

Paolo Comoglio

Il processo come fenomeno economico di massa

Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili



Giappichelli

PREMESSA

Questo non è un libro sulle spese giudiziali. Come la celebre frase di Magritte, da cui è liberamente parafrasata, anche questa affermazione è volutamente paradossale, nel tentativo di segnalare come la presente ricerca voglia essere una mera rappresentazione del problema delle spese nelle controversie civili; rappresentazione intesa, proprio al pari della famosa pipa di Magritte, come tentativo di fornire una immagine somigliante all'originale ma, in quanto tale, diversa e inevitabilmente meno autentica. E ciò in un duplice senso.

Anzitutto, rappresentazione come alterità (e inevitabile inadeguatezza) rispetto a un modello. Il tema delle spese giudiziali è estremamente delicato, non solo, come ovvio, sotto l'aspetto pratico (concernendo per così dire un male necessario di qualsiasi processo¹), ma anche nella prospettiva più squisitamente teorica e dottrinale. La monografia di Giuseppe Chiovenda dedicata a questo tema rappresenta probabilmente una delle opere più complete – e per certi versi più iconiche – della dottrina processualcivilistica italiana del Novecento; la sua completezza e la sua perdurante attualità ne fanno un inevitabile modello di ispirazione. Tuttavia, al pari di tutti i modelli, essa costituisce un punto di riferimento, ma anche un obiettivo irraggiungibile, in una ricerca inevitabilmente asintotica.

In secondo luogo, rappresentazione intesa come raffigurazione e ricostruzione secondo modalità differenti. *La condanna nelle spese giudiziali*, come ammesso dallo stesso Chiovenda nella prefazione alla seconda edizione del volume, rappresenta “il primo saggio di quella rivendicazione della autonomia degli istituti processuali”, rivendicazione poi ampiamente ed efficacemente proseguita negli scritti successivi. Del resto, proprio Chiovenda, coerentemente a questo approccio sistematico e ricostruttivo, ha espressamente escluso dalla propria trattazione, come si legge nella prefazione alla prima edizione, problemi “d'ordine non puramente giuridico”, quali “la presenza stessa delle spese di lite”, “la loro enormità” e “la loro sproporzione riguardo ai risultati delle giudiziali contestazioni”.

¹ È noto il paragone dei costi del processo alle medicine necessarie per curare una malattia di F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 435.

Per converso, l'approccio di questa ricerca è volutamente empirico. L'idea di base è quella di partire proprio dai problemi di ordine non puramente giuridico e, in particolare, dalla loro attuale complicazione (in conseguenza dell'emersione di nuove forme di finanziamento della lite, della diversificazione nelle modalità di esercizio della professione forense e dei più recenti meccanismi di remunerazione degli avvocati) per tentare di verificare se l'impianto sistematico delle norme processuali (ma anche deontologiche) sia adeguato ad affrontare e risolvere tali problemi.

Si tratta di una prospettiva ispirata idealmente – ma ancora una volta in termini di mera rappresentazione, nel senso già specificato di inevitabile inadeguatezza rispetto al modello – all'approccio di apertura “della scienza giuridica verso la realtà” proposto dalla più attenta dottrina degli anni Settanta². E ciò nel senso che l'obiettivo è quello di partire dall'analisi dello stato di fatto, ossia di come, in concreto, vengono finanziate e remunerate le controversie civili per verificare l'adeguatezza delle norme deontologiche e processuali.

In effetti, come segnalato sempre dalla dottrina a partire dagli anni Sessanta e Settanta, il modello processuale codicistico (di impostazione liberale, nonostante l'emanazione in epoca fascista, e chiaramente basato sull'idea di processo come conflitto fra due parti poste in posizione di reciproca parità e uguaglianza) spesso si è mostrato inadeguato a far fronte alle mutate esigenze sociali. In particolare, la ragione di tale inadeguatezza veniva rinvenuta nel fatto che “le grandi costruzioni teoriche del processo, che tanto ci hanno affascinato e tanta ammirazione continuano ancora a destare in noi” (e che hanno influenzato in modo diretto la vigente codificazione processuale), sono caratterizzate da un evidente “distacco dalla realtà politica, economica e sociale”³ e che, proprio “il fascino delle grandi costruzioni concettuali” ha “impedito di scorgere il terreno ricco di travaglio ideologico dal quale erano sorte”⁴.

Negli anni Settanta tale inadeguatezza è stata segnalata con specifico riferimento ai problemi sociali del processo e, in particolar modo, in relazione al problema dell'accesso alla giustizia (legato a doppio filo con il problema del finanziamento e dei costi della lite). Più precisamente, allora è emersa con forza la consapevolezza (oggi data per scontata) che non tutte le parti sono uguali e che, quindi, anche il processo non può essere insensibile a tali differenze.

Al pari di allora, anche oggi sembra possibile rilevare la perdurante inadeguatezza delle norme processuali rispetto alle esigenze che emergono dalla real-

² La citazione è di V. DENTI, *Le ideologie del processo di fronte al problema sociale*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, 27.

³ Cfr., ancora V. DENTI, *Le ideologie del processo di fronte al problema sociale*, cit., 27.

⁴ Si veda sempre V. DENTI, *Le ideologie del processo di fronte al problema sociale*, cit., 15.

tà. Tuttavia, non si tratta più (o, quantomeno, non solo) di questioni sociali come l'accesso alla giustizia. A differenza degli anni Sessanta e Settanta del Novecento, in cui l'accesso alla giustizia era in molti casi negato o comunque estremamente difficoltoso, oggi la prospettiva appare significativamente mutata. In effetti, si può dire che attualmente il problema non sia più quello di garantire l'accesso alla giustizia a chi non ha i mezzi per farlo, quanto piuttosto di verificare se i meccanismi di accesso presenti siano davvero efficienti; e ciò in un duplice senso: da un lato occorre chiedersi se essi siano davvero in grado di garantire a chi non ne ha i mezzi di ottenere, per citare nuovamente una notissima espressione di Chiovenda, "tutto quello e proprio quello" di cui hanno diritto; dall'altro, però, è anche necessario chiedersi se i medesimi non corrano il rischio di essere abusati, da parte di chi non ne ha diritto o per finalità diverse rispetto a quella di garantire una effettiva tutela giurisdizionale. Del resto, come autorevolmente rilevato, il tema dell'accesso alla giustizia si compone di una duplice componente, garantire a tutti la possibilità di accedere al sistema giustizia e garantire che tale accesso porti a risultati individualmente e socialmente giusti⁵.

Specie negli ultimi anni, è abbastanza diffusa la sensazione che il patrocinio a spese dello Stato da un lato non sia in grado di rispondere a tutte le esigenze di tutela di persone bisognose e dall'altro sia ricorrentemente utilizzato da molti avvocati come un vero e proprio ammortizzatore sociale per attenuare gli effetti negativi delle recenti crisi economiche.

In effetti, e più in generale, sembra possibile affermare che oggi il processo sia inadeguato a reggere non tanto le pressioni sociali che lo circondano quanto quelle economiche. E ciò in una duplice prospettiva: da un lato, infatti, l'attività giurisdizionale viene sempre più frequentemente considerata una risorsa limitata e, quindi, da porzionare; allo stesso tempo, però, è progressivamente aumentata la consapevolezza del valore economico della medesima attività giurisdizionale, intesa non solo come un possibile strumento di politica economica, ma anche come elemento in grado di produrre ricchezza ambito da non avvocati⁶. Pur non potendosi parlare di vera e propria "americanizzazione" della professione forense (come pure autorevolmente prospettato⁷), viste le perduranti e si-

⁵ Emblematicamente, in questo senso, B. GARTH, M. CAPPELLETTI, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in 27 *Buffalo L. Rev.*, 1978, 182.

⁶ Sulla sempre maggiore concorrenza "esterna", ossia di non avvocati che offrono servizi legali, cfr. N. ROBINSON, *When Lawyers Don't Get All the Profits: Non-Lawyer Ownership, Access, and Professionalism*, in 29 *Geo. J. Legal Ethics*, 2016, 1.

⁷ Y. DEZALAY, B. GARTH, *Law, lawyers and social capital: Rule of law versus relational capitalism*, in 6 *Soc. & Legal Stud.*, 1997, 109 ss., spec. 131 s. Sulle perduranti differenze del modello professionale italiano, rispetto a quello statunitense, cfr. A. DONDI, *Realtà evolutiva della profes-*

gnificative differenze di strutturazione della professione forense italiana, si può giustamente parlare, anche in Italia, di “mercato della legalità”⁸.

Invero, benché in misura certamente minore rispetto ad altri ordinamenti, anche in Italia il valore del mercato legale è esponenzialmente aumentato negli ultimi anni. L’attività legale, specie quella giurisdizionale, oltre ad avere significative ripercussioni su altri settori economici (come dimostra la ricorrente configurazione delle riforme processuali come veri e propri strumenti di politica economica e la qualificazione di alcuni pareri del Consiglio Nazionale Forense come condotte restrittive della concorrenza), ha un peso estremamente significativo nella produzione della ricchezza (o, per usare un gergo economico, del prodotto interno lordo). Per parafrasare Mauro Cappelletti, non pare azzardato parlare oggi del processo come di un fenomeno economico di massa⁹.

Questa dimensione è stata spesso poco percepita, soprattutto se si considera l’attività forense in una prospettiva per c.d. microeconomica; tuttavia, le più recenti evoluzioni non solo del numero e della tipologia di contenziosi civili, ma anche della strutturazione della professione legale, rendono ormai indispensabile utilizzare tale prospettiva per comprendere come le sempre più forti spinte economiche incidano sulle norme processuali.

E ciò in un duplice senso: da un lato, la crisi (a livello per così dire microeconomico) del ceto forense (dovuta indubbiamente all’aumento esponenziale di iscritti dell’ultimo ventennio e alla tipica frammentazione delle modalità di esercizio della professione) esplica i propri effetti anche a livello macro, implicando il rischio concreto di un uso in improprio, se non del tutto abusivo, di alcuni istituti processuali¹⁰. Dall’altro, però, il mercato legale, inteso nel suo ri-

sione legale. *Sfide della globalizzazione, “glocalizzazione” e adeguatezza degli standard professionali*, in *Pol. dir.*, 2008, 623, spec. 631 (il quale non manca di sottolineare, proprio in considerazione delle attuali evoluzioni della professione forense, i rischi di provincializzazione dell’avvocatura italiana).

⁸ M.R. FERRARESE, *Law firms: diritto e dintorni. O del “mercato della legalità”*, in D.V. CERINI, F. SCARPELLI (a cura di), *L’avvocato nella società contemporanea*, Milano, 2016, 65. Negli Stati Uniti è ormai ben radicato il concetto di “market of disputes” e “market of justice” (cfr. Y. DEZALAY, B. GARTH, *Fussing about the forum: Categories and definitions as stakes in a professional competition*, in *21 Law & Soc. Inquiry*, 1996, 285 ss., spec. 306 ss.) e, più in generale, di “business of law” (cfr., anche per ulteriori riferimenti, T. KIMBROUGH, *Law Firm Dynamics: Don’t Hate the Player, Hate the Game*, in *75 SMU L. Rev. F.*, 2022, 241).

⁹ Celebre è la definizione di Cappelletti del processo come “fenomeno sociale di massa” (M. CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano, 1972, 225).

¹⁰ Sull’evidente impoverimento della classe forense, cfr., anche per ulteriori riferimenti, E. MINERVINI, *L’equo compenso degli avvocati e degli altri liberi professionisti*, Torino, 2018, 1 ss. Si tratta di un problema diffuso, non solo in Italia (cfr. T. KIMBROUGH, *Law Firm Dynamics: Don’t Hate the Player, Hate the Game*, cit., 244) e non riguardante solo l’aspetto propriamente

lievo macroeconomico, sta sempre più suscitando l'interesse di chi, non avvocato, ne è sempre stato tradizionalmente escluso e, quindi, cerca di entrarvi. Si può dire che la stessa riforma del 2022 del processo civile sia frutto, almeno in parte, di queste pressioni economiche¹¹.

È proprio questa prospettiva che rappresenta il punto di partenza della presente ricerca. Non si tratta, però, di un'analisi economica del diritto. Quest'ultima prospettiva, infatti, presuppone di applicare gli strumenti concettuali dell'economia per l'analisi delle norme giuridiche¹² e delle stesse norme processuali¹³, in considerazione dell'obbiettivo che si intende proseguire con tali norme¹⁴.

Ciò che invece qui si tenterà di evidenziare è come queste nuove spinte economiche incidano e influiscano sulla definizione degli scopi del processo e sulla conseguente regolamentazione processuale: per così dire, non è l'economia che diventa uno strumento di analisi del processo, ma è il processo che sta diventando uno strumento economico¹⁵. Anzi, si è parlato addirittura di governo dell'economia sulla giustizia civile¹⁶.

Invero, questo cambio di prospettiva coinvolge, evidentemente e prima di

economico della professione (P.R. KRILL, R. JOHNSON, L. ALBERT, *The Prevalence of Substance Abuse and Other Mental Health Concerns Among American Attorneys*, in 10 *J. Addiction Med.*, 2016, 46).

¹¹ In questo senso, cfr. P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 47.

¹² In proposito, si è giustamente osservato, infatti, che “l'analisi economica del diritto consiste nell'applicazione del metodo dell'economia ai problemi giuridici e allo studio delle istituzioni” (così, R. ARTONI, C. DEVILLANOVA, *Riflessioni sul rapporto fra economia e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2013, 111).

¹³ In tema, anche per una specifica illustrazione delle differenti declinazioni dell'analisi economica del diritto e delle sue possibili applicazioni allo studio del processo, cfr. F. AULETTA, *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 633 ss. Nella dottrina staunitense, nella medesima prospettiva, G.P. MILLER, *The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure*, in 45 *Am. J. Comp. L.*, 1997, 905.

¹⁴ Sulla centralità dell'individuazione dello scopo delle norme giuridiche sostanziali (ma evidentemente anche processuali) ai fini dell'analisi economica del diritto (definita appunto “strumentalista e consequenzialista perché studia il diritto in relazione ai suoi effetti”); in tema, cfr. F. CAROCCIA, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, in *Foro it.*, V, 2014, c. 193 ss., spec. 213 (da cui è tratta la citazione).

¹⁵ Del resto, il rapporto fra diritto ed economia è sempre stato di mutua interazione. Come si è giustamente osservato, “non si dà materia economica «pregiuridica», «naturale», e non si dà diritto che possa prescindere dalla natura dei rapporti che si intendono regolare” (R. ARTONI, C. DEVILLANOVA, *Riflessioni sul rapporto fra economia e diritto*, in *Ars interpretandi*, cit., 125).

¹⁶ Così espressamente, A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 89 ss.

tutto, l'avvocatura e il suo ruolo all'interno del processo; e ciò in quanto proprio tramite l'avvocatura (e la sua specifica configurazione) le spinte economiche esercitano la propria forza sul e nel processo. In altri termini, si cercherà di analizzare queste spinte economiche nella prospettiva dell'avvocato, prospettiva che, per quanto ampiamente e autorevolmente nota in dottrina, risulta spesso inusuale¹⁷.

D'altro canto, e più in generale, si può parlare di una corrispondenza biunivoca tra avvocatura e processo. Da un lato la concreta configurazione delle norme processuali incide in modo significativo sulla strutturazione delle professioni legali (si pensi solo agli effetti che meccanismi processuali, quali il *discovery* e la *class action*, hanno avuto sulla strutturazione degli studi legali statunitensi)¹⁸; dall'altro, le specifiche modalità di svolgimento della professione forense possono influenzare non solo l'interpretazione delle norme processuali ma anche lo stesso legislatore processuale (come successo, a titolo esemplificativo, nel caso della controriforma del 1950 del codice di rito)¹⁹.

¹⁷ Sulla "prospettiva dell'avvocato" come modalità di analisi delle norme processuali, cfr. A. DONDI, *Segreti ed etica dell'avvocatura. Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney-client privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 652 (il quale giustamente rileva come tale prospettiva di analisi fosse già stata autorevolmente suggerita da Vittorio Denti), nonché ID., *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 261. In tema, cfr. ancora ID., *Law of Lawyering in the Face of New and Permanent Values of Legal Ethics*, in *ZZPInt.*, 2021, 51 ss. Si veda anche V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 399 ss.

¹⁸ Nella dottrina statunitense, a questo riguardo, cfr. J.T. MOLOT, *How changes in the legal profession reflect changes in civil procedure*, in *84 Va. L. Rev.*, 1998, 955. Non pare certamente casuale il fatto che la prospettiva dell'avvocato, concretizzatasi nella configurazione della deontologia (meglio, dell'etica legale) come autonomo campo di ricerca e nell'elaborazione della *law of lawyering* come prospettiva di analisi inclusiva sia degli aspetti propriamente deontologici sia degli aspetti più strettamente processuali, sia caratteristica di uno degli ordinamenti in cui le spinte economiche hanno inciso in modo più significativo sulla strutturazione della professione forense e sulle tecniche di tutela processuale; in questo senso, cfr. A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali. Un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 683, nonché ID., *Law of Lawyering in the Face of New and Permanent Values of Legal Ethics*, cit., 51 ss. e ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*, Padova, 1991, 8. In senso analogo, circa il necessario collegamento della prospettiva deontologica con la configurazione di un ruolo pubblicistico dell'avvocato, cfr. I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in *Ars interpretandi*, 2022, 89. In senso contrario, però, circa la possibilità di ricavare comunque norme deontologiche pur in mancanza di una configurazione pubblicistica del ruolo del difensore, cfr. G. TARRELLI, *Due interventi in tema di deontologia*, in *Mat. storia cult. giur.*, 1982, 207 ss.

¹⁹ In proposito, è ampiamente nota la definizione carneltuttiana della spinta riformatrice di quegli anni in termini di "rivolta degli empirici camuffati da antifascisti" (cfr. F. CARNELUTTI, *Addio, Chiovenda*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, I, 122). Sul ruolo della classe forense nella "contro-

Ebbene, come lo è stato per le parti del processo negli anni Sessanta-Settanta, sembra inevitabile prendere atto che ormai anche gli avvocati non sono più uguali fra loro²⁰. Non pare casuale che oggi si possa parlare di professionisti indipendenti, per distinguerli dai professionisti non (o comunque non del tutto) indipendenti; una specificazione fino a poco tempo fa superflua, se non addirittura logicamente inconcepibile, visto che l'indipendenza era ritenuta una caratteristica essenziale dell'attività professionale²¹.

Anzi, non appare azzardato affermare che la rappresentazione dell'avvocatura (anzi, la "narrazione" dell'avvocatura, volendo utilizzare la felice espressione di Geoffrey Hazard²²) presa come modello di riferimento dal codice del 1940 non trovi più corrispondenza nella concreta strutturazione della professione legale. In realtà, probabilmente, il momento di avvio di quella che è stata definita come "modernità" dell'avvocatura può farsi risalire alla rivoluzione industriale di fine Ottocento²³. Tuttavia, si può dire che il legislatore di allora avesse un'idea di avvocatura, per citare un po' liberamente la definizione di Tocqueville dell'avvocatura statunitense, per così dire "aristocratica"; forse, e più propriamente, si potrebbe parlare di idea borghese di avvocatura²⁴.

Al netto, ovviamente, delle differenze con gli Stati Uniti (in cui l'idea tradizionale configura il difensore come "the fearless advocate who champions a client threatened with loss of life and liberty by government oppression", idea

riforma" del 1950 (così definita autorevolmente da T. CARNACINI, *Controriforma della riforma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 993) e sulla "singolarità" di tale ruolo rispetto alle altre riforme, si veda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, 194.

²⁰ Sulle più recenti evoluzioni della professione forense, nella prospettiva di una netta differenziazione di modelli di esercizio della professione in collegamento con la sempre più marcata globalizzazione, anche del mercato legale, cfr., anche per ulteriori riferimenti, L.S. TERRY, *Global networks and the legal profession*, in 53 *Akron L. Rev.*, 2019, 137. In tema, nella dottrina italiana, cfr. A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale. Sfide della globalizzazione, "glocalizzazione" e adeguatezza degli standard professionali*, cit., 623.

²¹ Cfr. I. FELLINI, *I professionisti indipendenti di fronte alla crisi*, in *Polis*, 2020, 191. Nella dottrina statunitense, cfr. R.W. GORDON, *The Independence of Lawyers*, in 68 *B.U. L. Rev.*, 1988, 48.

²² G.C. HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, in 100 *Yale L.J.*, 1991, 1243.

²³ G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, Bologna, 2005, 60.

²⁴ In generale, sulla permanenza dell'immagine tradizionale dell'avvocatura nella percezione comune (e anche del legislatore), si vedano ancora G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit., 60, i quali, comunque, rilevano che, specialmente al di fuori degli Stati Uniti, "il manifestarsi di forme di organizzazione dell'esercizio della professione articolate secondo il modello plurisoggettivo, gerarchico e in definitiva aziendale delle *law firms* statunitensi costituisce un fenomeno molto recente" e che, più in generale, "anche altri tipi di trasformazioni nell'assetto della professione legale si sono manifestati con estrema lentezza".

meno diffusa in Italia, almeno in termini così rigorosi di contrapposizione con il potere governativo)²⁵, anche in Italia l'idea tradizionale si è sostanzialmente basata sul modello di un avvocato, inserito in modo coerente (*entrenched*, secondo la forse più efficace espressione inglese) nella propria realtà politica ed economica, che esercita da solo e in modo autonomo la propria professione; in sostanza, una avvocato che si confronta con altri avvocati a lui pari e nell'interesse di persone sue pari²⁶. Questa idea è emblematicamente riassunta da Calamandrei, che, in uno dei suoi più celebri scritti dedicati all'avvocatura, ha definito gli avvocati come "liberi professionisti, che esercitano le loro funzioni in nome proprio e per un proprio interesse, scelti dal cliente in regime di concorrenza e da questo di volta in volta retribuiti"²⁷.

Si tratta, evidentemente, di un'idea di avvocatura totalmente libera e slegata da pressioni economiche sia interne (in quanto dotata di redditi adeguati a non essere influenzata) sia esterne (stante la totale incompatibilità con l'esercizio di qualsiasi attività economiche); idea pienamente coerente con gli ideali politici e sociali ottocenteschi in cui è stata progressivamente elaborata²⁸. In effetti, sembra possibile affermare che questa idea di avvocatura abbia direttamente influenzato la codificazione processuale e sia tuttora implicitamente sottesa a tutte le norme processuali. Ciò emerge, ad esempio, dalla mancanza di qualsiasi considerazione, all'interno del codice di rito, dei problemi nascenti dall'esercizio strutturato della professione o dalla rappresentanza di parti diverse dalle persone fisiche, sia con riferimento a problemi propriamente pratici (come la mancanza di qualsiasi norma che consenta espressamente la possibilità per il difensore di farsi sostituire in udienza) sia in relazione a questioni ben più cruciali (come il problema della sorte degli atti processuali compiuti dal difensore in conflitto di interessi).

Si può anche affermare che questa concezione di avvocatura sia anche alla base del ritardo nella codificazione della normativa deontologica italiana. Se si concepisce l'avvocatura come un insieme omogeneo di persone che condividono i medesimi valori, allora è effettivamente superfluo codificare le norme deontolo-

²⁵ G.C. HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, cit., 1243.

²⁶ La configurazione che, a partire dall'Ottocento, assume progressivamente la professione forense si distingue, invece, dalla corrispondente evoluzione statunitense per l'assenza, in quest'ultima, di una rigida normativa statale di controllo dell'accesso alla professione; in tema, cfr. R. POUND, *The Lawyer, from Antiquity to Modern Times*, St Paul, 1953.

²⁷ P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, in *Quaderni della voce*, S. IV, n. 46, 1921, qui citato da P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, vol. II, *Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del diritto*, Napoli, 1966, 81.

²⁸ Sulle origini ottocentesche del concetto moderno di professione, cfr. A. BERLINGUER, *Sulla vexata quaestio delle tariffe professionali forensi*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, 66.

giche; tali norme, infatti, sarebbero semplicemente ricognitive dei comportamenti già normalmente condivisi e rispettati da tutti²⁹. Per converso, in mancanza di una simile omogeneità la previsione di norme deontologiche, in funzione precipuamente precettiva, diventa non solo opportuna ma necessaria.

Oggi, però, una simile visione dell'avvocatura, in qualche misura semplificatrice, non pare più adatta a rispecchiare la realtà della professione forense, anche italiana, sia in considerazione della progressiva differenziazione delle stesse liti civili sia in ragione delle sempre maggiori pressioni economiche, interne ed esterne, sull'avvocatura stessa³⁰.

La presente ricerca intende pertanto verificare, nel contesto della sempre più diversificata strutturazione della professione legale e a prescindere dal ruolo che dogmaticamente o pragmaticamente si intende attribuire all'avvocato nel processo, come queste spinte per così dire macroeconomiche incidano a livello micro; in particolare, dato che l'emersione di tale fenomeno appare rinvenibile soprattutto nella progressiva introduzione di nuove e articolate forme di finanziamento e di remunerazione delle liti civili, è proprio partendo dall'analisi di queste ultime che si cercherà di comprendere, anche alla luce del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale, se e in che modo le norme processuali e deontologiche siano in grado di far fronte alle mutate pressioni cui il processo è sottoposto.

Il punto di partenza è rappresentato inevitabilmente dall'analisi dei metodi tradizionali di finanziamento della lite (come anticipazione delle spese, distrazione delle spese e patrocinio a spese dello Stato, cui è dedicato il primo capitolo). Si passerà, poi, allo studio dei nuovi metodi di finanziamento della lite (società di avvocati con soci di capitali, patto di quota lite, *third-party funding*, *pro bono*, cui è dedicato il secondo capitolo), per terminare con l'analisi delle modalità di remunerazione processuale della lite e delle sue plurime funzioni, compensativa, punitiva, deterrente e, più recentemente, anche premiale (cui saranno dedicati i capitoli terzo e quarto).

²⁹ Non casualmente, del resto, si è notato come l'emersione della "questione deontologica" in Italia sia di "tipo patologico", essendo motivata dal verificarsi di palesi e gravi violazioni delle norme di correttezza professionale; cfr. I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, cit., 88 (la quale, non a caso, parla di "matrice scandalistica" del problema deontologico).

³⁰ In tema, cfr. A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali. Un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità*, cit., 683. Nella medesima prospettiva, cfr. I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, cit., 96, la quale sottolinea, inoltre, come tale complessità generi anche una complicazione nell'individuazione delle regole di etica legale da seguire, non essendo per nulla chiaro "come debba agire un avvocato (un giurista) all'interno di un sistema legale in una società pluralistica, dove i cittadini sono in disaccordo su quale sia la via buona".

In conclusione (e precisamente nell'ultimo capitolo), si cercherà di mettere in luce, proprio alla luce dei risultati dell'analisi precedente, le possibili inadeguatezze della disciplina processuale italiana a fronteggiare i nuovi problemi posti dalle recenti evoluzioni nelle modalità di finanziamento della lite e nella strutturazione della professione legale, con particolare riferimento all'assenza di meccanismi (deontologici ma anche processuali) idonei a controllare e gestire i problemi posti da tali evoluzioni.

In estrema sintesi, e questo vuole essere un monito per l'autore e non certo un'assicurazione del risultato di questa ricerca, si cercherà di compiere questa ricostruzione nella convinzione che "il compito del giurista non è meramente quello dell'ordinamento e della ricostruzione delle norme, ma importa lo studio della realtà, in funzione delle norme, che altrimenti finiscono del resto per perdere significato"³¹.

³¹T. ASCARELLI, *Litigiosità e ricchezza*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 263.

CAPITOLO I

PRINCIPIO DI ANTICIPAZIONE E
METODI TRADIZIONALI DI FINANZIAMENTO

SOMMARIO: 1. Anticipazione delle spese – Tendenza alla forfetizzazione degli oneri e collegamento con il valore della controversia. – 1.1. Problemi definatori e prospettive di analisi. – 1.2. Costi “dei” processi v. costi “del” processo nell’ottica della proporzionalità: verso una giustizia “limitata”? – 1.3. Il processo come “fenomeno economico di massa”. – 1.4. La forfetizzazione dei costi di accesso alla giustizia: un incerto confine fra responsabilizzazione della parte e deflazione dei contenziosi. – 1.5. Forfetizzazione punitiva, automatismo sanzionatorio e raddoppio del contributo unificato. – 2. Costi del processo e accesso alla giustizia. Problemi di tutela e di finanziamento pubblico della lite. – 2.1. L’accesso alla giustizia (non ancora) preso sul serio: vecchi e nuovi “inganni”. – 2.2. Usi del patrocinio a spese dello Stato: condizioni di ammissibilità ed esclusività del parametro reddituale. – 2.3. (*segue*): provvisoriety dell’ammissione e sue conseguenze processuali. – 2.4. Abusi del patrocinio per (avvocati) non abbienti. – 2.5. Da garanzia a strumento di politica legislativa: per un ripensamento del patrocinio a spese dello Stato nella prospettiva della tutela delle persone “vulnerabili”. – 3. L’avvocato distrattario come finanziatore della lite. – 3.1. Le incerte origini della distrazione delle spese. – 3.2. Incertezze applicative. – 3.3. Ambiguità definitorie.

1. *Anticipazione delle spese – Tendenza alla forfetizzazione degli oneri e collegamento con il valore della controversia*

1.1. *Problemi definatori e prospettive di analisi*

Il dato di partenza di questa di questa ricerca è una “verità manifesta”, secondo l’icastica espressione utilizzata da Francesco Carnelutti¹: il processo co-

¹F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 435 (“che il processo, accanto al suo rendimento, abbia il suo costo, come ha il suo costo la cura di una malattia, è una verità manifesta”).

sta e, per così dire, è inevitabile che costi². Anzi, è stato autorevolmente osservato come il problema dei costi rappresenti spesso “il” principale problema del processo³.

In realtà, proprio in considerazione della rilevanza costituzionale dell’accesso alla giustizia in un modello ideale si potrebbe anche azzardare l’ipotesi che i costi del sistema giudiziario vengano sostenuti integralmente dallo Stato⁴. Si tratta, naturalmente, di un’ipotesi sostanzialmente irrealistica. Del resto, ragioni di ordine pratico (la mancanza di risorse sufficienti) – ma anche di opportunità (una giustizia gratuita certamente favorirebbe l’esplosione di controversie infondate e/o temerarie) – portano certamente a ritenere tale soluzione non solo irrealistica, ma anche sostanzialmente inappropriata⁵. La stessa Corte costituzionale in diverse occasioni ha avuto modo di rilevare che “non v’è norma costituzionale che garantisca la prestazione gratuita del servizio giudiziario”⁶ e che “la ragione dell’onere [dell’anticipazione] sta nell’esigenza di stimolare la parte ad un uso cosciente del suo diritto di difesa ed a evitare che ne abusi per fini dilatori o sterili”⁷.

² Sull’inevitabilità di questa considerazione, cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2019, 641.

³ In questo senso, con riferimento al processo inglese (ma la considerazione ha un respiro certamente più ampio), JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, London, 1987, 257, secondo il quale “nella maggior parte dei casi, il fattore-spese finisce col diventare più importante delle questioni che sono oggetto della controversia”.

⁴ In questo senso, ad esempio, si era espresso il Pretore di Pieve di Cadore che, con ordinanza del 15 maggio 1963, aveva sollevato questione di costituzionalità a questo riguardo, rilevando, in particolare, che le spese di giustizia avrebbero dovuto essere classificate fra quelle pubbliche di interesse collettivo e perciò, in virtù dell’art. 53, primo comma, della Costituzione, avrebbero dovuto essere poste a carico di tutti in ragione della capacità contributiva di ciascuno, in modo che ad esse si facesse fronte con i proventi di imposte e non con quelli delle tasse. Il contenuto delle argomentazioni dell’ordinanza è riportato nel testo della sentenza della Corte cost., 2 aprile 1964, n. 30 (di cui si dirà tra breve) che ha dichiarato non fondata la già menzionata questione di incostituzionalità.

⁵ In tema, anche per ulteriori riferimenti sul tema, M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, 4.

⁶ Cfr. Corte cost., 2 aprile 1964, n. 30, in www.cortecostituzionale.it, in cui, a rafforzamento della conclusione raggiunta, si afferma che: “Al contrario l’art. 24, terzo comma, della Costituzione, con il fare obbligo di assicurare ai non abbienti i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione, muove dal presupposto che sia legittimo imporre oneri patrimoniali a carico di coloro nei cui riguardi è esplicita una attività di giustizia”. In tema cfr. SATTÀ, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano, vol. I, *Disposizioni generali*, 1959, 296, BONGIORNO, *Spese giudiziali*, cit., 1.

⁷ Corte cost., 8 luglio 1967, n. 93, in *Giur. cost.*, 1967, 1037. In dottrina, sul punto, L.P. CO-MOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 249.

Dall'inevitabilità dei costi del processo, però, derivano implicazioni tutt'altro che scontate. In effetti, il problema dei costi si presta ad essere affrontato secondo differenti prospettive di analisi; anzitutto e per così dire ovviamente, in una prospettiva strettamente tecnica e processuale, è necessario determinare chi debba sostenere tali costi, prima del processo (anticipandoli) e dopo il processo (sopportandoli in via definitiva). In secondo luogo, il problema dei costi può essere analizzato in una prospettiva sociale e costituzionale, in quanto le spese del processo (soprattutto nel caso in cui debbano essere anticipate dalla parte che inizia il procedimento) rappresentano la prima e più insidiosa "barriera" per l'accesso alla giustizia⁸.

Si tratta, naturalmente, delle prospettive di analisi più note ed evidenti. Tuttavia, il problema dei costi può essere analizzato anche secondo ulteriori prospettive. A questo riguardo, però, è necessario un chiarimento preliminare – di tipo sostanzialmente definitorio – circa il tema di cui ci si occuperà. L'affermazione da cui si è partiti, ossia che il processo implica dei costi, oltre che ovvia è anche generica. In effetti, l'espressione costi del processo, senza dubbio utile da un punto di vista descrittivo, è sostanzialmente vaga, comprendendo al proprio interno voci di costi che si differenziano in modo significativo e che pongono differenti tipi di problemi.

In effetti, è possibile segnalare quantomeno una duplice categoria di costi del processo: da un lato, le spese dovute a titolo di tributi, tasse e bolli per accedere alla macchina giudiziaria (ossia, in generale, il concorso al pagamento delle spese che lo Stato sostiene per far funzionare il sistema giudiziario); dall'altro, le spese per l'assistenza e la difesa tecnica⁹. Si tratta, sostanzialmente, di una distinzione molto simile a quella proposta da Francesco Carnelutti tra *costo generale* e *costo particolare* del processo¹⁰.

Generalmente, parlando di spese di lite, si tende a non attribuire molto peso a tale distinzione; ciò dipende, in particolare, dalla tradizione storica che contraddistingue il nostro sistema giuridico (in cui tali voci hanno praticamente sempre avuto il medesimo trattamento normativo, sia in termini di anticipazione sia in

⁸ M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*, in M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice*, I, Milano, Alphenandenrijn, 1978, 10 ss., edito anche in *27 Buff. L. Rev.*, 1978, 181 (da cui sono tratte le citazioni indate nel prosieguo).

⁹ Cfr., in tema, G. BONGIORNO, *Spese giudiziali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXX, Roma, 1993, 1, il quale, in realtà, elenca tre differenti gruppi di spese processuali.

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 436, secondo cui, appunto il costo generale rappresenta "la frazione, che a ciascun processo può essere imputata, di quelle che sono veramente le spese generali dell'amministrazione della giustizia", mentre il costo particolare è rappresentato dalle "spese necessarie per i singoli atti del processo". In tema, cfr. M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, cit., 3.

termini di ripartizione alla fine del processo). Lo stesso, tuttavia, non può dirsi in chiave comparatistica, visto che in altri ordinamenti (specialmente quelli di *common law*) è molto più rilevante la distinzione fra *costs* del processo e *attorney fees*¹¹.

Tuttavia, tale distinzione è fondamentale, in considerazione del fatto che, generalmente, solo le spese per la difesa tecnica sono sopportate per intero dalle parti del processo. Diverso, infatti, è il caso dei costi necessari al funzionamento dell'apparato giudiziario. In Italia, così come avviene nella quasi totalità degli ordinamenti moderni (soprattutto di matrice europeo-continentale), tali costi sono assunti direttamente dallo Stato e solo parzialmente posti a carico delle parti¹².

E ciò in un duplice senso. Anzitutto, la determinazione dei costi posti a carico delle parti non è né corrispondente al costo effettivo della singola controversia per il sistema giudiziario né commisurata o comunque proporzionale al costo complessivo del funzionamento del sistema giudiziario; in secondo luogo, benché manchino specifiche statistiche o indagini in tal senso, generalmente il costo posto a carico delle parti è comunque inferiore rispetto al costo complessivo sostenuto dallo Stato per pagare i magistrati, il personale di cancelleria e, in generale, i costi di gestione degli uffici giudiziari. In effetti, a differenza dei costi di assistenza tecnica (che, come si dirà più avanti, sono direttamente proporzionali all'attività effettivamente svolta nel processo e sono integralmente sostenuti dalle parti), il costo del funzionamento del sistema giudiziario è assunto, per la maggior parte, dallo Stato, proprio al fine di agevolare l'accesso alla giustizia civile¹³.

Visto in questo modo, il problema dei costi si presta certamente ad un'ulteriore prospettiva di analisi, per così dire macroeconomica; porre una parte consistente del costo dei processi a carico dello Stato vuol dire, ovviamente, porre tale costo a carico della collettività, ossia distribuirlo anche su coloro che non hanno bisogno di ricorrere al sistema giudiziario. E ciò vuol dire, inoltre, che, data la limitatezza delle risorse economiche di uno Stato, l'esigenza di destinare maggiori o minori risorse al sistema giudiziario si scontra inevitabilmente con l'esigenza di destinare risorse ad altri settori, altrettanto rilevanti, di in-

¹¹ In tema, cfr. A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, *passim*.

¹² SILVER, *Does Civil Justice Cost Too Much?*, in 80 *Tex. L. Rev.* 2002, p. 2073 ss., G.P. MILLER, *On the Costs of Civil Justice*, in 80 *Tex. L. Rev.* 2002, p. 2115 ss., ZANDER, *Cases and Materials on the English Legal System*, cit., p. 71 ss.

¹³ CAPPELLETTI, *Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, in 69 *Mich. L. Rev.*, 1971, 847 ss.

tervento statale (come, banalmente, la sanità e il welfare). Ciò implica valutazioni di politica finanziaria, a loro volta direttamente collegate a scelte più generali di politica del diritto¹⁴.

Del resto, la prospettiva macroeconomica è intrinsecamente in conflitto con quella sociale e costituzionale; volendo prendere in prestito la terminologia economica, la prima prospettiva tende a ottimizzare i costi del sistema giudiziario (ossia proporzionandoli rispetto ai costi di altri settori comunque rilevanti per lo Stato), mentre la seconda tende a massimizzare le risorse da destinare alla giustizia (determinando le risorse in base alle effettive esigenze di funzionamento del sistema, a prescindere da ogni considerazione di proporzionalità rispetto alle risorse destinate ad altri settori).

Al di là di questi problemi (che, evidentemente, attengono a valutazioni di natura propriamente politica), si può dire che la dimensione macroeconomica dei costi “dei” processi stia incidendo in modo sempre più significativo sulla regolamentazione dei costi “del” singolo processo e, in generale, sulle regole del suo svolgimento.

1.2. Costi “dei” processi v. costi “del” processo nell’ottica della proporzionalità: verso una giustizia “limitata”?

Come si è detto, la prospettiva macroeconomica dei costi del processo rappresenta il punto di partenza di questa analisi; del resto, e il rilievo è ancora una volta abbastanza banale, la diminuzione delle risorse destinate dallo Stato al sistema giudiziario (o, meglio, l’aumento dei costi richiesta alle parti) rende più cruciale e delicato il problema del finanziamento della lite e delle regole processuali che disciplinano l’anticipazione e la remunerazione dei costi del processo.

In realtà, i costi del sistema giudiziario sono da sempre soggetti, al pari di tutti gli altri costi sostenuti dallo Stato, ad una verifica di congruità e adeguatezza. Un principio basilare di qualsiasi economia pubblica (e non solo) è quello di evitare sprechi e inefficienze, e certamente questa prospettiva è del tutto coerente e compatibile con la garanzia di un effettivo accesso alla giustizia.

Tuttavia, negli anni più recenti è emersa con maggiore consapevolezza, pro-

¹⁴La dottrina si è spesso interrogata sul modo e sulla misura di ripartizione percentuale di tali costi, sia in epoca prerepubblicana (cfr., senza pretese di completezza, P. CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l’incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 50 e F. CARNELUTTI, *Finanza e processo*, in *Riv. dir. fin.*, 1937, I, 243) sia a seguito dell’emanazione della Carta costituzionale (cfr., anche per l’analisi dei risvolti sul tema dell’introduzione dell’art. 24 Cost., L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 265 ss. e V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 2007, 11).

prio con riferimento ai costi da destinare al funzionamento della giustizia, l'esigenza non solo di evitare inefficienze, ma anche (se non soprattutto) di valutare la congruità delle risorse destinate al sistema giudiziario rispetto alle risorse destinate ad altri settori dell'economia pubblica¹⁵.

Questa tendenza, piuttosto comune a tutti gli ordinamenti occidentali, è emersa con particolare evidenza in alcuni ordinamenti, in cui tale nuova prospettiva si è tradotta in significativi cambiamenti della stessa disciplina processuale. È, in particolare, il caso dell'ordinamento inglese, nel quale il problema dei costi del processo è stato affrontato in una complessiva logica di proporzionalità rispetto alle caratteristiche della singola controversia. Proprio sulla base di tale logica, il processo è stato progressivamente concepito come un'attività onerosa da monitorare fin dall'inizio, con l'attribuzione al giudice di penetranti poteri di controllo non solo dell'efficienza del processo, ma anche dell'efficienza economica del processo stesso¹⁶.

Invero, l'obiettivo di «saving expenses» risulta, infatti, già manifestamente presente nella versione originaria delle *Civil Procedure Rules* inglesi¹⁷. Tuttavia, le riforme avvenute nei primi anni di questo secolo hanno attribuito al giudice inglese il potere-dovere di controllare, sia *in limine litis* sia durante la controversia, le attività delle parti e i relativi costi ai fini di una loro generale limitazione¹⁸.

La prima e più significativa si può fare coincidere con l'attribuzione al giudice di un ruolo attivo e penetrante non più e non solo nella gestione del processo, come previsto nella versione originaria delle *CPR*, ma anche nel controllo delle spese del processo. La *Part 3.12* delle *CPR* inglesi prevede, infatti, un

¹⁵ In tema, cfr. R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.

¹⁶ Cfr. A. PANZAROLA, *Principio di proporzionalità e processo civile: la "nuova" procedura civile utilitaristica*, in ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 42 ss.

¹⁷ Tale obiettivo, collocato nella *Part 1*, costituisce uno degli elementi fondanti dell'«overriding objective» perseguito dalla riforma ispirata da Lord Woolf. Si può pertanto piuttosto tranquillamente affermare che il parametro di una giustizia resa in maniera efficiente e poco dispendiosa abbia rappresentato dall'inizio del terzo millennio uno degli emblemi più frequentemente rilevati e apprezzati del *new code* inglese.

¹⁸ In tema cfr. SORABJI, *Prospects for proportionality: Jackson implementation*, in 32 *CJQ*, 2013, p. 213, nonché, in precedenza, MICHALIK, *Justice in Crisis: England and Wales*, in Zuckerman (a cura di), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, 1999, p. 134. Sul punto, sia consentito il richiamo a P. COMOGLIO, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo "update" delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 145. Cfr. anche R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, cit., 397 ss.

Costs Management, nell'ambito del quale il giudice è tenuto a controllare la proporzionalità dei costi rispetto al valore e alla natura della controversia; un potere che comporta anche la preclusione allo svolgimento di attività sproporzionate¹⁹.

Il rilievo di tale nuova impostazione si può connettere, come già accennato, al momento nel quale tale controllo deve essere esercitato. Prima di questo intervento riformatore la valutazione del giudice in ordine alla necessità o alla proporzionalità delle spese avveniva *a posteriori*, vale a dire al termine della controversia e, quindi, solo dopo il compimento effettivo delle spese (al pari di quanto avviene anche in Italia, in cui il giudice, nella liquidazione delle spese legali, può escludere quelle che ritiene eccessive o superflue)²⁰. Ora, invece, il controllo è anche – anzi, essenzialmente – preventivo²¹.

¹⁹ Così la Part 3.12. (2) delle CPR, che espressamente recita: « The purpose of costs management is that the court should manage both the steps to be taken and the costs to be incurred by the parties to any proceedings so as to further the overriding objective ». Al riguardo, ad. es., SORABJI, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, cit., p. 207 ss., HURST, *Costs Orders as a Case Management Tool*, in DWYER (editor), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford 2009, p. 171 ss., RAMSEY, *Costs Management: A Necessary Part of the Management of Litigation – Sixteenth Lecture in the Implementation Programme*, Law Society Conference 29 May 2012, reperibile in www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil.

²⁰ Nonostante il *principle of proportionality* fosse inserito sin nella versione originaria delle CPR, infatti, la liquidazione delle spese veniva comunque ancorata al criterio della necessità. Emblematico a questo riguardo è il caso *Lownds v. Home Office*, deciso dallo stesso Lord Woolf autore dei *Reports* alla base delle CPR (*Lownds v. Home Office* [2002], EWCA Civ., 365). In tale decisione, con un diretto riferimento ai paragrafi 11.1 e 11.2 del *Costs Practice Direction*, la decisione afferma che il controllo della proporzionalità delle spese richieste dalla parte vincitrice debba comunque essere effettuato secondo il criterio della necessità di tali spese («test of necessity»), secondo il c.d. «two-stage approach»; una prima fase concernente la valutazione della ragionevolezza dell'importo complessivo richiesto a titolo di spese (c.d. «global approach») e, in caso negativo, una seconda fase intesa a verificare la proporzionalità dei costi voce per voce («item by item approach»). In tema, cfr. sulle modalità di liquidazione delle spese *on the standard basis* si leggano N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, 827, COOK, *On Costs*, London, 2001, 159, MERRETT, *Costs as Damages*, 125 *L. Quart. Rev.*, 2009, 469, POGGIO, *Sentenza inglese di condanna generica e liquidazione italiana delle spese processuali relative a giudizi stranieri (con brevi note sul sistema inglese in materia di condanna alle spese)*, in *Giur. it.*, 2003, II, 653.

²¹ In particolare, le nuove disposizioni introdotte nella Part 3 prevedono: i) che ciascuna parte predisponga e scambi, prima della «first case management conference», un «budget» contenente l'indicazione dei presumibili costi che verranno sostenuti nel corso del processo, ii) che il giudice possa emanare «at any time» specifici «costs management order» al fine di verificare la correttezza dei «budget» predisposti e il concreto rispetto degli stessi nel corso del processo, iii) che il giudice possa fissare anche apposite «conference» dedicate esclusivamente alla gestione dei costi e iv) che il giudice, nella liquidazione delle spese al termine del processo, utilizzi come principale riferimento il «budget» approvato o comunque concordato anche dalle altre parti, non potendose-

Il mutamento è davvero rilevante. Il principio di proporzionalità, infatti, non rappresenta più una mera manifestazione del principio di gestione giusta ed efficiente («justly») della controversia, ma diventa il vero principio informatore di tutte le altre norme processuali. Ed è sotto questo profilo che la novella inglese rappresenta una sorta di rivoluzione copernicana in tema di costi del processo, essendo riconosciuta la manifesta prevalenza del principio di proporzionalità su quello di necessità, ossia il principio, diffusamente accolto, secondo il quale la parte vincitrice ha diritto ad ottenere la rifusione delle spese sostenute per la propria difesa se risultate necessarie²².

Infatti, nella disciplina inglese ora vigente «disproportionate costs do not become proportionate because they were necessary», come chiaramente affermato nel *Jackson's Final Report*²³. Di ciò è conferma la *Part 44.5* che, nell'elencazione dei fattori da tenere in considerazione per valutare il rispetto del principio di proporzionalità, non prevede più alcun riferimento al criterio della necessità delle spese.

In sostanza, nell'ordinamento inglese il giudice, in nome del principio di proporzionalità, può sacrificare non solo le attività superflue, ma anche quelle necessarie ove sproporzionate al valore della controversia. E questo non solo al termine del processo (non liquidando il relativo compenso), ma addirittura nello svolgimento del processo stesso, escludendo le attività che, pur potendo essere necessarie, appaiano non proporzionate rispetto alla controversia.

Anzitutto, il giudice può emettere i c.d. «costs capping order», ossia ordinanze con cui, in coerenza con la funzione di controllo preventivo dei costi del processo ispirata al principio di proporzionalità, può limitare in via preliminare la possibilità di ottenere al termine del processo la ripetibilità di alcuni costi o di alcune spese (ove ovviamente ritenuti *ex ante* sproporzionati). Ma, soprattutto, proprio nell'ottica del principio di proporzionalità, il giudice può limitare lo svolgimento di determinate attività processuali. Emblematiche di questo nuovo approccio sono le previsioni contenute nella *Part 31* e nella *Part 32* delle CPR, rispettivamente in tema di *disclosure* e di *evidence*; tali norme, infatti, impongono al giudice di adottare i provvedimenti in esse previsti «having regard to the

ne discostare se non in presenza di una «good reason». Nella dottrina italiana, A. PANZAROLA, *Principio di proporzionalità e processo civile: la "nuova" procedura civile utilitaristica*, cit., 45.

²² La larga diffusione di tale principio è dimostrata, ad esempio, dal suo inserimento negli *ALI Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*: sia la *Rule 32* sia soprattutto il *Principle 25.2* prevedendo appunto la non ripetibilità delle spese solo se relative ad attività non necessarie («unnecessary issues»). Il testo ufficiale dei Principi è reperibile sul sito <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>.

²³ Si veda LORD JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Norwich, 2009, 37. Cfr. anche SORABJI, *Prospects for proportionality: Jackson implementation*, cit., 223.

overriding objective»²⁴. Coerentemente con tale impostazione, la *Part 35.4* prevede che, con riguardo all'assunzione della testimonianza esperta (uno dei costi più significativi del processo inglese), le parti debbano specificare «an estimate of the costs of the proposed expert evidence», proprio al fine di consentire al giudice un controllo circa la proporzionalità di tali attività²⁵.

In definitiva, così configurato, il processo civile assume una connotazione tridimensionale, connotazione per cui conta non solo che il risultato del processo sia giusto, ma anche che tale risultato venga raggiunto in un tempo ragionevole e con un dispendio di risorse proporzionato alla controversia di cui si discute²⁶.

In altri termini, il principio di proporzionalità sembra prospettare un significativo ripensamento del ruolo e della funzione della giustizia civile, da intendersi non più (al pari di quella penale) come modalità di necessaria ed effettiva attuazione concreta del diritto e dell'ordinamento giuridico, ma come mero strumento di risoluzione dei conflitti, come tale sacrificabile, seppure entro certi limiti, a favore di altri valori quali ad esempio la riduzione della spesa pubblica²⁷.

Volendo parafrasare la nota distinzione, non a caso elaborata in ambito economico da Herbert Simon, fra razionalità olimpica (in cui il valore di riferimento è massimizzato, ossia ricercato a tutti i costi) e razionalità limitata (in cui, invece, tale valore è ottimizzato e, quindi, temperato con il raggiungimento di altri valori), la progressiva diffusione del principio di proporzionalità – come ad esempio avvenuto anche negli Stati Uniti²⁸ – porta a chiedersi se, nel prossimo

²⁴ In tema si rimanda a RAMSEY, *Implementation of the costs reform*, in *CJQ*, 2013, 117.

²⁵ Si veda ancora RAMSEY, *Implementation of the costs reform*, cit., 117. Per un'analisi degli effetti della recente novella sulla testimonianza esperta e delle ulteriori prospettive di sviluppo al riguardo, si legga HAZEL GENN, *Getting to the truth: experts and judges in the "hot tub"*, in *32 CJQ*, 2013, 275 ss.

²⁶ In questi termini si legga ZUCKERMAN, *The revised CPR 3.9: a coded message demanding articulation*, in *32 CJQ*, 2013, 128, il quale non a caso parla di «three dimensional concept of justice», posto che «The overriding objective introduced into English civil procedure the idea that justice involves not just rendering judgements that are correct in fact and in law but also doing so by proportionate use of court and litigant resources and within reasonable time».

²⁷ Sul mutamento della concezione della giustizia civile alla luce della recente novella inglese si legga A. ZUCKERMAN, *The revised CPR 3.9: a coded message demanding articulation*, cit., 129, il quale, citando L.J. Laws, parla di «conceptual shift in the idea of justice».

²⁸ Gli *amendment* del dicembre 2015 della *Rule 26 (b) (1)* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi, prevedono espressamente, proprio nell'ottica di una riduzione dei costi, con un richiamo espresso e specifico al principio di proporzionalità, un generale adeguamento delle attività di *discovery* conformemente «to the needs of the case», con una conseguente possibile limitazione di tali attività, ove ritenute non proporzionate rispetto a tali esigenze. In tema CRUMP, *Goodbye, Reasonably Calculated; You're Replaced by Proportionality: Deciphering the New Federal*