

GIUSTIZIA INSIEME

1-2/2011

Movimento per la Giustizia – articolo 3



GIUSTIZIA INSIEME

Movimento per la Giustizia — articolo 3

RIVISTA QUADRIMESTRALE

www.movimentoperlagiustizia.it

Direttore responsabile

Marco Iezzi

Direttore

Valerio Fracassi

Coordinatori scientifici

Ernesto Aghina

Carlo Citterio

Alfonso Amatucci

Ferruccio Auletta

Pasquale D'Ascola

Sandro De Nardi

Nicola Di Grazia

Paola Filippi

Camilla Gattiboni

Luigi Lanza

Patrizia Morabito

Luca Perilli

Antonio F. Rosa

Antonio Scarpa

Vito Di Nicola

Autorizzazione n. 313

del 18 settembre 2009

Tribunale di Roma

Editore

Aracne editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it

info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B

00173 Roma

(06) 93781065

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

Non sono assolutamente consentite le fotocopie senza il permesso scritto dell'Editore.

I edizione: settembre 2011

ISBN 978-88-548-4511-4

ISSN 2032-5993-11001

Indice

- 5 EDITORIALE
Dove va la magistratura?
VALERIO FRACASSI
- 11 GIUSTIZIA PENALE
CEDU e Corte costituzionale: una nuova euristica giudiziale?
PIERO GAETA
- 23 GIUSTIZIA E PROCESSO
Un processo civile senza sentenza?
LUCIO MUNARO – GIORGIO COSTANTINO
- 47 GIUSTIZIA E PROCESSO
I tempi di trattazione delle impugnazioni e la giustizia di primo grado
VINCENZO SGUBBI – LEONARDO ARNAU
- 71 GIUSTIZIA E DISCIPLINARE
Interpretazione abnorme e responsabilità del magistrato
MARIO FRESA – SANDRO DE NARDI
- 99 GIUSTIZIA E ORDINAMENTO
CSM, Sistema elettorale, Sezione disciplinare
GIOVANNI TAMBURINO – SALVATORE MAZZAMUTO
- 127 GIUSTIZIA E AVVOCATURA
Gli avvocati parlamentari
CARLO CITTERIO – VALERIO SPIGARELLI

- 151 GIUSTIZIA E SOCIETÀ
La “cura obbligatoria” del reo “pericoloso” affetto da disagio psichico, tra penitenziario e sanità
DARIA VECCHIONE – MICHELE PENNINO
- 171 GIUSTIZIA CIVILE
I diritti inviolabili e lo straniero: riflessioni sul risarcimento dei danni
GIUSEPPE FORTUNATO – UMBERTO IZZO
- 189 GIUSTIZIA CIVILE
Quali “tariffe” per le spese legali nel processo?
FRANCO PETROLATI – ANDREA MASCHERIN
- 203 DOCUMENTI
Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 del Comitato dei Ministri agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità
Strasburgo, 17 dicembre 2010
traduzione a cura del cons. Raffaele Sabato
- 213 DOCUMENTI
Saluto del Primo Presidente della Corte di cassazione ai giovani magistrati in tirocinio (Roma, 20 luglio 2011)
ERNESTO LUPO
- 217 DOCUMENTI
Provvedimento sulla motivazione semplificata di sentenze e di ordinanze decisorie civili
PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

EDITORIALE

Dove va la magistratura?

VALERIO FRACASSI

La gravità dell'attuale situazione e la cronaca degli ultimi tempi richiedono una riflessione sul tipo di magistratura che vogliamo.

Siamo quotidianamente impegnati, anche con pesanti costi per la vita personale e familiare, a far funzionare il sistema giudiziario, pur in assenza di quegli interventi di competenza di altri poteri dello Stato.

Impegno che per noi significa efficacia della risposta.

Ritengo, tuttavia, che per efficacia si deve intendere non solo una risposta in tempi ragionevoli ma anche qualitativamente soddisfacente.

La qualità della risposta, che è tutela dei diritti, presuppone una magistratura autorevole, indipendente e attenta ai valori che deve tutelare, con il rifiuto di modelli di gestione dell'attività ispirati esclusivamente a logiche aziendali. Credo allora che sia necessario riflettere su alcuni aspetti per capire in che direzione vogliamo andare. Mi limito a richiamarne tre.

Il primo è "la difesa dell'istituzione magistratura".

Non voglio qui occuparmi della tutela dagli attacchi esterni. Credo che la sua necessità abbia un grado di consapevolezza diffusa tra i magistrati e stia recuperando consenso nella società che, anche nei settori tradizionalmente alla magistratura meno vicini, sta percependo la strumentalità di certi attacchi. Tutela della magistratura significa, però, anche attenzione a quei fenomeni che, dall'interno, compromettono, a mio modo di vedere nella stessa misura, la nostra funzione.

La cronaca ci mostra vicende dalle quali emergono preoccupanti collegamenti, opacità, ed addirittura stretti legami con ambienti politici anche impegnati ad alterare il fisiologico corso di procedimenti giurisdizionali.

Mi riferisco a fatti accertati in sede giurisdizionale o di autogoverno.

È la "questione morale" che tutti dichiarano di considerare un valore primario. Forse è il caso di dimostrarlo ora nel concreto.

Le componenti di Area hanno di recente preso posizione sulla vicenda che riguarda un collega fuori ruolo perché a capo dell'Ispettorato del Ministero della Giustizia.

C'è stata una delibera del CSM che, nell'ambito delle verifiche di sua competenza, ha accertato determinati fatti, a mio modo di vedere molto gravi. E questo per me è sufficiente. Il CSM ha investito della questione le commissioni competenti per le autorizzazioni agli incarichi e per le nomine agli incarichi direttivi, nonché il titolare dell'azione disciplinare.

Abbiamo chiesto una risposta rapida ed efficace anche per trasmettere alla magistratura e alla società tutta un messaggio di fermezza e trasparenza, ovviamente nel rispetto della normativa vigente e, dunque, senza anticipazione del giudizio dell'organo di autogoverno.

Una generale condivisione dell'esigenza che abbiamo prospettato costituirebbe un segnale importante che la magistratura manda all'esterno ed al suo autogoverno. Un segnale che serve a far capire quanto ci sta concretamente a cuore l'effettiva tutela dell'indipendenza della magistratura. Un segnale che è anche presa di distanza da certi fenomeni, evitando quella "assuefazione" a condotte poco convenienti, incentivate di recente, nella società, anche da persone che rivestono cariche istituzionali.

Su questo percorso, che è anche dei singoli magistrati, mi auguro che si crei il più ampio consenso in tutte le componenti della magistratura associata.

Altro tema su cui riflettere riguarda "i magistrati fuori ruolo".

C'è un dibattito in corso all'interno della magistratura sulla valutazione del periodo fuori ruolo ai fini degli incarichi direttivi.

Ribadisco l'opinione già espressa in altra sede. L'esperienza fuori ruolo non va affatto demonizzata ed è anzi utile ed in qualche caso necessaria. Ma non può costituire una corsia preferenziale, un fatto che di per sé venga poi considerato indice di capacità organizzativa o di qualità professionali migliori rispetto al collega impegnato nel quotidiano esercizio della giurisdizione attiva.

Ora aggiungo però un altro aspetto da tener presente.

L'incarico fuori ruolo, per chiamata diretta, in determinati ministeri e amministrazioni impone anche di considerarne i riflessi sul profilo dell'indipendenza. Pure in questo caso non dobbiamo demonizzare il fuori ruolo. Ma il problema esiste.

Esiste perché quando la nomina riguarda il dirigente di un ufficio giudiziario non si tratta della nomina di un manager, ovvero di chi deve gestire un'azienda, ma del dirigente di un gruppo di magistrati che deve assicurare, in indipendenza ed autonomia, una decisione giusta.

L'esigenza è ancora più pressante per l'ufficio di procura dove la pesantissima riforma approvata ha introdotto meccanismi di forte controllo da parte del procuratore capo.

Mi auguro che il CSM compia una riflessione organica su quest'aspetto.

Ma quanto precede rende ineludibile anche una doverosa cautela per scegliere il dirigente più adatto.

Occorre non solo verificare la capacità tecnica, la possibile capacità organizzativa, ma anche valutare attentamente, per il tipo di incarico fuori ruolo svolto (e per come è stato svolto) e in ragione del posto direttivo da coprire, se vi siano adeguate garanzie che la persona che si vuole nominare possa assicurare adeguata autonomia ai singoli magistrati e indipendenza all'ufficio.

Insomma prendiamo atto una buona volta che l'organizzazione è un requisito fondamentale per la buona amministrazione della giustizia ma non va mai svincolata dai valori che deve tutelare, nella ricerca di numeri sempre maggiori, della produttività a tutti i costi.

Un terzo argomento su cui mi sembra importante riflettere, anche in collegamento con la vicenda da cui sono partito, riguarda apparentemente (solo) la nostra quotidianità, ma anch'esso incide sull'interrogativo iniziale. Mi riferisco al "problema dei ritardi nel deposito dei provvedimenti da parte dei magistrati" e, in genere, al procedimento disciplinare. Mentre da tempo si chiedono con forza interventi che consentano ai magistrati di dare una risposta giudiziaria in tempi ragionevoli, sembra che l'unico rimedio sia quello di azionare procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati per il ritardo nel deposito dei provvedimenti.

È questa l'impressione che si ricava dell'orientamento ministeriale attraverso le ispezioni ordinarie negli uffici giudiziari e l'impugnazione delle sentenze di assoluzione della sezione disciplinare del CSM.

Sul punto è necessaria una doppia premessa.

La prima è che la sanzione disciplinare è doverosa nei confronti di chi non lavora o pone in essere comportamenti scorretti.

Nel programma di Area per le prossime elezioni dell'ANM, abbiamo scritto che vogliamo un'associazione che tuteli il collega "professionalmente attrezzato e deontologicamente ineccepibile". Lasciamo a chi ha

ironizzato su questa espressione, la tutela del magistrato deontologicamente scorretto.

La seconda premessa è che la tempestività del deposito è oggi un elemento che concorre a fornire una risposta giudiziaria in un tempo ragionevole e, dunque, costituisce un aspetto che non va trascurato anche nella valutazione della professionalità e della deontologia di un magistrato.

Ma detto questo, l'equiparazione del ritardo del magistrato a quello della risposta giurisdizionale, senza alcuna considerazione delle sue ragioni e delle condizioni in cui il singolo ha lavorato, è operazione ingiusta e pericolosa.

Ingiusta perché in un sistema giudiziario che registra disfunzioni riconducibili a mancati interventi normativi e strutturali, nonché alla dotazione, distribuzione e organizzazione delle risorse, addebitarle al singolo che si impegna in questo contesto a far funzionare, comunque, la macchina della giustizia sopperendo alle altrui carenze e misurandosi con carichi di lavoro ingestibili, significa creare un capro espiatorio. È un'operazione equiparabile a quella che mediaticamente ci porta sul banco degli accusati per le disfunzioni della giustizia anche per gli aspetti cui siamo totalmente estranei.

Chiunque viva la realtà dei nostri uffici giudiziari sul territorio, sa che spesso si è costretti, per dare una risposta giudiziaria dignitosa, ad un impegno che solo il senso della funzione riesce a far tollerare, con enormi sacrifici personali e familiari.

Il ritardo, nella valutazione del singolo, ove sia rilevante, è un possibile sintomo di scarso impegno o inadeguata capacità di organizzare il proprio lavoro.

Se, invece, si verifica che il ritardo è espressione di condizioni lavorative impossibili, ovvero di un particolare maggiore impegno per sopperire a carenze o carichi di lavoro particolarmente gravosi, la valutazione negativa è ingiusta.

Questo non significa che tutti i ritardi sono giustificati, o che l'entità del ritardo sia indifferente alle giustificazioni addotte.

Ma non è certo stabilendo un limite astratto, oltre quello previsto dalla legge, che si risolve il problema.

Ma l'impostazione da cui dissento è anche culturalmente pericolosa.

Posto che stiamo parlando di situazioni che giustificano un ritardo, una rigida considerazione del ritardo in sé rischia di innestare un meccanismo di "legittima difesa" del singolo magistrato che, di fronte alle

pressanti richieste che la quotidianità conosce, a carenze di organico o di organizzazione, piuttosto che buttarsi nella mischia senza paura, si preoccuperà solo di trattare quel numero di processi che gli consentiranno il rispetto del termine.

Un magistrato che si avvicina sempre più al modello dell'impiegato, del burocrate, per forza di cose insensibile alla realtà che lo circonda.

È questo il magistrato che vogliamo?

Ma vado oltre e prescindo dai riflessi negativi che questo orientamento può provocare per riproporre la domanda: che tipo di magistrato vogliamo? Dò per scontato che ne vorremmo uno bravo, giusto, rispettoso delle forme, dei termini e della sostanza.

Ma se le condizioni di lavoro non lo consentono, vorremmo un magistrato che privilegiasse il rispetto del termine o non piuttosto il tentativo di contribuire a dare comunque una risposta effettiva alla sempre più incontrollata domanda di giustizia affrontando quello che gli viene, applicazioni, supplenze e quant'altro?

Credo che la reputazione della magistratura nella società sia stata costruita anche sui tanti che hanno scelto il secondo modello.

Facciamo allora attenzione a consolidare principi che avrebbero paradossalmente l'effetto opposto a quello, pur condivisibile, che perseguono.

Chiediamo allora all'autogoverno di essere rigoroso, ma giusto e di trasmettere segnali chiari sul modello di magistrato che si vuole.

Auspichiamo che analoghi segnali, anche di tutela dell'autonoma valutazione dell'autogoverno, vengano pure dalla giurisdizione in materia disciplinare.

VALERIO FRACASSI

Segretario generale del Movimento per la Giustizia – art. 3

Cedu e Corte Costituzionale: una nuova euristica giudiziale?

PIERO GAETA

1. Premessa: perché nulla è come prima

Ogni interpretazione che adegui contenuti ed assiologie di una norma ai principi della Carta fondamentale o che ne proclami la radicale incompatibilità con essi modifica l'intero orizzonte dell'ordinamento: ne accresce la vastità e l'intensità, lo rende più armonico tra le varie parti, ne esalta la sinergia delle connessioni. Ma ci sono interpretazioni che vanno oltre questo effetto ordinario, perché edificano il futuro: non — per dirla con Sergio Quinzio — "il futuro astratto e lontano verso il quale il tempo penosamente procede", ma il futuro che irrompe nella stessa interpretazione che lo pronuncia. È, insomma, il *modicum fermentum* che *totam massam corrumpit*, nel significato letterale e nobile del verbo: l'esegesi in grado di mutare il volto del sistema, di falsificarlo, dando inevitabilmente la sensazione — propria dei passaggi epocali — che un ordine concettuale, prima ancora che giuridico, si vada ormai sfrangiando. Incarna certamente un'interpretazione di tal genere la sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale, meglio nota, nella vulgata, come la seconda sentenza Dorigo. La linea della cresta sulla quale si incanala il cambiamento vedeva — com'è noto — due versanti di problemi contrapposti, autentici antipodi di valore: da un lato, l'esigenza di salvaguardare la *fairness* del processo alla luce dei diritti e principi sanciti in Convenzione, che Strasburgo esige siano rispettati [art. 46, CEDU, § 1, che impegna gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive

della Corte» (EDU)]; dall'altro, la necessità di preservare la legalità nazionale espressa nel giudicato: dunque, l'esigenza di certezza (quindi di eguaglianza e quindi anche di giustizia, dal punto di vista "nazionale"), che vuole appunto intangibile — perché legalmente formatasi e, dunque, presuntivamente "giusta" — una sentenza definitiva di condanna. È altrettanto noto il risultato interpretativo cui sono pervenuti i giudici della Consulta: è costituzionalmente illegittimo — perché viola l'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, per esso, l'art. 117, primo comma, della Costituzione — l'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi del citato art. 46, paragrafo 1, della Convenzione, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione medesima. Né la vicenda giudiziaria, né la scansione argomentativa di tale pronuncia possono costituire oggetto di queste riflessioni: fin troppo note ed "ingombranti" nella loro articolazione, esse rappresentano piuttosto lo sfondo per innestare riflessioni ulteriori, che superano lo stesso contesto in cui è maturata tale decisione. La prima di esse è capire se la tradizionale *ordinatio ad unum* che storicamente ha espresso l'efficacia preclusiva del giudicato «cede il passo ad uno sforzo verso una *ordinatio ad plura* e *ad plures*» (così, in altro contesto, P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961, p. 95), cioè verso giurisdizioni integrate (nazionale e sovranazionale), che producono decisioni (diversamente) intangibili, in relazione a presupposti e criteri diversi: rispetto delle regole processuali interne, da un lato; piena osservanza dei diritti fondamentali, dall'altro (*ordinatio ad plura*, appunto). In pratica, più giudicati (uno dei quali "prevalente" sull'altro), fondati su regole di produzione diverse, aventi l'uno lo scopo di accertare la conformità del risultato alle regole ed alla legge nazionale, l'altro — quello in dimensione sovranazionale — di assicurarne soprattutto la conformità ai diritti fondamentali, conformità cui deve pure soggiacere la legge processuale nazionale (F.M. IACOVIELLO *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 794 s., § 6). La seconda riflessione consegue alla prima e riguarda il giudice nazionale: occorre precisamente chiedersi se l'epilogo restitutorio che la nuova ipotesi di revisione innesta nell'ordinamento

comporti, con il vacillare dell'ordine precedente, una svolta culturale e metodologica dell'attività ermeneutica. In poche parole se, tramontato il mondo unitario retto da un solo diritto e da una sola *lex*, al tradizionale "controllo di costituzionalità" della legge si debba accompagnare un (altrettanto doveroso) "controllo di convenzionalità"; meglio: se quest'ultimo debba costituire ormai una *routine* culturale dell'esegesi giudiziale, in funzione di profilassi del giudicato ingiusto e di realizzazione della tutela "più intensa" della garanzia dei diritti (Corte cost., sentenza n. 317 del 2009). Riassunto in un interrogativo: il giudice nazionale deve autonomamente tendere al *fair trial* — che sembra essere qualcosa di più e di diverso dal "processo secondo le regole" — attingendo alla *sostanza* dei diritti fondamentali nel processo e garantendoli persino "oltre" le regole formali interne che parrebbero presidiarli?

2. "Cambia forse un Etiope la sua pelle?"

Verrebbe da rispondere, di primo acchito, con la splendida metafora del profeta Geremia (13, 23) sull'immodificabilità delle cose: "Cambia forse un Etiope la sua pelle o un leopardo la sua picchiettatura?". Come dire: il processo penale è sempre applicazione delle regole che lo disciplinano innanzitutto nell'ordinamento nazionale ed il giudicato, conseguito attraverso la loro corretta applicazione, non può mutare pelle (*i.e.*: perdere le sue caratteristiche) nella prospettiva di applicazione di regole diverse. Ma la smentita di tali affermazioni si coglie proprio guardando alle origini della vicenda Dorigo. Relativamente ad essa, la Corte europea ha stabilito la violazione dell'art. 6 della Convenzione — dunque, la natura *unfair* di quel processo — nonostante esso si fosse svolto nel pieno rispetto delle regole processuali nazionali che, in quel momento, lo disciplinavano. Alla condanna di Paolo Dorigo si era infatti pervenuti sulla base di dichiarazioni che — rese nel corso delle indagini preliminari da parte di tre coimputati non esaminati in dibattimento, essendosi legittimamente avvalsi della facoltà di non rispondere — erano state "recuperate" nel dibattimento. Meccanismo, questo, effetto proprio della nota sentenza di illegittimità costituzionale relativa all'art. 513 c.p.p., la n. 254 del 1992. La regola processuale legittimamente applicata dai giudici nazionali era, insomma, frutto addirittura di un "innesto" operato dalla Corte costituzionale in funzione di una piena armonizzazione

con la Carta fondamentale: e, nondimeno, meccanismo ritenuto dalla Corte di Strasburgo in contrasto con l'art. 6, § 3 lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, poiché privava l'accusato del diritto di interrogare o di fare interrogare i testimoni a carico, così determinando la non equità del processo. Come dire che il bene più grande (e cioè la "correzione" in senso costituzionale di una norma processuale) è divenuto il male più grande (la violazione del diritto fondamentale ad interrogare il teste d'accusa): insomma, la più classica *corruptio optimi*. È nel vero, allora, chi afferma che, «per noi, quel che conta è che il processo sia conforme alle regole; per la Corte europea non basta: il processo è *fair* se è conforme ai diritti [...] La legittimità è semplice conformità alle regole, la *fairness* è molto di più: se la regola è ingiusta, la *fairness* è violata dalla regola. Cioè un processo, legittimo per noi, diventa *unfair* per la Corte europea» (F.M. IACOVIELLO, *loc.ult.cit.*). Dunque: nonostante la perentoria metafora del profeta, il processo può modificare la sua pelle (*i.e.*, vedere alterate/disapplicate le sue regole per un fine superiore di garanzia dei diritti) ed il giudicato mutare la sua intangibilità (*i.e.*, vedere la propria efficacia preclusiva) assai più facilmente della picchiettatura del leopardo. Ma può (deve?) essere il giudice nazionale ad effettuare tale scoloritura? O, fuor di metafora: è il giudice comune a doversi proporre non solo quale formale garante delle regole del processo, ma anche — talvolta persino *oltre* le regole — quale custode delle garanzie sostanziali attinenti ai diritti fondamentali nel processo?

3. Una nuova euristica giudiziale?

La Corte costituzionale non ha fornito risposta positiva a tale quesito, né, ovviamente, avrebbe potuto farlo. Ma la sentenza Dorigo, ben più di quanto normalmente accada per ogni additiva di principio, assegna al giudice comune una progettazione operativa davvero straordinaria. Precisamente, un'attività euristica tesa a reperire il "miglior diritto possibile" — costituito dalla più intensa garanzia per i diritti nel processo — attraverso un programma esplorativo cui il giudice è chiamato provando consapevolmente a percorrere diverse possibili vie inventive, per poi sceglierne e seguirne una sola. In breve, dopo la sentenza Dorigo, sembra essere autorizzata (o, forse, sollecitata) una diversa euristica giudiziale: e ciò non soltanto in funzione preventiva — vale a dire per stornare il

pericolo di una futura dichiarazione di violazione dell'art. 6 della CEDU –, ma anche in funzione riparativa, allorquando, accertata la violazione della norma convenzionale, occorra adottare i provvedimenti conseguenti per eliminare gli effetti di tale violazione. Vediamo come.

Il punto di partenza è rappresentato dal nocciolo irriducibile di verità che la sentenza della Corte costituzionale esibisce con il disarmo della semplicità: il valore della certezza del giudicato è stato ritenuto recessivo rispetto alle «compromissioni di particolare pregnanza [...] delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona» nel processo (*Cons. in dir.*, n. 8). La preclusione, propria della cosa giudicata, non si realizza cioè allorquando — pur formalmente rispettate le scadenze procedurali e le regole che le scandiscono — è pretermessa una fondamentale garanzia per una violazione probatoria (come nella specie) o di difesa (come avviene nel finitimo ambito del processo contumaciale). Ma questo nocciolo di verità irriducibile presuppone (come acutamente evidenziato da A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *AIC (Rivista telematica)*, 2/2011, p. 16) che la Corte abbia adottato «una prospettiva (metodica, ancor prima che teorico-ricostruttiva) di stampo assiologico-sostanziale, che vede le *norme* sui diritti, quelle della Convenzione così come quelle della Costituzione, su di un piano orizzontale», sì da consentire al giudice «di attingere laddove, a suo giudizio, si ha la più "intensa" tutela dei diritti». Dunque, non una prospettiva gerarchico-formale che vede comunque le norme convenzionali subordinate a quelle costituzionali, ma una "pari ordinazione" delle une e delle altre che invita il giudice comune a reperire il diritto sulla base della migliore garanzia possibile: le norme del processo sono, insomma, soggette a duplice controllo di compatibilità — quello di "costituzionalità" e quello di "convenzionalità" — avente pari legittimità giuridica ed eguale dignità assiologica. La tavola dei valori, insomma, si duplica: e ben può accadere (raramente, è vero: ma accade ed il caso Dorigo è lì a ricordarcelo) che ciò che per l'una risulta compatibile, sia invece inghiottito dal gorgo nero dell'altra.

Ecco perché si può parlare, in senso proprio, di "attività euristica" del giudice: egli è chiamato a *jus reperire cogitazione*, ad "andare a cercare" il diritto mettendo a frutto un metodo, una «capacità di scoperta» del sillogismo (il "*tèn dÿnamin toÿ eurÿskein*" degli *Analitici primi* aristotelici) che gli consenta di trovare da sé il *vero*, vale a dire il diritto processua-

le armonizzabile con entrambe le tavole assiologiche. Anche a costo di “forzare” il significato tradizionale di una norma processuale, attribuendole valenze e significati inediti, pur di superare con successo questo doppio scrutinio.

4. Un esempio: il contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto

Il discorso — come si intuisce — è complesso e delicato: e risulta impossibile dipanarlo, con argomentazioni sistematiche, in queste brevi riflessioni. Forse un esempio vale, meglio di molte parole, a chiarire il senso complessivo. Nel noto caso Drassich, la Corte europea, con sentenza dell'11 dicembre 2007 (II^a sez., *Requête* n. 25575/04) ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6 della Convenzione, affermando il principio che è diritto dell'imputato essere informato, in tempo utile, non soltanto dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche — e in modo dettagliato — della qualificazione giuridica data a questi fatti. Era infatti accaduto che il ricorrente, imputato di corruzione, avesse dedotto davanti alla Corte di cassazione la prescrizione del reato e che l'organo di legittimità (Sez. I, n. 23024 del 4 gennaio 2004, Rv. n. 230440) avesse rigettato il ricorso, riqualificando i fatti nella fattispecie di cui all'art. 319 *ter* c.p.: ciò sul presupposto che fosse potere-dovere del Giudice di legittimità attribuire al fatto la sua esatta definizione giuridica, anche a costo di escludere l'applicazione di una causa di estinzione quale effetto di tale più grave qualificazione del reato. La Corte EDU — dinnanzi alla quale l'imputato aveva lamentato che di tale riqualificazione non fosse stato informato in tempo utile — ha riconosciuto l'esistenza di una violazione del diritto dell'imputato ad essere informato in maniera dettagliata sulla natura e sui motivi dell'accusa perché “diversi” sarebbero stati i mezzi difensivi scelti per contestare l'azione se la riqualificazione (o l'informazione della sua concreta possibilità) fosse stata adottata prima della deliberazione finale del vertice della giurisdizione.

L'epilogo della vicenda è significativo. La stessa Corte di cassazione ha infatti ritenuto, qualche tempo dopo (Cass. VI 12 novembre 2008, Drassich, RV 241754), la necessità di un'interpretazione dell'art. 521, comma primo, cod. proc. pen. adeguata al *decisum* del giudice europeo, statuendo che la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata all'imputato

anche in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio*, posto che il principio incastonato nell'art. 111, secondo comma Cost., investe non soltanto la formazione della prova, ma anche ogni questione che attiene alla valutazione giuridica del fatto commesso. Dunque, l'interpretazione "convenzionalmente orientata" porta il giudice comune a rinvenire contenuti *impliciti* dei principi costituzionali, la cui portata viene espansa ed alla luce dei quali è poi rivisitata l'applicazione delle relative norme processuali. È questo un esemplare paradigma euristico (cui sopra si accennava), attraverso il quale l'*inventio* giudiziale (in questo caso — per carità — opportuna ed assiologicamente ineccepibile) si sostituisce ad una tradizionale ermeneutica. Infatti, per un verso, è fortemente dubbio che lettera, origine storica e *ratio* dell'art. 111, secondo comma, Cost., obblighino a ritenere soggetta a contraddittorio anche *in sé* la (ri)qualificazione giuridica del fatto (posto che ad essere oggetto di contraddittorio è piuttosto la ricostruzione del fatto su cui si fonda la relativa qualificazione, non la decisione giudiziale in sé) ed è certo che il principio affermato dalla Corte Edu non è presente, neppure in modo embrionale, nel testo dell'art. 521 c.p.p. In forza di ciò che Emilio Betti definiva «conversione interpretativa (*Umdeutung*) con trasposizione nell'attualità» (*Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, II/1955, p. 792), l'interpretazione "convenzionalmente conforme" del giudice comune perviene al risultato della "migliore e più intensa tutela" dei diritti fondamentali, così attuando il già evidenziato progetto assiologico della Corte costituzionale. Nondimeno, lo si attua a spese di un tradimento: l'espansione della tutela, infatti, si attua attraverso un virtuoso "circolo ermeneutico", che prescinde dai profili di gerarchia delle fonti. Infatti, non soltanto si fornisce della norma interna un significato conforme al parametro interposto, ma, di più, si espande il valore di garanzia di una norma costituzionale — l'art. 111 Cost. — ricavando da essa una disposizione "nuova" (principio del contraddittorio per ogni questione che attiene alla valutazione giuridica del fatto) per renderla non soltanto "conforme" alla norma convenzionale, ma per assicurare la stessa intensità di tutela da quest'ultima prevista. Se, insomma, nella elaborazione della Consulta la norma convenzionale è soggetta ad un giudizio di compatibilità rispetto ad "ogni" norma della Costituzione, nella prassi giudiziale il rapporto sembra addirittura invertito: è la norma costituzionale che si espande e trova significati nuovi in ragione della norma convenzionale ed è la norma processuale interna a mutare la

propria portata precettiva in ragione della diversa assiologia attribuita al precetto costituzionale.

5. Il giudice comune di fronte al giudicato "ingiusto"

La vicenda Drassich è solo una sinòpia, il disegno preparatorio di un affresco che si annuncia assai più ampio: essa dimostra che la coabitazione tra Carta costituzionale e Convenzione va composta con meticolosa ostinazione e fruttuosa pazienza. Ciò è tanto più vero dopo che la Corte costituzionale ha enunciato, quale sanzione dell'eventuale disarmonia, la possibile rimozione del giudicato "ingiusto": in tale prospettiva, infatti, esiste una sorta di posizione di garanzia del giudice nazionale rispetto ad ermeneutiche che — armoniche con i postulati di Strasburgo — valgono a salvaguardare *pro futuro* il giudicato. Ne consegue che il "controllo di convenzionalità" da parte del giudice comune incrementa ancora di più la già radicata e tradizionale consapevolezza che, nell'ineliminabile dialettica tra *explicatio* ed *applicatio*, l'interpretazione giuridica contiene parti ineliminabilmente inventive, che si collocano tanto nella posizione delle premesse, quanto nello scioglimento dei nodi argomentativi centrali. Come acutamente nota, in altro contesto, Angelo Costanzo, «la ricerca delle soluzioni concrete obbliga spesso a reinterpretare i principi, a opporre lo spirito alla lettera della legge e a distinguere il punto di vista pragmatico, che tiene conto delle conseguenze risultanti dall'applicazione di una regola, dal punto di vista formalistico, che è quello della interpretazione tendenzialmente solo letterale della norma». Insomma, diviene assolutamente prevalente ed esaltata la "metodologia dei risultati", in forza della quale il giudice — lungi dall'essere solo un «giudice logico che compie operazioni rigorose e perfettamente controllabili su di un materiale certo» — percorre invece «l'elenco dei risultati possibili, sceglie 'il migliore' e motiva sulla base delle norme e dei metodi che conducono a quel risultato » (così G. ORRÙ, *La logica del ragionevole nel processo di convincimento del giudice*, in *Jus*, 1986, p. 111). Dove il "migliore risultato possibile" è innanzitutto quello che garantisce la tenuta della decisione finale e, perciò, la "giustizia" del futuro giudicato. L'ermeneutica giudiziale è, in breve, sempre più prospettica, pervasa e retta cioè dalla "logica della scelta attuale" in funzione della integrità futura del *decisum*: il giudice nazionale è chiamato a non rendersi cieco e sordo

rispetto al valore di “giustizia” dell’ermeneutica delle norme processuali, valore i cui contorni sono tracciati dalla Corte di Strasburgo.

La conferma di quanto sia letteralmente inventiva l’ermeneutica richiesta al giudice nazionale si trae guardando anche a valle: agli effetti pratici della pronuncia della Corte costituzionale n. 113 del 2011, a come si dovrà rendere operativa e concreta la revisione del “giudicato ingiusto”. Come in ogni “additiva di principio”, la Corte non ha introdotto una norma positiva, immediatamente applicabile, ma ha posto un “principio” che, sebbene debba essere attuato attraverso un successivo intervento del legislatore, deve costituire, entro certi limiti ed in via transitoria, un riferimento per il giudice nella decisione di casi concreti. Nel caso di specie, sono evidenti le enormi difficoltà affrontate dalla Corte già per elaborare e collocare il principio affermato: il riferimento alla revisione implicava infatti, in generale, un’opzione verso una *sedes* ed un istituto, rischiando così di condizionare fortemente il successivo intervento legislativo. Inoltre, il Giudice delle leggi era perfettamente consapevole della eccentricità della nuova ipotesi di revisione rispetto a quelle ora regolate, «volta specificamente a consentire [...] la riapertura del processo», i cui presupposti — inconciliabilità logica di due assunti *storici*, il cui contrasto emerge per fatti stabiliti da decisioni esterne a quella oggetto di denuncia (art. 630, lett. *a* e *b*, c.p.p.), per insufficiente conoscenza al momento della decisione (lett. *c*) o per effetto della provata condotta illecita (lett. *d*) — risultano assai diversi dalla violazione “processuale” dell’art. 6 della CEDU. Non senza considerare che il meccanismo della tradizionale revisione è finalisticamente orientato all’esito assolutorio (art. 631 c.p.p.), reputandosi iniqua la decisione, non il processo; laddove la “revisione” per violazione di norma CEDU esige solo la riparazione ad una violazione procedurale, emendata la quale, lo strumento è indifferente all’esito del giudizio. Tutto ciò rende ellittica (anche se, probabilmente, inevitabile) la collocazione del rimedio additivo nell’ambito dell’istituto della revisione: con la prudente avvertenza, da parte dello stesso Giudice delle leggi, che saranno poi i giudici comuni a trarre dal principio (generale) affermato «i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione». E sono proprio tali corollari a confermare ulteriormente che, dopo la sentenza Dorigo, l’ermeneutica giudiziale approda ad una svolta storica. Si potrà minimizzare la portata statistica del fenomeno, per affermarne l’esiguità e, dunque, la sostanziale irrilevanza fenomenica (è la posizione di G.

CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in AIC (*Rivista telematica*), 2011, 2, p. 1); ma non si potrà negare che, al di là dei numeri, è proprio la pronuncia della Corte a legittimare, in capo al giudice nazionale, una inusitata *inventio* interpretativa. Spetterà infatti al giudice convertire innanzitutto "l'ingiustizia" rilevata da Strasburgo quale causa di non equità del processo in vizio dell'atto processuale secondo le norme interne, al fine di poter procedere alla rinnovazione dell'atto processuale viziato. E non è affatto certo che la violazione rilevata dalla Corte di Strasburgo sia sempre suscettibile di una tale conversione, considerando anche il principio di tassatività delle nullità (su questo profilo, acute osservazioni in R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, *ivi*, p. 11). Il giudice nazionale, pertanto, sembra stretto nella morsa o di considerare l'art. 178 c.p.p. etero integrato dall'art. 6 della Convenzione o di adottare una nozione assiologica-sostanzialistica di nullità, tale ritenendo anche quella determinata da un atto (che, benché tipico, sia) concretamente lesivo di una garanzia considerata dalla Convenzione. Insomma: la catena delle violazioni convenzionali e delle regole processuali interne può essere percorsa in entrambi i sensi (dall'una all'altra, indifferentemente) solo a condizione di mantenere l'identico valore precettivo: se, invece, difetta tale coincidenza (e, dunque, non ogni violazione è convertibile in vizio), al giudice comune è rimesso il non facile compito di "inventare" percorsi alternativi per collegare le due catene. Ma non basta. Qualità, grado, incidenza processuale della violazione rilevata dalla Corte di Strasburgo dovranno poi essere apprezzate dal giudice nazionale in funzione se non della riapertura del processo (posto che sulla violazione accertata dalla Corte di Strasburgo e sulla consequenziale sanzione di *restituito in integrum* si consolida il "giudicato convenzionale" senza margini di apprezzamento), certamente della effettiva incidenza della stessa sull'esito del giudizio. Spetterà, cioè, alla giurisdizione nazionale stabilire, ai fini della decisione finale (che non è obbligatoriamente di esito assolutorio), il grado di incidenza della prova viziata, ma anche quello della "contaminazione" della violazione sul residuo materiale probatorio. Anche in tal caso, il giudice comune sarà chiamato — in una sorta di giudizio di rinvio, ma con "principio di diritto" appena abbozzato — a fare sapienziale applicazione del principio *utile per inutile non viziatur*: salvaguardando il *decisum* sovranazionale, ma evitando, al contempo, che esso — nell'impossibilità di celebrare

nuovamente l'intero giudizio — faccia venir meno le esigenze della giurisdizione nazionale. In breve, un compito titanico, poiché non risultano neppure pallidamente tracciate le linee essenziali di tale percorso decisorio.

6. Congedo

Se non è offensivo per problematiche così complesse avanzare una considerazione conclusiva, essa non può che sostanziarsi in un'ipotesi storica. Come il "controllo di costituzionalità" diffuso ha richiesto, dai primi anni '60 del secolo passato, un progressivo affinamento, in capo ai giudici comuni, di sensibilità istituzionali e culturali, di consapevolezza del ruolo professionale, di specializzazione giuridica — ma anche percezione del "limite" e del delicato equilibrio della propria funzione —, allo stesso modo il "controllo di convenzionalità" richiederà da parte dei giudici, in un prossimo arco storico di durata non pronosticabile, generosità e fatiche, sacrifici e consapevolezze del tutto simili al passato.

Ma, come per il passato, i frutti non tarderanno a generarsi.

PIERO GAETA

*Sostituto procuratore generale
presso la Corte di cassazione*

Un processo civile senza sentenza?

LUCIO MUNARO — GIORGIO COSTANTINO

1. Mi soffermo su alcuni spunti metodologici da valorizzare nell'ottica di una gestione del processo civile in chiave "anticipatoria".

È quasi superfluo ricordare come la vera patologia della giustizia civile, o comunque la patologia percepita come tale dalla generalità dei consociati che ne hanno avuto esperienza diretta, sia costituita dal lasso di tempo che intercorre dal momento in cui inizia la causa al momento in cui l'aspettativa di giustizia viene soddisfatta; parlo di aspettativa soddisfatta e non di decisione finale, poiché ciò che interessa all'utente della giustizia non è certo la sentenza di per sé — e meno che meno una meravigliosa sentenza di stampo accademico — ma un soddisfacente e veloce regolamento degli interessi sostanziali dedotti in causa. Si tratta allora di valorizzare un certo *modus operandi*, costantemente improntato all'esigenza di fornire prima possibile una risposta giudiziaria il cui contenuto prelude alla decisione finale; si tratta di utilizzare gli strumenti processuali offerti dal sistema, esaltandone e accentuandone l'attitudine ad agevolare la definizione del giudizio prima della sentenza. Le "tecniche anticipatorie" su cui mi soffermo postulano sempre un accurato studio sin da principio del fascicolo processuale, ma comportano comunque un impegno minore rispetto a quello richiesto dalla redazione di una sentenza. Non può certo sottacersi — il dato è sotto gli occhi di tutti gli operatori giuridici intellettualmente onesti — che in sede decisoria il procedimento si presenta spesso ingiustificatamente appesantito da un confuso e magmatico impasto di allegazioni inammissibili e prove orali inutili, con conseguenti amplissime deduzioni difensive "a tutto campo"; ciò che rende assurdamente elefantiache le proporzioni del fascicolo d'ufficio. La definizione anticipata certamente impegna il magistrato

su un piano omologo a quello decisorio, poiché è comunque necessario affrontare sul serio il merito della *res litigiosa*; ma esenta da quel faticosissimo lavoro di selezione predecisoria conseguente ad incontrollate dilatazioni del *thema decidendum* e della conseguente istruttoria, le quali derivano da una gestione poco consapevole della fase di trattazione e ammissione delle prove costituenti. In breve, si tratta di valorizzare lo strumentario processuale che consenta davvero al giudice di “governare” il processo sin dalle prime battute.

2. Un vantaggioso strumento deflattivo consiste nella disposizione della c.t.u. già in prima udienza, prima dunque della concessione dei termini ex art. 183, 6° co. c.p.c. Ovviamente la scelta va attentamente calibrata in relazione all’oggetto in concreto del procedimento, con accurata analisi degli atti introduttivi, talché possa plausibilmente prevedersi che l’eventuale attività di allegazione integrativa (peraltro statisticamente assai rara) non muterà significativamente il *thema decidendum*.

Si pensi per es. alle fattispecie risarcitorie in cui la contestazione attinge solo al *quantum*, ovvero agli appalti in cui non si fa questione di decadenza o prescrizione circa le garanzie dell’appaltatore, ma solo di sussistenza o meno di vizi o difformità delle opere. E si considerino anche certi sinistri stradali davvero complessi e articolati, in cui per la ricostruzione della dinamica non può seriamente prescindersi da una c.t.u. cinematica, la quale dunque può immediatamente fornire elementi decisivi; lo stesso deve dirsi per le fattispecie di colpa medica, in cui la valutazione sull’imperizia dei sanitari postula un elevato tecnicismo professionale, sicché la decisione si fonderà essenzialmente sulle risultanze della c.t.u.

A fronte delle risultanze peritali, spesso le parti non coltivano più la lite, sul presupposto che in rapporto al tema controverso la successiva (eventuale) attività assertiva con le conseguenti deduzioni probatorie non incideranno plausibilmente sul quadro decisorio; perciò sarà importantissima l’individuazione preventiva, da parte del giudice, di quelle liti la cui istruzione probatoria si incentrerà essenzialmente sulla c.t.u. Sul piano pratico-operativo, ritengo opportuno illustrare alle parti interessate una tale opzione processuale da spendere già in prima udienza, giacché è naturale che anche quando sollecita la c.t.u. sin dall’atto introduttivo, la parte interessata poi si aspetta che il giudice provveda solo in sede di decisione sulle istanze istruttorie, a preclusioni già formatesi; di

regola sarà allora la parte stessa a chiedere a verbale l'immediata disposizione di c.t.u., "fatta salva la concessione dei termini ex art. 183, 6° co". È quasi superfluo ricordare, al riguardo, che l'immediata disposizione di c.t.u. non deve interferire sotto alcun profilo con le facoltà processuali spettanti alle parti. Va infine osservato che una tale scelta processuale si pone in linea con la (relativamente recente) volontà del legislatore — espressa nella previsione della c.t.u. preventiva ex art. 696 *bis* c.p.c. — di provocare l'anticipazione delle valutazioni tecniche conclusivamente funzionali alla riduzione del contenzioso.

3. Il tentativo di conciliazione costituisce il modello di atto processuale destinato per definizione a prevenire la chiusura del giudizio con sentenza. Esso rappresenta in qualche modo il soddisfacimento ideale delle pretese sostanziali dedotte in giudizio, poiché la soluzione convenzionale riflette una consapevole scelta delle parti, che così possono modulare sul suo contenuto, anche dettagliatamente, le loro aspettative di regolamentazione concreta degli interessi contrapposti; ciò che vale anche con riguardo a profili litigiosi estranei al processo, poiché assai spesso in sede conciliativa emerge come il raggiungimento dell'accordo comporti automaticamente anche l'abbandono reciproco di altre pretese affatto estranee al *thema decidendum*, ma rientranti in quel complessivo quadro di contrasti di cui sovente il processo rispecchia solo una parziale immagine.

Purtroppo, come oramai amaramente rammentato altresì nei testi istituzionali di procedura civile, alla straordinaria utilità in astratto del tentativo di conciliazione, si giustappone il rilievo di un suo sostanziale fallimento nella pratica. Molto spesso l'auspicata conciliazione si concretizza in una dialettica sterile, prolissa e tignosa, lasciando in eredità un ulteriore irrigidimento delle posizioni contrapposte, in uno alla perdita di tempo prezioso faticosamente ricavato nella gestione del ruolo di udienza.

Ora, ritengo che la ragione principale di questo sostanziale fallimento sia costituita dal ruolo passivo che troppo spesso assume il magistrato nel gestire il tentativo in parola; un ruolo passivo che si manifesta sia sul piano della superficiale e inadeguata conoscenza del *thema decidendum*, sia sul conseguente piano dell'interazione con le parti nell'ottica conciliativa. Deve infatti darsi conto della frequente e patologica propensione dei giudici a studiare accuratamente il fascicolo solo a ridosso

della decisione, sicchè al momento del tentativo di conciliazione il livello di conoscenza di atti e documenti corrisponde, nella migliore delle ipotesi, a una superficiale delibazione; e poi viene in gioco il timore di mettere a repentaglio l'imparzialità con prese di posizione di carattere anticipatorio. Il magistrato dunque non vuole dare l'impressione di condizionare minimamente la volontà delle parti, e tende a rifuggire ogni atteggiamento o dichiarazione che possano essere percepiti come una sorta di pressione sulle parti stesse per pervenire alla conciliazione. La passività del giudice produce ineluttabilmente degli inutili e dannosi pseudo-tentativi di conciliazione, che culminano in generiche proposte "salomoniche" di tendenziale riduzione a metà delle reciproche pretese, senza una precisa consapevolezza della specificità della fattispecie da conciliare.

Al contrario, per la buona riuscita del tentativo mi sembra anzitutto necessario — alla stregua di una vera e propria "condizione dell'azione conciliativa" — che i termini in fatto e diritto della controversia siano preventivamente conosciuti con chiarezza e nitore; solo così infatti l'interlocuzione del giudice con le parti può portare queste ultime a correggere il tiro rispetto alla prima, apparente e spesso dichiaratamente imm modificabile indicazione delle rispettive condizioni. Vanno quindi evitati quegli atteggiamenti ingiustificatamente prudenti e rigidi del magistrato, che in omaggio ad ancora persistenti ed erronee resistenze culturali teme le conseguenze di una indebita anticipazione del giudizio "non posso sbilanciarmi... non posso far trapelare il mio pensiero... non voglio espormi alla ricusazione...". Il punto è che il giudice non deve ovviamente enunciare la sua posizione come rivelatrice di una sentenza già scritta nella sua mente, perché allora il contraddittorio inerente alla conciliazione perderebbe automaticamente ogni significato e si produrrebbero naturalmente le gravi distorsioni giustamente temute; deve però sottoporre alle parti come plausibile una certa ipotesi decisoria, magari correlando alla prevedibilità di una determinata decisione gli orientamenti giurisprudenziali o dottrinali ritenuti confacenti al caso concreto. Di regola è portata a conciliare la parte che, posta di fronte a una certa possibile decisione, chiaramente e motivatamente illustrata come prevedibile, possa altresì comprendere il costo in termini di tempo e denaro di una prosecuzione del giudizio sino alla definizione con sentenza. È evidente pertanto che il magistrato deve affrontare il tentativo di conciliazione calibrando con attenzione e sensibilità, ma anche senza

ingiustificati timori “anticipatori”, le sue valutazioni in fatto e diritto, non mancando di rapportare gli effetti della definizione anticipata del giudizio alla consistenza del suo ruolo di cause, cosicché la parte possa seriamente e consapevolmente rappresentarsi il quadro concreto in cui effettuare la sua scelta.

3.1. Un modo utile per accostare efficacemente le parti alla soluzione conciliativa può consistere altresì nell'intervento attivo del giudice, che dopo avere scrutinato attentamente le ragioni contrapposte si fa lui stesso promotore di una proposta *in fieri*. Si tratta di anticipare preventivamente, nell'ordinanza con cui viene fissata l'udienza destinata al tentativo di conciliazione, i termini di una plausibile intesa, proponendo financo una vera e propria bozza di accordo. Evidentemente una tale determinazione, che si potrà arricchire progressivamente di contenuti alla luce del contraddittorio tra le parti, postula che il magistrato disponga di elementi adeguati per orientare consapevolmente la scelta delle parti, ciò che accade in particolare in sede di ammissione delle prove orali ovvero dopo l'espletamento di una c.t.u. Non di rado accade infatti che le risultanze della consulenza vengano sì accettate, ma la parte confidi nell'accoglimento di un'ulteriore pretesa (ad es. una certa voce risarcitoria) riguardo alla quale sarebbe anche disposta ad abdicare nel quadro di un'intesa complessiva, ma non lo fa semplicemente perché non intuisce l'orientamento del giudice al riguardo; una preventiva presa di posizione sul punto (si prospetta ad es. l'insufficiente specificità dell'attività assertiva *in parte qua*) consente di sciogliere da subito quei “nodi” che altrimenti porterebbero il giudizio fino al suo esito ultimo.

4. È risaputo che l'ordinanza sulla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ex art. 648, 1° co. c.p.c. incide significativamente sulla prosecuzione del giudizio; di fatto, però, i criteri sulla cui base viene emessa contraddicono frequentemente la funzione, anche deflattiva, che dovrebbe connotarla. Deve sottolinearsi che nell'attuale modello processuale per preclusioni, al momento della pronuncia sulla provvisoria esecuzione (tipicamente la prima udienza), in molti generi di lite il giudice dispone di un quadro assertivo tendenzialmente completo; con riguardo infatti all'attività assertiva, la prima memoria ex art. 183, 6° co. è destinata solo alla *emendatio* (peraltro statisticamente assai rara), mentre la seconda può legittimamente contenere la mera replica alle altrui *emen-*

datationes, oltre che le eccezioni con esclusiva valenza di reazioni al mutamento di impianto difensivo operato nella prima memoria. È appena il caso di accennare, in proposito, alle ricorrenti distorsioni applicative derivanti dall'uso improprio di tali memorie da parte degli avvocati, cui fa da *pendant* un frequente lassismo giudiziario nell'ammettere le prove orali senza un serio previo controllo sul rispetto dell'onere di allegazione in rapporto alle cennate scadenze processuali. Ad ogni modo deve riconoscersi, sul piano statistico, che una attenta lettura di citazione in opposizione e comparsa di risposta, in uno ovviamente alle prove documentali offerte sino alla prima udienza, consente una conoscenza del tema cognitivo piuttosto precisa e penetrante.

Orbene, la pronuncia sulla provvisoria esecuzione è un'occasione preziosa non solo per impartire un'immediata tutela esecutiva al creditore, che diversamente deve attendere anni per riscuotere il suo legittimo credito. La pronuncia è altresì l'occasione privilegiata perché il magistrato, quando ancora il fascicolo è agevolmente leggibile perché "leggero" e non ancora trasformatosi nel ponderoso e spesso ingestibile faldone (indifferentemente cartaceo o telematico) che tutti conosciamo, affronti accuratamente e approfonditamente il vero tema controverso. Se attraverso questa decisione (connotata in termini anticipatori) il giudice mostra di avere colto nel segno (il "nocciolo della questione"), con una motivazione che denoti l'immediata comprensione dei reali termini della *res litigiosa*, molto frequentemente le parti non coltivano più la lite. Né si dica che il giudice ha operato indebite anticipazioni di giudizio, poiché una decisione sulla provvisoria esecuzione, che possa definirsi seria, impone proprio la (spesso ingiustificatamente temuta) anticipazione della (eventuale) decisione finale; ciò che viene autorevolmente ricordato anche in sede dottrinale, laddove si rammenta per es. che con l'ordinanza in parola "il giudice in qualche modo è chiamato ad anticipare il suo giudizio sulla opposizione ancora pendente" (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2010, p. 252). È dunque il caso — qualora ovviamente ve ne siano le condizioni — di prendere posizione da subito sul merito della lite, anche quando le complicazioni interpretative o inerenti alla qualificazione di fattispecie complesse indurrebbero a spostare in avanti l'analisi più penetrante del materiale processuale a disposizione.

In breve, la probabilità di dover pervenire alla fase decisoria nelle opposizioni a decreto ingiuntivo decresce in ragione della maggior qua-

lità dell'ordinanza ex art. 648; quando quest'ultima riflette una lucida comprensione del tema cognitivo, ponendosi così in un'ottica chiaramente anticipatoria, non di rado accade che il creditore si ritenga definitivamente soddisfatto dal conseguimento della tutela esecutiva, oppure venga a patti col debitore la cui opposizione sia stata deliberata favorevolmente dal giudice.

4.1. Con specifico riguardo alla prova scritta offerta dall'opponente nei moltissimi contenziosi relativi a forniture di beni o appalti di opere, o comunque a rapporti negoziali che comportino la necessità istruttoria di riscontrare la sussistenza di vizi o difformità, mi pare assai discutibile la propensione a fondare il diniego della provvisoria esecuzione sulla base della semplice denuncia scritta dei vizi, ovvero della consulenza tecnica privata puntualmente prodotta dall'opponente. Mi limito a ricordare come le consulenze o perizie stragiudiziali manchino di per sé di una specifica valenza probatoria, tanto ciò vero che la Cassazione ne condiziona rigorosamente l'utilizzabilità a fini decisori alla presenza di una adeguata motivazione del giudice (*ex multis*, Cass. n. 12411/2001); ciò che è ipotizzabile tipicamente nel quadro di un contraddittorio tecnico conseguente a una c.t.u., allorché il giudice ritenga ad es. che l'*iter* argomentativo del consulente di parte sia più plausibile, sul piano logico, rispetto a quello del consulente d'ufficio. E osservo peraltro come autorevole dottrina arrivi addirittura a conclusioni estreme in proposito, evidenziando icasticamente, per esempio, che "il documento contenente la consulenza tecnica privata giuridicamente è poco più di un pezzo di carta, pena la vanificazione di tutte quelle garanzie che gli artt. 191 ss.... impongono per il legittimo formarsi della consulenza" (A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, p. 435).

4.2. Sovente accade che il diniego della provvisoria esecuzione sia ricollegato semplicemente al rilievo che il creditore opposto non dispone di una prova scritta ex artt. 2699 ss. c.c., come se tale requisito probatorio (di fatto spesso assente) fosse una condizione indefettibile per concedere l'esecutorietà, pur a fronte di un'opposizione non fondata su prova scritta o di pronta soluzione. In verità un'accurata disamina delle allegazioni e deduzioni dell'opponente permette spesso di concludere nel senso che i fatti costitutivi del credito monitorio devono ritenersi non contestati. In molte citazioni si legge che l'opponente nega peren-

toriamente, ma genericamente, l'effettività della fattispecie contrattuale fonte del credito, salvo poi argomentare diffusamente in merito alle inadempienze e manchevolezze della controparte con riguardo all'esecuzione della controprestazione. In casi del genere, la mancanza in capo al creditore di una prova documentale in senso tecnico non osta di certo alla concessione della provvisoria esecuzione, poiché deve operare il principio di non contestazione (art. 115, 1° co. c.p.c.); è proprio la complessiva difesa del debitore opponente a rivelare una posizione incompatibile, sul piano logico e giuridico, con la negazione dei fatti costitutivi del credito, talché il principio consacrato nella norma cit. impone di collocare i fatti in parola al di fuori del *thema probandum*. E se tale posizione veniva già costantemente ribadita dalla Suprema Corte in tema di provvisoria esecuzione prima dell'introduzione del "nuovo" art. 115 (v. per es. Cass. n. 17371/2003, che proprio in tema di opposizione a decreto ingiuntivo correla la pacificità del fatto alla difesa impostata su circostanze incompatibili col disconoscimento), bisogna attualmente valorizzare la necessità che la contestazione sia specifica, con un onere dunque assai stringente per il debitore opponente.

4.3. È assai utile valorizzare la portata sistematica della norma (art. 648, 1° co., seconda parte) che nel 2002 ha sancito esplicitamente l'ammissibilità della provvisoria esecuzione parziale del decreto ingiuntivo. Come noto, l'intervento legislativo ha posto fine al dibattito sulla legittimità della provvisoria esecuzione parziale; più precisamente, la giurisprudenza assolutamente dominante negava al creditore tale forma di tutela, sul rilievo che anticipando solo alcuni effetti esecutivi del decreto, il giudice in tal modo lo avrebbe modificato in una fase processuale in cui ciò non è consentito. Ora il riconoscimento espresso di tale potere elimina in radice la giustificazione dogmatica posta dai giudici a fondamento della prevalente posizione restrittiva.

La norma ricollega l'esecutorietà parziale alla sola ipotesi in cui vi sono delle "somme non contestate", ma nella pratica accade che molto più spesso le condizioni di concessione della esecutorietà parziale si ricolleghino a ragioni differenti, che prescindono dalla non contestazione di specifiche somme di denaro; si pensi per es. ai casi in cui vengono dedotti in sede monitoria rapporti contrattuali complessi e articolati (contratti collegati o a causa mista), talché magari il creditore dispone della prova documentale in senso tecnico solo per uno o alcuni di essi, ovvero