

Legal Imagination(s) – Visioni del Giuridico

RILEGGENDO PASOLINI: IL DIRITTO DOPO LA SCOMPARSA DELLE LUCCIOLE

Università degli Studi di Perugia, Luglio 2015

CARLO VITTORIO GIABARDO

Università degli Studi di Torino

carlovittorio.giabardo@unito.it

PROCESSO E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

La privatizzazione della giustizia civile e il “processo evanescente”. Note (comparate) sull’emergere di un nuovo paradigma nella giustizia di famiglia in Italia

Partendo dalla nozione di ‘paradigma’ – come usato in ambito scientifico-epistemologico, ma applicato allo studio dei fenomeni giuridici¹ – intendo qui esplorare un cambiamento nel modo di intendere, e quindi affrontare, il concetto e i problemi della giustizia civile, cambiamento in atto non solo, e (forse) nemmeno tanto, in Italia, ma in pressoché tutte le esperienze giuridiche occidentali.

Tale nuovo paradigma prende il nome di *privatizzazione della giustizia*, e fa globalmente riferimento a tutta quella serie di pratiche (soprattutto legislative, ma non solo) volte a trasferire la composizione di determinati conflitti, e quindi di determinati interessi, nell’alveo dell’autonomia privata delle parti ed entro confini dello schema contrattuale, e quindi a determinare la loro sottrazione alla sfera pubblica e al controllo dello Stato². Negli Stati Uniti, a questo proposito, si è parlato, da più parti, di «*sparizione del processo*» o di «*processo evanescente*» (è il fenomeno del *vanishing trial*)³, e, a mio avviso, non si è lontani dal profetizzare – come già fece Grant Gilmore a proposito del contratto – la *morte* del processo⁴. Superfluo sottolineare come tutto ciò vada a incidere profondamente sulle nozioni, entrambe culturalmente

¹ Per ‘paradigma’ intendo qui quell’insieme condiviso di pratiche linguistiche (*common language*), di concetti (*set of concepts*) e visioni del mondo (*world view*) indispensabili per costruire una teoria (M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms & Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in *Intern. Compar. Law Quart.*, 47, 1998, 513).

² Fondamentale, per l’esame di questo *trend*, l’analisi (condotta sul modello di *common law*, ma con esiti facilmente generalizzabili) di T.C.W. FARROW, *Civil Justice, Privatization & Democracy*, Toronto Un. Press, 2014.

³ Per tutti, si veda lo speciale volume del *Journal of Empirical Legal Studies*, 2004, intitolato, appunto, *The Vanishing Trial* (e in particolare i contributi di M. GALANTER, *The Vanishing Trial: an Examination of of Trials & Related Matters in Federal & State Courts* e di L. M. FRIEDMAN, *The Day Before Trials Vanished*, rispettivamente 459 e seg. e 689 e seg.).

⁴ Il riferimento è qui – ovviamente – a G. GILMORE, *The Death of Contract*, Ohio State U.P., 1974 (trad. it. a cura di A. Fusaro, *La morte del contratto*, Milano, 1989).

determinate, di accesso alla giustizia (intesa qui nel senso più ristretto di accesso alle corti), e, di conseguenza, di certezza del diritto⁵.

Nonostante il mio intento sia quello di analizzare ed esaminare un *trend* generale, una linea evolutiva in atto, prenderò come esempio emblematico le ultimissime riforme del processo civile varate dal governo Renzi (contenute nella legge 162/2014, nota come «misure di *degiurisdizionalizzazione*»), e in particolare quelle che hanno riguardato la giustizia di famiglia. L'attenzione si concentrerà su quelle due norme (artt. 6 e 12 della suddetta legge) che, introducendo gli istituti della 'negoziata assistita' e degli 'accordi davanti all'ufficiale di stato civile', consentono ora ai coniugi di separarsi e persino di divorziare, anche in presenza di figli minori, solo mediante un accordo, e quindi potenzialmente senza l'intervento e il controllo del giudice – il che in precedenza non risultava *mai* possibile (nemmeno nelle forme della separazione consensuale o del divorzio cd. «a domanda congiunta»). Certo, nel panorama giuridico occidentale ciò non rappresenta affatto qualcosa di nuovo. Anzi, il legislatore italiano non ha fatto altro che raccogliere le suggestioni indicate da quel movimento di pensiero, nato e sviluppatosi negli Stati Uniti, noto come *collaborative law* (che aveva trovato proprio nella risoluzione dei conflitti nascenti dalla crisi della famiglia il suo terreno più fertile⁶), e che era già stato successivamente introdotto, oltre che naturalmente oltreoceano e oltremarina, anche in un'esperienza giuridica più vicina alla nostra, come quella francese (a seguito del noto *Rapport Guinchard* sulla giustizia civile)⁷.

Tale innovazione non sembra, però, esser stata colta nella sua portata che non esiterei a definire *scardinante* i principi portanti in materia di giustizia di famiglia (quali, innanzitutto, l'ascrizione della cessazione degli effetti civili del matrimonio alla cd. «tutela costitutiva necessaria», e, più in generale, la funzione 'riequilibratrice' delle disuguaglianze endofamigliari dell'intervento del giudice), nel solco di quella politica del diritto orientata verso la *privatizzazione* (o qui si potrebbe ben dire anche *contrattualizzazione*) della famiglia, o, più in generale, delle relazioni di coppia⁸. Per usare le note categorie di Thomas Maine, si potrebbe dire che il passaggio dallo *status* al contratto - ossia quel passaggio tra qualcosa di tendenzialmente *fisso* (lo *status* coniugale, appunto) e qualcosa di *negoziabile* (ossia l'accordo), tra qualcosa che è sottratto alle logiche del mercato e qualcosa, invece, che è scambio per definizione) sta per giungere al suo stadio finale⁹. Il tema del contratto nel diritto matrimoniale – che prima veniva relegato essenzialmente al problema delle cd. convenzioni matrimoniali – acquisisce ora una nuova dimensione, che deve tenere conto della natura dispositiva non più solo degli aspetti economico-patrimoniali, ma anche di quelli più intimamente legati alla

⁵ Gli aspetti negativi di queste trasformazioni erano già state individuate da uno studioso del calibro di O. FISS, *Against Settlement*, in *Yale Law J.*, 1983, 1073 e seg. (lucidissima, anche se forse un po' estrema, la sua analisi: «*settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither be encouraged nor praised*», *ivi*, 1075).

⁶ Tra la sterminata letteratura, basti qui P. TESLER, *Collaborative Family Law, the New Lawyer, and Deep Resolution of Divorce-Related Conflicts*, in *Jour. of Disp. Res.*, 2008, 83 e seg.

⁷ Il riferimento è al rapporto, datato 2008, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, redatto sotto la guida del celebre processualista francese Serge Guinchard.

⁸ Con specifico riguardo all'ambito familiare, cfr. il giustamente celebre saggio di J.B. SINGER, *The Privatization of Family Law*, in *Wisc. L. Rev.*, 1992, 1443 e seg. Cfr. anche M.R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. Crit. di Dir. Priv.*, 2003, 57 e seg.

⁹ Le prospettive del tema sono le più diverse. Per un punto di vista della corrente del femminismo giuridico (in un quadro in parte diverso e ben più ampio di quello qui trattato), indispensabile è la lettura di F.E. OLSEN, *The Family & the Market: a Study of Ideology & Legal Reforms*, in *Harv. Law Rev.*, 1983, 1497 e seg.

condizione giuridica e personale del soggetto. In queste innovazioni – a mio avviso – vi è qualcosa che ricade sullo stesso concetto di *autonomia privata*, almeno come intesa fino a ora (anche se non si può ancora parlare, nemmeno ora, di intervenuta disponibilità dello *status* di coniuge).

E' quindi con quest'intento - che potrebbe essere chiamato sinottico - che si esaminerà la riforma poc'anzi ricordata, nel contesto, cioè, della sempre maggiore *evanescenza* e *sfuggevolezza* della tutela giudiziale dei diritti nel diritto comparato, con le sue multiformi ricadute nel diritto interno (due in particolare: la mutazione del ruolo dell'avvocato - sempre meno *litigator* e sempre più *mediator* - e la mutazione del ruolo del giudice nei conflitti derivanti dalla crisi della famiglia). Seppur condotta da un punto di vista essenzialmente critico, non per forza l'analisi vuole, però, illustrare i soli aspetti negativi dell'innovazione, pur presenti (soprattutto con riguardo alla tutela dei figli minori o non economicamente autosufficienti eventualmente presenti). Certamente - se correttamente intesa - una maggiore responsabilizzazione dei coniugi (e dei loro avvocati), così come una maggiore consapevolezza dei vantaggi offerti dell'uso delle forme consensuali di risoluzione delle controversie non possono che essere salutati con favore, e l'esperienza comparata del movimento del «diritto collaborativo», a questo proposito, è eloquente. Ma guai a voler confondere e sostituire il legittimo scopo dell'apertura a nuove forme di tutela non giudiziale con quello della mera disincentivazione dell'accesso alle corti e della delocalizzazione del contenzioso in altre sedi (come invece l'inquietante vocabolo «*degiurisdizionalizzazione*» sembrerebbe, purtroppo, evocare).

Un'ultima annotazione metodologica s'impone. Poiché – come ci ricorda anche Duncan Kennedy - è nelle pieghe del tecnicismo che, spesso, si nasconde l'Ideologia¹⁰, la dimensione più squisitamente *positivistica* delle disposizioni normative in precedenza evocate sarà toccata solo ove funzionale e necessaria a una miglior comprensione dei principi ispiratori, degli aspetti problematici e delle tendenze evolutive che caratterizzano l'odierna evoluzione della tutela dei diritti: che è, d'altronde, lo scopo a cui questo lavoro vuole essere indirizzato.

¹⁰ Cfr., seppur in altro contesto, DU. KENNEDY, *La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2002, 317 e seg. (trad. italiana dell'articolo *The Political Stakes in 'Merely Technical' Issues of Contract Law*, in *Eur. Rev. of Priv. Law*, 2001, 7 e seg.)