

L'arte di respingere le domande tra serio e faceto

di Giuliano Scarselli

ordinario di diritto processuale civile, Università di Siena

Avvocato

“Ma eccoti scappar fuori lo stesso avversario coll'eccezione dell'incompetenza del giudice, e lo sfortunato attore, che andava verso levante, gli converrà voltarsi a ponente. E primieramente dovrà fare istanza, che sia legittimata la persona dell'attore; ch'egli pruovi prima concludentemente d'esser figliolo, erede, cessionario... che non sia ascoltato il di lui procuratore senza mandato speciale, e se vi sarà uncino alcuno da attaccarsi, potrà impugnarsi lo stesso mandato; e quand'anche il giudice lo decreti sufficiente, per parere di Bartolo si potrà appellare da un tal decreto. Prima eziando di contestar la lite si può muover guerra al libello, ed occorrendo si fa valere l'istanza pel giuramento di calunnia. E massimamente dove s'intralciano esami, pubblicazioni, e ripulse di testimoni, colle repulse delle repulse, remissoriali, restituzioni in integrum, rivocazioni d'attentati, compulsorie e simili”

Lodovico Antonio Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, 1742, Cap. XIV

SOMMARIO: **1.** Un sospetto: il convenuto ha vita più facile dell'attore nel processo civile – **2.** Una verifica: vista la crisi e le lungaggini dei processi, non sarà mica vero? – **3.** Tra serio e faceto una analisi degli strumenti processuali che possono portare al rigetto e/o al differimento delle domande in via breve. Le norme relative alle questioni pregiudiziali di rito – **4.** Segue: le disposizioni relative alla mediazione e alla negoziazione assistita – **5.** Segue: le disposizioni sui poteri del giudice – **6.** Segue: le disposizioni relative all'oggetto del processo – **7.** Segue: le disposizioni relative all'onere e valutazione delle prove – **8.** Segue: gli orientamenti in tema di ragione più liquida, assorbimento, abuso del processo – **9.** Conclusioni: va fatto ogni sforzo per evitare soluzioni sbrigative, poiché la superficialità non pregiudica solo la qualità delle decisioni, ma infrange più propriamente l'eguaglianza delle parti nel processo

1. Un sospetto: il convenuto ha vita più facile dell'attore nel processo civile

Chi frequenti le aule della giustizia civile avrà avvertito, soprattutto negli ultimi periodi, l'esistenza di un fenomeno sempre più ricorrente, che è quello della reiezione delle domande. Non possediamo dati statistici precisi su questo, ma credo che ogni giudice e ogni avvocato possano confermare questa tendenza.

Per l'attore, il processo è diventato infatti una corsa ad ostacoli, e ottenere una sentenza favorevole di merito costituisce per lui, sempre più, un grande successo, anche quando abbia totalmente ragione.

Per il convenuto, tutto al contrario, ogni cavillo è valido per ottenere, nelle forme più svariate, il rigetto della domanda, e può oggi sfruttare, a suo piacimento, l'aumento smisurato di casi di inammissibilità e di improcedibilità.

Questo fenomeno ha assunto poi consistenza maggiore passando dal primo grado ai successivi.

L'appellante che ha ragione può vedersi respinto l'appello per una miriade di inconvenienti che impediscono la decisione di merito; e ciò, a maggior ragione, vale in Cassazione, dove l'accoglimento di un ricorso può esser considerato un vero miracolo.

Discorso analogo può esser fatto con riferimento alla tutela cautelare.

Oggi chiedere un provvedimento d'urgenza o un sequestro è da funamboli del diritto.

Chi si azzardi a proporre simili domande deve dare stringente prova dell'esistenza delle note condizioni di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*: ma il *fumus* non c'è quasi mai, e in ogni caso, in quasi tutte le fattispecie, manca il *periculum*, che non si ha né quando il debitore ha beni, né quando non li ha, perché a quel punto non v'è più niente da sequestrare.

Da un po' di tempo, chi si rivolge al giudice non è più visto come la parte che ha subito un torto e chiede l'intervento dello Stato per porre rimedio a quel torto, bensì solo e semplicemente come un rompiscatole da arginare.

Un vecchio avvocato fiorentino, colto e intelligente, mi diceva, ironicamente, che egli oramai faceva solo l'avvocato "convenutista", ovvero difendeva solo i convenuti: riusciva così ad accontentare i clienti, non aveva l'onere di preoccuparsi di tutte le complicazioni di cui il processo civile è dotato, evitava le lamentele per l'inefficienza della giustizia, e soprattutto i suoi costi, che sono normalmente addossati all'attore, e aveva senz'altro maggiori margini di successo.

Il problema è che, in una certa misura, e ovviamente con le dovute eccezioni, un po' "convenutista" è diventata anche la magistratura.

D'altronde, stando al faceto e volendo maliziare, non è difficile indicare almeno tre buone ragioni per le quali respingere le domande è meglio che accoglierle:

- a) la reiezione della domanda comporta normalmente un minor studio del fascicolo;
- b) la reiezione della domanda comporta normalmente minori responsabilità, perché il rigetto della domanda mantiene inalterato lo *status quo*;
- c) la reiezione della domanda può avere addirittura una funzione pubblica (si potrebbe dire "educativa"), perché induce gli altri a non presentare altre domande (i più arditi potrebbero sostenere che ha funzione di economia processuale).

Rimanendo sul faceto, un tempo Tizio poteva minacciare Caio dicendo: «Ti faccio causa»; oggi Tizio minaccia Caio dicendo: «Fammi causa».

Siamo diventati tutti un po' "convenutisti", e l'aspetto mi sembra meriti una riflessione.

2. Una verifica: vista la crisi e le lungaggini dei processi, non sarà mica vero?

Qualche pedante leguleio potrebbe infatti argomentare che la funzione giurisdizionale non è oltraggiata solo dall'esser resa oltre i limiti della ragionevole durata, ma anche dall'esser resa con superficialità, con la testa impegnata principalmente a togliere un fascicolo dai tanti che stanno sul tavolo. E il rigetto delle domande meglio si presta, rispetto all'accoglimento, a questa logica, meglio si presta alle regole degli smaltimenti, alla preoccupazione dei flussi in entrata e in uscita da rispettare.

Ovviamente chi sostiene queste cose, anche a voler minimizzare, è un polemico antipatico, e forse anche un po' maleducato; e tuttavia l'osservazione potrebbe aprire due scenari:

- a) Il primo è quello di rilevare che l'enorme carico di lavoro che gli uffici giudiziari si trovano a smaltire non incide negativamente solo sulla durata dei processi, ma incide negativamente anche sulla possibilità di dare il giusto approfondimento alle singole questioni; e il mancato approfondimento delle singole questioni incide altresì, più significativamente, sull'eguaglianza tra attore e convenuto, poiché l'accoglimento della domanda necessita normalmente uno studio e un approfondimento maggiore rispetto al rigetto della stessa.

Non è secondario porre attenzione a ciò: la superficialità infrange infatti l'eguaglianza delle parti nel processo perché costituisce rara eccezione che una domanda possa esser accolta

con superficialità, mentre costituisce la regola che la superficialità porti a respingere la domanda. E tutto ciò oggi è aggravato dalla doppia svolta che il legislatore ha compiuto nel limitare l'obbligo di motivazione dei provvedimenti e nel limitare le possibilità di impugnazione delle decisioni in punto di motivazione.

Dunque, la superficialità è grave non tanto perché rende una decisione scadente, ma soprattutto perché rompe il principio di parità delle armi tra le parti nel processo.

b) Si dirà: ma ciò è impossibile! Come si può sostenere una cosa del genere?

Il processo, anche ai sensi dell'art. 24 Cost., pone inevitabilmente sullo stesso piano tutti i litiganti, e dà a tutti i soggetti del processo gli stessi mezzi per agire e difendersi in giudizio, in un contraddittorio paritario.

Ma l'antipatico di cui sopra, scettico nei confronti delle frasi fatte, potrebbe insistere in questa sua (stramba) teoria.

Non sostiene che vi siano norme, comportamenti o orientamenti giurisprudenziali direttamente o intenzionalmente volti a favorire chi si difende, perché ciò non è in modo *serio* sostenibile; sostiene, in modo *faceto*, che vi siano però una pluralità di norme e di orientamenti giurisprudenziali che indirettamente potrebbero produrre questo effetto, o potrebbero essere utilizzate inconsapevolmente per questo scopo.

Peraltro aggiunge che tutto ciò in questi anni è stato avallato, se non addirittura voluto, dal legislatore, il quale, mettendo in atto una politica di contenimento delle domande giudiziali, ha teso ad aggravare la posizione della parte attrice, ovvero della parte che propone la domanda giudiziale¹.

3. Tra serio e faceto una analisi degli strumenti processuali che possono portare al rigetto e/o al differimento delle domande in via breve. Le norme relative alle questioni pregiudiziali di rito

Con un po' di fantasia si riescono ad individuare gli strumenti processuali che possono essere utilizzati per il rigetto in via superficiale delle domande.

Ovviamente si tratta di un gioco, come gioco considerava il processo Piero Calamandrei², senza alcuna serietà scientifica, né pretesa di verità dei fatti.

¹ Mi permetto di rinviare a G. Scarselli., *Sugli errori degli ultimi venti anni nel porre rimedio alla crisi della giustizia civile*, *Foro.it*, 2011, V, p. 50.

² P. Calamandrei, *Il processo come gioco*, *Riv. dir. proc.*, 1950, pp. 23 ss.

Tra questi strumenti, se si vuole, meritano menzione in primo luogo le norme che si riconducono al *genus* delle questioni pregiudiziali di rito, quali le condizioni dell'azione e le questioni di proponibilità, procedibilità e ammissibilità della domanda.

Sono ovviamente disposizioni dettate per altre ragioni, e tuttavia in grado di essere utilizzate per giungere in via breve al rigetto della domanda.

Esse pongono la prima disparità processuale tra attore e convenuto, perché il convenuto può vincere anche avendo torto in tutti i casi nei quali l'attore non superi gli ostacoli e i cavilli che il processo civile pone, mentre l'attore non può vincere avendo torto, e può ottenere ragione solo se supera positivamente tutti detti cavilli³.

E va da sé, così, che tanto più il processo pone ostacoli, preclusioni e complicazioni all'esercizio dell'azione, tanto più esso allarga il divario tra attore e convenuto, favorendo il successo processuale dell'uno a danno dell'altro.

Un giudice del Tribunale di Firenze, con l'ordinanza con la quale trattiene la causa in decisione, avverte le parti che la controversia può esser definita con questioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio diverse dal merito.

L'ordinanza si premura di indicarle in un catalogo, da considerare tuttavia non esaustivo: giurisdizione (e competenza), ammissibilità, procedibilità o proponibilità dell'azione/domanda, presupposti processuali e condizioni dell'azione, interesse ad agire e legittimazione al processo, violazione del litisconsorzio necessario, esistenza di precedente giudicato, capacità processuale, morte o cessazione della parte attrice prima della notificazione dell'atto introduttivo, *mutatio libelli*, difetto di rappresentanza, etc...

L'ordinanza è motivata sostenendo che ciò è fatto per avvertire le parti, anche ai sensi dell'art. 101, comma 2 cpc, che la causa può essere definita in rito; però, al tempo stesso, essa suona come avvertimento chiaro.

Sembra dire: occhio parte attrice, perché basta un niente, e la domanda è respinta senza alcun esame della *res litigiosa*.

³ Ancora P. Calamandrei, *op. cit.*, p. 25. «Per ottener giustizia non basta aver ragione. (...) Nel processo civile l'attore si fa avanti per domandare una sentenza che riconosca il suo diritto (...) ma questo metodo non garantisce a priori tale conseguimento».

4. Segue: le disposizioni relative alla mediazione e alla negoziazione assistita

Tra le condizioni dell'azione quali strumenti che possono essere usati per dichiarare improcedibile la domanda e/o rinviare la decisione, hanno un ruolo particolare i recenti istituti della mediazione di cui al d.lgs 4 marzo 2010, n. 28 e della negoziazioni assistita di cui al dl 12 settembre 2014, n. 132 per come convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162⁴.

Valgano i seguenti esempi:

a) In primo luogo l'art. 5, comma 2 del d.lgs 28/2010 recita che, anche nei casi non riconducibili al primo comma del medesimo articolo di legge, ovvero anche nei casi nei quali la mediazione non è condizione di procedibilità della domanda, il giudice, anche di appello, può sempre «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, disporre l'esperimento del procedimento di mediazione».

Qui è chiaro che l'esperimento del procedimento di mediazione potrebbe esser disposto *non* perché in concreto vi siano condizioni per poter giungere ad un accordo, *ma* semplicemente per rinviare la discussione di merito e/o la decisione della controversia⁵.

Se disposto dal giudice dell'appello, il mancato esperimento del tentativo di mediazione può esser considerato addirittura causa di passaggio in giudicato della sentenza di primo grado⁶;

b) L'art. 5, comma 1, del d.lgs 28/2010 pone la mediazione condizione di procedibilità in molte controversie, quali condominio, diritti reali, successioni ereditarie, locazione, etc...

Poiché l'«oggetto della lite» può essere discutibile, e discutibili possono essere i casi di controversie da ricondurre, ad esempio, ai diritti reali, oppure alle successioni, o ancora al condominio, basta dare una interpretazione estensiva di questi casi, oppure prevedere che in ipotesi di cumulo di domande è sufficiente che anche una sola domanda rientri nell'art. 5, comma 1, d.lgs 28/2010 per darsi l'esperimento obbligatorio della mediazione su tutta la

⁴ Vds. anche Trib. Vasto, 23 giugno 2015, in *Corr. Giur.*, 2016, 8-9, p. 1085.

⁵ Ancora P. Calamandrei, *Il processo*, cit., p. 37: «Quante comparizioni personali delle parti, quanti tentativi di conciliazione sono ordinati dal giudice istruttore unicamente come espedienti per rimandare l'istruttoria, eppur colla certezza che il tentativo di conciliazione non riuscirà». Per le ipotesi dei casi nei quali disporre d'ufficio la mediazione oltre i casi di procedibilità della domanda vds. Trib. Milano, 14 ottobre 2015, *Giur. it.*, 2016, 2, 374: «Deve essere disposto il procedimento di *mediazione ex officio*, ai sensi dell'art. 5, 2° comma, D.Lgs. n. 28/2010, quando ciò appaia opportuno per i seguenti motivi: l'incertezza circa l'esito del giudizio; la natura fiduciaria del pregresso rapporto negoziale intercorso tra attore e convenuto, che potrebbe favorire la trattativa; il modesto valore economico della controversia; la gravità dell'incombente istruttorio costituito dal giuramento decisorio, chiesto per contrastare l'altrui eccezione di prescrizione presuntiva».

⁶ Trib. Firenze, 13 ottobre 2016, *Società*, 2017, p. 345.

lite⁷, con necessaria comparizione personale delle parti⁸, per estendere le ipotesi nelle quali la mediazione diventa condizione di procedibilità dell'azione.

In tutti questi casi, seppur provvisoriamente, il giudice può così evitare di affrontare il merito della controversia, e/o può giungere poi ad una dichiarazione di improcedibilità della domanda.

c) Ed ancora, quando il giudice dispone l'esperimento del procedimento di mediazione assegna alle parti quindici giorni per presentare tale domanda, che decorrono dalla comunicazione del provvedimento (art. 5, comma 1 e 2, d.lgs 28/2010).

È sufficiente considerare tale termine non solo processuale (può essere un termine processuale?), ma addirittura perentorio, non derogabile né prorogabile, e il gioco è fatto: si hanno così ulteriori ipotesi di improcedibilità della domanda in tutti i casi nei quali una parte, nei quindici giorni, non abbia attivato la procedura di mediazione⁹.

d) L'art. 5, comma 2 bis, d.lgs 28/2010 prevede che la condizione di procedibilità sia avverata quando «il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza accordo».

Di nuovo, basta interpretare questa disposizione *praeter legem*, e sostenere che non basta, ai fini del superamento della condizione di procedibilità della domanda, che le parti non abbiano raggiunto un accordo nel primo incontro dinanzi al mediatore, ma è necessario che queste abbiano concretamente cercato di mediare la lite, per aumentare i casi di improcedibilità della domanda, e quindi quelli nei quali non si tratta il merito della controversia¹⁰.

e) Infine riflessioni analoghe possono esser fatte con riferimento alla negoziazione assistita. Anch'essa è condizione di procedibilità nei casi di cui all'art. 3 del dl 132/2014.

E, ancora, è sufficiente dare una interpretazione stringente del comma 2 dell'art. 3 e dell'art. 4 del dl 132/2014 per aumentare i casi di improcedibilità della domanda, e quindi di rinvio della trattazione di merito della controversia e/o di rigetto in rito della domanda.

⁷ Trib. Verona, 25 giugno 2015, *Quotidiano giur.*, 2015.

⁸ Trib. Vasto, 9 marzo 2015, *Corr. Giur.*, 2016, 8-9, p. 1083; Trib. Firenze, 26 novembre 2014, *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558.

⁹ Vds. infatti Trib. Firenze, 4 giugno 2015, *Giur.it.*, 2015, II, p. 2374. Ovviamente considerare i termini di cui all'art. 5, comma 1 e 2, d. lgs 28/2010 come perentori è in contrasto con l'art. 152 cpc, per il quale «i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori tranne che la legge stessa li dichiara perentori» (comma 2, art. 152 cpc), e il giudice può dare termini a pena di decadenza «soltanto se la legge lo permette espressamente» (comma 1, art. 152 cpc); mentre l'art. 5, comma 1 e 2 del d.lgs 28/2010 non dichiara perentorio il termine di quindici giorni, né assegna al giudice il potere di dare il termine a pena di decadenza. Ma tanto può succedere ai fini dell'improcedibilità della domanda.

¹⁰ Vds. Trib. Firenze 19 marzo 2014, in *ilcaso.it*, 2014; Trib. Firenze, 26 novembre 2014, *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558.

5. Segue: le disposizioni sui poteri del giudice

In questo contesto possono stare anche le norme che regolano i poteri del giudice.

Si tratta di una normativa vecchia, non recente, e tuttavia da evidenziare.

È pacifico, infatti, che il giudice non possa intervenire sulle domande, né possa, d'ufficio, provvedere a superare errori o mancanze poste in essere dalla parte attrice, ma può intervenire sulle difese, e correggere le impostazioni delle parti convenute.

E valga il vero.

Se una domanda manchi, per quanto accessoria, dipendente o connessa con la domanda principale fatta valere in giudizio, la mancanza non può esser sollevata d'ufficio dal giudice, né il giudice può dare egualmente per esistente la domanda non proposta, perché ciò sarebbe in palese contrasto con il principio della domanda.

Se una domanda è incompleta, il giudice non può d'ufficio completarla, poiché ciò si porrebbe in contrasto con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che impone al giudice di pronunciarsi solo su ciò che espressamente è stato chiesto.

Se una domanda è stata mal formulata, il giudice non può correggerla, né può consentire alla parte di farlo, poiché questo si porrebbe in contrasto con il divieto di *mutatio libelli*, che infatti la giurisprudenza interpreta in modo rigoroso.

La possibilità di modificare e/o integrare la domanda è concessa infatti all'attore solo quando questi prospetti al giudice una diversa configurazione e/o qualificazione giuridica della medesima pretesa già azionata¹¹, poiché gli altri casi si riconducono invece alla vietata *mutatio libelli*, e non alla *emendatio*, cosicché l'attore non può rettificare la domanda introducendo fatti nuovi o nuovi temi di indagine¹², oppure alterando la *causa petendi*¹³, o ancora modificando il *petitum* in modo non meramente quantitativo¹⁴, oppure ancora allargando il *thema probandum*¹⁵

E dunque, da tutto ciò discende che, se l'attore non fa valere le sue giuste pretese entro i termini previsti dal processo, e in modo chiaro, completo e corretto, il giudice non può rendere giustizia, ma deve solo prender atto della lacuna.

Logica diversa, invece, sussiste riguardo alle eccezioni, ovvero riguardo alla posizione del convenuto.

¹¹ Cass., 9 maggio 2016, n. 9333; Cass. 4 novembre 2014, n. 23481; Cass. 30 novembre 2011, n. 25570.

¹² Cass., 18 gennaio 2011, n. 1083.

¹³ Cass., 28 settembre 2015, n. 19142; Cass., 14 giugno 2016, n. 12260; Cass., 26 agosto 2016, n. 17376.

¹⁴ Cass., 8 luglio 2010, n. 16155.

¹⁵ Cass., 29 maggio 2013, n. 13446.

Qui lo stesso art. 112 cpc espressamente prevede che il giudice possa sollevare d'ufficio ogni eccezioni che non sia rilevabile ad istanza di parte; e poiché le eccezioni ad istanza di parte sono solo una piccola minoranza delle eccezioni di merito, tutte le altre eccezioni processuali e di merito sono sempre rilevabili d'ufficio¹⁶.

E così, se ragioni di giustizia impongono che una domanda sia rigettata, la domanda, salvo casi e condizioni del tutto eccezionali, è normalmente rigettata dal giudice a prescindere dal comportamento tenuto dal convenuto.

Se viceversa ragioni di giustizia impongono che una domanda sia accolta, essa non può essere accolta a prescindere dal comportamento tenuto dall'attore.

6. Segue: le disposizioni relative all'oggetto del processo

Sempre in questo ambito un particolare ruolo possono assumere gli istituti processuali dei limiti oggettivi del giudicato, e quelli connessi all'oggetto del processo, quali la litispendenza e continenza (art. 39 cpc), la connessione (art. 40 cpc) e la riunione (artt. 273, 274 cpc).

Ora, nessuno intende sostenere che gli orientamenti giurisprudenziali che da anni si sono formati sull'oggetto del processo sono finalizzati a consentire più facilmente il rigetto in rito delle domande; però è evidente che da molti anni la giurisprudenza ha esteso l'ambito dei limiti oggettivi del giudicato, e questa estensione ha avuto inevitabili ripercussioni sugli istituti connessi dell'oggetto del processo, che hanno anch'essi subito degli ampliamenti.

Così che oggi, possiamo dire, le ipotesi di litispendenza, anche parziale, di continenza, di connessione sono ampliate, e/o comunque molto rimesse a discrezionalità, e ciò di nuovo accresce la possibilità che un giudice possa liberarsi di una controversia trasmettendola a colleghi, o ancora chiudendola in rito.

Pertanto, v'è da segnalare che non v'è corrispondenza tra gli orientamenti giurisprudenziali che estendono gli ambiti oggettivi di efficacia del giudicato con quelli che viceversa limitano le ipotesi di *emendatio libelli*.

Cosicché l'attore può correre questo ulteriore rischio: se questi fa valere una domanda A in un primo processo, senza immediatamente e contestualmente far valere anche la domanda B, connessa e/o contenuta alla prima, rischia di non poter più far valere in nessun altro modo

¹⁶ Cass., 19 settembre 2013, n. 21482: «Tutte le ragioni che possono condurre al rigetto della domanda per difetto delle sue condizioni di fondatezza, o per la successiva caducazione del diritto con essa fatto valere, possono essere rilevate anche d'ufficio, in base alle risultanze "rite et recte" acquisite al processo».

detta domanda B: non *ex art. 183 cpc* nel medesimo processo, perché in quello sarebbe atto di *mutatio libelli*; né successivamente in altro giudizio per la normale estensione dei limiti oggettivi della cosa giudicata.

7. Segue: le disposizioni relative all'onere e valutazione delle prove

Se dalle questioni processuali si passa poi a quelle di merito, si vede come il discorso non muti, e come il convenuto, rispetto all'attore, continui a mantenere margini di maggior probabilità di successo.

Ciò lo si coglie, soprattutto, con la disciplina dell'onere della prova.

In base all'art. 2967 cc l'attore deve infatti provare i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, mentre il convenuto deve provare le eccezioni, ovvero i fatti impeditivi, estintivi e/o modificativi.

Ne segue che l'attore vince la controversia nelle sole ipotesi nelle quali, a fronte della prova dei fatti costitutivi, non sussista alcuna prova di fatti impeditivi, estintivi, modificativi.

Il convenuto, al contrario, vince nella doppia ipotesi in cui all'esito del processo a) o non risultino provati i fatti costitutivi; b) *oppure*, seppur provati i fatti costitutivi, risulti altresì provato anche un solo fatto impeditivo, estintivo, modificativo.

Di nuovo, basta un niente, e l'attore perde la causa.

È sufficiente che anche un solo fatto costitutivo non sia provato, o anche un solo fatto impeditivo, estintivo, modificativo sia al contrario provato, perché la domanda debba essere respinta.

E, diamine, verrebbe da esclamare, è mai possibile che nel groviglio dei tanti fatti che le parti allegano in giudizio, non ve ne sia uno costitutivo non provato, o uno impeditivo, estintivo, modificativo provato?

Peraltro, la doppia possibilità di successo che il convenuto ha rispetto all'attore è ulteriormente ponderata a suo favore, perché a fronte di fatti costitutivi strettamente fissati dalla legge, stanno una miriade variegata di fatti impeditivi, estintivi, modificativi, cosicché molte più sono per lui le possibilità di ottenere successo.

E osservazioni analoghe possono esser svolte anche con riferimento alla valutazione delle prove, momento propedeutico e centrale della decisione di merito.

Il giudice procede alla valutazione delle prove ai sensi dell'art. 116 cpc.

Salvo le prove cd. “legali”, il resto deve essere ricostruito dal giudice, in una attività tanto discrezionale quanto impegnativa.

La superficialità nel decidere, ove vi dovesse essere in questo particolare e rilevante momento del giudizio, danneggerebbe normalmente la parte attrice, la quale, come detto, ha oneri maggiori e più stringenti della convenuta in punto di prova.

8. Segue: gli orientamenti in tema di ragione più liquida, assorbimento, abuso del processo

Ci sono, infine, degli orientamenti giurisprudenziali che possono inserirsi in questo gioco. Di nuovo, non si afferma che questi orientamenti siano direttamente volti a favorire chi si difende; si afferma, però, che essi possono produrre simili effetti.

a) Un primo orientamento è quello della cd. “ragione più liquida”.

Si tratta di un orientamento giurisprudenziale in base al quale il giudice può sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare di cui all'art. 276 cpc¹⁷.

In sostanza, fra le molte questioni da decidere relative ad una controversia, il giudice può decidere quella più semplice e pronta, detta di ragione più liquida, anche se logicamente subordinata, e con quella omettere di decidere le altre più complesse.

Il principio si dice aderente a esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzate dall'art. 111 Cost., e altresì rispettoso del principio di eguaglianza delle parti nel processo, poiché la semplificazione della decisione potrebbe cadere indifferentemente a pregiudizio di una qualsiasi delle parti.

In realtà, però, par evidente, che il giudice applicherà la regola della cd. “ragione più liquida” quando abbia da respingere la domanda, non quando pensi di poterla accogliere, poiché se ritiene che la domanda possa essere accolta, allora non potrà non esaminare in modo esaustivo le difese al fine di accertarsi che non vi siano ragioni ostative al successo dell'attore¹⁸.

Non a caso, la cd. “ragione più liquida” è stata normalmente applicata per respingere in via breve le domande, non per accoglierle¹⁹.

¹⁷ Cass., 28 maggio 2014, n. 12002.

¹⁸ Cass., 15 marzo 2017, n. 6672.

¹⁹ In un caso, ad esempio, poiché la domanda era da ritenersi infondata nel merito, non si è preso in considerazione l'eccezione di difetto di giurisdizione (vds. Cass., Sez. un., 8 maggio 2014, n. 9936); in altro caso, ritenuta di nuovo infondata nel merito la domanda fatta valere in giudizio, non si è consentito l'integrazione del contraddittorio avverso la pretermissione di litisconsorti necessari (v. Cass., Sez. un., 18

b) Egual riflessione può darsi con riferimento al principio cd. di “assorbimento”.

Nel processo, l’attore fa valere una o più domande, il convenuto una o più eccezioni.

Il giudice, però, non è tenuto a pronunciare su tutte le domande e tutte le eccezioni, poiché potrà non pronunciare sulle domande e sulle eccezioni che riterrà assorbite con la decisione assunta²⁰.

In sostanza, accolta o rigettata una domanda o una eccezione, il giudice potrà non pronunciare sulle rimanenti domande o sulle rimanenti eccezioni che riterrà assorbite da quella decisione.

Ma anche ciò varrà, soprattutto, in caso di rigetto cd. “implicito”, che si ha quando la pretesa avanzata non espressamente esaminata risulti incompatibile con l’impostazione logico-giuridica della pronuncia²¹.

E, sembra, anche qui, che se si ha assorbimento di una eccezione nell’altra, ciò avviene perché una eccezione è già stata accolta, e quindi non v’è bisogno di esaminare le altre, in quanto lo scopo cui il convenuto tendeva è già raggiunto dall’accoglimento della prima eccezione.

Ma se al contrario una domanda viene rigettata (oppure anche accolta), e il giudice dichiara, a seguito di ciò, l’assorbimento di tutte le altre domande, non è detto che la decisione su quella domanda escluda veramente per la parte attrice l’interesse alla decisione sulle altre come quando, accolta una eccezione, non v’è bisogno di analizzare le altre per raggiungimento dello scopo; e dunque, in questi casi, e solo in questi casi, la parte attrice potrebbe subire nocimento dalla tecnica cd. di “assorbimento”.

c) Lo stesso può dirsi dell’abuso del processo e del nuovo art. 96, comma 3 cpc.

Seppur formalmente disciplinato come fenomeno che può interessare ogni parte in giudizio, di fatto è considerato l’abuso di chi agisce in giudizio, non di chi si difende²².

novembre 2015, n. 23542); in altro ancora, ritenuto evidente il difetto di allegazione e prova in ordine alla natura ed entità del danno subito, non si è presa in considerazione la domanda del lavoratore subordinato di risarcimento danni per demansionamento professionale (vds. Cass., 19 agosto 2016, n. 17214); in altro caso ancora, poiché mancava la previa domanda in sede amministrativa, il giudice revocava la pensione laddove la Corte d’appello aveva dichiarato la decadenza ex art. 42 del dl n. 269/2003, conversione in l. n. 326/2003 (così Cass., 18 novembre 2016, n. 23531).

²⁰ Da ultimo, vds. Cass., 25 agosto 2016, n. 17328.

²¹ Cass., 6 febbraio 2015, n. 2197; Cass., 17 gennaio 2014, n. 841; Cass., 19 settembre 2013, n. 21482.

²² V. ad esempio Trib. Reggio Emilia, 25 settembre 2012, in *ilcaso.it.*, per il quale l’art. 96, comma 3 cpc è posto: «... per scoraggiare l’abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia deflazionando il contenzioso ingiustificato».

E seppur vi siano stati dei casi nei quali la condanna per abuso del processo sia stata inflitta alla parte convenuta²³, nessun vorrà mettere in discussione che la norma è normalmente applicata contro l'attore, a repressione dell'azione, piuttosto che alla difesa, temeraria.

9. Conclusioni: va fatto ogni sforzo per evitare soluzioni sbrigative, poiché la superficialità non pregiudica solo la qualità delle decisioni, ma infrange più propriamente l'eguaglianza delle parti nel processo

Che dire a questo punto, finito il gioco?

Forse questo: che va fatto ogni sforzo per evitare soluzioni sbrigative, poiché la superficialità non pregiudica solo la qualità delle decisioni, ma infrange più propriamente l'eguaglianza delle parti nel processo.

«Il pericolo maggiore che in una democrazia minaccia i giudici, e in generale tutti i pubblici funzionari, è il pericolo della assuefazione, della indifferenza burocratica, della irresponsabilità anonima. Per il burocrate gli uomini cessano di essere persone vive e diventano numeri, cartellini, fascicoli: una pratica, come si dice nel linguaggio degli uffici, cioè un incartamento sotto copertina, che racchiude molti fogli protocollati, e in mezzo ad essi un uomo disseccato. Per il burocrate gli affari dell'uomo vivo che sta in attesa non contano più: vede quell'incartamento ingombrante sul suo tavolino e solo si cura di trovare un espediente per farlo passare sul tavolino di un altro burocrate, suo vicino di stanza, e scaricar su di lui il fastidio di quella rognia. Guai se questa indifferenza burocratica entra nei giudici; guai se essi si assuefanno al richiamo pungente della loro responsabilità!»²⁴.

Postilla

Da aggiungere che il legislatore si è già mosso da tempo in pregiudizio dell'attore, quale soggetto che promuove il contenzioso, con le disposizioni relative ai tributi e costi giudiziali. Essi sono costi dell'azione; sono oneri che gravano sull'attore, non sul convenuto.

Il contributo unificato si paga sull'azione, sia essa principale, incidentale o riconvenzionale, non sulla difesa, che non soggiace ad alcun anticipo di tributo.

²³ Trib. Catania, 12 ottobre 2014, *Quotidiano giuridico*, 2014.

²⁴ Così, dal virgolettato, P. Calamandrei, *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1965, I, p. 648, tratto dalla lezione che Calamandrei tenne alla Facoltà di diritto dell'Università nazionale del Messico il 19 febbraio 1952.

Ai sensi dell'art. 13, 1 *quater*, DPR 115/2002, poi, chi proponga una impugnazione che venga respinta o dichiarata inammissibile o improcedibile, è tenuto a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione; ma ciò non vale per chi abbia resistito infondatamente ad una impugnazione accolta, poiché in questi casi il comportamento processuale non è sanzionato con una condanna al pagamento di una pena pecuniaria.

Ed ancora, chi chieda infondatamente l'inibitoria della provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado *ex art. 283 cpc* può esser condannato al pagamento di una pena pecuniaria, ma alla stessa pena pecuniaria non può essere condannata la parte che resista a tale richiesta in modo infondato.

L'idea che sta alla base di queste scelte è chiara: l'attore deve smettere di scocciare lo Stato per le sue beghe; paghi dunque per questo suo comportamento, e paghi tanto più, quanto più si permette di insistere sulle sue posizioni con i mezzi di impugnazione.