

NICOLA RASCIO

SU ALCUNE (POSSIBILI) NOVITÀ
IN TEMA DI “ISTRUZIONE STRAGIUDIZIALE” E LE
(AUSPICABILI) RICADUTE IN PUNTO DI PREVEDIBILITÀ
DELL’ESITO DELLE CONTROVERSIE¹

SOMMARIO: 1. Il testo (sfuggente) del progetto di riforma. – 2. L’intelligenza artificiale nel processo. – 3. La “giustizia predittiva” (e l’art. 348-bis c.p.c.). – 4. Prevedibilità dell’esito del giudizio e “istruzione stragiudiziale”. – 5. “Istruzione stragiudiziale”: rischi prospettati e possibili benefici. – 6. Prevedibilità dell’esito del giudizio e “preclusioni stragiudiziali”. – 7. Prevedibilità dell’esito del giudizio e finanziamento delle controversie da parte di terzi.

1. *Il testo (sfuggente) del progetto di riforma*

Non è ad oggi pubblicamente disponibile, per quanto a mia conoscenza, un documento “ufficiale” con il testo della riforma del processo civile allo studio del Ministero della Giustizia.

Nella relazione sulle riforme approvata il 21 gennaio 2019 dal Consiglio direttivo dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile – rilevato che il progetto di riforma non risulta pubblicato sul sito del Ministero né è stato trasmesso alle Università e alla stessa AISPC – si fa riferimento a «una bozza di tale progetto [che] è ormai in circolazione ed è addirittura oggetto di discussione in convegni di studio alla stessa dedicati». Le successive osservazioni commentano quindi un articolato, puntuale, che, pur senza coincidere sempre nei contenuti, segue lo stesso ordine di quello di cui dispongo, intitolato «Interventi per l’efficienza del processo civile» e composto di diciassette articoli, di cui i primi tre intervengono sul codice di rito civile e sulle sue disposizioni di attuazione.

Nella «Sintesi della Relazione del Ministro sull’amministrazione della giustizia per l’anno 2019, ai sensi dell’art. 86, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12» (consultabile sul sito del Ministero: www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_15_7.page) si menziona invece (83-84) «un disegno di legge avente ad oggetto la riforma del rito monocratico. Il disegno di legge conterrà anche la

¹ Sono qui ripresi alcuni passaggi della relazione tenuta a Napoli il 12 giugno 2019 in occasione dell’incontro su «La riforma del processo civile: prime analisi e commenti» organizzato dalla Camera degli Avvocati civili di Napoli.

delega al Governo per la riforma complessiva del codice di procedura civile, al fine di introdurre analoghi meccanismi semplificatori per le cause riservate alla decisione del tribunale in composizione collegiale e per il giudizio dinanzi al giudice di pace e di secondo grado».

Ancora diversamente, il «Testo elaborato dalla Commissione di studio ANM su diritto e processo civile e progetti di riforma e approvato dal Comitato Direttivo Centrale del 9 marzo 2019» (www.associazionemagistrati.it/doc/3156/lanm-sulla-bozza-di-disegno-di-legge-delega-per-la-riforma-del-codice-di-procedura-civile.htm) commenta una bozza di legge delega, (non allegata, ma) che risulta suddivisa per «punti» contraddistinti da lettere minuscole (e ulteriormente suddivisi con numeri arabi) e di cui non è possibile apprezzare l'analiticità (che parrebbe disomogenea).

Infine, il parere 11-03-2019 dell'Unione Nazionale Camere Civili (intitolato «Disegno di legge delega per la riforma del processo civile»), di cui mi è stata cortesemente fornita copia in vista dell'incontro odierno, esamina un «progetto di legge delega» che parrebbe il medesimo oggetto del documento dell'ANM.

Preciso allora che farò riferimento all'unico testo in mio possesso, pur nella consapevolezza che potrebbe non essere attuale o finanche originale.

2. L'intelligenza artificiale nel processo

Prendo le mosse da una previsione certamente minore, quella di cui all'art. 1, co. 3: «All'articolo 168-bis del codice di procedura civile, al primo comma, dopo il secondo periodo, è aggiunto il seguente: «Per l'assegnazione alla sezione e per la designazione del giudice istruttore, il presidente può avvalersi delle apposite funzionalità presenti nei sistemi informatici di cancelleria»».

Nel codice di rito, così, si riconosce la possibilità che il giudice venga sostituito dalla macchina per lo svolgimento di attività, sia pure non giurisdizionali ma organizzative, regolate da (criteri, quelli «tabellari», che, per quanto predeterminati e, se si vuole, «meccanici», nondimeno costituiscono applicazione di) norme di legge: non solo l'art. 7-ter, ord. giud., ma anche, ad esempio, l'art. 25, co. 2, l. fall., per le incompatibilità del giudice delegato, l'art. art. 669-terdecies, co. 2, c.p.c., per il reclamo cautelare; l'art. 186-bis disp. att. c.p.c. per l'opposizione agli atti esecutivi; e così via.

Si tratta, comunque, di una forma di impiego dell'intelligenza artificiale nel processo.

La questione è di estrema attualità e, specie in prospettive di medio periodo, gravida di potenzialità espansive, al punto da indurre ad interrogarsi sull'eventualità che, un domani neppure troppo lontano, all'intelligenza artificiale venga affidata la valutazione della prova o finanche la motivazione della decisione: si tratta dello scenario indagato nel volume di J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo* (trad. it. di P. Comoglio, Giappichelli 2019), oggetto di recente presentazione, lo scorso 7 giugno, presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Federico II.

In quella occasione sono stati anche prospettati (da F. Auletta, che presiedeva l'incontro) alcuni impieghi pure giurisdizionali ma meno avveniristici dell'intelligenza artificiale (ad esempio per l'adozione di provvedimenti monitori «puri», basati sulla mera affermazione del diritto da parte dell'istante e sospensivamente condizionati, ossia destinati ad ac-

quisire efficacia
già attualmente
(mi pare) non t
a prevederne qu

Così, al fine
senza esporre i
potrebbe essere
potrebbe chieder
trebbe o meno f
senso: riprodurre
dalla giurisprud
sioni espresse da
erronei gli argom
criteri di valuta
stante con il par

3. La «giustizia

Finisce in q
«giustizia predi
probabile sente
la, *Giustizia pre*

L'argomento
dell'intelligenza
individuabile n
l'impugnazione
che l'appellante
presenza o men
turo dell'atto da

Di questa d
de, all'art. 14,
risultato di ren
tata dal proced
cisione monocr

Sembra una
te complicazio
nifestata dalla
dell'Unione Na
che nella succe
te successo l'av
in appello.

quisire efficacia solo in caso di mancata tempestiva opposizione); ed altri (che sarebbero) già attualmente praticabili a Costituzione invariata e fondati sull'uso di algoritmi destinati (mi pare) non tanto a fissare l'esito senz'altro definitivo della controversia, quanto piuttosto a prevederne quello più probabile in una certa fase del processo.

Così, al fine di incentivare il ricorso alla proposta di conciliazione ex art. 185-bis c.p.c. senza esporre il giudice alla preoccupazione di anticipare la decisione, la sua formulazione potrebbe essere rimessa alla macchina. Ed ancora, in fase decisoria, all'intelligenza artificiale potrebbe chiedersi di elaborare non la sentenza, ma una mera proposta, che il giudice potrebbe o meno fare propria, con la sola esigenza, nel secondo caso, di motivare il proprio dissenso: riproducendo insomma, mutato ciò che occorre, il principio ripetutamente espresso dalla giurisprudenza in punto di necessità, per il giudice che voglia disattendere le conclusioni espresse dal C.T.U. nominato, di «indicare gli elementi di cui si è avvalso per ritenere erronei gli argomenti sui quali il consulente si è basato, ovvero gli elementi probatori, i criteri di valutazione e gli argomenti logico-giuridici per addivenire alla decisione contrastante con il parere del consulente» (cfr. Cass. s.u. 23-07-2013, n. 17864, fra le altre).

3. La "giustizia predittiva" (e l'art. 348-bis c.p.c.)

Finisce in questo modo per essere evocato un altro tema del momento, quello della cd. "giustizia predittiva", vale a dire «la possibilità di prevedere l'esito di un giudizio ... la probabile sentenza, relativa ad uno specifico caso, attraverso l'ausilio di algoritmi» (L. Viola, *Giustizia predittiva*, in www.treccani.it/enciclopedia/giustizia-predittiva, 2018, § 1.).

L'argomento presenta senza dubbio intersezioni, ma certo non coincide con quello dell'intelligenza artificiale nel processo. Una sua manifestazione, nel codice di rito, sarebbe individuabile nella previsione dell'art. 348-bis c.p.c., «che sanziona con l'inammissibilità l'impugnazione che non abbia una ragionevole probabilità di essere accolta; ciò vuol dire che l'appellante, prima di procedere all'impugnazione effettiva, dovrà interrogarsi circa la presenza o meno di probabilità di accoglimento, che in concreto vuol dire interrogarsi sul futuro dell'atto da notificare» (Viola, *Giustizia predittiva* cit., § 4.).

Di questa disposizione rinvengo traccia nell'articolato in mio possesso, in cui si prevede, all'art. 14, la parziale abrogazione, limitatamente cioè alla lettera b) del co. 2, con il risultato di rendere così applicabile il cd. "filtro" anche all'appello avverso la decisione esitata dal procedimento sommario (destinato a divenire ordinario, almeno nelle cause a decisione monocratica).

Sembra una scelta in controtendenza, rispetto allo scarso successo dell'istituto, alle note complicazioni applicative cui ha dato luogo e soprattutto alla profonda avversione manifestata dalla classe forense. Non sorprende, perciò, che nel già menzionato documento dell'Unione Nazionale Camere Civili si formuli la richiesta di sua integrale abrogazione; e che nella successiva missiva accompagnatoria del documento si sottolinei come importante successo l'aver poi ottenuto l'impegno dal Ministro della Giustizia ad eliminare il filtro in appello.

4. Prevedibilità dell'esito del giudizio e "istruzione stragiudiziale"

La "giustizia predittiva", ad ogni modo, dovrebbe avere allo stato il suo principale campo applicativo e le sue massime potenzialità anche e soprattutto prima e fuori dal processo, per orientare la successiva decisione di intraprendere o meno un certo giudizio ovvero favorendo la composizione amichevole della controversia grazie all'individuazione di quello che potrebbe altrimenti essere il suo esito giusto o comunque probabile: in questa direzione si muove ad esempio il Progetto europeo CREA («Conflict Resolution with Equitative Algorithms»).

Ora, indipendentemente dall'ausilio offerto dall'intelligenza artificiale, mentre una valutazione prognostica in punto di puro diritto è tutto sommato agevole – fatta magari eccezione per ipotesi marginali, come potrebbero essere quelle in cui manchino precedenti giurisprudenziali uniformi ovvero la decisione sia rimessa ad equità – i margini di incertezza si accrescono, al punto da rendere a mio avviso scarsamente efficace qualsiasi tentativo o strumento (per quanto raffinato) di previsione, allorquando non siano ancora definitivamente noti gli argomenti difensivi a disposizione di tutte le parti e/o si abbia una conoscenza solo parziale dei fatti di causa o, meglio, della rappresentazione che ne verrà fornita al giudice nel contraddittorio delle parti e all'esito dell'attività istruttoria. Anche nel processo l'impiego dell'intelligenza artificiale per la decisione della controversia viene prospettato «specialmente una volta che i fatti siano stati accuratamente accertati» ovvero «una volta risolta l'attività istruttoria» (così Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo* cit., 106 e 107).

Su questo versante, quello delle prove dunque, il progetto di riforma si segnala – oltre che per interventi di dettaglio in tesi diretti a potenziare gli strumenti istruttori di cui agli artt. 210 e 213 c.p.c.: v. l'art. 1, co. 4 e 5 – per l'introduzione di meccanismi di acquisizione delle prove prima e fuori dal processo.

Di nuovo, viene evocato un tema attualmente oggetto di attenzione: il programma del prossimo convegno dell'AIIPC (Messina, 27/28-09-2019), dedicato a «Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti», prevede come oggetto della relazione di apertura «L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio». Ma già la «Proposta di articolato normativo», presentata nel 2017 sulle colonne del Foro italiano (v. S. Paparo, M. Monnini, A. Proto Pisani, M.S. Zampetti, *Intervento di «pronto soccorso» per un processo (... un po' più ...) civile*, Foro it., 2017, V, 208 ss.), prevedeva l'introduzione generalizzata (in quanto svincolata dalla deduzione di ragioni di urgenza) di fasi anteriori all'instaurazione del giudizio e destinate all'assunzione di dichiarazioni di terzi (art. 162-bis), allo svolgimento di consulenze tecniche (art. 162-ter) e all'esibizione di documenti (art. 162-quater).

Non solo per questa ragione, le novità più significative del progetto di riforma mi pare siano per l'appunto quelle contemplate nell'art. 6, rubricato «Attività di istruzione stragiudiziale», che introdurrebbe, nell'ambito delle procedure di negoziazione assistita (di cui al d.l. 12-9-2014, n. 132, conv. dalla l. 10-11-2014, n. 162), la possibilità: *i*) di acquisire «dichiarazioni su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, sentendo, nel contraddittorio con le altre parti, le persone ritenute a conoscenza di tali fatti», con la precisazione che «Le informazioni acquisite ... possono essere utilizzate nel giudizio

avente, in tutto
l'insuccesso dell
sporre, «anche c
le persone senti
inserisce l'art. 1
la persona inter
la sezione quart
anche al di fuori
di «chiedere all
verità di fatti ac
to a domande d
risposta ... ent
fini delle spese
del codice di p
mento rilevanti
dall'articolo 21
cata risposta ..
ce ai fini delle
dura civile».

Queste form
scritta di cui ap
dove l'assunzio
pone un proce
della prova; qu
della composiz
funzionale a fa
consapevoli ci
ad un tempo
plificare e acc
profili sottopo

5. "Istruzione"

Mentre la
gono nel riter
zione stragiud
ziamento assis
guito di un «
raccolta strag
tutte le parti»
mostra assai
guente, sever

avente, in tutto o in parte, il medesimo oggetto, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della procedura di negoziazione assistita» (salva la facoltà per il giudice di disporre, «anche d'ufficio, l'assunzione come testimoni formulando i capitoli di prova» delle persone sentite nel corso della procedura di negoziazione: così l'art. 3, che allo scopo inserisce l'art. 102-*bis* fra le disp. att. c.p.c.) e con la previsione che, in caso di rifiuto della persona interpellata, «ne può essere richiesta l'audizione a norma delle disposizioni della sezione quarta del capo terzo del titolo I del libro quarto del codice di procedura civile, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 692 del medesimo codice»; *ii*) ancora, di «chiedere all'altra parte di dichiarare, ai fini di cui all'articolo 2735 del codice civile, la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente, rispondendo per iscritto a domande dedotte per capitoli specifici e separati», con l'avvertenza che «La mancata risposta ... entro quindici giorni ... o il suo rifiuto ingiustificato è valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile»; *iii*) infine, di «chiedere all'altra parte di esibire un documento rilevante ai fini della controversia di cui abbia la disponibilità, nei limiti previsti dall'articolo 210, primo comma, del codice di procedura civile», nel qual caso «La mancata risposta ... entro quindici giorni ... o il suo rifiuto ingiustificato è valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dall'articolo 96 del codice di procedura civile».

Queste forme di attività istruttoria, a mio avviso, non tanto evocano la testimonianza scritta di cui agli artt. 257-*bis* c.p.c. e 103-*bis* disp. att. c.p.c., che (se pure è limitrofa, laddove l'assunzione della prova avviene senza la partecipazione del giudice, tuttavia) presuppone un processo già pendente e una già avvenuta valutazione di ammissibilità e rilevanza della prova; quanto piuttosto ricalcano, nella *ratio*, la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite regolata dall'art. 696-*bis* c.p.c.: ossia uno strumento anzitutto funzionale a facilitare il raggiungimento di un accordo fra le parti, (anche perché) rese più consapevoli circa elementi rilevanti della controversia, grazie all'attività istruttoria svolta; e ad un tempo idoneo, in caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo primario, a semplificare e accelerare la decisione della controversia, essendo stata ormai fatta chiarezza sui profili sottoposti all'esame del consulente.

5. "Istruzione stragiudiziale": rischi prospettati e possibili benefici

Mentre la relazione del Consiglio direttivo dell'AISPC e il parere dell'UNCC convergono nel ritenere irragionevole, una volta effettuata la scelta di consentire attività di istruzione stragiudiziale, condizionarne l'esperimento alla stipula di una convenzione di negoziazione assistita, giungendo così ad ipotizzarne l'ammissione pure, rispettivamente, a seguito di un «accordo ... eventualmente anche a processo già iniziato ... limitato ... alla raccolta stragiudiziale delle prove», o finanche, «una volta che siano presenti i difensori di tutte le parti», senza specifici accordi; viceversa su queste novità il documento dell'ANM si mostra assai critico, forse troppo e ingiustificatamente, al punto da far dubitare che il seguente, severo giudizio sia inquinato da una qualche prevenzione, magari indotta da una

forma di gelosia per il proprio ruolo: «sui punti b-3) e 4) parere decisamente contrario a qualsiasi forma di decontestualizzazione processuale dell'attività istruttoria: l'attività di ammissione ed espletamento dei mezzi di prova è ineliminabile segmento dell'attività giurisdizionale avendo ad oggetto l'accertamento dei fatti che concorrono alla decisione e che, pertanto, devono poter essere governati dal giudice terzo ed imparziale sin dalla loro preliminare selezione in punto di ammissibilità e rilevanza. I rischi di un sistema che consenta l'espletamento di attività istruttoria stragiudiziale sono, da una parte, quello di depotenziare le forme di A.D.R., la cui possibilità di successo si fonda proprio sulla prospettiva di evitare l'alea del processo, e, dall'altra, quella di appesantire il processo con la necessità per il giudice di selezionare il materiale istruttorio già assunto secondo criteri di parte, ben diversi da quelli del giudice, che ha la responsabilità della decisione».

In realtà, il primo dei due rischi prospettati non sussiste affatto, perché (a mio modo di vedere) le cose stanno esattamente all'opposto: la riduzione dell'alea, ossia la maggiore consapevolezza circa le rispettive ragioni ed il probabile esito del giudizio, conseguita grazie all'attività istruttoria svolta fuori dal processo, favorisce piuttosto che ostacolare intese fra le parti (in questo senso, direi, v. Paparo, Monnini, Proto Pisani, Zampetti, *Intervento di «pronto soccorso» per un processo (... un po' più ...) civile cit.*, § 2.). Mentre, in mancanza di queste intese, consente, all'esito del successivo giudizio, un più accurato e penetrante esercizio da parte del giudice dei poteri di cui agli artt. 91, 92 e 96 c.p.c.

Quanto al secondo, direi che sarebbe sufficiente, ed a ben vedere utile ed opportuno prevedere, per un verso, che la prova stragiudiziale venga assunta nel rispetto dei medesimi criteri formali validi per quella giudiziale (i testimoni, ad esempio, andranno interrogati su «fatti, formulati in articoli separati»: art. 244 c.p.c.); e, per altro verso, che i relativi verbali non possano «essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso», ossia, semplicemente, replicando quanto prevede l'art. 698, co. 3 c.p.c. per i procedimenti di istruzione preventiva.

Rispettate queste condizioni, e ferma sempre la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione della prova già assunta stragiudizialmente e ritenuta ammissibile e rilevante (di nuovo, sulla falsariga dell'art. 698, ora co. 2, c.p.c.), sarei allora propenso semmai a rafforzare l'istituto, sia riconoscendo alla prova così raccolta la medesima efficacia di quella assunta nel processo dal giudice (viceversa il progetto di riforma non sembra disporre in questo senso, laddove ad esempio nel processo qualifica come «informazioni» le dichiarazioni rese in sede di negoziazione assistita dal terzo ed al contempo definisce quest'ultimo «persona informata sui fatti» fino alla eventuale «assunzione come testimone» da parte del giudice); sia consentendo l'assunzione stragiudiziale pure al di fuori della negoziazione assistita, tanto a seguito di un accordo fra le parti limitato a questa attività (come proposto dall'AISPC), quanto, pur in mancanza di qualsiasi accordo (così il parere dell'UNCC), previo provvedimento del giudice, sul modello dell'art. 696-*bis* c.p.c. e dunque senza la necessità di prospettare le ragioni di urgenza normalmente richieste nei procedimenti per l'istruzione preventiva (in questa direzione v. già Paparo, Monnini, Proto Pisani, Zampetti, *Intervento di «pronto soccorso» per un processo (... un po' più ...) civile cit.*, § 2.).

6. Prevedibilità d

Ho fatto in precedenza dell'esito della fase del processo), i mezzi di prefigurare gli esiti di causa che verrebbero consapevolmente (ovvero) previsti che verranno d

A quest'ultimo proposito, Pisani (*Per un nuovo codice di conciliazione (oggi) (all'art. 6.6), la fase (principali) nel corso del successivo giudizio di merito*)

Sono spunti che tendono a comprimere (e che potrebbe darsi ma) di loro contestazione, e, in tal modo, viene prevenuta dalla assunzione di mezzi di prova comunque anteriori al giudizio, potrà esserlo nel p

L'effetto dovrebbe essere di maggiore consapevolezza (o al rifiuto) di ipotesi di definizione anticipata, e di un giudizio più rapido

7. Prevedibilità d terzi

L'introduzione di questa fase, consentendo l'assunzione di mezzi di prova prima del processo, è un fenomeno nuovo, diffuso altrove.

Di recente il Parlamento ha approvato il Piano della Compagnia di finanziamento «funding in Italia» e il contratto mediante

6. Prevedibilità dell'esito del giudizio e "preclusioni stragiudiziali"

Ho fatto in precedenza cenno alla circostanza che, ai fini di una valutazione prognostica dell'esito della futura controversia (e dunque pure della sua possibile definizione prima del processo), i maggiori margini di incertezza possono derivare, oltre che dalla difficoltà di prefigurare gli esiti della futura attività istruttoria (e così della rappresentazione dei fatti di causa che verrà posta a base della decisione), anche (e prima ancora) dall'inconsapevolezza (ovvero dalla consapevolezza solo parziale e generica) di tutti argomenti difensivi che verranno dispiegati nel processo dalle altre parti.

A quest'ultimo riguardo, mi piace ricordare che ormai un decennio orsono A. Proto Pisani (*Per un nuovo codice di procedura civile*, Foro it., 2009, V, 1 ss.) elaborò un progetto di nuovo codice di procedura civile che, tra l'altro, potenziava il tentativo obbligatorio di conciliazione (oggi diremmo mediazione finalizzata alla conciliazione) prevedendo, anche (all'art. 6.6), la formazione di preclusioni (in particolare in punto di allegazione di fatti principali) nel corso del procedimento di conciliazione e il loro trascinarsi nel successivo giudizio di merito sulla stessa domanda.

Sono spunti che andrebbero ripresi e fatti oggetto di attenta considerazione: piuttosto che comprimere (come si propone di fare il progetto di riforma) i tempi endoprocessuali, potrebbe darsi massimo sfogo alle attività di allegazione di fatti (ed eventualmente anche di loro contestazione, di produzione documentale e di richieste istruttorie, indipendentemente dalla assunzione stragiudiziale) in fasi di mediazione o negoziazione assistita o comunque anteriori al giudizio, prevedendo però che ciò che non è stato dedotto prima non potrà esserlo nel processo.

L'effetto dovrebbe essere, di nuovo, la riduzione dell'alea giudiziale e così una maggiore consapevolezza in ordine all'esercizio (o meno) del potere di azione e all'accoglimento (o al rifiuto) di ipotesi di definizione amichevole; di conseguenza un più elevato numero di definizioni amichevoli e comunque un minor numero di giudizi; ed ancora un loro svolgimento più rapido e con un esito più prevedibile.

7. Prevedibilità dell'esito del giudizio e finanziamento delle controversie da parte di terzi

L'introduzione (o il potenziamento) di fasi stragiudiziali come quelle fin qui considerate, consentendo la fissazione delle rispettive posizioni delle parti e l'assunzione delle prove prima del processo, potrebbero poi avere ulteriori ricadute come volano per un altro fenomeno nuovo, di cui solo da poco comincia a parlarsi nel nostro ordinamento, ma già diffuso altrove.

Di recente il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, con il sostegno della Compagnia di San Paolo, ha pubblicato i risultati di una ricerca biennale sul cd. «finanziamento della controversia da parte di terzi» (AA.VV., *Prospettive del third party funding in Italia*, a cura di E. D'Alessandro, Ledizioni 2019, *passim*), ossia di quel contratto mediante il quale il finanziatore si accolla i costi ed il rischio dell'esito negativo di

un processo (compresa la condanna alle spese in favore della controparte) a fronte del diritto di ricevere, in caso di esito vittorioso del giudizio, una percentuale dell'utilità effettivamente conseguita dalla parte finanziata.

A conferma della concreta rilevanza dell'istituto, il nuovo Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, in vigore dall'01-03-2019, ad esso dedica il nuovo art. 43, disponendo che «La parte che riceve da un terzo un finanziamento relativo al procedimento arbitrale e al suo esito deve dichiarare l'esistenza del finanziamento e l'identità del finanziatore», nonché un inciso nel riformato art. 20, prevedendo che nella propria dichiarazione di indipendenza ciascun arbitro debba indicare, tra le altre, «qualunque relazione con ... ogni altro soggetto coinvolto nell'arbitrato, anche in virtù di rapporti finanziari, rilevante in rapporto alla propria imparzialità e indipendenza ...».

Preveggo subito l'obiezione, che ho sentito sollevare in altra occasione, secondo cui pratiche di questo tipo consentirebbero ai soggetti finanziatori di approfittare della posizione di debolezza dei titolari di diritti, allorquando non siano in grado di sostenere i costi necessari alla loro tutela giurisdizionale ma, allo stesso tempo, non posseggano i requisiti per accedere al patrocinio a spese dello Stato.

Per un verso, infatti, non va trascurato che purtroppo – ancorché con comportamenti ai limiti o anche oltre i limiti del lecito (cfr. ad esempio le vicende oggetto delle sentenze del Consiglio Nazionale Forense, 31-12-2015, n. 260, e 18-03-2014, n. 26, in www.codicedeontologico-cnfi.it) – non di rado ad approfittare di simili situazioni siano proprio gli avvocati che assistono i titolari delle posizioni da tutelare in giudizio, sicché offrire a questi ultimi la possibilità di rivolgersi a (una pluralità di) soggetti terzi, che operano istituzionalmente sul mercato come finanziatori di controversie, significa, semplicemente, fornire loro un'alternativa o, quantomeno, maggiore forza contrattuale nei rapporti con il difensore.

Al contempo, e per altro verso, verrebbe semplicemente da replicare che *adducere inconueniens non est solvere argumentum*: vi sono infatti fattispecie, come quelle qui considerate, in cui in mancanza di un soggetto disposto a finanziare la lite questa finirebbe per non essere introdotta affatto, con sostanziale vanificazione del diritto di azione.

Infine, e forse soprattutto, chi non vede di buon occhio il finanziamento della controversia da parte di terzi trascura di considerare come la decisione, di sottrarsi alle anticipazioni finanziarie necessarie per agire in giudizio nonché al rischio di dover sopportare i costi per spese in caso di soccombenza a fronte della rinuncia ad una percentuale dell'eventuale risultato favorevole, sovente potrebbe costituire il frutto non dell'incapacità patrimoniale del titolare del diritto, quanto piuttosto di una consapevole scelta, guidata da ragioni di economicità, da parte di un soggetto imprenditore: in questo senso mi sembrano militare, di nuovo, le già richiamate recenti modifiche del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano.

Tornando alla ricerca condotta dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, essa – dopo le prime sezioni dedicate alla verifica dell'ammissibilità nel nostro ordinamento del contratto di finanziamento della lite e quindi all'individuazione del tipo negoziale di riferimento, tra mutuo, acollo interno e assicurazione (senza però considerare l'associazione in partecipazione per un singolo affare *ex* art. 2549 ss. c.c., che invece a mio avviso ben si presta ad inquadrare la fattispecie, non essendo in questo caso indispensabile che l'associante sia un imprenditore: cfr. G. Ferri, *Associazione in partecipazione*, Digesto comm., I, Utet 1987,

506) – si snoc-
punto di vist-
uno degli asp-
controversia
agevolmente
giunge a qua-
scelta» di fina-

Ebbene,
difficili non
l'inconsapev-
della futura

Ma (di r-
questi marg-
assai più co-
si facilitereb-
l'ottenimen-
che, più alla
l'eccessiva a-
menti qui c-
ta realizzazi-

506) — si snoda attraverso vari profili di dettaglio tra cui quello, che è forse il più delicato dal punto di vista pratico, della valutazione della controversia da finanziare: ed in questo ambito uno degli aspetti più rilevanti è proprio quello della prevedibilità dell'esito (favorevole) della controversia (cfr. AA.VV., *Prospettive* cit., 34, dove si spiega che «l'esito della lite deve essere agevolmente prevedibile e la domanda deve apparire probabilmente fondata», e 21, dove si giunge a quantificare nella percentuale del 75% «le prospettive di successo al momento della scelta» di finanziare la lite da parte del terzo).

Ebbene, mi pare (di nuovo) che simili valutazioni il più delle volte possano essere rese difficili non tanto dalla presenza di questioni giuridiche complesse quanto piuttosto dall'inconsapevolezza circa la strategia difensiva che verrà adottata dalla controparte e gli esiti della futura attività istruttoria.

Ma (di nuovo), qualora fosse possibile eliminare o almeno ridurre significativamente questi margini di incertezza prima del processo, nel corso di fasi (dal costo evidentemente assai più contenuto) di mediazione o di negoziazione assistita o comunque stragiudiziali, si faciliterebbero (laddove la lite non abbia trovato composizione in quelle fasi) non solo l'ottenimento di condizioni contrattuali più convenienti per il soggetto finanziato, ma anche, più alla radice, la stessa ricerca di un finanziatore di controversie che altrimenti (per l'eccessiva alea) non troverebbero il necessario sostegno economico. Con il che gli strumenti qui considerati finirebbero, in un certo numero di casi, per contribuire alla compiuta realizzazione delle garanzie dell'art. 24 cost.