

Prof. REMO CAPONI
Ordinario nell'Università di Firenze

Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche

SOMMARIO: 1. Amministrazione della giustizia come funzione statale e come servizio pubblico. – 2. Risposta al bisogno individuale di tutela come variabile dipendente dall'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso. – 3. Ragionevole durata del processo. – 4. Fattore legislativo, fattore delle risorse, fattore culturale. – 5. Interrelazioni tra i fattori. – 6. Principio di proporzionalità. – 7. Esempi applicativi. – 8. Metodi negoziali di composizione delle controversie. – 9. Divieto di abuso del processo. – 10. Calibratura dei modelli di trattazione della causa rispetto al carattere semplice o complesso della controversia. – 11. Disciplina della *class action*. – 12. Disciplina del giudizio di cassazione. – 13. Giudicato proporzionato alla richiesta delle parti.

1. – La concezione che vede nell'amministrazione della giustizia una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della attuazione della «volontà della legge», con i crismi della relativa incontestabilità sul piano del diritto sostanziale e nel corso dei futuri processi, si rende interprete di una tradizione alta e ricca di prestigio, ma relega piuttosto sullo sfondo l'utilità che gli individui, in quanto parti del processo, ricavano dall'esercizio della giurisdizione.

Lo scopo del processo tende ad essere colto attualmente, piuttosto, nell'attuazione dei diritti soggettivi dei privati.

In un tempo come questo, così segnato dalla problematica della tutela internazionale e sovranazionale dei diritti fondamentali, conviene illustrare questa prospettiva rileggendo l'art.47 della Carta di Nizza: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso (*rectius*: un rimedio) 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».

Se questo è vero, in primo piano si profila l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono (o si difendono in) un processo.

Di conseguenza, la giurisdizione non è da concepire solo come una funzione dello Stato moderno diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma anche – in primo luogo - come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia (cioè con l'applicazione di criteri di giudizio oggettivi e predeterminati).

Dominante in questa prospettiva è proprio l'utilità aspirata da chi agisce (o si difende) in giudizio.

2. - Senonché – si anticipa così l'aspetto centrale del ragionamento svolto nel prosieguo – le risorse che il servizio della giustizia può destinare al soddisfacimento di questa esigenza individuale nella singola controversia devono essere bilanciate, non tanto con un astratto interesse pubblicistico al buon funzionamento della giurisdizione come funzione statale, bensì con le risorse da riservare al soddisfacimento delle altre esigenze parimenti individuali, di cui sono portatori le parti (attuali o potenziali: quindi anche i cittadini) nelle altre controversie indirizzate (o da indirizzare) alla cognizione del giudice statale.

In altri termini, poiché le risorse del servizio giustizia sono – e probabilmente saranno sempre – scarse rispetto al fabbisogno, l'effettività del rimedio giurisdizionale nella singola controversia, cioè la congruità della risposta al bisogno individuale di tutela nel singolo caso, è una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso, cioè un'allocatione tendenzialmente ottimale delle risorse rispetto ai risultati medi che il servizio giustizia è chiamato a realizzare nella gestione della massa dei processi.

3. – Questo cambiamento di prospettiva – la giustizia da funzione statale a servizio pubblico - fa sì che il sistema politico sia chiamato oggi, più urgentemente che nel passato, a rispondere alle istanze di efficienza provenienti dagli utenti del servizio giustizia, e quindi a misurarne e ad incentivarne la qualità, la produttività, ecc.

Questi sviluppi reagiscono anche sulla stessa elaborazione e conformazione dei principi giuridici del processo, che tendono oggi più che in passato ad accogliere al loro interno la prospettiva di una gestione efficiente delle scarse risorse dedicate alla giustizia.

Un esempio spicca fra tutti: nell'inserimento in Italia della ragionevole durata del processo fra le garanzie costituzionali (art. 111, comma 2, Cost.), si

può e si deve leggere direttamente la costituzionalizzazione del principio di efficienza.

Su questo aspetto non ci si stancherà mai di richiamare l'attenzione: la nostra Costituzione, ancora prima la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, oggi la Carta di Nizza ci impegnano a realizzare – in funzione della efficienza - un processo dalla durata ragionevole, che è concetto essenzialmente diverso da un processo semplicemente di breve durata. La nozione di processo breve è eminentemente astratta, prescinde dalla multiforme varietà delle controversie che sono sottoposte al giudice, laddove invece la nozione di processo dalla durata ragionevole è, all'opposto, eminentemente relazionale, riceve senso proprio da tale varietà e si rapporta al diverso grado di complessità delle controversie.

4. - Orbene, a costo di introdurre una certa semplificazione (ma non più di tanto), i fattori fondamentali per rendere un processo efficiente sono essenzialmente tre e si possono collocare in ordine crescente di importanza: il fattore legislativo, il fattore delle risorse, il fattore culturale.

Il primo fattore è che la disciplina legislativa processuale e ordinamentale sia moderna e tecnicamente adeguata a rispondere alla domanda di giustizia proveniente dalla società civile. Si tratta di un primo elemento, che di per sé non è risolutivo, poiché – per esprimersi con le parole di Virgilio Andrioli - non è mai esistita legge processuale così buona da impedire l'affermarsi nella prassi di un cattivo processo (né viceversa – per la verità - è mai esistita legge processuale tanto cattiva dall'impedire nella prassi un buon processo).

Il secondo fattore è costituito dalla predisposizione di risorse umane e materiali in misura sufficiente ad applicare nel modo migliore la disciplina legislativa. Particolarmente nell'ultima decade del XX secolo si è diffusa l'opinione che l'efficienza della giustizia dipenda prevalentemente da fattori di ordine materiale, in particolare dalla disponibilità di risorse e da profili strutturali dell'ordinamento giudiziario.

Fra le cause dell'abnorme durata dei processi in Italia si segnalano l'inadeguatezza del numero dei giudici professionali a consentirne lo svolgimento in tempi ragionevoli, la mancata revisione delle circoscrizioni giudiziarie, la mancata introduzione dell'ufficio per il processo (ma volenterose sperimentazioni sono in corso in diverse sedi giudiziarie), l'insufficienza dei ruoli del personale ausiliario, la mancata attuazione del processo civile telematico.

Depone in questo senso l'esperienza del processo del lavoro. Quando essa fu prevista dal legislatore della l. 533/73 non si puntò solo su interventi di carattere tecnico-normativo ma anche su interventi ordinamentali e organizzativi quali l'aumento dei magistrati di 300 unità, l'introduzione delle sezioni lavoro, l'aumento dell'organico di cancellieri e segretari. Fino a che queste misure hanno retto, il processo del lavoro ha funzionato bene. Quando dal 1985 in poi il numero delle cause sopravvenute è aumentato a dismisura senza che si adeguassero gli organici dei giudici, dei cancellieri e dei segretari addetti alle sezioni lavoro, anche il processo del lavoro è entrato in crisi (Andrea Proto Pisani).

Si tratta di rilievi che non possono non essere condivisi e non possono non essere riproposti.

Accanto al fattore legislativo e al fattore delle risorse, non si deve però sottovalutare il fattore culturale, che incide non solo sulla qualità dell'offerta del servizio giustizia, ma ancora prima sulla stessa qualità della domanda, determinando nel complesso la «risposta» del sistema giudiziario.

Sul fronte della domanda di giustizia statale proveniente dalla società civile, è evidente che essa non dipende unicamente da fattori economici e sociali, ma anche parzialmente da fattori culturali, tra i quali possono annoverarsi, il grado di lealtà, correttezza e buona fede che caratterizza le relazioni sociali ed economiche in un certo ambiente e in un dato momento storico, il grado di educazione civica e di consapevolezza dei propri diritti da parte dei cittadini, la propensione a ricorrere a metodi negoziali di risoluzione delle controversie, ecc.

Sul fronte dell'offerta del servizio giustizia, è superfluo sottolineare che l'adeguatezza tecnica della disciplina legislativa non serve a niente, se non è accompagnata dalla capacità e competenza professionale degli avvocati, dei magistrati, del personale ausiliario, attraverso la loro reciproca collaborazione, di interpretare tale disciplina nel modo migliore, di lenirne e non di esasperarne gli eventuali difetti, di evitare di trasformare una fisiologica contrapposizione di ruoli processuali in un generalizzato conflitto tra categorie professionali.

Sempre sullo stesso fronte, è fin troppo evidente che la congrua disponibilità di risorse serve a poco, se non è accompagnata dalla capacità e competenza professionale di organizzarne in modo efficiente l'impiego.

Ebbene, la capacità di interpretare le norme e di organizzare le risorse nel modo migliore altro non sono che problemi culturali, alla cui soluzione conspirano essenzialmente la formazione, le esperienze, le qualità professionali (il conoscere, il saper fare, il saper essere) dei soggetti che a vario titolo, con la loro attività, incidono sulla gestione del servizio giustizia.

In definitiva il fattore culturale è quello più importante, poiché è l'unico dei tre fattori in grado di mettere adeguatamente a frutto gli altri due.

Non è certo un caso che fra le novità salienti introdotte dal Trattato di Lisbona in ordine allo sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia civile nella Unione europea, cioè in una istituzione che – al di là delle alterne vicende della politica - ha affidato in modo decisivo il proprio sviluppo alla via giudiziaria, si registra la previsione della adozione di misure idonee a sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari (art. 81, comma II, lett. h TFUE).

Ovviamente, la consapevolezza del ruolo centrale che la formazione, le attitudini e le qualità professionali delle persone rivestono per il buon funzionamento della giustizia non affiora oggi per la prima volta.

Nella prima delle sue conferenze tenute a Città del Messico nel 1952 e pubblicate in Italia nel volume «Processo e democrazia», Piero Calamandrei scriveva per esempio: «in realtà ciò che plasma il processo, ciò che gli dà la sua fisionomia tipica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica. Il diritto scritto non è che un contorno esterno, entro il quale il rilievo, coi colori ed i chiaroscuri, è dato dal costume. [...] Ogni ‘procedimento’ ha questa caratteristica: che, per quanto siano minuziose le norme che disciplinano il suo svolgimento, le attività che lo compongono non possono mai essere previste in maniera così rigorosa da non lasciare un certo margine all’iniziativa e alla discrezione personale di chi è chiamato a compierle».

L’identica consapevolezza dell’importanza del fattore culturale promuove in Italia la nascita del movimento degli osservatori sulla giustizia civile nella seconda metà degli novanta, in cui un gruppo di magistrati, avvocati, e di personale giudiziario si assume l’impegno di operare, con iniziative congiunte o coordinate, per migliorare la giustizia civile presso un certo ufficio giudiziario. Accanto alla responsabilità imputabile individualmente, sulla base delle norme che definiscono i loro ruoli professionali nell’organizzazione giudiziaria e nel processo, questi soggetti si fanno liberamente carico di una responsabilità ulteriore, imputabile collettivamente alle persone che con la loro attività, secondo le proprie competenze, incidono sulla gestione del servizio giustizia.

5. - Troppo spesso tuttavia il discorso relativo ai tre fattori che contribuiscono a rendere efficiente la giustizia è condotto a compartimenti stagni, senza sufficiente consapevolezza delle loro interrelazioni. Lo studioso del processo studia prevalentemente le norme legislative ed appunta la propria attenzione sul singolo processo, in sé e per sé considerato, sovente senza tenere conto del fattore delle risorse e del fattore culturale. Il teorico dell’organizzazione si occupa della gestione dell’insieme dei processi ed ha talvolta un’idea approssimativa dei valori che sono sottesi ad una determinata conformazione della normativa processuale. Entrambi in diversa misura, certo più il primo che il secondo, tendono a sottovalutare l’impatto che sul funzionamento della giustizia hanno le conoscenze, le attitudini e in definitiva anche lo slancio ed i sentimenti delle persone che – a livello individuale o collettivo – sono coinvolte nella gestione della «macchina della giustizia». Si

ha frequentemente l'impressione di un dialogo fra sordi, se non addirittura di un assordante silenzio sugli aspetti fondamentali.

6. – Si può fare qualche passo in avanti, in linea certo con una consapevolezza che ormai si va sempre di più diffondendo fra gli studiosi e i giuristi pratici: cioè cercare di elaborare degli strumenti concettuali che abbraccino e pongano in relazione queste tre componenti, elaborare concetti che possano gettare un ponte, creare una passerella tra il discorso sulla disciplina del singolo processo, che chiama in causa prevalentemente il fattore legislativo, e il discorso sulla gestione dell'insieme dei processi, che chiama in causa piuttosto il fattore delle risorse e il fattore culturale.

È forse possibile elaborare delle «bussole concettuali» in grado di orientare l'interprete verso un punto di equilibrio tra la protezione degli interessi individuali di chi agisce o si difende nel singolo processo e gli interessi, considerati nel loro complesso, di coloro che sono terzi rispetto alla singola vicenda processuale, cioè degli altri utenti potenziali o attuali del servizio giustizia, interessi che si appuntano sulla gestione efficiente dell'insieme dei processi.

Se si intende percorrere con cautela questa strada, entra in gioco per primo uno dei criteri cardine di orientamento nell'esercizio dei pubblici poteri, quel principio di proporzionalità, di matrice europea, di cui devono ancora esplorarsi pienamente le potenzialità assiologiche e deontologiche nel campo della giustizia (più avanti, almeno *de iure*, è il più generale campo della pubblica amministrazione). Esso è efficacemente scolpito nell'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi (1997), laddove si spiega che trattare una causa secondo giustizia include, per quanto sia praticabile, tra l'altro: «attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi».

Nelle *Civil Procedure Rules* inglesi, l'obiettivo prioritario di trattare la causa secondo giustizia significa tra l'altro, per quanto possibile, trattare la causa in modo proporzionato al suo valore, alla sua importanza, alla complessità delle questioni che essa solleva, alla situazione economica di ciascuna parte, nonché appunto assegnare ad essa una quota adeguata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare risorse ad altre cause (CPR 1.1.). Le CPR codificano così nel loro primo paragrafo il principio di proporzionalità nell'impiego delle risorse del giudice, sotto un duplice profilo: riguardo alle caratteristiche proprie di ogni causa, nonché riguardo al rapporto tra ogni causa e le altre cause. In quanto aspetto dell'obiettivo prioritario di trattare le cause secondo giustizia, il giudice è tenuto ad osservare il principio di proporzionalità sia nell'interpretazione delle norme, che nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali.

Si ispira a questa norma l'art. 0.8 (*Efficienza del processo civile*) dei principi fondamentali dei processi giurisdizionali del progetto di nuovo codice di procedura civile redatto da Andrea Proto Pisani: «È assicurato un impiego proporzionato delle

risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi».

Così inteso, il principio di proporzionalità può essere ambientato nell'esperienza processuale italiana come un aspetto del valore costituzionale della efficienza nella disciplina del processo, che si desume dall'affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.).

In questo quadro rilevano valutazioni, che sono per definizione diverse da un ordinamento nazionale all'altro, e diverse all'interno dello stesso ordinamento nel corso del tempo, poiché muovono dalla considerazione dello stato delle risorse dell'amministrazione della giustizia in un certo ordinamento, in un dato momento storico.

Nell'esperienza giuridica che lo ha maggiormente elaborato, quella tedesca, il principio di proporzionalità richiede che l'adozione di un provvedimento per il perseguimento di un certo scopo sia appropriata (*geeignet*, cioè in grado di realizzare lo scopo o quanto meno di agevolarne in modo sensibile la realizzazione), necessaria (*erforderlich*, cioè che non vi sia alcun altro mezzo migliore per raggiungere lo scopo) e adeguata (*angemessen*, ovvero proporzionata in senso stretto, cioè che gli effetti collaterali negativi arrecati dal provvedimento non siano sproporzionati rispetto ai vantaggi da esso arrecati, ciò che richiede una valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi).

7. – L'applicazione del principio di proporzionalità come criterio di valutazione dell'impiego di una risorsa per il conseguimento di un processo efficiente, cioè – non ci si stanca di ripetere - per il raggiungimento di un punto di equilibrio tra la protezione degli interessi individuali coinvolti nella singola vicenda processuale e la protezione degli interessi collettivi alla gestione razionale dell'insieme dei processi, può rivelarsi utile per orientare la soluzione di una serie di problemi.

Si possono fare alcuni esempi, senza alcuna pretesa di completezza.

8. - La concezione della giustizia civile come servizio pubblico considera che la composizione delle controversie ad opera di istituzioni (o il tentativo di comporre), quando non si realizza esclusivamente nell'ambito della autonomia privata dei soggetti tra cui esse sorgono (o dei relativi enti esponenziali), può essere affidata non solo agli organi della giurisdizione statale, ma anche, in presenza della volontà concorde delle parti, ad istituzioni diverse dallo Stato, di cui sia assicurata la terzietà e l'imparzialità.

Ancora più spinta è la prospettiva – sulla quale si sospende il giudizio - di chi ritiene che la diffusione dei metodi di ADR, nella molteplicità delle forme in cui essi si manifestano, conduca ad una combinazione tra processo giurisdizionale ed accordi diretti alla composizione della lite, ed auspica che il processo si apra alle convenzioni

delle parti, nonché alla negoziazione degli interessi e che le varianti della pronuncia giudiziale finale si muovano in un arco che va dalla classica decisione resa in un processo contenzioso, fino alla sentenza con contenuto concordato tra le parti (così, per l'ordinamento francese, L. Cadet).

Tuttavia la spinta dell'ordinamento verso i metodi negoziali di composizione delle controversie non può essere indifferenziata. Si è già osservato che il successo di questi ultimi si alimenta proprio dal dialogo e dall'intreccio con la giustizia civile statale. Si aggiunge ora che una valutazione secondo proporzionalità suggerisce di individuare alcune categorie di controversie che si prestano meglio di altre ad essere risolte attraverso la conciliazione. Una prima categoria - come si è già accennato - è quella in cui le parti in controversia sono inserite in un gruppo o intrattengono una durevole relazione sociale od economica. Il processo civile, con la sua isolata ricerca di un torto e di una ragione nel passato, spesso determina una frattura insanabile, mentre la conciliazione si presta in modo migliore ad allargare la prospettiva ed a preservare le relazioni future tra le parti, secondo la suggestiva prospettiva della giustizia coesistenziale. Una seconda categoria è quella delle controversie di modico valore, come sono spesso quelle in cui è protagonista un consumatore o un utente di un pubblico servizio. In tal caso i tempi medi di svolgimento del processo civile, congiunti ai costi immediati della difesa tecnica, non sono compensati dai benefici del provvedimento giurisdizionale favorevole al consumatore, che pertanto è indotto spesso a rinunciare ai propri diritti.

Tuttavia se le controversie hanno un carattere seriale il discorso è diverso. Una valutazione secondo proporzionalità consente di ritenere che la risoluzione più efficiente di queste ultime non è data tanto dalla possibilità di conciliarle, quanto dalla possibilità di trarle ad oggetto di un'azione collettiva risarcitoria (*class action*) dinanzi alla giustizia statale (si tratta probabilmente di una valutazione di proporzionalità alla stregua del secondo test, quello della *Erforderlichkeit*: esiste un mezzo migliore per raggiungere l'obiettivo!).

9. - Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726 ha statuito che è contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario. Un passo di questa sentenza si correla immediatamente al nostro discorso: «l'effetto inflattivo riconducibile ad una siffatta (ove consentita) moltiplicazione di giudizi ne evoca ancora un altro aspetto di non adeguatezza rispetto all'obiettivo, costituzionalizzato nello stesso art. 111, della ragionevole durata del processo, per l'evidente antinomia

che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della relativa durata».

Ecco un modello di argomentazione che si sforza di mettere in relazione la protezione degli interessi individuali coinvolti nella singola vicenda processuale (in questo caso, l'interesse del creditore a far valere il proprio credito in via frazionata) e la protezione degli interessi collettivi alla gestione razionale dell'insieme dei processi (in questo caso l'interesse ad evitare una artificiosa moltiplicazione di questi ultimi). Forse non tutti condivideranno che l'inammissibilità dell'intera domanda del creditore, quindi anche della frazione di credito dedotta per prima in giudizio sia effettivamente necessaria al fine di raggiungere l'obiettivo di evitare la moltiplicazione dei processi (potendosi ritenere idonea allo scopo la semplice inammissibilità della domanda ulteriore), ma non vi è dubbio che si tratta di un'argomentazione orientata alla proporzionalità.

Si può quindi pensare di costruire un limite processuale alla deducibilità frazionata in giudizio di un credito unitario su valutazioni di efficienza. Tali valutazioni derivano (anche) dalla interazione tra una certa configurazione degli strumenti processuali (in questo caso: frazionabilità o meno del credito unitario) e lo stato delle risorse dell'amministrazione della giustizia in un certo ordinamento, in un dato momento storico. Ciò spiega anche il fisiologico carattere di minore stabilità degli orientamenti giurisprudenziali che si appoggiano a questi concetti valvola, che mettono in comunicazione l'assetto degli strumenti previsti nel singolo processo con la gestione dell'insieme dei processi. Certo non è il divieto assoluto della frazionabilità giudiziale di un credito unitario che può costituire la panacea per i mali della nostra giustizia civile, ma si può capire (anche un osservatore straniero potrebbe capire) che si tratta, non tanto di una fulminazione sulla via di Damasco che porta al giusto processo, bensì – forse – di una restrizione provvisoria e rivedibile, in quanto imposta dall'emergenza. Niente di dogmaticamente sconvolgente in tutto ciò, se non la percezione che questi concetti ponte tra il discorso sul singolo processo e il discorso sull'insieme dei processi, come il principio di proporzionalità, sono recettori all'interno del sistema del carattere variabile e transeunte delle condizioni in cui si amministra la giustizia civile.

10. - Con la previsione di un modello processuale tendenzialmente unico, indipendente dal carattere semplice o complesso della trattazione delle controversie sottoposte alla cognizione del giudice, siamo agli antipodi di una valutazione secondo proporzionalità dell'impiego delle risorse giudiziali. Eppure questa è la previsione del rito ordinario di cognizione nel processo civile italiano.

Viceversa proprio questo è il terreno in cui il principio di proporzionalità, nella sua variante tesa alla calibratura dei modelli di trattazione della causa rispetto al carattere semplice o complesso della controversia sottoposta alla cognizione del giudice, si realizza in molti sistemi europei.

Da questo principio discende che la disciplina del processo ordinario di cognizione si articola frequentemente in una molteplicità di modelli di trattazione della causa, calibrati sulle caratteristiche della singola controversia dedotta in giudizio. Si tratta di una pluralità di modelli di trattazione all'interno di una sequenza procedimentale unitaria. La scelta fra un modello di trattazione e l'altro è affidata al giudice, in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo.

È quello che accade nel processo civile inglese, attraverso la scelta tra *small claim track*, *fast track*, *multi track*; nel processo civile francese, attraverso la scelta tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*; nel processo civile tedesco, attraverso la scelta di far precedere l'udienza principale da una prima udienza immediata oppure da un procedimento preliminare scritto.

La flessibilità con cui i vari modelli di trattazione possono adattarsi alle caratteristiche delle singole controversie aumentano se si considera che il progredire della sequenza procedimentale è scandita da termini previsti dalla legge, la cui durata è però fissata in concreto dal giudice, oppure da determinazioni temporali del tutto elastiche: esemplare l'art. 764 del codice di procedura civile francese, secondo cui il giudice della *mise en état* fissa man mano i termini necessari all'istruzione della causa, riguardo alla natura, all'urgenza e alla complessità della medesima, dopo aver sentito gli avvocati, nonché alcune previsioni del codice di procedura civile tedesco, secondo le quali «l'udienza deve aver luogo il più presto possibile» (§ 272 III ZPO), oppure: la parte deve far valere «tempestivamente» i suoi mezzi di attacco e di difesa all'udienza (§ 282 I ZPO), nonché comunicare «tempestivamente» alla controparte, prima dell'udienza, i mezzi di attacco e di difesa sui quali è prevedibile che quest'ultima non possa prendere posizione senza previa informazione (§ 282 II ZPO).

La tendenza che si sta accreditando a livello europeo è quella di una disciplina del processo a cognizione piena dotata di una certa elasticità, che affida lo svolgimento preferibile nel caso concreto alla scelta del giudice tra più modelli di trattazione, in relazione alla tipologia della concreta controversia sottoposta al suo esame.

In questo quadro risalta sotto più profili la maggiore rigidità della disciplina del processo civile italiano.

In primo luogo, la tecnica seguita in Italia per rapportarsi alla diversa tipologia di controversie non è la molteplicità dei modelli di trattazione all'interno di una sequenza procedimentale unitaria, bensì tendenzialmente la pluralità di autonomi procedimenti (riti speciali a cognizione piena o sommaria) che affiancano il processo ordinario di cognizione. Di converso il legislatore italiano ha disegnato per tutti i tipi di controversie soggette al rito ordinario un'identica sequenza processuale, che conosce solo una variante di appendice scritta – frequentemente percorsa - all'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c. e varianti decisorie (v. ad es. art. 281-*sexies* c.p.c.), oltre a provvedimenti anticipatori di condanna (artt. 186-*bis* e 186-*ter* c.p.c.). Le fasi della sequenza sono scandite dalla legge fin nei particolari.

In secondo luogo, i margini per le determinazioni discrezionali del giudice circa lo svolgimento formale del processo sono assai ristretti, considerato che il giudice non può assegnare termini a pena di decadenza, se non nei casi in cui la legge espressamente lo prevede (art. 152 c.p.c.).

Nella dottrina italiana vi è un dibattito, riattizzato un decennio fa dall'esplicita introduzione in Costituzione della garanzia del giusto processo «regolato dalla legge» (art. 111, comma 1, Cost.), sui limiti in cui la disciplina dello svolgimento del processo ordinario di cognizione possa essere affidata al potere discrezionale del giudice.

Riassumendo per un ipotetico giurista straniero i termini di un dibattito molto noto in Italia, alla stregua di una prima concezione la riserva di legge non esclude che la determinazione della disciplina processuale possa essere affidata al potere discrezionale del giudice. Il legislatore potrebbe adottare uno schema formale «caratterizzato da flessibilità, privo di un ordine procedimentale rigidamente prefissato e con un giudice dotato di (una certa) libertà nello scegliere le forme dell'agire più adeguate al perseguimento del risultato», rispettati i limiti inderogabili del contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale.

Alla stregua di una seconda concezione la riserva di legge impone invece che la disciplina dei processi a cognizione piena sia tendenzialmente predeterminata dalla legge. L'essenza di tali processi consiste proprio in tale predeterminazione legale, l'unica in grado di sottrarre la titolarità e l'esercizio dei poteri delle parti alla soggezione al potere discrezionale del giudice.

Attualmente si presenta una alternativa tra una calibratura della trattazione della causa affidata in larga misura al potere conformativo del giudice o invece affidata alla predeterminazione legislativa di più modelli processuali rispetto ai quali il giudice deve scegliere (possibilmente con la collaborazione delle parti).

In favore del primo corno dell'alternativa, al di là dell'intento del legislatore, può essere letta l'introduzione nel 2009 del nuovo procedimento sommario di cognizione (art. 702-*bis* ss. c.p.c.). A dispetto del suo nome e della sua collocazione legislativa, il nuovo procedimento è privo di taluni tratti fondamentali della «sommarietà». Esso è del tutto atipico nelle finalità, e di conseguenza nei presupposti del provvedimento di accoglimento. Quanto a caratteristiche dell'attività istruttoria, il giudice è chiamato a compiere *sic et simpliciter* gli atti di istruzione rilevanti per l'accertamento del diritto, nel fondamentale rispetto della garanzia costituzionale del contraddittorio. Quanto a campo di applicazione, esso non è residuale rispetto ai procedimenti sommari cautelari e non cautelari, bensì costituisce un modello di trattazione semplificato che l'attore può chiedere di impiegare in via alternativa rispetto al modello di trattazione ordinaria delle cause sottoposte alla decisione del tribunale in composizione monocratica. Quanto a stabilità del provvedimento finale, essa è la cosa giudicata sostanziale. Il procedimento sommario di cognizione *ex artt. 702-*bis* ss. c.p.c.* sembra in realtà un processo a cognizione piena, poiché nella sua destinazione prevale la funzione di accertare definitivamente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, rispetto alle funzioni che sono proprie dei procedimenti sommari, ma sono completamente assenti dal profilo legislativo di questo istituto. D'altra parte, le etichette non vincolano mai in modo decisivo il giurista nella ricostruzione del contenuto delle norme, senza considerare che il codice di procedura civile del 1865 etichettava come sommario un rito a cognizione piena alternativo a quello formale.

In favore del secondo corno dell'alternativa si può leggere il progetto di nuovo codice di procedura civile redatto da Andrea Proto Pisani, che non rinuncia alla predeterminazione legale delle forme e dei termini, ma prevede un modello di

trattazione semplificata per le cause semplici, alternativo ad un modello di trattazione per le cause più complesse.

Posto che il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giudiziali impone di calibrare i modelli di trattazione della causa rispetto al carattere semplice o complesso della controversia, si dischiude un'alternativa: è preferibile che il giudice abbia solo un potere sull'*an*, un potere di scelta tra due modelli legislativamente predeterminati, oppure è preferibile che egli abbia un potere sul *quomodo* dello svolgimento del processo?

Una valutazione di proporzionalità sotto il terzo profilo, quello della adeguatezza dello strumento (proporzionalità in senso stretto), orienta decisamente verso la prima soluzione, quella della scelta del giudice tra due modelli legislativamente predeterminati. In favore di ciò depone una valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi delle due soluzioni: quella prescelta è infatti in grado di colpire il bersaglio come l'altra soluzione, senza lo svantaggio di quest'ultima di mettere integralmente nelle mani del giudice il rispetto delle garanzie processuali delle parti. Del resto anche negli altri ordinamenti processuali europei è la normativa generale e astratta che disciplina il processo, con la flessibilità della scelta giudiziale fra diversi modelli di trattazione, a seconda del tipo di controversia.

Inoltre, l'attuale disciplina del procedimento sommario di cognizione, non essendo stata pensata dal legislatore nella prospettiva di costituire un'alternativa procedimentale semplificata rispetto al rito ordinario, presenta un notevole limite. Infatti, la scelta del procedimento spetta all'attore, il giudice può disporre solo il passaggio dal modello di trattazione semplificata al modello ordinario, ma non viceversa (se l'attore ha iniziato una causa semplice attraverso il rito ordinario). Si tratta di una rigidità che si spiega se si muove dal presupposto che rito ordinario e rito sommario abitino mondi completamente differenti. Non si spiega invece (ed è irrazionale) se si muove dall'idea che si tratti di una alternativa tra modelli di trattazione entrambi a cognizione piena. Il difetto può essere mitigato attraverso dei protocolli tra avvocatura e magistratura nei singoli uffici giudiziari. Essi dovrebbero proporsi come primo obiettivo quello di individuare le categorie di controversie semplici da affidare al procedimento sommario. Una operazione che dovrebbe spiegare una efficacia persuasiva nei confronti degli avvocati, per favorire l'introduzione di tali cause attraverso il rito sommario, e nei confronti del giudice, per evitare un passaggio affrettato al modello di trattazione ordinaria (un passaggio affrettato che – è appena il caso di sottolineare - sarebbe psicologicamente agevolato dalla concezione che esaspera la diversità tra procedimento sommario e processo ordinario).

11. - Il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giudiziali ha suggerito di configurare la disciplina del processo collettivo - nel nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. - all'esito di un bilanciamento di valori costituzionali, che colloca su un piatto della bilancia le garanzie costituzionali che sorreggono il modello tradizionale di tutela giurisdizionale dei diritti nel

singolo processo, e sull'altro piatto l'assorbimento all'interno di un unico un processo complesso di una moltitudine di controversie seriali.

Di nuovo una scelta che rapporta la soluzione adottata nel singolo processo alla gestione dell'insieme dei processi, in questo caso di una classe di essi.

Ma si dovrebbe trattare solo di un primo passo di un cammino più lungo, rischiarato dalla considerazione che, nella tutela collettiva, lo scopo del processo civile è anche, in misura apprezzabile, la regolazione concreta, nonché il controllo, delle condotte sociali ed economiche che incidono su interessi superindividuali o su interessi individuali omogenei (scopo tradizionalmente affidato agli organi amministrativi e al sistema sanzionatorio penale). Se consideriamo questo scopo come un punto fermo, allora le variabili dipendenti non possono che diventare gli elementi del modello processuale tradizionale e i ruoli dei protagonisti della vicenda processuale. Il problema diventa allora: quali rinunce, quali cambiamenti dobbiamo affrontare per realizzare quell'obiettivo? Facciamo un paio di esempi: qualora per il numero delle parti la notificazione nei modi ordinari non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, ci si potrebbe ispirare non solo alla notificazione per pubblici proclami (art. 150 c.p.c.), ma direttamente all'art. 8, comma 3 della l. n. 241 del 1990 sulle modalità della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo («forme di pubblicità di volta in volta stabilite»). In questa prospettiva lo stesso meccanismo dell'*opt out* potrebbe essere considerato meno scandaloso, almeno per le controversie bagattellari, di quanto si inclina a considerarlo attualmente.

12. - La necessità di raggiungere un punto di equilibrio tra la protezione degli interessi individuali coinvolti nella singola vicenda processuale e la protezione degli interessi collettivi alla gestione razionale dell'insieme dei processi, sempre importante nel congegnare in generale un sistema di giustizia civile efficiente (cioè in linea con il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse), è in particolare un aspetto classico ed essenziale della disciplina del giudizio civile di cassazione.

Dietro allo *ius constitutionis* che si è cercato di bilanciare con lo *ius litigatoris* nella recente introduzione della disciplina del «filtro» (art. 360-bis c.p.c., introdotto dalla l. n. 69 del 2009) non si scorge il volto anonimo e astratto di un interesse pubblicistico all'efficiente esercizio della funzione di nomofilachia in sé e per sé considerato, ma si scorgono i mille volti concreti delle parti nelle altre controversie pendenti o da introdurre in Cassazione e in definitiva si scorgono i mille volti concreti dei cittadini che dalla Corte di cassazione si attendono una guida autorevole e sicura, quindi meditata e non affannata, nella interpretazione del diritto vigente.

Il canone di proporzionalità potrebbe sorreggere anche un impiego equilibrato del potere della Corte di cassazione di decidere la causa nel merito. Quando l'esito della fase rescissoria è ampiamente prefigurato dall'esito della fase rescindente, perché imporre alle parti una defatigante fase di rinvio, con il rischio di un ulteriore ricorso per cassazione? Senza spreco di soverchie energie, e quindi in modo adeguato

alla stregua del terzo test del canone di proporzionalità, quel piccolo passo potrebbe forse essere compiuto direttamente dalla Corte di cassazione.

13. - Nel quadro di una giustizia civile concepita oggi come servizio pubblico, il giudicato è una utilità che spetta in primo luogo agli utenti del servizio richiedere o meno, in relazione ai loro bisogni e alle loro necessità. Non è un orpello che deve necessariamente accompagnare la tutela giurisdizionale dei diritti, in considerazione di un preteso onnipresente interesse del gestore del servizio, se gli utenti non ne hanno bisogno e non lo chiedono.

A questa idea di un «giudicato incumbente» si ispira invece, in modo notevolmente più intenso in confronto con i modelli europei, la maggior parte dei procedimenti speciali previsti nella giurisdizione contenziosa cognitiva italiana, se si eccettua la pur rilevante novità dell'allentamento del nesso strutturale di strumentalità in relazione al rilascio di un provvedimento cautelare anticipatorio. Lo confermerebbe una breve rassegna dell'impianto legislativo e del diritto vivente.

Si possono solo tipizzare delle situazioni sostanziali che mal si prestano ad essere tutelate in una forma provvisoria, sganciata da una prospettiva di stabile accertamento: ad esempio, quando la controversia cade sull'esistenza di uno *status*. Ove questi rapporti precipitino in una situazione di incertezza a causa di una controversia, non è irragionevole imporre legislativamente di presidiarne la tutela attraverso un processo che sbocca in un giudicato.

La tutela giurisdizionale dei diritti si realizza innanzitutto attraverso l'efficacia imperativa del provvedimento giurisdizionale e non culmina necessariamente nel giudicato. Il carattere essenziale della giurisdizione non è da individuare nel giudicato (*contra* Enrico Allorio), bensì nel fatto che l'applicazione giurisdizionale del diritto si sostituisce d'autorità all'applicazione compiuta dai soggetti dell'ordinamento e non può essere oggetto di controllo, se non da parte di un altro organo giurisdizionale, ad es., attraverso l'impugnazione del provvedimento.

Il giudice conserva quindi il potere di dire l'«ultima parola», anche se può trattarsi di una parola provvisoria, non definitiva, (come quella che è pronunciata attraverso un provvedimento sommario), esposta ad essere modificata o revocata da una sua parola successiva.

Questa evoluzione, prima sociale e poi giuridica, si muove nell'alveo dei principi costituzionali. La Costituzione richiede che la tutela giurisdizionale dei diritti possa sempre avvenire in un processo a cognizione piena destinato a concludersi con un provvedimento avente attitudine al giudicato formale e contenente un accertamento idoneo al giudicato

sostanziale. Ciò non implica però che la giurisdizione contenziosa debba sempre - per imposizione costituzionale - mirare alla formazione del giudicato.

Tuttavia, quando le parti chiedono ed ottengono il giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo è protetta al massimo grado e gode della copertura costituzionale, non per una ragione di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse della parte vittoriosa, nel modo in cui esso è stato apprezzato e realizzato da quest'ultima.