

DDL delega per il processo civile: è vera riforma?

SOMMARIO: 1. Perché una nuova riforma del processo civile? – 2. La struttura del DDL. – 3. ADR e deflazione. – 4. Il nuovo rito in primo grado. – 5. Appello.

1. Perché una nuova riforma del processo civile?

È ormai stato presentato in Senato il disegno di legge n. 1662, col quale si vorrebbe attribuire delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Se la legge è lo strumento tecnico per dare risposte ai bisogni che emergono nell'ambito di una comunità in un dato momento storico, è prima necessario verificare quale sia questo bisogno o, meglio, visto che si deve osservare un articolato già formato, è necessario individuare quale sia il bisogno da cui esso in concreto è ispirato.

Insomma: qual è la domanda a cui il DDL in parola vuole dare risposta?

Dalla lettura del suo art. 1, inerente, fra l'altro, al suo oggetto nonché della relazione di accompagnamento gli obiettivi presenti sono chiari, sia in negativo sia in positivo. Il DDL non intende avere riguardo al bisogno di attuare adeguamenti a garanzie costituzionali o di cambiare paradigmi di fondo in nome di modifiche culturali della società o ancora di colmare vuoti normativi o infine di superare difetti tecnici di alcune norme esistenti ovvero risolvere contrasti applicativi. In esso lo sguardo va piuttosto all'esigenza di rendere più efficiente il processo, semplificandolo e rendendolo più veloce.

Insomma, come da diversi anni accade, al centro dell'attenzione del legislatore si pone il problema della ragionevole durata del processo, che fa emergere nel suo linguaggio le solite parole d'ordine di contorno ossia: snellezza, concentrazione, semplificazione, speditezza, razionalizzazione, effettività della tutela.

Da tempo, troppo tempo, gran parte della dottrina sostiene che l'attuazione di questo obiettivo non dipende dal modo di essere della legge relativa al rito, quindi dalle norme che presidono al percorso da seguire per giungere alla decisione della lite.

Invero è di tutta evidenza come, se la stessa legge vale in tutti gli uffici giudiziari d'Italia, è altresì vero che lo stesso rito è usato con grande efficienza in alcuni ed inefficienza in altri. Per cui è altrettanto intuitivo quanto la radice del problema stia nel fattore umano, nell'efficienza delle singole persone e della loro organizzazione.

Ed è pure, mi pare, di tutta evidenza come le continue modifiche di questi anni siano state inutili allo scopo ed anzi anche dannose, perché esse costringono gli operatori a incessanti aggiornamenti e li espongono ad incertezze applicative che esigono inevitabilmente tempo per il formarsi di una giurisprudenza costante.

La verità è, o almeno così a me sembra, che un effetto benefico all'efficienza del processo civile potrebbe derivare solo da riforme che non lo riguardano direttamente, quali per fare qualche esempio non

esaustivo: 1) la semplificazione dell'azione amministrativa, posto che l'inefficienza delle pubbliche amministrazioni generano ingenti contenziosi anche di fronte al giudice civile; 2) la modifica del corso di laurea in giurisprudenza, ritornando ad un triennio più una diversificazione di bienni, tra i quali solo uno possa dare accesso alle professioni legali, seguito da una necessaria ed unica Scuola di specializzazione, da cui attingere per i magistrati, i notai e gli avvocati; 3) la creazione di un albo di cassazionisti, a numero chiuso e con accesso per esami, per formare specialisti del giudizio di cassazione, che rinuncino a difendere di fronte ai giudici di merito.

Eppure il patrio legislatore continua imperterrita nel suo errore e purtroppo gli interpreti non possono fare altro che rincorrerlo affannosamente. Non volendo qui analizzare minuziosamente l'intero articolato sotto osservazione, ne vedremo alcuni aspetti, al solo fine di verificare se quanto appena detto sopra possa essere smentito, insomma al fine di verificare se le norme e i principi direttivi in esso contenuti possano avere un effetto benefico sulla ragionevole durata del processo civile.

2. La struttura del DDL

Limitandoci al ristretto obiettivo nel senso accennato, cominciamo col dire che qualche traccia normativa positiva può essere individuata nel DDL.

La prima, nonostante tutti i dubbi applicativi, è data dalla previsione di una possibile istruzione stragiudiziale svolta, su consenso delle parti, dagli avvocati nell'ambito della procedura di negoziazione assistita e volta essenzialmente all'acquisizione di dichiarazioni di terzi o delle parti in ordine ai fatti rilevanti nella lite (art. 2).

Tale strumento è previsto per due ragioni. La prima sta nell'evitare il processo, perché il risultato dell'attività compiuta potrà indurre le parti ad un accordo o comunque, anche in mancanza di accordo, a rinunciare all'accesso al giudice. La seconda, in subordine, sta nella speranza comunque di un alleggerimento del processo, perché, fallito l'obiettivo principale, il giudice investito della causa potrà utilizzare l'attività compiuta in precedenza, salva la sua rinnovazione. Ed inoltre è prevista anche una maggiorazione al compenso degli avvocati, cosa opportuna perché se si evita il processo la lite sarà risolta velocemente e con minor spesa, mentre in caso contrario il successivo processo dovrebbe essere, almeno negli auspici, più rapido.

Ovviamente non si può sapere se questo strumento, che in qualche misura ricalca, ma su base consensuale, la logica sottesa all'imposizione del percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. quale condizione di procedibilità nelle liti sanitarie, sarà o meno effettivamente utilizzato e se nei casi concreti sarà utile. Ma, nell'attesa e ragionando per il momento puramente in astratto, a me non sembra che lo si debba criticare temendo abusi, per parare i quali, peraltro, si potrebbe pensare che l'obiettivo della ragionevole durata non potrebbe comunque essere centrato perché il giudice dovrebbe sempre rinnovare l'attività compiuta, finendo così per non ottenere alcun alleggerimento del processo. Invero, il vero obiettivo di questo strumento non sta in codesto alleggerimento, bensì nel tentativo di evitare il processo. Per cui, fallito l'obiettivo principale, l'altro in subordine sarebbe comunque ben poca cosa.

La seconda traccia normativa positiva sta nel prevedere il potenziamento del processo civile telematico (PCT) ed il principio generale di sinteticità e chiarezza degli atti di parte (art. 12), ancorché qui l'articolato susciti qualche perplessità, sia nel suo dettato sia in quello che potrà essere il futuro decreto legislativo.

Il primo dubbio emerge a proposito del PCT quando si dispone di «prevedere il divieto di sanzioni processuali sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico dell'atto, quando questo abbia comunque raggiunto lo scopo, e che della violazione delle specifiche tecniche si possa tener conto nella disciplina delle spese».

Invero, che senso ha prevedere una "non nullità" quando è raggiunto lo scopo dell'atto? Posto che ai sensi dell'art. 156,, comma 3°, c.p.c. il raggiungimento dello scopo è un meccanismo sanante di un atto che si presuppone essere nullo, non ha alcun senso ipotizzare una sanatoria per un atto non nullo. Immagino, allora, che il tenore della previsione vada inteso come un modo semplicemente per escludere la nullità, senso derivante anche dalla previsione per cui si vuole sanzionare, non l'atto per mezzo della sua invalidità, bensì il comportamento della parte che ha compiuto l'atto per mezzo della disciplina delle spese.

Il secondo dubbio, o meglio inquietudine per il futuro, attiene al modo in cui si vorrà attuare l'enunciato principio generale di chiarezza e sinteticità degli atti di parte, quale declinazione del principio di buona fede e di un dovere di leale collaborazione al buon funzionamento della giustizia. Io spero che esso verrà sanzionato sul piano economico e non processuale, insomma che venga punito economicamente il comportamento della parte non collaborativa e non che vengano sanzionati gli atti non sintetici con forme di nullità o di inammissibilità nei gradi d'impugnazione.

La terza traccia normativa che potrebbe essere positiva attiene alla previsione, nell'ambito dell'espropriazione immobiliare, di una possibilità di vendita del bene pignorato ad opera del debitore (art. 8). Ciò, sembrerebbe, a tre condizioni: 1) che non avvenga ad un prezzo inferiore al suo valore di mercato; 2) che il debitore richiedente l'autorizzazione presenti una seria offerta di acquisto, serietà garantita dall'offerta di una cauzione non inferiore al decimo del prezzo proposto; 3) che vi sia il consenso del creditore procedente e dei creditori intervenuti o, in alternativa, che, se un creditore si oppone, il giudice ritenga che comunque una vendita competitiva non potrebbe dare un ricavato maggiore.

La previsione, con tutte le garanzie di cui è ammantata, potrebbe essere utile, ma quanto lo sarà effettivamente potrà dircelo solo la pratica.

Tuttavia, al di là di qualche pur buona singola traccia normativa, va posta la domanda di fondo: l'impianto tecnico del DDL può essere effettivamente utile al suo scopo dichiarato? Il disegno che da esso emerge, ammesso che di disegno si possa parlare, può veramente apportare giovamento al bisogno di efficienza del sistema e di ragionevole durata dei singoli processi pendenti?

Il disegno ha due direttrici di fondo. La prima aspira ad incidere sui mezzi utili al fine di evitare il processo. La seconda punta a modificare il rito del processo dichiarativo: in primo grado e limitatamente nel giudizio di appello.

3. ADR e deflazione

In questo ambito nel DDL iniziale erano inserite previsioni solo inerenti i percorsi negoziali di alternativa alla giustizia, sia quelli previsti come condizione di procedibilità sia quelli non previsti in tale senso. Poi, per così dire "all'ultimo tuffo", è stato inserito anche un art. 11 avente ad oggetto l'arbitrato, che francamente appare del tutto fuori contesto, perché, non potendo certo il legislatore imporne l'utilizzo, esso non può giocare alcun ruolo in un disegno deflazionistico.

Oltretutto, nel merito, se la previsione sul riconoscimento del lodo straniero ha una valenza chiarificatrice di un dubbio interpretativo a favore dell'efficacia esecutiva del decreto assunto in fase monitoria¹, l'altro "pezzo" della delega suscita inquietudine. Ciò per due ragioni.

Innanzitutto perché un richiamo generico ad un'esigenza di rafforzamento delle garanzie di imparzialità e indipendenza dell'arbitro non si sa cosa possa comportare nell'ambito di un meccanismo delicato e peraltro ben disciplinato dal nostro attuale codice di procedura civile, anche arricchito da principi ausiliari consolidati, quale, ad esempio, quello per cui le parti devono avere parità di peso nella costituzione del tribunale arbitrale.

In secondo luogo il riferimento specifico all'obbligo per l'arbitro, a pena di decadenza, di dichiarare al momento dell'accettazione della nomina eventuali circostanze di cui all'art. 815 c.p.c., che possono essere fatte valere come motivi di riconsuazione (c.d. obbligo di *disclosure*), suscita dubbi tecnici in ordine a quale potrà essere il contenuto del futuro articolato. Ad oggi un simile obbligo, che emerge nel sistema in regolamenti camerali ovvero in codici deontologici, non ha una sanzione nell'ambito del giudizio arbitrale. Ma se e quando esso sarà inserito nel codice di procedura civile, quali saranno le conseguenze?

Solo per enunciare le domande che il legislatore delegato dovrà (si spera!) porsi: a) come può operare la decadenza e quale ruolo avranno le parti? b) l'omissione o magari anche la falsità della dichiarazione avranno conseguenze sulla validità del lodo? c) quale rapporto si avrà con la riconsuazione, che oggi ha anche una valenza "prenotativa" di una futura impugnazione del lodo? d) quali ricadute si potranno ipotizzare sulla responsabilità degli arbitri, che dovrebbe pur sempre restare ancorata all'annullamento del lodo? insomma, come si vede, una serie di domande la cui delicatezza forse potrebbe indurre ad accantonare l'inserimento nel codice di procedura civile della previsione di un obbligo la cui esistenza, sancita a livello di legge, a me non sembra decisiva per il buon funzionamento degli arbitrati.

Ma, venendo alla parte centrale del disegno normativo, ossia quello che si occupa di percorsi negoziali alternativi alla soluzione giurisdizionale, a me sembra che dalle previsioni, contenute essenzialmente, anche se non solo, nell'art. 2 del DDL emergano incongruenze e lacune, nonché un'idea di fondo sostanzialmente non condivisibile.

Partendo dalle incongruenze, la prima emerge con la semplice domanda: per quale ragione nei settori finanziario, bancario e assicurativo si deve eliminare la possibilità di assolvere la condizione di procedibilità scegliendo la mediazione? Se in questi ambiti si vuole mantenere un condizionamento all'esercizio dell'azione, non si comprende proprio il motivo che dovrebbe sottrarre agli interessati la scelta tra percorsi diversi, oltretutto penalizzando la mediazione il cui valore aggiunto dovrebbe essere dato dal fatto che in essa si ha il supporto al dialogo da parte di un soggetto (il mediatore) capace di applicare le tecniche della negoziazione alla soluzione dei conflitti.

¹ Vedi, se vuoi, il problema in BOVE, *La giustizia privata*, Trento 2018, p. 379 ss., in cui concludevo: «La questione dovrebbe essere chiarita dal legislatore, perché francamente non vedo come si possa ricavare qualcosa di veramente fondato dalla lettera delle norme. Piuttosto, al momento attuale, l'unico ausilio alla soluzione del problema può venire dalla Convenzione di New York, precisamente dal suo art. III, che vieta di trattare in modo "sensibilmente" diverso, sul piano del riconoscimento e dell'esecuzione, un lodo straniero rispetto ad un lodo interno. Ed, allora, non vedo come si possa negare che questa sensibile diversità si verrebbe a creare, ai fini dell'esecutività, ove, posto che per un lodo interno basta passare dall'agile e rapido procedimento di cui all'art. 825 c.p.c., si volesse invece imporre al lodo straniero di aspettare l'esito del giudizio di opposizione di cui all'art. 840 c.p.c.». Ovviamente la Convenzione citata è quella per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere del 10 giugno 1958.

In secondo luogo non si capisce perché per le liti di lavoro si possa ricorrere alla negoziazione assistita dagli avvocati, ma mantenendo ferma la disposizione di cui all'art. 2113 c.c., così facendo intendere che questo percorso non sarebbe sufficientemente "protetto", conclusione questa non del tutto ragionevole.

La terza incongruenza riguarda il settore della responsabilità sanitaria, nel cui ambito si esclude il ricorso obbligatorio alla mediazione e si mantiene, quale condizione di procedibilità, il ricorso alla procedura di cui all'art. 696-*bis* c.p.c., già previsto nell'art. 8 della legge Gelli, ma limitandolo «ai soli casi in cui per l'accertamento della responsabilità o per la liquidazione del danno sia necessario l'espletamento di una consulenza tecnica».

Certamente in alcune cause sanitarie battere la strada tracciata dall'art. 696-*bis* c.p.c. non ha alcun senso perché non vi è alcun oggetto da periziare. Però nel DDL si dimentica che la logica della condizione di procedibilità, attualmente prevista nell'art. 8 della legge Gelli, non sta nella necessità di scorporare una questione di fatto di particolare pregnanza tecnica al fine di ottenerne, previamente e separatamente, l'accertamento. Qui si rischia di confondere il caso in oggetto con altri la cui disciplina segue un'altra logica, come ad esempio accade nel caso di cui all'art. 445-*bis* c.p.c. in riferimento alle cause d'invalidità.

La logica della condizione di procedibilità in materia sanitaria sta piuttosto nell'imporre, prima dell'accesso al giudice, un tentativo di dialogo al fine di trovare una soluzione negoziale della lite. Dialogo rispetto al quale, se la lite esige la soluzione di una questione di fatto di particolare pregnanza tecnica, la perizia rappresenta solo un passaggio facilitativo, uno strumento utile all'obiettivo che sta nella stipula di una transazione.

Ed allora delle due l'una: o si afferma che in materia sanitaria è opportuno ovvero necessario un previo tentativo di accordo per evitare il processo oppure si nega che questo tentativo sia opportuno e necessario. Se non si crede a questa opportunità/necessità non ha nemmeno senso mantenere in vita la condizione di procedibilità legata al percorso tracciato dall'art. 696-*bis* c.p.c., pur quando la lite sottende una questione tecnica. Se, al contrario, si vuole mantenere la condizione di procedibilità, allora non ha alcun senso imporla solo quando è necessaria una perizia.

Piuttosto, credendo nell'opportunità di un dialogo preventivo tra le parti, si dovrebbe mantenere l'alternativa della mediazione, che offre l'unico percorso negoziale concepibile quando lo strumento di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. sarebbe fuori luogo, mancando la necessità di acquisire una perizia.

Venendo alle lacune, a me sembra che nel DDL non vi sia alcuna attenzione per ciò che in tale settore veramente servirebbe, ossia alcuni chiarimenti interpretativi. Solo per ricordare alcune spinose questioni, tra le diverse che pur la prassi ha fatto emergere, si ricordi quella attinente allo stato del processo dichiarativo pendente dopo che il giudice abbia disposto il ricorso alla procedura di cui all'art. 696-*bis* c.p.c., problema del tutto obliterato dall'art. 8 della legge Gelli, non comprendendosi così se il giudice debba disporre una sospensione o una semplice dilazione di udienza oppure assolutamente nulla. O ancora, rispetto alla mediazione, si pensi alla controversia interpretativa in ordine all'individuazione del soggetto onerato di assolvere la condizione in pendenza di opposizione al decreto ingiuntivo o anche in ordine al quando e al come possa ritenersi assolta la condizione, dividendosi il campo coloro che vorrebbero imporre un dialogo effettivo e coloro che si accontentano di un mero passaggio formale².

² Così anche Cass. 7 marzo 2019, n. 8473. Per la verità l'applicazione della normativa sulla mediazione ha sollevato anche altri dubbi interpretativi, ma a noi qui interessava solo, a titolo di esempio, citarne qualcuno tra i più rilevanti.

Quanto infine all'idea di fondo che ispira l'impianto delle previsioni in tema di ADR, a mio avviso non è condivisibile la prospettiva che continua a ravvisare nei percorsi negoziali una condizione di procedibilità, un condizionamento all'accesso al giudice statale, essenzialmente secondo una logica deflattiva.

Questa idea permane nelle esplicite previsioni sulla condizione di procedibilità, peraltro estesa anche ai contratti di mandato e ai rapporti di mediazione.

Ed anzi essa emerge anche sotto una nuova veste quando all'art. 15 del DDL si prevedono modifiche alla legge n. 89 del 2001 disponendo quali rimedi preventivi al fine di poter essere risarcito per danni da irragionevole durata del processo: a) l'aver tentato il percorso di negoziazione assistita, b) l'aver partecipato personalmente alla mediazione anche successivamente al primo incontro. Ciò, si badi, a prescindere dal fatto che nel caso concreto sussistesse o meno una condizione di procedibilità.

Insomma, l'idea è: l'esercizio del diritto di azione e di difesa senza prima aver provato seriamente una via negoziale istituzionalizzata per risolvere la lite è in sé un abuso, quantomeno sanzionato con la sottrazione del diritto al risarcimento del danno da irragionevole durata del processo.

Francamente a me sembra che qui vi sia un'esagerazione!

Non mi stancherò mai di ripetere, anche se inutilmente, che il sistema delle ADR quali mezzi di alternativa alla giustizia, non potranno mai avere un ruolo di deflazione, perché, al contrario, solo la minaccia incombente di un processo efficiente può indurre i litiganti, eventualmente in misura maggiore, a trovare un accordo che eviti il ricorso al giudice.

Peraltro, non mi pare ragionevole imporre la presenza personale delle parti al fine di un'effettiva trattativa, sia perché non si vede la ragione che dovrebbe impedire alla parte di evitare la sua personale partecipazione facendosi rappresentare da qualcuno, fosse anche il suo avvocato, sia perché l'effettiva trattativa non può essere legittimamente imposta se essa ha un costo di qualche rilievo³.

La verità, o almeno così a me sembra, è che, se la negoziazione assistita e la mediazione effettiva hanno un costo e se non è ragionevole condizionare l'accesso alla giustizia statale solo ad un passaggio formale, il legislatore dovrebbe una buona volta rinunciare a queste vie (peraltro inefficaci) di deflazione. Al più si potrebbe e si dovrebbe investire sulla mediazione c.d. delegata o demandata, la quale avrebbe più possibilità di successo e susciterebbe meno dubbi di legittimità costituzionale.

Le maggiori possibilità di successo derivano dall'essere tale strumento legato alle circostanze del caso concreto, senza *a priori*, ossia in astratto, sparare inutilmente nel mucchio come avviene utilizzando la mediazione obbligatoria per legge. I dubbi di costituzionalità derivanti dal suo costo potrebbero ben essere attutiti dal rilievo per cui il rinvio in mediazione da parte del giudice, fondato non solo sulle circostanze del caso, ma anche su un previo dialogo tra giudice e parti in ordine a queste, non ha una funzione di deflazione, se non indirettamente, emergendo piuttosto il ruolo del potere di direzione del giudice ispirato dalla ricerca nel caso singolo di una soluzione alla lite migliore di quella che potrebbe dare una sentenza⁴.

³ Cfr. LUISO, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Giur. it.* 2019, p. 2132 ss.

⁴ Sulle logiche diverse sottese alla mediazione obbligatoria *ope legis* e a quella obbligatoria *ope iudicis* vedi, se vuoi, BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. arbitrato* 2018, p. 459 ss.

4. Il nuovo rito in primo grado

Senza analizzare minuziosamente le previsioni di cui agli articoli 3, 4 e 5, che nel DDL sono dedicati al processo dichiarativo di primo grado, emerge in tutto evidenza che l'idea di fondo sta, dopo aver abrogato il rito sommario di cui agli articoli 702-*bis* ss. c.p.c., nell'adottare un unico rito essenzialmente per il processo di fronte al tribunale in composizione monocratica, di fronte al tribunale in composizione collegiale e di fronte al giudice di pace.

Volendo soffermarci solo su alcuni passaggi significativi, la prima indicazione della delega attiene all'unicità della forma attribuita alla domanda introduttiva: eliminata la forma dell'atto di citazione si sceglie, quale forma unica, quella del ricorso.

Già questa previsione lascia perplessi, non in sé, ma in riferimento alla sua sbandierata utilità rispetto allo scopo dichiarato di snellimento e velocizzazione dei processi, perché non si vede come sia possibile ipotizzare che la sostituzione dell'atto di citazione con il ricorso possa appunto sortire quel benefico effetto. Invero questo, direi magico, effetto si potrebbe ottenere solo se si volesse sanzionare in via disciplinare la previsione secondo la quale il giudice dovrebbe fissare la prima udienza al massimo a centoventi giorni, cosa che non credo possa accadere, immaginando che rimarrà sempre vigente la regola non scritta per cui, se i tempi delle parti sono certi, altrettanto non si può pretendere rispetto ai tempi degli uffici.

Scendendo un po' più nel dettaglio, mi sembra che emerga una sola buona idea, nel momento in cui si fa giustizia di quello che a me è sempre sembrato un equivoco in dottrina: pensare che sia necessario o opportuno diversificare i riti a seconda della maggiore o minore complessità della causa, ipotizzando un rito, si dice, più snello per le cause semplici ed un rito più complesso per le cause più complesse.

A me è sempre sembrato che in questo ragionamento si annidi un errore di prospettiva per due ragioni. Innanzitutto perché se per rito più snello s'intende un percorso senza regole precostituite, con ciò si finisce per violare il principio di legalità, che rappresenta il primo elemento costitutivo del concetto di "giusto processo" di cui all'art. 111 Cost. In secondo luogo perché la c.d. causa più semplice, non classificata come tale *a priori* dal legislatore, bensì come risultante nel caso concreto, ha solo bisogno di meno tempo/lavoro, pur rimanendo all'interno dello stesso percorso normativamente prestabilito.

Il punto è che nell'ambito del processo dichiarativo, se la norma concreta a cui mettere capo nella sentenza finale è condizionata da un necessario accertamento che sta a monte⁵, si deve per forza di cose ipotizzare un percorso nell'ambito del quale: a) si individui l'oggetto del processo, che poi sarà l'oggetto della decisione e quindi del giudicato; b) si sollevino questioni, ossia si svolga quella attività di trattazione nella quale le parti, facendo valere i loro mezzi di attacco (fatti costitutivi) e di difesa (eccezioni attinenti a fatti impeditivi, modificativi ed estintivi), individuano l'oggetto della cognizione del giudice; c) si producano mezzi di prova ovvero si facciano istanze istruttorie, dal cui eventuale accoglimento deriverà un'attività di assunzione.

Ovviamente se la causa è in puro diritto ovvero, come si suole dire, è solo documentale, il processo avrà tempi più brevi, perché sarà risparmiata tutta l'attività propriamente istruttoria. Ma che la causa sia complessa o meno, non si vede la ragione per cui la legge dovrebbe solo in alcuni casi dettare le regole che

⁵ Per riprendere l'espressione carneluttiana, se nel negozio è posto "deve essere A", nella sentenza è posto "se è B deve essere A", perché la sentenza ripercorre in concreto la proposizione condizionale di dovere che la legge applicata aveva posto in astratto.

presiedono all'individuazione di coloro che sono legittimati a compiere le diverse attività e dei tempi di queste.

Il DDL in commento, abbandonando ogni tentazione di affidarsi al c.d. *case management* del giudice, non si occupa di aspetti di fondo del processo civile, che rimangono inalterati. Così esso nulla cambia in ordine all'individuazione dei legittimati alle diverse attività sopra sommariamente descritte. Né in riferimento all'individuazione dell'oggetto del processo, compito che rimane saldamente in mano alle parti⁶, scelta questa che non potrebbe certo essere cambiata dal legislatore se è vero che il principio della domanda, quale esigenza di separare il ruolo di chi giudica da quello di chi sceglie su cosa giudicare, è un corollario del principio costituzionale di terzietà del giudice (art. 111, comma 2°, Cost.). Né in riferimento all'individuazione dell'oggetto della cognizione ovvero riguardo ai poteri istruttori.

Il DDL si limita ad occuparsi della fase iniziale, fissando delle preclusioni, e della fase decisoria.

Le preclusioni collegate alla comparsa di risposta del convenuto, tempestivamente depositata prima della prima udienza restano le stesse già contenute attualmente nell'art. 167 c.p.c., relative: alle domande riconvenzionali, alle eccezioni c.d. in senso stretto e alle chiamate di terzi. Il cambiamento attiene al tempo del deposito, che va fatto non più venti giorni, bensì quaranta giorni prima dell'udienza, ciò perché bisogna dare spazio alla replica che l'attore deve fare, ovviamente se vuole, sempre prima di quella udienza.

Invero, l'attore venti giorni prima di codesta udienza può: replicare alle difese altrui, fare domande consequenziali, fare eccezioni consequenziali e fare chiamate di terzi sempre consequenziali.

Poi, dieci giorni prima dell'udienza, convenuto e terzi chiamati possono fare precisazioni o modificazioni di domande ed eccezioni solo in quanto conseguenti alle domande ed eccezioni proposte dalle altre parti.

Giunti alla prima udienza, in questa sede non si svolge più attività di trattazione, che quindi si colloca tutta nella fase antecedente, bensì solo attività probatoria. Il giudice, se richiesto (ossia sempre!), adotta un provvedimento nel quale: a) fissa termine perentorio a trenta giorni per produrre documenti e presentare istanze istruttorie su fatti specificamente contestati (cfr. art. 115 c.p.c.), b) fissa ulteriore termine perentorio a venti giorni per la sola prova contraria, c) fissa udienza a sessanta giorni dalla scadenza di questi ultimi venti giorni per assumere i mezzi di prova ammessi.

Prima dell'udienza di assunzione probatoria vi sarà l'ordinanza di ammissione delle istanze istruttorie. Ma qui il processo potrebbe prendere anche un'altra direzione, se il giudice chiede chiarimenti ovvero egli fissa udienza di discussione orale della causa, differendo l'udienza già fissata per l'assunzione probatoria.

Di fronte a questo impianto, sinteticamente descritto, sorge già ad una prima impressione la domanda: a cosa serve tutto questo marchingegno per mezzo del quale si vogliono modificare le norme esistenti sui ritmi iniziali del gioco processuale? La verità è che le attività da svolgere sono sempre le stesse, né potrebbe essere diversamente, con l'unica "grande" novità che esse dovrebbero svolgersi prima dell'udienza.

Peraltro, mi sembra che non si risolvano vecchi problemi interpretativa ed anzi se ne creino di nuovi.

⁶ Senza considerare le complicazioni emergenti quando sono coinvolti terzi: ma anche qui nulla cambia.

Tra i primi si pensi al trattamento della non contestazione specifica del fatto allegato da controparte. A parte il rilievo che si continua a non cercare una coerenza tra il trattamento di questa ipotesi ed il trattamento della contumacia⁷, qui non è disciplinato il tempo della contestazione, in modo da rendere tranquilla la parte che ha fatto l'allegazione rispetto al suo onere probatorio. Ed allora in sede di attuazione della delega sarebbe bene sviluppare lo spunto contenuto nell'art. 3, punto 6), per chiarire che, se nella prima memoria istruttoria concessa dal giudice in prima udienza si ha l'onere di articolare prova solo in riferimento ai fatti specificamente contestati, se ne dovrà ricavare anche che una successiva contestazione di controparte non potrà accollare l'onere della prova alla parte che aveva fatto l'allegazione. Ma sarà bene precisare il momento a cui riferire l'espressione di "contestazione successiva", perché se nello scambio di memorie prima dell'udienza, che avviene dopo gli atti introduttivi (ricorso e comparsa di risposta), si possono fare solo attività consequenziali, potrebbe essere discutibile stabilire in via interpretativa a quale momento debba cadere l'onere di contestazione.

Tra i nuovi problemi interpretativi se ne possono indicare almeno un paio.

Il primo riguarda il termine preclusivo delle eccezioni in senso lato. Assumendo il punto di vista del convenuto, si potrebbe dire che a questi, se nella memoria da fare dieci giorni prima dell'udienza può solo spendere attività consequenziali, può spendere le eccezioni in senso lato solo nella comparsa di risposta depositata quaranta giorni prima dell'udienza. Ma, se il termine preclusivo delle eccezioni in senso lato deve finire per essere lo stesso di quello previsto esplicitamente per le eccezioni in senso stretto perché non lo si chiarisce?

Il secondo dubbio che credo emergerà atterrà al senso da dare alle c.d. "attività consequenziali", posto che viene eliminato il semplice *ius variandi*. Se la Corte di cassazione vorrà riprendere la sua attuale giurisprudenza, che, in nome dell'esigenza di non frazionare l'unica vicenda della vita nei vari profili giuridici che possono da essa emergere, allarga il potere di modificazione anche a diritti diversi da quello fatto valere nella domanda originaria, non è escluso che essa possa in futuro finire per ammettere, sotto l'espressione di attività consequenziali, anche la spendita di mezzi di attacco concorrenti, attengano essi a fatti costitutivi dello stesso diritto ovvero a effetti giuridici diversi, mezzi che in teoria non sarebbe propriamente consequenziali.

Complicazioni e dubbi, vecchi e nuovi, che rappresentano prezzi che francamente non merita pagare, perché poi in concreto le previsioni in commento nulla risolvono rispetto al vero problema del processo, che affonda le sue radici nella possibilità/necessità che il giudice, dominando il fascicolo di causa fin dall'inizio, adotti immediatamente scelte di economia processuale, ad esempio rimettendo in decisione la causa perché una questione pregiudiziale impediente ovvero una questione di merito più liquida consente subito il rigetto della domanda. Il giudice oberato nel suo ruolo non può per ragioni oggettive ed il giudice non ligio ai suoi doveri ha la possibilità di evitarlo perché non rischia nulla sul piano disciplinare. E così processi che potrebbero chiudersi rapidamente si immettono in un percorso istruttorio e magari di ulteriore trattazione, tutte attività che si snodano in anni di lavoro che potrebbero essere risparmiati.

L'impressione di una scarsa utilità delle disposizioni proposte si ha anche guardando alla disciplina della fase decisoria.

⁷ Non si capisce perché il silenzio della parte costituita dovrebbe essere sanzionato, quando non lo è la totale inerzia che emerge a fronte di una contumacia (volontaria).

Esaurita la trattazione-istruzione il giudice chiama le parti a precisare le conclusioni, anche senza la necessità di celebrare un'udienza *ad hoc*, e quindi egli può: a) *illico et immediate* invitare le parti alla discussione orale nel corso della medesima udienza e poi pronunciare sentenza dando lettura del dispositivo e delle ragioni della decisione, salvo riservarsi di depositare poi la sentenza); b) se c'è istanza di parte, dopo la precisazione delle conclusioni il giudice fissa altra udienza per la discussione orale, con la conseguenza che prima di codesta udienza le parti si scambieranno altri due scritti e poi all'udienza, dopo la discussione orale, il giudice potrà pronunciare subito sentenza ovvero riservarsene il deposito successivamente.

Ancora mi sembra di trovarsi di fronte ad un marchingegno inutile e dispendioso, con passaggi in buona sostanza evitabili. L'udienza di discussione orale, la cui fissazione può non essere a tempi brevi, è attività del tutto superflua e, se si può, ancor più superflua ove si ipotizzi la pronuncia della sentenza nello stesso contesto, visto che il giudice in tal caso arriverà all'udienza con la sentenza già scritta. Ma anche gli ulteriori scritti di parte sono in fondo spesso inutili, perché, non potendo certo in questa fase spendere argomenti nuovi, al più con essi si vorrebbe offrire al giudice una lettura dell'attività istruttoria compiuta.

Se così stanno le cose, rischiando di subire le grida di avvocati che potrebbero vedere nel mio dire una violazione dei fondamentali diritti di difesa, io credo che baserebbe dare al giudice solo il potere di valutare l'opportunità dello scambio di una sola memoria per la lettura dell'attività istruttoria compiuta, se è stata compiuta, per poi riservarsi il deposito della sentenza.

Invero le inutili attività che spesso si fanno in fase decisoria, più che essere espressione del diritto di difesa, sono alibi per il giudice che mal organizza il suo lavoro. Ed è di fronte a questo "collo di bottiglia" che si deve prima o poi affrontare il problema: o i giudici hanno troppe sentenze da scrivere, ed allora bisogna affrontare il problema di organico ed organizzazione, oppure essi non rispettano i loro doveri, ed allora vanno battute le strade disciplinari.

Ogni altra considerazione o riforma è una perdita di tempo.

5. Appello

Poche battute sulle disposizioni in materia di appello, facendo emergere tre aspetti che mi sembrano maggiormente degni di nota.

Il primo è consequenziale alla disciplina del processo di primo grado e attiene alla previsione per cui l'atto introduttivo deve avere la forma del ricorso e non dell'atto di citazione. La scelta è ovvia e quanto ai dubbi che essa comporta si rinvia ai rilievi già sopra svolti.

Il secondo aspetto è quello più positivo e riguarda l'eliminazione del c.d. filtro, abrogando gli articoli 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c., meccanismo del tutto inutile. A tal proposito si rilevi anche che con ciò finisce per essere eliminata pure la previsione attualmente vigente secondo la quale in caso di doppia conforme in fatto non è possibile il ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c., esclusione questa che, se l'opinione più diffusa comprendesse finalmente come anche questo motivo si risolve in una violazione di legge, nessun legislatore penserebbe mai di ipotizzare, vista la sua contrarietà all'art. 111, comma 7°, Cost.

Infine mi sembra positivo il chiarimento in ordine ai tempi per la riproposizione di domande ed eccezioni non accolte ai sensi dell'art. 346 c.p.c., attività che andrà collocata al momento del deposito

tempestivo della comparsa di risposta, ossia venti giorni prima dell'udienza. Semmai sembrerebbe giunto il momento di tracciare in modo chiaro la linea di confine tra ciò che esige un appello incidentale e ciò che permette la mera riproposizione, atti che, se sono da compiere nello stesso momento, hanno però requisiti formali e costi diversi. E a tal proposito io continuo a sposare l'idea minoritaria secondo la quale un appello incidentale ha senso solo quando si chiede un ribaltamento della soccombenza pratica ovvero un mutamento della precettività della sentenza, sia pure da parte di un soccombente teorico.

Per il resto: a) non si vede l'utilità di stabilire che improcedibilità ed estinzione vengano pronunciate con ordinanza, perché con ciò, se non si può risparmiare tempo per la fase decisoria, non si può neanche ipotizzare di risparmiare qualcosa d'altro, visto che anche avverso un'ordinanza dovrà sempre essere ammissibile il ricorso in cassazione, se essa, in quanto provvedimento che chiude il giudizio, non può che essere vista da questa prospettiva che come una sentenza in senso sostanziale; b) non vedo la necessità di cambiare la fase decisoria, perché mi sembra che già oggi il sistema offra le possibili opzioni utili al caso concreto; c) non vedo particolare utilità nella riscrittura della disciplina dell'inibitoria, salvo, forse, la precisazione in ordina alla possibile riproposizione dell'istanza.

Ma insomma, ed infine, anche per le previsioni in materia di appello, resta, al di là di qualche spunto positivo, sempre la stessa domanda: a che serve una riforma del processo civile?

MAURO BOVE