

Vincenzo Vigoriti

MITO E REALTÀ: PROCESSO E MEDIAZIONE¹

I – L'irrompere sulla scena di un istituto come la mediazione addirittura gratificato dalla dignità di condizione di procedibilità per un grande numero di iniziative giudiziali è, insieme all'azione di classe, l'unica significativa novità di questi ultimi anni. Ma ha suscitato reazioni contrastanti, in parte incomprensibili.

Fino a ieri tutti convenivano sull'impellente necessità di trovare sbocchi alternativi per un contenzioso civile che, si diceva, mai avrebbe ricevuto una risposta adeguata (una qualunque risposta) dal processo. Adesso che quell'alternativa esiste, le si presta omaggio formale, ma poi in sostanza la si avversa con infinite interpretazioni di intento negatorio. Fino a ieri tutti criticavano legislatore, giudici, avvocati enunciando le insufficienze degli uni o degli altri, e le gravissime lacune dell'apparato di giustizia con accenti drammatici, mentre adesso si comincia a dire che i mali sono frutto di colpa, che dopo tutto le soluzioni ci sarebbero, e che con le giuste cure "la sua [del processo] salute rifiorirà". Insomma, ora che l'alternativa invocata si è fatta realtà, la si rifiuta evocando il mito della palingenesi del rito civile, con atteggiamento sostanzialmente fideistico.

Purtroppo l'ottimismo non è condivisibile, perché il processo vive una crisi che è prima di tutto funzionale, e insieme anche strutturale, crisi dovuta a molte cause concorrenti, non facilmente superabili.

¹ Testo della Relazione svolta al Convegno promosso dall'Unione Nazionale Camere Civili tenutosi a Roma il 28 maggio 2010. Il titolo era: "Processo al processo. La crisi della giustizia civile e le (false) soluzioni del problema: ovvero, chi sono i colpevoli?".

Anzitutto, il ruolo del processo non è più quello centrale della giustizia civile, o per lo meno non lo è più indiscutibilmente, nella stessa misura in cui lo era anche solo pochi decenni fa. In tutti gli ordinamenti di vertice del mondo occidentale, il processo statale ha cessato di costituire sede privilegiata di decisione delle controversie civili, ruolo che viene adesso progressivamente assunto dagli istituti di ADR, la cui irresistibile ascesa è il frutto, e insieme la causa scatenante, della crisi funzionale e strutturale del processo.

L'Unione Europea e gli Stati ad essa omogenei insistono con determinazione nella ricerca di alternative di impronta privatistica, basate sulla condivisione (arbitrato e mediazione) piuttosto che sulla forza, e a tali alternative vogliono che vengano devolute quote importanti del contenzioso, a scapito dell'apparato pubblico di tutela. Nessuno vede più nell'arbitrato lo strumento principe della giustizia dei ricchi, come nessuno considera più la mediazione come una giustizia inferiore, nuova edizione del conciliatore, e tutti invece si adoperano per la privatizzazione dell'apparato di tutela. Non è una scelta, ma una necessità.

Limitandosi all'essenziale, è noto che le grandi controversie di diritto privato e commerciale sfuggono alla giustizia statale perché questa non è in grado di assicurare i saperi sofisticati che quelle decisioni comportano. Quando sono necessarie competenze specifiche di altissimo livello, le si vanno a cercare dove sono reperibili, senza problemi di costi o di riti, e il luogo non è il processo ordinario, che quelle competenze non può garantire.

Lo scenario è radicalmente diverso nelle controversie minori, ma l'esito è ancora quello di ricerca di alternative. Qui non si avverte il bisogno di assicurarsi competenze particolari, e prevale invece la necessità di limitare costi e durata. Anche qui, il processo è in affanno, e si moltiplicano gli esperimenti (regole europee per gli *small claims*, art. 702 *bis* ss. c.p.c., altri), nel tentativo di fronteggiare una domanda che non si riesce a soddisfare perché comunque i costi e la durata di un processo saranno superiori a quelli di una mediazione. Non sorprende che l'Europa abbia suggerito agli Stati membri di favorire la definizione di queste controversie in sedi alternative a quella giudiziaria, e fanno riflettere i buoni risultati ottenuti dalla privatizzazione, nei principali ordinamenti di cui riferiscono le continue indagini conoscitive promosse dalla Commissione.

Il declino del processo come sede privilegiata di gestione del contenzioso pare dunque un dato di fatto, dell'esperienza nostra e

altrui. Certo, occorrono molte precisazioni: si parla di declino da posizioni egemoni, con pretese totalizzanti, e quindi di una perdita di ruolo in qualche misura fisiologica; declino non significa certo sparizione; il declino è più rilevante nei Paesi di *common law*, e meno in quelli di *civil law*, come il nostro. Però, comunque, il fenomeno è quello: non ci sono "colpe", ma sarebbe utopistico sperare in una sorta di restaurazione.

II – In secondo luogo, ai problemi di ruolo se ne aggiungono altri, di carattere strutturale. Le insufficienze del rito sono state già illustrate, e qui conviene segnalarne altre di diversa natura, nei limiti dell'occasione congressuale.

A) *Grandezza del contenzioso*

È comune il rilievo che il nostro sistema sia afflitto da un tasso di litigiosità più alto di quello di altri Paesi, e che per questo sia particolarmente difficile garantire l'efficienza del sistema. Lo si afferma in modo generico e senza riscontri, ed è curioso che in altri sistemi si sostenga la stessa cosa, lamentandosi l'eccesso di litigiosità interna, in confronto a quella altrui (ma non riscontrata). In realtà si tratta di un luogo comune privo di contenuto, perché il nostro contenzioso non è diverso da quello degli altri Paesi equiparabili, ed è quello tipico dei sistemi industriali avanzati: ai diritti tradizionali si aggiungono quelli nuovi dell'ambiente, della persona, del lavoro esattamente come negli altri ordinamenti economicamente assimilabili al nostro.

Nelle statistiche sul contenzioso compaiono dati impressionanti sia sul numero delle cause giacenti, sia sul flusso delle sopravvenienze, contate secondo i criteri generali validi per tutti gli uffici giudiziari.

Ma i numeri non spiegano molto, e anzi fanno pensare che la consistenza drammaticamente denunciata sia in qualche modo esagerata. Ad esempio, non si può negare che certe controversie vengano "contate" più di una volta, dando l'impressione di una pluralità di cause che in realtà non sussiste. Così, i ricorsi per decreto ingiuntivo hanno un numero di ruolo, e uno diverso viene attribuito all'eventuale opposizione; lo stesso viene fatto per i provvedimenti cautelari *ante causam* e l'eventuale giudizio di merito, oppure per le convalide di sfratto seguite da opposizione. Insomma alla pluralità di numeri non corrispondono altrettanti diversi processi, essendo in sostanza una sola la ragione del contendere.

Poi, per apprezzare l'entità delle giacenze non basta semplicemente contare i procedimenti pendenti, dovendosi piuttosto "ponderare" l'importanza e la difficoltà dei processi, fra loro quasi mai equivalenti. Ovvio che una separazione consensuale non equivale ad una causa successoria, o che un risarcimento danni da incidente stradale è ben diverso da un problema di diritto internazionale privato. Infine, non va dimenticato che fisiologicamente un certo numero di processi verranno definiti in sedi non giudiziarie, per i più vari motivi (transazioni, abbandoni, ecc.). Il che riduce ancora il numero dei procedimenti da considerare pendenti.

Si sostiene che da noi prevale la tendenza ad impugnare qualunque provvedimento, di nuovo con insopportabile aggravio e spreco di risorse. Intanto, anche questa affermazione manca di riscontri attendibili, risultando dall'esperienza che, invece, molti provvedimenti non sono oggetto di censura. Per valutare poi la c.d. eccessività dell'impugnazione in appello bisognerebbe interrogarsi sulla qualità dei giudizi di primo grado, essendo ovvio che l'inadeguatezza di questi è la causa prima dell'impugnazione sul merito. Con gli inevitabili corollari, come ad esempio, le istanze sulla sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza, di cui comunque bisogna occuparsi.

Anche l'allarme sul numero dei ricorsi per Cassazione è forse un po' esagerato. Per fortuna la Suprema Corte può difendersi almeno dai ricorsi manifestamente infondati grazie a filtri diversi (art. 375 c.p.c.), sul modello di quanto accade in altri Paesi (specie di *common law*), che si aggiungono alla rete delle "inammissibilità" elaborate dalla giurisprudenza della Corte, davvero difficilmente penetrabile. Resta che la miglior difesa dell'organo di legittimità è la durata del processo di appello davanti alle Corti territoriali, tale da scoraggiare chiunque pensi di agire a fini solo dilatori o emulativi.

Sicuramente i problemi adesso accennati meriterebbero adeguati approfondimenti, in uno sforzo congiunto di esperti dell'organizzazione giudiziaria, di operatori pratici, e di manager professionisti. Come negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, dove l'argomento è oggetto di corsi universitari, e dove nessuno si sognerebbe di affidare la gestione di cose tanto importanti alla buona volontà dei capi degli uffici, spesso lasciati soli (se non addirittura ostacolati) a fronteggiare impegni assai ardui. Non si tratta di riproporre i vecchi discorsi sulla necessità di professionisti della gestione nell'organizzazione degli uffici giudiziari, ma è assolutamente

te ingenuo (e costoso) pensare che si possa fare a meno di quelle professionalità.

B) Durata del processo

III - È una costante di tutte le doglianze sul tema, e davvero non pare necessario insistere nell'elenco dei giorni e degli anni che, secondo le statistiche, occorrono per ottenere la decisione finale, in prime cure o negli altri gradi del giudizio.

Però qualche rilievo si può fare, sia pure in breve, e senza pretese di completezza.

1) Che la durata del processo civile in Italia sia eccessiva lo dicono tutti, ed è vero. È uno scandalo, che purtroppo indigna sempre meno, difficile da eliminare, anche per pochezza di analisi e confusione di obiettivi. Ad esempio, nessuno sa indicare lo scopo a cui mirare, e precisamente quale sarebbe la durata ideale del processo in generale, o di alcune categorie di processi in particolare, rimanendo tutti ancorati al mero calcolo aritmetico, senza specificazioni. Quanto dovrebbe durare un'opposizione a decreto ingiuntivo, o quanto una vicenda concernente un inadempimento contrattuale? E la durata ideale dovrebbe valere per qualunque Tribunale, in tutto il Paese, o solo per alcuni? Quale il rapporto fra durata, organico, e carico del ruolo di ciascun giudice?

2) Le condanne della Corte di Strasburgo non turbano nessuno, e i giudizi instaurati in base alla legge Pinto suscitano pochi timori (ma i risarcimenti sono davvero pagati?). Il processo italiano continua a durare, insensibile alle censure e soddisfatto dai proclami di futuro cambiamento, sempre di là da venire. Il pregiudizio di immagine è serio e altrettanto lo è quello economico, per la diffidenza degli operatori italiani e stranieri che in nessun modo vogliono essere coinvolti nei meccanismi ufficiali di definizione delle controversie.

3) È noto che il fattore durata è il deterrente più importante per contenere la domanda di giustizia. Nessun Paese può permettersi di garantire un accesso indiscriminato e, per di più giudizi accettabili in tempi brevi, e per questo si calibrano le risorse rallentando il processo in modo che ad un certo punto gli interessati ritengono più conveniente rinunciare che agire. La scelta è economica, dovendosi trovare una combinazione che soddisfi le esigenze di giustizia, tenendo conto delle disponibilità. Tutti si impegnano in analisi accurate sui costi e i benefici che possono derivare da questa o quella riforma, con attenzione ai minimi risvolti, come testimonia-

no studi importanti in altri Paesi. Attenzione negata nel nostro sistema, dove alcuni sbrigativamente suggeriscono di moltiplicare il numero dei giudici (e quindi inevitabilmente delle strutture di supporto), quasi fosse una soluzione facilmente praticabile, con atteggiamento collaborativo, ma non scientifico.

4) L'esperienza comparativa può essere utile, ma non è certo di facile percezione. È vero che in nessuno degli ordinamenti a noi culturalmente vicini, la durata del processo ha la consistenza che ci affligge, e vero che in alcuni, anzi, si è riusciti in un'opera di riduzione radicale dei tempi. Però ci sono dei costi di cui è bene essere consapevoli. Si potrà rifiutare il sistema delle preclusioni, ma si dovrà allora subire qualche altra limitazione, come ad esempio l'esclusione in pratica della prova testimoniale in materia contrattuale, o l'attenuazione dell'obbligo di motivazione (sul modello francese), o magari la dismissione forzata dell'arretrato che finirà per colpire due volte alcuni sfortunati utenti (prima l'attesa e poi la beffa). Ridurre la durata senza "tagli", e quindi senza incidere sulle regole di rito è impossibile. Meglio essere chiari su questo.

C) I protagonisti del processo

IV – Sono le parti, l'esecutivo, il legislatore, i magistrati e gli avvocati, e ciascuno attribuisce agli altri la responsabilità primaria del malfunzionamento, accettando nella migliore delle ipotesi quote minime di colpa.

1) Che le *parti* abbiano interesse ad ostacolare lo svolgimento dei processi è constatazione agevole e dato indiscutibile. La loro incidenza è tuttavia ridotta perché mediata dagli avvocati, e comunque non può andare oltre qualche comportamento ostruzionistico, facilmente contrastabile. C'è colpa, ma non grave, perché non sono le parti ad avere il controllo del processo.

2) Il ruolo dell'*esecutivo* è invece centrale, specie in punto di allocazione delle risorse finanziarie destinate al servizio giustizia.

La situazione è nota: le risorse sono effettivamente modeste, tanto che anche qui (come per l'Università, la scuola, la sanità) si levano grida di dolore, sulla scarsità dei beni materiali, sul personale dipendente, sull'inadeguatezza del patrimonio immobiliare, e via dicendo.

Tutto giustificato, ma non basta certo a spiegare la totale inefficienza del processo. Anche perché ancora sul piano comparativo, l'ammontare delle risorse che negli altri Paesi vengono destinate alla giustizia è più o meno equivalente a quello italiano, con risul-

tati però ben diversi. Di nuovo, si scontano le conseguenze della mancata utilizzazione delle professionalità in materia di gestione.

3) Che al *legislatore* debba essere attribuita responsabilità dello stato in cui versa il processo civile pare difficilmente discutibile. Le doglianze sono molte, ma almeno due meritano menzione.

È vecchio il modello processuale di riferimento che postula la presenza del giudice dall'inizio alla fine del rito, dal controllo degli atti introduttivi alla pronuncia della sentenza. È il modello tradizionale dei Paesi dell'Europa continentale, che viene però progressivamente abbandonato a favore di un rito "concentrato", imperniato su un'udienza nella quale si acquisiscono le prove e si procede alla discussione finale all'esito della quale il giudice trattiene la causa in decisione. Il giudicante non ne conosce prima, ma quando è attivato decide in tempi ristretti. Al momento, il legislatore mostra scarsa fiducia nel modello tradizionale, a cui deroga continuamente, di fatto riducendo l'intervento del giudice nel corso del processo, ma non ha il coraggio di abbandonarlo per le difficoltà e le resistenze che un simile passo comporterebbe. La situazione pare fuori controllo. Riti introdotti e in pochi anni abrogati (societario) norme emanate e non applicate (rito del lavoro per gli incidenti stradali) procedure non coordinate, in una confusione operativa ma soprattutto concettuale, che riflette forse ansia riformatrice, ma anche incertezza sugli obiettivi da perseguire.

È vecchia anche la concezione del processo come confronto fra singoli (uno contro uno), e inaccettabile l'avversione verso la c.d. *complex litigation*, che vede contrapporsi più parti con complicati intrecci di interessi. Per rimanere ad un esempio di attualità, la *class action* trova ostilità e spazi ristretti, quasi fosse una stranezza importata, e non uno strumento di tutela irrinunciabile per i diritti della nostra epoca. Per di più voluto dall'Unione europea.

V - 4) Che anche i *magistrati* debbano essere ritenuti responsabili dello stato del processo pare indubitabile.

In questo momento, il tema del ruolo della magistratura assume contorni che sfuggono ad un'analisi solo giuridica, rischiando di scivolare nella critica preconcepita o nella difesa corporativa. Non è il terreno di elezione volendosi limitare i rilievi al profilo processuale. Anche qui solo due.

Organizzare il lavoro giudiziario è difficile, ma l'esistente pare largamente perfettibile. Dall'esterno, gli operatori denunciano sacche di inefficienza, ma soprattutto di indifferenza e disimpegno tali

da vanificare gli sforzi di molti magistrati, invece davvero disperatamente votati ad un lavoro complicato, con esiti frustranti. L'impressione generale è che la resa dell'istituzione e dei singoli potrebbe essere migliorata, almeno intensificando i controlli sulla quantità e sulla qualità del lavoro di tutti, e all'esito di questi subordinare i benefici.

In fondo, la magistratura ha organizzazione burocratica e, i vertici qualche potere di stimolo dovrebbero averlo, almeno per garantire che le risorse umane e materiali non vadano disperse. Come accade in altri sistemi, in cui per di più non ci sono i vincoli gerarchici previsti dal nostro ordinamento, ma dove controllo e direzione sono assolutamente normali.

Nello specifico, il giudice ha rinunciato a svolgere il ruolo di guida del processo che il Codice gli aveva affidato, con conseguenze negative. Prima fra tutte, quella di non censurare fin dall'inizio le difese infondate, in tal modo dando spazio ad avventure processuali che meriterebbero deciso ed immediato rigetto, con applicazione degli artt. 91-96 c.p.c. Cosa impossibile se il giudice non arriva preparato alla prima udienza, e si limita a chiedere "di che si tratta", sperando di orientarsi con l'esperienza e il buon senso. Della causa conoscerà dopo, valutando le istanze probatorie, ma ormai il danno è fatto.

L'atteggiamento viene giustificato da ragioni pratiche riassumibili nel rilievo che in questa fase esistono forti probabilità di abbandono o transazioni, con conseguente vanificazione dell'attività che dovesse essere svolta.

5) Per finire, com'è ovvio, anche gli *avvocati* devono considerarsi responsabili della situazione di dissesto del processo. Sono coprotagonisti del giudizio e non possono sottrarsi alla chiamata di correttezza.

È fondata la censura su una eccessiva inclinazione degli avvocati nel consigliare e nel favorire il ricorso allo strumento giudiziale (e in quest'ottica va letto l'art. 4 del D.Lgs. n. 28/10) nell'interesse proprio, più che in quello del cliente, come è fondata la denuncia di un uso non proprio del processo e della manifesta propensione a trarre vantaggio di qualunque situazione (anche al limite) pur di ottenere certi risultati. Non è il caso di insistere, perché le critiche sono note e ricorrenti.

Ma sono anche eccessive e ingiuste. Quella della professione forense è una realtà multiforme legata all'economia e al sociale dell'ambiente di riferimento, di cui raccoglie le aspirazioni e le esigenze. È la massima espressione del lavoro intellettuale autonomo.

mo, lavoro che ora si vuole regolato da regole del mercato, quelle sulla concorrenza, che secondo alcuni dovrebbero addirittura prevalere su quelle che concernono la tutela dei valori immateriali, a cui la professione è deputata in modo primario.

Di nuovo, facendo tesoro dell'esperienza altrui, deve essere chiaro che quanto maggiori sono le pressioni economiche (di mercato) a cui è soggetta l'avvocatura, tanto maggiore sarà la propensione di questa ad usare del processo, più che a collaborare al buon funzionamento dell'istituto. Pretendere l'una cosa e insieme l'altra è impossibile, come dimostrano anche le esperienze anglo-americane.

Ma c'è di più. Gli avvocati sono le prime vittime della situazione del processo, che è per loro di riferimento naturale dell'attività professionale. Sono più vittime delle parti stesse, perché mentre queste ultime sono utenti "occasionalni" e come tali coinvolte episodicamente nel contenzioso, essi sono invece utenti "abituali" di un istituto disastroso. E non si oppongano banalità come quella secondo cui la durata giova agli avvocati (*dum pendet rendet*) perché, al contrario, i vantaggi per il professionista vengono dalla decisione delle controversie, e non da rinvii a 4-5 anni di distanza.

VI - Nell'insieme, la situazione del processo civile è assai critica, ed essendo la colpa da dividere, ciascuno l'attribuirà agli altri, assolvendosi. Si poteva fare meglio con l'esistente, ma non è accaduto, ed ora occorre somministrare cure quasi radicali. Ci vorranno molti saperi, grande coraggio riformatore e la buona volontà di tutti, compresi magistrati ed avvocati, naturali protagonisti del processo.

Occorre un salto di qualità, se si vuole nutrire una qualche speranza di miglioramento. In particolare, l'avvocatura non può limitarsi alle denunce, contro tutto e tutti, sull'inadeguatezza del processo, ma nel contempo ostacolare le alternative che tutto il mondo ricerca e pratica. Per essere chiari: non ci sono ulteriori risorse da destinare al servizio giustizia; l'apparato concettuale è vecchio, e non funzionale alle esigenze del nostro tempo; investire nell'esistente con continue modifiche è forse necessario, ma di poco benefico. In queste condizioni, opporsi alla privatizzazione della giustizia, e adesso criticare la mediazione pare gravemente contraddittorio, quasi... suicida! In tutto il mondo, l'avvocatura collabora e favorisce la mediazione, propone anche miglioramenti tecnici, ma certo non rifiuta l'istituto. Non vedo perché non si debba fare altrettanto: la mediazione è un'occasione da cogliere, non un'avversità da sopportare.