

MICHELE VIETTI
LA FATICA DEI GIUSTI

Come la giustizia può funzionare

prefazione di Ernesto Lupo

La valutazione dei magistrati

Anche in questo caso osservare la storia dell'ordinamento giudiziario e in particolar modo del meccanismo di progressione delle carriere ci aiuta a cogliere la significativa evoluzione dei criteri di valutazione. Si è passati infatti da una struttura fortemente gerarchica a una organizzazione sempre più informata all'autonomia dei magistrati – anche da possibili condizionamenti interni – e con il compito prioritario di offrire un buon servizio al cittadino e alla collettività (anche se gli ostacoli alla piena realizzazione di questo secondo obiettivo sono ancora tanti e oggetto di diatribe quotidiane).

L'assetto originario dell'ordinamento giudiziario – intendendo per “originario” l'ordinamento risultante dalla riforma Grandi del 1941 – era di tipo piramidale e conseguentemente prevedeva una progressione verticale. I magistrati salivano di livello tramite una procedura concorsuale interna articolata, in alcuni casi, su un vero e proprio esame scritto, in altri, sulla valutazione del prodotto giudiziario (le sentenze) da parte del dirigente dell'ufficio. In sostanza si stabiliva un collegamento tra la progressione professionale e la “scalata” della piramide gerarchica, creando distinzioni di grado e di “potere” sicuramente in sintonia con lo spirito dell'epoca.

I principi su cui si basava questo impianto furono decisamente rivoluzionati dall'entrata in vigore della Costituzione e in particolare dal suo art. 101 che, aprendo il Titolo IV dedicato alla magistratura, sancisce: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». Il concetto è reso ancora più esplicito nel successivo art. 107

che al comma 3 recita: «I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni». Ciò significa che all'interno di un ufficio giudiziario non esiste più una differenziazione di tipo gerarchico ma solamente funzionale, per l'appunto, cioè legata ai compiti svolti – incidentalmente, si potrebbe aggiungere – dai singoli magistrati. Un bel colpo di spugna sull'ordinamento Grandi e su una magistratura costruita su vincoli di subalternità tra i suoi componenti, subalternità che certamente poteva determinare un condizionamento sull'operato e sul «libero convincimento» del giudice.

Ma come è accaduto per molte innovazioni radicali nella storia repubblicana del nostro paese, la trasposizione concreta dei nuovi principi sanciti dalla Costituzione nell'ordinamento giudiziario non è stata né automatica né lineare. Ci sono voluti diversi anni e diverse sentenze della Corte costituzionale, nonché il mutato clima culturale degli anni Sessanta e Settanta, per avviare il (travagliato) processo di adeguamento legislativo al dettato della Carta.

Il sistema del «ruolo aperto»

La prima novità di questo processo di trasformazione fu l'introduzione delle qualifiche cosiddette «a ruolo aperto», un meccanismo che potremmo definire “ibrido” – e che pertanto si attirò in seguito diverse critiche – perché mutuava i livelli di progressione del vecchio ordinamento ma li svincolava dalle funzioni realmente svolte. In altre parole, il nuovo sistema prevedeva una scansione della carriera secondo cinque tappe cronolo-

giche fisse corrispondenti ai “salti” di livello dell’ordinamento precedente e cioè:

- uditore giudiziario,
- magistrato di tribunale (dopo 2 anni),
- consigliere di corte d’appello (dopo altri 11 anni),
- consigliere di Corte di cassazione (dopo altri 7 anni),
- presidente di sezione di Corte di cassazione (dopo ulteriori 8 anni, cioè dopo 28 anni di carriera in magistratura).

Ma queste cinque tappe non comportavano necessariamente un *reale* cambio di funzione: era cioè possibile svolgere la funzioni di giudice di tribunale per tutta la propria vita professionale e ciononostante arrivare progressivamente a un livello retributivo da presidente di sezione di Cassazione (non a caso infatti si parlava di raggiungimento del livello «idoneo al conferimento delle funzioni di ...»). Tuttavia ogni passaggio prevedeva una valutazione della professionalità sulla base del fascicolo personale del magistrato, di un rapporto del capo dell’ufficio e del parere del Consiglio giudiziario; il passaggio di livello veniva poi ufficialmente deciso da una delibera del Consiglio superiore della magistratura.

Il nuovo sistema è stato molto contestato nel corso degli anni, soprattutto dall’esterno, diventando anche uno dei punti del conflitto tra politica e magistratura dell’ultimo quindicennio. Le critiche sono state sostanzialmente di due tipi: di natura puramente formale, perché lo scatto di carriera faceva ufficialmente riferimento a una funzione fittizia, a un *nomen juris* svuo-

tato di significato; ma soprattutto di natura sostanziale: si riteneva cioè che si introducessero di fatto degli avanzamenti di carriera automatici e prestabiliti, ciò che non accadeva in nessun altro ambito della Pubblica amministrazione. Questa critica era suffragata dalla convinzione, non del tutto priva di fondamento, che le valutazioni del magistrato preliminari a ogni passaggio fossero delle pure formalità e quindi l’avanzamento stesso fosse in qualche modo scontato. Anche le valutazioni dei capi degli uffici e dei consigli giudiziari si risolvevano spesso in formule rituali e stereotipate, che poco o nulla dicevano sulla reale professionalità e produttività del magistrato. Per quei pareri quasi tutti i candidati alla promozione erano di «profonda cultura giuridica» non disgiunta «da una produttività superiore alla media», il tutto condito da «un tratto signorile».

Tutto questo ha evidenziato la necessità di un correttivo nel sistema di avanzamento delle carriere, che non tornasse al precedente e ormai anacronistico ruolo chiuso – come pure qualcuno aveva chiesto – ma eliminasse anche le “ipocrisie” del ruolo aperto. In parole povere, si trattava di salvare la “capra” del giudizio sulla professionalità del magistrato (che quindi implica ci sia un soggetto valutatore) e i “cavoli” della libertà dello stesso magistrato da un rapporto di subordinazione gerarchica. Il correttivo è stato introdotto con la «riforma Mastella» (legge 30 luglio 2007, n. 111) che su questo punto ha sostituito *in toto* la riforma proposta due anni prima, con una diversa maggioranza parlamentare, dal guardasigilli Roberto Castelli, e ha inaugurato il meccanismo di progressione delle carriere attualmente in vigore. Pur conservando il ruolo aperto, il nuovo siste-

ma ha definitivamente abbandonato le qualifiche professionali "vuote" e ha previsto delle *tappe di valutazione a cadenza quadriennale* (ripetute per sette volte, cioè fino al 28° anno di servizio) con un istruttoria affidata agli organi decentrati di autogoverno e con delibera finale del Csm. La differenza principale col regime precedente sta nel fatto che la valutazione avviene sulla base dell'attività effettivamente svolta dal magistrato nel quadriennio precedente e non su un "evento" valutativo isolato quale sarebbe stato l'esame previsto nella "versione Castelli".

"Castelli vs Mastella", due soluzioni a confronto

Prima di entrare nel merito del funzionamento specifico del nuovo sistema di valutazione, vale però la pena di fare un passo indietro, all'antefatto dell'attuale assetto normativo della progressione delle carriere in magistratura poiché questo è l'esito di un percorso tutt'altro che lineare, nonché la risultante di un contrasto tra modelli sostanzialmente divergenti. Metterli a confronto è utile per capire le diverse "filosofie" che ispirano le soluzioni normative e tuttora animano il dibattito (e lo scontro) attorno alla magistratura, i suoi poteri e i suoi doveri.

La riforma Mastella, sostituitasi alla precedente riforma Castelli – per questa parte mai entrata in vigore anche a causa della conclusione della legislatura – disegnava un assetto dell'ordinamento sostanzialmente diverso. Interpretando lo spirito della maggioranza di allora, la legge-delega di Castelli rappresentava, per certi aspetti, un ritorno all'antico, con il ripristino secco

della progressione per concorsi. Sotto altri aspetti, invece, quella riforma introduceva nel sistema valutativo un elemento nuovo, le commissioni d'esame esterne, nella convinzione, probabilmente, che questo garantisce una maggiore imparzialità del giudizio e veicolasse meglio il principio della «meritocrazia», sventolato giustamente (ma talvolta anche surrettiziamente) come cardine della modernizzazione della magistratura.

L'architettura della (tentata) riforma Castelli denotò ben presto due punti deboli, uno di natura operativa, l'altro di profilo costituzionale. Quanto al primo aspetto ci si rese conto che la (re)introduzione di concorsi veri e propri per tutti gli scatti di carriera, considerando l'attuale pianta organica della magistratura, avrebbe prodotto una serie pressoché infinita e continua di esami con una ulteriore duplice conseguenza: a) di assorbire il tempo e le energie dei magistrati in servizio sottraendoli al lavoro ordinario e così riducendo ulteriormente l'efficienza complessiva della macchina giudiziaria (un effetto perverso della suddetta meritocrazia); e b) trattandosi di commissioni costituite da esaminatori esterni, di far lievitare i costi di gestione.

Mentre si cercavano soluzioni di ingegneria organizzativa, anche complicate e ardite, per ovviare a questi problemi (tra cui la proposta di limitare la progressione per concorso solo al passaggio in corte d'appello e in Cassazione), l'allora Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi rese evidente l'altra falla del progetto di riforma Castelli, che riguardava i profili di costituzionalità. Come si può ricordare, Ciampi sollevò delle riserve di incostituzionalità sulla legge proprio per la parte relativa alle prerogative del Csm rispetto

alla valutazione dei magistrati. Prevedendo infatti delle commissioni di concorso esterne, la riforma spostava scelte rilevanti sull'organizzazione della magistratura al di fuori dell'ordinamento giudiziario stesso, relegando il Csm al ruolo di "notaio" di tali scelte. Il sostanziale ripristino della gerarchia interna alla magistratura collideva, inoltre, con la prescrizione costituzionale della sola distinzione per funzione.

Nelle more delle correzioni della riforma per recepire i rilievi mossi dal capo dello Stato e della preparazione dei decreti legislativi, si concluse la legislatura. L'esecutivo successivo, a guida Prodi, riprese l'impianto della riforma Castelli modificandolo in più punti. In particolare, sul punto della progressione delle carriere, la riforma Mastella ha agito su due principi cardine:

- ha tolto ogni prerogativa di valutazione dei magistrati a commissioni e organi esterni alla magistratura stessa, restituendo centralità al Csm quale garante del governo autonomo dei giudici;
- ha eliminato qualsiasi possibilità di "scavalcamen-
to" nella carriera che poteva avvenire col meccanismo dei concorsi interni, pur salvaguardando un limitato canale di accesso *per saltum* in Cassazione.

La riforma Mastella ha in qualche modo consolidato – dando loro dignità di legge – alcuni orientamenti del Csm, espressi in diverse circolari, secondo cui la valutazione di professionalità dipende dall'effettiva qualità del lavoro giudiziario: il magistrato dev'essere valutato periodicamente e dall'esito di tale valutazione dipende il suo avanzamento nella carriera. La valutazione natu-

ralmente non può essere lasciata solo all'"arbitrio" di un suo superiore gerarchico, né tanto meno di un soggetto esterno, ma deve seguire criteri predeterminati e rigorosi. Le questioni più aperte riguardano naturalmente l'oggettivazione di questi criteri, la valutazione delle fonti di informazione e il rispetto dell'autonomia del magistrato nella sua attività giurisdizionale.

Prerequisiti e parametri di professionalità

L'attuale valutazione dei magistrati considera dunque dei parametri "comportamentali" più ampi e stabilmente acquisiti. Devono sussistere innanzitutto dei prerequisiti che non fanno parte della valutazione di professionalità vera e propria ma che sono, appunto, preliminari alla stessa e rappresentano, potremmo dire, la *conditio sine qua non* per lo svolgimento di questa professione. Parliamo dei prerequisiti di indipendenza, imparzialità ed equilibrio. Come si intuisce, l'ampiezza di queste caratteristiche rende difficile una loro precisa definizione, che infatti la legge di riforma non contiene. È toccato al Csm il compito non facile di (tentare di) circoscriverne l'ambito, definendo – con qualche (inevitabile) concessione alla tautologia – l'*indipendenza* come lo svolgimento delle «funzioni giurisdizionali senza condizionamenti, rapporti o vincoli che possano influire negativamente o limitare le modalità di esercizio della giurisdizione», l'*imparzialità* come «l'esercizio della giurisdizione condotta in modo obiettivo ed equo rispetto alle parti», e infine l'*equilibrio* come lo svolgimento del proprio ruolo «con senso della misura e

della moderazione, non determinato dagli orientamenti ideologici, politici e religiosi del magistrato ed ancorato a fatti concreti, obiettivi e verificati» (Csm, circ. n. 20691/2007).

È fin troppo facile ritrovare in queste enunciazioni generali tutta la “materia del contendere” dello scontro tra politica e magistratura di questo periodo. Ed è chiaro che un campo di valutazione così vasto e aperto alla soggettività si presta facilmente a diventare un campo di battaglia. Mentre la legge pone l'equilibrio e l'imparzialità del giudice come un prerequisite – tanto che la sua presenza viene registrata come un «nulla da rilevare» e diventa invece rilevante solo la sua (eccezionale) assenza – da altre parti giunge un'obiezione proprio sulla sussistenza di questa condizione di partenza, soprattutto nella magistratura requirente a causa della sua funzione “di parte”, cioè di sostegno della pubblica accusa. Una sorta di “peccato originale” mai espia-to dai pubblici ministeri, per i quali – interpretando estensivamente le tesi più critiche – l'imparzialità non solo non sarebbe un prerequisite necessario ma costituirebbe addirittura un ostacolo al ruolo da svolgere. Accantoniamo per il momento il merito del dibattito, evidenziando solo la profondità della questione e la radicalità delle divisioni.

Superata la verifica dei prerequisite, la valutazione dei magistrati in senso tecnico avviene su quattro parametri:

1. la *capacità*, che – dice la legge – «oltre che alla preparazione giuridica ed al relativo grado di aggiornamento, è riferita, secondo le funzioni esercitate,

- al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio ovvero alla conduzione dell'udienza da parte di chi la dirige o la presiede, all'idoneità a utilizzare, dirigere e controllare l'apporto dei collaboratori e degli ausiliari»;
2. la *laboriosità*, che «è riferita alla produttività, intesa come numero e qualità degli affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta all'interno dell'ufficio»;
 3. la *diligenza*, che è determinata dalla «assiduità e puntualità nella presenza in ufficio, nelle udienze e nei giorni stabiliti; è riferita inoltre al rispetto dei termini per la redazione, il deposito di provvedimenti o comunque per il compimento di attività giudiziarie, nonché alla partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario»;
 4. l'*impegno*, che «è riferito alla disponibilità per sostituzioni di magistrati assenti e alla frequenza di corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura (attualmente dal Csm, *n.d.r.*); nella valutazione dell'impegno rileva, inoltre, la collaborazione alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico».

Una considerazione nasce spontanea. C'è una differenza “strutturale” tra il primo parametro di valutazione – la capacità – e gli altri tre. Laboriosità, diligenza e

impegno sono, per così dire, caratteristiche "formali", cioè prescindono dal merito del lavoro del magistrato, dal contenuto della sua produzione giurisdizionale. E sono tutti e tre misurabili oggettivamente, ora col numero delle sentenze prodotte, ora con le quantità di ore trascorse in ufficio, ora con i corsi di aggiornamento frequentati. La misurazione della capacità è invece più ardua e in certa misura più insidiosa perché è un giudizio che deve fare i conti con il divieto esplicito, ribadito dalla stessa pronuncia del Csm, di valutazione sul contenuto delle sentenze. Infatti, a salvaguardia dell'autonomia del giudice e della sua subalternità solo alla legge, è espressamente previsto che il giudizio «non può riguardare in nessun caso l'interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto o delle prove»: la valutazione, cioè, non può entrare nel merito degli atti, cosa che si risolverebbe in un controllo più o meno diretto sulla giurisprudenza di quel magistrato, con il solo limite dell'abnormità e della manifesta incongruità. Come si possono valutare allora aspetti come la «preparazione giuridica» o addirittura «il possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento» (pensando soprattutto al ruolo "controverso" dei Pm) senza prendere in considerazione in qualche modo il contenuto del prodotto giudiziario?

La questione è senza dubbio delicata. Ancor più se si considera che le fonti di conoscenza sulle quali si basano questi giudizi sono a loro volta discrezionali e soggettive, nonché "aperte". Tali fonti sono il rapporto del dirigente dell'ufficio presso il quale si presta servizio e

il parere del Consiglio giudiziario della corte d'appello di appartenenza (che è il vero cuore della valutazione). A quest'ultimo arrivano anche gli eventuali esposti e segnalazioni di varia natura riguardanti il singolo magistrato. Il Consiglio giudiziario fa quindi da "collettore" dei reclami di soggetti esterni alla magistratura (tra i quali – per fare un esempio circa il peso della soggettività in tali giudizi – anche quello dell'avvocatura) e compie tutta l'attività istruttoria necessaria ad addivenire ad un giudizio informato. È evidente la necessità di valutare in modo ponderato e selettivo la quantità di informazioni che possono essere raccolte in questo modo ai fini di una valutazione che incide in modo determinante sulla vita del magistrato.

La possibile soluzione di questo conflitto sta probabilmente nel limitare anche la valutazione degli atti del magistrato al profilo formale/comportamentale. Il che non significa affatto superficialità del giudizio. Vuol dire solo concentrare il giudizio stesso su profili altrettanto rilevatori della capacità professionale senza intaccare l'autonomia del magistrato: la chiarezza espositiva degli atti, la capacità di sintesi, l'attinenza all'oggetto ecc. Con una formula forse un po' rozza potremmo dire che una sentenza ben scritta e argomentata "dà punti" all'estensore a prescindere dal suo dispositivo.

Questa è una conclusione parziale, non lo nascondo, e il problema resta in qualche modo aperto. Si potrebbe dire che è un problema *strutturalmente* aperto, nel senso che non si potrà mai escludere del tutto la discrezionalità nella valutazione di attività come l'interpretazione della legge e la valutazione delle prove, che hanno a sua volta, *per natura*, una forte componen-

te discrezionale. Nel definire la qualità del contenuto di un atto di giurisdizione – e da questo valutare la capacità e la professionalità del magistrato – bisogna porre l'asticella ad un livello necessariamente alto che escluda solo le anomalie. Diversamente, il margine di discrezionalità insito nell'atto stesso e quindi il libero convincimento del giudice ne uscirebbero inevitabilmente mortificati. E va aggiunto, per inciso, che la discrezionalità nella valutazione di professionalità non sarebbe scomparsa – anzi – neanche col meccanismo delle commissioni esterne previsto dalla precedente riforma Castelli. Per tale motivo il possibile successo di questo nuovo sistema valutativo, non ancora del tutto a regime, potrà fondarsi solo su un giudizio globale del comportamento del magistrato, nelle sue componenti più evidenti e oggettivabili, e sulla ponderazione consapevole del margine ineliminabile di soggettività. L'articolazione del giudizio su vari organi – dal responsabile dell'ufficio, al Consiglio giudiziario, al Csm – rappresenta una garanzia ulteriore in questa direzione.

L'esito della valutazione

L'esame della professionalità si conclude con una di queste tre valutazioni:

- *positiva*, nel qual caso la valutazione successiva avviene dopo i quattro anni canonici;
- *non positiva*, che rappresenta una sorta di "sospensione" del giudizio e richiede una rivalutazione del magistrato dopo un anno;

- *negativa*, che invece è una vera e propria "bocciatura" dell'operato del magistrato nel quadriennio precedente e comporta una rivalutazione dello stesso dopo due anni.

Una seconda valutazione negativa, consecutiva alla prima, comporta la destituzione d'ufficio del magistrato. Un automatismo, questo, che appare un *unicum* nel panorama della Pubblica amministrazione.

La differenza tra «negativo» e «non positivo» risiede nel grado di soddisfacimento dei quattro parametri di professionalità. Se è considerato insufficiente più di un parametro, la valutazione è automaticamente «negativa». Se uno solo dei parametri risulta insufficiente la valutazione normalmente è «non positiva», ma rileva in questo caso il livello di gravità dell'insufficienza (una discrepanza ampia anche di un solo parametro può in teoria portare a una valutazione negativa).

La versione originale della riforma non poneva un tetto massimo al numero di valutazioni professionali, che avrebbero dovuto scandire, sempre ogni 4 anni, l'intera carriera del magistrato. Fu il successivo iter parlamentare che fermò al 28° anno di carriera, cioè alla 7ª tappa, tali valutazioni collegando questo limite all'ultimo scatto retributivo. In altri termini, con il 28° anno di servizio il magistrato raggiunge il suo massimo livello retributivo e non viene più sottoposto a valutazione, salvo che per eventi specifici come la richiesta di passaggio a ruoli direttivi.

Va detto che il sistema di valutazione quadriennale è funzionale anche all'assegnazione dei posti nelle diverse sedi territoriali. Nel vecchio sistema venivano banditi

dei posti per i quali era necessario avere una determinata qualifica (magistrato di tribunale, di corte d'appello e così via). Ora il Csm prevede come requisito il raggiungimento di una determinata valutazione (la terza, la quinta ecc.), ovviamente con esito positivo.

La retribuzione dei magistrati

Si pone a questo punto una delle questioni centrali della valutazione e della conseguente progressione in carriera, che è l'incentivazione economica. Non c'è infatti meritocrazia che tenga, in qualunque ambito professionale, se questa non è accompagnata da un efficace sistema di incentivi/sanzioni.

Per conoscere l'assetto retributivo della magistratura occorre considerare due distinti profili. Un primo riguarda gli aspetti per così dire collettivi: i miglioramenti economici della categoria, vale a dire quello che in altra ambientazione professionale sarebbe chiamato il funzionamento della contrattazione collettiva. Quali lavoratori dipendenti pubblici i magistrati dovrebbero discutere con il governo gli aspetti economici del loro lavoro, con la consueta scadenza biennale o triennale che caratterizza tutti i segmenti del lavoro pubblico. Negli anni che hanno seguito l'entrata in vigore della Costituzione si è constatato che questa impostazione amplificava (o poteva potenzialmente amplificare) i contrasti fra potere esecutivo e potere giudiziario e rischiava di pregiudicare l'autonomia della magistratura nel rapporto con la politica. Per questa ragione è stato previsto un sistema diverso: le modifiche al tratta-

to economico dei magistrati sono agganciate a quelle di un insieme di altre categorie professionali pubbliche (prefetti, militari, ecc.); ogni tre anni si calcola qual è stata la percentuale di incremento economico conseguita da questo insieme di categorie professionali durante il triennio precedente e il trattamento dei magistrati viene adeguato corrispondentemente. In tal modo si evita un'occasione per un triennale contrasto tra esecutivo e magistratura e al contempo si applica alla magistratura (sia pure con un triennio di ritardo) lo stesso incremento già concesso alle altre categorie, evitando disparità di trattamento.

Un secondo profilo attiene, invece, alla retribuzione dei singoli magistrati, vale a dire al sistema di progressione economica individuale, collegato alle valutazioni di professionalità. Il nuovo meccanismo di progressione professionale prevede che solo ad alcune delle tappe di valutazione possa corrispondere anche un incremento retributivo. Per la precisione:

- il primo incremento può avvenire con il conferimento delle funzioni giurisdizionali, ossia alla fine del tirocinio (2° anno);
- il secondo incremento, più consistente, si può ottenere l'anno successivo alla terza valutazione, cioè al 13° anno (12 + 1) dall'ingresso in magistratura;
- il terzo incremento si può conseguire col superamento della quinta valutazione (20° anno);
- il quarto e ultimo incremento economico può essere ottenuto con l'ultima valutazione, la settima (28° anno).

Ovviamente tutti questi aumenti di stipendio sono subordinati a un esito positivo della valutazione, che significa quindi che non prevedono aumenti né le valutazioni «non positive», né quelle «negative».

Anche il discorso sulla retribuzione dei magistrati si presta sovente a strumentalizzazioni di vario genere. Anche qui, una certa vulgata rappresenta quella del magistrato come una delle professioni pubbliche più pagate a fronte di una supposta scarsa produttività. Ci occuperemo più avanti della complessa questione del carico di lavoro e della produttività dei magistrati. Affrontiamo ora, invece, l'aspetto retributivo partendo da alcuni semplici confronti con il trattamento economico dei magistrati nel resto d'Europa. Pochi numeri ma sufficientemente significativi.

Un percorso in pendenza: il confronto con l'Europa

L'esame comparato pone in evidenza una forbice ampia tra il trattamento economico iniziale e quello finale di un magistrato italiano. Sempre secondo i dati contenuti nel Rapporto 2010 della Commissione europea per l'efficacia delle giustizie (Cepej), su 45 paesi europei considerati, la retribuzione di un magistrato italiano *all'inizio della carriera* – con i suoi circa 45.000 euro lordi all'anno – si colloca nella fascia medio-bassa e per la precisione:

- al 20° posto se è un giudice,
- al 15° posto se è un pubblico ministero.

La diversa posizione è dovuta al fatto che in 22 paesi c'è una differenza tra la retribuzione dei magistrati giudicanti e quella dei magistrati requiranti (più frequentemente a vantaggio dei giudici, che per lo più nel resto di Europa sono pagati meglio dei Pm), mentre in Italia e in altri paesi questo non accade. La maggiore significatività del dato emerge dal fatto che il nostro paese si trova dietro a quasi tutti i paesi dell'Europa occidentale. Un neo-magistrato italiano guadagna meno di un suo omologo britannico o irlandese (che è in cima alla classifica con quasi 150.000 euro di reddito d'ingresso) ma anche di quello spagnolo o greco.

Diversa è la posizione dei magistrati italiani *all'apice della carriera*. Un magistrato di Cassazione – con oltre 138.000 euro lordi all'anno – risale la classifica e si colloca:

- al 9° posto se è un giudice,
- al 5° posto se è un rappresentante della pubblica accusa.

Anche in questo caso la differenza delle posizioni è data dalla disparità retributiva tra le due funzioni in altri paesi.

Un'altra informazione interessante ci viene dal rapporto con il salario nazionale medio. Si tratta di un indicatore del "prestigio economico" di questa professione nel contesto sociale della nazione. In Italia il reddito di un magistrato all'inizio della carriera è doppio rispetto alla media nazionale, decisamente inferiore al rapporto di 5,1 della Scozia (il più alto)

nei giudizi di professionalità quadriennali, di natura "orizzontale", nei quali prevalgono criteri oggettivi e i magistrati devono essere valutati partendo da un livello paritario scandito dall'anzianità (che è anche una garanzia di indipendenza "interna"). Al contrario, nelle valutazioni per i ruoli direttivi prevale la valutazione *ad personam*, basata sulla storia individuale e sulle capacità specifiche del richiedente. È intuibile, pertanto, che l'aver svolto una determinata funzione per tutta o per la maggior parte della vita professionale darà a un magistrato un maggior "punteggio" per accedere a un ruolo nell'ambito della stessa funzione rispetto a un suo concorrente proveniente da un'altra funzione. Esemplicando: un giudice con 24 anni di carriera, che quindi ha raggiunto e superato la 6^a valutazione professionale e aspira all'incarico di presidente di corte d'appello, ha più possibilità di ottenere quell'incarico rispetto a un altro magistrato con 28 anni di carriera (e la 7^a valutazione professionale) ma che ha sempre fatto il procuratore della Repubblica. Nella fase finale della carriera, dunque, quando la mobilità geografica tende a riprendere, agisce un altro fattore di blocco. Tutto questo ci dice che, con l'eccezione di brevi fasi della vita di un magistrato, nella gran parte della sua carriera lo spostamento da una funzione all'altra è concretamente ostacolata dalla legge.

Per avere più chiara l'entità del fenomeno è giusto segnalare che nell'ultimo quadriennio i trasferimenti (non direttivi) che hanno determinato un passaggio da funzioni requirenti a funzioni giudicanti sono stati il 5,5% dei trasferimenti complessivi, mentre quelli che hanno comportato il passaggio da funzioni giudicanti

a funzioni requirenti (meno ambite) sono stati solo il 3,7% dei trasferimenti complessivi. Peraltro, se il dato si legge diacronicamente si osserva che il *trend* è decrescente.

Il sistema disciplinare *

Una magistratura che vuole fare della valutazione di professionalità il suo fulcro e ambisce ad affrancarsi definitivamente dall'immagine inveterata della corporazione che si auto-legittima e si auto-protegge deve anche mettere a punto un adeguato sistema disciplinare e sanzionatorio. Per la buona salute dell'organismo, oltre a un *check-up* a cadenza quadriennale che ne tenga sotto controllo la fisiologia, è necessario anche un "sistema immunitario" in grado di intervenire efficacemente sulle patologie. Il regime disciplinare diventa, in questo senso, il correttivo del naturale margine di errore presente in ogni sistema di valutazione, l'altra faccia della medaglia della meritocrazia, il contrappeso necessario per il corretto funzionamento dell'ingranaggio.

Il sistema disciplinare, alla stregua di quello valutativo, deve fare i conti innanzitutto con la delimitazione del suo campo d'azione. Occorre, in altri termini, definire con la maggiore precisione possibile l'ambito della deontologia professionale dei magistrati e conseguentemente individuare gli specifici illeciti disciplinari. Un compito tutt'altro che facile, come si può comprendere, perché a fianco di criteri più oggettivabili e in qualche modo misurabili, come la *laboriosità*, ne entrano in gioco altri più ampi e sfumati, come la *correttezza*, la

diligenza o il rispetto per la dignità della persona, la cui valutazione sconta necessariamente un maggior margine di soggettività. Anche la definizione dell'illecito disciplinare è frutto di un processo storico che tende a marcare sempre più nettamente i confini tra condotta lecita e illecita passando da formule alquanto generiche alla tipizzazione delle singole fattispecie sanzionabili. Il sistema disciplinare previsto dalla legge sulle garanzie del 1946 riteneva punibile «il magistrato che manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario». È evidente che si tratta di una formula pericolosamente ampia e soggetta a valutazioni discrezionali, probabilmente applicabile con maggiore facilità in un'epoca in cui morale e costumi erano meno sfaccettati e più univoci e lo stesso senso comune "dava una mano" alla legge per definire l'ambito di applicazione di tale regola.

L'evoluzione del contesto culturale e giuridico ha reso viepiù necessaria l'identificazione delle specifiche ipotesi di illecito, una tipizzazione che è arrivata solo con il decreto legislativo n. 109/2006 (modificato successivamente dalla legge n. 269/2006) che, dopo aver introdotto i doveri del magistrato (art. 1: «Il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni»), ne elenca dettagliatamente gli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni (art. 2) e fuori dall'esercizio delle funzioni (art. 3). Sono comportamenti specifici riconducibili agli obblighi generali: per

esempio, arrecare «ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti» o omettere la «comunicazione, al Consiglio superiore della magistratura, della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità» rientra nella violazione del dovere di imparzialità; così come la «grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile» o «il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile» sono due condotte che contrastano con l'obbligo di diligenza.

Queste ultime due fattispecie evidenziano un problema sempre aperto, e in qualche misura "strutturale", dell'attività disciplinare: quello di trovare il punto di discriminazione tra la grave violazione non scusabile e il principio di libera interpretazione della legge e di libero convincimento del giudice. Come abbiamo già visto, c'è un margine di discrezionalità necessaria nell'attività giurisdizionale che non può essere oggetto di censura né configurare una responsabilità (disciplinare o di altro genere) del magistrato. Una considerazione, questa, che obbliga ad aprire una breve parentesi sul ruolo del giudice nel moderno ordinamento giuridico.

Oggi il potere giudiziario non può più essere "neutro" alla maniera che si auspicava nel quadro della classica divisione liberale dei poteri, quella di Montesquieu. In quel quadro, il giudice doveva essere semplice, fedele «portavoce della legge» (*la bouche de la loi*): di una legge a lui pre-data, che egli doveva limitarsi a "conoscere" nel suo contenuto e ad applicare meccanicamente ai fatti del caso giudiziario. Questo ideale del giudice puro veicolo della volontà legislativa non era patrimonio del solo liberalismo giuridico europeo: lo troviamo espresso anche in America, nelle senten-

ze della Corte suprema ottocentesca e del suo grande capo, John Marshall. Era un ideale mai realizzabile per intero, ma non del tutto incongruo in ordinamenti che, effettuata la codificazione del diritto (sul continente europeo) e il consolidamento della *common law* (in Inghilterra e in America), restringevano al minimo l'incidenza della legislazione speciale nuova: cosicché il diritto poteva davvero apparire un sistema normativo preconstituito, compatto e stabile, e chi lo applicava un operatore non chiamato a compiere scelte discrezionali di integrazione e di adattamento. Questa formula poteva in qualche modo reggere nel contesto di uno Stato "minimo" o "astensionista", quale era lo Stato liberale dell'Ottocento, ma diventa francamente anacronistica in presenza dello Stato "interventista" del nostro secolo, che sforna quotidianamente e a valanga norme che si accavallano generando confusione e spesso conflitti tra loro. Di fronte a ciò l'interprete non può non compiere scelte a valenza politica. La "neutralità" sognata da Montesquieu e da Marshall – intesa come rigorosa astensione del giudice da operazioni di sviluppo discrezionale del diritto – è divenuta impossibile. Lo è divenuta tanto più perché in tutti gli ordinamenti, salvo quello inglese, sono state adottate costituzioni scritte ricchissime di formule normative generiche ed elastiche, pronte a essere riempite a volontà di contenuti particolari diversi. E spetta al potere giudiziario, in definitiva, scegliere quei contenuti e farne derivare, ai vari livelli, le conseguenze. Queste osservazioni sul carattere intrinsecamente "politico" (in senso alto) del diritto giurisprudenziale sviluppato dalla attività giudiziaria valgono anche con riguardo all'attività della ma-

gistratura requirente: torneranno buone quando, più avanti, parleremo di obbligatorietà dell'azione penale e di margine di discrezionalità del Pm.

I numeri del rigore

Tornando in ambito strettamente disciplinare, va detto che la riforma varata con il D.lgs. n. 109/2006 ha affidato al Consiglio un potente strumento di controllo della correttezza deontologica dei magistrati. Tale potere è affidato a un'apposita Sezione disciplinare, a sé stante rispetto alle dieci commissioni in cui si articola il lavoro consiliare, costituita da cinque membri effettivi e dieci supplenti scelti tra i componenti laici e togati del Consiglio, e presieduta dal vicepresidente del Csm.

L'azione disciplinare spetta esclusivamente e separatamente:

- al procuratore generale della Corte di cassazione, per il quale l'azione disciplinare è obbligatoria (e ciò è una diretta conseguenza dell'elencazione tassativa delle condotte illecite senza la quale l'obbligo sarebbe privo di senso e assolutamente rischioso), oppure
- al ministro della Giustizia, che invece ha la facoltà e non l'obbligo dell'azione (discrezionalità che desta qualche perplessità sul piano della logica formale: che margine di azione resta al ministro se il procuratore è obbligato ad avviare l'azione nel momento in cui viene a conoscenza di un illecito disciplinare?).

rale – finisca per aggirarsi abbandonata per un tempo indefinito. Fuor di metafora, anche qualora il sistema- giustizia riesca a smaltire un numero di processi pari a quanti ne sopravvengono, ciò non significa che si riesca a smaltire l'arretrato e che un processo non resti all'infinito ad attendere la decisione.

Infine, ad aggravare il ritardo c'è un particolare non trascurabile: tutti i provvedimenti giurisdizionali italiani sono (forse fin troppo) motivati, come prescritto dall'art. 111 della Costituzione, a differenza di quanto avviene nella più parte degli altri paesi europei in cui o si fa ricorso alla motivazione breve o non si motiva affatto.

Cassazione senza filtri

L'anomalia italiana è, se possibile, ancora più evidente e allarmante se si osserva il carico che incombe sulle *corti supreme*, ultimo grado di giudizio, per l'accesso al quale dovrebbero agire una serie di filtri di diritto e/o di fatto. Filtri che in Italia non esistono. Un interessante documento del 2008 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione (*Le Corti Supreme in Europa: le regole per l'accesso*) fotografa una disparità assoluta tra il numero di impugnazioni proposte ogni anno davanti alla nostra Suprema Corte e quello che giunge alle analoghe corti di ultima istanza negli altri paesi europei. Questi, in estrema sintesi, i numeri italiani per il 2007:

- Cassazione penale: 47.959 ricorsi definiti su 43.732 ricevuti;

- Cassazione civile: 29.776 ricorsi definiti su 32.278 ricevuti.

Il minor numero di procedimenti definiti in ambito civile (e quindi anche il maggiore arretrato) è dato dalla disparità delle materie da trattare, spesso altamente complesse, per le quali l'accuratezza necessaria a una pronuncia di legittimità richiede tempi più lunghi, «nonostante – come sottolinea il documento – la profonda riorganizzazione intrapresa da poco meno di tre anni e l'adozione di tecniche decisorie snelle».

Per avere un'idea del lavoro a cui sono chiamati i nostri giudici di legittimità rispetto ai loro colleghi europei basta guardare il dato degli altri paesi per lo stesso anno (2007). Eccone alcuni:

- Germania (*Bundesgerichtshof*):
 - penale: 3.104 ricorsi ricevuti, 2.990 ricorsi definiti;
 - civile: 3.404 ricorsi ricevuti, 3.134 ricorsi definiti;
- Francia (*Cour de cassation*):
 - penale: 7.963 ricorsi ricevuti, 8.468 ricorsi definiti;
 - civile: 18.232 ricorsi ricevuti, 20.354 ricorsi definiti;
- Spagna (*Tribunal supremo*):
 - penale: 4.199 ricorsi ricevuti, 4.436 ricorsi definiti;
 - civile: 3.519 ricorsi ricevuti, 7.014 ricorsi definiti;
- Regno Unito (*House of Lords*, Sezione giurisdizionale):
 - penale: 10 ricorsi già autorizzati + 37 ricorsi ri-

cevuti (nel 2006), 7 ricorsi accolti + 26 rigettati (nel 2006);

- civile: 62 ricorsi già autorizzati + 199 ricorsi ricevuti (nel 2006), 68 ricorsi accolti + 100 rigettati (nel 2006).

Se la produzione di un giudice di Cassazione in Italia è di cinque o dieci volte quella di un suo omologo europeo, oltre a plaudire alla abnegazione dei nostri alti magistrati, dovremmo porci seri dubbi sull'efficienza di un sistema che non pone alcun limite al ricorso di legittimità. Come sostengono gli autori del citato documento, quello italiano rappresenta un caso di «una Corte Suprema che – pressoché isolata tra le Corti europee – è destinataria di una richiesta indiscriminata e non selezionata di interventi, consentita dal legislatore italiano in una visione di accesso, *per tutti e per tutto*, che rischia di pregiudicare proprio la realizzazione dei valori che pur dichiara di voler perseguire». In altri termini, un accesso incondizionato alla giurisdizione, soprattutto nei suoi gradi più elevati, non rende la stessa più «democratica», ma anzi ne rallenta l'esercizio effettivo e dunque restringe di fatto la possibilità per tutti di ottenere un «giusto processo». «L'assenza di meccanismi di «filtro» in senso stretto – continua il documento della Cassazione – sta esponendo l'Italia a sanzioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, perché la giurisdizione di legittimità non riesce ad assicurare quegli standard di celerità e di efficienza che, altrove, la selezione delle richieste esaminabili ha reso concretamente perseguibili».

In altri paesi, infatti, agiscono diversi filtri preliminari al ricorso alla massima istanza di giudizio: in Germania, per esempio, è il giudice d'appello (e solo nel caso di un suo parere negativo, la Corte suprema) a decidere se una sentenza è ulteriormente impugnabile, e tale impugnazione può avvenire solo se la violazione del diritto è di importanza fondamentale. Meccanismo analogo nel Regno Unito, dove il *leave to appeal* rappresenta un'autorizzazione preventiva rilasciata dal giudice *a quo* o, in caso di rifiuto, dalla stessa House of Lords alla quale deve essere rivolta una *petition* preliminare. In altri ordinamenti, come quello austriaco, svizzero e polacco, un limite è stabilito invece dal valore della controversia: uno sbarramento per impedire che vengano sottoposte alla Corte suprema questioni di scarsa rilevanza. In alternativa o come correttivo di quest'ultimo criterio – perché non sempre scarso valore economico significa anche scarso rilievo giuridico della controversia – viene presa in considerazione la rilevanza della causa ai fini della «unitarietà della giurisdizione o della certezza del diritto».

Per la verità il legislatore italiano ha seguito un atteggiamento contraddittorio: da un lato, con la legge n. 69/2009 («Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile»), ha soppresso l'obbligo per l'avvocato che ricorre in Cassazione di redigere il cosiddetto «quesito di diritto», cioè un'esposizione articolata e convincente dei motivi dell'impugnazione stessa che consentivano una selezione di ammissibilità. Dall'altro, ha «barattato» questo onere argomentativo dell'avvocato con l'attribuzione alla Corte di cassazione di un indi-

scriminato potere selettivo dei ricorsi ammissibili. L'effetto è un meccanismo altamente deresponsabilizzante per l'avvocatura che ha la possibilità, così, di "scaricare" sul giudice l'esclusiva responsabilità dello sviluppo della vicenda processuale, dalla durata all'esito finale, senza assumere in proprio alcune scelte decisive (e su ciò agisce anche il sistema di *compensation* dell'avvocato). L'impugnazione in Cassazione diventa una sorta di "supplica": in caso di rigetto il legale potrà sempre cavarsela col suo cliente sostenendo che la supplica non è stata accolta dal buon cuore del supplicato.

La mancanza nel nostro paese di filtri preliminari per il ricorso in Cassazione è, per l'appunto, uno degli elementi che contribuiscono a rallentare l'iter processuale e ad allungare a dismisura i tempi per ottenere una giustizia definitiva (la *res judicata*). Un pessimo servizio reso alla certezza del diritto nella sua concretezza, cosa che, oltre a sfiduciare il cittadino, ha pesanti ricadute per lo sviluppo del paese poiché disorienta e scoraggia gli investitori economici.

In conclusione, è evidente, come si suol dire, che "il difetto sta nel manico". Quello che preoccupa non è tanto la scarsa laboriosità dei nostri magistrati, quanto piuttosto l'abnorme domanda di giustizia rispetto agli altri paesi europei, l'ondata di nuovi procedimenti che anno dopo anno "allaga" le aule dei tribunali e va a innalzare, in modo sempre più allarmante, il livello dell'arretrato giudiziario. Certo, il contenzioso che sopravviene ogni anno non è l'unica causa dell'enorme cumulo di arretrato: a consolidare la montagna contribuiscono anche altri fattori come la carenza d'organico, soprattutto in certe aree, la scarsa flessibilità del

rito civile, l'abuso del processo in sede penale (con il conseguente numero di magistrati, talvolta sproporzionato, coinvolti in un singolo procedimento) o la sopravvivenza di procedure e di un'organizzazione territoriale della giustizia ormai anacronistiche. Ma sicuramente l'eccessivo flusso della domanda rappresenta una cospicua parte del problema e non si può pensare a interventi che rendano la giustizia più efficiente senza comprendere anche la riduzione dell'*input* giudiziario deviandone una parte, magari di minore rilevanza sociale o economica, su altre forme di regolazione dei conflitti.

Italia, un paese di querulomani?

A questo punto si impone una domanda: che cosa spinge gli italiani a ricorrere al giudice molto più degli altri cittadini europei? Difficile individuare la causa di questo fenomeno. La risposta va certamente cercata nella combinazione di un'ampia serie di fattori di tipo culturale e frutto di un'impostazione storicamente incline a pensare alla giurisdizione come il solo momento in cui il diritto prende realmente vita e quindi come un passaggio "obbligato" per l'effettività del diritto stesso. Senza sconfinare qui nell'antropologia giuridica, e forse con un eccesso di generalizzazione, si potrebbe dire che a un minor livello di interiorizzazione individuale della norma giuridica tipica dei popoli latini rispetto alle culture del nord Europa, corrisponde un maggiore ricorso alla giustizia "istituzionale", cioè a un'istanza regolatrice esterna dotata di potere sanzionatorio. Insomma, più la

tendenza a immettere un gran numero di controversie nel circuito giurisdizionale è figlia soprattutto dalla sostanziale carenza di alternative. In campo civile, per esempio, l'istituto della mediazione è in una fase poco più che sperimentale (e peraltro è stata pesantemente osteggiata dagli avvocati con alcuni argomenti, come la sua obbligatorietà, non del tutto infondati). Il settore penale, dal canto suo, straborda di figure di reato che potrebbero tranquillamente essere "derubricate" a illeciti di altra natura senza per questo creare allarme sociale o problemi di ordine pubblico. È dalla necessità di trovare forme alternative per la regolazione dei conflitti che bisogna far (ri)partire il dibattito sull'efficienza della giustizia.

Ridurre la domanda di contenzioso: le alternative al processo

Qualunque sia la causa del copioso flusso di domanda giudiziaria, è fuori discussione che per rendere più efficiente la macchina deputata a soddisfarla il flusso vada ridotto. Solo ponendo filtri d'ingresso si può sperare di (iniziare a) smaltire l'enorme mole di arretrato e soprattutto di non crearne altro ogni anno. Si può facilmente immaginare il sistema della giustizia come un acquedotto in grado di reggere fisiologicamente una certa portata d'acqua: per motivi strutturali non ha condutture dilatibili e pertanto può anche essere sottoposto per periodi determinati ad aumenti di pressione (più acqua immessa), ma non è in grado di sopportare un aumento continuo e illimitato dei volumi di entrata.

Far entrare più acqua non significa farne arrivare altrettanta ai cittadini sotto forma di risposte efficaci alla domanda di giustizia, ma solo ingolfare l'acquedotto. Ciò vale in generale per ogni sistema giudiziario, ma a maggior ragione per l'attuale ordinamento italiano che deve fare i conti con grossi limiti di organico e di organizzazione territoriale, rigidità procedurali ecc.: tutti elementi che rendono assolutamente non flessibili le tubature. In questa situazione, se non si agisce sul flusso a monte si rischiano rotture e dispersioni lungo la rete, tempi di distribuzione molto più lunghi e probabilmente una più scadente qualità dell'acqua in uscita.

Come si fa a regolare il rubinetto d'ingresso e ridurre la domanda di giustizia? Qui il discorso si allarga. È evidente, innanzitutto, che nel corso degli anni e soprattutto degli ultimi decenni l'evoluzione della sensibilità sociale, del costume, dei rapporti economici ha progressivamente fatto sì che una ampia serie di interessi individuali e collettivi venissero trasformati in diritti, accedendo così a pieno titolo alla sfera giuridica. Una grande quantità di istanze relative ad ambiti che in precedenza riguardavano le scelte individuali, le relazioni sociali e la prassi economiche, hanno "invaso" il campo della legge. Si pensi all'ambiente, alla salute dei cittadini, alla bioetica, alla tutela della privacy. Certo, questo si è reso necessario in un mondo che diventa vieppiù complesso e interrelato, con un progresso tecnologico che moltiplicava le possibilità in svariati campi dell'agire umano e con uno sviluppo economico che poneva le società di fronte a nuovi rischi. Un dispiegarsi di "emergenze" che richiedevano una risposta: l'errore, forse, è stato quello di dare risposte vecchie a

problemi nuovi. In altri termini, trasformare in diritti «giustiziabili», per usare un brutto neologismo, questa miriade di interessi ha aperto le porte dei tribunali a un'ondata di nuove domande di contenzioso, sia civile che penale. Ma queste nuove istanze avevano (e hanno) ben poco a che fare con le tradizionali categorie codicistiche dei diritti reali e delle obbligazioni, così come con le fattispecie penali storiche, e l'impianto normativo ha dovuto necessariamente allargarsi per ricomprenderle. Un allargamento "a monte", cioè nella fase di produzione della norma giuridica, che però doveva fare i conti con la scarsa flessibilità "a valle" del sistema giurisdizionale chiamato a renderla effettiva. Così, con gli anni, il famoso acquedotto ha fatto sempre più fatica ad accogliere un flusso in continua crescita e si trova oggi in una situazione in cui abbondano le dispersioni e le inefficienze.

Occorre quindi innanzitutto ridurre la portata del flusso, ripristinando così un regime fisiologicamente sostenibile per "l'acquedotto giudiziario". Questo significa che una gamma di questioni di importanza minore deve uscire dal sistema per essere incanalata in un sistema collaterale, a beneficio sia dell'attività giurisdizionale "tradizionale", che risulterebbe notevolmente alleggerita, sia degli stessi affari minori, che avrebbero canali di risoluzione più spediti ed efficaci. Incentivare la deflazione del contenzioso, sia civile che penale, diventa così un obiettivo primario. Nel settore *civile* è indispensabile pensare anche a una tutela non giudiziale di alcuni diritti, a meccanismi conciliativi efficienti, forse alla eliminazione delle residue competenze monocratiche in primo grado, alla individuazione di

procedure specifiche per determinate questioni seriali e certo alla razionalizzazione e alla "bonifica" di alcuni settori del contenzioso previdenziale che da solo rappresenta quasi un terzo del contenzioso civile. Occorre inoltre puntare sulla specializzazione delle competenze dei giudici, con il vantaggio, da un lato, di favorire la prevedibilità delle decisioni, la stabilizzazione della giurisprudenza e quindi la certezza del diritto, a tutto beneficio dei fruitori del "servizio giustizia", e, dall'altro, di realizzare economie di scala nelle decisioni e nei risultati.

La giustizia penale: semplificare per sopravvivere

La riduzione della domanda di giustizia è necessaria anche in campo *penale*. Il discorso qui si fa forse più delicato in quanto ridurre la domanda penale significa principalmente depenalizzare. Una parola che spesso suscita un certo allarme nell'opinione pubblica perché evoca eccessiva tolleranza e abbassamento del livello di controllo sociale. Ne è la prova proprio la tendenza inversa del legislatore negli ultimi anni che, probabilmente nella speranza di governare emergenze sociali ed economiche (o di riscuotere facili consensi), ha moltiplicato le fattispecie penali anziché ridurle. Si pensi – uno per tutti – al reato di immigrazione clandestina, introdotto nel 2009 e soppresso quasi sul nascere dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2011. La valutazione costi/benefici della creazione di questa nuova figura penale non lascia molti dubbi: a fronte di un eventuale valore simbolico (con lo scopo di aumenta-

re, nelle intenzioni dei promotori, la stigmatizzazione sociale di questo fenomeno), l'ordinamento ha "guadagnato" un reato ben difficilmente perseguibile nella prassi ma che potenzialmente, per effetto dell'obbligatorietà dell'azione penale, immette nel circuito giurisdizionale una miriade di nuovi processi, peraltro difficilmente gestibili riguardando soggetti privi di identità o domicilio certi.

Inoltre – va detto per inciso – la sovrapproduzione di figure di reato va nella direzione opposta a quella spesso dichiarata dalla politica di voler limitare il potere della magistratura e in particolare dei pubblici ministeri: in quest'ottica ogni nuovo reato rappresenta una munizione in più consegnata ai magistrati, con l'ingiunzione, almeno teorica, di utilizzarla (sempre nell'attuale regime di obbligatorietà dell'azione penale). La moltiplicazione delle fattispecie penali aumenta di fatto il rischio di arbitrio dei Pm: più sono i reati da perseguire, meno possono essere perseguiti *effettivamente*; pertanto l'obbligo dell'azione penale si fa sempre più teorico e la discrezionalità dei Pm nella scelta del reato da perseguire sempre più ampia. Sarebbe doveroso sul piano dei principi di diritto, oltreché opportuno sul piano dell'efficacia dell'azione penale, ricomporre questa sorta di "schizofrenia" politica.

Inoltre l'ingolfamento dell'attività dei tribunali e delle corti, generato da un impianto sostanzialmente ridondante di fattispecie incriminatorie, è ulteriormente aggravato dall'azione combinata di un altro fattore: il complesso meccanismo di raffinate garanzie processuali che mobilita, per ogni singolo processo, uno spropositato numero di magistrati. Dal pubblico ministero

che avvia l'azione penale, al giudice delle indagini preliminari, al giudice dell'udienza preliminare, ai collegi giudicanti di primo e di secondo grado, fino ai giudici di Cassazione e al giudice che presiede la fase esecutiva. Se poi il procedimento ha delle parentesi cautelari, a questi si aggiungono il giudice del riesame e ancora la Cassazione per un numero potenzialmente illimitato di volte e, allo scopo di garantire l'imparzialità di ogni nuovo giudizio, si crea ogni volta un'incompatibilità tra i diversi soggetti giudicanti, costringendo a moltiplicare i collegi. Si arrivano a contare, come minimo, 18 magistrati che si occupano di un'unica vicenda penale, ognuno dei quali deve emettere provvedimenti e motivarli: una sovrabbondanza di soggetti e di attività che finisce, paradossalmente, per non responsabilizzare fino in fondo nessuno e che non ha eguali in Europa.

È del tutto evidente che uno strumento così articolato e costoso non può servire ad affrontare le molte questioni che soffocano il nostro sistema. Oltre (o almeno in alternativa) alla depenalizzazione di condotte che non destano effettivo allarme sociale e che potrebbero essere sanzionate in altro modo, un intervento che mirasse davvero a ridurre il carico per la magistratura penale dovrebbe agire almeno su tre direttrici, estendendo ciò che già avviene per il giudice di pace:

- l'allargamento dell'istituto dell'oblazione;
- l'archiviazione per irrilevanza sociale del fatto;
- l'effetto estintivo delle condotte riparatorie.

Il fenomeno della «pan-penalizzazione» produce, inoltre, l'inevitabile effetto dell'allungamento dei tempi

processuali. La cura che il legislatore ha messo in atto a più riprese è quella dell'abbreviazione dei termini di prescrizione, confondendo, in altre parole, la *ragionevole durata* del processo con la sua *prematura estinzione*. L'Europa, che più volte ha ripreso l'Italia per i tempi biblici della giustizia, ci chiede di celebrare i processi in tempi ragionevoli, cioè di pervenire celermente a una decisione di merito, e non di eluderla facendo morire prematuramente il processo. Con una similitudine sanitaria si potrebbe dire che, a questa stregua, il "ricovero breve" sarebbe inteso non come quello che guarisce rapidamente il malato, ma come quello che, scattata l'ora X, lo ammazza.

Del resto, un raffronto con i sistemi in vigore negli altri paesi relativamente alla prescrizione, dimostra come la nostra disciplina sia unica in Europa e sia destinata a determinare inevitabilmente un gran numero di estinzioni dei reati per prescrizione. I sistemi penali dell'area di *common law* non conoscono un istituto paragonabile alla prescrizione del reato, mentre la Francia prevede un sistema di prescrizione assai lungo dopo qualsiasi atto interruttivo. Così anche il sistema penale spagnolo e quello tedesco, nel quale è previsto che dopo l'avvio del processo il reato si prescrive con il decorso di un periodo di tempo pari al doppio del termine prescrizionale ordinario. Come è evidente, in tutti gli ordinamenti menzionati l'istituto della prescrizione ha come ragione d'essere il venir meno dell'interesse dello Stato a perseguire il reato per il decorso del tempo.

La vera questione è che da noi questo istituto finisce per costituire un ulteriore traguardo premiale che incentiva fortemente atteggiamenti dilatori, allunga ulte-

riormente i processi e soprattutto allontana un impianto processuale finalizzato al rispetto dei principi della efficienza e della ragionevole durata del processo. Sul punto, considerato che l'Italia attualmente ha tempi di prescrizione ampiamente inferiori alla media degli Stati europei, occorrerebbe introdurre una logica di doppio binario: da un lato, la prescrizione del reato dovrebbe avere tempi che corrispondano effettivamente al venir meno dell'interesse dello Stato a perseguire il fatto; dall'altro, la prescrizione non dovrebbe più decorrere quando un giudice abbia stabilito che il processo va fatto. Qui il concetto di «processo breve» può addirittura tornare utile, nel senso di prevedere tempi standard per le varie tipologie di processi, non con conseguenze estintive, ma semmai disciplinari. Questa soluzione, oltre che rispondente ad equità, avrebbe un indubbio effetto acceleratorio perché eviterebbe tutte le tattiche dilatorie che spesso allungano artificialmente i processi al solo fine di pervenire alla prescrizione.

Sempre nella prospettiva di un recupero di efficienza, vanno presi in considerazione anche altri interventi, di varia portata, quali:

- la semplificazione e la modernizzazione del *sistema delle notificazioni*, che in un'epoca in cui si pensa al processo telematico, sono ancora prigioniere di meccanismi farraginosi e anacronistici;
- l'introduzione di un *pubblico ministero unico di merito*, che possa occuparsi della conduzione dell'accusa sia in primo che in secondo grado, recuperando risorse significative dagli uffici di procura generale, spesso considerati un comodo parcheggio, e al

contempo garantendo la migliore conoscenza delle ragioni dell'accusa;

- un coraggioso aumento della *monocraticità nel giudizio di primo grado* che ha dato positivi risultati con l'introduzione della legge Carotti in tema di giudizio abbreviato;
- la revisione dell'attuale *sistema delle impugnazioni*: tre gradi di giudizio generalizzati sono difficilmente compatibili con il precetto costituzionale della ragionevole durata del processo e rappresentano un'anomalia tutta italiana. La Costituzione ha scelto di garantire il diritto a ricorrere in cassazione. La proposta di riforma governativa attualmente all'esame del parlamento vorrebbe costituzionalizzare anche l'appello, con il risultato di ingessare ulteriormente il sistema. Occorre fare una scelta: o si modifica l'art. 111 della Costituzione, consentendo il ricorso per cassazione in ipotesi limitate e relative alla sola violazione di legge, oppure, a Costituzione invariata, si taglia drasticamente l'appello.

Giustizia senza giurisdizione

Senonché la rotta verso l'alleggerimento del sistema giudiziario incontra lo "scoglio" del principio costituzionale secondo cui «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (art. 24 Cost.) Nel momento in cui fu scritto, questo principio – insieme a una serie di altre enunciazioni della Carta (giudice naturale, diritto alla difesa) – esprimeva un'esigenza fondamentale, soprattutto alla

luce della precedente esperienza autoritaria. Naturalmente il diritto alla tutela delle proprie posizioni giuridiche resta universalmente valido, ma a sessant'anni di distanza la rigidità sul ricorso alla «giurisdizione» può essere mitigata alla luce dell'evoluzione del sistema e dello stesso modello di Stato, il cui potere è in qualche misura "limitato" dall'appartenenza all'Unione Europea. Ed è proprio l'Europa a richiamarci al fatto che il nostro sistema giudiziario ingolfato non garantisce una giustizia *effettiva* ai cittadini. Come osservava Giovanni Verde nel corso di un seminario dal significativo titolo *Giustizia: tutto da rifare?* (Roma, 2-3 settembre 2008), «I rimedi devono essere "concretamente" effettivi, cosicché un rimedio non giurisdizionale efficace è preferibile a un rimedio giurisdizionale che arrivi tardi o che sia gestito con procedure troppo complesse o costose». Sulla base di questa considerazione è legittimo sostenere che l'art. 24 non deve diventare un tabù, tanto più se si considera il "sacro fuoco" riformatore che, a fasi alterne, si manifesta nei confronti della Carta, spesso come alibi per non affrontare problemi risolvibili con legge ordinaria. Continua Verde: «L'Europa – si vedano l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e, prima ancora, l'art. 6 della Cedu nell'interpretazione del giudice di Strasburgo – pretende che gli Stati assicurino rimedi effettivi. Una riscrittura in questa direzione dell'art. 24 consentirebbe di ricostruire rimedi (non giurisdizionali, ma effettivi) esecutivi salvo il controllo successivo da parte dei giudici». A una *Giustizia* ideale concepita come un meccanismo "perfetto", ma che proprio a causa di questa "perfezione"

non arriva a tutti, è preferibile una *giustizia* senza maiuscole ma concretamente disponibile, che per compiersi non debba necessariamente passare dalla giurisdizione.

È un paradigma non facile da superare e che presuppone un notevole grado di maturità civile e di adesione alla norma generale, cioè a quel patto costitutivo che sta alla base di ogni attività giurisdizionale. Per superare la giurisdizione occorre averla "assimilata". L'efficienza di un sistema giurisdizionale poggia in gran parte non sulla sua imperatività, ma sul grado di accettazione delle proprie decisioni: la *giustizia* nella storia è tale se i cittadini le riconoscono la funzione di perseguire la *Giustizia* (con la maiuscola). Senza *ius*, la *lex* diventa debole e, al tempo stesso, tirannica. La scommessa del costituzionalismo moderno sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*; nella capacità – come afferma G. Zagrebelsky – di uscire dall'area del potere e delle fredde parole di un testo scritto per farsi attrarre nella sfera vitale delle convinzioni e delle idee care, senza le quali non si può vivere e alle quali si aderisce con calore. Una volta che questa evoluzione sia definitivamente compiuta – e non è detto che nel nostro paese sia così – affidare l'esercizio della giustizia concreta (almeno di una sua parte) a soggetti extra-giurisdizionali, armati non del potere coercitivo dello Stato ma del consenso delle parti, sarà un passaggio naturale.

I nodi organizzativi e le possibili soluzioni

La riduzione della domanda giurisdizionale, per quanto essenziale, è solo la prima parte della soluzione. Per restare alla metafora dell'acquedotto, oltre a ridurre la portata in ingresso occorre anche mettere mano alla rete, alla sua architettura e all'organizzazione di chi ci lavora. In più punti la rete mostra i segni dell'età e forse di una manutenzione carente: ci sono strozzature che dovrebbero essere eliminate, snodi importanti che andrebbero presidiati di più e meglio e altri, invece, che potrebbero essere semplificati o eliminati. Ciò significa, in altre parole, intervenire sull'organizzazione territoriale della magistratura e sulla sua pianta organica: anche questo diventa un obiettivo prioritario per fornire al cittadino-utente un servizio di qualità e in tempi ragionevoli.

La carenza d'organico, i rimedi per una coperta che resta troppo corta

So bene che quando si parla di gestione delle risorse (umane ed economiche) nell'ordinamento giudiziario si toccano interessi e si risvegliano polemiche di segno opposto. Da una parte coloro (soprattutto all'interno della magistratura) che ritengono che la "madre di tutte le inefficienze" sia la carenza d'organico – magistrati e personale di cancelleria – e di mezzi, e che pertanto vedono l'unica vera soluzione nel fatto che lo Stato spenda di più per la giustizia. Sull'altro versante si attestano – oltre ai detrattori ideologici per i quali i

magistrati sono *a priori* una categoria privilegiata e potente che non necessita di ulteriori risorse – coloro che ritengono l'incremento della spesa una «risposta ovvia e sbagliata», citando Alberto Alesina e Francesco Giavazzi (*Corriere della Sera*, 5 giugno 2011). I due autorevoli economisti, riportando i dati del Cepej, evidenziano come l'Italia spenda per la giustizia 70 euro per abitante contro i 58 euro della Francia, con 10 magistrati ordinari ogni 100.000 abitanti contro i 9 francesi e 4 dipendenti dell'amministrazione non magistrati contro i 3 francesi. Secondo questa posizione non è di denaro che ha prioritariamente bisogno il sistema giudiziario, ma di una diversa organizzazione del lavoro.

Se è vero che la risposta economica, oltre a essere la più difficile in questo periodo di estrema difficoltà dei conti pubblici, può non essere risolutiva se prima non si chiudono le varie falle organizzative che rischierebbero di disperdere una parte di questi ipotetici investimenti, è anche vero che la situazione dell'organico è oggettivamente critica, specie in alcune aree del paese. E soprattutto il sistema non può reggere ulteriori tagli. Attualmente si contano ben 1.300 posizioni di organico scoperte negli uffici giudiziari e anche per gli organici amministrativi si va verso una emorragia inarrestabile perché non si assume da molti anni. Inoltre l'intervento finanziario varato con la manovra estiva dello scorso anno (decreto legge n. 78/2010) ha fatto ulteriormente precipitare la situazione con oltre 400 pre-pensionamenti immediati. A risentire di questo esodo sono soprattutto le corti d'appello, ma in percentuale significativa anche la dirigenza degli uffici giudiziari, che si vedono, così, improvvisamente decapitati.

Un vuoto d'organico complessivo stimabile in oltre il 14%.

In questo contesto, le procure soffrono più degli uffici giudicanti, soprattutto nelle zone maggiormente esposte alla criminalità organizzata. E qui si innesta un altro tema caldo, quello delle assegnazioni e dei trasferimenti d'ufficio su cui la legislazione recente è stata piuttosto altalenante. Per garantire che i ruoli più delicati e impegnativi fossero assegnati a magistrati con una certa esperienza, la riforma Mastella (legge n. 111/2007) stabilì – modificando il D.lgs. n. 160/2006 sulle carriere – che i magistrati di prima nomina non potessero essere assegnati alle funzioni requirenti, di giudice monocratico penale, di giudice per le indagini preliminari o di giudice dell'udienza preliminare, prima di aver conseguito la prima valutazione di professionalità, al quarto anno di servizio. Questa scelta però ha prodotto il paradossale effetto di spalancare ai neomagistrati le sedi e le funzioni più ambite e di lasciare scoperti gli uffici periferici, soprattutto in aree del Mezzogiorno molto esposte alla criminalità organizzata. Va apprezzato, pertanto, il fatto che il successivo decreto-legge n. 193/2009 recante «interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario» abbia derogato a questo divieto per i soli magistrati nominati con il decreto ministeriale 2 ottobre 2009 e che il D.l. n. 98/2011 abbia esteso analoga deroga per quelli nominati con il D.m. 5 agosto 2010.

Rimane intatta l'esigenza di ripensare all'opportunità di un divieto che è nato già datato, frutto di una preoccupazione che non si coniuga con l'attuale strutturazione ordinamentale del pubblico ministero e che,

in ogni caso, rende ingovernabile la situazione degli uffici meridionali.

Per lo stesso motivo, sempre il D.l. n. 193/2009 ha previsto la possibilità di trasferimenti d'ufficio nelle sedi disagiate per i magistrati che hanno raggiunto la prima o la seconda valutazione di professionalità, con esclusione di quelli con valutazioni superiori (il che significa fino a un massimo di 12 anni di carriera, dopodiché, con la terza valutazione, non è più possibile essere trasferiti d'ufficio per questa ragione). Fra le 99 sedi disagiate individuate dal ministro come potenziali destinazioni per i trasferimenti d'ufficio, il Consiglio superiore della magistratura ne ha già coperto la quasi totalità fra trasferimenti con il consenso e assegnazione di magistrati di prima nomina.

I trasferimenti d'ufficio, ipotesi legittima, non risolvono però il problema ma lo spostano da una parte all'altra scoprendo le sedi limitrofe, senza contare il disagio dei singoli e l'inevitabile contenzioso che ne scaturisce. Con l'attuale assetto delle circoscrizioni giudiziarie il problema delle sedi vacanti e dei trasferimenti dei magistrati si risolve solo con la copertura degli organici: avendo tutte le sedi coperte ogni disputa perderebbe di senso, ma da ciò siamo assai lontani e anzi sembra che si vada nella direzione opposta. Il nuovo concorso in magistratura per 360 posti le cui prove scritte si sono tenute a giugno 2011 riuscirà a malapena a riequilibrare *fra tre anni* il vuoto determinato dai repentini pensionamenti sopraggiunti alla fine dell'anno 2010, ma non andrà a intaccare la situazione attuale delle scoperture.

Tuttavia, malgrado tali limiti strutturali, non mancano nel nostro paese situazioni concrete nelle quali al-

cuni magistrati, alcuni uffici, alcune realtà hanno saputo darsi un obiettivo e l'hanno perseguito con coerenza e determinazione, raggiungendo miglioramenti oggettivi per il funzionamento del sistema. Mi riferisco, ad esempio, a una procura della Repubblica del nord Italia, che negli ultimi tre anni ha costantemente ridotto il carico di lavoro arretrato, dimostrando come un'efficiente dirigenza e metodi di lavoro condivisi possano riuscire a realizzare obiettivi di effettiva riduzione dei tempi processuali, pur mantenendo costante la qualità del servizio svolto. Alla stessa stregua, una sonnacciosa procura meridionale ha vissuto un soprassalto di operosità e di positivi risultati nell'azione di contrasto alla criminalità, con l'arrivo di un capo coraggioso e dinamico.

Ciò significa sostanzialmente due cose: la prima è che le carenze d'organico, così come gli altri fattori critici, vanno prese in considerazione e affrontate, ma non devono diventare un alibi per giustificare ogni inefficienza. La seconda riguarda invece i principi di scelta meritocratica e – mi si passi il termine abusato – “manageriale” nelle nomine dei dirigenti degli uffici giudiziari: queste sono, ancora una volta, il banco di prova del nuovo Csm, chiamato ad applicare criteri attitudinali e di merito i più oggettivi possibili, sfuggendo alle ricorrenti tentazioni spartitorie e difendendo con la correttezza dei provvedimenti il proprio ruolo costituzionale da ogni rischio di interferenza di altre giurisdizioni. Sapendo insomma che un buon capo può fare la differenza.

Il Tribunale di *Milano* ha individuato alcune linee di azione tra cui la riduzione dei tempi dei processi, la trasparenza dell'azione amministrativa e dei risultati organizzativi, la riduzione dei costi e la semplificazione delle procedure di accesso ai servizi per avvocati e cittadini, la valorizzazione del lavoro e del benessere organizzativo. Si sono così realizzati il «Tavolo per la Giustizia per la Città di Milano» con avvocati, istituzioni, enti, un protocollo di intesa con l'Ordine degli avvocati, un network di uffici giudiziari e, infine, una partnership con il Ministero della Giustizia per la realizzazione del processo civile telematico. Il Tribunale di *Modena* vanta anch'esso un'elevata informatizzazione nel settore civile (sito web con funzionalità per l'accesso in remoto ai dati dei fascicoli e ad altre notizie rilevanti per l'attività dei professionisti e con l'iscrizione a ruolo mediante applicativo con codice a barre). I tribunali della *Toscana* hanno sviluppato la piattaforma «Giustizia in Toscana» (www.giustizia.toscana.it) attivando il servizio di cancelleria telematica che assicura, tramite accesso con autenticazione sicura, un flusso costante di servizi e informazioni tendenzialmente sostitutivo degli accessi fisici in cancelleria. Ma anche al sud non mancano le esperienze virtuose: il Tribunale di *Bari* è stato individuato sin dal 2001 come una delle sei sedi-pilota per il progetto di sperimentazione del processo civile telematico insieme al Tribunale di *Catania*; nella prima delle due sedi è possibile la consultazione permanente da parte degli avvocati delle banche dati dei processi civili, l'acquisizione diretta in udienza di tutti gli eventi processuali, l'attivazione di uno sportello unico di deposito atti che consente di superare la prassi

di chiudere le cancellerie in occasione delle udienze, l'accesso al sistema Polisweb via internet, l'iscrizione telematica delle cause con il codice a barre (EasyNota) che ha portato a una riduzione dei tempi di iscrizione, specie nella sezione lavoro, di circa un mese.

Questi sono solo alcuni esempi di come sia possibile un approccio nuovo nel rapporto tra il sistema-giustizia e i mali della giustizia stessa. I cittadini sono ormai consapevoli che una giustizia efficiente è un fattore di crescita, mentre una giustizia inefficiente è una zavorra che nessun paese moderno può più permettersi. E la magistratura deve avere una propria proposta di soluzione del problema: quella delle buone prassi è un buon inizio.

I possibili interventi sul rito civile

Oltre che di un volume d'ingresso sostenibile e di una nuova architettura, il nostro acquedotto ha bisogno anche di un sistema di chiuse nuovo e più funzionale, che si adatti ai flussi variabili. Stiamo parlando, fuor di metafora, del rito e della sua valenza nella prospettiva dell'efficienza del sistema giustizia. È indubbio che, così com'è strutturato, il rito di cognizione ordinario del processo civile è un rito rigido che si adatta male alla complessità crescente del contenzioso. I fatidici sette anni di durata media di una causa civile, oltre che a tutte le ragioni sin qui esaminate, sono dovuti anche alle congestioni create dall'attuale impianto procedurale.

Parlare di rigidità procedurale può sembrare paradossale se si pensa che si è arrivati a contare fino a 25

riti speciali diversi, oltre a quello ordinario, creati per adattare il giudizio ai diversi tipi di domanda e alle diverse materie trattate. Ma il vero nodo sta nel fatto che, a fronte di questa moltiplicazione di riti particolari, il rito di cognizione ordinario non ha modificato la sua struttura e non è tuttora in grado di adattarsi al suo oggetto, rimanendo sostanzialmente invariato per le cause di poche migliaia di euro e per quelle di svariati milioni. È questa la sfida che una riforma del processo civile deve porsi: rendere il rito flessibile e adattabile alle caratteristiche (oggetto, valore ecc.) del singolo procedimento.

Semplificazione e sommarizzazione vs complessità procedurale: un processo modulabile

È necessario richiamare a questo punto due concetti che accompagnano la discussione sui possibili interventi per un'ottimizzazione del processo civile: «semplificazione» e «sommarizzazione». Si tratta, nell'uso corrente, di due concetti analoghi che fanno riferimento a una riduzione della complessità e come tali acquistano un'accezione positiva o negativa in relazione al contesto. Così, una *semplificazione* può essere cosa «buona» se le si attribuisce il merito di aver reso più semplice un pensiero, un'informazione, un'azione, ai fini della loro comprensione o realizzazione; o può essere «cattiva» se le si addebita la colpa di privare i medesimi oggetti di elementi necessari per la loro identità. Analoga sorte alterna, sempre con riferimento al senso comune, tocca alla parola *sommarizzazione*, buona a rendere più effi-

cace e immediata la comprensione d'insieme degli elementi fondamentali, senza il «rumore di fondo» delle informazioni secondarie, ma deprecabile se non consente un livello di analisi e ponderazione di tutti gli elementi.

Tuttavia il destino comune dei due concetti sembra irrimediabilmente rompersi nel dibattito attorno al processo civile: qui la semplificazione diventa un valore e la sommarizzazione un disvalore.

Come esempio dell'accezione fortemente positiva del primo concetto, soprattutto in tempi recenti, basti l'alta «missione» conferita dall'esecutivo all'art. 54 della legge n. 69/2009 («Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile») secondo il quale «il Governo è delegato ad adottare (...) uno o più decreti legislativi in materia di riduzione e *semplificazione* dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legislazione speciale». Vien fatto di dire: persino la legge si prefigge l'obiettivo della semplificazione... Per la cattiva fama che invece accompagna l'altro concetto ci si può limitare al titolo di un intervento tenuto da un accademico dei Lincei: «Contro l'inutile *sommarizzazione* del processo civile» (in *Foro it.* 2007, V, 44).

Vorrei provare a rileggere tale presunta antinomia attraverso chiavi interpretative nuove, nelle quali i due termini possano convenientemente ritrovare l'alleanza perduta. Oggi la semplificazione e la sommarizzazione possono tranquillamente essere collocate sul medesimo versante in opposizione alla *complessità* procedurale: un criterio di selezione di crescente interesse negli studi

del processo. La semplificazione si oppone generalmente a formalismo procedurale e la sommarizzazione, intesa come trattazione della causa secondo criteri sommari di opportunità ed essenzialità allo scopo, si oppone a scansione prestabilita di fasi. La complessità del processo si riferisce sia al «criterio di scelta del modello di trattazione della causa, all'interno di una sequenza procedimentale unitaria», sia al «criterio di determinazione dell'oggetto del processo» (R. Caponi).

Anche a livello europeo la tendenza è quella di una disciplina elastica del processo a cognizione piena, che ne affida lo svolgimento, in una certa misura, alla discrezionalità del giudice. Ricorda ancora Caponi:

«Negli ordinamenti dei paesi europei 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. I modelli di trattazione si collocano 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 (...).

Nel processo civile inglese, la scelta è tra *small claim track*, *fast track*, *multi track*. Nel processo civile francese, la scelta è tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*. Nel processo civile tedesco vi è la scelta di far precedere l'udienza principale da una prima udienza immediata oppure da un procedimento preliminare scritto».

Al contrario, nel sistema processuale italiano si registra una pluralità di procedimenti autonomi (riti speciali a cognizione piena o sommaria) che affiancano il processo ordinario di cognizione, quest'ultimo previsto per tutti i tipi di controversie tendenzialmente con la medesima sequenza. Va purtroppo riconosciuto il fallimento del tentativo di rendere il processo modulabile principalmente ad opera delle parti, capaci di sceglierne uno svolgimento disteso o uno sincopato, uno a cognizione regolare o sommaria pur sopra lo stesso oggetto: il modello, insomma, del processo societario, evidentemente un modello troppo liberale per una società intimamente legata all'autoritarismo giudiziario (che ha tra i suoi corollari la deresponsabilizzazione dell'avvocato per le scelte di causa, un fenomeno difficilmente osteggiato in un paese come il nostro che vede un così grande numero di avvocati).

Si può ipotizzare, giunti a questo punto, un buon compromesso tra le tendenze in atto a livello europeo e l'attuale disciplina del processo civile italiano, promuovendo la diversificazione «in base alla distinzione trasversale tra controversie complesse e controversie che tali non risultino essere in concreto» (A. Proto Pisani). In questo senso sarebbe necessaria una normativa generale che consenta al giudice – *in collaborazione con le parti* – di scegliere tra più modelli di trattazione predeterminati per legge, alternativi a seconda del carattere semplice o complesso della controversia: nel primo caso il processo sarebbe amministrabile *summatim*, per esempio con un maggiore svolgimento orale e una più marcata deformalizzazione. La «complessità» della controversia andrebbe anche parametrata a una serie di

elementi, il primo dei quali è senz'altro la necessità o meno dell'istruzione probatoria. È fuori di dubbio, infatti, che l'accertamento dei fatti rilevanti sia un fattore di peso nella valutazione della complessità della causa, anche se ciò non esclude, evidentemente, che si possa e si debba impostare una riflessione sulla distinzione tra controversie semplici e complesse anche rispetto alla risoluzione delle questioni di diritto. Forse la legge potrebbe utilizzare il concetto di complessità per sottrarre al giudice il potere discrezionale di scelta tutte le volte che, in ragione di uno specifico oggetto (si pensi alla *class action*), ritiene che il procedimento non possa essere amministrato diversamente e debba pertanto avere un rito predeterminato.

La proposta si presta ovviamente all'obiezione che una scelta affidata all'apprezzamento del giudice nel caso concreto metterebbe a repentaglio la garanzia costituzionale della sua terzietà e imparzialità. Tuttavia, ammesso e non concesso che l'esercizio del potere di indirizzare e modulare il processo in dipendenza dal carattere semplice o complesso della controversia paghi qualche prezzo sul piano della imparzialità del giudice, nel quadro di quel bilanciamento di valori costituzionali cui deve ispirarsi anche la disciplina della tutela giurisdizionale, quel prezzo non sembra superiore a quello già pagato normalmente per l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio. Ancora una volta si propone il "dilemma" generale tra rimedi formalmente corretti (intendendo con questo un'interpretazione restrittiva e un adeguamento rigido ai principi costituzionali) e rimedi efficaci, che arrivino in tempi ragionevoli e con procedure non troppo macchinose e costose.

In conclusione, una riforma del processo civile potrebbe partire dalla valutazione di questa alternativa:

- quali controversie possano coniugare, con un giusto criterio selettivo basato sulla legge, *semplificazione* e *sommarizzazione*, lasciando al giudice e alle parti la decisione specifica,
- e quali invece, a causa della loro *complessità*, deleghino interamente alla legge le forme, gli atti nonché i contenuti dei poteri o doveri dei soggetti coinvolti.

Una riforma spuntata?

Non sembra, però, andare esattamente in questa direzione lo schema di decreto legislativo sulla riforma del processo civile approvato di recente dal Consiglio dei ministri. Da una parte va detto che il provvedimento "riabilita" il concetto di sommarizzazione e anzi fa fare al processo sommario la parte del leone: i 26 riti attuali vengono raggruppati in 3 macro-aree – rito del lavoro, rito ordinario di cognizione e rito sommario di cognizione – e la maggior parte dei vecchi riti finisce in quest'ultimo modello semplificato che raccoglie tutti i procedimenti in cui manca un consistente onere probatorio e non necessitano di una fase istruttoria complessa. Ma, per altri versi, il provvedimento perde l'occasione di svolgere una reale semplificazione dell'impianto processuale limitandosi, per così dire, a una "catalogazione" dei diversi riti speciali. Di questo avviso è anche il presidente dell'Unione nazionale camere civili:

«rischia di trattarsi di una semplificazione assai limitata perché di fatto il decreto provvede ad accorpare procedimenti diversi più che a innovarne le forme applicative. Servirebbe un vero tavolo di confronto, senza steccati o pregiudizi, tra avvocati, magistrati e ministero per affrontare i veri nodi della macchina giudiziaria» (*Il Sole 24 Ore*, 10 giugno 2011).

La rottamazione dell'arretrato

Attualmente il governo ha affidato il compito di risolvere il problema dell'arretrato civile al disegno di legge n. 2612/S concernente «Interventi in materia di efficienza del sistema giudiziario», ripreso dal più recente decreto-legge n. 98/2011, convertito nella legge n. 111/2011. L'intervento proposto, sebbene non sufficientemente incisivo, non è privo di qualche aspetto positivo. Per esempio introduce l'obbligo, a carico dei presidenti di tribunale o di corte d'appello, della programmazione annuale per la gestione del contenzioso civile pendente, in attuazione del principio costituzionale di ragionevole durata ex art. 111 Cost. I capi degli uffici sono, quindi, investiti della vigilanza sul raggiungimento degli obiettivi e sul rispetto delle priorità indicate nel programma.

La norma ha la condivisibile finalità di introdurre, a livello di legislazione primaria, l'obbligo di programmazione delle attività giudiziarie degli uffici giudicanti, ponendo tale obbligo fisiologicamente a carico del dirigente dell'ufficio, il quale, già in sede di conferma, è chiamato a dare conto degli obiettivi progressivamente

raggiunti nel corso dello svolgimento dell'incarico direttivo. Potrebbe essere maggiormente aderente allo scopo e, fra l'altro, in linea con il complessivo sistema ordinamentale vigente, prevedere che la programmazione in oggetto abbia durata triennale – così da farla coincidere con il termine di efficacia della tabella organizzativa dell'ufficio ai sensi dell'art. 7-*bis* del R.d. n. 12/1941.

Si prevede, inoltre, l'espressa possibilità per i capi degli uffici giudiziari di stipulare apposite convenzioni, senza oneri a carico della finanza pubblica, con le facoltà universitarie di giurisprudenza, con le scuole di specializzazione per le professioni legali di cui all'art. 16 del D.lgs. n. 398/1997 e con i consigli degli ordini degli avvocati, onde consentire, su richiesta dell'interessato, lo svolgimento presso i medesimi uffici giudiziari del primo anno del corso di dottorato di ricerca, del corso di specializzazione per le professioni legali o della pratica forense per l'ammissione all'esame di avvocato, con compiti di assistente di studio di un magistrato ordinario. Tale previsione può avere un indubbio impatto positivo sull'organizzazione del lavoro del giudice, dal momento che non solo ratifica con disposizione di legge una prassi già positivamente esperita in alcuni uffici giudiziari, ma soprattutto regola con previsione normativa primaria plurimi aspetti già evidenziati e regolati dal Consiglio superiore della magistratura nelle deliberazioni pronunciate sul tema.

L'art. 3 del disegno di legge interviene positivamente sul tema della carenza di personale degli uffici giudiziari, prorogando il termine, prima fissato al 31 dicembre 2012, entro cui il Ministero della giustizia è autorizzato a coprire i posti vacanti mediante il ricorso

L'art. 8 prevede una nuova figura di magistrato onorario, il *giudice ausiliario*, al quale la disposizione assegna lo specifico compito di «definire le cause già mature per la decisione». Questa nuova figura si caratterizza per la sua provvisorietà e straordinarietà, poiché la sua istituzione persegue l'intento di definire i procedimenti civili dichiarati prioritari con i programmi per la gestione del contenzioso pendente previsti dall'art. 1 e con l'obiettivo di darvi luogo entro il 2015. La scelta infatti deve ricadere su avvocati dello Stato a riposo, magistrati ordinari, contabili e amministrativi a riposo, che non abbiano superato i 75 anni al momento della proposizione della domanda e che non siano iscritti nell'albo degli avvocati. Il compenso dei magistrati onorari risponde ai canoni del cosiddetto «cottimo puro», essendo pari a 200 euro per ogni sentenza che definisce il processo, ovvero per ogni verbale di conciliazione, per un massimo di 20.000 euro lordi all'anno. La norma però non delinea le controversie trattabili dal magistrato onorario e vi sono molti dubbi in ordine al reale apporto che l'istituzione di tale nuova figura potrà dare all'efficienza della macchina giudiziaria; dubbi, peraltro, già evidenziati dall'Organismo unitario dell'avvocatura nel parere da esso reso il 22 aprile 2011.

In linea generale si può affermare che vengono proposte soluzioni organizzative e rimedi processuali limitati che, tuttavia, non appaiono in grado di incidere sulle cause strutturali della denunciata dilatazione. Se, infatti, possono esprimersi valutazioni positive in ordine ad alcuni aspetti delle norme proposte funzionali a ridurre

il contenzioso civile pendente, ciò nondimeno non può sfuggire che, ancora una volta, non risultano affrontate le due principali carenze strutturali del sistema, che costituiranno sempre un ostacolo insormontabile all'attuazione dei principi dettati dall'art. 111 Cost., vale a dire le endemiche vacanze degli organici del personale e l'ormai inattuale geografia giudiziaria. Infatti, non appare ulteriormente rinviabile:

1. una seria e condivisa riflessione sulle modalità attraverso le quali adeguare la distribuzione degli uffici giudiziari sul territorio nazionale alle mutate caratteristiche socio-economiche del paese, profondamente diverse da quelle ottocentesche poste alla base dell'attuale ripartizione dei distretti e delle circoscrizioni giudiziarie;
2. l'elaborazione di un piano pluriennale che garantisca la completa copertura degli organici della magistratura.

In mancanza di tali interventi strutturali non sembra possibile che i rimedi di volta in volta approntati dal legislatore possano rivelarsi risolutivi per il potenziamento della produttività del sistema giudiziario civile.

Verso l'elaborazione di strumenti di misurazione dell'efficienza del sistema giudiziario

Abbiamo aperto questo capitolo citando i numeri dell'inefficienza della giustizia. Malgrado ciò, abbiamo «spezzato una lancia» a favore della produttività dei ma-

giurati italiani, confortati dalle statistiche sulla *quantità* di provvedimenti emessi in rapporto ai loro colleghi europei. Ma non possiamo chiudere il discorso sulla produttività senza ricordare che l'*output* del magistrato non si limita alla scrittura delle sentenze, essendo il suo lavoro fatto anche di attività collaterali e strumentali, e che l'efficienza non si misura solo con la quantità ma anche con la *qualità* del servizio, un parametro certo più difficile da valutare. Per individuare i punti di forza e (soprattutto) di debolezza è necessaria una chiave di lettura globale dell'attività giurisdizionale.

Il Consiglio superiore della magistratura da tempo progetta di costruire un reale sistema di misurazione dell'efficienza del sistema giudiziario come strumento necessario per leggere in modo obiettivo le informazioni, prevalentemente statistiche ma anche organizzative, provenienti dagli uffici giudiziari. Il tema è già stato oggetto di gruppi di lavoro misto Csm-Ministero della Giustizia costituiti nel 1999 e nel 2002. Il Consiglio precedente (2007-2010) ha deciso di investire in questo progetto risorse specifiche provvedendo a costituire presso la Quarta Commissione referente, competente per le valutazioni di professionalità, la Commissione sulla valutazione degli standard di rendimento dei magistrati, e presso la Settima Commissione, la già citata Struttura tecnica per l'organizzazione (Sto), entrambe composte da magistrati addetti sia al settore civile che penale il cui compito è quello di individuare «standard di valutazione dei magistrati», nel primo caso, e «standard di funzionamento degli uffici» nel secondo caso.

Gli standard di valutazione dei magistrati

Il lavoro volto alla individuazione degli standard di valutazione dei singoli magistrati ha come presupposto normativo l'art. 11, comma 2, lett. b), del D.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 (modificato dall'art. 2, comma 2, della legge n. 111/2007) che definisce, tra i parametri attraverso i quali deve essere effettuata la valutazione quadriennale di professionalità, il concetto di *laboriosità*: «la laboriosità è riferita alla produttività, intesa come numero e qualità di affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta all'interno dell'ufficio, tenuto anche conto degli standard di rendimento individuati dal Consiglio superiore della magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e alle specializzazioni».

Il gruppo di lavoro sugli standard di rendimento ha depositato la relazione sull'individuazione dei criteri nel luglio 2010 e ora sta procedendo a sperimentare sul territorio i criteri e la metodologia prescelta che consiste nella comparazione dei dati statistici sul lavoro del magistrato raccolti su tutto il territorio nazionale, aggregati secondo le funzioni del magistrato e analizzati periodicamente secondo la tecnica del *clustering* (analisi per raggruppamento), tenendo conto della dimensione dell'ufficio, del carico di lavoro e delle tipologie di attività svolte.

Per individuare i *cluster* (raggruppamenti) si è utilizzato un metodo che non considerasse solo il dato quantitativo. Sono stati analizzati e valorizzati:

- il dato della tempestività nel deposito dei provvedimenti individuandone le principali tipologie;
- l'impegno profuso dal giudice nell'espletamento delle proprie funzioni, non limitato alle sentenze;
- gli indici di durata media dei procedimenti con riferimento all'ufficio-sezione di appartenenza del magistrato;
- il carico di ruolo del singolo giudice individuando criteri correttivi nel caso di funzioni promiscue.

È stato anche previsto che il singolo magistrato possa conoscere in anticipo gli standard di riferimento su cui è valutato.

Il gruppo di lavoro sugli standard ha poi individuato il concetto di *laboriosità intelligente* intesa come capacità di trovare, in ogni contesto organizzativo e lavorativo, il metodo migliore e più produttivo di operare, valorizzando non solo la quantità di lavoro, ma anche la qualità e le modalità e dunque le capacità organizzative e di gestione finalizzate alla rapida e migliore definizione dei processi. Ha infine delineato il concetto di *standard processuale* che è sostanzialmente la misurazione temporale del corretto svolgimento del processo (rispondenza alle regole del rito), determinato anche dalla natura e qualità dell'istruttoria necessaria e dalle condizioni operative (carico di lavoro, situazione organizzativa).

Per realizzare questi obiettivi sono stati individuati i passaggi necessari ad ottenere la centralizzazione dei dati informatici raccolti dai registri degli uffici giudiziari, mediante la creazione di un database, unico strumento per l'individuazione dei cluster e degli standard

di rendimento che poi gli uffici giudiziari dovranno utilizzare. A tal fine sarà necessario un adeguamento del sistema informatico del Csm, adeguamento di cui potrebbe beneficiare l'intera attività del Consiglio e non solo la sperimentazione e la messa a punto del sistema di valutazione di professionalità.

La sperimentazione attualmente in corso consentirà di sottoporre i magistrati a una *doppia valutazione*, la prima secondo i criteri ordinari, la seconda con il metodo nuovo. Il loro inserimento nei cluster permetterà di valutare la loro laboriosità "relativa", cioè con riferimento a quella di altri magistrati dislocati nel territorio e rientranti nel medesimo raggruppamento, e servirà anche come verifica della bontà del metodo di creazione dei cluster stessi.

Gli standard di funzionamento degli uffici

La Struttura tecnica per l'organizzazione ha, tra gli altri, il compito di «acquisire ed analizzare informazioni sui carichi di lavoro, sui flussi e sulle pendenze dei procedimenti e dei processi sia a livello nazionale sia provenienti dalle Commissioni flussi distrettuali e favorire omogeneità e qualità delle attività e delle strumentazioni anche informatiche a livello nazionale». Premesso che qualunque tentativo di costruire un sistema efficiente di rilevazione dei flussi e delle pendenze dei procedimenti richiede la disponibilità di dati affidabili e omogenei su tutto il territorio nazionale, la Sto ha in corso uno studio finalizzato a elaborare un *modello standard di relazione delle Commissioni flussi*, presenti in ogni distretto,

costruito su parametri omogenei per l'intero territorio nazionale. Una volta completato, tale modello dovrà essere sottoposto alle valutazioni circa la possibilità di adottarlo come schema base per tutte le Commissioni flussi, in occasione della predisposizione delle nuove tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari.

Si è rivelato essenziale l'obiettivo di dotare le Commissioni flussi in ogni distretto di strumenti di elaborazione omogenei, che consentano di svolgere pienamente e in modo uniforme i compiti loro attribuiti, ma soprattutto che permettano di confrontare tra loro uffici omogenei. Lo stesso modello di analisi potrebbe essere utilizzato sia a livello distrettuale che nazionale, con un rapporto circolare, e potrebbe diventare uno strumento di monitoraggio costante degli uffici, con periodicità anche più ravvicinata rispetto alle scadenze di rinnovo delle tabelle.

Il sistema omogeneo dovrebbe quindi fondarsi su un percorso di analisi che distingua tra l'efficacia degli uffici, cioè la capacità di soddisfare le esigenze dei cittadini, e la loro efficienza, legata al rapporto tra carichi di lavoro, risorse materiali e umane e risultati. L'*efficacia* deve essere esaminata tramite la rilevazione e valutazione della durata dei processi, la verifica dell'esistenza di un equilibrio interno tra i diversi settori dell'ufficio in relazione alla pari durata dei procedimenti e la prevedibile evoluzione futura di tale durata nelle diverse materie. La durata dei procedimenti riscontrata in un ufficio dovrà essere raffrontata con quella di altri uffici sulla base di un parametro assoluto che è allo studio e dovrebbe essere costituito a partire dalle peculiarità di ogni procedimento e dai termini ordinatori e dilatori di

ciascun rito. Attraverso l'individuazione di tali indici si dovrà giungere a verificare, in base a criteri oggettivi, se l'efficacia del tribunale sia equilibrata nei diversi settori e nelle diverse materie, se trattate da sezioni diverse.

L'*efficienza*, invece, dovrà essere controllata attraverso un sistema che verifichi la corretta allocazione delle risorse e la produttività dell'ufficio, senza scendere nell'esame individuale della produttività del singolo magistrato, visto che si sta elaborando un sistema di controllo dell'efficienza dell'ufficio e non dell'individuo. Per la realizzazione di una tale indagine è necessario dotarsi di adeguati strumenti di estrazione che possano acquisire direttamente dai registri informatici degli uffici, tanto civili quanto penali, i dati di flussi e pendenze, nonché di un programma di elaborazione di tali dati.

La strada per la misurazione dell'efficienza è lunga e complessa, e talvolta accidentata. Il lavoro deve essere svolto mediante una verifica delle esperienze e degli strumenti che sono stati già posti in essere da molti uffici spinti dalla volontà di verificare le cause di situazioni di sofferenza apparentemente inspiegabili. Come in altre realtà organizzative, anche nella magistratura il flusso informativo *bottom-up* va colto e valorizzato. In questo senso sta al Csm il compito di porsi come collettore di esperienze e di buone prassi e come strumento di raccordo con il ministero per dotare gli uffici di strumenti di rilevazione del loro funzionamento.

4. La giustizia come servizio: una questione etica ed economica

Le questioni affrontate fin qui sono sicuramente centrali nel dibattito sulla riforma della giustizia. L'indipendenza dei magistrati, la legittimazione a esercitare il loro ruolo, l'inquadramento delle funzioni giudicanti e requirenti in un unico ordine guidato e garantito dal Consiglio superiore, rappresentano senza dubbio capisaldi costituzionali da difendere nell'interesse di un moderno ordinamento repubblicano, al riparo da patologici conflitti di potere. Non se ne abbiano, pertanto, i costituzionalisti, i teorici del diritto e in generale tutti coloro che, a pieno titolo, si accalorano nella discussione, se dirò che stiamo parlando di valori "strumentali": questo non svuota certo di importanza le questioni sul tavolo, anzi. Significa però fare un passo avanti dal punto di vista logico e "teleologico": individuare, cioè, il fine ultimo del dibattito e degli eventuali conseguenti interventi normativi, che talvolta la *vis* dialettica offusca. E il fine deve necessariamente essere, come abbiamo

detto più volte, la *qualità del servizio-justizia* offerto ai cittadini. La discussione fin qui svolta esce da una prospettiva puramente teorica (riservata a un pubblico di addetti ai lavori) solo se finalizzata al miglioramento di questa offerta e solo se accetta di trattare i valori propri della funzione giurisdizionale come preordinati a un valore superiore che è l'esercizio concreto ed efficace della risposta alla domanda di giustizia.

Un ambito nel quale la concretezza e l'efficacia della giustizia hanno un rilievo particolare è certamente il *diritto dell'economia*. Il rapporto tra questi due universi della conoscenza e dell'agire umano ha un'evidenza empirica, ma il confronto sulla definizione di tale rapporto e su "chi comanda sull'altro" dura da secoli e spesso richiama ideologie e *weltanschauung* in contrasto tra loro. Ed è proprio questo il punto dal quale occorre avviare il nostro discorso.

Economia e diritto: da rapporto di dominio a relazione funzionale

Un'impostazione classica del modo di concepire la relazione tra economia e diritto è, quella di matrice marxiana, ma con un'eco anche nell'idealismo crociano, in base alla quale il secondo ha funzione e natura di «sovrastuttura» rispetto alla prima: costituisce, cioè, la declinazione discorsiva di un rapporto di forza tra interessi conflittuali che agiscono nella società e nella storia. Credo che questa concezione, per la quale alla norma giuridica spettarebbe il compito di tradurre gli assetti dell'economia, razionalizzando e ordinando gli

elementi di forza e la fondamentale struttura dei rapporti di produzione, si possa oggi considerare superata dalla storia, prima che dalla elaborazione teorica. In quell'ottica, porre una relazione tra economia e diritto significherebbe semplicemente osservare i modi in cui la prima fissa le regole sostanziali dei rapporti sociali e il secondo, alle sue dipendenze, le traduce, in maniera progressiva e imperfetta, in legge formale e coercitiva.

In realtà, il progresso delle idee e lo scrutinio critico delle dinamiche di mercato hanno dimostrato, anche agli studiosi più tradizionalisti, che la relazione tra sviluppo economico e diritto non è riconducibile allo schematismo di impostazione ottocentesca di matrice idealistica. Se c'è da segnare un primato tra *nomos* e *phutos* è proprio della prima sulla seconda. E dicendo questo – con tutti i limiti e le semplificazioni che la sintesi impone in questa sede – non intendo neanche aderire *in toto* a certe impostazioni le quali – detto in maniera altrettanto riduttiva – ruotano intorno all'idea di un primato etico della regola considerata espressione del bene comune e punto di equilibrio provvisorio e migliorabile della relazione del giusto e del buono. Una prospettiva, opposta alla precedente, secondo la quale la legge dovrebbe prevalere sulla struttura del mercato, in quanto è proprio la norma giuridica a inserire nella dinamica economica gli elementi di salvaguardia di un minimo etico e di solidarietà, che il mercato, abbandonato a se stesso, non potrebbe soddisfare.

Un'impostazione, quest'ultima, che pecca forse di ingenuità (oggi si direbbe di "buonismo") ed è tristemente sconfitta dalla realtà che sperimentiamo ogni giorno, specialmente in Italia. Mi pare anch'essa ini-

donea a offrire una adeguata lettura della dinamica tra sviluppo economico e diritto. Tra le diverse critiche che le vengono mosse credo colga nel segno quella che le rimprovera lo scambio tra una lettura ideologica e una lettura storica della relazione tra sviluppo economico e diritto. In altri termini, tale impostazione scambia quella che è l'aspirazione degli studiosi che la professano con il censimento della realtà delle cose. Tuttavia mi sembra che il vero tallone d'Achille di questa teoria sia un altro: apparentemente antitetica rispetto al pensiero marxiano, la ricostruzione dei rapporti tra diritto e mercato come correzione del secondo attraverso il primo costituisce, in realtà, il genuino riconoscimento della capacità dell'economia di condizionare, sia pure in negativo e in via di correzione, l'impianto nomotetico di una realtà. In altri termini, affermare che il diritto ha una funzione "correttiva" sull'economia, ribadisce il primato di quest'ultima e pone solo l'esigenza di una regola contenitiva.

Diversamente, per chi si nutra del pensiero contemporaneo, appare evidente che oggi la rivoluzione di pensiero che si sta realizzando mira a sovvertire proprio questa relazione di priorità logica: sempre più ci si avvede che il mercato è, prima che un luogo economico, un luogo giuridico, nel quale lo scambio non avviene se non vi sono le precondizioni giuridiche e di sicurezza che rendano quello scambio possibile e prevedibile nei suoi esiti. La storia, del resto, ha insegnato che i primi mercati medievali sorsero proprio all'ombra delle chiese: luoghi nei quali si poteva fruire della protezione dei signori feudali conferendo un valore vincolante al patto commerciale attraverso il sacro giuramento sul suo con-

tenuto (in mancanza di tribunali civili che dessero sicurezza in ordine all'*enforceability* del contratto). Insomma, lo sviluppo economico non è solo figlio della tecnologia, dell'innovazione, della capacità di intercettare (o di creare) nuovi bisogni, ma anche della regolazione che una certa struttura giuridica rende possibile.

Anche qui alcune esperienze sono significative. È noto che negli Stati Uniti d'America la diffusione delle prime ferrovie (con le locomotive a carbone) venne fortemente limitata dalle regole sulla responsabilità civile, che rendevano responsabile la compagnia ferroviaria dei danni da incendio derivanti dai lapilli che si sprigionavano al passaggio delle macchine. La modifica di quelle regole fu il principio dell'espansione ferroviaria americana. La stessa vicenda ha subito la storia del trasporto aereo, con le limitazioni di responsabilità dei vettori nel trasporto passeggeri, che resero possibile l'apertura di un nuovo mercato. Con un funzionamento del tutto analogo, oggi, l'attenuazione delle regole sulla tradizionale responsabilità da custodia – escludendo la responsabilità per il provider che ospita sulle proprie macchine un sito terzo o che svolge mera attività di trasporto o di memorizzazione temporanea – costituisce il fulcro della disciplina europea che intende favorire il commercio elettronico e le altre attività on-line.

Insomma, mi sembra di poter dire che un'analisi serena dimostri con evidenza come le regole giuridiche non costituiscano solo fattori estrinseci e accidentali al processo di creazione di ricchezza, ma spesso condizioni minime indispensabili per la nascita di un mercato e per la sua espansione. Il calcolo economico non può basarsi solo sul dato tecnologico o su quello relativo al

mercato: le regole, e il loro funzionamento effettivo, costituiscono per un imprenditore fattori di produzione altrettanto importanti, insieme alla fiscalità e al tasso di legalità.

Tutto questo è ancor più evidente oggi, quando il parziale superamento delle barriere fisiche, grazie alla "virtualizzazione" dell'economia, rende sempre più facile realizzare una vera e propria scelta dell'ordinamento più adeguato per avviare un progetto tecnologico e industriale che spesso può essere indifferente al dato geografico, ma non lo è all'assetto delle regole. L'esperienza del cosiddetto "forum shopping" non è soltanto il frutto di una prava volontà di aggirare le leggi, ma rientra nella ricerca delle migliori condizioni "ambientali" per una iniziativa industriale: come si sceglie il macchinario più efficiente o il sito industriale più servito dalle infrastrutture, si sceglie anche l'ordinamento giuridico sotto cui – *ceteris paribus* – è più conveniente collocare l'iniziativa economica. Lo sviluppo economico e il diritto hanno dunque una propria sutura a doppio filo: non si crea sviluppo economico se non con un appropriato apparato di regole e non si può crescere economicamente se le regole praticate in un certo ordinamento non sono semplici, chiare, prevedibili ed effettive. Un concetto elaborato, in maniera certamente più articolata, nell'opera *Il mercato delle regole* (Il Mulino, 2006), ormai divenuta un classico: vi si spiega che le regole di diritto fanno parte dello strumentario industriale di un paese e costituiscono un immancabile caposaldo per stabilire la sua posizione nell'ambito della competizione globale.

L'attuale situazione italiana può essere fissata nel "negativo" di questa fotografia: un sistema giuridico e

giurisdizionale che presenti dei "buchi" o delle insufficienze introduce nel sistema delle relazioni economiche fattori di instabilità cospicui. Questo peraltro è vero anche a livello globale e la storia della crisi economico-finanziaria tuttora in corso è lì a ricordarcelo: anche qui un difetto di regole ha nuociuto alla stabilità e l'assenza di certe garanzie e di certe protezioni ha scatenato dinamiche che hanno travalicato ampiamente i confini di un paese e, a causa della sempre maggiore interdipendenza dei sistemi economici, si sono propagate viralmente su scala mondiale. Si tratta di considerazioni che trovano nell'esperienza di operatori raffinati, come sono quelli finanziari, una conferma pratica assai robusta.

I costi interni ed esterni dell'inefficienza

Ora, per dare al discorso un'impostazione meno astratta, dobbiamo fare un passo indietro e passare in rassegna la stampa economica degli ultimi mesi. A latere delle polemiche sulla riforma della magistratura, e sollecitati a individuare le cause del perdurante affanno della nostra economia, molti commentatori si sono cimentati in un'analisi dei costi dell'inefficienza della giustizia, riconducendo (anche) ad essa il deficit di competitività del nostro paese. Abbiamo già esaminato i numeri impietosi della giustizia civile italiana, ma questi numeri sono ancora più allarmanti se riferiti al diritto dell'economia. «Basti pensare, ad esempio, che un'azienda nel nostro paese è costretta ad aspettare 1.250 giorni per la conclusione di una causa sul recu-

pero di un credito, quattro volte in più che in Francia. Secondo uno studio di Confartigianato i ritardi nei processi civili costano alle imprese 2,3 miliardi di euro (stima portata di recente a 2,6 miliardi dalla Cgia di Mestre), una "tassa occulta" di circa 371 euro per azienda» (Francesco Nariello, *Il Sole 24 Ore*, 23 maggio 2011). Sebbene il mito dei "giudici fannulloni" sia ormai stato abbondantemente sfatato dai dati sulla produttività dei magistrati italiani (v. capitolo 2), resta il fatto che sul rapporto durata/costi della giustizia commerciale il nostro paese esce a pezzi dal confronto con altri paesi europei: da noi una controversia ha «un costo pari al 30% del suo valore contro i 394 [giorni] e il 14% in Germania e i 331 e il 17% in Francia» (Luca Paolazzi, *Il Sole 24 Ore*, 23 giugno 2011). Sono dati che raffigurano la zavorra che appesantisce non solo il sistema giudiziario ma tutto il sistema-paese e lo privano del principale lubrificante che serve a far girare bene il motore dell'economia: la fiducia.

Ciò vale principalmente per gli imprenditori stranieri che si trovano a scegliere la loro meta di investimento. Secondo l'edizione 2011 dell'autorevole pubblicazione della Banca Mondiale *Doing Business* (www.doingbusiness.org), che annualmente confronta il grado di competitività di 181 paesi nell'attrarre gli investimenti stranieri, alla voce «*Enforcing Contracts*», cioè il grado di efficacia della tutela giudiziale, l'Italia si trova al 157° posto mentre quasi tutti i paesi Ocse sono tra i primi 50 in classifica. Una situazione che contribuisce a far perdere al nostro paese in un anno quattro posizioni nella graduatoria dell'attrattiva economica generale, passando dal 76° all'80° posto. La crescita economica

italiana subisce un costante rallentamento dovuto anche alla diffusa cultura dell'illegalità, che riduce l'efficienza della giustizia e ostacola il buon funzionamento delle istituzioni, mentre i paesi dove le istituzioni, e in particolare la giustizia, funzionano meglio tendono a specializzarsi nei settori produttivi più sofisticati.

Che attrattiva può avere un sistema che, al netto degli altri fattori di valutazione (costo del lavoro, infrastrutture, burocrazia, mercato del credito ecc.), non garantisce all'imprenditore straniero la tutela giuridica *effettiva* dei suoi interessi? Un sistema che non assicura una soluzione ragionevolmente *rapida e certa* alle controversie economiche disincentiva la *compliance* verso la regola e il rispetto degli accordi. Il ricorso alla giurisdizione può diventare così un'avventura infernale per l'attore della causa e un'ottima *chance* per il convenuto inadempiente. Come sostiene acutamente Piercamillo Davigo, «finché nel nostro paese sarà più conveniente resistere in giudizio che saldare un debito, i tribunali saranno sempre ingolfati di cause».

A questo si aggiunge un effetto perverso prodotto dall'applicazione della legge Pinto del 2001, quella che stabilisce un «equo indennizzo» in caso di ritardo eccessivo (in genere superiore ai tre anni) nella conclusione di un processo: i ricorsi autorizzati da questa legge aumentano i volumi delle cause che devono essere esaminate creando ulteriori ritardi e quindi ulteriori richieste di indennizzo (ammontanti a oggi a circa 250 milioni di euro). Per tacere della cosiddetta "Pinto al quadrato", causata dal ritardo nella trattazione delle cause per ritardo. Una spirale che sembra impossibile spezzare.

È chiaro a questo punto che la necessità che il processo si svolga secondo tempi ragionevoli risponde a vari ordini di ragioni: di economia e di *efficienza* interna, ma soprattutto di *efficacia* verso l'esterno, cioè nei confronti del privato cittadino o dell'azienda che hanno diritto a una giustizia *effettiva*, e qualsiasi sentenza pronunciata a distanza di anni dall'introduzione del giudizio non può, per definizione, realizzare una giustizia effettiva. Ciò è tanto più vero nella materia societaria, dove, come è noto, la rapidità è un elemento imprescindibile non solo delle relazioni commerciali, ma sempre più anche della scelta dei modelli processuali cui rivolgersi per dirimere le possibili controversie.

*L'esempio del Delaware, la "terra promessa"
del processo societario*

Quello che andiamo a illustrare è un esempio, noto ai comparatisti, di come la legislazione societaria e soprattutto l'assetto e la velocità del processo possano fare la fortuna di uno Stato.

Il Delaware, piccolo Stato americano della costa atlantica, ha una legislazione commercialistica che ha attratto più del 50% delle più grandi società Usa, che lì hanno trasferito la propria sede legale. Più dell'80% delle nuove *public corporations* scelgono il Delaware quando decidono di collocare le loro azioni presso il pubblico. Quando i *policy makers* discutono questioni del diritto societario – se, ad esempio, le leggi statali sulle società prevedano una adeguata *corporate governance* – si focalizzano sulle leggi del Delaware.

Quali sono le ragioni di tanto successo?

Credo si possa rispondere con la constatazione che – a prescindere dalle pur opinabili valutazioni sulla sua normativa fiscale – il Delaware ha un sistema giudiziario disegnato per rispondere velocemente, in maniera efficiente e autorevole alle cause societarie. Tutte le cause riguardanti il diritto societario vengono giudicate senza giuria. I giudici della Chancery Court, nominati dal governatore dello Stato per un periodo di dieci anni, sono selezionati sulla base della loro specializzazione in diritto societario – in genere tra i migliori giovani dell'ordine degli avvocati del Delaware. Le impugnazioni delle decisioni della Chancery Court sono presentate direttamente alla Corte suprema, i cui 5 membri sono anch'essi scelti in parte sulla base delle loro esperienze di diritto societario. È un sistema giudiziario molto efficiente: importanti casi di scalate di società possono essere trattati e decisi dalla Chancery Court e appellati avanti la Corte suprema, in meno di un mese. La maggior parte delle decisioni di primo grado non viene appellata e la grande maggioranza di quelle appellate vengono confermate.

Verso una giurisdizione responsabilizzante

E da noi cosa si è fatto? Alcuni anni fa tentai di farmi promotore – all'interno di una riscrittura complessiva delle regole delle società commerciali – di una riforma del processo societario, con il decreto legislativo n. 5/2003. Le linee di quell'intervento riformatore traducevano alcuni principi fondamentali del processo civile

in genere, e del processo commerciale in particolare. Vorrei dare due piccoli esempi del modo in cui intendo ben disciplinato il processo giudiziario – e quindi l'intervento del giudice – nel diritto dell'economia:

- è una buona regola, a mio avviso, quella prevista al comma 4 dell'art. 2378 del Codice civile nel procedimento di impugnazione delle delibere delle società per azioni: «All'udienza, il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di conciliazione eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata e, ove la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l'udienza»;
- ed è una regola altrettanto buona quella stabilita dal comma 3 dell'art. 2409 c.c. per il procedimento che nasce dalla denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione della Spa: «Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute».

Qual è il minimo comun denominatore di queste due norme? Un giudice autorevole capace di adottare misure che – anche se di contenuto soltanto processuale, qual è nel secondo esempio la «sospensione» – siano idonee a stimolare la riattivazione di un circolo di autonomia privata che si è interrotto, e che ha portato allo stallo per il quale ci si è rivolti al giudice. Si potrebbe facilmente

evocare, a questo proposito, la caratteristica del «diritto mite» che Gustavo Zagrebelsky ha reso famosa. Vorrei tuttavia chiarire meglio il significato di questa riflessione.

La giurisdizione, nel suo tratto conclusivo e massimamente distintivo che è la «cosa giudicata», riposa da secoli sopra l'idea della tendenziale intangibilità della pronuncia, della sua idoneità a stabilire una volta per sempre la regola di un determinato rapporto, a fare finanche *de albo nigrum*, e per giunta irreversibilmente. È questo, tipicamente, il momento imperativo del diritto e non si può dire, pertanto, che la «mitezza» sia una caratteristica della sentenza. Tutto ciò però contrasta con i valori della modernità, figli del relativismo storico e culturale, che sembrano invece affrancarsi via via dall'idea pervasiva di funzioni pubbliche caratterizzate da (e produttrici di) clausole di eternità. In modo particolare, il diritto dell'economia, tipicamente alieno dalla real(i)tà delle situazioni immobiliari e degli status personali (per citare quei settori dell'ordinamento giuridico in cui le mutazioni in funzione della variabile tempo sono davvero trascurabili), pare invece sempre meno bisognoso di una legge durevole all'infinito e sempre più di prontezza dell'intervento giudiziario, anche a fronte di un'intima precarietà dello stesso. Una sentenza certa e definitiva (per quanto, poi, possa essere definitiva una sentenza in un sistema di *civil law* che non si fonda sullo *stare decisis*, il vincolo del precedente) che arriva dopo anni, nuoce al processo economico molto di più di una sentenza rapida ma suscettibile di essere modificata successivamente. Per usare una metafora medica: meglio avere una diagnosi *relativamente* certa ma tempestiva, quando ancora l'organismo è in

grado di reagire, che una diagnosi *assolutamente* certa quando il paziente è in fin di vita.

In definitiva, occorre prendere atto che nel diritto dell'economia la *res judicata* – che impone le forme (rigide) e i tempi (lungi) del processo giurisdizionale e alla quale altre branche del diritto non riescono a rinunciare – non rappresenta affatto la meta unica né prioritaria. Se la prospettiva diventa la valorizzazione del ruolo fondamentale dell'autonomia dei privati, l'accesso alla giurisdizione resta pur sempre una garanzia costante, ma senza che l'esito necessario – o l'ambizione naturale, come altrimenti si potrebbe definirla – debba essere la produzione di una regola destinata a diventare assoluta e definitiva. Non è, infatti, l'idoneità al giudicato della pronuncia a rendere nobile la funzione del giudice, quanto l'autorevolezza e la capacità dello stesso giudice di enfatizzare il ruolo della pronuncia, anche quando questa è destinata a essere riassorbita (e auspicabilmente superata) nel circolo di autonomia dei privati. Il giudice ha il compito di rimettere in moto la fisiologia di quella famosa «mano invisibile» che un determinato evento patologico ha temporaneamente e incidentalmente fermato. Ciò non significa sposare teorie liberiste che riducano il momento giurisdizionale, in quanto intervento dello Stato, a un livello marginale e quasi «disturbante» del processo economico: abbiamo già evidenziato come le regole rientrino a tutti gli effetti fra i fattori di produzione. Significa invece far giocare al giudice soltanto la sua parte sulla scacchiera dell'economia senza sostituirsi, a volte suo malgrado, ad altri soggetti. Ridare a Cesare quel che è di Cesare, ovvero alle parti la loro autonomia.

Postfazione

di Vitaliano Esposito

Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione

Sembra quasi una fatica di Sisifo quella che vuol affrontare Michele Vietti. Il macigno che si accinge a trasportare il mitico figlio di Eolo – da molti ritenuto il più saggio e prudente, da altri il più scaltro ed arguto dei mortali – è, come dice il titolo del bel libro, la *fatica dei giusti*.

La *fatica*, cioè il travaglio, l'affanno, la sfacchinata, il sudore; non il lavoro, il mestiere, il posto.

Ed i *giusti* sono quei magistrati cui oggi, in studi e ricerche, si addebita, in tutto o in parte, la crisi della giustizia e, con essa, la progressiva, inarrestabile perdita di affidabilità internazionale del sistema Italia.

Quale divinità può aver mai inflitto a Michele Vietti – e per quale ragione – una inaccettabile punizione, quale quella del lavoro inutile e senza speranza?

È stata certamente la sua passione per la giustizia a condurlo alla vicepresidenza del Consiglio superiore della magistratura. Ma è ora la giustizia a mostrargli il volto dei suoi figli, macerati dalla fatica, dal macigno che devono quotidianamente spingere.

Ma, come Sisifo, padre di Ulisse, animato da una spinta irrefrenabile a sfidare il potere degli dei e sempre