

L'insostenibile pesantezza della cognizione ordinaria

Se la democraticità di un ordinamento giuridico dovesse essere valutata in base all'efficienza dell'apparato giudiziario, ebbene, l'Italia non sarebbe annoverata tra gli Stati democratici. Il pantano di difficoltà nel quale versa la giustizia italiana, in particolare quella civile, è in primo luogo dovuto allo sversamento costante di domande giudiziali, anche banali e/o irrisorie, da parte dei privati, i quali sono disposti, pur di ottenere la ragione o di contrastare i torti addebitatigli, ad arrivare dinanzi al Supremo Consesso, con spese legali che, alle volte, superano di gran lunga il valore della causa. In secondo luogo, a questa inflazione giudiziaria, si aggiunge una patologica carenza di fondi, distratti dal capitolo giudiziario e stornati altrove, con gravi ripercussioni sull'intero organico, personale e materiale, sempre irrimediabilmente insufficienti. In terzo luogo, è il processo in sé, in particolare, lo smodato ricorso al rito ordinario di cognizione.

Il rito *testè* richiamato è il modello processuale di base, nel sistema di tutele civilistico, ed è opposto ai riti speciali (di cui agli artt. 633 ss. cpc), i quali si connotano per la intrinseca celerità ed informalità di svolgimento e nei quali si sfrondano le ampollosità eccessive e pedanti tipiche del rito ordinario, salvo quando non sia il caso, per il *vocatus in ius*, di opporsi, ovviamente: infatti sia l'opposizione al decreto ingiuntivo che alla convalida sfratto comportano l'apertura di un processo ordinario di cognizione.

Il rito è, in via generale, articolato in tre fasi: introduzione, istruzione e discussione/ conclusione; le parti processuali, attore e convenuto (salvo il caso dell'intervento del terzo ovvero del P.M.), ivi si confrontano dinanzi ad un giudice (in composizione monocratica ovvero collegiale) per sentirsi acclarare le ragioni ed i torti rispettivamente contenuti negli atti di parte (dalla citazione in giudizio/ ricorso introduttivo alla comparsa di risposta e dalle memorie *ex art. 183 c.6 cpc* alle conclusionali *ex art. 190 cpc*).

Il tutto è disciplinato dal codice di procedura civile, di cui al R.D. 20 aprile 1942 n. 504 e successive modifiche, il quale dà contezza dell'impianto processuale nell'ambito della giurisdizione civile, la quale è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice (art. 1 cpc), fungendo

da riserva normativa anche per il processo amministrativo e tributario “*ove sia applicabile*”.

La disciplina ordinaria del codice è a sua volta informata dal dettato costituzionale con le sue norme principali, le quali, in tema di procedure, sono il precipitato logico dello stesso impianto delle compilazioni civile e penale. Infatti se volessimo richiamare l’art. 1 cpc, la corrispondente norma costituzionale sarebbe l’art. 102 Cost. nel quale si afferma che la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme di ordinamento giudiziario.

La costituzionalizzazione del principio di giurisdizione, riferibile a tutte le sue manifestazioni (ordinaria e speciale) è completato dall’enunciato dell’art. 101 c. 2 Cost, nel quale si dispone della soggezione del giudice alla legge, ed inerisce all’intera attività giudiziaria il carattere della imparzialità.

Partendo dal primo soggetto, il giudice, appunto, questi è da identificare in un professionista del diritto, scelto previa selezione concorsuale, ai fini dell’accertamento delle sue doti giuridico-logiche, ma non sicuramente della propria professionalità: la idoneità di questo tecnico del diritto si manifesta nell’applicazione corretta della procedura. Ma, chiaramente, ciò *non sufficit*.

Come previsto a livello sovranazionale nei Trattati Comunitari ed in accordi risalenti, tra cui spicca la Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell’uomo siglata a Roma nel 1950, la giurisdizione è informata dal principio del giusto processo (vd art. 6 CEDU), il quale è espressione di un assioma di civiltà giuridica innervato sull’esercizio corretto della procedura secondo le formule del contraddittorio (art. 111 c. 2 Cost.) e del diritto di difesa (art 24 c. 2 Cost.).

Ex multis, l’inviolabilità del diritto di difesa (“in ogni stato e grado del processo ”) caratterizza l’intero procedimento giurisdizionale, essendo costituito da un rapporto necessariamente bilaterale, dove l’azione e la difesa diventano elementi speculari ma concorrenti volti a delineare il diritto di tutela giurisdizionale. La regola del contraddittorio in cui si esprime la garanzia costituzionale della difesa è parte integrante dello stesso diritto di azione. La difesa, dunque, si estrinseca in almeno quattro posizioni come:

partecipazione al processo; parità del contraddittorio nell'assunzione delle prove; parità delle armi nello svolgimento del giudizio; assistenza di difensori professionisti (cd difesa tecnica).

Ai sensi dell'art. 101 cpc "il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa". Questa norma è un'ulteriore attuazione dei contenuti dell'art. 24 c. 2 Cost e del novellato art. 111 Cost.; la dialettica processuale è così assoluta, consentendo alle parti, una volta introdotto il giudizio, di produrre a propria discolpa ed a proprio favore, il materiale probatorio e non (come il comportamento processuale delle parti) che il giudice vaglierà nella concatenazione di udienze calendarizzate già in sede di prima comparizione.

Soltanto in casi eccezionali (come l'ipotesi del ricorso per decreto ingiuntivo) il principio del contraddittorio è sospeso con l'adozione del provvedimento giudiziale (decreto, appunto) reso *inaudita altera parte*. Inutile dire che la violazione di simile enunciato, quello del contraddittorio, comporti la rilevabilità, anche *ex officio*, in ogni stato e grado del giudizio, del vizio, con il limite del salvataggio di quanto accaduto con la trasformazione dei vizi della sentenza in motivi di gravame (art. 161 cpc), fatta salva la loro cristallizzazione con il decorso dei termini per impugnare, con il passaggio in giudicato della sentenza (art. 2909 cc).

Strutturalmente, il libro primo del codice di procedura civile, dedicato alle disposizioni generali, si muove verso tre direttive: il giudice, gli atti, le parti; le quali rispondono rispettivamente a tre grandi concetti: la giurisdizione, l'azione ed il processo.

Il primo concetto, quello di giurisdizione, ebbene, consiste nell'esercizio del potere giudiziario quale limite degli altri poteri istituzionali, dovendo, dunque, essere qualificata, come funzione, dalla indipendenza, sia in senso ideologico sia in senso concreto, manifestata, nell'un senso, con la soggezione alla legge (art. 101 c. 2 Cost.) e, nell'altro, con la rilevanza di cause di astensione obbligatorie ovvero facoltative *ex art. 51 cpc*; all'indipendenza, poi, fa da corollario l'autonomia (art. 104 Cost.), che si concreta con l'istituzione di un

organo di autogoverno, il CSM, il quale assume compiti di natura organizzativa e disciplinare nei confronti dei magistrati.

Quanto al secondo concetto, quello di azione, il processo civile è improntato secondo il principio della domanda (vd art. 2907 cc, artt. 99 e 112 cpc): il giudice non può provvedere se non su domanda di parte (*nemo iudex sine actore*) e non oltre la domanda proposta (*ne procedat ex officio* e giudizio *iuxta petita*). Se il diritto di azione si risolve in un aggregato di posizioni soggettive, ad esso corrisponde, però, il diritto di difesa, in quanto, alla necessaria bilateralità del rapporto, deve rispondere la simmetria e la parità del confronto.

Quanto al terzo ed ultimo concetto, quello di processo, per esso s'intende la forma della giurisdizione, lo spazio logico ritagliato dal legislatore nel quale si svolge la dialettica tra le parti dinanzi ad un organo terzo ed imparziale. Il modello processuale, ben risalente nel tempo, è dotato di tante garanzie quante sono le esigenze di tutela degli interessati; si pensi, appunto, all'intervento del terzo, in via autonoma o adesiva, alle pretese dell'attore o del convenuto, facendo valere un diritto proprio nei confronti dell'uno o/o dell'altro o di entrambi; o, ancora, quando, nei casi di cui all'art. 69 cpc, il PM sia attore oppure interveniente, necessario o facoltativo (art. 70 cpc). Su quest'ultimo aspetto è interessante osservare che il PM agisce a tutti gli effetti come una parte privata, ma non è minimamente toccato dal provvedimento giudiziale (salvo per quelle di interesse *erga omnes*), risultando, dunque, mai soccombente, cosa che non permette di condannarlo alle spese processuali; ed inoltre è dotato del potere di ufficio di impugnare le sentenze, anche se rese con suo parere positivo. Inutile dire che questi elementi sembrerebbero far sbiadire il principio di eguaglianza dinanzi alla legge.

Ma questo stesso dogma, quello della eguaglianza, deve essere garantito nel momento dell'esercizio dell'attività giurisdizionale, la quale consiste, perciò, in un qualcosa di complesso e procedimentalizzato, costituita prevalentemente da una serie documentale la quale, se viziata in qualche sua parte, potrebbe risultare inficiata, fatti salvi i casi in cui " nullità di un atto non importi quella di atti precedenti o successivi che ne sono indipendenti" (art. 159 c. 1 cpc), rispondendo, comunque, il processo a due caratteri imprescindibili: a) il

contraddittorio (tra le parti e tra le parti ed il giudice); b) la terzietà del giudice.

Questi è il garante delle parti attraverso la pronuncia secondo diritto, la quale avviene nei canoni ermeneutici dell'art. 12 delle preleggi, che provvede ad indicare nell'interpretazione letterale e logica il primo criterio di valutazione giuridica. Siccome può accadere che, dall'introduzione alla conclusione del giudizio, il magistrato interessato può, per le più variegate circostanze, cambiare, si potrebbe incorrere in letture distanti e spesso contrastanti dello stesso dato materiale (mezzi di prova soprattutto), ma anche del dato giuridico, ben reso dall'aforisma latino *tot capite tot sententiae*. Accade, perciò, che in presenza di una disposizione prescrittiva, la quale a sua volta contenga più norme, il giudizio muti a seconda della sensibilità o refrattarietà del magistrato, avvenendo magari l'interpretazione influenzata da una particolare scuola di pensiero o da una formazione professionale più o meno approfondita, nell'ottica di una corrente maggioritaria, minoritaria od addirittura isolata. Ecco dunque che la norma subisce la distorsione umana, che opera sicuramente con più zelo, qualora manchi una disposizione *ad hoc*, ed allora interviene il criterio della interpretazione analogica (esclusa nel diritto penale, ma larvamente presente con la possibilità dell'interpretazione estensiva), ed infine, in mancanza di norme affini, alla *analogia iuris* ("secondo i principi dell'ordinamento giuridico"). Il giudice civile, secondo il dettame dell'art. 113 c.2 cpc, potrebbe sentenziare *secundum aequitatem*, ma limitatamente ai casi in cui la richiesta provenga dalle parti e riguardi diritti disponibili (ad esempio da contratto).

Anche in questo caso il giudice deve pur sempre seguire le norme di diritto, ma in riferimento a certi beni della vita è parzialmente scisso dai parametri precettivi, prescindendo dalle norme stesse e prendendo in considerazione la realtà sociale ed economica su cui sorge la lite. Sembrerebbe una commistione tra giurisdizione e legislazione, nella quale il giudice fa la giustizia del caso concreto, rompendo l'argine dell'astrazione della norma giuridica, ma anche la stessa certezza del diritto, che sarebbe travolto da una pluralità di applicazioni quali siano le diverse sue manifestazioni nella socialità. Non a caso questo giudizio è svolto per cause minori (diritti

disponibili e su richiesta di parte) e cause attribuite alla competenza del giudice di pace, per un valore che non superi i 1100 E.

Ma se già nel primo grado di giudizio si incorre, potenzialmente, in differenti letture della norma, accedendo ai gradi successivi, la cosa potrebbe peggiorare.

A seguito della sentenza, la parte soccombente è nel diritto temporaneo di impugnare il provvedimento, dinanzi alla Corte di Appello (se il primo giudice è stato il Tribunale) ovvero al Tribunale (se in prime cure abbia provveduto il giudice di pace). L'impugnazione in termini, attualmente, deve superare il vaglio di un discutibile pre-giudizio (art. 348 bis), meglio conosciuto nella cronaca giuridica come filtro d'appello. Esso consiste nella valutazione d'inammissibilità dell'appello se non ha ragionevole probabilità di essere accolto, con l'adozione di una sentenza declaratoria di improcedibilità o di inammissibilità oppure di un'ordinanza alla prima udienza quando, pur ammissibile e procedibile, l'appello non ha ragionevoli probabilità di essere accolto. Questo sistema, del tutto censurabile, sin dai primi commenti della dottrina più avveduta, ha l'apparente scopo di deflazionare il carico pendente di giudizi, evitando il processo fotocopia in appello (del quale è fatto ora divieto di *nova*), ma aprendo la strada ad un indiscriminato uso del ricorso, ordinario (art. 360 cpc) e straordinario (art 111 Cost.), in Cassazione, aggravando ulteriormente la situazione. Sarà pur vero che anche la Suprema Corte goda di una sezione filtro, deputata alla scoltatura dei ricorsi, come si percepisce dalla necessaria presenza di dati normativi essenziali ai fini di un intervento di legittimità nella causa proponenda (si legga l'art. 360 bis cpc), con l'adozione di una pronuncia d'inammissibilità se il ricorso non risponda ai canoni previsti. Ma si deve pur ricordare che la funzione della Corte di Cassazione è di nomofilassi, cioè di interpretazione conforme del diritto ufficializzata nei propri orientamenti, che, alle volte, ricevono il crisma della massima composizione a Sezioni Unite, risultando, nella maggior parte dei casi il suo intervento un malcelato tentativo di allungare il processo con impugnazioni oniriche o scialbe.

Il procedimento giunto in cassazione, infine, o trova conclusione (ed allora si chiude il percorso giurisdizionale) o è rinviato ad altro giudice competente (

nei casi di annullamento con rinvio), con la possibilità, da parte degli ermellini, di pronunciarsi nuovamente nella legittimità e di cassare e rinviare altrettanto.

Quando il giudicato ha raggiunto la stasi non resta altro da fare che eseguire quanto ivi contenuto, e l'ordinamento giuridico provvede in tal senso con la previsione di un giudizio di esecuzione (art. 474 cpc); ma ben potrebbe accadere che il tempo riservi amare sorprese per le parti processuali, che consentirebbero di impugnare in via straordinaria il giudicato e riaprire la vicenda processuale. Il caso della revocazione (art. 395 cpc) e della opposizione di terzo (art. 404 cpc) è quello richiamato. Nell'un caso si versa nell'errore di fatto e del contrasto con precedente giudicato (revocazione ordinaria: perché possono farsi valere contro sentenze non definitive) ovvero nella falsità della prova, dolo del giudice, dolo della parte o decisività di nuovi documenti (revocazione straordinaria: perché supera il giudicato); nell'altro il terzo ha subito un pregiudizio dei propri diritti a causa di un provvedimento giudiziale, anche esecutivo, reso tra altre persone.

Il cittadino è al riparo? La domanda è lecita ed impone delle riflessioni. Le possibili vicissitudini processuali e gli esiti incerti che caratterizzano il sistema della giustizia civile vengono spesso ed in modo allarmante utilizzate dalle parti per posticipare l'accertamento dei diritti trasformando le aule di tribunale in sale di attesa di una giustizia sempre più posticipata, incerta e poco affidabile. In questa disarmante situazione di instabilità si sgretola quella fiducia che il cittadino dovrebbe poter riporre nelle istituzioni giudiziarie negli ideali di una giustizia accessibile a tutti e che soprattutto sia in grado di dare risposte certe e celeri. Sono oramai sotto gli occhi di tutti le innumerevoli condanne ricevute dal nostro Paese dalla corte di Strasburgo per la insostenibile lunghezza dei nostri processi, né le leggi che sono intervenute sulla problematiche (come la legge Pinto) si sono mostrate in grado di risolvere una problematica che anche alla luce della crisi finanziaria del nostro paese continua a basarsi su meccanismi risarcitori senza intervenire alla radice del problema della lunghezza delle cause, oltretutto sottraendo ulteriori risorse finanziarie alla macchina della giustizia. Un sistema giudiziario che non risulta in grado di garantire ai propri cittadini una giustizia accessibile

e certa incide in modo assolutamente negativo oltre che sulla fiducia dei cittadini nelle istituzioni, sui livelli di credibilità del sistema paese a livello internazionale, con ogni tipo di ripercussione che è possibile immaginare sul piano sociopolitico ed economico. Le garanzie giurisdizionali che i nostri padri costituenti hanno scientemente posto a baluardo della garanzia del bene insopprimibile della giustizia dal diritto di agire e difendersi in giudizio, al giudice terzo e imparziale fino alla novella recente sul giusto processo, avrebbero dovuto indirizzare delle serie riforme legislative ed incentivi di tipo finanziario in un settore così nevralgico della società. Non è un problema di mancanza di garanzie, che pure esistono anche a livello europeo e di codicistica processuale interna. Piuttosto, nel delineare alcuni profili inerenti al tema della giustizia in Italia, sembra proficuo fare richiamo al pensiero del massimo teorizzatore del sistema dei poteri in uno Stato bene ordinato: Montesquieu, che così scriveva "La virtù civica consiste nel desiderio di vedere l'ordine nello Stato, di provare gioia per la pubblica tranquillità, per l'esatta amministrazione della giustizia, per la sicurezza della magistratura, per il rispetto tributato alle leggi, per la stabilità della Repubblica". E quando un "caso" viene sottoposto a cinque o sei gradi di giudizio, per via dei ricorsi e degli annullamenti della Cassazione, è ancora giustizia? E una causa civile che svolge un'udienza ogni due o tre anni e giunge a sentenza dopo 25 può ripagare la vittima del torto subito? Paradossalmente il cittadino è formalmente al sicuro perché esistono norme a sua tutela e a garanzia dei suoi diritti, forse troppe, forse norme che possono essere manipolate secondo i propri usi, trasformando un sistema di garanzie in una bolgia infernale, dove la giustizia muore sull'altare di un garantismo di facciata che rincorre tre gradi di giudizio, revocazioni, ripensamenti e sentenze precarie a scapito di una giustizia sostanziale.