne manca un'adeguata attuazione pratica. Su ciò, comunque, tornerò più avanti.

2. Quali garanzie

L'imponente movimento garantista che come ho appena detto si è sviluppato ed esteso a partire dagli anni '70, ha fatto sì che la dimensione delle garanzie sia or-

⁵ Cfr. le relazioni generali pubblicate nel volume *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung – Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, ed. by W. Habscheid, Würzburg, 1983.

⁶ Cfr. *Fundamental Guarantes of the Parties in Civil Litigation – Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil*, ed. by M. Cappelletti and D. Tallon, Milano-New York, 1973.

⁷ Cfr. *Access to Justice*, voll. I-VI, Milan-Alphenanderjin, 1978.

mai da tutti considerata come essenziale sia nella configurazione teorica che nella realizzazione pratica della giustizia civile. Nessuno, oggi, si definirebbe “nemico delle garanzie” o “antigarantista”. D'altronde autodefinirsi “garantista” non rappresenta un particolare titolo di merito: significa semplicemente riconoscere alle garanzie il ruolo fondamentale che esse svolgono nel sistema della giustizia.

Comunque, il movimento garantista ha portato ad estendere e ad articolare ciò che ora si intende quando si parla di garanzie fondamentali del processo civile. Senza alcuna pretesa di completezza si possono allora indicare così le principali aree nelle quali si fa riferimento alle garanzie:

- garanzie *del giudice*, come l'indipendenza, esterna e interna, e l'imparzialità;
- garanzie *di accesso di tutti i cittadini* alla tutela giurisdizionale, eventualmente con la previsione di azioni collettive o di classe e con una effettiva assistenza giudiziaria ai non abbienti;
- garanzie *del processo*, che deve essere rapido, semplice ed efficiente;
- garanzie *delle parti*, ossia il diritto alla prova diretta e contraria, il contraddittorio effettivo in tutte le fasi del processo e preliminare rispetto alla decisione;
- garanzie *della decisione*, come la giustizia e la veridicità del provvedimento, e l'obbligatorietà della motivazione della sentenza;
- garanzie *di completezza della tutela*, come la disponibilità di misure cautelari e di forme di esecuzione capaci di assicurare sempre la tutela effettiva dei diritti.

Ovviamente l'elenco delle garanzie potrebbe essere più completo e più analitico, ma questi pochi cenni possono essere sufficienti a mostrare che un garantismo preso sul serio è un atteggiamento molto impegnativo ed ha un oggetto molto esteso e complesso. Il vero garantista non si accontenta di qualche garanzia scelta a caso: si preoccupa dell'intero sistema delle garanzie che debbono sussistere perché si abbia una buona amministrazione della giustizia civile.

A questo proposito vale la pena di sottolineare che un discorso non superficiale sulle garanzie non può limitarsi alla loro identificazione e alla loro enunciazione astratta e teorica, ma va compiuto essenzialmente in termini di *effettività*. Anche questa è una indicazione importantissima che proviene dall'esperienza di cui ho fatto cenno all'inizio: le garanzie fondamentali non debbono essere soltanto l'occasione per dichiarazioni di principio o per declamazioni retoriche. Esse hanno senso solo se – e nei limiti nei quali – vengono realizzate nei fatti, ossia nella pratica dell'amministrazione della giustizia. Occorre, quindi, che i legislatori articolino la disciplina del processo in modo tale da assicurare la concreta attuazione delle garanzie.

Il discorso di ciò che occorre per l'effettività delle garanzie non può essere svolto qui in modo completo, data la sua enorme complessità. Qualche esempio può però essere utile.

Non è dubbio, come si è detto, che la efficienza del procedimento e la sua rapidità rappresentino una garanzia fondamentale per la parte che deve ricorrere alla tutela giurisdizionale per conseguire l'attuazione di un suo diritto. Si tratta però di

vedere se ed in quale modo possa essere assicurata l'efficienza del processo tra le condizioni che occorrono perché il procedimento e la sua rapidità rappresentino una garanzia fondamentale per la parte che deve ricorrere alla tutela giurisdizionale per conseguire l'attuazione di un suo diritto. Si tratta però di vedere se ed in quale modo possa essere assicurata l'efficienza del processo. Tra le condizioni che occorrono perché il procedimento sia efficiente, una riguarda la distribuzione dei poteri che determinano lo svolgersi del processo tra le parti e il giudice. L'esperienza storica e l'analisi comparatistica dimostrano infatti che se l'andamento del processo viene rimesso esclusivamente alle iniziative e al controllo delle parti, è tendenzialmente inevitabile che il processo finisca con l'essere lento ed inefficiente. La spiegazione di questo fenomeno risulta essere abbastanza ovvia: in ogni processo vi è sempre una parte – ossia il debitore che ha torto e lo sa – che ha come interesse primario quello di ritardare il più possibile il momento in cui una sentenza definitiva sarà pronunciata contro di lui e sarà portata ad esecuzione. Se la disciplina del processo glielo consente, costui sfrutterà tutti i mezzi leciti (per non parlare di quelli illeciti, come l'abuso delle attività difensive) per fare in modo che il procedimento duri a lungo, e risulti quindi inefficiente come strumento di tutela del diritto del creditore che ha ragione (e che normalmente ha fretta di ottenere dal processo qualche risultato concreto). In sostanza, in un processo controllato dalle parti i tempi del procedimento sono determinati dalla parte che ha interesse a perder tempo, non dalla parte che ha interesse a guadagnare tempo. Si tratta di cose molto ovvie, come dimostra il fatto che tutte le moderne legislazioni processuali attribuiscono al giudice dei poteri molto ampi di *formelle Prozessleitung* e di *management*, proprio allo scopo di far sì che il giudice – non le parti – assicuri al processo un grado adeguato di efficienza. Per certi aspetti l'esempio più significativo è costituito dalla riforma processuale inglese del 1999: la crisi del processo civile inglese venne affrontata eliminando completamente il sistema *adversarial* che era stato seguito per secoli, e sostituendolo con un nuovo sistema processuale in cui spetta al giudice di stabilire quale tipo di procedimento deve applicarsi in funzione della natura della causa, ed inoltre spetta al giudice il compito di “amministrare” – con adeguati poteri – tutto il corso del processo⁸.

Un secondo esempio che merita di essere qui richiamato riguarda la garanzia della giustizia della decisione. Non pare che si possa dubitare del riconoscimento di questa garanzia: i processi non si fanno per lo scopo autoreferenziale di fare processi, ma per lo scopo di produrre decisioni che risolvono controversie. Contrariamente a quello che molti pensano⁹, il contenuto e la qualità delle decisioni che concludono i processi non sono indifferenti o irrilevanti: in ordinamenti nei

⁸ Cfr. Passanante, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1363 ss.; Varano, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir. proc.* 2002, p. 763 ss.; Zuckerman, *Civil Procedure*, London, 2002, p. 34 ss.

⁹ Per un esame critico di questi orientamenti cfr. Taruffò, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 99 ss.

quali si segue il principio di legalità le controversie vanno risolte *secondo diritto*, ossia attraverso la valida e giustificata applicazione delle norme giuridiche che rappresentano il criterio normativo di decisione della controversia. È chiaro che la decisione può considerarsi giusta solo se deriva da una corretta applicazione delle norme che regolano il caso, ma l'applicazione di queste norme non è corretta se non avviene in riferimento al verificarsi, nel singolo caso concreto, di fatti corrispondenti a quelli che la norma configura come premesse necessarie perché si producano le conseguenze giuridiche che essa prevede. Per dirla nei termini della dottrina tedesca classica, bisogna che venga accertata una *konkrete Tatbestand* corrispondente alla *abstrakte Tatbestand* prevista dalla norma¹⁰. Ciò implica, in buona sostanza, che una condizione necessaria di giustizia della decisione è costituita dall'accertamento della verità dei fatti che stanno alla base della controversia¹¹: nessuna decisione è giusta – per così dire – se si fonda sui fatti sbagliati. D'altra parte, da tempo si parla di “giusto processo”, di *debido proceso legal*, di *due process of law*, ma pare assai difficile considerare come “giusto” o “dovuto” un processo che sia finalizzato a produrre sistematicamente decisioni ingiuste in quanto fondate su accertamenti erronei o insufficienti dei fatti, o che sia sistematicamente indifferente al contenuto e alla qualità delle decisioni che produce¹². Vero è che i *veriphobics*¹³ sono numerosi, e sono particolarmente numerosi tra gli studiosi del processo civile¹⁴, ma rimane da dimostrare – appunto – che un buon processo sia quello che può produrre decisioni false ed ingiuste.

Se si riconosce, invece, che un buon processo deve essere orientato anche alla ricerca e alla scoperta della verità dei fatti, essendo questa una condizione necessaria perché si attui in concreto la garanzia del diritto ad una decisione giusta, allora è possibile individuare come dovrebbe essere configurato un processo che possa realizzare questa condizione. Un processo capace di svolgere adeguatamente la sua funzione *epistemica* non dovrebbe contenere – come già aveva indicato Jeremy Bentham¹⁵ – norme che escludano l'utilizzabilità di prove rilevanti, per l'ovvia ragione che escludere una prova rilevante significa limitare – o talvolta impedire del tutto – la ricerca della verità. Nella migliore delle ipotesi questa esclusione dovrebbe essere ridotta a poche ipotesi marginali, nelle quali si ritenga

¹⁰ In argomento v. più ampiamente Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 74 ss.

¹¹ Per argomentazioni più ampie in proposito cfr. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 97 ss.

¹² Anche a questo proposito v. più ampiamente Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 116 ss.

¹³ Intorno alle varie manifestazioni della *veriphobia* cfr., anche per la creazione del termine, Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford, 1999, p. 7 ss.

¹⁴ Cfr. ad es. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.* 2010, p. 1 ss.

¹⁵ Sulla concezione benthamiana del diritto delle prove cfr. in particolare Ferrer Beltrán, *La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba benthamiana*, in *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, D'Accatino coord., Santiago, Chile, 2010, p. 3 ss.