

Chiara Besso - Matteo Lupano

Il processo civile e le sue alternative

Nozioni generali



QUINTA EDIZIONE



Giappichelli



Parte I

**Processo civile
e tutela giurisdizionale**

Capitolo 1

Il processo civile

SOMMARIO: 1. Definizioni e confini: tutela dei diritti e attuazione della legge. – 2. Struttura e dimensioni. – 3. Il giusto processo: i principi posti dalle carte europee dei diritti fondamentali e dalla nostra carta costituzionale. – 4. Il processo come mezzo di composizione della lite. – 5. Il processo civile italiano in prospettiva diacronica. – 6. ☞ Materiali: Corte cost., 19 febbraio 2016, n. 36.

1. Definizioni e confini: tutela dei diritti e attuazione della legge

Punto di partenza della nostra indagine, dedicata alle nozioni generali relative al processo civile, non può che essere la domanda su cosa sia il processo.

Il processo è un fenomeno storicamente determinato, i cui caratteri e significato mutano nel tempo e a seconda dell'ordinamento nel quale si trova ad operare. Vediamo quindi come il fenomeno si caratterizza nell'ordinamento italiano.

Consideriamo la definizione disegnata dalla nostra carta costituzionale all'art. 24: “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti”. Essa ci dice che scopo del processo (identificato con il termine *giudizio*, *iudicium*) è la **tutela dei diritti**, tutela che deve essere riconosciuta a chiunque ne abbia bisogno.

La definizione trova poi il suo completamento nell'art. 111, comma 1, ove il concetto di **processo** viene correlato con quello di **giurisdizione** (leggiamo infatti che “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo”).

Il processo, che deve essere **giusto**, è quindi il mezzo attraverso il quale lo stato realizza la funzione giurisdizionale, che è autonoma e separata rispetto alle altre due sue funzioni (il “potere di giudicare” è potere “invisibile e nullo” che, per garantire la libertà, deve essere separato dal potere legislativo e dall'esecutivo ¹).

¹ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois* [1748], libro XI, capitolo VI.

La definizione fissata dalla legge fondamentale per certi versi differisce da quella, presente nella nostra tradizione, che identifica quale scopo del processo “l’attuazione della volontà concreta della legge”²: se quest’ultima considera la domanda di tutela quale occasione dell’esercizio di un potere dello stato, la definizione costituzionale mette al centro la persona e vede il processo funzionale alla tutela del diritto da questa vantato.

Entrambe le definizioni colgono la prospettiva giuridica del processo: soggettiva l’una (con il riferimento alla posizione tutelata, il diritto di cui si chiede tutela), oggettiva l’altra (con il riferimento all’attuazione della norma generale e astratta).

Da ambedue emerge la **funzione strumentale** svolta dal processo rispetto alle regole con le quali è fissato, dal diritto sostanziale, l’assetto degli interessi dei consociati. Consideriamo, ad esempio, il diritto di proprietà: il nostro legislatore nel codice civile dà una certa definizione e disciplina di questo diritto soggettivo (artt. 832 ss. c.c.); rispetto a questo assetto, disegna poi delle azioni, prima fra tutte quella di rivendicazione del bene, che entrano in gioco ove la posizione del proprietario subisca un pregiudizio (artt. 948 ss. c.c.).

Se il processo ha una funzione strumentale, questo non significa che il suo ruolo sia marginale. Come è stato detto, il processo è lo specchio di un sistema giuridico: il diritto sostanziale regola il comportamento dei cittadini, attribuendo loro determinate situazioni di vantaggio, ma tale riconoscimento riveste significato pratico – riducendosi altrimenti a mera enunciazione di principio – solo ove siano predisposti meccanismi idonei a garantirne l’effettività.

Torniamo all’esempio precedente. Il legislatore sostanziale riconosce al proprietario il diritto di godere delle cose in modo pieno ed esclusivo. Tale riconoscimento sarebbe però solo teorico ove l’ordinamento non predisponesse degli strumenti, come le azioni di cui agli artt. 948 ss. c.c., idonei a porre rimedio alla violazione o alla minaccia del diritto di proprietà.

Vi è un ulteriore profilo da considerare. Un sistema di giustizia **efficiente** e **accessibile** si pone quale garanzia indispensabile per avere l’osservanza spontanea delle regole da parte dei cittadini: solo se vi è la consapevolezza che in caso di violazione del diritto di proprietà l’ordinamento è in grado di reagire imponendone l’attuazione, si può avere la ragionevole aspettativa che la generalità dei cittadini tale diritto rispetti. L’inefficienza, e soprattutto la consapevolezza della inefficienza, del processo dà luogo ad indebolimento di quello che è il riconoscimento del diritto dal punto di vista sostanziale.

² CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 32.

Abbiamo parlato genericamente di processo. Come si caratterizza quello **civile**? È lo scopo a disegnare i confini tra il processo civile e quello **penale**. Se obiettivo della giurisdizione civile è la tutela del diritto soggettivo, scopo di quella penale è, una volta accertata la responsabilità, l'applicazione della sanzione (lo stesso comportamento può dare luogo, pensiamo alla sottrazione di un bene, all'azione civile per la restituzione e il risarcimento del danno e a quella penale per furto, azioni che possono essere esercitate nello stesso giudizio, cfr. gli artt. 74 ss. c.p.p.).

La legge fondamentale – all'art. 24 e in altre disposizioni – affianca alla tutela del diritto soggettivo quella dell'**interesse legittimo**. La diversa posizione giuridica, appunto il diritto ovvero l'interesse, traccia la linea che separa la giurisdizione civile da quella, speciale, **amministrativa**. Davanti al giudice ordinario trova tutela piena e immediata il diritto, mentre davanti al giudice amministrativo l'interesse del cittadino riceve una tutela indiretta e meramente strumentale perché correlata con la legittimità dell'operato della pubblica amministrazione. La distinzione tra le due posizioni, caratteristica dell'ordinamento italiano e assente in altri ordinamenti, è in realtà assai controversa e occorre poi considerare che, come vedremo nel capitolo 4, negli ultimi anni è andata scolorandosi come elemento di partizione della giurisdizione in quanto è stata molto ampliata la cosiddetta giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ossia le ipotesi in cui a quest'ultimo è affidata la tutela giurisdizionale di determinate materie, indipendentemente dalla situazione giuridica, diritto o interesse, vantata. D'altro canto, la stessa partizione tra le due giurisdizioni si sta attenuando, come dimostra la possibilità di trasferimento del giudizio dall'una all'altra giurisdizione (*infra*, § 10, capitolo 4).

2. Struttura e dimensioni

Abbiamo esaminato il processo civile dal punto di vista della funzione. Nulla abbiamo ancora detto circa la sua struttura.

Dalla stessa etimologia del termine (*processus*), ricaviamo che il processo consiste in una serie di atti tra loro coordinati che si svolgono nel tempo procedendo verso la formazione di un atto finale, la decisione.

Quali sono i soggetti di questi atti e quindi i protagonisti del processo? Si è sottolineato che, perché si abbia un processo, è necessario che la decisione, chiesta da una parte nei confronti di un'altra, sia pronunciata da un **giudice**, ossia da un soggetto che sia terzo rispetto alle parti (secondo il noto aforisma di Bulgaro, giurista medioevale, "*iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*").

La presenza del terzo non basta perché si possa parlare di processo.

“L’elemento costitutivo del giudizio, quello per cui se esso manchi, di giudizio non si possa in alcun modo parlare. E a me sembra che questo elemento sia indivisibile, e sia uno solo: che il giudizio sia reso da un terzo”.

SATTA, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 285.

Pensiamo infatti alla decisione presa da un ufficiale di gara durante lo svolgimento di una partita di calcio. Questi ha – o, meglio, dovrebbe avere – le caratteristiche della terzietà. Possiamo però considerare la sua decisione circa l’attribuzione di un calcio di rigore come data al termine di un processo? Sicuramente no.

Ciò che caratterizza il processo è che la decisione del terzo è resa sulla base di fatti che, portati dalle parti, sono oggetto di verifica e sulla applicazione a questi fatti della corretta conclusione giuridica, e questo dopo che alle parti è stata istituzionalmente garantita la possibilità di partecipare, mediante la presentazione di prove e argomenti giuridici, alla formazione della decisione³.

Il processo, quindi, è lo strumento che dà espressione formale e istituzionale all’influenza dell’argomentazione razionale nelle relazioni umane. Come tale esso assume un onere di razionalità – che si esplica nello svolgimento del diritto di difesa delle parti – che altre forme di regolazione sociale non presentano. Tutto quello che esalta il significato di questa partecipazione eleva il processo verso la sua espressione ottimale. Tutto quello che all’opposto mina il significato di questa partecipazione distrugge l’integrità stessa del processo. Così, la partecipazione mediante l’argomentazione razionale perde il suo significato se il giudice è impermeabile alla ragione, perché corrotto o irrimediabilmente parziale.

In quanto razionale, il processo mira ad una corretta ricostruzione dei fatti e ad una altrettanto corretta applicazione delle norme giuridiche sostanziali. Possiamo quindi dire che nel processo è presente una aspirazione verso la **ricerca della verità**. Il processo, d’altro canto, deve essere – come ci dice l’art. 24 Cost. – **giusto** e un processo che neppure ambisca a dare ai cittadini ciò che loro spetta secondo diritto non può essere considerato giusto.

Se guardiamo le regole che disciplinano il processo, però, queste spesso rispondono a valori diversi dalla ricerca della verità e che con essa possono anche confliggere. Il veritiero accertamento dei fatti d’altro canto costituisce uno dei parametri del giusto processo, ma non ne è certamente l’unico, così che la ricerca della verità va temperata con altre variabili⁴.

Il processo consiste in una successione di atti che si svolgono nel tempo. Il **tempo** è quindi una variabile con la quale la ricerca della cor-

³ FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, 353 ss.

⁴ ZUCKERMAN, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, 3 ss.

rettezza della decisione deve necessariamente rapportarsi. Se dal punto di vista del raggiungimento della verità possiamo in astratto immaginare un processo che duri un tempo infinito, con un sempre maggiore approfondimento dei fatti rilevanti per la lite e delle norme ad essi applicabili, è acquisita la consapevolezza che la durata del processo debba invece essere **ragionevole**. D'altro canto, nel nostro come negli altri ordinamenti, sono fissati periodi di tempo (i c.d. termini, v. il § 5, capitolo 8) entro i quali devono essere posti in essere i diversi atti e lo stesso processo è costruito come un fenomeno temporalmente delimitato (cfr. capitolo 5).

Il trascorrere del tempo viene in concreto ad incidere sulla decisione, minandone l'utilità pratica. La definizione della lite può essere corretta, ma arrivare troppo tardi per avere una qualche utilità concreta per la parte che pure è risultata vincitrice. Pensiamo al caso (cfr. il materiale n. 2) in cui il diritto soggettivo fatto valere sia il diritto alla salute per la cui tutela l'attore, gravemente ammalato, richieda la somministrazione gratuita di un farmaco da lui ritenuto indispensabile per la sua sopravvivenza. È evidente che in un caso di questo genere la decisione deve essere resa in tempi brevi e che una pronuncia, magari corretta, ma presa dopo un processo durato anni, non può avere utilità per la persona il cui diritto ha ormai subito un pregiudizio irreparabile. Pensiamo ancora alla situazione (v. il materiale n. 15) in cui per ottenere l'annullamento di un atto di compravendita di un bene non siano sufficienti quindici anni. Ora, è indubbio che, quando l'attore eventualmente riotterrà il bene, l'utilità che potrà ricavare sarà, se non nulla, certamente significativamente diminuita.

Una decisione può pertanto essere ingiusta non perché scorretta, ma perché arriva troppo tardi (come riassume l'aforisma inglese, "*justice delayed is justice denied*"). Un processo giusto, come non può essere indifferente all'accertamento della verità, così non può essere indifferente ad una durata che mini l'effettività della tutela riconosciuta con la decisione.

Vi è una terza variabile che deve essere considerata, quella dei **costi** del processo. L'esercizio della funzione giurisdizionale comporta dei costi, primi fra tutti quelli che devono essere sostenuti per gestire gli uffici giudiziari (dalle spese per il personale, pensiamo agli stipendi dei magistrati e dei loro ausiliari, a quelle per gli edifici e così via). È ovvio che un processo ideale, sotto il profilo della accuratezza della decisione e della tempestività dello svolgimento, è un processo costoso e che l'effettività della tutela dipende in larga misura dalle risorse che lo stato è disposto ed è in condizione di investire nel servizio giustizia (consideriamo il numero dei magistrati: è evidente che più alto è il numero dei giudici, minore è il numero delle cause loro affidate e quindi inferiore la durata dei processi).

In una situazione quale quella attuale, caratterizzata dalla scarsità delle risorse disponibili per le diverse funzioni che lo stato deve svolgere, ci si può chiedere quanta parte dei costi del processo addossare alla collettività e quanta invece attribuire ai soggetti che a questo facciano ricorso. Come vedremo nel capitolo 6, la scelta del nostro ordinamento è di addossare in minima parte su colui che propone domanda di tutela al giudice i costi del funzionamento del processo (attraverso il pagamento di un contributo, detto unificato). D'altro canto imporre il pagamento di tali costi al fruitore del servizio significherebbe negare il diritto di accesso al giudice alla gran parte dei cittadini rendendo così ingiusto – perché in concreto non accessibile – il processo.

La parte deve poi sopportare i costi attinenti ai profili tecnici della sua difesa. La complessità delle regole (sostanziali e attinenti allo stesso svolgimento del giudizio) rendono opportuno (nel nostro ordinamento per lo più obbligatorio, cfr. *infra*, capitolo 6) che la parte non si difenda personalmente, ma si rivolga ad un tecnico, l'avvocato, i cui compensi possono incidere in misura rilevante sulla effettiva possibilità di ottenere tutela. Di qui la necessità che sia garantita – pena la negazione dell'accesso al giudizio – la difesa tecnica ai non abbienti.

Così come una giustizia resa con ritardo equivale ad un diniego di giustizia, un processo non accessibile a causa dei suoi costi equivale a un diniego di giustizia per coloro che tali costi non possono affrontare.

Queste osservazioni inducono a riflettere sul fatto che una disciplina del processo, per quanto ottimale, deve comunque essere frutto di un compromesso fra tre variabili fondamentali: accuratezza dell'accertamento dei fatti e della applicazione delle norme giuridiche, ragionevolezza dei tempi di svolgimento e costi sostenibili per la collettività e per l'individuo che fa ricorso al giudice.

3. Il giusto processo: i principi posti dalle carte europee dei diritti fondamentali e dalla nostra carta costituzionale

Nei precedenti paragrafi, nell'interrogarci circa la funzione e la struttura del processo, abbiamo fatto riferimento a principi, come quello della terzietà del giudice e del contraddittorio, che appartengono da secoli alla tradizione del processo e ad altri, come la ragionevole durata e l'effettività della tutela, invece elaborati più di recente.

Tali principi hanno trovato, nei decenni successivi alla fine del secondo conflitto mondiale, una loro codificazione all'interno delle carte fondamentali europee, nazionali e sovranazionali.

Così, principi in materia di tutela giurisdizionale dei diritti sono pre-

sentì nella convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), e in particolare nell'art. 6. I principi, comunemente riassunti sotto la formula dell'**equo** (o giusto) **processo** e ampiamente sviluppati dalla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo, concernono le garanzie che deve presentare la figura del giudice (l'indipendenza, l'imparzialità e la costituzione per legge), la ragionevolezza della durata del processo e il diritto ad una pubblica ed equa udienza.

La corte EDU ha interpretato la garanzia dell'equa udienza come incorporante due ulteriori principi, il diritto di uguaglianza di trattamento inteso come "**parità delle armi**" (le parti devono entrambe avere una ragionevole opportunità di presentare le loro pretese e di difendersi in relazione a quanto affermato da controparte secondo modalità che non devono, nella sostanza, avvantaggiare o svantaggiare l'altra parte) e il diritto di **accesso alla giustizia**, in relazione al quale la corte ha sottolineato che gli altri diritti processuali non hanno significato concreto se la persona non ha accesso effettivo alla giustizia per rivendicare il suo diritto (accesso effettivo che implica anche il diritto alla rappresentanza tecnica, ove necessario finanziata dallo stato).

I principi enunciati dalla convenzione così come interpretati dalla corte dei diritti dell'uomo sono stati, sostanzialmente, ripresi dall'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove l'accento è posto, sin dalla rubrica dell'articolo ("diritto ad un ricorso **effettivo** e ad un giudice imparziale"), sull'effettività del diritto di accesso alla giustizia: "ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo; ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge; ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare; a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

Nel nostro ordinamento è la carta costituzionale a dettare i principi fondamentali per il processo civile, all'art. 24, che abbiamo già *supra* richiamato ("tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi; la **difesa** è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento; sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione") e all'art. 111, commi 1 e 2 ("la giurisdizione si attua mediante il **giusto processo** regolato dalla legge; ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale; la legge ne assicura la ragionevole durata").

Se l'art. 24 è focalizzato sul diritto di difesa e sulla necessità di garantire ai cittadini non abbienti la difesa tecnica da parte dell'avvocato, i primi due commi dell'art. 111 (inseriti con legge costituzionale nel 1999) chiaramente risentono della formulazione e della interpretazione dell'art. 6 della convenzione europea e prescrivono il rispetto della garanzia del giusto processo regolato dalla legge, del contraddittorio in condizioni di parità tra le parti, nonché della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata del processo (assicurata dalla legge).

Si è discusso sulla effettiva novità delle garanzie dettate dai primi due commi dell'art. 111, osservandosi da parte di alcuni che le garanzie in essi espressamente enunciate erano già ricavabili dal testo originario della costituzione. Consideriamo il principio dell'imparzialità del giudice: se la legge fondamentale, nella stesura iniziale, ha soprattutto pensato a garantire l'autonomia e l'indipendenza dei giudici dagli altri poteri dello stato, il principio, ora espressamente enunciato, della estraneità ed equidistanza del giudice rispetto alle parti era comunque ricavabile e riconosciuto dalla corte costituzionale sulla base di altre disposizioni, come l'art. 101 (che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge) e l'art. 104 (che in generale afferma l'indipendenza e l'autonomia della magistratura). Da altri si sono poi evidenziate le differenze rispetto al dettato dell'art. 6 della convenzione europea: così il giusto processo è *regolato dalla legge* e la ragionevole durata è costruita come garanzia oggettiva dell'ordinamento (deve infatti essere *assicurata* dalla legge) piuttosto che come diritto soggettivo della parte.

In ogni caso, i nuovi primi due commi dell'art. 111 hanno segnato un cambiamento nella percezione delle garanzie del processo, viste non più singolarmente, ma come tra loro coordinate e bilanciate, con l'accento, grazie alla espressa enunciazione del principio della ragionevole durata, sul valore dell'efficienza che deve caratterizzare il servizio pubblico in cui si sostanzia la funzione giurisdizionale.

La ragionevole durata è divenuta canone ermeneutico di estremo rilievo per la prassi, come dimostrano le moltissime pronunzie dei giudici di legittimità e di merito che di esso fanno applicazione nell'interpretare la legge processuale (v., ad esempio, le argomentazioni usate dai giudici nei materiali, casi n. 4, 5 e 18).

La costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo impone "all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche e soprattutto per il suo impatto operativo sulla realizzazione del detto obiettivo costituzionale" (Cass., 28 febbraio 2007, n. 4636).

4. Il processo come mezzo di composizione della lite

Accanto alle definizioni ricordate *supra*, che scoliscono il ruolo del processo nel rapporto tra la persona e lo stato, vi è un'altra definizione del processo civile, anch'essa presente nella nostra tradizione, che ne coglie invece il significato nel suo essere strumento di composizione della lite, ove lite indica il conflitto tra l'interesse di chi afferma una pretesa e l'interesse di chi tale pretesa nega o non soddisfa⁵.

Spostare l'attenzione dal piano dell'applicazione e del riconoscimento del diritto a quello del conflitto e della sua composizione significa riconoscere che il processo è uno dei modi di composizione della lite, ma non è l'unico.

Accanto alla composizione eteronoma della lite posta in essere da un terzo (il giudice e, come vedremo nel successivo paragrafo, l'arbitro), vi è l'autocomposizione ad opera delle stesse parti in conflitto. Chi afferma la pretesa può rinunciarvi; la controparte, che l'aveva inizialmente negata, può riconoscerla; i protagonisti del conflitto possono concludere un accordo e porre così fine alla lite facendosi reciproche concessioni (cfr. l'art. 1965 c.c.).

Ciò che caratterizza il processo, pertanto, non è l'obiettivo, che questo – la composizione della lite – è comune con altri strumenti, ma il modo in cui la risoluzione della lite è raggiunta, e che abbiamo già visto parlando degli elementi strutturali del giudizio: il conflitto, per poter essere risolto mediante la decisione di un terzo, il giudice, diventa giuridico e si trasforma in dissenso circa lo svolgimento di determinati fatti passati e/o l'applicazione a questi fatti di norme generali prestabilite.

Il processo è quindi la risposta istituzionale, dello stato, offerta ai cittadini per la risoluzione dei conflitti che li vedano coinvolti. Esso è il luogo della **giusta** composizione della lite, dove l'aggettivo giusto caratterizza la composizione che avviene secondo i principi e le garanzie che abbiamo visto nei precedenti paragrafi.

5. Il processo civile italiano in prospettiva diacronica

Dopo aver visto le tecniche alternative, ritorniamo al processo, del quale tracciamo in questo paragrafo un brevissimo quadro evolutivo, con attenzione ai fattori che ne hanno favorito ovvero frenato il cambiamento.

I) Dal punto di vista storico il processo civile italiano è l'erede del processo c.d. **romano-canonico**, il modello processuale che si è svi-

⁵ CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, 44.

luppato nel XII secolo in Italia per poi diffondersi in tutta l'Europa continentale.

Su tale modello, che vedeva il processo, prevalentemente scritto, svolgersi attraverso un infinito scambio di memorie, si sono basati sino a tutto il XVIII secolo i processi civili dei singoli stati italiani.

L'inizio del XIX secolo si è invece caratterizzato per l'influenza del *code de procédure civile* napoleonico, che ha fortemente ispirato i codici sardi del 1854 e del 1859, che hanno costituito le basi del primo codice di rito dell'Italia unita.

II) Il **codice** del **1865** disegnava un processo dominato dal principio dispositivo delle parti, che avevano un controllo pieno dell'oggetto e dello svolgimento del giudizio, regolato da regole formalistiche, con un giudice passivo che aveva il ruolo di risolvere i c.d. incidenti e di pronunciare la decisione finale.

Il secolo successivo si è aperto con idee differenti: è soprattutto Chiovenda a proporre un codice "nuovo" (in realtà ispirato al codice austriaco del 1895), che si basa su principi antitetici rispetto a quelli del codice del 1865: l'oralità, l'immediatezza e la concentrazione del procedimento. Se la scrittura non viene bandita dal processo (scritti continuano ad essere gli atti introduttivi del processo e la sentenza emanata dal giudice), la trattazione del processo diventa orale (secondo le parole di Chiovenda, una trattazione "nell'aria libera e fresca dell'udienza"). Le parti, attraverso i difensori, trattano verbalmente la causa e il giudice svolge una funzione attiva. Vi è contatto diretto e immediato tra il giudice e le fonti del suo convincimento (il giudice che raccoglie le prove è infatti il medesimo che le valuta). I tempi del processo, grazie all'attribuzione al giudice di incisivi poteri di direzione formale e sostanziale sul procedimento e alla previsione di preclusioni, sono concentrati.

I canoni chiovendiani non sono stati certo condivisi da tutta la dottrina, ma hanno costituito un punto di riferimento del dibattito e dei numerosi progetti per un nuovo codice che si sono susseguiti a partire dagli anni '20 del Novecento.

III) Il nuovo **codice** è arrivato nel **1940** (per entrare in vigore nel 1942): frutto di compromessi, è lontano dal processo disegnato da Chiovenda. L'oralità e la concentrazione sono attuate in misura ridotta; invece, del giudice unico di primo grado viene ideata la figura ibrida del giudice istruttore; se al giudice vengono affidati poteri di direzione del procedimento, limitati sono i suoi poteri istruttori. Il codice è comunque per molti versi innovativo rispetto a quello del 1865: viene diminuito il formalismo degli atti, sono eliminate le sentenze interlocutorie, è introdotto un rigido sistema di preclusioni.

Il codice – che costituisce, insieme a disposizioni presenti nel codice civile e in leggi speciali (come la legge sull'ordinamento giudiziario e quel-

la di riforma del diritto internazionale privato), la base normativa principale del processo civile – è articolato in quattro libri.

Il primo libro riflette il carattere dogmatico del codice: esso mira infatti a comprendere le disposizioni generali che dovrebbero poi trovare applicazione in relazione a tutti i processi regolati nei tre libri successivi, obiettivo parzialmente riuscito perché molte delle disposizioni sono in realtà formulate avendo come punto di riferimento il processo di cognizione di cui al libro secondo.

Il secondo libro è appunto dedicato alla disciplina del processo di cognizione piena, ossia quel processo (come vedremo nel successivo capitolo) ove la decisione è resa dopo che le parti hanno avuto la possibilità di far valere in modo compiuto le loro ragioni, che si caratterizza per essere tutela atipica e può quindi essere utilizzato per far valere la generalità dei diritti. Nel libro secondo troviamo così le regole del giudizio di primo grado e quelle dei mezzi di impugnazione, ossia degli strumenti che possono essere utilizzati dalle parti per denunciare l'invalidità o l'ingiustizia dei provvedimenti resi dal giudice di primo grado.

Nel terzo libro sono invece dettate le regole del processo di esecuzione, ossia quel complesso di attività attraverso le quali, grazie alla tecnica della sostituzione degli organi esecutivi al debitore inadempiente, si ha il soddisfacimento coattivo del diritto (*infra*, capitolo successivo).

Il quarto libro è infine dedicato ai “procedimenti speciali” ove il legislatore ha, questa volta in modo asistematico, disciplinato gli istituti non ricompresi nei precedenti libri, perlopiù caratterizzati dal fatto di essere procedimenti tipici, ossia volti a tutelare specifiche situazioni sostanziali. Troviamo così regolati procedimenti speciali a cognizione sommaria (come il procedimento d'ingiunzione e le misure cautelari), ma anche l'arbitrato, giudizio sicuramente speciale perché alternativo al processo davanti al giudice.

IV) Con la fine della seconda guerra mondiale, si è sviluppato nei confronti del codice di rito – tacciato di ideologia fascista – un atteggiamento fortemente negativo da parte degli avvocati che ha portato il legislatore a emanare la c.d. **controriforma** del **1950**, che ne ha cancellato o comunque attenuato le innovazioni più significative. È infatti stata introdotta la possibilità di trattazione scritta, invece che orale, della causa; sono state eliminate le preclusioni.

La vita del codice – peraltro in vigore da più di settant'anni – è stata contrassegnata da continue affermazioni circa la necessità di elaborarne uno nuovo e dal susseguirsi di proposte di riforma.

È del 1973 l'introduzione – nel corpo del codice – del novellato **rito** del **lavoro**, procedimento speciale di cognizione per le cause che vedono contrapposti lavoratori e datori di lavoro, basato su principi differenti rispetto all'allora processo ordinario: la monocraticità del giudice, munito di forti poteri istruttori, l'oralità e la concentrazione del giudizio, la pre-

visione di provvedimenti anticipatori, l'immediata esecutività della sentenza di primo grado.

Negli stessi anni '70 del secolo scorso si è avuta l'elaborazione da parte di una commissione, presieduta da Liebman, di un progetto di riforma generale, ispirato al riformato rito del lavoro, che tra l'altro prevedeva il giudice unico di primo grado, cui erano attribuiti significativi poteri di direzione e di iniziativa istruttoria, un'articolazione del giudizio in una udienza preliminare seguita da una udienza di trattazione e istruzione orale e modifiche profonde del diritto delle prove.

In quegli stessi anni, grazie anche al ruolo svolto dalla corte costituzionale in sede di interpretazione delle garanzie fondamentali per il processo civile dettate dalla costituzione, si imponeva, sulla base della lettura coordinata dei principi dettati dall'art. 3 e dall'art. 24, il tema dell'**effettività** della tutela giurisdizionale con le connesse problematiche della **durata** del processo, dell'**accesso** al giudice e dell'**inefficienza** del sistema.

V) A fronte di una situazione di crisi della giustizia ritenuta ormai insostenibile, agli inizi degli anni '90 si è accantonata l'idea della riforma globale del codice in favore di provvedimenti urgenti, in grado di incidere sui problemi percepiti come più gravi.

Si è così operato in due direzioni, da un lato potenziando le forme di giustizia affidate a giudici non di carriera, sostituendo la figura in decadenza del conciliatore con quella del **giudice di pace** (legge n. 374/1991), e dall'altro lato modificando la disciplina del giudizio ordinario davanti al tribunale, inserendo profili propri dell'esperienza del rito del lavoro e rivalutando il **giudizio di primo grado**: si è così introdotto un sistema, pur se meno rigido, di preclusioni, si è data la possibilità alle parti di chiedere la pronuncia di provvedimenti anticipatori di condanna, la sentenza di primo grado è stata resa esecutiva, il giudice di tribunale è diventato tendenzialmente unico (legge n. 353/1990, in vigore, "smorzata" e modificata, dal 1995).

La via verso la monocraticità del giudice di primo grado è poi proseguita negli anni 1997-1999, con l'abolizione della figura del pretore e il trasferimento delle sue competenze al tribunale, cui nel 1998 sono state affidate le controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

VI) Le riforme degli anni '90 non hanno però risolto i problemi del processo civile, e in particolare quello della sua durata "irragionevole".

Il tema del ritardo della giustizia italiana è intanto divenuto – grazie ai numerosi ricorsi presentati da cittadini italiani alla corte europea dei diritti dell'uomo di denuncia del principio sancito dall'art. 6 della convenzione – un problema europeo e il nostro stato è stato più volte esortato dal consiglio d'Europa a porvi rimedio e ad assicurare la **ra-**

gionevole durata dei processi, obbligo nel frattempo anche esplicitamente imposto, come abbiamo *supra* visto, dalla nostra carta costituzionale.

Il legislatore – senza abbandonare la strada delle riforme del processo – ha pensato di rispondere alle sollecitazioni europee introducendo la possibilità di ottenere l’equa riparazione del danno causato dall’irragionevole durata del processo davanti al giudice italiano (c.d. legge Pinto del 2001). Il rimedio non si è certo rilevato efficace: se ha appesantito il carico di lavoro delle corti d’appello (cui è stata affidata la competenza in materia) non ha rappresentato un rimedio effettivo per la parte (considerata la “riluttanza” del nostro stato a pagare le ingentissime somme di denaro cui è ogni anno condannato a titolo di equa riparazione).

Con l’inizio del nuovo millennio si è tornati a pensare ad un nuovo codice di procedura civile. Nel 2003 il governo ha approvato un progetto di legge delega che vedeva la ricerca dell’efficienza perseguita non, come nelle riforme precedenti, attraverso l’ampliamento dei poteri del giudice e l’imposizione di preclusioni all’attività delle parti, ma piuttosto mediante il libero gioco delle parti con una prima fase del processo dedicata allo scambio di memorie tra le stesse senza la partecipazione del giudice.

Se il progetto venne presto abbandonato, i caratteri portanti dello stesso sono stati trasfusi nella disciplina del processo societario di cui al d.lgs. n. 5/2003. Tale disciplina – oggetto di pesanti critiche in dottrina e presto mutilata da interventi della corte costituzionale – non ha dato buona prova sotto il profilo dell’efficienza del giudizio ed è stata abrogata con la legge n. 69/2009.

Sono continuati gli interventi parziali sulla disciplina del codice: si segnalano la legge n. 80/2005, che ha introdotto modifiche del processo di cognizione, esecutivo e cautelare e ha dettato norme di delega al governo in materia di giudizio di cassazione e arbitrato (attuate con il d.lgs. n. 40/2006) e la già citata legge n. 69/2009, che ha inciso su numerosi aspetti del processo, dall’abbreviazione di svariati termini, all’introduzione di una nuova forma, scritta, di testimonianza, a modificazioni del giudizio di cassazione.

La legge n. 69/2009 conteneva anche una delega per l’emanazione di norme relative sia alla mediazione che alla semplificazione dei riti speciali, delega che il governo ha attuato con i d.lgs. n. 28/2010 e n. 250/2011.

Il d.l. n. 132/2014 (convertito dalla legge n. 162/2014) ha introdotto due nuovi istituti (l’arbitrato in corso di giudizio e la negoziazione assistita dall’avvocato), ritoccato la disciplina delle spese, potenziato il procedimento sommario di cognizione e novellato ancora una volta il processo di esecuzione forzata (sul quale sono intervenuti anche il d.l. n. 83/2015 e il d.l. n. 59/2016).

Da ultimo, il governo ha inserito l'incremento di efficienza del sistema giudiziario tra gli obiettivi di maggior rilievo del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e si è impegnato, a fronte della concessione di cospicui fondi europei, a ridurre significativamente i tempi di trattazione dei procedimenti contenziosi civili e commerciali. Per raggiungere questo risultato è stata approvata una corposa riforma del processo civile, la c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 149/2022). La riforma opera numerosi interventi sul processo di cognizione, introduce un nuovo rito unitario per le cause di famiglia, semplifica il processo esecutivo e rivede la disciplina degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo, nel tentativo di incentivarne l'utilizzo. L'idoneità di questi interventi al raggiungimento, entro il 2026, dei traguardi prefissati è stata tuttavia messa in dubbio da non pochi studiosi e operatori del diritto.

VII) Il sunto, molto sommario, appena tratteggiato evidenzia l'"affanno" che da anni caratterizza gli interventi normativi nella materia del processo civile, con un susseguirsi di interventi parziali, tra loro anche contraddittori, su singoli profili della disciplina, forieri di incertezze e ambiguità nella concreta applicazione delle norme.

La crisi del processo, crisi che d'altro canto da più di settant'anni si denuncia come situazione da cui "nessuno di noi può straniarsi, perché sono in questione, anzi a repentaglio, i principi stessi della nostra vita sociale"⁶, non può dirsi risolta. I tempi del processo, pur essendo in alcuni casi migliorati, restano lunghi. La durata media del giudizio di primo grado nel 2022 è stata di 433 giorni (prendendo in considerazione tutte le materie, si raggiungono invece 878 giorni per il contenzioso classificato dalle banche dati ministeriali come "civile ordinario") e i giudizi d'appello si sono protratti in media per 836 giorni (1.151 per il contenzioso civile ordinario). Per quanto concerne invece la corte di cassazione, l'annuario statistico della corte indica che nel 2022 la durata media del giudizio è stata di poco più di 1.200 giorni. Che i processi si protraggano troppo a lungo lo dimostrano, nella loro casualità, anche i materiali di questo volume, ove i processi non solo durano molti anni, ma talora "girano a vuoto" (consideriamo il caso affrontato nel materiale n. 15, dove si sono svolti tre gradi di giudizio per concludere circa la necessità di integrare il giudizio nei confronti dei contitolari del rapporto, con la conseguenza, dopo quindici anni, di dover ricominciare da capo il processo).

Come si sottolinea da tempo, le ragioni della durata dei giudizi sono solo in parte da ascrivere alle norme del processo, andando queste an-

⁶ ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente* (1939), in ID., *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, Milano, 1957, 158.

che e soprattutto individuate nella interpretazione che di queste viene data (pensiamo all'interpretazione estensiva della nozione *sentenza* offerta dalla corte di cassazione in sede di interpretazione dell'art. 111, comma 7, Cost., che è senza dubbio alla base di una parte del contenzioso pendente davanti alla corte stessa) e in caratteristiche strutturali del nostro sistema di amministrazione della giustizia, che vanno dall'organizzazione degli uffici giudiziari a quella della professione legale (l'Italia si caratterizza infatti per l'altissimo numero di avvocati, 240.000 nel 2022, circa 400 ogni 100.000 abitanti; in Francia vi sono circa 100 avvocati ogni 100.000 abitanti, in Germania 200, in Spagna 300).

Sotto il profilo della organizzazione degli uffici giudiziari sono da segnalare due interventi positivi, che hanno contribuito a rendere più efficiente il funzionamento del processo. Per decenni si era sottolineata la necessità da un lato di rivedere l'articolazione degli uffici giudiziari mediante una riduzione del loro numero (l'eccessiva frammentazione degli uffici giudiziari era infatti segnalata, anche in sede europea, come una delle debolezze strutturali della nostra amministrazione della giustizia) e dall'altro lato di potenziare l'utilizzo delle tecnologie informatiche. Entrambe le richieste sono divenute realtà: nel 2013 si è attuata la revisione delle circoscrizioni giudiziarie, con la chiusura di 30 tribunali, di tutte le 220 sezioni distaccate di tribunale e di 674 uffici del giudice di pace, che sono stati accorpati ad altri uffici giudiziari; tra il 2014 e il 2015 è divenuto obbligatorio in molti uffici giudiziari il c.d. processo telematico (in particolare il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti avviene esclusivamente per via telematica), che la riforma Cartabia ha rafforzato ed esteso alla corte di cassazione e agli uffici del giudice di pace.

☞ 6. Materiali: Corte cost., 19 febbraio 2016, n. 36

La legge n. 89/2001 (c.d. legge Pinto, v. § 5) sancisce il diritto di ottenere un'**equa riparazione** del pregiudizio, patrimoniale e non, subito dalle parti rimaste coinvolte in un processo dalla **durata irragionevole**. Il numero dei ricorsi presentati in forza di questa legge è divenuto ingente e ha comportato un carico di lavoro assai gravoso per gli uffici giudiziari, tanto da rendere in alcuni casi troppo lento lo stesso procedimento per ottenere equa riparazione.

La corte d'appello di Firenze esamina un caso nel quale il procedimento di cui alla legge n. 89/2001 si è protratto per sette anni e dieci mesi, pertanto il ricorrente ha domandato una seconda equa riparazione, questa volta a fronte della durata irragionevole del giudizio di primo grado promosso in forza della legge Pinto.

L'art. 2 della legge n. 89/2001, modificato dal d.l. n. 83/2012, stabilisce che la durata del giudizio non è eccessiva se lo stesso non si protrae per oltre tre anni in primo grado e, complessivamente, per oltre sei anni. La corte d'appello di Firenze solleva questione di legittimità costituzionale di tali norme, nella parte in cui si applicano anche al procedimento di equa riparazione.

La questione

La Corte costituzionale deve decidere se la legge n. 89/2001, prescrivendo anche per il procedimento di equa riparazione un termine di durata ragionevole pari a tre anni in primo grado e sei anni complessivi, viola gli artt. 3 (principio di uguaglianza), 111 (ragionevole durata del processo) e 117 (rispetto degli obblighi internazionali) della **Costituzione**, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della **Convenzione europea dei diritti dell'uomo** (CEDU), che, come abbiamo visto al § 3, sancisce il diritto alla ragionevole durata del processo.

La decisione della Corte costituzionale

La Corte costituzionale in prima battuta afferma che il termine di durata complessiva di sei anni non si applica al giudizio di equa riparazione, poiché è dettato per procedimenti che si articolano su tre gradi di giudizio, mentre quello previsto dalla legge n. 89/2001 ne prevede solo due.

Quanto al termine di durata massima del primo grado di giudizio – pari a tre anni – la corte rammenta che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli stati sono tenuti a concludere i procedimenti tesi ad assicurare equa riparazione del danno da durata irragionevole del processo in **termini più celeri** di quelli osservati nelle procedure ordinarie, che sono generalmente più complesse e in ogni caso “non sono costruite per rimediare ad una precedente inerzia nell'amministrazione della giustizia”.

Il legislatore italiano, dovendo **rispettare gli obblighi internazionali** che ha assunto (art. 117 Cost.) non può dunque nel “disciplinare legalmente i termini di ragionevole durata dei processi ai fini dell'equa riparazione, consentire una durata complessiva del procedimento regolato dalla legge n. 89 del 2001 pari a quella tollerata con riguardo agli altri procedimenti civili”. Una regola siffatta è in contrasto anche con il **principio di ragionevole durata del processo**, recepito all'art. 111 Cost.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, applicando l'art. 6 della CEDU, ha affermato che il procedimento nazionale per l'equa riparazione non deve durare, **complessivamente**, oltre **due anni**. La Corte costituzionale, dopo aver rammentato che ad identiche conclusioni era giunta la giurisprudenza italiana prima della modifica avvenuta nel 2012, dichiara illegittimo l'art. 2 della legge n. 89/2001 nella parte in cui stabilisce un termine superiore a tale soglia.

Il commento

La sentenza è sintomatica dello stato di **crisi** della giustizia civile, incapace di smaltire in tempi adeguati non solo le cause ordinarie, ma anche quelle volte ad ottenere equa riparazione per la durata irragionevole del processo.

L'illegittimità dell'art. 2 della legge n. 89/2001 è conseguenza delle modifiche apportate nel 2012. In precedenza, la norma non individuava con precisione la durata massima del processo, consentendo alla giurisprudenza nazionale di recepire le indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La riforma del 2012, al pari di altri interventi del legislatore sulla legge n. 89/2001, era tesa a contenere gli **oneri** per il bilancio dello stato derivanti dall'accoglimento delle domande di equa riparazione, innalzando la soglia di durata ragionevole del processo, riducendo l'entità degli indennizzi o rendendo più complesso e gravoso richiederli. In questo modo tuttavia non si elimina il problema della lentezza della giustizia civile, ma solo la possibilità per chi ne è vittima di ottenere ristoro.

La Corte costituzionale rammenta che il legislatore italiano, sebbene disponga di margini di discrezionalità nell'individuare i presupposti dell'equa riparazione, non può comprimere questo diritto oltre i limiti sanciti dalla CEDU, secondo la consolidata interpretazione della convenzione ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo.