ISSN 2724-1106
1/2024 chiuso il 31/03/2024

IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE ITALIANO E COMPARATO



Rivista trimestrale – open access

DIRETTORE RESPONSABILE:
Prof. Ferruccio Auletta

COMITATO EDITORIALE:
Prof. Gian Paolo Califano - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Renato Nazzini
Prof. Nicola Rascio - Prof. Fabio Santangeli

COMITATO SCIENTIFICO:
Prof. Giovanni Verde - Prof. Francesco Astone - Prof. Paolo Biavati
Prof. Salvatore Boccagna - Prof. Ulisse Corea - Prof. Giuseppe della Pietra
Prof. Pascale Deumier - Prof. Pietro Franzina - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Silvia Izzo
Prof. Giovanni Leone - Prof. Antonio Marzocco - Prof. Roberta Metafora
Prof. Giovanni Raiti - Prof. Ignazio Zingales

COMITATO DI VALUTAZIONE:

Professoressa Teresa Arruda Alvim Wambier, PUC-São Paulo, Brasile
Dottore Eduardo Campese
Professore Bruno Capponi, Università Luiss "Guido Carli"
Professoressa Elena D'Alessandro, Università degli studi di Torino
Professore Domenico Dalfino, Università degli studi di Bari Aldo Moro
Professore Claudio De Fiores, Università degli studi della Campania, "L. Vanvitelli"
Dottore Stanislao De Matteis
Professore Francesco De Santis, Università degli studi di Napoli, Federico II
Professore Romolo Donzelli, Università di Macerata
Professore Giuseppe Finocchiaro, Università degli studi di Brescia
Professoressa Maria Francesca Ghirga, Università degli studi dell'Insubria
Professore Andrea Graziosi, Università degli studi di Ferrara
Professore Luigi Iannicelli, Università degli studi di Salerno
Professore Gianpaolo Impagnatiello, Università di Foggia
Professoressa Rita Lombardi, Università degli studi di Napoli, Federico II
Professoressa Concetta Marino, Università degli studi di Catania
Professore Jordi Nieva-Fenoll, Universitat de Barcelona
Professoressa Ilaria Pagni, Università degli studi di Firenze
Professoressa Silvia Rusciano, Università degli studi di Napoli, Federico II
Professore Raffaele Santoro, Università degli studi della Campania, "L. Vanvitelli"
Dottore Marcello Sinisi
Professore Marcello Stella, Università degli studi di Napoli, Federico II
Dottore Sergio Zeuli

REDAZIONE:

Capo redazione: Dott.ssa Valentina Capasso
Dott. Fabrizio De Vita
Dott. Luigi Rosario Luongo
Dott.ssa Antonella Raganati
Dott.ssa Paola Chiara Ruggieri
Dott.ssa Valeria Verde



LUIGI ROSARIO LUONGO

I componenti degli uffici per il processo e la selezione dei presupposti di «mediabilità» della lite

Il contributo analizza la funzione di selezione dei «presupposti di mediabilità della lite», attribuita ai componenti degli uffici per il processo presso i tribunali ordinari e le corti d'appello dall'art. 5, comma 1, lett. a) d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151.
L'autore sostiene che la selezione dei presupposti di mediabilità svolta dai componenti degli uffici per il processo possa aiutare i giudici non soltanto nell'impiego della c.d. mediazione delegata, ma anche della proposta di conciliazione *ex* art. 185-*bis* c.p.c. e del tentativo di conciliazione *ex* art. 185 c.p.c. e, potenzialmente, di ogni altro istituto processuale che consenta la «risoluzione consensuale della controversia».
Muovendo da questa tesi, nel contributo vengono raccolti i principali presupposti di mediabilità individuati dalla giurisprudenza, dalla dottrina e nell'ambito delle buone pratiche con riguardo all'interpretazione e all'applicazione degli artt. 185-bis c.p.c. e dell'art. 5-quater, comma 1 d.lgs. n. 28/2010, le uniche a stabilire precisi parametri.
All'esito dell'indagine, risulterà evidente la varietà dei presupposti di mediabilità che i componenti degli uffici per il processo dovranno tenere in considerazione per supportare efficacemente i giudici nella valutazione di mediabilità delle liti.
In conclusione, l'autore sostiene che l'impiego efficace dei componenti degli uffici per il processo potrà non soltanto agevolare la definizione del contenzioso pendente ed eventualmente la riduzione dell'arretrato, ma che esso potrà, altresì, incidere positivamente sulla valutazione di laboriosità dei magistrati, nonché incentivare lo sviluppo di buone prassi applicative.

The paper analyzes the function of selecting the «prerequisites of mediation probability of litigation», that article 5, Paragraph 1(a) of Legislative Decree No. 151 of October 10, 2022 assigns to the components of the so-called ufficio per il processo in trial and appeal courts.
The author argues that the selection of such prerequisites can help judges not only in the use of the so-called delegated mediation, but also of the proposal for conciliation under art. 185-bis c.p.c. and the conciliation attempt under art. 185 c.p.c. and, potentially, of any other procedural institute that allows the «consensual resolution of the dispute».
Building on this thesis, the contribution collects the main prerequisites identified by case law, doctrine and good practice about the interpretation and application of art. 185-*bis* c.p.c. and art. 5-*quater*, para. 1 of Legislative Decree No. 28/2010, the only ones to establish precise parameters in this regard.
At the outcome of the investigation, it will become apparent that there are a variety of mediation assumptions that the components of the ufficio per il processo will have to take into consideration to effectively support judges in assessing the mediation probability.
In conclusion, the author argues that the effective use of the components of the ufficio per il processo components may not only facilitate the settlement of pending litigation and possibly

the reduction of the backlog, but also positively affect the assessment of judges' industriousness and incentivize the development of good enforcement practices.

Sommario: 1. Premessa. L'attribuzione ai componenti degli uffici per il processo del compito di selezionare i «presupposti di mediabilità della lite»: a) gli istituti coinvolti – 1.1. (*Segue*): gli obiettivi perseguiti e l'utilità ai fini della positiva valutazione di laboriosità dei magistrati – 1.2. I presupposti di mediabilità: i parametri normativi, gli indici di mediabilità e le leve conciliative – 2. Oggetto dell'indagine – 3. I presupposti di mediabilità in relazione: a) alla proposta di conciliazione *ex* art. 185-*bis* c.p.c. – 3.1. (*Segue*): b) alla mediazione delegata *ex* art. 5-*quater*, d.lgs. n. 28/2010 – 4. Considerazioni conclusive

1. Premessa. L'attribuzione ai componenti degli uffici per il processo del compito di selezionare i «presupposti di mediabilità della lite»: a) gli istituti coinvolti

L'art. 5, comma 1, lett. a) del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151[1], in attuazione della prescrizione contenuta all'art. 1, comma 18, lett. b), n. 1 della legge delega n. 26 novembre 2021 n. 206[2], ha attribuito, ai componenti degli uffici per il processo[3] presso i tribunali ordinari e le corti d'appello, il compito di selezionare i c.d. «presupposti di mediabilità della lite»[4]. Per tali dovendosi intendere, come vedremo, le condizioni che possono favorire la risoluzione consensuale della controversia.

Il d.lgs. n. 151/2022 e la Relazione illustrativa[5] non indicano a quale istituto (o istituti) sia funzionale l'attribuzione del compito *de quo*.

[1] «Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 e della legge 27 settembre 2021, n. 134», in G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022.

[2] «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», in G.U. n. 292 del 9 dicembre 2021.

[3] Le figure professionali che compongono gli uffici per il processo presso i tribunali ordinari, le corti d'appello e la Corte di cassazione e l'ufficio spoglio, analisi e documentazione sono elencate all'art. 4, d.lgs. n. 151/2022.

[4] L'art. 1, comma 18, lett. b), n. 1 della legge delega prescriveva di «prevedere altresì che all'ufficio per il processo sono attribuiti, previa formazione degli addetti alla struttura: 1) compiti di supporto ai magistrati comprendenti, tra le altre, le attività preparatorie per l'esercizio della funzione giurisdizionale quali lo studio dei fascicoli, l'approfondimento giurisdizionale e dottrinale, la selezione dei presupposti di mediabilità della lite, la predisposizione di bozze di provvedimenti, il supporto nella verbalizzazione, la cooperazione per l'attuazione dei progetti organizzativi finalizzati a incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, ad abbattere l'arretrato e a prevenirne la formazione».

[5] «Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 151: "Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134"», in G.U. n. 245 del 19 ottobre 2022.

Indicazioni utili si ricavano, invece, dai lavori della Commissione ministeriale Luiso[6], che si è occupata – come le Commissioni Lattanzi[7] e Castelli[8] – di formulare proposte in tema di ufficio per il processo[9]. Proprio a questa Commissione si deve il suggerimento di attribuire ai componenti degli uffici per il processo il compito di selezionare i presupposti di mediabilità della lite, soluzione poi recepita dal Legislatore delegato[10].
Invero, la Commissione Luiso aveva espressamente correlato il compito *de quo* al potenziamento dell'istituto della c.d. mediazione delegata (anche detta sollecitata o demandata[11]) dal giudice[12] – istituto già previsto dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010 e oggi disciplinato dall'art. 5-*quater* del d.lgs. n. 28/2010 a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 149/2022[13]. Inoltre, essa non aveva mancato di evidenziare la sua utilità «in vista di una gestione differenziata del contenzioso», anche mediante il ricorso «ad altre forme di risoluzione consensuale della controversia».
Alla luce delle indicazioni emergenti dai lavori della Commissione Luiso, si può ritenere che la selezione dei presupposti di mediabilità svolta dai componenti degli uffici per il processo possa giovare non soltanto all'impiego dell'istituto della c.d. mediazione delegata dal giudice, ma

[6] La Commissione Luiso è stata costituita con decreto del Ministro della Giustizia 12 marzo 2021. Per i lavori conclusivi v. *Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. Francesco Paolo LUISO). Proposte normative e note illustrative*, in *https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf*.
[7] La Commissione è stata costituita con decreto del Ministro della Giustizia 16 marzo 2021. Per i lavori conclusivi v. *Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello. (D.M. 16 marzo 2021 – Pres. Dott. Giorgio Lattanzi, Vice Pres. Dott. Ernesto Lupo e Prof. Gian Luigi Gatta). Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, in *https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LATTANZI_relazione_finale_24mag21.pdf.*
[8] La Commissione Castelli è stata costituita con decreto del Ministro della Giustizia 23 aprile 2021. Per i lavori conclusivi v. *Commissione di studio per elaborare proposte di interventi in materia di magistratura onoraria (D.M. 23 aprile 2021 – Pres. dott. Claudio Castelli)*, in *https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_CASTELLI_articolato_21lug21.pdf*.
[9] Per una sintesi delle proposte avanzate in tema di ufficio per il processo dalle Commissioni Luiso, Lattanzi e Castelli v. M. G. CIVININI, *Il "nuovo ufficio per il processo" tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *questionegiustizia.it*, p. 5.
[10] Notazione è simile è svolta da G. P. CALIFANO, *L'ennesima riforma del sistema di mediazione delle controversie civili e commerciali*, in questa *Rivista*, 2023, 1, p. 148.
[11] Sul tema v. M. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. arbitrato*, 2018, 3, p. 459.
[12] Cfr. *Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. Francesco Paolo LUISO). Proposte normative e note illustrative*, cit., p. 23
[13] L'art. 5-*quater* è stato inserito dall'art. 7, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 149/2022.

anche a quello del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 185 c.p.c.[14] e della proposta di conciliazione ai sensi dell'art. 185-*bis* c.p.c.[15].

A conforto di tale opinione vale osservare che, sebbene nel contesto del processo civile[16] l'espressione «mediabilità» risulta il più delle volte utilizzata con riferimento alla mediazione delegata[17], essa viene talvolta adoperata anche con riguardo al tentativo di conciliazione

[14] L'art. 185 c.p.c. dispone che il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa l'udienza di comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione e che ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza a norma dell'art. 117 c.p.c. Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione, «nel rispetto del calendario del processo» (le parole riportate tra virgolette sono state aggiunte dall'art. 3, comma 13, lett. f) d.lgs. n. 149/2022).

[15] L'art. 185-*bis* c.p.c. dispone che il giudice – prendendo in considerazione precisi parametri (sui quali v. *infra*, § 1.2) – formula alle parti, ove possibile, una proposta transattiva o conciliativa «fino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione» (le parole riportate tra virgolette hanno sostituito le precedenti «alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione», giusta la prescrizione contenuta nell'art. 3, comma 13, lett. g), d.lgs. n. 149/2022). Mentre la proposta transattiva prevede reciproche concessioni tra le parti, la proposta conciliativa non prevede reciproche concessioni e può avere ad oggetto questioni che non rientrano nell'oggetto del giudizio nell'ambito del quale è formulata, cfr. M. A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione: un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, p. 129; P. FARINA, *Le modifiche più recenti del c.p.c. e la reintroduzione della mediazione «forzata»*, in *Giusto proc. civ*., 2014, 1, p. 264.

[16] Al di fuori del contesto del processo civile, con il termine «mediabilità» si è fatto riferimento alla verifica che, nell'ambito del procedimento di mediazione disegnato dal d.lgs. n. 28/2010, il mediatore era chiamato a compiere al primo incontro tra le parti, prima delle innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 149/2022, cfr. M. SARACENO, *L'autonomia testamentaria per la risoluzione stragiudiziale delle controversie fra i successori*, in *Riv. arbitrato*, 2020, 3, p. 560; C. RICCI, *I risvolti innovativi della legge 8 marzo 2017, n 24 (c.d. "Legge Gelli-Bianco") nel campo del diritto processuale civile (parte I)*, in *Riv. it. di Medicina Legale e del Diritto nel campo sanitario*, 2019, III, p. 922; F. CUOMO ULLOA, *Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria: le novità della legge Gelli - I parte*, in *Resp. civ. e prev*., 2018, 1, p. 304. Più in dettaglio, l'art. 8 d.lgs. n. 28/2010, prima dell'intervento riformatore, disponeva (al comma 1, quarto e quinto periodo) che il mediatore, dopo aver fornito alle parti le informazioni preliminari circa la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, ne verificasse la volontà di iniziare la procedura di mediazione. L'art. 7, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 149/2022 ha sostituito l'art. 8, prevedendo (al comma 6, primo periodo) che, dopo avere fornito le informazioni preliminari, il mediatore «si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione».

[17] In dottrina, v. S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2023, 1, p. 36; I. PAGNI-P. LUCARELLI, *Introduzione*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze. Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Milano, 2015, p. 3; P. LUCARELLI, *Focus sulla mediazione demandata dal giudice. Le tappe di un intervento innovativo sul territorio e nel sistema giustizia*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze. Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Milano, 2015, p. 15 ss.; M. MARINARO, *Il ruolo del giudice nell'era della giurisdizione minima tra obiettivi conciliativi e funzioni giurisdizionali. I provvedimenti dei giudici fiorentini*, *ibidem*, p. 68 ss.; E. GUAZZESI, *I numeri della mediazione su invito/ordine del giudice a Firenze*, *ibidem*, p. 97 ss.; C. IANNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore: la mediazione delegata si fa in quattro*, *ibidem*, p. 189 ss. spec. pp. 197 e 213; A. FIASCHI, *La mediazione come strumento di* case management *per il giudice*, *ibidem*, p. 255; I. FORESTIERI, *Il ruolo del giudice nelle controversie societarie: da rapporto di dominio a relazione funzionale*, *ibidem*, pp. 305 e 309; L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del progetto Nausicaa*, *ibidem*, p. 30 ss.; ID., *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2016, 2, p. 725 s.; A. PIZZELLA, *La mediazione disposta dal giudice d'appello e le conseguenze della non* compliance *delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2020, 4, p. 1308; G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, 1, p. 809; M.A. LUPOI, *op. cit.*, p. 106. In giurisprudenza, v. Trib. Firenze, sez. III, 06.02.2023, Trib. Roma, sez. XIII, 25.05.2020, Trib. Perugia, sez. II, 06.03.2020, Trib. Firenze, sez. III, 08.05.2019, Trib. Siracusa, sez. II, 15.05.2018, App. Milano, sez. II, 10.05.2017, n. 2016, Trib. Roma, sez. XIII, 14.07.2016, n.

previsto dall'art. 185 c.p.c. e alla proposta di conciliazione *ex* art. 185-*bis* c.p.c.[18]. Quanto alla proposta di conciliazione *ex* art. 185-*bis* c.p.c., in particolare, il confine con la mediazione delegata è, nell'applicazione pratica, sottile. Lo dimostra il fatto che, non di rado, i giudici hanno fatto utilizzo combinato dei due strumenti[19].
Non si può, peraltro, escludere che la selezione dei presupposti di mediabilità possa essere svolta in relazione ad ogni altro istituto processuale che consenta la «risoluzione consensuale della controversia», come indicato dalla Commissione Luiso. Nella prassi è già emersa la compatibilità della proposta transattiva o conciliativa con quasi tutti le tipologie di riti e di giudizi, quali il giudizio d'appello, il rito del lavoro, i procedimenti in materia di famiglia, i riti camerali[20].

1.1. (*Segue*): b) gli obiettivi perseguiti e l'utilità ai fini della positiva valutazione di laboriosità dei magistrati

L'attribuzione ai componenti degli uffici per il processo del compito di selezionare i presupposti di mediabilità persegue obiettivi di efficacia e di efficienza del sistema giustizia[21]. Siffatti obiettivi vengono perseguiti muovendo in una duplice direzione.

14199, Trib. Roma, sez. XIII, 17.12.2015, Trib. Palermo, sez. I, 16.07.2014 tutte in banca dati *Dejure*; Trib. Spoleto, sez. I, 23.03.2022, n. 189; Trib. Roma, sez. XIII, 08.01.2021, n. 240, Trib. Pavia, sez. III, 20.01.2017, n. 93601, Trib. Pavia, sez. III, 09.03.2015, Trib. Vasto, 09.03.2015, n. 92111, tutte in *ForoPlus.* L'espressione è stata adoperata, con riguardo alla mediazione delegata, anche dal Primo Presidente della Corte di cassazione nelle più recenti Relazioni sull'amministrazione della giustizia, cfr. P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, in *https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Cassazione_Relazione_2022.pdf*, p. 36, ID., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020*, in *https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Corte_Suprema_Cassazione-Relazione_2021_Primo_Presidente.pdf*, p. 149.

[18] Cfr. M. DELIA, *Progetto "Ufficio per il Processo - ragionevole durata* - best practice *conciliativa, estensione della banca dati conciliazione" - (BDDC). Aggiornamenti: Implementazione del PCT– SICID/Consolle del giudice – con la proposta conciliativa del magistrato; Ufficio del Processo Conciliativo e le prime esperienze degli Uffici aderenti al Progetto BDDC; REPORT PERIODICO del Monitoraggio informatico delle ordinanze 185* bis *cpc*, in *csm.it*, p. 5; ID., *La conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, in C. PILIA (a cura di), *Quaderni di conciliazione*, 10, Cagliari, 2019, p. 73; V. SPAGNOLETTI, *Le* performance *degli artt. 185 e 185bis c.p.c.: l'apporto delle buone prassi giudiziarie*, in L. CALCAGNO, G. GRASSO, S. LEMBO, M. MAUGERI, M. DELIA (a cura di), *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, Roma, 2022, p. 114.

[19] L'utilizzo combinato della proposta di conciliazione *ex* 185-*bis* c.p.c. e della mediazione demandata può concretarsi nell'invio delle parti in mediazione successivamente alla mancata accettazione della proposta conciliativa del giudice (cfr. M. BOVE, *Riforme possibili in materia di mediazione*, in *Le Società*, 2016, 11, p. 1248) o anche a seguito della semplice esplicitazione della proposta, per fornire alle parti elementi di valutazione per il tentativo di mediazione (così M. A. LUPOI, *op. cit*., p. 105 s., ove riferimenti giurisprudenziali); oppure, nell'invio delle parti in mediazione con riserva di formulare, all'esito del procedimento, la proposta di conciliazione (cfr. A. SANTI, *op. cit*., p. 1110, ove riferimenti giurisprudenziali).

[20] Così, pressoché letteralmente, V. SPAGNOLETTI, *op. cit*., p. 120.

[21] Cfr. *Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. Francesco Paolo LUISO). Proposte normative e note illustrative*, cit., p. 23.

Per un verso, potenziando – attraverso un'attività di squadra[22] – la composizione delle liti giudiziarie, come da tempo suggerito dalla dottrina[23].
Per altro ma connesso verso, attraverso la possibile riduzione dell'arretrato. Tanto si evince dal fatto che alla riduzione dell'arretrato è specificamente preposta, all'interno degli uffici per il processo, la figura degli «addetti»[24], istituita con d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113 (c.d. Decreto reclutamento)[25].
La funzione di selezione dei presupposti di mediabilità potrà, altresì, rivelarsi proficua ai più delimitati fini della positiva valutazione di laboriosità dei magistrati.
Siffatta valutazione, infatti, deve tenere conto della conclusione di accordi conciliativi stimolata dai magistrati.
Inducono a tale conclusione due ordini di ragioni.
In primo luogo, il fatto che già con la delibera del 7 dicembre 2016[26] il C.S.M. ha invitato a predisporre i programmi di gestione *ex* art. 37 d.l. 6 luglio 2011, n. 98 tenendo conto, ai fini della valutazione della laboriosità dei magistrati, anche dei procedimenti civili definiti tramite «attività di natura conciliativa svolte attivamente dal magistrato»[27]. L'invito è stato reiterato nelle successive delibere del 16 ottobre 2019[28], del 13 ottobre 2021[29] e del 5 ottobre 2022[30].

---

[22] Cfr. S. DALLA BONTÀ, *op. cit.*, p. 28.
[23] In questo senso v. L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, cit., p. 726.
[24] L'art. 17, d.l. n. 80/2021 («Monitoraggio dell'impiego degli addetti all'ufficio per il processo e delle altre misure sul personale o e smaltimento dell'arretrato») prescrive che «Il personale addetto all'ufficio per il processo presta attività lavorativa esclusivamente per la riduzione dell'arretrato, ove necessario anche in modalità da remoto e con la dotazione informatica fornita dall'Amministrazione».
[25] «Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia», in G.U. n. 100 del 30 aprile 2022.
[26] *Nuova circolare in materia di programmi di gestione dei procedimenti civili prevista dall'art. 37 D.L. 98/2011. (Delibera di Plenum in data 7.12.2016)*, in *https://www.csm.it/documents/21768/125464/Risoluzione+in+materia+di+programmi+di+gestione+ex+art.+37+d.l.+n.98+del+2011+-+%28Delibera+di+Plenum+in+data+7.12.2016%29.pdf/bed976cc-ca31-08d0-fc0a-7dace3f29965*.
[27] Cfr. *Nuova circolare in materia di programmi di gestione dei procedimenti civili prevista dall'art. 37 D.L. 98/2011. Delibera di Plenum in data 7.12.2016)*, cit., p. 4.
[28] *Pratica num. 342/VV/2011 - Indicazioni procedurali per la compilazione dei programmi di gestione ex art. 37 DL 98/2011, convertito nella legge n. 111/2011, per l'anno 2020 (delibera 16 ottobre 2019)*, in *https://www.csm.it/documents/21768/87316/programmi+gestione+2022+%28delibera+13+ottobre+2021%29/5e77b10c-3c35-089a-f341-289549af2dc9?version=1.0*, p. 3.
[29] *Pratica num. 342/VV/2011 - Indicazioni procedurali per la compilazione dei programmi di gestione civili ex art. 37 Decreto – Legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito nella legge n. 111/2011, e dei programmi di gestione penali, per l'anno 2022. (delibera 13 ottobre 2021)*, in *https://www.csm.it/documents/21768/87316/programmi+gestione+2022+%28delibera+13+ottobre+2021%29/5e77b10c-3c35-089a-f341-289549af2dc9?version=1.0*, p. 6.
[30] *Pratiche num.ri 82/VV/2022 e 342/VV/2011 - Indicazioni procedurali per la compilazione dei programmi di gestione civili e penali, per l'anno 2023, ex art. 37 Decreto - Legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito nella legge n. 111/2011. (delibera 5 ottobre*

Orbene, nei procedimenti definiti tramite «attività di natura conciliativa svolte attivamente dal magistrato» si possono certamente annoverare gli accordi raggiunti dalle parti a seguito del tentativo di conciliazione esperito ai sensi dell'art. 185 c.p.c. o della proposta di conciliazione formulata ai sensi dell'art. 185-*bis* c.p.c.
In secondo luogo, il rilievo che il nuovo art. 5-*quinquies* d.lgs. n. 28/2010 ha previsto che (la frequentazione di seminari o corsi in materia di mediazione, nonché) il numero e la qualità degli affari definiti «con ordinanza di mediazione» *oppure* «mediante accordi conciliativi» costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del giudice (comma 2).
La previsione – sebbene collocata nell'ambito della disciplina della mediazione – sembra confermare
che la valutazione di laboriosità dei magistrati debba avere riguardo (quantomeno) anche ai procedimenti definiti («mediante accordi conciliativi») a seguito della proposta conciliativa *ex* art. 185-*bis* c.p.c. Del resto, già la Commissione Alpa[31] aveva proposto di tenere conto, tra i criteri di valutazione di professionalità dei magistrati, del «corretto impiego dei provvedimenti di invio in mediazione *e della proposta* ex *art. 185*-bis *c.p.c.*»[32].

1.2. I presupposti di mediabilità: i parametri normativi, gli indici di mediabilità e le leve conciliative

Indicati gli istituti coinvolti (cfr. *supra* § 1), gli obiettivi perseguiti e l'utilità ai fini della valutazione di laboriosità dei magistrati (cfr. *supra* § 1.1), occorre individuare i «presupposti di mediabilità».
Tali presupposti vanno *in primis* ricercati nelle norme che disciplinano gli istituti coinvolti.
Tra queste, soltanto gli artt. 185-*bis* c.p.c. e 5-*quater*, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 stabiliscono precisi parametri[33].
Secondo la lettera dell'art. 185-*bis* c.p.c., al fine di formulare la proposta transattiva o conciliativa, il giudice deve avere riguardo alla *natura del giudizio*, al *valore della controversia* e all'*esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto.*

2022), in *https://www.csm.it/documents/21768/87316/format+art+37+%28delibera+5+ottobre+2022%29/d0eb5d89-2b17-e0ec-47be-bdb5ce4de8fc*, p. 5.

[31] La Commissione Alpa è stata costituita con decreto del Ministro della Giustizia 7 marzo 2016. Per i lavori conclusivi v. *Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato (Pres. Prof. Avv. Guido Alpa). Proposte normative e note illustrative*, in *https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Alpa_relazione_articolato_7mar2016.pdf*. Sui lavori della Commissione Alpa v. G. P. CALIFANO, *op. cit*., p. 135 ss.

[32] Cfr. *Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato (Pres. Prof. Avv. Guido Alpa). Proposte normative e note illustrative*, cit., p. 15 s.

[33] In questi termini v. M. A. LUPOI, *op. cit*., pp. 104 ss. e 129 ss.

Ai sensi dell'art. 5-*quater* del d.lgs. n. 28/2010, per decidere se inviare le parti in mediazione, il giudice deve valutare la *natura della causa*, lo *stato dell'istruzione*, il *comportamento delle parti* e *ogni altra circostanza.* Parametro, quest'ultimo, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 149/2022. Esso funge da clausola di chiusura[34], espandendo i confini della valutazione di mediabilità e aumentando le *chances* che il giudice formuli una proposta conciliativa[35].

I presupposti di mediabilità non si esauriscono, tuttavia, nei parametri indicati dalle norme in discorso.

Nell'applicazione concreta degli istituti *de quibus*, infatti, sono stati ricavati numerosi «indici» (o «condizioni»[36] o «requisiti»[37]) di mediabilità della lite[38].

L'individuazione di tali indici di mediabilità si deve, oltre che alla dottrina e alla giurisprudenza, ai risultati raggiunti attraverso la promozione, presso numerosi Uffici giudiziari, di buone pratiche, specie in tema di mediazione delegata. Si fa riferimento, in particolare[39], ai Progetti

[34] Cfr. «Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149: "Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata"», in G.U. n.245 del 19 ottobre 2022, p. 121, dove si spiega che siffatta clausola è funzionale a «consentire al giudice di dare adeguata e piena motivazione della decisione di demandare le parti in mediazione».

[35] In questo senso v. anche R. METAFORA, *Riforma processo civile: la mediazione delegata*, in *ilprocessocivile.it*, p. 5.

[36] In questi termini v. P. LUCARELLI, *Focus sulla mediazione demandata dal giudice. Le tappe di un intervento innovativo sul territorio e nel sistema giustizia*, cit., p. 15.

[37] Così E. GUAZZESI, *I numeri della mediazione su invito/ordine del giudice a Firenze*, cit., pp. 102, 116, 119, 124.

[38] Con riguardo sia al tentativo di conciliazione *ex* art. 185 c.p.c. che alla proposta conciliativa *ex* art. 185-*bis* c.p.c. che, infine, alla mediazione delegata *ex* art. 5, comma 2 (oggi, art. 5-*quater*, comma 1) d.lgs. n. 28/2020, cfr. M. DELIA, *Progetto "Ufficio per il Processo - ragionevole durata* - best practice *conciliativa, estensione della banca dati conciliazione"*, cit., 10. Con riguardo alla proposta di conciliazione *ex* art. 185-*bis* c.p.c. cfr. altresì *Nota su indici di mediabilità*, in *https://www.csm.it/documents/21768/5748796/Nota+Indici+di+mediabilit%C3%A0.pdf/e7842ec3-80b9-3505-dde3-31f6a0228010 csm.it*. Con riguardo alla mediazione delegata, v., in dottrina, G. ALPA, *op. cit*., p. 809 s.; A. PIZZELLA, *op. cit*., p. 1308; A. MARTINI, *Buone prassi di mediazione* iussu iudicis *nel quadro del progetto "Giustizia e mediazione"*, in S. DALLA BONTÀ-E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Trento, 2022, p. 21 ss. e p. 40 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale. Riflessioni a margine del progetto pilota "Giustizia e mediazione"*, *ibidem*, p. 57 ss.; E. GUAZZESI, *op. cit*., p. 98 ss., C. IANNALFO, *op. cit*., p. 196; in giurisprudenza, v. Trib. Vasto, 15.05.2017, in *Corr. giur*. 2018, 1, p. 95, con nota di M. STELLA; App. Firenze, sez. III, 19.07.2022, n. 1513 e Trib. Perugia, sez. II, 13.12.2021, n. 1688, entrambe in banca dati *Dejure*; Trib. Vasto, 23.04.2016, in *ForoPlus*. Ancora con riguardo alla mediazione delegata, cfr. altresì *Relazione tecnica* allo *Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*, in *https://www.camera.it/leg18/682?atto=407&tipoAtto=Atto&idLegislatura=18&tab=2*, p. 26.

[39] Per il riferimento ad ulteriori progetti v. M. DELIA, *La Conciliazione fra Formazione e Innovazione Informatica: l'esperienza della BDDC*, in *https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Delia.pdf*, p. 53.

«Nausicaa»[40], «Giustizia e Mediazione»[41], «Ufficio del processo, ragionevole durata e Buona prassi conciliativa BDDC»[42]. Nell'ambito di tali buone pratiche sono state individuate, inoltre,

[40] Il «Progetto Nausicaa» (successivamente denominato «Penelope», poi «Nausicaa2», cfr. S. DALLA BONTÀ, *op. ult. cit.*, p. 52 s., nt. 3) è nato nel 2009 su iniziativa dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze, della Facoltà di Giurisprudenza, della Camera di Commercio, dell'Organismo di Conciliazione di Firenze e della Regione Toscana, con lo scopo di sperimentare forme di «conciliazione delegata» (cfr. *https://www.tribunale.firenze.giustizia.it/it/Content/Index/42489*, ove sono reperibili i documenti approvati nell'ambito del Progetto). Successivamente all'approvazione del d.lgs. n. 28/2010, il Progetto ha perseguito lo scopo di implementare la mediazione delegata, con la collaborazione del Laboratorio congiunto di ricerca dell'Ateneo di Firenze «Un altro modo», nato dalla cooperazione tra le Università Firenze, Pisa, Siena e il Centro Interdisciplinare Scienze per la Pace (cfr. *amplius* P. LUCARELLI, *Focus sulla mediazione demandata dal giudice. Le tappe di un intervento innovativo sul territorio e nel sistema giustizia*, cit., p. 13 ss.). Sulla genesi e i primi sviluppi del Progetto «Nausicaa» v. *amplius* L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del progetto Nausicaa*, cit., p. 25 ss. Al Progetto «Nausicaa» è seguito il Progetto «Giustizia Semplice», presentato e gestito dal Laboratorio «Un altro modo» in collaborazione con il Tribunale, la Città metropolitana di Firenze, la Camera di commercio di Firenze, la Fondazione CR, OCF Organismo Conciliazione Firenze e gli Organismi di mediazione dei Consulenti del lavoro e dei Geometri di Firenze, cfr. E. GUAZZESI, *I dati di Giustizia Semplice*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, Milano, 2019, p. 173 ss. Il Progetto ha previsto l'affiancamento ai giudici di giovani borsisti di ricerca in possesso di specifiche competenze in materia di mediazione, i quali hanno condotto una circa sulla mediabilità delle cause pendenti nei ruoli dei giudici della Terza Sezione e del Tribunale delle Imprese presso l'Ufficio giudiziario fiorentino, cfr. *Giustizia semplice. Report monitoraggio parziale Febbraio/Dicembre 2018*, in *https://www.tribunale.firenze.giustizia.it/FileTribunali/173/Sito/News/Giustizia%20Semplice%20-%20report%202018.pdf*, p. 1 s.

[41] Il Progetto pilota «Giustizia e Mediazione» è nato – sul modello fiorentino ricordato *supra*, nt. 40 – dal Protocollo d'intesa stipulato nel 2021 tra l'Università di Trento-Facoltà di Giurisprudenza, il Tribunale di Trento e la Regione Autonoma Trentino Alto-Adige/Südtirol, con lo scopo di studiare e promuovere le prassi giudiziali in materia di mediazione delegata, cfr. S. DALLA BONTÀ-E. MATTEVI, *Introduzione*, in S. DALLA BONTÀ-E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Trento, 2022, p. 2; S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, cit., p. 51 ss.; A. MARTINI, *op. cit.*, p. 5 s.

[42] Il Progetto «Ufficio del processo, ragionevole durata e Buona prassi conciliativa BDDC» trae origine dell'esperienza del metodo della «Conciliazione integrata», buona pratica sperimentata, a partire dal 2011, presso le ex sezioni distaccate di Modugno e di Altamura del Tribunale di Bari, e successivamente presso tutto il Tribunale di Bari (cfr. *amplius* M. DELIA, *La Conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, in C. PILIA (a cura di), *Quaderni di conciliazione*, cit., p. 53 ss.). Il modello della Conciliazione integrata ha successivamente condotto all'elaborazione della BDDC (Banca dati digitale conciliativa). La BDDC raccoglie i successi un'ampia selezione di precedenti giurisprudenziali di matrice conciliativa (suddivisi in verbali di conciliazione, ordinanze *ex* art. 185-*bis* c.p.c. e ordinanze di mediazione delegata).

ricorrenti «leve conciliative»[43], ovvero circostanze suscettive di indurre le parti alla composizione della lite, calibrate prevalentemente sui bisogni attuali delle parti in lite[44].

2. Oggetto dell'indagine

Ciò premesso, con la presente indagine si intendono raccogliere i principali presupposti di mediabilità individuati dalla giurisprudenza, dalla dottrina e nell'ambito delle buone pratiche nell'applicazione degli artt. 185-*bis* c.p.c. e dell'art. 5-*quater*, comma 1 (già art. 5, comma 2) d.lgs. n. 28/2010. Presupposti che possono rivelarsi utili anche per l'impiego dello strumento di cui all'art. 185 c.p.c.[45] e, potenzialmente, di ogni altro istituto processuale che consenta la «risoluzione consensuale della controversia».

I risultati dell'indagine metteranno in luce la varietà dei presupposti di mediabilità che i componenti degli uffici per il processo dovranno tenere in considerazione nell'assolvere alla funzione loro demandata.

3. I presupposti di mediabilità in relazione: a) alla proposta di conciliazione *ex* art. 185-*bis* c.p.c.

Si è già ricordato[46] che l'art. 185-*bis* c.p.c. stabilisce che il giudice formula la proposta conciliativa avuto riguardo ai parametri della *natura del giudizio*, del *valore della controversia* e dell'*esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto.*

Per quanto attiene al valore della controversia, un valore modesto è ritenuto condizione per la formulazione della proposta[47].

---

[43] L'elaborazione della BDDC (cfr. *supra*, nt. 42), in particolare, ha consentito di ricavare agevolmente possibili indici di mediabilità (cfr. M. DELIA, *Oggetto: Progetto "Ufficio per il Processo - ragionevole durata* - best practice *conciliativa, estensione della banca dati conciliazione"*, cit., p. 10) e leve conciliative replicabili in casi similari (cfr. M. DELIA, *La Conciliazione fra Formazione e Innovazione Informatica: l'esperienza della BDDC*, in *https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Delia.pdf*, p. 4 ss.; CSM, CSM, *Organizzare il processo civile - Macroarea 3*, in *https://www.csm.it/web/csm-internet/organizzare-il-processo-civile*) nonché di adottare tecniche redazionali efficaci negli accordi di conciliazione (cfr. P. MAURELLI, *Il ruolo del CTU negli istituti di giustizia partecipata e l'ausilio della BDDC*, in C. PILIA (a cura di), *Quaderni di conciliazione*, Cagliari, 2019, 10, p. 137; M. DELIA, *La Conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, cit., p. 77 s.). Il Progetto è stato incluso dal C.S.M. nel Manuale ricognitivo delle buone prassi – nel quale vengono raccolte le pratiche di organizzazione più diffuse negli uffici giudiziari italiani – con delibera 7 luglio 2016 (consultabile al link *https://www.csm.it/documents/21768/140959/delibera+CSM+del+7+luglio+2016+%28ricognizione+delle+buone+prassi%29/87d2be19-6a9b-47be-b610-50d810f707c2*), successivamente aggiornato con delibera 18 giugno 2018 (consultabile al link *https://www.csm.it/documents/21768/87316/Buone+prassi+%28delibera+18+giugno+2018%29/948f3c06-8a61-3fbf-bfbb-45519bdb74b2*) cfr., CSM, *Organizzare il processo civile - Macroarea 3*, in *https://www.csm.it/web/csm-internet/organizzare-il-processo-civile.*

[44] Così M. DELIA, *Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del PNRR*, in *questionegiustizia.it*, p. 8.

[45] Cfr. M. DELIA, *Progetto "Ufficio per il Processo - ragionevole durata* - best practice *conciliativa, estensione della banca dati conciliazione"*, cit., p. 10.

[46] *Supra*, § 1.2.

[47] In questo senso v. Trib, Nocera Inferiore, sez. I, 27.08.2013, in banca dati *Dejure*.

L'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto consente al giudice di formulare una proposta allorquando l'esito del giudizio appaia scontato. In tal caso, l'adesione alla proposta evita alle parti un ulteriore dispendio di tempo e di costi[48].
Ma il parametro *de quo* è stato applicato anche in presenza di questioni di fatto pacifiche[49].
Il parametro della natura del giudizio funge criterio mobile, che consente di modellare i primi due sulle specificità della materia, del rito o dell'oggetto del giudizio, oppure di dare vita, da solo o in combinazione con alcuno di essi, ad indici di mediabilità e a leve conciliative.
Una carrellata di esempi può contribuire a chiarire quanto appena affermato.
Nei giudizi aventi ad oggetto la domanda di pagamento di somme di denaro, possono rappresentare indici di mediabilità l'esistenza di una pregressa trattativa tra le parti, oppure la parziale adesione del convenuto alla domanda attrice[50].
Nei giudizi di risarcimento danni da circolazione stradale, un indice di mediabilità può essere costituito dal concorso di colpa tra i conducenti o da una dinamica fattuale pacifica[51].
Nell'ambito del contenzioso bancario o finanziario, anche quando l'importo conteso è rilevante, un indice di mediabilità viene ravvisato nell'esistenza di orientamenti consolidati della giurisprudenza di legittimità[52].
Nell'ambito del contenzioso fallimentare, ed in particolare, nell'ambito dell'azione di inefficacia *ex* art. 44 r.d. 16.03.1942, n. 267 (c.d. Legge fallimentare) indici di mediabilità sono stati ravvisati[53]: a) nella necessità di dar luogo ad un'istruttoria complessa; b) nella possibilità, quando la proposta conciliativa sia accettata, di chiudere la procedura fallimentare in tempi rapidi, provvedendo al riparto finale senza accantonamenti; c) nell'alea del giudizio, in mancanza di orientamenti giurisprudenziali consolidati, trattandosi di fattispecie infrequente.
Nei giudizi di competenza del Tribunale delle Imprese, indici di mediabilità sono stati rinvenuti[54]: a) nell'esistenza di precedenti sezionali; b) nella complessità della questione in materia societaria; c) nell'esaurimento della fase istruttoria o nel rigetto delle istanze istruttorie. Una leva conciliativa è rinvenuta nel fatto che, nel contenzioso devoluto a tale sezione specializzata, la decisione giudiziale non sempre è idonea a soddisfare gli interessi delle parti, come accade quando il giudice adotti la soluzione di mettere in liquidazione la società.
Nelle cause di responsabilità medica, le parti possono essere indotte ad accettare la proposta conciliativa quando comprendono che il vantaggio economico atteso è inferiore ai costi da

[48] Cfr. A. SANTI, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale*, in *Le Società*, 2014, 10, p. 1110.
[49] In questo senso v. M. A. LUPOI, *op. cit*., p. 129, spec. nt. 111., con ampi riferimenti giurisprudenziali.
[50] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 3.
[51] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 3.
[52] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 3.
[53] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 20 s.
[54] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 1 s.

sostenere per conseguirlo. Ciò accade, ad esempio, quando venga loro prospettata l'opportunità di disporre una rinnovazione della consulenza tecnica[55]. Gli avvocati possono essere invece stimolati dalla prospettiva della maggiorazione dei compensi liquidabili nell'ipotesi di conciliazione giudiziale, consentita dall'art. 5, comma 6, D.M. n. 55/2014[56].
Nelle cause successorie, caratterizzate dalla presenza di stretti legami familiari, possono ravvisarsi indici di mediabilità e leve conciliative diversi a seconda dell'oggetto del giudizio[57].
Nei giudizi di riduzione di disposizioni testamentarie ritenute lesive, le parti possono essere indotte ad accettare la proposta conciliativa dall'opportunità di scongiurare la ricostituzione della comunione, conseguente all'accoglimento della domanda di riduzione. In questo scenario, il giudice potrebbe, individuata la quota lesa, provvedere alla divisione del patrimonio ereditario con eventuali conguagli in denaro. Nelle cause di divisione ereditaria, nelle quali il coerede che occupa l'immobile domandi la corresponsione dell'indennità per le migliorie ed il coerede non occupante domandi la corresponsione dell'indennità per l'esclusivo godimento del bene, il calcolo e l'eventuale compensazione delle somme domandate nella proposta conciliativa può risultare conveniente per le parti, a fronte della prospettiva della vendita all'asta del bene.
Anche nelle cause di lavoro l'oggetto del giudizio può rivelare peculiari leve conciliative. Nei giudizi di condanna al pagamento delle differenze retributive conseguenti all'accertamento del rapporto di subordinazione, la necessità di dar luogo ad una lunga attività istruttoria ed il rischio di un'esecuzione infruttuosa possono indurre il ricorrente ad accettare la proposta conciliativa[58]. Nei giudizi di impugnazione del licenziamento, la possibilità di tutela meramente risarcitoria – ovvero, senza reintegra nel posto di lavoro – può indurre il lavoratore alla conciliazione, accettando l'importo indicato dal giudice[59].
È evidente come alcuni degli indici di mediabilità e alcune delle leve conciliative sin qui elencati, sebbene emersi nell'ambito di giudizi aventi natura peculiare, sono capaci di trovare applicazione estensiva.
Lo dimostra l'esperienza delle buone pratiche, che ha individuato indici di mediabilità e leve conciliative che possono prescindere del tutto dalla natura del giudizio.
Si fa riferimento, in particolare, agli indici individuati nelle: a) *novità del contraddittorio*; b) *novità in rito o in diritto*.

[55] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 9.
[56] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 10.
[57] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 10 ss.
[58] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 6.
[59] Cfr. *Nota su indici di mediabilità*, cit., p. 7.

Nelle *novità del contraddittorio* vengono ricompresi[60]: a1) l'avvicendamento delle parti in seguito alla proposizione di istanze di prosecuzione o di riassunzione del giudizio, la quale comporta l'introduzione di elementi nuovi tra le parti o i loro difensori; a2) l'ampliamento del *thema decidendum*, in seguito alla proposizione di domande riconvenzionali, eccezioni di prescrizione o di compensazione.
Nelle *novità in rito o in diritto* vengono incluse[61]: b1) le preclusioni imposte dal mutamento del rito, le quali semplificano il *thema probandum*, consentendo una più agevole prognosi sul possibile esito del giudizio; b2) l'esistenza di questioni di diritto semplici, risolvibili mediante il richiamo ad orientamenti consolidati dell'Ufficio
Si fa inoltre riferimento alle leve conciliative, distinte in due aree[62]: a) *mutamenti giurisprudenziali e normativi*; b) *snodi istruttori e processuali*.
Nell'ambito della prima area vengono comprese le ipotesi di: a1) mutamenti giurisprudenziali o novità normative in corso di causa, che consentono di prevedere l'esito possibile del giudizio; a2) chiarezza della normativa applicabile o presenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale; a3) facile risolubilità delle questioni di fatto.
Nell'ambito della seconda area occorre distinguere.
Negli *snodi istruttori* vengono annoverate le seguenti ipotesi: b1) l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio; b2) l'intervenuta decadenza nell'assunzione e nell'acquisizione dei mezzi di prova; b3) l'espletamento della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex* art. 696-*bis* c.p.c.
Negli *snodi processuali* si ricomprendono, ad esempio: b4) la delibazione anticipata del *fumus* nei provvedimenti di concessione (art. 648 c.p.c.) e sospensione (art. 649 c.p.c.) della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo; b5) le riserve istruttorie; b6) il filtro in appello.

3.1. (*Segue*): b) alla mediazione delegata *ex* art. 5-*quater*, d.lgs. n. 28/2010

Si è innanzi evidenziato[63] che, ai sensi dell'art. 5-*quater* d.lgs. n. 28/2010, per disporre l'esperimento della mediazione, il giudice deve valutare la *natura della causa*, lo *stato dell'istruzione*, il *comportamento delle parti* nonché *ogni altra circostanza.*
Quanto al parametro dello stato dell'istruzione, esso rinviene la sua *ratio* nel fatto che non esiste un momento del giudizio, giusto in ogni caso, per inviare le parti in mediazione[64]. Difatti,

[60] Cfr. M. DELIA, *Oggetto: Progetto "Ufficio per il Processo - ragionevole durata* - best practice *conciliativa, estensione della banca dati conciliazione"*, cit., p. 7.
[61] Cfr. M. DELIA, *Oggetto: Progetto "Ufficio per il Processo - ragionevole durata* - best practice *conciliativa, estensione della banca dati conciliazione"*, cit., p. 7.
[62] Cfr. M. DELIA, *Oggetto: Progetto "Ufficio per il Processo - ragionevole durata* - best practice *conciliativa, estensione della banca dati conciliazione"*, cit., p. 8.
[63] *Supra* § 1.2.
[64] Cfr. M. DELIA, *Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa: estensione nazionale della banca dati conciliazione elaborato presso la Corte di Appello di Bari*, in *lanuovaproceduracivile.com*, p. 7 s.; M.A. LUPOI, *op. cit*., p. 104 s.

talvolta può risultare opportuno disporre l'invio nella fase iniziale del processo[65]; altre volte può invece essere conveniente attendere che sia svolta l'attività istruttoria[66]; oppure approfittare di una temporanea stasi del giudizio[67].
In relazione a siffatto parametro, indici di mediabilità vengono rinvenuti nella prevedibile non breve durata del giudizio e nell'entità dei costi processuali che le parti dovranno presumibilmente sostenere[68].
Quanto al comportamento delle parti, per esso deve intendersi sia l'atteggiamento processuale sia la condotta manifestata anteriormente al processo o comunque al di fuori di esso. Nella prima accezione, assume rilevanza l'atteggiamento processuale della parte che sostenga pretestuosamente ragioni illegittime[69]. In questa ipotesi, il provvedimento che dispone la mediazione può rappresentare esso stesso una leva conciliativa. Nella seconda, un indice di mediabilità viene rinvenuto nella disponibilità che alcuna delle parti abbia eventualmente manifestato alla definizione bonaria della controversia[70].
Il parametro della natura della causa viene innanzitutto inteso nel senso che la controversia deve avere ad oggetto diritti disponibili[71]. Ma esso viene anche interpretato nel senso che il giudice deve provare a comprendere gli effettivi interessi delle parti, le loro preoccupazioni e debolezze[72], tenendo in considerazione anche i rapporti e le vicende che hanno preceduto la lite giudiziaria[73].
In relazione al parametro *de quo*, un indice di mediabilità viene rinvenuto nel modesto valore della causa[74], ma anche nella possibilità di conseguire in mediazione utilità ulteriori rispetto a quelle che conseguibili da una transazione. Quest'ultima condizione si può realizzare, ad esempio, quando il giudice disponga la mediazione invitando a chiamare dinanzi al mediatore anche un soggetto terzo rispetto alla lite[75].
Come si è visto per la proposta *ex* art. 185-*bis* c.p.c., la specifica natura della causa può conferire rilevanza a peculiari indici e leve conciliative.

---

[65] Cfr. M. A. Lupoi, *op. cit.*, p. 105.
[66] Cfr. A. Santi, *op. cit.*, p. 1109.
[67] Cfr. M. Delia, *op. ult. cit.*, p. 8.
[68] Cfr. C. Iannalfo, *op. cit.*, p. 189 s.
[69] Cfr. A. Santi, *op. cit.*, p. 1109.
[70] In questo senso v. M. A. Lupoi, *op. cit.*, p. 107 s. Cfr. M. Delia, *op. loc. ult. cit.*; A. Martini, *op. cit.*, p. 22; C. Iannalfo, *op. cit.*, p. 189 s.
[71] In questo senso v. M.A. Lupoi, *op. cit.*, p. 106; M. Delia, *op. ult. cit.*, p. 7; M. Ruvolo, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa* ex *art. 185* bis *c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1004.
[72] Così, A. Santi, *op. cit.*, p. 1109. Cfr. altresì P. Lucarelli, *Focus sulla mediazione demandata dal giudice. Le tappe di un intervento innovativo sul territorio e nel sistema giustizia*, cit., p. 15 s. Cfr. altresì M. Marinaro, *op. cit.*, p. 68.
[73] Così, M. A. Lupoi, *op. cit.*, p. 106.
[74] Cfr. M. A. Lupoi, *op. loc. ult. cit.*; A. Martini, *op. cit.*, p. 22.
[75] In questi termini v. M.A. Lupoi, *op. cit.*, p. 107.

Ad esempio, nelle materie devolute alla competenza della sezione specializzata del Tribunale delle Imprese, può assumere rilievo l'esigenza delle parti di tenere riservata la lite tra loro insorta, o quella di contenere i costi del giudizio (presumibilmente elevati in ragione della particolare complessità della controversia) oppure la presenza di più parti, anche straniere[76].
Nelle controversie societarie, la stessa natura del contratto di società – che si caratterizza per l'esercizio in comune di una determinata attività economica – costituisce elemento che il giudice deve tenere in considerazione ai fini della valutazione di mediabilità[77]. Il giudice deve inoltre tenere in considerazione i rischi per l'impresa correlati alla celebrazione e alla durata del giudizio, quali la perdita di valore economico, di credibilità o di redditività degli investimenti e l'eventuale interruzione dell'attività produttiva[78].
Più in generale, in ragione del già ricordato[79] confine sottile che emerge, nell'applicazione pratica, tra gli istituti della proposta *ex* art. 185-*bis* c.p.c. e della mediazione delegata, gli indici di mediabilità (distinti tra *novità del contraddittorio* e *novità in rito o in diritto*) e le leve conciliative (distinte tra *mutamenti giurisprudenziali e normativi* e *snodi istruttori e processuali*) innanzi indicati trattando della proposta *ex* artt. 185-*bis* c.p.c.[80], possono trovare applicazione anche con riguardo alla mediazione demandata.
L'applicabilità alla mediazione delegata di siffatti indici di mediabilità e leve conciliative trova oggi conferma nell'introduzione da parte del d.lgs. n. 149/2022 della possibilità per il giudice di valutare la mediabilità della lite anche alla luce di *ogni altra circostanza*.

4. Considerazioni conclusive

L'indagine qui condotta ha permesso di evidenziare la varietà dei presupposti di mediabilità che i componenti degli uffici per il processo dovranno tenere in considerazione per supportare efficacemente i giudici nell'applicazione dell'185-*bis* c.p.c. e dell'art. 5-*quater* d.lgs. n. 28/2010, ma anche dell'art. 185 c.p.c. e di ogni altro istituto processuale che consenta la «risoluzione consensuale della controversia».
I componenti degli uffici per il processo dovranno assistere i giudici nell'assolvimento del delicato compito di individuare i presupposti ed il momento opportuno per tentare una soluzione concordata della controversia dedotta in giudizio e, possibilmente, del più esteso conflitto tra le parti, in relazione al quale può risultare inadeguata la soluzione giurisdizionale[81]. Si tratta, del resto, di una soluzione già sperimentata presso numerosi uffici

[76] Così, C. IANNALFO, *op. cit.*, p. 190.
[77] Così, I. FORESTIERI, *op. cit.*, p. 309.
[78] Così I. FORESTIERI, *op. cit.*, p. 310.
[79] Cfr. § 1.
[80] Cfr. *supra* § 3.
[81] In questo senso v. innanzitutto M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement (1993*), in *56 The Modern Law Review (1993)*, p. 287 e, più di recente, in senso conforme,

giudiziari, che hanno istituito appositi uffici per il processo con funzione di supporto alla definizione concordata delle liti (c.d. U.P.P. conciliativi)[82].
L'impiego efficace dei componenti degli uffici per il processo – e, in particolare, degli «addetti»[83] – potrà agevolare la definizione del contenzioso pendente e la riduzione dell'arretrato, nonché incrementare la laboriosità dei magistrati.
Inoltre, ed in chiave sistematica, il contributo dei componenti degli uffici per il processo potrà rivelarsi utile anche ai fini della riflessione – già in atto tra gli operatori pratici e gli studiosi, come ha di recente messo in evidenza il Primo Presidente della Corte di cassazione[84] – circa i rapporti gli istituti di cui all'art. 185-*bis* c.p.c. e all'art. 5-*quater* (già art. 5, comma 2) d.lgs. n. 149/2022.
In particolare, esso potrà incentivare lo sviluppo – auspicato proprio dal Primo Presidente[85] – di buone prassi applicative, che consentano di chiarire quando il giudice possa ricorrere all'uno o all'altro istituto.

Luigi Rosario Luongo
Assegnista di ricerca dell'Universita degli studi della Campania Luigi Vanvitelli nell'ambito del progetto "Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)"

S. DALLA BONTÀ, *Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-per i consumatori ODR*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 1, p. 215 nonché ID., *Giustizia consensuale*, *ivi*, p. 5.

[82] Si fa riferimento ai modelli di U.P.P. conciliativo sperimentati da alcuni degli Uffici giudiziari aderenti al Progetto «Ufficio del processo, ragionevole durata e Buona prassi conciliativa BDDC» ricordato *supra* § 1.2. Sul funzionamento dell'U.P.P. conciliativo v. M. DELIA, *Progetto "Ufficio per il Processo - ragionevole durata* - best practice *conciliativa, estensione della banca dati conciliazione"*, cit.; *Nota su indici di mediabilità*, cit.; V. SPAGNOLETTI, *U.P.P., media-conciliazione e monitoraggio delle definizioni alternative nel quadro della Riforma c.d. Cartabia*, in *https://www.csm.it/documents/21768/5802512/U.P.P.%2C+media-conciliazione+e+monitoraggio+delle+definizioni+alternative+nel+quadro+della+Riforma+c.d.+Cartabia+-+SPAGNOLETTI+Valeria.pdf/83b651bf-ffc0-1eb8-aa7b-d859b6cabb50*.

[83] Cfr. *supra*, § 1.

[84] P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022*, in *https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/2907178/Cassazione_Relazione_2023.pdf/09f8782c-0f2a-2c16-4488-6892b5d1f8c0?t=1674730644433*, p. 38 s.

[85] Cfr. P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022*, cit., p. 39.



RAFFAELE SANTORO

L'anima del processo matrimoniale canonico tra dinamiche pastorali e proiezioni sinodali

L'articolo analizza il rapporto tra sinodalità e dinamiche pastorali che anima il processo matrimoniale canonico dopo la riforma realizzata da Papa Francesco con le Lettere Apostoliche in forma di m. p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* e *Mitis et misericors Iesus.*

The article analyzes the relationship between synodality and pastoral dynamics that animates the canonical matrimonial process after the reform effected by Pope Francis with the Apostolic Letters in form of m. p. Mitis Iudex Dominus Iesus and Mitis et misericors Iesus.

Sommario: 1. Processo matrimoniale canonico e *salus animarum* – 2. L'introduzione del processo matrimoniale più breve – 3. Sinodalità e dinamiche pastorali nel processo matrimoniale canonico.

1. Processo matrimoniale canonico e *salus animarum*

Il principio secondo il quale *Ecclesia semper reformanda est* alimenta costantemente l'intrinseca dinamicità dell'ordinamento canonico.

Le relative norme, al fine di adattarsi ai «segni dei tempi»[1] che stanno modellando il volto di una società in rapido e profondo mutamento, sia pure con le proprie peculiarità strutturali derivanti dal relativo fine soteriologico e dalla presenza delle disposizioni di diritto divino, sono state in più occasioni revisionate dal legislatore canonico, in un costante processo di «ricerca dell'autenticità evangelica»[2].

La previsione di norme processuali, anche se a prima vista può apparire come avulsa dalla dimensione soteriologica che contraddistingue l'ordinamento canonico, in realtà, oltre a garantire un ordinato svolgimento della funzione giudiziale di cui – per istituzione divina – è titolare la Chiesa cattolica, definisce una griglia di principi strumentali alla più ampia tutela di chi chiede protezione per i propri diritti in modo conforme a quanto proposto dal Concilio Vaticano II[3].

---

[1] FRANCESCO, *Udienza generale*, 4 gennaio 2023, p. 3, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

[2] G. DAMMACCO, *Governare la Chiesa. La governance e il governo*, Roma, 2013, p. 27.

[3] Con particolare riferimento al processo matrimoniale canonico, si rinvia ampiamente ad AA.VV., *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2006; M.J. ARROBA CONDE, *Prove e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano, 2008; M. D'ARIENZO, L. MUSSELLI, M. TEDESCHI, P. VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Torino, 2015; T. DI IORIO, *Il diritto di difesa nel giudizio canonico di nullità matrimoniale*, Napoli, 2012; S. MARRAMA, *Prassi processuale canonica*, Città del Vaticano, 2021.

Per la retta amministrazione della giustizia, mai riducibile ad una mera applicazione della legge[4], il legislatore universale ha sancito una serie di doveri che devono essere osservati dai giudici e dagli altri ministri dei tribunali nell'esercizio dei loro compiti, ponendo le relative attività all'interno di un più ampio orizzonte pastorale.
A tale riguardo, Francesco, con le Lettere Apostoliche in forma di m. p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* e *Mitis et misericors Iesus* del 15 agosto 2015, ha riformato il processo canonico per le cause di nullità matrimoniale nel *Codex Juris Canonici* e nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*[5].
Questo intervento legislativo, sollecitato dalla III Assemblea generale straordinaria del Sinodo dei Vescovi, ha lo scopo di favorire «non la nullità del matrimonio, ma la celerità dei processi, non meno che una giusta semplicità, affinché, a motivo della ritardata definizione del giudizio, il cuore dei fedeli che attendono il chiarimento del proprio stato non sia lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio»[6].

---

[4] Cfr. P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna, 2002, p. 17

[5] Cfr. AA.VV., *Il nuovo processo matrimoniale canonico. Una guida tra diritto e cura pastorale*, Bari, 2018; AA.VV., *Il processo di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco e gli effetti nell'ordinamento giuridico interno. Profili sostanziali e processuali*, Acerra, 2017; V. ANDRIANO, *La normativa canonica sul matrimonio e la riforma del processo di nullità*, Città del Vaticano, 2016; M.J. ARROBA CONDE, *Le "*Litterae motu proprio datae*" sulla riforma dei Processi di nullità matrimoniale: prima analisi. Alcuni aspetti delle nuove Norme sulle Cause di nullità del Matrimonio*, in *Apollinaris*, 2, 2015, p. 553 ss.; M.J. ARROBA CONDE, C. IZZI, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale nelle cause di nullità del matrimonio – Dopo la riforma operata con il Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Cinisello Balsano, 2017; G. BELFIORE, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco*, Catania, 2017; G. BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (prima parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 7 marzo 2016, p. 1 ss.; ID., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (seconda parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 14 marzo 2016, p. 1 ss.; ID., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (terza parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 21 marzo 2016, p. 1 ss.; ID., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte prima), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 3, 2018, p. 1 ss.; ID., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte seconda), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 5, 2018, p. 1 ss.; ID., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte terza), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 6, 2018, p. 1 ss.; M. CANONICO, *Il riformato processo matrimoniale canonico*, in *Diritto e religioni*, 2, 2016, p. 17 ss.; ID., *Le principali novità del riformato processo matrimoniale canonico*, in M. D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, vol. 1, Cosenza, 2017, p. 373 ss.; H. FRANCESCHI, M.A. ORTIZ (a cura di), *Ius et matrimonium. II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Roma, 2017; P. MONETA, *La dinamica processuale nel m.p. "Mitis Iudex"*, in *Ius Ecclesiae*, 28, 2016, p. 39 ss.; P. PALUMBO (a cura di), *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo*, Torino, 2016; REDAZIONE DI QUADERNI DI DIRITTO ECCLESIALE (a cura di), *La riforma dei processi matrimoniali canonici di Papa Francesco. Una guida per tutti*, Milano, 2016; L. SABBARESE, *I processi matrimoniali e il Vescovo "giudice tra i fedeli a lui affidati"*, in *Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, Bologna, 2016, p. 26 ss.; L. SABBARESE, R. SANTORO, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, Bologna, 2016.

[6] FRANCESCO, Lettera apostolica in forma di m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*, 15 agosto 2015, p. 2, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

A tale riguardo, Francesco, nell'Esortazione apostolica *Amoris laetitia* sull'amore nella famiglia, ha ribadito che «un gran numero di Padri ha sottolineato la necessità di rendere più accessibili ed agili, possibilmente del tutto gratuite, le procedure per il riconoscimento dei casi di nullità. La lentezza dei processi crea disagio e stanca le persone. I miei due recenti documenti su tale materia hanno portato ad una semplificazione delle procedure per una eventuale dichiarazione di nullità matrimoniale. Attraverso di essi ho anche voluto rendere evidente che lo stesso Vescovo nella sua Chiesa, di cui è costituito pastore e capo, è per ciò stesso giudice tra i fedeli a lui affidati»[7].
Anche questo intervento legislativo si pone dunque nell'orizzonte della promozione della *salus animarum*, nella quale si sostanzia la *suprema lex* dell'ordinamento giuridico della Chiesa (can. 1752 *c.j.c.*)[8], visto che la compressione dei tempi di svolgimento delle cause di nullità matrimoniale «permette in tempi brevi di fare chiarezza sulla propria situazione matrimoniale (magari in vista di un nuovo matrimonio»[9].

2. L'introduzione del processo matrimoniale più breve

Tra i principali punti di riforma del processo matrimoniale canonico[10], oltre all'abolizione della doppia conforme, assume un rilievo significativo l'introduzione del *processus brevior* innanzi al Vescovo diocesano.

---

[7] FRANCESCO, Esortazione apostolica *Amoris laetitia* sull'amore nella famiglia, 19 marzo 2016, n. 244, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[8] Cfr. P. PELLEGRINO, *Lezioni di diritto canonico*, Torino, 2004, p. 17 ss.
[9] M. FERRANTE, *Lezioni di diritto matrimoniale canonico. Percorsi di studio (e casi "particolari") tra teoria, prassi ed esperienza forense*, Milano, 2023, p. 161.
[10] Per il *Codex Juris Canonici* sono state apportate le seguenti innovazioni:
a) la modifica, per le cause di nullità matrimoniale non riservate alla Sede Apostolica, dei titoli equivalenti di competenza per i quali, circa il domicilio e il quasi-domicilio della parte attrice, non è più previsto che le parti debbano risiedere nel territorio della medesima conferenza episcopale e che il vicario giudiziale del luogo del domicilio della parte convenuta, udita la medesima, sia d'accordo; la medesima semplificazione ha coinvolto anche il criterio del luogo in cui si deve raccogliere la maggior parte delle prove (can. 1672 *c.j.c.*);
b) il rafforzamento del principio, già previsto nel can. 1419 *c.j.c.*, in base al quale il Vescovo diocesano è il giudice di prima istanza per le cause di nullità del matrimonio, per le quali il diritto non faccia espressamente eccezione, potendo esercitare la potestà giudiziaria personalmente o per mezzo di altri, a norma del diritto (can. 1673, § 1, *c.j.c.*) e dovendo costituire per la sua diocesi un tribunale diocesano per le cause di nullità del matrimonio, fatta salva la possibilità di accedere a un altro viciniore tribunale diocesano oppure interdiocesano (can. 1673, § 2, *c.j.c.*);
c) la possibilità che nel collegio giudicante, presieduto da un giudice chierico, i rimanenti giudici siano anche laici (can. 1673, § 3, *c.j.c.*), diversamente da quanto sancito nel can. 1421, § 2, *c.j.c.*, il quale, nel disciplinare i giudizi in generale, limita la partecipazione al collegio ad un solo laico;
d) la possibilità di affidare le cause matrimoniali a un giudice unico chierico, nel caso in cui non si possa costituire un tribunale collegiale in diocesi o nel tribunale viciniore (can. 1673, § 4, *c.j.c.*), mentre il tribunale di seconda istanza deve sempre essere collegiale (can. 1673, § 5, *c.j.c.*);
e) la previsione dell'appello al tribunale metropolitano di seconda istanza, fatto salvo il disposto dei cann. 1438, 1439 e 1444 (can. 1673, § 6, *c.j.c.*);

A tale riguardo, è stato sancito che compete al Vescovo diocesano giudicare le cause di nullità del matrimonio con il processo più breve ogniqualvolta la domanda sia proposta da entrambi i coniugi o da uno di essi, col consenso dell'altro e ricorrano circostanze di fatti e di persone, sostenute da testimonianze o documenti, che non richiedano una inchiesta o una istruzione più accurata, e rendano manifesta la nullità (can. 1693 *c.j.c.*).
Nelle *Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale* che corredano il m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* è stato previsto che tra le circostanze che possono consentire la trattazione della causa di nullità del matrimonio per mezzo del processo più breve secondo i cann. 1683-1687 *c.j.c.*, si annoverano per esempio: quella mancanza di fede che può generare la simulazione del consenso o l'errore che determina la volontà, la brevità della convivenza coniugale, l'aborto procurato per impedire la procreazione, l'ostinata permanenza in una relazione extraconiugale al tempo delle nozze o in un tempo immediatamente successivo, l'occultamento doloso della sterilità o di una grave malattia contagiosa o di figli nati da una precedente relazione o di una carcerazione[11], la causa del matrimonio del tutto estranea alla vita coniugale o consistente nella gravidanza imprevista della donna, la violenza fisica inferta per estorcere il consenso, la mancanza di uso di ragione comprovata da documenti medici, ecc. (art. 14, § 1)[12]. In merito, è stato opportunamente precisato che questo elenco «deve

f) prima dell'accettazione della causa, in luogo del tentativo di conciliazione dei coniugi, è richiesto che il giudice debba aver raggiunto la certezza che il matrimonio sia irrimediabilmente fallito, in modo che sia impossibile ristabilire la convivenza coniugale (can. 1675 *c.j.c.*);
g) la possibilità affidata al vicario giudiziale, sentito il difensore del vincolo, di convertire il processo matrimoniale ordinario in processo più breve invitando la parte convenuta, che non ha sottoscritto il libello, a comunicare se intende associarsi alla domanda presentata e partecipare al processo (can. 1676, § 2, *c.j.c.*); in questo caso si deve procedere a norma del can. 1685 (can. 1676, § 4, *c.j.c.*);
h) il riconoscimento del valore di prova piena alla confessione giudiziale e alle dichiarazioni delle parti, sostenute da eventuali testi di credibilità delle stesse, da valutarsi dal giudice considerati tutti gli indizi e gli ammennicoli, se non vi siano altri elementi che le confutino (can. 1678, § 1, *c.j.c.*); similmente, la deposizione di un solo teste può fare pienamente fede, se si tratta di un teste qualificato che deponga su cose d'ufficio, o le circostanze di fatti e di persone lo suggeriscono (can. 1678, § 2, *c.j.c.*);
i) l'abolizione del principio della cosiddetta "doppia conforme", prevedendo che la sentenza che per la prima volta ha dichiarato la nullità del matrimonio, decorsi i termini stabiliti nei cann. 1630- 1633, diventi esecutiva (can. 1679 *c.j.c.*);
l) la consequenziale riforma delle norme che disciplinano l'appello, prevedendo che: 1) la parte che si ritenga onerata, il promotore di giustizia e il difensore del vincolo hanno diritto di interporre querela di nullità della sentenza oppure appello verso la medesima a norma dei cann. 1619-1640 (can. 1680, § 1, *c.j.c*); 2) decorsi i termini stabiliti dal diritto per l'appello e la sua prosecuzione, dopo che il tribunale di istanza superiore ha ricevuto gli atti giudiziari, si deve costituire il collegio dei giudici, designare il difensore del vincolo e ammonire le parti a presentare le proprie osservazioni entro un termine prestabilito, decorso il quale il tribunale collegiale deve confermare con proprio decreto la sentenza di prima istanza nel caso in cui l'appello risulti manifestamente dilatorio (can. 1680, § 2, *c.j.c.*); 3) se l'appello è stato ammesso, si deve procedere come in prima istanza, sia pure con i dovuti adattamenti (can. 1680, § 3, *c.j.c.*); 4) se nel grado di appello viene introdotto un nuovo capo di nullità del matrimonio, il tribunale lo può ammettere e su di esso giudica come se fosse in prima istanza (can. 1680, § 4, *c.j.c.*);
m) l'introduzione del processo matrimoniale più breve davanti al vescovo diocesano (cann. 1683-1687 *c.j.c.*).
[11] Cfr. R. SANTORO, *Religione e detenzione. La libertà religiosa oltre le mura carcerarie*, Napoli, 2020, p. 262 ss.
[12] Cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, Torino, 2018, p. 275.

essere considerato come una serie di circostanze che rendano manifesta la nullità, non già presunzioni di fatto in base alle quali stabilire con certezza una nullità provata»[13].
In questo caso, il libello con cui si introduce il processo più breve, oltre agli elementi elencati nel can. 1504 *c.j.c.*, deve esporre brevemente, integralmente e chiaramente i fatti su cui si fonda la domanda, indicare le prove che possono essere immediatamente raccolte dal giudice ed esibire in allegato i documenti su cui si fonda la domanda (can. 1684 *c.j.c.*)[14].
Per lo svolgimento del processo matrimoniale più breve:
a) il Vicario giudiziale, nello stesso decreto con cui determina la formula del dubbio, nomina l'istruttore e l'assessore e cita per la sessione, da celebrarsi a norma del can. 1686 non oltre trenta giorni, tutti coloro che devono parteciparvi (can. 1685 *c.j.c.*);
b) l'istruttore, per quanto possibile, raccoglie le prove in una sola sessione e fissa il termine di quindici giorni per la presentazione delle osservazioni in favore del vincolo e delle difese di parte, se ve ne siano (can. 1686 *c.j.c.*)[15].
Al termine della fase istruttoria, il Vescovo diocesano, ricevuti gli atti, consultatosi con l'istruttore e l'assessore, vagliate le osservazioni del difensore del vincolo e, se vi siano, le difese delle parti, se raggiunge la certezza morale sulla nullità del matrimonio, emana la sentenza affermativa, altrimenti rimette la causa al processo ordinario (can. 1687, § 1, *c.j.c.*)[16].
Nel primo caso, il testo integrale della sentenza, con la motivazione, deve essere notificato al più presto alle parti (can. 1687, § 2, *c.j.c.*)[17].
Contro la sentenza del Vescovo diocesano si può appellare al Metropolita o alla Rota Romana; se la sentenza è stata emessa dal Metropolita, è possibile proporre appello al suffraganeo più anziano; mentre contro la sentenza di altro Vescovo che non ha un'autorità superiore sotto il Romano Pontefice, l'appello deve essere presentato al Vescovo da esso stabilmente designato (can. 1687, § 3, *c.j.c.*). Inoltre, se l'appello appare in modo evidente meramente dilatorio, il Metropolita o il Vescovo di cui al § 3, o il Decano della Rota Romana, deve rigettarlo *a limine* con un suo decreto; se invece l'appello è ammesso, la causa deve essere rimessa all'esame ordinario di secondo grado (can. 1687, § 4, *c.j.c.*)[18].
Ulteriori disposizioni sono state inoltre previste nelle *Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale* che corredano il m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* (artt. 14-20).

---

[13] L. SABBARESE, *Manuale di diritto canonico*, Molfetta, 2022, p. 575 ss.
[14] Cfr. A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2022, p. 547.
[15] Cfr. L. SABBARESE, R. SANTORO, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, cit., p. 74 ss.
[16] Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma, 2020, p. 713. Per una breve riflessione sulla possibilità di delegare anche la fase decisoria, si rinvia a M. TEIXIDOR, *La delega della potestà giudiziale decisoria da parte del Vescovo diocesano*, in *Vox Canonica*, Rivista telematica (www.voxcanonica.com), 15 novembre 2023, p. 1 ss.
[17] Cfr. L. SABBARESE, *Manuale di diritto canonico*, cit., p. 578.
[18] Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 724 ss.

Trattandosi di un procedimento di tipo giudiziario, ancorato alla figura del Vescovo diocesano quale giudice personale e unico nel *processus brevior* in forza del suo ufficio pastorale, si determinano anche molteplici riflessi sulla normativa concordataria inerenti il riconoscimento degli effetti civili nella Repubblica italiana alle sentenze di nullità matrimoniale pronunciate dai Vescovi diocesani al termine del processo matrimoniale più breve[19].

3. Sinodalità e dinamiche pastorali nel processo matrimoniale canonico

La volontà di rendere più celeri i processi di nullità matrimoniale risponde all'esigenza pastorale di consentire ai fedeli di «sanare la situazione personale irregolare in cui si trovano a vivere»[20], nella scia della misericordia posta al centro del pontificato di Francesco, la quale «è il donarsi di Dio che accoglie, che si piega per perdonare»[21].

Questo principio anima tutta la vita della Chiesa e l'azione delle strutture ecclesiastiche attraverso le quali si esercita la potestà giudiziaria. In particolare, il giudice ecclesiastico deve pronunciare un «giudizio giusto, bensì non un giudizio che somiglia a una ghigliottina, ma un giudizio che lascia aperto "un varco della misericordia", cioè una via d'uscita che rende possibile all'altro, qualora ne abbia buona volontà, un nuovo inizio»[22].

In questa prospettiva, Francesco, oltre agli aspetti umani e giudiziari, ha evidenziato che sotto il profilo pastorale, «in quanto espressione della sollecitudine pastorale del Papa e dei Vescovi, al giudice è richiesta non soltanto provata competenza, ma anche genuino spirito di servizio. Egli è il servitore della giustizia, chiamato a trattare e giudicare la condizione dei fedeli che con

---

[19] Cfr. G. BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis Iudex* (parte prima), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 6 febbraio 2017, p. 1 ss.; ID., *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis Iudex* (parte seconda), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 13 febbraio 2017, p. 1 ss.; M. FERRANTE, *Riforma del processo matrimoniale e delibazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2016, p. 313 ss.; ID., *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, in *Jus*, 28 ottobre 2017, p. 1 ss.; A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, cit., p. 546 ss.; L. LACROCE, *Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta con il M.P. «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2, 2016, p. 521 ss.; A. MADERA, *Forme di pluralismo nel settore matrimoniale: le nuove sfide delle "overlapping jurisdictions"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 31, 2017, p. 3 ss.; L. SABBARESE, R. SANTORO, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, cit., p. 85 ss.; R. SANTORO, *Riforma del processo matrimoniale canonico, efficacia civile delle sentenze episcopali e durata della convivenza coniugale*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Napoli, 2017, p. 327 ss.; ID., *Processus brevior e delibazione delle sentenze episcopali di nullità matrimoniale*, in *Diritto e religioni*, 1, 2018, p. 541 ss.

[20] P. MONETA, *Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell'attuale dibattito sinodale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 8, 2015, p. 1.

[21] FRANCESCO, *Il nome di Dio è misericordia*, Milano, 2016, p. 24.

[22] W. KASPER, *Misericordia. Concetto fondamentale del vangelo – Chiave della vita cristiana*, Brescia, 2013, p. 267.

fiducia si rivolgono a lui, imitando il Buon Pastore che si prende cura della pecorella ferita. Per questo è animato dalla carità pastorale»[23].
In seguito alla riforma del processo matrimoniale canonico, «è andata crescendo la consapevolezza circa l'interazione tra pastorale familiare e tribunali ecclesiastici, visti anch'essi nella loro specificità come organismi pastorali»[24].
Una caratteristica già in sé connaturata nell'azione e nel servizio svolto dai tribunali ecclesiastici, come peraltro evidenziato da Francesco, per il quale «la dimensione giuridica e la dimensione pastorale del ministero ecclesiale non sono in contrapposizione, perché entrambe concorrono alla realizzazione delle finalità e dell'unità di azione propria della Chiesa. L'attività giudiziaria ecclesiale, che si configura come servizio alla verità della giustizia, ha infatti una connotazione profondamente pastorale, perché finalizzata al perseguimento del bene dei fedeli e alla edificazione della comunità cristiana»[25].
In merito a questo aspetto, Francesco ha sollecitato una *conversione pastorale* delle strutture ecclesiastiche allo scopo di offrire un'opera di giustizia misericordiosa a quanti invocano il ministero dei tribunali ecclesiastici per chiarire la propria situazione coniugale[26]. La dichiarazione di nullità matrimoniale si pone pienamente in un orizzonte pastorale in quanto consente alle parti coinvolte di superare la propria condizione di vita talvolta vissuta nelle «più disperate periferie esistenziali»[27].
Questa azione pastorale coinvolge anche l'accompagnamento dei fedeli all'interno di un preliminare percorso di verifica della propria posizione matrimoniale per individuare gli elementi probatori posti a sostegno della eventuale richiesta di nullità matrimoniale e raccogliere la documentazione necessaria da fornire all'Autorità ecclesiastica competente a decidere del caso[28].
La semplificazione di alcuni elementi nei quali si articola il processo matrimoniale canonico non ha sovvertito le relative finalità, in ragione della centralità del principio del *favor iuris* a

[23] FRANCESCO, *Discorso al Tribunale della Rota Romana, per l'inaugurazione dell'anno giudiziario*, 24 gennaio 2014, p. 2, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[24] FRANCESCO, *Discorso ai partecipanti al corso di formazione per gli operatori del diritto, promosso dal Tribunale della Rota Romana*, 18 febbraio 2023, p. 3, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[25] FRANCESCO, *Discorso al Tribunale della Rota Romana, per l'inaugurazione dell'anno giudiziario*, 24 gennaio 2014, cit., p. 1.
[26] Cfr. FRANCESCO, *Discorso in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale della Rota Romana*, 23 gennaio 2015, p. 2 ss., il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[27] FRANCESCO, Bolla *Misericordiae vultus* di indizione del Giubileo straordinario della misericordia, 11 aprile 2015, n. 15, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[28] Cfr. E. TUPPUTI (a cura di), *Vademecum per la consulenza nella fragilità matrimoniale una guida per canonisti, sacerdoti e operatori di pastorale familiare*, Barletta, 2019; ID., *Il "Tribunale della verità del vincolo sacro" a servizio della famiglia. Sfide e opportunità di collaborazione tra pastorale matrimoniale e tribunali ecclesiastici nella preparazione del matrimonio oggi*, in *Studia Sancti Romuli*, I, 2023, p. 63 ss.

tutela del matrimonio (can. 1060 *c.j.c.*)[29], che continua ad essere il cardine del diritto matrimoniale. Per la dichiarazione di nullità del matrimonio, infatti, è sempre necessario che, sulla base delle prove raccolte, il giudice oppure il Vescovo diocesano maturino la certezza morale circa la relativa invalidità (cann. 1608 § 1 e 1687 § 1 *c.j.c.*)[30].
Il servizio svolto in questo delicato ambito dai tribunali ecclesiastici e dai Vescovi diocesani si pone dunque a pieno titolo nell'orizzonte della sinodalità[31], il quale «implica anzitutto il camminare insieme»[32], nel senso che «superando una visione distorta delle cause matrimoniali, come se in esse si affermassero meri interessi soggettivi, va riscoperto che tutti i partecipanti al processo sono chiamati a *concorrere al medesimo obiettivo*, quello di far risplendere la verità su un'unione concreta tra un uomo e una donna, arrivando alla conclusione sull'esistenza o meno di un vero matrimonio tra di loro»[33].
Per questo motivo, «lo stesso obiettivo di ricerca condivisa della verità deve caratterizzare ogni tappa del processo giudiziario»[34], poiché tutti i soggetti che vi partecipano, «pur nella necessaria diversità dei ruoli e degli interessi, sono chiamati a concorrere all'accertamento della verità tramite il contraddittorio, il confronto degli argomenti e l'accurato esame delle prove»[35].
Nell'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica si registra una «inversione assiologica [...] tra virtù e regola»[36], in ragione della quale il comandamento evangelico della *caritas* non sarebbe giustificato dalle singole regole oppure dai principi ad esse sottesi, in quanto sarebbe la stessa *caritas* ad animarle, condizionandone anche l'interpretazione e l'applicazione[37].
Prende forma in questa prospettiva l'immagine di un diritto canonico "in uscita", "periferico", in quanto proiettato a garantire la *salus animarum* anche nelle più profonde periferie esistenziali e, proprio per tale motivo, mai "marginale" nella vita della comunità ecclesiale.

---

[29] Cfr. L. SABBARESE, *Il matrimonio nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro IV, Parte I, Titolo VII*, Città del Vaticano, 2016, p. 143 ss.
[30] Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 723 ss.
[31] Sul tema, si rinvia ampiamente a P. PALUMBO, *Il diritto canonico nel servizio della comunione ecclesiale e della sinodalità*, Napoli, 2022.
[32] FRANCESCO, *Discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano*, 12 marzo 2022, p. 2, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[33] FRANCESCO, *Discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale della Rota Romana*, 27 gennaio 2022, p. 2, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[34] FRANCESCO, *Discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale della Rota Romana*, 27 gennaio 2022, cit., p. 2.
[35] FRANCESCO, *Discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano*, 12 marzo 2022, cit., p. 2.
[36] R. MAZZOLA, *Il diritto vivente dell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in R. BARTOLINO, S. GHERRO, G. LO CASTRO (a cura di), *Diritto per valori e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino, 1996, p. 357.
[37] Cfr. S. BERLINGÒ, M. TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Torino, 2008, p. 33.

In questa dinamica di interscambio tra orizzonti escatologici e profili umani affiora l'anima del processo matrimoniale canonico quale crocevia tra dimensione pastorale e proiezioni sinodali a sostegno della *salus animarum*.

Raffaele Santoro
Associato dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"



GIAN PAOLO CALIFANO

La correzione dei provvedimenti del giudice togato e degli arbitri

L'autore studia l'istituto della correzione dei provvedimenti giudiziali e dei lodi arbitrali.

The author studies the institution of the correction of judicial decisions and arbitration awards.

Sommario: 1. Introduzione. 2. I lavori preparatori degli art. 287 e 288 c.p.c. 3. Gli art. 287 e 288 del codice del 1940; 3.1. segue: l'art. 287 e gli errori emendabili: in particolare, circa i vizi motivo di nullità della sentenza; 3.2. segue: se l'errore debba emergere *prima facie* dal provvedimento oppure possa il giudice della correzione riferirsi ad elementi emergenti da atti diversi; segue: 3.3. segue: le "omissioni" correggibili, in particolare: l'errata identificazione di una delle parti; 3.4. segue: l'errata identificazione del giudice; 3.5. segue: un'occasione mancata e dubbi di illegittimità costituzionale (circa l'omessa sottoscrizione della sentenza); 3.6. segue: la mancata regolamentazione delle spese di lite; 3.7. segue: sul mancato ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale; 3.8. segue: contraddizione tra motivazione e dispositivo; 3.9. segue: l'errore motivo di revocazione *ex* art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. 4. I vizi dei provvedimenti nel rito del lavoro: in particolare, alla luce dell'art. 429 c.p.c. 5. I provvedimenti emendabili. 6. La procedura di correzione delle sentenze e delle ordinanze; 6.1. segue: il regime del provvedimento di correzione e quello della sentenza corretta. 7. La correzione dei provvedimenti della Corte di cassazione. 8. La correzione del lodo arbitrale: introduzione; 8.1. segue: i provvedimenti arbitrali; 8.2. segue: il provvedimento arbitrale che non definisce il giudizio; 8.3. segue: l'impugnazione del lodo non definitivo o parziale; 8.4. segue: gli errori del lodo correggibili con la speciale procedura in esame; 8.4. segue: il procedimento di correzione del provvedimento degli arbitri.

1. Introduzione

Come noto, la correzione dei provvedimenti dei giudici di merito trova oggi[1] espressa disciplina negli art. 287 e 288 del codice di rito. Mentre la correzione dei provvedimenti della

[1] Come già nel codice sardo e nel codice del Regno d'Italia (art. 473). Per il commento al codice degli Stati sardi v. P. S. MANCINI, G, PISANELLI e A. SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, ove, lo anticipo qui per quanto tratterò in prosieguo (§ 3.5), a pag. 165 del volume I, par. II, Torino, 1857, il chiarimento circa la nullità della sentenza carente di sottoscrizione del giudice, già affermata dalla giurisprudenza dell'epoca, sebbene sia l'art. 64 del cod. sardo, sia l'art. 18 del cod. di proc. civ. francese non ne prevedessero la sanzione. E per l'esegesi della norma del primo codice unitario v. *Comentario del codice di procedura civile dei signori Pisanelli, Scialoja e Mancini*, coordinato e ridotto da DOMENICOANTONIO GALDI, VI, Napoli, 1878, p. 662 ss.; F. S. GARGIULO, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, III, Napoli, 1839, p. 209 ss.; F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, II, Firenze, 1880, p. 301 ss.; L. BORSARI, *Il codice italiano di procedura civile*, parte prima, 3ª ed., Torino, 1872, p. 584 ss.; E. CUZZERI, *Il codice italiano di procedura civile*, 2ª ed., V, Verona, 1891, p. 61 ss. E, sempre sull'art. 473 del codice del Regno d'Italia v. anche L. MATTIROLO, *Diritto giudiziario civile italiano*, IV, 4ª ed., Torino, 1896, p. 92 ss.

Corte di cassazione è specificamente regolata dal successivo art. 391-*bis* (per il cui esame rinvio al § 7).

Pacifico che la procedura per la correzione degli errori materiali dei provvedimenti giudiziali, non è un mezzo di impugnazione, sibbene istituto destinato -con per ora vaga definizione- a chiarire, ove possibile, l'effettivo intendimento del giudice *a quo* rispetto ad una sua facilmente percepibile errata esteriorizzazione nel documento scritto. E se ne trova antecedente nell'art. 473 del primo codice unitario e, prima ancora, nel codice di procedura civile degli Stati sardi del 1859 e nel codice sardo del 1855[2]. Già nel vigore di tali norme si posero problemi in parte ancora attuali, che in prosieguo proverò a chiarire. Con una avvertenza: sono ben consapevole delle ragioni di economia processuale sottese alle citate norme. E dell'opportunità di orientamenti giurisprudenziali "costituzionalmente orientati" anche e soprattutto in relazione al principio della ragionevole durata del processo. Ma mi capiterà, a volte, di darne conto in senso critico, per non potersi per via giurisprudenziale introdurre nel sistema integrazioni o interpretazioni dei provvedimenti decisori, che, pur proposti in sede di lavori preparatori del codice del 1940 (cfr. il § che segue), non furono poi recepiti dal Legislatore[3].

Il principio, a mio giudizio, è che, in ogni caso, l'applicazione degli art. 287 s., c.p.c. può concretarsi soltanto nella corretta espressione di quanto già deciso (e malamente espresso)[4]; non anche in interventi che si risolvano in nuovi giudizi.

Ed anzi, in generale, anticipo anche la mia piena adesione, come di seguito emergerà, al principio giurisprudenziale maggioritario per il quale «il procedimento per la correzione degli errori materiali di cui all'art. 287 c.p.c. è esperibile per ovviare ad un difetto di corrispondenza fra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, *chiaramente rilevabile dal testo stesso del provvedimento* mediante il semplice confronto della parte del documento

[2] Sull'istituto qui in esame e sui precedenti delle due attuali norme v. l'attento studio monografico di S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del Giudice*, Napoli, 2017, *passim*.

[3] Manca nel nostro sistema, ad esempio, una norma quale l'art. 461 del nouveau code de procédure civile, per il quale «il appartient à tout juge d'interpréter sa décision si elle n'est pas frappée d'appell». Ed anche il successivo art. 462 (che costituisce l'omologo del nostro art. 278 c.p.c.), come modificato par Décret n. 2010-1165 du 1er octobre 2010, appare di più semplice interpretazione soprattutto quanto al regime di impugnazione (con ricorso in cassazione) della pronuncia di rettifica.

[4] In ciò nulla di nuovo: v., ad esempio, già, nel vigore del codice del Regno d'Italia, *Comentario del codice di procedura civile* dei signori Pisanelli, Scialoja e Mancini, coordinato e ridotto da DOMENICOANTONIO GALDI, VI, cit., p. 663, per il quale l'istituto «suppone una difformità tra il concetto della sentenza e la sua espressione»; G. CHIOVENDA, *Principii di Diritto processuale civile*, ristampa anastatica, Napoli, 1980, p. 971, per il quale, «non si tratta di impugnare il giudizio del giudice né la sua attività, ma solo di far corrispondere la espressione materiale di essa a ciò che il giudice volle effettivamente dire e fare». Cfr., poi, nel medesimo senso, tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, 5ª ed., I, Roma, 1956, p. 345 e G. TOMBARI, *Contributo alla dottrina della correzione delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, *passim*.

che ne è inficiata con le considerazioni contenute nella motivazione, senza che possa incidere sul contenuto concettuale e sostanziale della decisione[5].

2. I lavori preparatori degli art. 287 e 288 c.p.c.

Gli studi per la riforma del codice di rito furono intrapresi dalla Commissione istituita con decreto luogotenenziale del 21 marzo 1918, n. 361 nell'ambito della quale la sezione VIII della prima Sottocommissione presentò una proposta di riforma del procedimento civile, con uno schema di norme predisposte da Giuseppe Chiovenda. Questi, nel 1920, pubblicò "in separato volume"[6] la proposta di riforma del procedimento civile elaborata dalla predetta Commissione, già inserita negli Atti della Commissione stampati nel medesimo anno[7]. Senza, però, che nel testo fosse dedicata alcuna norma alla correzione di errori materiali eventualmente inficianti i provvedimenti del giudice. Nel 1923 Lodovico Mortara pubblicò un suo progetto parziale di riforma[8], e nel medesimo anno fu promulgata la legge 20 dicembre 1923, n. 2814, con la quale la preparazione della riforma processuale cominciò ad assumere carattere concreto. Sulla base di tale legge fu infatti costituita la Reale Sottocommissione C presieduta da Mortara e di cui *infra*.

Carnelutti, invece, nel suo progetto[9] proponeva un Capo II Titolo sesto del Libro secondo (quindi prima del Titolo decimo dedicato ai mezzi di impugnazione) formato da quattro articoli (da 285 a 288). La prima norma era dedicata alla "correzione della sentenza" e prevedeva che «Qualora nella redazione della sentenza sia incorsa una omissione o un errore di espressione o di calcolo, il quale sia manifestamente dovuto alla disattenzione del giudice, la omissione va riparata e l'errore viene corretto dal giudice stesso, a istanza di parte o anche d'ufficio». La norma prevedeva, quindi, anche un potere d'ufficio. Ma l'oggetto della procedura immaginata si estendeva, per il successivo art. 286, anche alla possibile "interpretazione autentica della sentenza": l'art. 286 prevedeva infatti che «Qualora parole usate nella sentenza possano dar luogo a dubbi di interpretazione, il giudice che la ha pronunciata, può indicare, se vi è demanda concorde delle parti, come quelle parole debbano essere interpretate». Interpretazione della sentenza alla quale si sarebbe potuto procedere, dunque, soltanto su istanza concorde delle parti. Il successivo art. 287 sarebbe stato dedicato ai "provvedimenti per la correzione e la interpretazione" e avrebbe stabilito che «La correzione o la interpretazione si fa dal giudice

[5] Cass. 11 agosto 2020, n. 16877, in *Rep. Foro it*., 2020, voce *Sentenza civile*, n. 64; Cons. Stato, 27 dicembre 2004, n. 8218, ivi, 2005, voce cit., n. 77.

[6] *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra, Relazione e testo annotato, per cura di Giuseppe Chiovenda*, Napoli, 1920.

[7] Commissione Reale per il dopo guerra – *Studi e proposte della prima Sottocommissione presieduta dal sen. Vittorio Scialoja*, Roma, tipogr. Artigianelli, 1920, p. 242 ss.

[8] Progetto pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, 1923, IV, col. 135 ss. e 1924, p. IV, col. 1 ss.

[9] F. CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile*, presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di procedura civile, Parte prima, Del processo di cognizione, Padova, 1926.

secondo le regole, che statuiscono la formazione della sentenza, e si documenta mediante una postilla che viene scritta e sottoscritta dal giudice di seguito all'originale della sentenza corretta o rettificata». Si sarebbe quindi proceduto ai sensi del Titolo sesto, dedicato alla sentenza (art. da 282 a 284 del progetto). In fine, al procedimento per la correzione o la interpretazione erano in tale progetto dedicati i due commi dell'art. 288, ai sensi dei quali «La istanza per la correzione o la interpretazione si fa mediante ricorso – Prima di provvedere alla correzione il giudice deve dare le disposizioni opportune affinché l'altra parte sia posta in grado di contraddire»: correttamente, quindi, alla correzione si addiveniva previa instaurazione del contraddittorio fra le parti.
Alla proposta di Carnelutti, sempre nel 1926 (24 giugno) seguì la presentazione all'allora Ministro della giustizia e degli affari di culto, on. Prof. Alfredo Rocco, del progetto del codice di procedura civile proposto dalla Reale sottocommissione C) nominata con regio decreto del 3 giugno 1924 e presieduta da Lodovico Mortara[10]. Progetto che nel Libro secondo, (dedicato agli atti del processo), proponeva, nel relativo Titolo settimo, il Capo II, sulla "correzione e interpretazione della sentenza: art. da 276 a 279. La prima norma (correzione della sentenza) prevedeva che «Qualora, nella redazione della sentenza, sia incorsa una omissione o un errore di espressione o di calcolo, il quale sia manifestamente dovuto a disattenzione, la omissione viene riparata e l'errore viene corretto dal giudice stesso a istanza di parte o anche d'uffizio». Norma, dunque, sostanzialmente identica a quella del Progetto Carnelutti; e non per caso, posto che di quella Sottocommissione era membro anch'Egli. Così come identici erano l'art. 277 dedicato alla "interpretazione autentica della sentenza", l'art. 278, sui "provvedimenti per la correzione o l'interpretazione" e l'art. 279 sul "procedimento per la correzione o la interpretazione".
Le norme poi recepite dal codice di '40 appaiono, dapprima "limate" e poi "perfezionate", nel Progetto preliminare[11] e in quello definitivo[12]. Nel primo, l'istituto *de quo* appariva regolato nel Libro primo, Titolo III, Capo VIII, dedicato, quest'ultimo, alla "correzione delle ordinanze e delle sentenze" e costituito da 4 articoli (art. 304 a 307).
L'art. 304 prevedeva che «La correzione delle ordinanze e delle sentenze, oltre che nei casi preveduti negli articoli 79 e 302, può essere chiesta per emendare errori od omissioni materiali che non ne producono la nullità o per correggere errori di calcolo»: due rilievi vanno qui proposti. 1) apparivano, nella norma a) il richiamo all'art. 79, per il caso di omissione di pronunzia sulle spese, e per il quale «Quando il giudice abbia omesso di provvedere sulla

[10] Commissione Reale per la riforma dei codici, Sottocommissione c. *Codice di procedura civile. Progetto*, Roma, Provveditorato generale dello Stato, Libreria, 1926.
[11] Commissione Reale per la riforma dei codici. Sottocommissione per il codice di procedura civile. *Progetto preliminare e relazione*, Istituto Poligrafico dello Stato, Libreria, Roma, 1937 – Anno XV.
[12] Ministero di Grazia e Giustizia. Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli On. Solmi, Istituto Poligrafico dello Stato, Libreria, Roma, 1939 – Anno XVII.

domanda di condanna o di liquidazione delle spese, la parte interessata può chiedere che sia provveduto nelle forme prescritte per la correzione delle sentenze»; b) quanto alla provvisoria esecuzione delle sentenze, pure si prevedeva (art. 302) che «Se il giudice abbia omesso di pronunziare sulla istanza di provvisoria esecutorietà, si può chiedere che vi provveda in via di correzione della sentenza». 2) Per espressa previsione, erano in tal contesto emendabili soltanto errori od omissioni che non fossero causa di nullità dei provvedimenti. La norma successiva, in unico comma, prevedeva che la correzione fosse richiesta «con ricorso della parte interessata o di tutte le parti al giudice che ha emesso il provvedimento». Ma aggiungeva che «Il giudice non può più provvedere alla correzione quando la sentenza sia stata impugnata con l'appello». Al procedimento di correzione l'art. 306 dedicava, poi, cinque commi: «Se la correzione è richiesta da alcuna delle parti, il giudice fissa con decreto, notificato d'ufficio a tutte le parti nella forma prescritta dall'articolo 149, l'udienza nella quale esse dovranno comparire per fare le loro dichiarazioni in merito alla proposta correzione. – Sentite le parti, il giudice provvede con ordinanza che è annotata mediante postilla in calce all'originale della pronunzia. – L'ordinanza è impugnabile in quanto lo sia la pronunzia alla quale si riferisce. – Se la correzione della sentenza sia richiesta oltre un anno dalla sua pubblicazione, il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza devono essere notificati nelle forme stabilite per la citazione[13] e il giudice provvede con sentenza. – Quando la correzione sia richiesta con ricorso di tutte le parti, il giudice può provvedere senza bisogno di ordinare preventivamente la loro comparizione.». Finalmente, al "procedimento per l'integrazione dei provvedimenti relativi alla prosecuzione del processo" era dedicato l'art. 307: «Il ricorso per l'integrazione dei provvedimenti del giudice, nel caso preveduto dall'ultimo comma dell'articolo 159, deve essere proposto entro il termine perentorio di quindici giorni dall'udienza in cui il provvedimento fu pronunziato, ovvero dalla sua notificazione o dalla comunicazione fattane con avviso di cancelleria nei casi nei quali queste sono prescritte; nello stesso termine il giudice può provvedere anche d'ufficio. – Il giudice, sia che provveda su istanza di parte, sia che provveda d'ufficio, fissa con decreto l'udienza o il giorno la cui indicazione venne omessa. – Il decreto è notificato a cura del cancelliere a tutte le parti.».

A parte ogni altro rilievo, vale fin da ora notare che il progetto preliminare recepiva, dunque, dei pregressi lavori, anche specifica norma per l'interpretazione della sentenza. Non così - stiamo per vederlo- il progetto definitivo Solmi.

[13] Si è avuta occasione di affermare che l'art. 288, comma 3, c.p.c., pone il limite di un anno alla *perpetuatio* dell'ufficio del difensore ed alla efficacia dell'elezione di domicilio compiuta per il giudizio, presumendosi la cessazione dell'incarico difensivo; la notifica al difensore, tuttavia, non è inesistente, in quanto non si traduce nell'impossibilità di riconoscere nell'atto la risposta al modello legale della sua categoria, ma si risolve in una mera violazione in tema di forma, che dà luogo ad una nullità sanabile *ex* art. 160 c.p.c., con conseguente operatività dei rimedi della rinnovazione o della sanatoria: Cass. 15 febbraio 2013, n. 3827, in *Rep. Foro it*., 2013, voce *Sentenza civile*, n. 63

Sta di fatto che, notoriamente, sul progetto preliminare furono interpellate la Corte di Cassazione, le Università e molti altri. E, per quanto ho potuto trovare, in merito agli art. da 304 a 307 la suprema Corte[14] si limitò a segnalare come eccessive le previsioni brevi e perentorie del termine indicato dall'art. 307. Quanto alle Università, P. Calamandrei[15], A. Coniglio[16] e A. Genovesi[17] nulla rilevavano sulle norme in questione, mentre M. T. Zanzucchi, per l'Università Cattolica del Sacro Cuore[18], in ordine all'art. 304 suggeriva di ammettere la correzione delle sentenze anche d'ufficio e pure per "interpretare frasi ambigue"; e quanto all'art. 307, viceversa riteneva inappropriato l'intervento d'ufficio per la fattispecie ivi disciplinata.
U. Rocco, per la Facoltà di giurisprudenza della Reale Università di Napoli[19], osservava, sull'art. 306, che «il terzo comma stabilisce che l'ordinanza è impugnabile, in quanto lo sia la pronunzia alla quale si riferisce. Ma non si considera che l'interesse a impugnare la sentenza potrebbe sorgere in seguito alla correzione richiesta da una parte e contrastata dall'altra, e in questo caso, ove fosse trascorso il termine per appellare, non sarebbero più impugnabili né l'ordinanza, né la sentenza. Occorrerebbe quindi modificare la disposizione, nel senso che l'ordinanza sia sempre impugnabile, indipendentemente dalla sentenza alla quale si riferisce».
Ben più severo F. Carnelutti[20]: «A) Appartiene all'argomento che concerne la forma dei provvedimenti del giudice, il c.d. istituto della correzione del provvedimento in genere e, in particolare, della sentenza perché per esso non si procede più che alla modificazione formale della dichiarazione giudiziale, la cui imperfezione non riguarda l'idea manifestata dal giudice ma il modo della sua manifestazione. Basta intendere con chiarezza la portata di tale istituto per dover constatare che il suo regolamento nel progetto (articoli 304-307) non è tale da riparare i gravi difetti esistenti nel diritto vigente; il solo progresso, che il progetto realizza in confronto di questo, riguarda la collocazione delle norme relative, le quali non fanno più parte del gruppo concernente la impugnazione. B) il torto del progetto, su questo punto, consiste nell'aver mantenuto, su per giù, la formula angusta dell'art. 473 del codice attuale, secondo la quale la correzione "può essere chiesta per emendare errori od omissioni materiali…".

[14] Corte di Cassazione del Regno. *Osservazioni sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Stamperia Reale di Roma, 1937, p. 42.
[15] Pubblicazioni della R. Università degli studi di Firenze. Facoltà di Giurisprudenza. *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul Progetto preliminare del codice di procedura civile*, Firenze, 1973 – XV.
[16] R. Università di Catania. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. *Osservazioni al Progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1938 – XVI.
[17] R. Istituto superiore di economia e commercio di Venezia. *Osservazioni e proposte della Facoltà di Economia e Commercio sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Ca' Foscari – Venezia, 1937 – XVI.
[18] Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore. *Osservazioni intorno al "progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, MCMXXXVII-XV, p. 56.
[19] Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Napoli. Prof. UGO ROCCO, *Rilievi sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civile*, Napoli, 1938 – XVI, p. 71 s.
[20] F. CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1937 – XV, § 35, p. 86 ss.

Bisogna, invece, che la formula sia estesa a comprendere tutti i casi, in cui, senza modificazione della sostanza del provvedimento, si tratti non tanto di correggere un errore materiale, quanto di dissipare una sua oscurità o comunque di chiarire, cioè di interpretare il pensiero del giudice. La Facoltà e il Sindacato non credono di errare quando affermano che il maggior rendimento di tale istituto è sul terreno dell'interpretazione della sentenza data dal giudice stesso, che la ha pronunziata; non v'è pratico del processo, il quale non si sia trovato più volte davanti a questo bisogno al quale, nel diritto vigente, non si può cercar soddisfazione se non attraverso il mezzo inadatto della impugnazione; e ancora una volta si permettono di additare le norme contenute a questo proposito nel progetto della Sottocommissione Mortara (art. 276 e segg.). In armonia con tale maggiore ampiezza all'istituto converrebbe il nome di *rettificazione* anzichè di *correzione* dei provvedimenti. In particolare, nel progetto ora ricordato, della interpretazione della sentenza tratta l'art. 277, il quale però deve essere a sua volta emendato in quanto subordina il potere di interpretazione alla "istanza concorde delle parti"; non v'è alcuna ragione, invero, di consentire la interpretazione con minor larghezza della correzione, la quale non è, del resto, che una forma di interpretazione; il pericolo che il procedimento di rettificazione, messo su tale strada, sbocchi a un appello davanti al medesimo giudice, in primo luogo trova il suo naturale rimedio nel contraddittorio delle parti interessate a impedire modificazioni sostanziali della sentenza e, in ogni caso, non presenta alcuna gravità perché, al postutto, un riesame da parte del medesimo giudice non può che giovare alla giustizia; purché, a garanzia della certezza (e questo è un altro emendamento che si propone al progetto della Sottocommissione Mortara), la istanza di interpretazione sia preclusa da un termine breve e perentorio, il quale si potrebbe far decorrere, anziché dalla notificazione, dalla pubblicazione stessa della sentenza. C) Anche per la speditezza del procedimento di rettificazione meritano attenzione le norme, ora ricordate, del progetto della Sottocommissione Mortara.». Ma, continua Carnelutti (§ 36) «A) Come l'istituto della *correzione*, o, forse meglio, della *rettificazione* del provvedimento (il qual nome è comprensivo anche della sua *interpretazione*), non rientra nella categoria della impugnazione e perciò doveva essere accennato a questo punto, così è dell'istituto analogo della sua integrazione, il quale riguarda le ipotesi di *deficienza* del provvedimento e, in particolare, della sentenza in confronto con la domanda. B) È ben noto come tale istituto sia in grandissima parte ignorato dal diritto vigente, il quale ammette la integrazione della sentenza soltanto nel caso della omessa pronunzia in tema di spese (art. 370 u. c.); nelle altre ipotesi al bisogno della integrazione si provvede col mezzo eccessivo della impugnazione, al qual proposito va ricordato come la omessa pronuncia costituisce motivo di cassazione giusta l'art. 517 n. 6 cod. proc. civ. Purtroppo il progetto non solo presenta alcun progresso sul diritto attuale (eccetto che intorno alla omessa pronunzia in tema di esecuzione provvisoria, giusta l'art. 302, e intorno al procedimento per la integrazione della sentenza sulle spese, giusta l'art. 80); ma ne aggrava il difetto in quanto la omessa pronunzia non costituisce più motivo di cassazione della

sentenza di appello (cfr. art. 364), né certo esiste nel codice una norma o si rintraccia un principio per cui, a differenza dalla pronunzia *ultra quam petita*, la pronunzia *infra quam petita* possa ritenersi nulla, onde il ricorso per cassazione sia consentito giusta il n. 3 dell'art. 364. Sulla condizione del litigante, il quale abbia proposto al giudice di appello una domanda e non abbia ottenuto la relativa pronunzia, secondo il sistema instaurato dal progetto, sarebbe bene che S. E. il Ministro chiarisse il suo pensiero.».
Proposte di Carnelutti, tutte queste (e in particolare quella relativa alla auspicata previsione della possibilità di integrazione e interpretazione dei provvedimenti decisori), che, come accennato nel § che precede (e come di seguito emergerà) non furono poi accolte nel codice di rito.
Si giunse, così, al progetto definitivo che, pubblicato nel 1939, recava la disciplina dell'istituto, nell'ambito del Libro primo, Titolo III, un Capo IX dedicato, appunto, alla correzione delle ordinanze e delle sentenze, negli art. da 321 a 324.
Il primo articolo individuava i "casi di correzione" e, *mutatis mutandis*, riproponeva l'art. 304 del progetto preliminare: «La correzione delle ordinanze e delle sentenze, oltre che nei casi preveduti negli articoli 90 e 320, può essere chiesta per emendare errori od omissioni materiali che non ne producano la nullità, o per correggere errori di calcolo"; l'art. 322 prevedeva che «La correzione è chiesta con ricorso di una o di tutte le parti al giudice che ha omesso il provvedimento». Ma anche qui, il secondo periodo del comma unico ribadiva che il giudice non potesse provvedere alla correzione quando sia stato proposto appello. La norma successiva, dedicata al procedimento, nei suoi cinque commi, immaginava che: «Se la correzione è chiesta da una delle parti, il giudice fissa con decreto, notificato d'ufficio a tutte le parti nella forma prescritta dall'articolo 159, l'udienza nella quale esse dovranno comparire per fare le loro dichiarazioni in merito alla proposta correzione. – Sentite le parti, il giudice provvede con ordinanza, che è annotata in calce all'originale della pronunzia. – Se la correzione della sentenza sia chiesta oltre un anno dalla sua pubblicazione, il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza devono essere notificati nelle forme stabilite per la citazione. – Quando la correzione sia chiesta con ricorso di tutte le parti, il giudice può provvedere senza bisogno di ordinare preventivamente la loro comparizione. – In seguito alla correzione la sentenza può essere impugnata con l'appello, anche se siano decorsi i termini, limitatamente alle modificazioni apportate col provvedimento di correzione.». chiudeva il predetto Capo IX l'art. 324, dedicato alla integrazione dei provvedimenti nel corso del processo: «Il ricorso per l'integrazione dei provvedimenti del giudice, nel caso preveduto dall'ultimo comma dell'articolo 166, deve essere proposto entro il termine perentorio di tre mesi dalla udienza in cui il provvedimento fu pronunziato, ovvero dalla sua notificazione o dalla comunicazione fattane con avviso di cancelleria nei casi nei quali queste sono prescritte; nello stesso termine il giudice può provvedere anche d'ufficio. – Il giudice, sia che provveda su istanza di parte, sia che provveda d'ufficio, fissa con decreto l'udienza o il termine, la cui

indicazione venne omessa. – Il decreto è notificato a cura del cancelliere a tutte le parti.». Procedimento quindi, visto il richiamo al terzo comma dell'art. 166, limitato al caso in cui il giudice avesse omesso di fissare l'udienza successiva ovvero il termine per gli atti di parte.

3. Gli art. 287 e 288 del codice del 1940

Pochi se non nessuno dei suggerimenti pervenuti in seguito all'esame del progetto preliminare Solmi furono poi effettivamente recepiti nel codice del 1940.

Il Capo V del Libro secondo, Titolo primo, dedicato alla correzione delle sentenze e delle ordinanze, si propose (e tuttora si propone inalterato) con tre articoli. Il primo (art. 287), nel suo unico comma, stabilisce che «Le sentenze contro le quali non sia stato proposto appello e le ordinanze non revocabili possono essere corrette, su ricorso di parte, dallo stesso giudice che le ha pronunciate, qualora egli sia incorso in omissioni o in errori materiali o di calcolo.».

Rinvio al § che segue l'esame degli errori emendabili e ricordo qui, piuttosto, che il giudice delle leggi[21] ha però dichiarato l'illegittimità della norma nella parte in cui sottrae(va) al procedimento di correzione, davanti al giudice che le ha pronunciate, le sentenze contro le quali sia stato proposto appello[22]. Sicché non è più valido l'orientamento per il quale, vista la

---

[21] Corte cost. 10 novembre 2004, n. 335, in *Foro it*., 2006, I, c. 1320; in *Giust. civ*., 2005, I, 618, *Corr. giur*., 2005, 1371, con nota di MARCHET, *Riv. dir. proc*., 2005, 1339, con nota di RICCI; e poi, in *Nuova giur. civ*., 2006, I, 105, con nota di ZAFFARONI e in *Nuove leggi civ*., 2006, 661, con nota di PICCININNI. Per la rimessione al giudice delle leggi v. Trib. L'Aquila, 20 gennaio 2004, in *P.M.Q*. 2004, 2, 43, con nota di FLACCO. Nell'occasione, il tribunale ritenne non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 287 c.p.c. -in riferimento agli art. 3, 24, 111 cost.- nella parte in cui prevede che solo le sentenze contro le quali non sia stato proposto appello possono essere corrette con il procedimento di cui all'art. 288 c.p.c. dallo stesso giudice che le ha pronunciate qualora questi sia incorso in errori materiali.

[22] Prima dell'intervento della Corte costituzionale si riteneva che la formula «sentenze contro le quali non sia stato proposto appello» adottata dal legislatore lascia adito al dubbio che la correzione sia esclusa quando sia stato proposto appello o quando la sentenza sia ancora impugnabile; nell'irriducibile dubbio che la formulazione letterale propone, sembra equilibrato adottare la soluzione dell'ammissibilità del rimedio anche alle sentenze ancora appellabili, poiché questa scelta non arreca pregiudizi, nulla vietando in caso di impugnazione successiva che il giudice di appello si pronunci sulla sentenza corretta: Pret. Vasto, 5 dicembre 1995, in *P.Q.M*., 1996, 1, 67; cfr. Cass. 7 aprile 2005, n. 7301, in *Rep. Foro it*., 2005, voce *Sentenza civile*, n. 83 e Cass. 27 luglio 2001, n. 10289, ivi, 2001, voce *cit.*, n. 85. E si affermava, ad esempio, che l'inesatta indicazione contenuta nella sentenza di primo grado del nome di una parte di cui, dal contesto della decisione stessa, risulti con sufficiente chiarezza l'identificazione integra semplicemente un errore materiale; ne consegue che ad esso può porre rimedio, anche d'ufficio, il giudice di appello che, nell'interpretare la sentenza impugnata, ha il potere di rilevarne l'effettiva portata e quindi, incidentalmente, anche di porre rimedio ad eventuali errori materiali, riconoscibili come tali come evidenziato dalla precisazione, contenuta nell'art. 287 c.p.c., secondo cui presupposto per il ricorso al procedimento di correzione degli errori materiali è la mancata proposizione dell'appello: Cass. 4 giugno 2002, n. 8094, ivi, 2002, voce cit., n. 87. E che, in generale, nell'ipotesi in cui la sentenza contro la quale è stato proposto gravame contenga un errore materiale, l'istanza di correzione dello stesso, non essendo rivolta ad una vera e propria riforma della decisione, non deve necessariamente formare oggetto di uno specifico motivo di impugnazione, neppure in via incidentale, ma può essere proposta in qualsiasi forma e può anche essere implicita nel complesso delle deduzioni difensive svolte in appello, con la conseguenza che, ove l'istanza di correzione sia stata espressa in un appello incidentale, la declaratoria di inammissibilità del suddetto appello incidentale non preclude la decisione in ordine alla suddetta istanza: Cass. 21 ottobre 1998, n. 10447, ivi, 1998, voce cit., n. 90; Cass. 22 novembre 1991, n. 12574, ivi, 1991, voce cit., n. 53; Cass. 12 gennaio 2022, n. 683, ivi, 2022, voce *Sentenza, ordinanza e decreto in materia civile*, n. 39; Cass. 8 agosto 2003, n. 11972, in *Giur. it*., 2004, 1373. In tale sistema, si riteneva anche che ove l'istanza

natura del giudizio di appello come mezzo "illimitato e con effetto sostitutivo", era in tale giudizio assorbita la speciale procedura della correzione per aver in tal caso il giudice di secondo grado acquisito il relativo potere.
In conseguenza, è ora possibile proporre istanza di correzione anche della sentenza impugnata (o ancora impugnabile).
Quanto all'art. 288, sul procedimento di correzione e all'art. 289, sull'integrazione dei provvedimenti istruttori, v. *infra*, rispettivamente §§ 6 e 3.6.

3.1. Segue: l'art. 287 e gli errori emendabili: in particolare, circa i vizi motivo di nullità della sentenza

Con infelice collocazione, alla fine del Libro primo, Titolo V, dedicato ai "mezzi per impugnare la sentenza", il primo codice unitario di procedura civile[23] disciplinava l'istituto della correzione con l'art. 473 ai sensi del quale: « Non è necessario alcuno dei mezzi indicati nell'articolo 465 per fare emendare nelle sentenze omissioni, o errori, che non ne producano la nullità a termini dell'articolo 361, né per aggiungere alcuna delle conclusioni, che, presa dalle parti, non sia stata riferita, ma risulti dai motivi che col dispositivo vi si è provveduto, né per correggere, anche nella parte dispositiva, un errore di calcolo. – Queste correzioni, se le parti siano d'accordo, sono proposte con ricorso, sottoscritto da esse o dai loro procuratori, e ordinate dall'autorità giudiziaria con decreto, il cui originale si conserva nei registri della cancelleria. Nelle cause indicate nell'articolo 433 le correzioni possono proporsi oralmente. L'autorità giudiziaria ne fa risultare con processo verbale sottoscritto anche dalle parti. – In caso di dissenso, le correzioni sono proposte con comparsa davanti i tribunali civili e le corti d'appello, che provvedono nel modo stabilito per gli incidenti, e con citazione in via sommaria davanti i tribunali di commercio, i pretori e i conciliatori. – Le correzioni si fanno in margine o in fine della sentenza originale, con indicazione del decreto o della sentenza che le abbia ordinate.»[24]. Norma, questa, che andava letta in combinato disposto col precedente (ed ivi richiamato) art. 361, che per espresso (e anche con rinvio al precedente art. 357) sanzionava la nullità della sentenza: a) deliberata da giudici che non avessero assistito alla discussione della causa ovvero avessero deliberato in composizione numerica diversa da quella stabilita dalla legge sull'ordinamento giudiziario; b) che non recasse "il tenore delle conclusioni delle

di correzione fosse stata espressa in un appello incidentale, la declaratoria di inammissibilità di tale appello non precludesse la decisione in ordine alla suddetta istanza: Cass. 16 maggio 2003, n. 7706, in *Foro it*., 2004, I, 1229, con nota adesiva di TOMBARI FABBRINI, *Correzione di errori materiali e processo del lavoro*.

[23] Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1965: vedilo ristampato in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di NICOLA PICARDI e ALESSANDRO GIULIANI, XIII, Milano, 2004.

[24] Nel codice del 1865 alla correzione delle ordinanze era invece dedicato l'art. 262 comma 2. L'intera norma, nei suoi due commi, stabiliva, più semplicemente, che: «L'ordinanza deve contenere le indicazioni di cui ai numeri 1, 2, 3, 7 e 8 dell'art. 360, e la sottoscrizione del presidente o giudice, e del cancelliere. – *Si fa luogo a rettificazione per qualunque omissione o indicazione erronea degli indicati requisiti a norma dell'articolo 473*».

parti, esclusi il fatto e i motivi"; c) carente dei motivi in fatto e in diritto; d) ovvero del dispositivo; e)priva dell'indicazione del giorno, mese, anno e luogo della pronuncia; e) carente della sottoscrizione di tutti i giudici che l'avevano pronunciata e del cancelliere; f) se non si fosse "sentito" il Pubblico Ministero nei casi previsti dalla legge.
Non riproposto tale sistema nel codice del 1940, e, quindi, in mancanza di odierna espressa previsione in tal senso, sarebbe naturale affermare la "correggibilità" del provvedimento giudiziale per errori materiali seppure gli stessi ne siano causa di nullità[25].
Si è però in senso opposto affermato che il limite è tuttora desumibile dall'art. 161, comma 1 dell'attuale codice di rito, nella misura in cui la norma afferma il principio della c. d. conversione delle nullità della sentenza in motivi di impugnazione. Affermazione certamente suggestiva, ma che, nell'attuale sistema può a mio avviso escludere soltanto la correzione del vizio di cui all'art. 158 per nullità della sentenza derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del pubblico ministero, ovvero del vizio di cui al medesimo art. 161 (comma 2), per il caso che la sentenza sia carente della sottoscrizione del giudice.
Non vedo, infatti, anche alla luce del principio della tassatività delle nullità (art. 156, comma 1, c.p.c.) come un mero *lapsus calami* o errore di calcolo (nella reciproca accezione delineata in queste pagine) correggibile ai sensi degli art. 287 ss., possa determinare la nullità della sentenza.
In definitiva, quello qui in discorso a me sembra un falso problema: per l'angusto limite dell'istituto della correzione, utile soltanto a coerenziare la volontà del giudice con quanto malamente espresso in sentenza, senza che questi, nell'occasione, possa incidere sul contenuto sostanziale del provvedimento, ed il possibile concorso tra codesto istituto e le impugnazioni del provvedimento medesimo. Sedi nelle quali potranno farsi valere le nullità che eventualmente inficino il provvedimento medesimo. In altre parole, e come in seguito emergerà, se correttamente si riduce l'ambito di applicazione l'ambito di applicazione della procedura di correzione a meri errori materiali, come da previsione normativa, mai essa potrà concorrere con il sistema delle impugnazioni . Unica sede, quest'ultimo, nella quale possono farsi valere vizi di nullità della sentenza.

---

[25] Contro la rilevanza del problema della nullità v. M. ACONE, *Riflessioni sul rapporto tra la correzione degli errori materiali ed i mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1980, p. 1327 ss. Legge la nullità come limite alla correzione, invece, tra gli altri, S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 100 ss. V. ANDRIOLI, dopo aver escluso il limite in discorso (*Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1945, p. 227), «*re melius perpensa*» lo ritenne poi implicito nell'art. 158 c.p.c.: ID., *Commento al codice di procedura civile*, II, 3ª ed. riveduta, Napoli, 1956, p. 287. In quest'ultimo senso anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Libro secondo. Processo di cognizione, parte prima, Milano, 1966, p. 361 s.: «… la correzione si arresta là dove la difformità del modello, la deviazione dal reale, abbia determinato l'imperfezione della sentenza, cioè la sua nullità. Il vecchio codice (art. 473) lo diceva espressamente: ma non c'è dubbio che la mancata riproduzione della formula si deve solo alla sua superfluità. La nullità infatti si risolve in un mancato giudizio (almeno sotto il profilo della validità del giudizio stesso), e non può essere consentito al giudice … di correggere la propria sentenza, sostituendo il suo contenuto, cioè ponendo un giudizio valido in luogo di uno invalido, o più semplicemente un giudizio là dove il giudizio è mancato».

3.2. Segue: se l'errore debba emergere *prima facie* dal provvedimento oppure possa il giudice della correzione riferirsi ad elementi emergenti da atti diversi

Sebbene un approfondito studio[26] lo abbia ancor di recente e con seducenti argomenti messo in dubbio, resto convinto (come per orientamento maggioritario[27]) che l'errore emendabile con la procedura in esame debba emergere *prima facie* dalla semplice e sola lettura del provvedimento del quale è chiesta la correzione[28] (c. d. contestualità)[29]. Cioè che è possibile la correzione soltanto per ovviare ad un difetto di corrispondenza fra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, chiaramente rilevabile dal testo stesso del provvedimento mediante il semplice confronto della parte del documento che ne è inficiata con le considerazioni contenute in motivazione, senza che possa incidere sul contenuto concettuale e sostanziale della decisione[30].

E ciò già per la semplice ragione che, se l'errore correggibile sta non nel giudizio ma nella espressione di quest'ultimo, esso non può che emergere dalla sentenza. Come reso palese dall'errore di calcolo, che non mi risulta, nelle fattispecie giunte all'attenzione della Corte di cassazione, essersi manifestato se non nel provvedimento corretto[31]. O, comunque, in essa recepito.

D'altra parte, l'avversa tesi rende forse ancor più complesso il tema della corretta individuazione dell'ambito di applicazione dell'istituto della correzione rispetto al ricorso in

---

[26] S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 90 ss.

[27] Cass. 1 febbraio 2016, n. 1897, in *Rep. Foro it*., 2016, voce *Sentenza civile*, n. 88: deve qualificarsi come errore materiale suscettibile di correzione, quello che non riguarda la sostanza del giudizio, ma la manifestazione del pensiero all'atto della formazione del provvedimento e si risolve in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione della sentenza e come tale percepibile e rilevabile *ictu oculi*. Se ne deduce che detta pronuncia non richiede, pertanto, una motivazione diversa ed ulteriore rispetto alla esplicitazione dei passaggi logici e delle operazioni attraverso i quali si pone rimedio all'errore del giudice: Cass. 7 giugno 2000, n. 7712, ivi, 2000, voce *cit.*, n. 78.

[28] Cass. 31 maggio 2011, n. 12035, in *Rep. Foro it*., 2011, voce *Sentenza civile*, n. 49; Cass. 11 aprile 2002, n. 5196, ivi, 2002, voce cit., n. 89; Cass. 15 giugno 1998, n. 5977, ivi, 1998, voce cit., n. 88.

[29] Ribadisce, anche di recente, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2023, p. 615, che, a differenza del vizio di cui all'art. 395, n. 4, che «… l'errore materiale (che non è errore di giudizio, ma solo un errore nella documentazione di un giudizio esatto…) … emerge dalla lettura stessa della sentenza, senza che occorra metterla a confronto con altri documenti». Nello stesso senso, G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2. *Processo di cognizione*, Bologna, 2023, p. 304: «… sarà necessaria la revocazione e non sarà sufficiente la correzione quando, per svelare l'errore, non è sufficiente riferirsi al testo della decisione, ma bisogna fare un riscontro sugli atti del processo».

[30] Cass. 25 gennaio 2000, n. 816, in *Giur. it*., 2000, 2273, con nota sostanzialmente adesiva (quanto al regime di impugnazione del provvedimento di correzione, su cui, pure, nell'occasione la Corte si è pronunciata, di M. C. VANZ, *Considerazioni sulla funzione della correzione e sui limiti oggettivi di impugnabilità del provvedimento emendato*.

[31] Cfr. Trib. Chieti, 14 luglio 1995, in *P.Q.M.*, 1996, I, 66 (per il quale, peraltro, Il procedimento per la correzione delle sentenze e delle ordinanze previsto dagli art. 287 seg. c.p.c., è esperibile anche nei casi di errore di calcolo derivante dall'applicazione degli indici Istat.

cassazione per vizio di motivazione[32], ovvero alla impugnazione per revocazione[33]. In definitiva, soltanto l'erronea utilizzazione all'interno di una sentenza, delle regole matematiche, sulla base di presupposti numerici esattamente determinati e della esatta individuazione delle operazioni da compiere e dell'ordine nel quale eseguirle, determina un errore materiale di calcolo, emendabile con l'apposita procedura regolata dagli art. 287 s. c.p.c., e non a mezzo del ricorso per cassazione[34]. E medesima capacità di manifestarsi *ictu oculi* nel provvedimento decisorio deve avere anche ogni altro errore emendabile con la procedura *de qua*.

3.3. Segue: le "omissioni" correggibili, in particolare: l'errata identificazione di una delle parti

Il comma 1 dell'art. 287 ammette la correzione di "errori, omissioni materiali o di calcolo". Il procedimento può dunque condurre a colmare anche eventuali *omissioni*. Concetto non meglio specificato ed il cui contenuto deve quindi trarsi dalla natura e *ratio* dell'istituto. Se, come a me sembra, con esso non si può surrettiziamente aggiungere una nuova pronuncia che non sia stata resa dal giudice *a quo* in prima (e definitiva) occasione, allora non si può che proporre una interpretazione restrittiva del concetto in discorso. Riprova se ne ha nel disposto dell'art. 289, che, quanto alle possibili "integrazioni" dei provvedimenti fa esclusivo riferimento a quelli meramente istruttori ed espressamente li limita alla «fissazione dell'udienza successiva o del termine entro il quale le parti debbono compiere gli atti processuali». Soltanto integrazioni, dunque, indispensabili alla prosecuzione del processo. E soltanto per provvedimenti istruttori.

---

[32] Per Cass. 22 maggio 1998, n. 5135, in *Rep. Foro it*., 1998, voce *Sentenza civile*, n. 86, L'errore di calcolo o materiale non può costituire motivo di ricorso per cassazione ogni qual volta esso non sia conseguenza di una inesatta valutazione giuridica o di un vizio di motivazione, dovendosi in tal caso far ricorso necessariamente alla procedura di correzione prevista dall'art. 287 c.p.c. Sicché si afferma, per un verso, che, l'inesatta utilizzazione di regola matematica costituisce un mero errore materiale che non è denunciabile con ricorso per cassazione, bensì emendabile soltanto con l'apposita procedura di correzione prevista dagli art. 287 seg. c.p.c. (Cass. 3 dicembre 1993, n. 11999, ivi, 1993, voce cit., n. 74); e per l'altro, che L'errore di calcolo del giudice del merito può essere denunciato solo con ricorso per cassazione quando sia riconducibile all'impostazione dell'ordine delle operazioni matematiche necessarie per ottenere un certo risultato, perché in tale ipotesi si lamenta un vero e proprio *error in iudicando* nella individuazione dei parametri e dei criteri di conteggio sulla cui base sono stati effettuati i calcoli (Cass. 5 agosto 2002, n. 11712, ivi, 2002, voce cit., n. 90).

[33] Per Cass. 22 maggio 2023, n. 14006, inedita, l'errore del giudice nella determinazione della misura delle spese vive, sostenute dalla parte vittoriosa, può essere emendato o con il procedimento di correzione di cui all'art. 287 c.p.c., ovvero per mezzo del procedimento di revocazione del provvedimento che le ha liquidate, ma non col ricorso per cassazione.

[34] Cass. 10 marzo 2005, n. 5330, in *Rep. Foro it*., 2005, voce *Sentenza civile*, n. 79; Cass. 3 settembre 2005, n. 17743, *ivi*, 2005, voce cit., n. 80; Cass. 7 ottobre 2005, n. 19639, *ivi*, 2005, voce cit., n. 81; Cass. 15 maggio 2009, n. 11333, *ivi*, 2009, voce Sentenza civile, n. 69; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28348, inedita. Per un caso nel quale non si è riconosciuto un semplice errore di calcolo, emendabile con la procedura in esame, v. Trib. La Spezia, 31 maggio 2014, in *Riv. dir. proc*., 2014, 1503, con nota critica di V. COLESANTI, *Errare humanum est* (ma gli errori non si correggono); nella specie, il tribunale ha ritenuto che non costituisse mero errore di calcolo la pur erronea duplicata sottrazione degli acconti ricevuti da un totale che già scomputava quanto riscosso.

La norma, così limitante sarebbe evidentemente fuori contesto se, invece, per i provvedimenti decisori si potesse, facendo leva su una errata comprensione delle omissioni colmabili, giungere a integrare la sentenza (e l'ordinanza o il decreto a contenuto decisorio) con decisioni non già rese[35]. Da ciò, ad esempio, quanto emergerà intorno al caso della mancata pronuncia sulle spese del giudizio, per il quale rinvio al successivo § 3.6.

Per tali ragioni, credo che le omissioni colmabili con la procedura della correzione della sentenza debbano essere individuate con stretto rigore. E in riferimento ad elementi del provvedimento che non siano capaci di alterare ciò che il giudice ha deciso. Sicché credo di poter pacificamente escludere sia configurabile come mera omissione correggibile ai sensi degli art. 287 e 288 c.p.c. la mancata statuizione del giudice su una domanda pur proposta fra le parti[36].

Per un caso innocuo, cui il concetto è riferibile, posso, invece, ad esempio riferirmi alla integrazione della epigrafe della sentenza che non risulta pronunciata "in nome della Repubblica Italiana". Correzione innocua, posto che con un provvedimento "perfetto" per ogni altro elemento, il giudice non ha certo voluto pronunciarsi … "in nome proprio". Ovvero il caso in cui l'epigrafe del provvedimento sia carente dell'indicazione dell'Ufficio giudiziario che lo ha pronunciato[37], quando questo è *prima facie* desumibile dal provvedimento medesimo. O il caso della omessa indicazione della data della deliberazione, ove si acceda al maggioritario orientamento giurisprudenziale, per il quale, a differenza della data di

[35] Non mi sembra dunque corretta, ad esempio, Cass. 9 giugno 2021, n. 16087, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2021, per la quale il procedimento di correzione degli errori materiali o di calcolo, previsto dagli articoli 287 e 288 c.p.c. è esperibile non solo per ovviare ad un difetto di corrispondenza tra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, chiaramente rilevabile dal testo del provvedimento e, come tale, rilevabile *ictu oculi*, ma anche in funzione integrativa, in ragione della necessità di introdurre nel provvedimento una statuizione obbligatoria consequenziale a contenuto predeterminato, ovvero una statuizione obbligatoria di carattere accessorio, anche se a contenuto discrezionale; può inoltre farsi ricorso a tale procedimento in caso di mero errore di sostituzione del file informatico da parte del giudice nel redigere la sentenza; l'errato invio di files informatici estranei alla fattispecie trattata, inoltre, è equiparabile alla ipotesi di *lapsus calami* quale materiale divergenza tra ideazione del giudice e sua grafica rappresentazione (nel caso in esame il tribunale con l'ordinanza di correzione ha evidenziato l'esistenza di un mero errore consistito nell'invio telematico di un contenuto differente rispetto a quello oggetto del giudizio, e dunque costituente mero errore di sostituzione del file informatico e scambio di provvedimenti nella fase di impugnazione; ha poi inserito l'esatto contenuto della statuizione assunta).

[36] Si afferma, infatti, che il procedimento di correzione di errori materiali disciplinato dagli art. 287 seg. c.p.c. è funzionale alla eliminazione di errori di redazione del documento cartaceo qualora palesemente emerga l'incongruenza della materiale esteriorizzazione del pensiero rispetto al concetto ad esso sotteso, concretandosi, al fine, in un difetto di corrispondenza tra l'ideazione e la sua materiale rappresentazione grafica, ipotesi diversa da quella in cui si deduca, viceversa, che il giudice ha omesso di pronunciare su una domanda, giacché in tal caso si censura non già la mera manifestazione della volontà del giudicante bensì la sua stessa volontà, quale asseritamente contraria a principi giuridici o logici: Cass. 5 settembre 2003, n. 13006, in *Rep. Foro it*., 2003, voce *Sentenza civile*, n. 96.

[37] Cfr. M. Acone, voce *Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice*, I Diritto processuale civile, *Enc. giur*. Treccani, § 2.6.2.

pubblicazione del provvedimento, essa non ne segna "il momento di acquisto della rilevanza giuridica"[38].
Viceversa, correttamente si afferma la nullità della sentenza (da far valere come motivo di impugnazione e secondo le regole -anche giurisprudenziali- del mezzo di impugnazione spendibile) che rechi una data di deliberazione antecedente alla scadenza del termine per il deposito delle comparse conclusionali e memorie *ex* art. 190, pur pubblicata in data successiva al predetto termine[39].
Ma, classico e più legittimo utilizzo della procedura di correzione si ha nel caso di omissione o mero errore nell'indicazione dei dati anagrafici[40], ovvero del nome, di una delle parti. Ed infatti si afferma che l'omessa[41], l'errata o incompleta indicazione, nell'epigrafe della sentenza, di una delle parti, non incide sulla regolare costituzione del rapporto processuale e non integra un motivo di nullità della sentenza stessa, ma configura una mera irregolarità emendabile con la procedura di correzione degli errori materiali, purché dal contesto della decisione sia individuabile inequivocabilmente la parte pretermessa o inesattamente indicata e sia possibile pertanto stabilire che la pronuncia è stata emessa anche nei suoi confronti[42]. Difatti, l'omessa indicazione, nell'intestazione della sentenza, del nome di una delle parti determina la nullità della sentenza stessa solo in quanto riveli che il contraddittorio non si è regolarmente costituito a norma dell'art. 101 c.p.c., o generi incertezza circa i soggetti ai quali la decisione si riferisce, e non anche se dal contesto della sentenza risulti con sufficiente chiarezza la loro

[38] Così Cass. sez. trib., 20 settembre 2017, n. 21806, in *Rep. Foro it*., 2017, voce *Sentenza civile*, n. 67, che ne ammette l'integrazione. Tuttavia, seducente è la tesi di chi ha negato la fondatezza dell'indirizzo giurisprudenziale che riferisce temporalmente esistenza, efficacia e irretrattabilità della decisione soltanto al momento della sua pubblicazione, disconoscendo ogni giuridica rilevanza al provvedimento sottoscritto dal giudice ma non ancora pubblicato: F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 194 ss.
[39] Cass., sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, per la quale «la violazione determinata dall'avere il giudice deciso la controversia senza assegnare alle parti i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ovvero senza attendere la loro scadenza, comporta di per sé la nullità della sentenza per impedimento frapposto alla possibilità dei difensori delle parti di svolgere con completezza il diritto di difesa, in quanto la violazione del principio del contraddittorio, al quale il diritto di difesa si associa, non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma implica che il contraddittorio e la difesa si realizzino in piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo». V. la sentenza (che, nella specie -e, dunque, per il caso che il vizio abbia inficiato una sentenza di secondo grado- riconosce la c.d. offensività come intrinseca alla violazione del contraddittorio) in *Foro it*., 2022, I, 117 ss., con nota di V. CAPASSO, *Quando la nullità «fait nécessairement grief»: le sezioni unite e l'intrinseca offensività della nullità da violazione del contraddittorio*. Ove l'a., peraltro, si esprime in senso critico sulla parte in cui la S. C., infine, ribadisce che quando la medesima violazione infici una sentenza di primo grado, l'appellante ha comunque l'onere di impugnarla, a pena di inammissibilità, anche in rapporto alle statuizioni di merito.
[40] Cfr. Cass. 24 luglio 2003, n. 11458, in *Rep. Foro it*., 2003, voce *Sentenza civile*, n. 101.
[41] Cass. 25 settembre 2017, n. 22275, in *Rep. Foro it*., 2017, voce *Sentenza civile*, n. 66.
[42] Cass. 17 luglio 2015, n. 15106, in *Rep. Foro it*., 2015, voce *Sentenza civile*, n. 83.

identificazione, dovendosi, in tal caso, considerare l'omissione come un mero errore materiale, che può essere corretto con la procedura prevista dagli art. 287 e 288 c.p.c.[43].
Del pari, legittimo mi sembra il provvedimento di correzione anche in caso di contrasto tra l'individuazione della parte ricorrente e la pronuncia adottata ove non incida sull'idoneità del provvedimento, considerato complessivamente nella totalità delle sue espressioni testuali, a rendere conoscibili la statuizione testuale, trattandosi di ovviare ad un difetto di corrispondenza tra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica rilevabile *ictu oculi* dal testo del provvedimento.[44].

3.4. Segue: l'errata identificazione del giudice

Non rara e, forse, opinabile (se non altro per la mancata "contestualità"), è l'elaborazione giurisprudenziale relativa a difetti nell'indicazione del giudice che ha sottoscritto il provvedimento. E così si afferma che la mancanza, nell'intestazione della sentenza, del nome di un magistrato facente parte del collegio che, secondo le risultanze del verbale d'udienza, ha riservato la decisione, ha natura di mero errore materiale, come tale emendabile ai sensi degli art. 287 e 288 c.p.c. poiché, in difetto di elementi contrari dedotti dal ricorrente, si devono ritenere coincidenti i magistrati indicati nel predetto verbale con quelli che in concreto hanno partecipato alla deliberazione, atteso che l'intestazione è priva di autonoma efficacia probatoria, esaurendosi nella riproduzione dei dati del verbale d'udienza (affermazione riferita al processo tributario)[45]. E identico principio vale, in giurisprudenza, anche per il caso in cui nella intestazione del provvedimento manchi il nome dei magistrati componenti del

[43] Cass. 20 marzo 2015, n. 5660, in *Rep. Foro it*., 2015, voce *Sentenza civile*, n. 84. Nella specie, la suprema corte ha escluso la nullità della sentenza impugnata, in quanto in quest'ultima si era dato atto che la convenuta, il cui nome era stato omesso, era stata parte del giudizio di primo grado e gli stessi ricorrenti avevano sia esposto nel ricorso per cassazione che la medesima era stata dichiarata contumace nel grado di appello, sia provveduto a notificarle il ricorso, così riconoscendola come parte del processo. Nello stesso senso: Cass. 21 maggio 2002, n. 7451, ivi., 2002, voce cit., n. 86; Cass. 26 gennaio 1995, n. 913, ivi, 1995, voce cit., n. 98. Ad uguale conclusione giunge la recente pronuncia della S. Corte Cass. 19 ottobre 2023, n. 29074, inedita, che, però, contro quanto chiarito nel testo al § 3.2. circa la necessaria "contestualità dell'errore", ammette la correzione anche per l'omessa indicazione, nell'epigrafe della sentenza, di una parte non costituita in giudizio e la mancata dichiarazione di contumacia della stessa non incidono sulla regolarità del contraddittorio e non comportano, quindi, alcuna nullità, ove risulti che detta parte sia stata regolarmente citata, in tal caso configurandosi un mero errore materiale emendabile con il procedimento di cui all'art. 287 c.p.c. ricorre l'ipotesi dell'errore materiale se dal contesto della decisione, *nonché dagli atti e dai provvedimenti da essa richiamati o comunque compiuti o intervenuti nel corso del processo*, sia inequivocabilmente individuabile la parte pretermessa o inesattamente indicata, sì da potersi stabilire che la pronuncia è stata emessa anche nei suoi confronti. E, per altra pronuncia di tal genere, v. anche Cass. 12 febbraio 2015, n. 2763, in *Rep. Foro it*., 2015, voce *Sentenza civile*, n. 86, per la quale la mancata indicazione di una parte nell'epigrafe e nel dispositivo della sentenza non comporta la nullità di questa per violazione del principio del contraddittorio o per omissione di pronuncia, ma solo un errore materiale emendabile ai sensi dell'art. 287 c.p.c., *qualora dai verbali di causa* risulti che essa abbia regolarmente partecipato al giudizio ed il giudice si sia pronunciato sulle sue domande ed eccezioni ovvero, in secondo grado, sui motivi di impugnazione dalla medesima proposti assieme ad altra parte indicata nella sentenza.
[44] Cass. 22 giugno 2020, n. 12187, in *Rep. Foro it*., 2020, voce *Sentenza civile*, n. 65.
[45] Cass. sez. trib., 11 aprile 2011, n. 8136, in *Rep. Foro it*., 2011, voce *Sentenza civile*, n. 52.

collegio giudicante, che secondo le risultanze del dispositivo letto in udienza coerente con il relativo verbale, abbiano pronunciato la decisione: anche qui si è affermata la natura di mero errore materiale, emendabile ai sensi degli art. 287 e 288 c.p.c., dovendosi, in difetto di elementi contrari, ritenere coincidenti i magistrati indicati nel predetto verbale con quelli che in concreto hanno partecipato alla deliberazione, atteso che la intestazione è priva di autonoma efficacia probatoria, in quanto meramente riproduttiva dei dati del verbale di udienza[46].
Orientamento, questo, più che su norma di legge, fondato, direi, soltanto sul generoso e ripetuto approccio della Suprema Corte. Non anche sulle norme di legge (almeno, come sopra interpretate).

3.5. Segue: un'occasione mancata e dubbi di illegittimità costituzionale (circa l'omessa sottoscrizione della sentenza)

L'art. 161, comma 2, c.p.c.[47] notoriamente qualifica come inesistente la sentenza carente di sottoscrizione del giudice[48]. Cui consegue, ai sensi dell'art. 354, comma 1, che, se del caso, il giudice di appello nella specie pronuncia sentenza con cui rimette la causa in primo grado; e che, in carenza, la suprema corte, ai sensi dell'art. 383, comma 3, cassa con rinvio sempre al primo giudice.
Ebbene, il sistema ora descritto, sopravvissuto alla riformulazione degli art. 353 e 354 nel nuovo art. 353, presta un serio dubbio di illegittimità costituzionale per eccesso di delega. La legge 26 novembre 2021, n. 206, (di delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata: legge dalla quale ha preso le mosse la c.d. riforma Cartabia) all'art. 1, comma 8, lettera o), chiedeva di «riformulare gli articoli 353 e 354 del codice di procedura civile, riducendo le fattispecie di rimessione della causa in primo grado ai casi di violazione del contraddittorio». Sicché mi sembra evidente la avvenuta violazione degli art. 76 della Carta costituzionale per la parte in cui il nuovo art. 354, comma 1, c.p.c. ancora annovera tra le ipotesi di rimessione anche il caso in cui il giudice di appello dichiari la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'art. 161, comma 2. Ed anzi, in conseguenza della delega, anche tale ultima norma sarebbe stata da sopprimere.
In definitiva, meglio avrebbe fatto il Legislatore delegato a ridurre la fattispecie (con espressa previsione) ad errore emendabile con la procedura della correzione qui in esame.

---

[46] Cass. 11 marzo 2015, n. 4875, in *Rep. Foro it*., 2015, voce *Sentenza civile*, n. 85.
[47] Sulla sentenza carente della sottoscrizione del giudice v. ampiamente F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, cit., p. 189 ss.
[48] Per la pretesa nullità del provvedimento carente della sottoscrizione del giudice, pur in mancanza di espressa previsione della sanzione, già nel vigore del codice francese e di quello Sardo, v. *supra*, nota n. 1.

3.6. Segue: la mancata regolamentazione delle spese di lite

Ho già *supra* (§ 3.3) ricordato che Il citato Capo V si chiude con l'art. 289, dedicato alla "integrazione dei provvedimenti istruttori" e ai sensi del quale «I provvedimenti istruttori, che non contengono la fissazione dell'udienza successiva o del termine entro il quale le parti debbono compiere gli atti processuali, possono essere integrati, su istanza di parte o d'ufficio, entro il termine perentorio di sei mesi dall'udienza in cui i provvedimenti furono pronunciati, oppure dalla loro notificazione o comunicazione se prescritte. – L'integrazione è disposta dal presidente del collegio nel caso di provvedimento collegiale e dal giudice istruttore negli altri casi, con decreto che è comunicato a tutte le parti a cura del cancelliere». Per quanto qui interessa, e come detto, la norma segnala che: a) il sistema prevede possibili integrazioni soltanto di provvedimenti istruttori; b) le integrazioni ammesse sono limitate alla fissazione dell'udienza successiva ovvero del termine per gli atti di parte.

Non fu dunque accolto il suggerimento teso ad ammettere, almeno in qualche caso, né interpretazioni "autentiche" delle sentenze, né sue integrazioni. E, quando l'art. 287 ammette la procedura della correzione anche per le (non meglio specificate) "omissioni", non può voler tollerare che il giudice pronunci su ciò di cui si è dimenticato. Come su una domanda, o anche su un pur necessario elemento del provvedimento che, però, presupponga anche soltanto un minimo di attività di giudizio.

Per le ragioni che precedono, e, in particolare, per non potersi con la procedura della correzione integrare -in senso letterale- i provvedimenti decisori con statuizioni non rese in prima battuta dal giudice (seppure "dovute" o, comunque, richieste dalla parte), appare evidente che, ove il giudice ometta di pronunciarsi sulle spese di lite, l'omessa pronuncia si trasformi in motivo di impugnazione e non sia invece "colmabile" con la procedura di cui agli art. 287 e 288 c.p.c.[49].

[49] Così già S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 363. Nello stesso senso, P. PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959, p. 307. Per il medesimo principio al quale aderisco nel testo, nemmeno è emendabile con la procedura in discorso l'omessa specificazione, nella motivazione e nel dispositivo di una sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro, del tipo e categoria di indice Istat da assumere in concreto a parametro della disposta rivalutazione della somma capitale, implicando tale individuazione una integrazione del contenuto della decisione attraverso l'esercizio, da parte del giudice, di poteri cognitivi e di valutazione consentiti solo in sede di impugnazione: Cass. 20 luglio 1994, n. 6768, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 17. E (per vari profili, compreso quello della c.d. contestualità) non aderisco al principio, pure affermato, per il quale sarebbe ammissibile, alla stregua dell'interpretazione estensiva degli art. 287 seg. c.p.c., l'utilizzazione del procedimento di correzione degli errori materiali qualora il giudice del gravame, riformando la sentenza appellata, ometta, pure esistendo in atti tutti gli elementi a ciò necessari, di ordinare la restituzione di quanto corrisposto in esecuzione di quest'ultima, atteso che una siffatta condanna è sottratta a qualunque forma di valutazione giudiziale, sicché sono configurabili i presupposti di fatto che giustificano la correzione e la relativa declaratoria necessariamente «accede» al *decisum* complessivo della controversia, senza assumere una propria autonomia formale, collegandosi l'omissione ad una mera disattenzione: Cass. 12 febbraio 2016, n. 1819, in *Giur. it.*, 2016, n. 1365, con

Ed infatti, si afferma che il mancato regolamento delle spese processuali, nel dispositivo e anche nella motivazione, è emendabile soltanto con l'impugnazione, non già con la speciale procedura di correzione degli errori materiali di cui agli art. 287 ss. c.p.c.[50].
Del pari, la sentenza che, pur correttamente indicando il regime delle spese in motivazione, ne ometta, poi, la loro totale o parziale liquidazione in dispositivo, non è emendabile con la procedura di correzione dell'errore materiale, attesa la necessità, ai fini della loro concreta determinazione e quantificazione, di una pronuncia del giudice[51].
E nemmeno l'omessa pronuncia sull'istanza di distrazione delle spese medesime a favore dell'avvocato antistatario[52].

---

nota adesiva di S. ALUNNI, *L'omissione dell'ordine di restituzione oggetto del procedimento di correzione*, e in *Corr. giur*., 2016, n. 990, con nota adesiva di F. GODIO, *La S. C. dice sì alla "correzione integrativa" anche per omessa condanna alle restituzioni da riforma della sentenza*, che esclude soltanto il caso in cui «l'appellato abbia contestato l'avvenuta esecuzione della sentenza di I grado, oppure abbia contestato l'importo che l'appellante afferma aver pagato».

[50] Cass. Sez. un., 6 luglio 2023, n. 19137, inedita. Anche per Cass. 29 luglio 2014, n. 17221, in *Rep. Foro it*., 2014, voce *Sentenza civile*, n. 72, la sentenza che contenga una corretta statuizione sulle spese nella parte motiva, conforme al principio della soccombenza, ma non contenga, poi, alcuna liquidazione di esse nel dispositivo, non è emendabile con la procedura di correzione dell'errore materiale, in quanto, ai fini della concreta determinazione e quantificazione delle spese, si rende necessaria la pronuncia del giudice. Anche per Cass. 17 febbraio 2016, n. 3020, in ivi, 2016, voce cit., n. 94: la sentenza che contenga una corretta statuizione sulle spese nella parte motiva, conforme al principio della soccombenza, ma non contenga poi liquidazione di esse o di parte di esse nel dispositivo, non è emendabile con la procedura di correzione dell'errore materiale, in quanto, ai fini della concreta determinazione e quantificazione delle spese, si rende necessaria la pronuncia del giudice; in caso di omessa quantificazione nel dispositivo dell'importo dovuto a titolo di spese legali in applicazione di una già accertata soccombenza, conseguente all'esito della lite, non è applicabile pertanto il procedimento di correzione degli errori materiali perché esso si tradurrebbe in una sostituzione del momento volitivo del giudice della correzione a quello della deliberazione nel determinare i compensi dovuti al difensore, che si sviluppa dapprima attraverso l'individuazione del valore della causa e cui far riferimento, per poi considerare, nel fissare il compenso dovuto tra i limiti minimo e massimo dello scaglione di valore di riferimento, la qualità dell'operato del difensore e la complessità dell'attività prestata. Ma v. Cass. 4 settembre 2009, n. 19229, ivi, 2009, voce cit., n. 67, per la quale la mancata liquidazione, nella sentenza, degli onorari di avvocato costituisce un mero errore materiale che può essere corretto con il procedimento di correzione, in quanto l'omissione riscontrata riguarda una statuizione di natura accessoria e a contenuto normativamente obbligato, che richiede al giudice una mera operazione tecnico-esecutiva, da svolgersi sulla base di presupposti e parametri oggettivi (nella specie, il giudice aveva liquidato le spese e i diritti di procuratore, omettendo gli onorari, dopo aver affermato in motivazione che le spese dovevano seguire la soccombenza). E Giudice di pace Roma, 14 aprile 1998, in Temi Romana, 1998, 155, per il quale la mancata liquidazione delle spese di lite costituisce mera omissione materiale emendabile con il procedimento di cui all'art. 287 c.p.c. Cfr. Cass. 24 luglio 2014, n. 16959, per la quale la procedura di correzione di errore materiale è esperibile per rimediare all'omessa liquidazione delle spese processuali nel dispositivo della sentenza, *qualora l'omissione non evidenzi un contrasto tra motivazione e dispositivo*, ma solo una dimenticanza dell'estensore; sentenza annotata in senso adesivo in *Corr. giur*., 2015, 673, da A. CARRATO, *La Cassazione apre all'applicabilità del procedimento di correzione delle proprie sentenze sulle omissioni riguardanti la disciplina delle spese processuali*, e da C. CONSOLO, *Porta aperta (sì, ma in ogni grado?) alla correggibilità della sentenza che ometta/dimentichi di statuire sulle spese in dispositivo*, Postilla.

[51] Cass. 7 ottobre 2014, n. 21109, in *Rep. Foro it*., 2014, voce *Sentenza civile*, n. 70.

[52] Nel senso del testo: Cass. 30 ottobre 1996, n. 822, in *Rep. Foro it*., 1996, voce *Sentenza civile*, n. 79, per la quale la procedura di correzione della sentenza non è esperibile in caso di omesso esame dell'istanza di distrazione delle spese a favore del difensore antistatario -non integrante un mero errore materiale ai sensi dell'art. 287 c.p.c. poiché la pronuncia omessa non è meramente consequenziale, stante la necessità di verificare la sussistenza dell'anticipazione da parte del difensore- neanche nel caso in cui sia promossa nei confronti di sentenza della corte di cassazione ai sensi dell'art. 391-*bis* del c.p.c.

Diverso, giustamente, il caso in cui il dispositivo della sentenza della Corte di cassazione che, volendosi attenere al disposto dell'art. 91 c.p.c. e così condannare al pagamento delle spese processuali il soccombente, inverta il nome di questo con quello del vincitore: fenomeno che si traduce in un errore materiale, in quanto derivante da una semplice svista o *lapsus calami*, e pertanto correggibile ai sensi degli art. 287 e 391 *bis* c.p.c.[53].

3.7. Segue: sul mancato ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale

L'art. 2668 c.c. indica casi e tempistica dell'ordine di cancellazione della (precedentemente avvenuta) trascrizione della domanda giudiziale. Ciò che, di regola avviene per ordine del giudice su senza che questi abbia in proposito margini di discrezionalità. Ma, pur sempre, con suo espresso provvedimento.

Orbene, in senso opposto a quanto affermato nel precedente §, e a mio giudizio malamente[54], si è affermato, sulla base del preteso principio per il quale il procedimento di correzione sarebbe esperibile non solo per ovviare ad un difetto di corrispondenza tra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, chiaramente rilevabile dal testo del provvedimento e, come tale, rilevabile *ictu oculi*, ma anche in funzione integrativa, in ragione della necessità di introdurre nel provvedimento una statuizione obbligatoria consequenziale a contenuto predeterminato, ovvero una statuizione obbligatoria di carattere accessorio, anche se a contenuto discrezionale[55], che è suscettibile di correzione la sentenza in cui sia omesso l'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale previsto dal 2° comma dell'art. 2668 c.c.[56]. E ciò, addirittura, anche se nemmeno si sia trattato di "omissione

(nella specie, la suprema corte ha dichiarato inammissibile il ricorso, con esclusione di pronuncia sulle relative spese); Cass. 17 maggio 2002, n. 7293, ivi, 2002, voce cit., n. 93, sul presupposto che l'accoglimento dell'istanza richiede l'accertamento del requisito dell'anticipazione. In senso opposto, sul presupposto che l'istanza di distrazione delle spese non possa qualificarsi come domanda autonoma: Cass. 4 dicembre 2018, n. 31360, in www.lanuovaproceduracivile.com 2019. Ed anche per Cass. 7 febbraio 2018, n. 2897, in *Rep. Foro it*., 2018, voce Sentenza civile, n. 71, in caso di omessa pronuncia sull'istanza di distrazione delle spese proposta dal difensore, il rimedio esperibile, in assenza di una espressa indicazione legislativa, è costituito dalla procedura di correzione degli errori materiali di cui agli art. 287 e 288 c.p.c. (e non dagli ordinari mezzi di impugnazione, non potendo la richiesta di distrazione qualificarsi come domanda autonoma), procedura che, oltre ad essere in linea con il disposto dell'art. 93, 2° comma, c.p.c. -che ad essa si richiama per il caso in cui la parte dimostri di aver soddisfatto il credito del difensore per onorari e spese- consente il miglior rispetto del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, garantisce con maggiore rapidità lo scopo del difensore distrattario di ottenere un titolo esecutivo ed è un rimedio applicabile, ai sensi dell'art. 391 *bis* c.p.c., anche nei confronti delle pronunce della corte di cassazione; in tal caso lo stesso difensore è legittimato a proporre il relativo ricorso, se nel corso del giudizio ne aveva formulato specifica richiesta. In dottrina, ammette tra le omissioni colmabili col procedimento di correzione S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 363.

[53] Cass. 4 maggio 2009, n. 10203, in *Rep. Foro it*., 2009, voce *Sentenza civile*, n. 70; Cass. sez. un., 27 giugno 2002, n. 9438, *ivi*, 2002, voce cit., n. 94.

[54] Cfr. A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 410.

[55] In tal senso Cass. 12 febbraio 2016, n. 2815, in *Rep. Foro it*., 2016, voce *Sentenza civile*, n. 87.

[56] Trib. Napoli, 6 marzo 2003, in *Dir. e giur*., 2003, 321, con nota non senza una qualche perplessità ma infine adesiva, di N. RASCIO, *In tema di omesso ordine di cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale*. Cfr. anche Trib. Napoli, 24

di pronuncia" per non essere stata devoluta in atti l'avvenuta trascrizione della domanda giudiziale. Quindi, anche nel caso in cui l'istante ne abbia avuta conoscenza soltanto dopo la sentenza di rigetto nel merito della domanda di controparte e ne abbia quindi fatto richiesta di cancellazione, per la prima volta, con la domanda di correzione[57].

3.8. Segue: contraddizione tra motivazione e dispositivo

In coerenza con l'idea che permea questo studio, e che ammette la correzione dei provvedimenti giudiziali soltanto ove dal testo degli stessi emerga *prima facie* la effettiva volontà del giudice e si tratti di soltanto correggere una sua erronea espressione, escludo possa farsi ricorso a tale procedimento quando, per assoluta divergenza tra motivazione e dispositivo il giudizio rimasto nella sua compiutezza nella mente del giudice non sia immediatamente "intuibile". Come nel caso di insanabile contraddizione fra la motivazione e il dispositivo del provvedimento. Ove nulla deponga a favore della prevalenza della prima sul secondo o viceversa. Prevalenza (del dispositivo) ammessa soltanto con previsione eccezionale, ed in sede di impugnazione, per il caso disciplinato dall'art. 384, comma 4, c.p.c. Ossia quando la S. Corte invece che cassare la sentenza erroneamente motivata, si limita a correggerla per essere il dispositivo conforme alla legge[58].

Diverso è il caso in cui il contrasto si risolva in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione della sentenza e come tale percepibile e rilevabile *ictu oculi*, senza bisogno di alcuna attività ricostruttiva del pensiero del giudice il cui contenuto resta individuabile ed individuato senza incertezza.[59]. Ciò che peraltro segna anche il già incerto confine tra l'ambito di applicazione dell'istituto della correzione e quello del ricorso in cassazione per difetto di motivazione.

Del pari mi sembra correggibile il difetto, nel dispositivo, di una statuizione resa chiaramente nella motivazione[60]. Ma soltanto ove la volontà del giudice *a quo* di rendere la predetta

novembre 1999, in *Arch. civ.*, 2000, 338. Per Cass. 30 aprile 1997, n. 304, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Trascrizione e conservatorie dei registri immobiliari*, n. 58, per la quale: «anche nell'ipotesi di declaratoria di cessazione della materia del contendere deve essere giudizialmente ordinata la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale, essendo la suddetta declaratoria sostanzialmente assimilabile all'ipotesi di estinzione del processo per rinunzia all'azione, espressamente contemplata dall'art. 2668 c.c.; ne consegue che, ove l'ordine di cancellazione sia stato omesso, è possibile integrare il provvedimento con la procedura di cui all'art. 391 *bis* c.p.c.».

[57] Per tale fattispecie ha infatti ammesso la correzione (e l'integrazione della sentenza con l'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda) Trib. Napoli (ord), 24 novembre 1999, cit.

[58] Cfr. Cass. 17 ottobre 2018, n. 26074, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Sentenza civile*, n. 68, per la quale Il contrasto tra motivazione e dispositivo che determina la nullità della sentenza ricorre solo se ed in quanto esso incida sulla idoneità del provvedimento nel suo complesso, a rendere conoscibile il contenuto della statuizione giudiziale, ricorrendo nelle altre ipotesi un mero errore materiale.

[59] Cass. 20 settembre 1999, n. 10129, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Sentenza civile*, n. 103, in applicazione del principio cui aderisco nel testo, ha ritenuto integrare errore materiale un contrasto fra motivazione e dispositivo della sentenza, verificatosi a seguito di mera inversione dei termini nella indicazione delle parti.

[60] Conf. Cass. 12 dicembre 2003, n. 19040, in *Dir. famiglia*, 2004, 395.

pronuncia risulta *prima facie* compiuta (sia pure in motivazione), e non riportata tale e quale nel dispositivo per mero errore materiale. Dispositivo che, magari, contenga invece statuizioni conseguenziali a quella omessa soltanto per evidente distrazione. Nella medesima logica aderisco a Cass. sez. un., 13 maggio 2013, n. 11348[61], per la quale è inammissibile l'istanza di correzione degli errori materiali proposta avverso un'ordinanza pronunciata dalla Corte di cassazione la quale, dopo aver dichiarato in motivazione che il ricorrente, in ragione della sua totale soccombenza, era tenuto al rimborso delle spese in favore delle parti vittoriose, abbia nel dispositivo compensato per intero le stesse tra le parti, atteso che la composizione del contrasto logico esistente tra motivazione e dispositivo presuppone un'attività di interpretazione dell'effettivo *decisum* non consentita in sede di correzione.

3.9. Segue: l'errore motivo di revocazione *ex* art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c.

Altro indizio sulla necessità che l'errore correggibile emerga prima facie dalla esclusiva e semplice lettura del provvedimento lo si può rinvenire nel disposto dell'art. 395, n. 4) c.p.c. nella misura in cui il c. d. errore revocatorio, per espressa previsione (carente nell'art. 287) va ricercato, invece, negli atti di causa. La norma (a suo tempo dichiarata costituzionalmente illegittima[62], con pronuncia ormai superata dal legislatore) stabilisce che è impugnabile per revocazione la sentenza che sia l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. E specifica che «vi è tale errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare». Pur sempre, quindi, un errore di giudizio, sebbene fondato su falso presupposto attingibile come tale dagli atti di causa.

Sicché, comunemente si afferma in giurisprudenza, che l'errore di fatto rilevante ai fini della revocazione della sentenza, compresa quella della Corte di cassazione, presuppone l'esistenza di un contrasto tra due rappresentazioni dello stesso oggetto, risultanti una dalla sentenza impugnata e l'altra dagli atti processuali; il detto errore deve: a) consistere in un errore di percezione o in una mera svista materiale che abbia indotto, anche implicitamente, il giudice

---

[61] Cass. sez. un., 13 maggio 2013, n. 11348, in *Corr. giur*., 2014, 267, con nota di A. CARRATO, *Omessa pronuncia sulle spese e contrasto tra motivazione e dispositivo sulla loro regolazione: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità ed eventuali nuovi rimedi processuali esperibili*, che, condivisibilmente, auspica un intervento normativo che consenta, nella fattispecie, di non dover ricorrere alla impugnazione della sentenza.

[62] Corte cost., 30 gennaio 1986, n. 17, in *Foro it*., 1986, I, 313, con nota di PROTO PISANI, che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 395, n. 4, nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze della corte di cassazione resa su ricorsi basati sul n. 4 dell'art. 360 c.p.c. ed affette dall'errore di cui al n. 4 del medesimo art. 395. Notoriamente, la impugnabilità per revocazione delle sentenze della Corte di cassazione è stata poi ammessa dall'art. 391-*bis*, introdotto dall'art. 67 della l. 26 novembre 1990, n. 353. Ma su tutto ciò v. ampiamente M. RUSSO, *Revocazione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Torino, 2018, *passim*.

a supporre l'esistenza o l'inesistenza di un fatto che risulti incontestabilmente escluso o accertato alla stregua degli atti di causa, sempre che il fatto stesso non abbia costituito oggetto di un punto controverso sul quale il giudice si sia pronunciato; b) risultare con immediatezza ed obiettività senza bisogno di particolari indagini ermeneutiche o argomentazioni induttive; c) essere essenziale e decisivo, nel senso che in sua assenza, la decisione sarebbe stata diversa[63]. Nulla in comune, dunque, con gli errori emendabili con l'istituto della correzione.

4. I vizi dei provvedimenti nel rito del lavoro: in particolare, alla luce dell'art. 429 c.p.c.

La pronuncia della sentenza è oggi regolata, nel rito del lavoro, dall'art. 429 del codice di rito, come riformato, nel primo dei suoi tre commi, dall'art. 53, comma 2, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con mod., dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

La norma così recita: «Nell'udienza il giudice, esaurita la discussione orale e udite le conclusioni delle parti, pronuncia sentenza con cui definisce il giudizio dando lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. In caso di particolare complessità della controversia, il giudice fissa nel dispositivo un termine, non superiore a sessanta giorni, per il deposito della sentenza. – Se il giudice lo ritiene necessario, su richiesta delle parti, concede alle stesse un termine non superiore a dieci giorni per il deposito di note difensive, rinviando la causa all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine suddetto, per la discussione e la pronuncia della sentenza. – Il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro, deve determinare, oltre gli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione di valore del suo credito, condannando al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto.».

Facile sgombrare il campo da ogni problema relativo alla applicazione del comma 3: su quanto ivi previsto si può intervenire con l'istituto della correzione soltanto per eventuali errori di calcolo, senza che si possa, invece, integrare il provvedimento con decisioni non rese dal giudice, o dettate con erronea applicazione delle indicazioni di legge.

Più complesso è il caso in cui, per la particolare complessità della controversia, il giudice letto (e sottoscritto) il dispositivo, nei successivi sessanta giorni depositi poi una sentenza non sottoscritta. Caso attentamente studiato da chi[64], condivisibilmente, ha ritenuto di aderire al più severo orientamento giurisprudenziale, che, nella specie, ritiene comunque "inesistente" il provvedimento ultimo, e, come tale, non "integrabile" con successiva sottoscrizione del giudice con la procedura di cui all'art. 288 c.p.c.

[63] Cass. 10 giugno 2021, n. 16439, in *Rep. Foro it.*, 2022, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 6.

[64] S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 182 ss.

5. I provvedimenti emendabili

Per espressa previsione dell'art. 287, comma 1, c.p.c., sono possibili oggetto di correzione le sentenze (oggi anche se già impugnate, in conseguenza della ricordata pronuncia della Corte costituzionale[65]) e le ordinanze non revocabili. Chiaro, per queste ultime, il riferimento ai provvedimenti indicati dall'art. 177, comma 3, c.p.c. Così come chiara è la *ratio* della norma, *in parte qua*, posto il più economico regime di (revocabilità e) modificabilità delle ordinanze escluse (art. 177, comma 2). Ammessa, invece, la correzione delle ordinanze non revocabili, giustamente generosa è stata l'elaborazione giurisprudenziale che ha ammesso al procedimento in discorso tanti provvedimenti «anche se resi al di fuori dell'ordinario processo di cognizione ed anche se aventi forma di decreto»[66]. Un esempio per tutti, quello del provvedimento cautelare[67].

Peculiare il dibattito sull'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione[68]. La cui correggibilità non metterei in dubbio, pur se alle condizioni che seguono, alla luce della riforma apportata al comma 4 dell'art. 186-*quater* c.p.c. dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263. Vero è che, di regola, il provvedimento è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio (art. 186-*quater*, comma 2), e, per tale caratteristica sembra restare fuori dall'ambito di applicazione dell'istituto in discorso. Tuttavia, almeno ove essa acquisti «l'efficacia della sentenza» ai sensi del novellato comma 4, per non aver la parte intimata manifestato tempestivamente e nelle corrette forme, «la volontà che sia pronunciata la sentenza» il provvedimento mi sembra rientri a pieno titolo fra quelli elencati in senso positivo dall'art. 287 c.p.c.

---

[65] Corte cost. 10 novembre 2004, n. 335, cit.

[66] S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 248, ed *ivi* ampia rassegna giurisprudenziale nel senso del testo.

[67] Trib. Messina, 2 aprile 2012, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1859, con nota (se ben capisco, adesiva) di R. GIORDANO, *Note intorno alla correzione degli errori materiali contenuti nelle ordinanze cautelari e in altri provvedimenti non aventi la forma della sentenza*.

[68] Dichiara inammissibile l'istanza di correzione avente ad oggetto l'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione Trib. Bari, 12 giugno 1998, in *Giur. it.*, 2000, 1419, con nota di D. DALFINO, *Brevi note in tema di correzione degli errori materiali della ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, secondo il quale l'ordinanza *ex* art. 186 *quater* non è compresa tra quelle (irrevocabili) di cui ai nn. 1, 2 e 3 dell'art. 177, comma 3. E, secondo l'a., «il silenzio del legislatore non impedirebbe la revocabilità sia dell'ordinanza di accoglimento sia di quella di rigetto, in virtù della regola generale sancita dall'art. 177, 2° comma, secondo cui "le ordinanze possono essere sempre modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate"». Esclude che il provvedimento, in quanto, secondo l'a., sempre revocabile e modificabile, possa essere oggetto della procedura di correzione, F. SANTANGELI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, Milano, 2001, p. 191 ss. e 203. Ammette, invece, la correzione del provvedimento, su istanza congiunta di tutte le parti «poiché, costituendo questo un comportamento processuale corrispondente alla volontà di entrambe le parti di rinunciare alla definizione del giudizio con sentenza, rende irrevocabile l'ordinanza» Trib. (ord.) Reggio Calabria, 23 settembre 1998, con nota di M. C. CEA, *Variazioni giurisprudenziali in tema di ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, in *Foro it.*, 2000, I, 964 ss., che pure ritiene non vi sia problema ad ammettere la correzione dell'ordinanza, non ritenendola fra quelle revocabili ai sensi dell'art. 177 c.p.c.

Non possibile oggetto della procedura di correzione sono, invece, le ordinanze *ex* art. 186 *bis* e *ter* c.p.c., che, per espressa previsione, sono soggette al regime di revocabilità di cui all'art. 177 del codice di rito.
Quanto alle sentenze, infine, si afferma, credo correttamente, che la pronuncia dichiarativa di fallimento, emessa ai sensi dell'art. 16 del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare) e che contenga omissioni od errori materiali, può essere corretta ai sensi dell'art. 287 c.p.c., non diversamente da ogni altra sentenza, poiché la disciplina del codice di rito ha portata generale e non è derogata dalla normativa speciale della legge fallimentare; il procedimento di correzione non può che essere quello previsto e regolato dall'art. 288 c.p.c. e la forma del provvedimento deve essere quella del decreto, se dato sull'accordo delle parti, ovvero dell'ordinanza, se dato previa convocazione delle parti medesime e del curatore *ex* art. 288, comma 2, c.p.c. Il provvedimento di correzione è sottoposto alla stessa forma di pubblicità prescritta per la sentenza dichiarativa di fallimento dall'art. 17 l. fall[69]. Ma, si è detto, l'efficacia della rettifica non è subordinata all'espletamento delle formalità da tale norma previste, che non condizionano in alcun modo l'efficacia della sentenza di fallimento - la quale prende data, anche nei confronti dei terzi, dal momento in cui è depositata in cancelleria- e che non possono quindi incidere nemmeno sull'efficacia di eventuali «correzioni» dirette ad emendare tale pronuncia da errori che non implichino un vizio del giudizio, ma un semplice difetto nella formulazione dell'atto scritto[70].
Ed alla procedura di correzione saranno ora ammessi le sentenze e i provvedimenti non revocabili pronunciati in applicazione del Codice della crisi di impresa (decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche).

6. La procedura di correzione delle sentenze e delle ordinanze
La procedura di correzione è una nuova ed eventuale fase del grado di giudizio conclusosi col provvedimento che si chiede sia emendato dall'errore materiale o di calcolo. Alla quale in giurisprudenza, con affermazione tralaticia, non si riconosce natura giurisdizionale, ma meramente "amministrativa"[71]. Natura, così affermata, non priva di conseguenze ad esempio, e come di qui a poco vedremo, in ordine alle relative spese.
Ciò detto, comincio col ricordare la norma di riferimento: l'art. 288 c.p.c., nei suoi primi tre commi, stabilisce, come visto, che «Se tutte le parti concordano nel chiedere la stessa correzione, il giudice provvede con decreto. – Se è chiesta da una delle parti, il giudice, con decreto, da notificarsi insieme col ricorso a norma dell'art. 170 primo e terzo comma, fissa l'udienza nella quale le parti debbono comparire davanti a lui. Sull'istanza il giudice provvede

[69] Cfr. Trib. Roma, 17 aprile 1996, in *Giur. merito*, 17 aprile 1997, 518, pur se precedente a Corte cost. 335/2004 cit..
[70] Cass. 15 luglio 1995, n. 7748, in *Fallimento*, 1996, 63.
[71] Cass. 24 luglio 2003, n. 11458, in *Rep. Foro it*., 2003, voce *Sentenza civile*, n. 101; Cass. 4 ottobre 1991, n. 10336, ivi, 1991, voce *cit.*, n. 52.

con ordinanza, che deve essere annotata sull'originale del provvedimento. – Se è chiesta la correzione di una sentenza dopo un anno dalla pubblicazione, il ricorso e il decreto debbono essere notificati alle altre parti personalmente».

In primis va subito ricordato che, ai sensi dell'art. 287, l'istanza di correzione delle sentenze (e degli altri provvedimenti pure correggibili) va proposta allo "stesso giudice che le ha pronunciate". Per tale intendendosi non la stessa persona fisica, ma il medesimo Ufficio giudiziario. A tal proposito, in coerenza con la tesi del c. d. contestualità in questo studio difesa (*supra*, § 3.2.) si è affermato che «è possibile, se non addirittura auspicabile, che, all'interno dell'ufficio giudiziario ove opera il magistrato che ha pronunciato il provvedimento, il procedimento di correzione venga assegnato ad altro giudice-persona fisica. Il nuovo magistrato, infatti, avrà un approccio "neutro" rispetto all'atto da emendarsi, e sarà completamente libero da pregiudizi allorquando dovrà stabilire se l'errore o l'omissione dedotta dalla parte in ricorso sia o meno, riconoscibile *ictu oculi* dal semplice raffronto tra la parte motiva del provvedimento ed il dispositivo»[72].

Ciò detto, la norma qui in commento distingue due diverse ipotesi: a) se l'istanza (che deve assumere la forma del ricorso) è proposta da tutte le parti, il giudice provvede con decreto. Senza necessità di ulteriormente "sentire" le parti medesime. Se, viceversa, la correzione è chiesta soltanto da alcuna di esse, allora bisogna instaurare il contraddittorio nei confronti dell'altra e, quindi, col decreto il giudice fissa l'udienza di loro comparizione. Ricorso e decreto sono a tal fine notificati a cura della parte istante, ai sensi dell'art. 170, primo e terzo comma c.p.c. Ma se la correzione è chiesta quando sia ormai decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza, tale notificazione va compiuta alla (contro)parte personalmente.

Il giudice, "sentite le parti, provvede con provvedimento in forma di ordinanza; che, ai sensi dell'art. 121 disp. att. c.p.c., è notificata alle parti a cura del cancelliere.

Ho sopra scritto che dalla pretesa natura "amministrativa" del procedimento *de quo* in giurisprudenza si trae importante e forse ingiustificata conseguenza in ordine al regime delle relative spese. E così si afferma che «nel procedimento di correzione di errore materiale di cui agli art. 287 e 391-*bis* c.p.c. non è ammessa alcuna pronuncia sulle spese processuali[73],

---

[72] D. D'ADAMO, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, III, Tomo secondo, Torino, 2012, *sub* art. 287, p. 363 s.

[73] Cass. 4 maggio 2009, n. 10203, in *Rep. Foro it*., 2009, voce *Sentenza civile*, n. 74; Cass. 1 agosto 2002, n. 11483, in *Foro it.*, 2003, I, 533. E si è affermato che è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione e non con il rimedio di cui all'art. 288, comma 4, c.p.c., e va cassata senza rinvio, l'ordinanza di correzione di errore materiale, nella parte in cui condanna una delle parti al pagamento delle spese del procedimento di correzione: Cass. 20 aprile 2006, n. 9311, ivi, 2007, I, 3211, con nota adesiva di M. ACONE, *Procedimento di correzione degli errori materiali e condanna alle spese*. Peraltro, l'a. richiama l'opposta tesi di A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962, p. 173 e di E. Grasso, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino, 1973, p. 494 e di A. FIGURELLI NOTARBARTOLO, *Correzione di sentenza e condanna alle spese*, in *Giur. merito*, 1985, 605 ss. in nota, adesiva, a Trib. Palermo 18 novembre 1983, per il quale l'ordinanza per la correzione della sentenza per errore materiale, che non sia stata concordemente richiesta, dirime una controversia fra le parti e, in applicazione del principio generale, comporta la liquidazione delle spese in analogia con il caso della sentenza o di

essendo di natura amministrativa e senza una parte soccombente in senso proprio»[74]. Orientamento che mi sembra valido soltanto se, effettivamente, l'istanza è stata proposta da tutte le parti, o, almeno, non ha ottenuto "resistenza" da alcuna di esse. Posto che il principio è spesso giustificato sulla premessa che tale procedimento non è inidoneo a determinare la situazione di soccombenza prevista dall'art. 91 c.p.c.[75], aderisco, quindi, all'orientamento pur minoritario, per il quale «se l'istanza di correzione, ancorché palesemente fondata, non ottenga l'adesione della controparte e richieda pertanto una pronuncia in contraddittorio, comporta la condanna della parte convenuta al rimborso delle spese processuali in favore dell'istante»[76].

6.1. Segue: il regime del provvedimento di correzione e quello della sentenza corretta

Già da quanto accennato nel § che precede emerge un indizio sul regime del provvedimento di correzione (per la natura che si riconosce al relativo procedimento), e su quello della sentenza corretta.

Il primo, quale ne sia la forma (ordinanza, decreto o anche, per errore, sentenza) non ha autonoma rilevanza[77] e non a caso «deve essere annotato sull'originale del provvedimento corretto (art. 288, comma 2, ultimo periodo). Esso, quindi, integra quest'ultimo, e non ha un suo autonomo regime di controllo. E, di conseguenza, si afferma, che l'ordinanza di correzione di errore materiale non è autonomamente impugnabile neanche con ricorso *ex* art. 111 cost.[78].

---

qualsiasi altro provvedimento col quale il giudice ponga fine a una lite. Più di recente, con ampia argomentazione, v. nello stesso senso S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 270 ss.

[74] Cass. 14 settembre 2023, n. 26566, inedita; Cass. 11 ottobre 2023, n. 28392, inedita; Cass. 22 giugno 2020, n. 12184, in *Rep. Foro it*., 2020, voce *Sentenza civile*, n. 66; Cass. 17 settembre 2013, n. 21213, ivi, 2023, voce *cit.*, n. 58; Cass. Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9438, *ivi*, 2002, voce cit., n. 95.

[75] Cass. 28 marzo 2008, n. 8103, in *Giust. civ*., 2009, I, 2787.

[76] Trib. Modena, 21 luglio 2000, in *Giur. merito*, 2001, 649, per la quale la procedura di correzione dell'errore materiale ai sensi degli art. 287 e 288 c.p.c., se l'istanza di correzione, ancorché palesemente fondata, non ottenga l'adesione della controparte e richieda pertanto una pronuncia in contraddittorio, comporta la condanna della parte convenuta al rimborso delle spese processuali in favore dell'istante.

[77] Affermazione pacifica: per tutti, v. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2023, p. 228.

[78] Cass. 29 novembre 1993, n. 11809, in *Giur. it*., 1994, I, 1, 846; Cass. 4 ottobre 1991, n. 10336, in *Rep. Foro it*., 1991, voce *Sentenza civile*, n. 52. Il principio è esteso perfino al caso in cui nel procedimento di correzione sia stato violato il principio del contraddittorio: Cass. 5 maggio 2004, n. 8543, in Rep. Foro it., 2004, voce Sentenza civile, n. 91, per la quale «Il provvedimento di correzione di errore materiale, avendo natura ordinatoria, non è suscettibile di ricorso per cassazione ex art. 111 cost. neppure per violazione del contraddittorio, in quanto non realizza una statuizione sostitutiva di quella corretta e non ha, quindi, rispetto ad essa alcuna autonoma rilevanza, ripetendo invece da essa medesima la sua validità, così da non esprimere un suo proprio contenuto precettivo rispetto al regolamento degli interessi in contestazione: infatti, dall'art. 288, comma 4, c.p.c., è espressamente prevista la impugnabilità delle parti corrette, che è rimedio diretto esclusivamente al controllo della legittimità della disposta correzione».

Potrebbe, al limite porsi il problema per il provvedimento di rigetto dell'istanza di correzione. E non per caso, di recente, La S. C. ne ha affermato l'impugnabilità col rimedio straordinario *ex* art. 111 cost., quando rechi vizi tali da fargli acquisire contenuto decisorio[79].
Piuttosto, ai sensi del comma 4 del medesimo art. 288, è la sentenza corretta a poter essere impugnata, per espressa previsione di legge «relativamente alle parti corrette nel termine ordinario decorrente dal giorno in cui è stata notificata l'ordinanza di correzione». Soltanto, quindi, la sentenza corretta, e limitatamente ai capi sui quali è intervenuto il giudice della correzione è sicuramente impugnabile col rimedio di volta in volta ammissibile secondo che si tratti di provvedimento di primo o secondo grado.
Si tratterà, nella specie, di "rimedio diretto al controllo della legittimità della disposta correzione"[80]. E avrà interesse ad impugnare la parte che voglia lamentare uno scorretto esercizio del potere di correzione (che, magari, gli abbia conferito nuova o diversa soccombenza)[81].

7. La correzione dei provvedimenti della Corte di cassazione

Specifica norma regola, come anticipato (*supra*: § 1), la correzione dei provvedimenti della Suprema Corte.
L'art. 391-*bis*, rubricato "Correzione degli errori materiali e revocazione delle sentenze della corte di cassazione" e come introdotto dall'art. 67, l. 26 novembre 1990, n. 353[82] e poi

[79] Cass. 12 maggio 2023, n. 12966, inedita, ha infatti statuito che l'ordinanza che definisce il procedimento di correzione, tanto che accolga quanto che respinga la relativa istanza, è impugnabile con il ricorso straordinario *ex* art. 111 cost., qualora si deducano vizi attinenti alla stessa ordinanza ed essi assumano autonomo rilievo, in quanto riguardanti un punto sul quale quest'ultima abbia avuto carattere non solo decisorio, ma anche definitivo, poiché funzionalmente estraneo alla correzione della sentenza oggetto dell'originaria istanza (fattispecie nella quale la suprema Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso in cassazione nel quale si deduceva l'erronea qualificazione contenuta nell'ordinanza di correzione del mancato esplicito riconoscimento degli accessori relativi al compenso professionale liquidato in favore del difensore come vizio di omessa pronuncia e non già come errore materiale emendabile).
[80] Cfr. Cass. 17 maggio 2010, n. 12034, in *Rep. Foro it*., 2010, voce *Sentenza civile*, n. 33.
[81] Plurime le pronunce per le quali resta impugnabile, con lo specifico mezzo di impugnazione per essa di volta in volta previsto (il cui termine decorre dalla notifica del provvedimento di correzione), la sentenza corretta, anche al fine di verificare se, mercè il surrettizio ricorso al procedimento *de quo*, sia stato in realtà violato il giudicato ormai formatosi nel caso in cui la correzione sia stata utilizzata per incidere (inammissibilmente) su errori di giudizio: Cass. sez. un., 12 marzo 2004, n. 5165, in *Rep. Foro it*., 2004, voce *Sentenza civile*, n. 90; Cass. 9 settembre 2002, n. 13075, ivi, 2002, voce *cit.*, n. 91. Per Cass. 27 aprile 2011, n. 9425, ivi, 2011, voce cit., n. 51, le censure potranno riguardare o la verifica dell'ammissibilità del procedimento di correzione o la fondatezza del merito del provvedimento correttivo.
[82] Nella formula della norma introdotta nel 1990 l'art. 391, (già dedicato sia alla revocazione che alla correzione delle sentenze della Corte di cassazione) nei suoi originari quattro commi stabiliva che: «Se la sentenza pronunciata dalla corte di cassazione è affetta da errore materiale o di calcolo ai sensi dell'articolo 287 ovvero da errore di fatto ai sensi dell'art. 395, numero 4), la parte interessata può chiedere la correzione o la revocazione con ricorso ai sensi degli articoli 365 e seguenti da notificare entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, ovvero di un anno dalla pubblicazione della sentenza stessa. – Sul ricorso la Corte pronuncia in camera di Consiglio a norma dell'articolo 375. – La pendenza del termine per la revocazione della sentenza della Corte di cassazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto. – In caso di impugnazione per revocazione della sentenza della Corte di cassazione non

modificato dapprima dall'art. 1-*bis* del d.l. 31 agosto 2016 n. 168, conv. dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197[83] e, poi, col recente d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149, stabilisce, nei suoi attuali sei commi che: «Se la sentenza[84], l'ordinanza o il decreto di cui all'articolo 380-*bis* pronunciati dalla Corte di cassazione sono affetti da errore materiale o di calcolo ai sensi dell'art. 287, ovvero da errore di fatto ai sensi dell'art. 395, n. 4), la parte interessata può chiederne la correzione o la revocazione con ricorso ai sensi degli articoli 365 e seguenti. La correzione può essere chiesta, e può essere rilevata d'ufficio dalla Corte, in qualsiasi tempo. La revocazione può essere chiesta entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione ovvero di sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento. – Sulla correzione la Corte pronuncia nell'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 380-*bis*, primo e secondo comma. – Sul ricorso per correzione dell'errore materiale pronuncia con ordinanza. – Sul ricorso per revocazione anche per le ipotesi regolate dall'articolo 391-*ter*, la Corte pronuncia nell'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 380-*bis*, primo e secondo comma, se ritiene l'inammissibilità, altrimenti rinvia alla pubblica udienza della sezione semplice. – La pendenza del termine per la revocazione della sentenza della Corte di cassazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto. – In caso di impugnazione per revocazione della sentenza della Corte di cassazione non è ammessa la sospensione dell'esecuzione della sentenza passata in giudicato, né è sospeso il giudizio di rinvio o il termine per riassumerlo.».
La norma, come da sua rubrica, disciplina, quindi, sia la correzione che la revocazione dei provvedimenti del giudice di legittimità (quanto alla revocazione, non esaustivamente, considerati gli ulteriori casi di cui ai successivi art. 391-*ter* e *quater*).

è ammessa la sospensione dell'esecuzione della sentenza passata in giudicato, né è sospeso il giudizio di rinvio o il termine per riassumerlo.».

[83] Nell'occasione il primo comma dell'art. 391-*bis* fu sostituito dal seguente: «Se la sentenza o l'ordinanza pronunciata dalla Corte di cassazione è affetta da errore materiale o di calcolo ai sensi dell'articolo 287, ovvero da errore di fatto ai sensi dell'articolo 395, numero 4), la parte interessata può chiederne la correzione o la revocazione con ricorso ai sensi degli articoli 365 e seguenti. La correzione può essere chiesta, e può essere rilevata d'ufficio dalla Corte, in qualsiasi tempo. La revocazione può essere chiesta entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione ovvero di sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento». Il secondo comma fu sostituito come segue: «Sulla correzione la Corte pronuncia nell'osservanza delle disposizioni di cui all'art. 380-*bis*, primo e secondo comma». Infine, il comma 4 fu sostituito dal seguente: «Sul ricorso per revocazione, anche per le ipotesi regolate dall'art. 391-*ter*, la Corte pronuncia nell'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 380-*bis*, primo e secondo comma, se ritiene l'inammissibilità, altrimenti rinvia alla pubblica udienza della sezione semplice». Per quanto qui interessa, ed ancora attuale, fu quindi in tale occasione che opportunamente si ammise che il ricorso per correzione della sentenza della S. Corte fosse ammesso "in qualsiasi tempo" (e non più soltanto entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, ovvero di un anno dalla pubblicazione della sentenza stessa) ovvero anche rilevata d'ufficio. E la sua eventuale decisione accelerata ai sensi dell'art. 380-*bis*, c.p.c. (nella formula allora in vigore).

[84] Per l'ammissibilità della impugnazione per revocazione ai sensi della norma di cui al testo, proposta avverso un'ordinanza a contenuto decisorio v. Corte cost., 5 maggio 2021, n. 89, con nota di R. TISCINI, *Revocabilità per errore di fatto delle ordinanze a contenuto decisorio – Una sentenza della consulta condivisibile nel merito, ma non nel metodo*, in *Judicium*, 2021, 186.

In definitiva, anche i provvedimenti della Corte di cassazione possono essere oggetto del procedimento di correzione e restano correggibili gli stessi errori emendabili avverso i provvedimenti del giudice di merito, come individuati nell'art. 287 c.p.c. Vizi che possono essere anche rilevati ed emendati d'ufficio.
Il procedimento ha nella specie, peculiari caratteristiche: il ricorso (che va proposto al giudice di legittimità) in "qualsiasi tempo", segue le forme degli articoli 365 e seguenti[85]. Ma la Corte pronuncia sempre con ordinanza. E, visto il richiamo all'art. 380-*bis*, primo e secondo comma, «se non è stata ancora fissata la data della decisione, il presidente della sezione o un consigliere da questo delegato può formulare una sintetica proposta di definizione del giudizio, quando ravvisa la inammissibilità, l'improcedibilità o la manifesta infondatezza» dell'istanza di correzione. Con proposta comunicata ai difensori delle parti. Ed entro quaranta giorni da tale comunicazione la parte ricorrente, con istanza sottoscritta dal difensore munito di una nuova procura speciale, può chiedere la decisione. In carenza il ricorso per correzione si intende rinunciato e la Corte (*rectius*: il giudice che ha formulato la proposta di definizione accelerata[86]) provvede ai sensi dell'art. 391 c.p.c.

8. La correzione del lodo arbitrale: introduzione

L'originaria formula dell'art. 826 del codice di procedura civile del 1940 regolava la "correzione della sentenza arbitrale" in una snella norma, composta da soltanto due commi: «La correzione della sentenza degli arbitri può essere chiesta, nei casi indicati nell'art. 287, al pretore del luogo in cui essa è depositata. – Si applica la disposizione dell'art. 288.». An un sistema nel quale il lodo *doveva* essere depositato entro cinque giorni dalla data della sua sottoscrizione nella cancelleria della pretura del luogo in cui era stato pronunciato, affinché il giudice, constatatane la regolarità formale lo potesse dichiarare esecutivo, conferendogli "efficacia di sentenza" (originario art. 825, commi 1, 2 e 3), conseguiva l'integrale e mera applicazione degli art. 287 e 288 del codice medesimo. Sula norma (come sull'intero Capo IV del Titolo VIII del Libro quarto del codice) intervenne, poi, ed in particolare, col relativo art. 18) la l. 5 gennaio 1994, n. 25, con suo radicale mutamento: «Il lodo può essere corretto, su istanza di parte, dagli stessi arbitri che lo hanno pronunziato, qualora questi siano incorsi in

[85] Si è giustamente affermato che Il ricorso per la correzione di errore materiale di una sentenza di cassazione può essere proposto (in relazione anche alla disciplina dettata dall'art. 391 *bis* c.p.c.) dallo stesso difensore già nominato con la sentenza da correggere, sulla base della procura rilasciata per tale giudizio, dato che il procedimento di correzione della sentenza affetta da errore materiale non introduce una nuova fase processuale, ma costituisce un mero incidente dello stesso giudizio, diretto ad identificare, con la sua corretta espressione grafica, l'effettiva volontà del giudice, come già espressa in sentenza: Cass. 20 gennaio 1995, n. 30, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Sentenza civile*, n. 104.

[86] In senso conforme, per la *ratio* della norma, v. F. SANTAGATA, *sub* art. 380-*bis*, in *Quaderni di Judicium*, 18, *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di Roberta Tiscini, Pisa, 2023, p. 581 s. Cfr. anche A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, p. 123.

omissioni o in errori materiali o di calcolo. – Gli arbitri, sentite le parti, procedono entro venti giorni. Del provvedimento è data comunicazione alle parti, anche con la spedizione in plico raccomandato, entro dieci giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione. – Se il lodo è già stato depositato, la correzione è richiesta al tribunale del luogo in cui lo stesso è depositato. Si applicano le disposizioni dell'art. 288 in quanto compatibili.
Fu così che si aprì alla correzione del lodo da parte degli arbitri, seppure prima del deposito del provvedimento, ma con disposizione che si prestava a diversi interrogativi, cui, si cercò di porre rimedio un paio di anni dopo (vedremo, con scarso successo e, anzi, con formula che ne ha forse ulteriormente complicata l'interpretazione).
L'attuale art. 826 del Capo IV del Libro quarto del codice di rito (Capo sostituito dall'art. 23 del d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40) stabilisce (ancor oggi), nei suoi quattro commi, che: «Ciascuna parte può chiedere agli arbitri entro un anno dalla comunicazione del lodo: a) di correggere nel testo del lodo omissioni o errori materiali o di calcolo, anche se hanno determinato una divergenza fra i diversi originali del lodo pure se relativa alla sottoscrizione degli arbitri; b) di integrare il lodo con uno degli elementi indicati nell'art. 823, nn. 1), 2), 3), 4). – Gli arbitri, sentite le parti, provvedono entro il termine di sessanta giorni. Della correzione è data comunicazione alle parti a norma dell'art. 824. – Se gli arbitri non provvedono, l'istanza di correzione è proposta al tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato. – Se il lodo è stato depositato, la correzione è richiesta al tribunale del luogo in cui è stato depositato. Si applicano le disposizioni dell'art. 288, in quanto compatibili. Alla correzione può provvedere anche il giudice di fronte al quale il lodo è stato impugnato o fatto valere.».
Sulla norma, rimasta inalterata con la cd. riforma Cartabia, è ancor valida, per pensiero e citazioni dottrinali e giurisprudenziali, salvi aggiornamenti e qualche considerazione che segue, l'approfondita analisi della Salvaneschi[87] e la più recente trattazione della Ruggieri[88].

8.1. Segue: i provvedimenti arbitrali

La norma disciplina, dunque, la correzione del "lodo". Senza riferimento alcuno al provvedimento "non definitivo o "parziale" oggi espressamente ammesso dall'art. 827, u.c., c.p.c. Norma per la quale «il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo». E che, dunque, ammette lodi (non definitivi) su questioni e lodi (parziali) di condanna generica ovvero che abbiano pronunciato su una fra più domande cumulate nel medesimo procedimento arbitrale.

[87] L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, in particolare, p. 830 ss.
[88] P. C. RUGGIERI, *La correzione e l'integrazione*, in *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, V, Napoli, 2021, p. 343 ss.

Credo di aver già contribuito a chiarire il disposto dell'art. 827, comma 3, c.p.c. attualmente in vigore[89].

Attorno alle vicende legislative del lodo, nel susseguirsi delle riforme del codice di rito, si è sviluppata la natura stessa dell'arbitrato rituale. Sicché, di fronte all'attuale art. 824 *bis* c.p.c., pur in presenza di autorevoli costruzioni di segno diverso[90], maggioritaria e condivisibile è oggi la tesi che equipara, quanto alla capacità di coprirsi del giudicato sostanziale il lodo non più impugnabile alla sentenza passata in giudicato formale. Compresi gli effetti riflessi nei confronti dei terzi pur estranei al compromesso, e per i suoi limiti temporali e la resistenza allo *ius superveniens*[91].

Vero è, infatti, che gli arbitri «non sono forniti di *imperium* e, pertanto, non possono porre in essere atti esecutivi e dotati di pubblica fede»[92] (da cui il procedimento di omologazione *ex* art. 825 c.p.c.); tuttavia, già forse con la riforma del 1994 e poi sicuramente coi successivi interventi del 2006 e del 2022, non sembra più dubitabile che il lodo rituale, pur non identificandosi con la sentenza del giudice togato, abbia effetti per espressa norma di legge modellati su quelli di quest'ultima[93].

Laddove natura negoziale ancora si riconosce, invece, almeno in giurisprudenza all'arbitrato irrituale[94]. Sicché si ritiene inammissibile l'impugnazione per nullità; ed invece esperibile la sola azione per eventuali vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e sul doppio grado di giurisdizione. Principio che si è affermato valido anche

---

[89] G. P. CALIFANO, *Lodi interlocutori, parziali e definitivi*, in *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, V, Il lodo, Napoli, 2021, p. 21 ss.

[90] C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, p. 404. Cfr. anche F. CARPI, *Efficacia del lodo (art. 824 bis c.p.c.)*, in *Comm. Arbitrato*, Bologna 2007, p. 594 ss. e la peculiare tesi di C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano 2009, p. 38 ss. V., però, nuovamente e più di recente, C. PUNZI, *La natura dell'arbitrato e la contrapposizione di un arbitrato libero all'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 15, che, sulle orme di N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, p. 676, conclude il suo studio nel senso che: «quando si qualifica il potere degli arbitri come "esercizio di attività giurisdizionale" si deve precisare che si tratta di un'attività "oggettivamente giurisdizionale" e che tale può essere definita solo sul presupposto che la giurisdizione non sia più emanazione esclusiva della sovranità».

[91] V. nel senso del testo, compiutamente, L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 790 ss. ed *ivi* ampi riferimenti dottrinali maggioritari ma anche di segno opposto. E v. anche, la particolare ricostruzione di F. P. LUISO, *L'art. 824 bis cod. proc. civ.*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 235 ss., che pure arriva a conclusioni analoghe, posto che, anche ricostruita l'attività degli arbitri rituali come esercizio di una giurisdizione privata e non autoritativa, nulla esclude che i rispettivi "prodotti" possano per legge avere uguali effetti. E conferma ne trae l'a. dagli effetti di legge del negozio di transazione, quanto, ad esempio, alla resistenza del (anche) lodo rituale allo *ius superveniens*, per gli effetti del c. d. antecedente logico o sui rapporti dipendenti, e in relazione ai riflessi del lodo (rituale) sui terzi, pur quando al provvedimento si riconosca, come necessario secondo l'a., natura privatistica-contrattuale.

[92] G. VERDE, *Lineamenti di Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, p. 177 ss.

[93] Tanto basti in questa sede, con rinvio alla specifica trattazione del tema a cura di E. D'ALESSANDRO, *L'efficacia del lodo*, in *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, V, cit., p. 259 ss.

[94] Cass. 15 luglio 2014, n. 16164, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Arbitrato*, n. 109. Ma su ciò v. la specifica trattazione di B. SASSANI, *L'arbitrato irrituale* in *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, cit., I, *Profili generali*, 2019, p. 303 ss. e la monografia di F. CAMPIONE, in *Quaderni Judicium*, *Il lodo arbitrale irrituale e la sua impugnazione*, *passim*, e p. 315 s. per lo specifico profilo della (ritenuta) applicabilità dell'istituto della correzione anche al lodo irrituale.

per il caso in cui l'impugnazione del lodo irrituale sia diretta a far valere la natura rituale della clausola compromissoria[95].

8.2. Segue: il provvedimento arbitrale che non definisce il giudizio

Ciò ricordato, l'attuale art. 816, comma 4, c.p.c. stabilisce che «su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito». Così lasciando immaginare che il collegio possa a suo capriccio risolvere ogni questione con provvedimento nell'una o nell'altra forma (e coi rispettivi e diversi regimi). Poi, nel disciplinare il decorso del termine per la pronuncia del lodo definitivo, l'art. 820, comma 4, lett. c) c.p.c. ne prevede la proroga di centoottanta giorni (anche) per il caso che sia «pronunciato un lodo non definitivo o un lodo parziale». Mentre l'equivoca formula dell'art. 827, (oggi al comma 2) continua a stabilire che «il lodo che decide parzialmente la controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo».

Il sistema presta dunque il fianco a non pochi dubbi: a) non è semplice individuare in quali casi si possa pronunciare un lodo non definitivo o un lodo parziale[96]; b) è necessario poi chiarire la figura di quest'ultimo, per poi individuarne il regime di impugnazione.

Per il primo quesito rileva l'art. 816 *bis*, comma 4, c.p.c., ai sensi del quale «su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito». Per dar contenuto a detta disposizione in coerenza con quelle di cui agli art. 820, comma 4 e 827, comma 2, ultima parte, c.p.c. (che continuano a presupporre la possibilità che il collegio arbitrale pronunci lodi che risolvano, senza definire il relativo giudizio, «alcune delle questioni insorte» nel corso del procedimento), bisogna stabilire quali questioni debbano essere decise con ordinanza ai sensi dell'art. 816 *bis*, comma 4, c.p.c. e quali, invece, possano formare il contenuto di lodi non definitivi.

Per il passato, plausibile soluzione sembrava, in proposito, quella che rimetteva la differente previsione al carattere delle questioni insorte, affermando che le prime fossero quelle che il giudice istruttore del processo di cognizione risolve con ordinanza, o, comunque, quelle -tipiche del procedimento arbitrale ed a contenuto meramente ordinatorio- come la definizione dell'anticipo da versare per il funzionamento del collegio. Laddove le questioni capaci di formare l'oggetto di lodi non definitivi potevano essere (almeno in prima battuta e

[95] Cass. 18 febbraio 2016, n. 3197, in *Rep. Foro it*., 2016, voce *Arbitrato*, n. 167.

[96] In argomento cfr. A. MARZOCCO, *sub* art. 827, in *Comm. Cod. proc. civ*. a cura di Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, Torino, 2014, p. 733, nota n. 66.

pacificamente) quelle stesse che, ai sensi dell'art. 279, comma 2, c.p.c., il giudice togato risolve con sentenza non definitiva.
Tale proposta interpretativa desta oggi maggiori perplessità innanzi al disposto dell'art. 816 *bis*, comma 4, c.p.c.; ove il legislatore del 2006 sembra aver conferito agli arbitri la possibilità di scegliere la forma del proprio provvedimento a prescindere dal relativo contenuto[97]. Sicché il collegio arbitrale si esprimerebbe con ordinanza quando volesse "riservarsi" di tornare sulla questione, e, viceversa, con lodo, quando alla soluzione della questione volesse conferire carattere non più sovvertibile nell'ulteriore corso del procedimento. Ciò che condurrebbe ad individuare il regime del provvedimento in concreto pronunziato in relazione alla forma adottata dal collegio piuttosto che del suo contenuto.
Tuttavia, si è efficacemente notato[98] che, così interpretato, l'art. 816 *bis*, comma 4, c.p.c., necessariamente finirebbe col consentire agli arbitri la soluzione con provvedimento in forma di lodo (non soltanto di ogni questione anche non idonea a definire il giudizio[99], ma) anche le questioni meramente ordinatorie: se su «tutte le questioni» il collegio fosse libero di pronunciarsi con ordinanza, sarebbe inevitabilmente vero che sempre «tutte le questioni» - comprese quelle di natura ordinatoria- potrebbero essere invece risolte con provvedimento in forma di lodo; ciò che appare davvero assurdo per le questioni a carattere meramente ordinatorio; e che non sembra esser mai stato sostenuto da alcuno[100]. E, d'altra parte, posto che gli arbitri, come il giudice togato, non hanno alcun obbligo di risolvere per espresso le questioni con provvedimenti interlocutori, non gran senso avrebbe la norma in discorso, giacché, a non voler perdere la *potestas iudicandi* sulla questione, sarebbe sufficiente la mancata (immediata) pronuncia.
In realtà, sembra che la norma si limiti a proporre una regola ed un'eccezione: gli arbitri, di regola, a voler rendere una decisione interlocutoria, pronunciano con provvedimento in forma di ordinanza. Eccezionalmente possono (ritenere di) provvedere con lodo non definitivo. Soltanto questo dice la norma e null'altro. In particolare, l'art. 816 *bis* c.p.c. non chiarisce quando il collegio «possa ritenere» di provvedere con lodo non definitivo. Potere che, lungi

---

[97] In tal senso C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 340 s.; G. VERDE, *Lineamenti di Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 164 s. Cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 222 s.
[98] L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 418 ss.
[99] Cfr. tra gli altri F. AULETTA, *Lodo parziale e lodo non definitivo*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 263. E v. anche A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 770, che genericamente ammette lodi che non definiscono il giudizio su «questioni o su parti di domande o su una delle più domande cumulate». Riduce alle questioni preliminari e alle questioni pregiudiziali il possibile contenuto dei lodi non definitivi C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 386; così come C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 668 s., pure sembra ammettere lodi non definitivi soltanto per la soluzione di questioni preliminari di merito e, pur con qualche dubbio, anche di questioni pregiudiziali di rito, con espresso riferimento a quelle di cui agli art. 187 e 278 c.p.c.
[100] Cfr. F. AULETTA, *op. ult. cit.*, per il quale, anche ammesso che l'art. 816 *bis* c.p.c. «sancisca la fungibilità tra ordinanza e lodo non definitivo», comunque esclude che il collegio possa decidere con provvedimento in forma di lodo non definitivo circa le «misure istruttorie in senso lato».

dall'esser disciplinato dalla norma in commento, deve, nel silenzio della legge, essere ricostruito nei suoi limiti oggettivi facendo ricorso ai principi generali del sistema. E qui, come nel processo di cognizione, tuttora non v'è argomento per negare che il sistema consenta la pronuncia di provvedimenti in forma di lodo soltanto in fase decisoria; e solamente, quindi, se -ritenuta superflua o conclusa la fase istruttoria- il collegio si trovi poi nella impossibilità di pronunciarsi definitivamente sulla lite. Sicché un lodo non definitivo potrà poi essere emesso soltanto sulla questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito che per la sua presunta fondatezza aveva fatto ritenere agli arbitri superflua l'ulteriore prosecuzione del procedimento[101] (art. 187, comma 2 e 279, comma 2, n. 4, c.p.c.). Peraltro non è qui necessario alcun approfondimento circa la nozione di questione preliminare di merito (e se dunque essa debba o meno trarre vita da eccezione su elemento modificativo, impeditivo o estintivo della pretesa avversa) e quale ne debba essere il rapporto col "merito della causa" (per tale intendendo la domanda ed il bene della vita in contesa tra le parti). Nel sistema dell'arbitrato come *in parte qua* delineato, qualsiasi questione in astratto considerata dal collegio idonea a definire il giudizio può essere decisa con lodo non definitivo quando gli arbitri la risolvano nel senso che sia necessaria ulteriore prosecuzione del procedimento. E dunque non dovrebbe esservi dubbio che tali possano essere anche, ad esempio, la questione del precedente giudicato, o le questioni "di diritto" quali: «1. l'individuazione della portata e dell'ambito applicativo di una determinata norma, in relazione alla specifica e concreta pretesa avanzata dall'attore … ; 2. l'inquadramento della fattispecie sostanziale nell'ambito di una disciplina ovvero di un'altra, dal quale discenda l'applicazione di un determinato regime ovvero di un altro, volta a volta in tema di prescrizione e decadenza, distribuzione dell'onere della prova, parametri oggettivi e soggettivi di responsabilità e così via»[102] quando nella concreta vicenda si siano palesate come, appunto, astrattamente idonee a definire il giudizio arbitrale.

Resta da chiarire un punto: sono dunque ridotte le questioni risolvibili con lodo non definitivo a quelle -di rito o di merito- idonee a definire il giudizio. E ciò anche sulla base di irresistibile argomento tratto dall'art. 827, comma 2, c.p.c., che prevede la pronuncia di lodi non definitivi quando il collegio «risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale». Così lasciando intendere che, appunto, soltanto questioni idonee a definire il procedimento possono essere risolte con provvedimento in forma di lodo, che sarà, appunto, non definitivo ove con esso gli arbitri non esauriscano il loro compito. Non quindi su semplicistico parallelo col sistema del processo civile (art. 279, n. 4, c.p.c.) ma con argomento tratto dalle specifiche norme in materia di arbitrato pure si giustifica la costruzione qui difesa.

---

[101] Si afferma, argomentando *ex* art. 827, comma 2, c.p.c., che «la forma dell'ordinanza deve considerarsi prescritta per i provvedimenti volti a regolare lo svolgimento del procedimento arbitrale e i provvedimenti istruttori, non essendo tali provvedimenti idonei a definire il merito»: M. L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, cit., p. 447.

[102] L'individuazione delle questioni di merito sub nn. 1 e 2 è tratta da D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008, p. 101.

La risposta al quesito sub b), ossia a quello concernente l'individuazione (del possibile contenuto) dei lodi parziali può in parte giovarsi dell'analoga esperienza nel processo di cognizione innanzi al giudice togato.
Sembra, infatti, che il legislatore del 1994, prevedendo lodi che «decidono parzialmente il merito della controversia», si sia riferito, -almeno in prima battuta- a quelli che pronunciano su almeno una "domanda", attribuendo ad una delle parti un bene della vita autonomamente rilevante[103]. Senza che rilevi il tema della separazione della domanda decisa da quella per la cui soluzione il giudizio arbitrale continua[104]. Senza che, dunque, il sistema dell'arbitrato resti *in parte qua* contaminato dall'oscuro rapporto fra i numeri 4 e 3 e 5 dell'art. 279, comma 2, c.p.c.[105] che tanta confusione ha creato nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale per le analoghe sentenze[106].
In argomento, una pronuncia delle Sezioni unite civili[107] ha affrontato il tema dei lodi che non abbiano definito l'intero giudizio, nei seguenti termini: «Il secondo profilo del contrasto di giurisprudenza denunciato attiene … alla distinzione tra il lodo che, decidendo parzialmente il merito della controversia, è immediatamente impugnabile, e il lodo che, risolvendo alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale, non è immediatamente impugnabile. Tuttavia questa distinzione, che è solo in parte sovrapponibile a quella tra sentenze definitive e non definitive *ex* art. 279 c.p.c., ha ora un criterio normativo di definizione nell'art. 360 c.p.c., comma 3 e art. 361 c.p.c., comma 1 (come modificati dal decreto legislativo 2 febbraio 2006,

---

[103] Pur se precedenti all'ultima riforma delle norme di cui al testo, v. E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb*., 1994, p. 10; ID., in *La nuova disc. arb*.: comm Briguglio, Fazzalari e Marengo, Milano, 1994, p. 194, e C. PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ*., 1994, p. 347; cfr. anche L. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb*., 1994, p. 248 ss., per il quale, ai lodi parziali che accolgono o respingono una vera e propria domanda vanno equiparati - quanto ad efficacia extraprocessuale e impugnabilità- i provvedimenti che pronunciano su eccezioni in senso proprio.
[104] Così, anche F. AULETTA, *Lodo parziale e lodo non definitivo*, cit., p. 263. Nello stesso senso, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 390. E v. anche, s. v., G. P. CALIFANO, *Il sistema di impugnazione dei lodi non definitivi nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb*., 1995, p. 41.
[105] A pena di un fuor d'opera, inutile dilungarsi qui sull'inestricabile rapporto, nel processo innanzi al giudice togato, tra il disposto dell'art. 279, nn. 4 e 3 e n. 5, c.p.c. Basti il richiamo a Cass. sez. un., 28 aprile 2011, n. 9441, in *Rep. Foro it*., 2011, voce *Sentenza civile*, n. 46 e Cass. sez. un. 1° marzo 1990, n. 1577, in *Foro it*., 1990, I, 836.
[106] Per Cass., 24 luglio 2014, n. 16963, in *Foro it*., 2015, I, c. 4001, il lodo parziale è immediatamente impugnabile, ai sensi dell'art. 827, comma 3, c.p.c., solo nel caso in cui, decidendo su una o più domande, abbia definito il giudizio relativamente ad esse, attesa l'esecutività che il lodo stesso può assumere in questa ipotesi; viceversa, l'immediata impugnabilità deve essere esclusa quando il lodo abbia deciso questioni preliminari di merito senza definire il giudizio (nella specie, rigettando l'eccezione di prescrizione). Ascrive alla categoria del lodo parziale immediatamente impugnabile soltanto quello di condanna generica e quello risolutivo di una domanda, escludendo quelli su questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23463, in *Foro it*., 2018, I, c. 647, con nota adesiva di S. IZZO, *Lodi parziali e lodi non definitivi: individuazione e regime di impugnazione*, e in *Riv. arb*., 2017, p. 87, con nota sostanzialmente adesiva di G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla* potestas iudicandi *e la distinzione tra lodo non definitivo su questioni e lodo parziale secondo le Sezioni Unite*, in *Giur. it*., 2017, 1929 ss. e p. 1934 ss., con nota adesiva di L. ROVELLI, *L'impugnazione del lodo parziale e la nozione di definitività. (Variazioni su tema alla luce della più recente giurisprudenza anche in ordine all'interpretazione del 3° comma dell'art. 360 c.p.c.)*.
[107] Cass. sez. un., 18 novembre 2016, n. 23463 cit.

n. 40), che riconoscono l'immediata ricorribilità per cassazione solo delle sentenze di condanna generica *ex* art. 278 c.p.c. e delle sentenze che decidono una o alcune delle domande senza definire l'intero giudizio. Come questa corte ha già avuto modo di chiarire, infatti, la riforma del 2006 si pone "nel solco della disciplina già introdotta per il lodo dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25, con il novellato art. 827 c.p.c." (Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25774). Sicché, come può da questa giurisprudenza chiaramente desumersi, "lodo che decide parzialmente il merito della controversia", a norma dell'art. 827 c.p.c., comma 3, è sia quello di condanna generica *ex* art. 278 c.p.c.[108] sia quello che decide una o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio. Ed è irrilevante a questi fini se la questione risolta senza definire il giudizio sia una questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito. Risolvendo il contrasto di giurisprudenza denunciato dalla prima sezione civile di questa corte, può dunque enunciarsi il seguente principio di diritto: "Lodo che decide parzialmente il merito della controversia, immediatamente impugnabile a norma dell'art. 827 c.p.c., comma 3, è sia quello di condanna generica *ex* art. 278 c.p.c. sia quello che decide una o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio, non essendo immediatamente impugnabili i lodi che decidono questioni pregiudiziali o preliminari"».

Nell'occasione le Sezioni unite hanno dunque proposto un immediato parallelo tra i lodi parziali e le sentenze immediatamente impugnabili in cassazione per espressa previsione dell'art. 361, comma 1, c.p.c. come modificato dall'art. 3, d.lg. n. 40 del 2006. Parallelo che, per quanto sopra esposto, sembra condivisibile, salvo un necessario approfondimento quanto al lodo di condanna generica[109].

È noto che per giurisprudenza costante, pur dopo il provvedimento di condanna generica è ben possibile che, senza giuridica contraddizione, il provvedimento definitivo "riduca a zero il danno". Orientamento, pacifico, che sembra coerente col presupposto che nel pronunciare il primo provvedimento si sia accertato soltanto un danno potenziale. E non anche e necessariamente, pari ad almeno un centesimo di euro. Per tale verso, la condanna generica, sembra risolvere, in realtà, una mera questione; sicché v'è da chiedersi se, fuori da un espresso chiarimento di legge, sia coerente ricondurre il lodo di condanna generica alla categoria del

---

[108] Per quanto consta, l'impugnabilità immediata del lodo di condanna generica, nel nuovo regime in commento nel testo, è stata per la prima volta sancita da Cass. 19 maggio 2000, n. 6522, in *Giur. it*., 2001, p. 254, seguita da App. Salerno, 19 gennaio 2004, in *Riv. arb*., 2004, p. 503, con nota di A. TRINCHINI, *Questioni aperte in tema di impugnabilità del lodo parziale non definitivo avente ad oggetto la sola statuizione sull'an debeatur*, per il quale il provvedimento in discorso pare assimilabile ad un lodo non definitivo (su questione) piuttosto che ad un lodo parziale. Con ogni conseguenza sul relativo regime di impugnazione. Individua il lodo di condanna generica come provvedimento parziale, immediatamente impugnabile, anche Cass. 7 febbraio 2007, n. 2715, cit., annotata da E. OCCHIPINTI, *La Cassazione conferma i propri orientamenti in tema di impugnazione del lodo per nullità*, in *Riv. arb*., 2007, p. 581 ss.; ove anche l'a. non manifesta perplessità sul punto. E nello stesso senso, v. Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23463, cit.

[109] Sull'istituto di cui all'art. 278 c.p.c. v., ampiamente e di recente, M. VANZETTI, *La condanna generica*, Milano, 2021, *passim*.

provvedimento parziale, immediatamente impugnabile[110]. Non sembra allora superfluo chiarire che qui, intanto si giustifica il principio dettato dalle Sezioni unite, in quanto anche il lodo di condanna generica è idoneo ad arrecare immediato pregiudizio alla parte soccombente, posto che anch'esso ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, «gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» (art. 824 *bis* c.p.c.) e, dunque, anch'esso costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca sui beni del debitore, ai sensi dell'art. 2818, comma 1, c.c. almeno se omologato[111]. E tutto ciò sebbene il "pregiudizio" in discorso sia qui il più delle volte ad effetto di breve durata, posto il breve termine per la pronuncia del lodo definitivo.

8.3. Segue: l'impugnazione del lodo non definitivo o parziale

Orbene, si è dunque stabilito che, il lodo (parziale) su domande è «immediatamente impugnabile; il lodo non definitivo su questioni, invece, è «impugnabile solo unitamente al lodo definitivo (art. 827, comma 3)[112]. Chiaro è il regime dei lodi su questione, impugnabili soltanto insieme col lodo definitivo e senza che a tal fine sia necessaria apposita riserva di impugnazione; non così è invece, per i lodi di condanna generica o su una fra più domande cumulate nel medesimo giudizio arbitrale.

La formulazione dell'art. 827, comma 3, che, per un verso, prevede l'impugnazione immediata dei lodi in discorso come mera possibilità, e, per altro verso, contrappone tale previsione a quella più drastica del regime di impugnazione dei lodi su questioni, per il quale il gravame resta proponibile solo unitamente al lodo definitivo, sembra voler indicare la possibilità implicita di una impugnabilità anche eventualmente procrastinata dei lodi su domande[113]. D'altra parte, la formula usata dal legislatore, per quanto equivoca, si potrebbe giustificare per il fatto che si volle inserire nel sistema una previsione normativa che, per i lodi parziali, si affiancò a quella già precedentemente formatasi nella prassi; che resta, viceversa, come unica opzione possibile nella residua ipotesi dei lodi non definitivi. E ciò, in relazione al differente pregiudizio che la parte soccombente sopporta, nell'immediato, quando il provvedimento

---

[110] Ascrive, infatti, il lodo di condanna generica (senza condanna provvisionale) alla categoria dei lodi non definitivi, ad es., C. CAVALLINI, *Condanne speciali ed arbitrato rituale*, in *Riv. arb*., 1996, p. 690 ss.

[111] Sul complesso dibattito relativo all'effettivo momento di produzione degli effetti del lodo, anche prima o soltanto dopo che il provvedimento abbia acquistato «la stabilità propria del giudicato formale», v., anche riassuntivamente, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005, p. 333 ss., con la sua condivisibile conclusione riassunta a p. 402.

[112] In tema v. l'ampio studio di V. Verde, *I mezzi di impugnazione. Generalità*, in *Trattato di Diritto dell'arbitrato diretto da Daniele Mantucci*, V, cit., p. 357 ss., e in particolare, p. 368 ss.

[113] Conf. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., pag. 10; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., pag. 194, per il quale è «assoggettato al nuovo regime soltanto il lodo parziale che decide una delle domande di merito: ché non si tratti di una domanda (connessa ma) indipendente; nel qual caso, ala stregua di quanto si ritiene per la sentenza, non si verte in pronuncia parziale, bensì definitiva». In senso diverso MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., pag. 252 ss., che propende per un'interpretazione letterale della norma in discorso, salvo a ritenerla «inopportuna in parte».

attribuisce alla controparte un bene della vita autonomamente rilevante, senza limitarsi a sgombrare il campo da una controversia su mere questioni.
Bisogna però prendere atto dell'indirizzo giurisprudenziale che respinge tale costruzione e stabilisce, invece, che tali provvedimenti sono impugnabili soltanto immediatamente[114]. Ciò che, peraltro, presta il fianco anche ad una critica di incoerenza del sistema, posto che, ad esempio, si finisce con l'imporre l'immediata impugnazione anche del lodo di condanna generica: impugnazione che potrebbe invece in concreto non essere proposta se il lodo definitivo riducesse a zero il danno (come pacificamente si ammette nel processo di cognizione) o, comunque, lo quantificasse in termini irrisori (e tali da non stimolare, in concreto, l'impugnazione della parte soccombente). E sebbene tale indirizzo porti alla strana conclusione che il menzionato d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40, nel –contemporaneamente-(ri)disciplinare il sistema di impugnazione (in cassazione) dei provvedimenti parziali abbia optato per (conservare presunta e) diversa soluzione ove si tratti di provvedimenti del giudice togato piuttosto che del collegio arbitrale. E, peraltro, quanto a questi ultimi, con *ratio* rimasta assolutamente oscura sin dal 1994.

8.4. Segue: gli errori del lodo correggibili con la speciale procedura in esame
Individuati i provvedimenti decisori degli arbitri, resta da chiarire che gli errori materiali o di calcolo cui fa riferimento l'art. 826 non coincidono in pieno con quelli di cui all'art. 287 c.p.c.[115]
E ciò, a mio giudizio, anche per essere, la norma in materia di arbitrato, interpretabile in termini ben più generosi.
Ai sensi della norma speciale «Ciascuna parte può chiedere agli arbitri …. A) di correggere nel testo del lodo omissioni o errori materiali o di calcolo, anche se hanno determinato una divergenza fra i diversi originali del lodo pure se relativa alla sottoscrizione degli arbitri[116]; b) di integrare il lodo con uno degli elementi indicati nell'art. 823, nn. 1), 2), 3) 4).
Quanto, poi, agli errori causa di nullità del lodo, per vizi di forma, si ricordi che ai sensi dell'art. 823, comma 2, il lodo deve contenere: 1) il nome degli arbitri; 2) l'indicazione della sede

[114] Il dibattito dottrinale e l'orientamento giurisprudenziale è ben riassunto da L. SALVANESCHI, *Arbitrato,* cit., pp. 853 ss., che, peraltro, a tale orientamento pure aderisce.
[115] In senso diverso, salvo qualche particolarità prevista dalla norma speciale: L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 834, per la quale a. «Le ipotesi di correzione del lodo sono in primo luogo tipizzate in modo del tutto analogo a quello che è proprio della sentenza, con riferimento cioè a quelle omissioni o errori materiali o di calcolo su cui è costruito anche l'art. 287 cod. proc. civ.». E cfr. anche P. C. RUGGIERI, *La correzione e l'integrazione*, in *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, diretto da Daniele Mantucci, V, Il lodo, cit., p. 344, per la quale «deve ritenersi che possa essere corretto il lodo recante omissioni ed errori anche non identificabili tramite la lettura del testo del lodo». Peraltro, entrambe le A. escludono la correzione di errori causa di nullità del lodo.
[116] Cfr. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 835, che, seppure con forse superfluo riferimento alla pretesa incompatibilità tra vizi correggibili e vizi causa di nullità del provvedimento, correttamente comunque afferma ciò che è già implicito nella norma: si può ricorrere al procedimento di cui all'art. 826 c.p.c., comma 1, lettera a) quando almeno uno degli originali sia correttamente sottoscritto dagli arbitri (nominati e) che lo hanno deliberato.

dell'arbitrato; 3) l'indicazione delle parti; 4) l'indicazione della convenzione di arbitrato e delle conclusioni delle parti; 5) l'esposizione sommaria dei motivi; 6) il dispositivo; 7) la sottoscrizione degli arbitri. La sottoscrizione della maggioranza degli arbitri è sufficiente, se accompagnata dalla dichiarazione che esso è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli altri non hanno voluto o non hanno potuto sottoscriverlo; 8) la data delle sottoscrizioni. E che ai sensi dell'art. 829 «L'impugnazione per nullità è ammessa …. 5) se il lodo non ha i requisiti indicati nei nn. 5), 6), 7) dell'art. 823 …. 11) se il lodo contiene disposizioni contraddittorie….». Sicché, il tema della emendabilità degli errori causa di nullità del provvedimento è qui espressamente disciplinato: nessun problema si pone, se dal testo del provvedimento arbitrale non risulta la motivazione pur sommaria, il dispositivo, ovvero se il provvedimento non reca la sottoscrizione degli arbitri in alcuno degli originali. Vizi, questi, che, come quelli di forma appena richiamati, non possono essere emendati ma si convertono in motivi di impugnazione per nullità. Così come la procedura in esame nemmeno è adatta a risolvere il problema del lodo che contenga eventuali disposizioni contraddittorie: in ognuna di tali ipotesi sarebbe infatti impossibile individuare la effettiva volontà del collegio arbitrale. Sono, invece, integrabili con la procedura di cui alla norma in commento, e per sua espressa e tassativa previsione, gli elementi indicati nell'art. 823, nn. 1), 2), 3) 4).
Resta da chiarire il riferimento alle "omissioni" emendabili (art. 826, comma 1, lettera a). Riferite, evidentemente, a vizi diversi da quelli che necessitano delle integrazioni appena sopra ricordati. E che individuerei, ad esempio, e a differenza che per la sentenza del giudice togato, nella possibile decisione di domande non risolte (se gli arbitri ancora conservano la *potestas iudicandi* per non essere decorso il termine di cui all'art. 820 c.p.c., ovvero previa sua proroga dalla medesima norma consentita); o anche, alle medesime condizioni, nella specificazione delle spese di lite, a maggior ragione in quanto elemento "necessario" e facilmente desumibile dal criterio della soccombenza.

8.5. Segue: il procedimento di correzione del provvedimento degli arbitri
Vengo, così, e per concludere, al procedimento disegnato dall'art. 826, c.p.c. Norme che si applicano al lodo definitivo o parziale (per quest'ultimo nei limiti che seguono) e ai provvedimenti cautelari che oggi gli arbitri possono pronunciare ai sensi del nuovo art. 818 c.p.c.; e che dettano particolare disciplina per il caso il cui il lodo sia stato depositato (ai sensi e per gli effetti dell'art. 825 c.p.c.). E quando l'istanza di correzione sia proposta (agli arbitri) entro un anno dalla comunicazione del lodo (art. 826, comma 1 e 824 c.p.c.). Termine «riferito alla richiesta della parte, non alla correzione»[117]. Salvo quanto emergerà in prosieguo per il caso del decorso del termine di pronuncia sull'istanza e di cui all'art. 826, comma 2).

[117] L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 832. F. AULETTA, *Riforma del Diritto arbitrale (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, a cura di Menchini, Padova, 2007, p. 1406, ritiene che «decorso l'anno dalla comunicazione del lodo, l'ultrattività del mandato arbitrale

Nella specie, l'istanza di correzione del lodo non depositato si propone, in prima battuta agli arbitri che hanno emesso il provvedimento[118] e, soltanto in via sussidiaria, al tribunale nel cui circondario ha avuto sede l'arbitrato. I primi, infatti, hanno devono provvedere entro il termine di sessanta giorni dal deposito dell'istanza, che anche qui, pur nel silenzio della legge, potrà recare le firme di tutte le parti, in caso di accordo, ovvero di una parte soltanto. Nel primo caso (ed evidentemente soltanto quando, appunto, sia necessario instaurare il contraddittorio nei confronti della/e parte/i che non l'hanno sottoscritta), l'istanza di correzione va a questi comunicata «a norma dell'art. 824 c.p.c. Ossia a cura degli arbitri, entro dieci giorni dalla ricezione, «anche con spedizione in plico raccomandato». Ricevuta l'istanza di correzione, ed eventualmente integrato il contraddittorio, il collegio, fissa incontro con le parti o assegna loro un termine per le rispettive deduzioni, e provvede entro sessanta giorni (che decorrono dalla proposizione dell'istanza). Tale termine (di cui al comma 2 dell'art. 826) non è qualificato come perentorio: sicché riterrei valido un provvedimento di correzione (o anche un provvedimento negativo) che giunga alle parti rimaste in attesa (che, cioè, non abbiano ancora adito il tribunale) pur se emesso in data successiva alla scadenza dei predetti sessanta giorni. Così come mi sembra che in caso di inottemperanza degli arbitri e nel concorso delle condizioni di legge, si possa applicare l'infelice -quanto alla sua formula- art. 813-*ter*, comma 1, n. 2) c.p.c.

Decorso il termine, come detto, ciascuna parte può proporre l'istanza di correzione al tribunale competente: ciò che spoglia gli arbitri da ogni relativa competenza. E rende "inesistente" per carenza di potere" un loro provvedimento tardivo (positivo o negativo che sia).

Quando, invece, il provvedimento arbitrale sia stato depositato (senza che rilevi l'esito del relativo procedimento) competente a (ricevere e) pronunciarsi sull'istanza di correzione è soltanto il tribunale del luogo in cui il deposito è avvenuto, che applica le disposizioni dell'art. 288 c.p.c. "in quanto compatibili" (art. 826, comma 4). Competenza, questa, che, ai sensi della medesima disposizione appena richiamata, concorre con quella del giudice innanzi al quale il lodo «è stato impugnato o fatto valere». E che, quanto ai lodi che non abbiano definito il

---

cessa, non anche la capacità di svolgere le correzioni, capacità che dipende soltanto dalla identità degli autori dell'atto della cui correzione si tratta, nonché dal concorde affidamento del potere additivo che le parti intendano loro fare ulteriormente».

[118] Conf. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 832 s. Ma ritiene che l'istanza possa essere proposta anche ad un collegio arbitrale formato *ad hoc*, M. GIORGETTI, in *Arbitrato. Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, Padova, III, 2009. p. 997. D'altra parte, che l'istanza debba essere proposta allo stesso collegio arbitrale che ha pronunciato il provvedimento del quale si chiede la correzione emerge chiaramente da due constatazioni: a) ove ciò non fosse vero, non avrebbe senso alcuno il termine annuale di *prorogatio* del collegio, di cui alla norma in commento (art. 826, comma 1); b) potendosi correggere uno fra gli originali del lodo pure per una divergenza «relativa alla sottoscrizione degli arbitri» (art. 826, comma 1, lettera a) l'istanza non può che essere rivolta a chi ne ha correttamente sottoscritto uno. Soltanto se, intanto, fosse venuto meno uno degli arbitri, il procedimento di correzione potrebbe essere svolto da un nuovo collegio, ma, nel caso, previo nuovo negozio.

relativo giudizio, potrà applicarsi soltanto a quelli che abbiano deciso su una o più fra le domande cumulate nel medesimo procedimento. E ciò perché il lodo di condanna generica ed il lodo non definitivo (su mere questioni), non potendo acquisire l'efficacia di titolo esecutivo, nemmeno potranno esser depositati ai fini di cui all'art. 825 c.p.c.

V'è allora da chiarire il rapporto tra l'istanza di correzione e l'impugnazione (per nullità) del lodo. Ai sensi dell'art. 828: «L'impugnazione per nullità si propone, nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo, davanti alla corte di appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato. – L'impugnazione non è più proponibile decorsi sei mesi dalla data dell'ultima sottoscrizione[119]. – L'istanza per la correzione del lodo non sospende il termine per l'impugnazione; tuttavia il lodo può essere impugnato relativamente alle parti corrette nei termini ordinari, a decorrere dalla comunicazione dell'atto di correzione.»[120]. Norma, questa, che consente la contemporanea pendenza del procedimento di correzione e del giudizio di impugnazione. Senza che il secondo resti sospeso in attesa della soluzione del primo. Ma la parte interessata può anche, evidentemente, proporre l'impugnazione e con essa anche contestuale istanza di correzione. Nel qual caso quest'ultima resta assorbita nel giudizio di nullità. Senza più esser riproposta separatamente in applicazione delle norme che precedono. Decorso un anno dalla comunicazione dalla avvenuta comunicazione del lodo ai sensi dell'art. 824 c.p.c. il collegio arbitrale esaurisce ogni sua funzione. E l'istanza di correzione non potrà che essere proposta al giudice togato, individuato secondo vari casi. Quella che abbia ad

---

[119] Grave è il tema del *dies a quo* del termine lungo di impugnazione che, come da norma riportata nel testo, decorre «dalla data dell'ultima sottoscrizione» degli arbitri e non da quello di effettiva conoscenza del provvedimento. Questione rimessa alle Sezioni Unite della S. Corte., che, nell'occasione (Cass. sez. un. 30 marzo 2021, n. 8776) hanno: a) ribadito che l'art. 828 comma 2, c.p.c. dà rilievo, ai fini della decorrenza del termine "lungo" (oggi semestrale, all'epoca annuale), al momento in cui è apposta l'ultima sottoscrizione, perché il lodo -salvo il disposto dell'art. 825 c.p.c., ai fini della sua esecutività- produce gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria dalla data della sua ultima sottoscrizione; il legislatore ha così stabilito una corrispondenza tra la pubblicazione della sentenza -con la quale il provvedimento viene ad esistenza e comincia a produrre i suoi effetti- e l'attività consistente nell'apposizione della ultima sottoscrizione degli arbitri; ne consegue che a detta del Giudice, non ha pregio la pretesa di alterare la lettera dell'art. 828 c.p.c. -fissandosi giudizialmente la decorrenza di tale termine dal momento in cui il lodo è conoscibile dalle parti- in quanto la disposizione sembra coerentemente esprimere la logica e la struttura dell'intero sistema positivo dell'arbitrato; b) che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 828 c.p.c., nel testo risultante dalla riforma del 1994, interpretato nel predetto senso. V. la sentenza delle S. U. con note critiche di S. BOCCAGNA, *Considerazioni critiche sulla decorrenza del termine lungo per l'impugnazione del lodo*, in questa Rivista, 2021, 3, p. 228 ss. e di G. FABBRIZZI, *Sui sospetti di illegittimità costituzionale della disciplina del termine annuale di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Foro it.*, 2021, I, 3272 ss. Ma v. in senso diverso F. GODIO, *Le sez. un. Confermano: il termine lungo per impugnare il lodo decorre dall'ultima sottoscrizione*, in *Giur. it.*, 2021, 2183 ss. A me pare che non sia da sottovalutare, per la "tenuta" del sistema, che, nell'occasione, le S. U. hanno anche affermato che, in caso di tardiva comunicazione del lodo, che abbia determinato una lesione del diritto di difesa della parte soccombente, questa possa ottenere la rimessione in termini.

[120] Sull'impugnazione per nullità del lodo arbitrale v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 860 ss.; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, cit., *passim*, e ID., *L'impugnazione per nullità, I casi (art. 829, commi 1 e 2, c.p.c.)* e V. BERTOLDI e E. ADAMO, *L'impugnazione per nullità. I casi (art. 829, commi 3, 4 e 5 c.p.c.)*, studi entrambi in *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, cit., V, rispettivamente p. 379 ss. e 421 ss. e E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma, Motivi ed esito*, Milano, 2009, *passim*.

oggetto un lodo non depositato dovrà essere proposta al tribunale individuato secondo i normali criteri di competenza; quella proposta avverso un provvedimento depositato sarà di competenza del tribunale del tribunale del luogo ove è avvenuto il deposito ovvero del giudice innanzi al quale il lodo «è stato impugnato o fatto valere». E direi che, proposta l'impugnazione per nullità del lodo, nella specie, l'eventuale istanza di correzione va ad essa riunita per connessione, in applicazione estensiva dell'art. 274 c.p.c.
Residua il dubbio se sia possibile oggetto di istanza di correzione *ex* art. 287 c.p.c. il decreto del giudice togato "che nega o concede l'esecutorietà del lodo (depositato). Provvedimento che, ai sensi dell'art. 825, comma 3, c.p.c., è reclamabile con ricorso alla corte di appello (entro trenta giorni dalla comunicazione); corte che, sentite le parti, provvede con ordinanza pronunziata in camera di consiglio. Quesito che sarei propenso a risolvere in senso positivo, sia quanto al decreto sia per l'ordinanza della corte di appello sul reclamo.
Finalmente, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 826, comma 2, ultimo periodo, il provvedimento di correzione è comunicato alle parti nelle forme di cui al precedente art. 824.

Gian Paolo Califano
Ordinario dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"



CLAUDIO DE FALCO

Il perfezionamento della notifica telematica in caso di casella PEC del destinatario "piena"

Il contributo esamina la dibattuta questione vertente sul perfezionamento della notifica telematica ove la casella PEC del destinatario sia piena. Partendo dalla recente ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, l'autore analizza gli argomenti sia gli argomenti a sostegno della tesi favorevole a considerare perfezionata la notifica che di quella contraria, trattando anche il recente intervento normativo, per quanto non ancora applicabile.

The contribution examines the debated issue of whether telematic notification can be considered perfected when the addressee's PEC box is full. Building on the recent order that referred the issue to the United Sections, the author analyzes the arguments in support of both the negative and positive positions, also dealing with the recent regulatory intervention, although not yet applicable.

Sommario: 1. L'ultimo intervento della Cassazione. – 2. L'obbligatorietà e il funzionamento della notifica in forma telematica. – 3. La situazione anteriore alla Riforma: il contrasto giurisprudenziale sul perfezionamento della notifica. – 4. Le novità della Riforma Cartabia, problemi applicativi e residue questioni aperte. – 5. Conclusioni e possibile contenuto della pronuncia a Sezioni Unite.

1. L'ultimo intervento della Cassazione.

Con l'ordinanza n. 32287, pubblicata in data 21 novembre 2023[1], la III sezione civile della Cassazione ritorna su uno dei principali contrasti giurisprudenziali concernenti il processo civile telematico, rimettendo alle Sezioni Unite il compito di decidere, in sintesi, se la notifica effettuata tramite posta elettronica certificata possa dirsi perfezionata ove il messaggio PEC sia "rifiutato" dal sistema perché satura la casella del destinatario.

Nel caso di specie, il punto controverso concerne la tempestività del ricorso per cassazione: il ricorrente, infatti, ha impugnato la decisione d'appello sul presupposto di operatività del termine c.d. lungo di cui all'art. 327, co.1 c.p.c., ossia quello di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza; ebbene, la società controricorrente ha invocato termine breve di impugnazione, non osservato dal ricorrente, e quindi l'intempestività del ricorso e la sua conseguente inammissibilità, sull'assunto che la notificazione della sentenza d'appello dovesse considerarsi perfezionata anche se il messaggio PEC era stato restituito al mittente con la dicitura "casella piena".

La rimessione alle Sezioni Unite sollecita quindi un'indagine sull'ormai *vexata quaestio* del perfezionamento della notifica in queste ipotesi: le modalità telematiche di notifica

[1] Cass., 21 novembre 2023, n. 32287.

costituiscono oggi la regola, sia per prassi degli attori del processo che per inequivocabili scelte legislative di promozione del processo civile telematico, come si dirà. Essendo la notifica telematica la regola, e verificandosi tutt'altro che raramente che la casella PEC rifiuti il messaggio perché piena, va da sé che l'incertezza sul perfezionamento della notifica pone un'incognita piuttosto grave sul funzionamento del processo civile tutto, potenzialmente foriera di decadenze in numerosi giudizi.
L'esigenza di certezza che ne deriva ha condotto alla rimessione alle Sezioni Unite e ad un intervento legislativo, nell'ambito della più ampia Riforma del processo civile e del telematico[2]; va precisato, però, che all'ultimo intervento della Cassazione non sarebbero state applicabili, anzitutto *ratione temporis*, le previsioni della c.d. Riforma Cartabia, la cui portata è di seguito approfondita.
Il presente contributo intende, dunque, dopo una breve ma imprescindibile premessa sul funzionamento della notifica telematica, individuare le norme rilevanti anteriormente alla Riforma ai fini della risoluzione del problema in esame, ed i caratteri del dibattito giurisprudenziale che ne è seguito, di cui dà conto piuttosto dettagliatamente l'ordinanza di rimessione citata. Si tratterà poi delle norme introdotte dalla Riforma Cartabia e dei principi da essi enucleabili, nonché delle difficoltà applicative della stessa e delle questioni che ha lasciato aperte, per cercare di comprendere come potrebbero intervenire le Sezioni Unite per agevolare l'applicazione della disciplina.

2. L'obbligatorietà e il funzionamento della notifica in forma telematica.
Prima di trattare nel dettaglio il tema in esame, è opportuno brevemente descrivere la normativa sulla notifica telematica, anzitutto per comprendere quando si perfezioni, almeno nell'ipotesi fisiologica in cui vada a buon fine.
Un punto che si ritiene centrale al fine di determinare le sorti della notifica telematica, non completata per causa imputabile al destinatario, concerne la sua obbligatorietà; va da sé, infatti, che in omaggio a principi ormai consolidati di c.d. buona fede processuale[3], ove la parte fosse vincolata alla notifica telematica e la stessa non giunga a buon fine per causa non imputabile al notificante, più difficilmente potrebbero imporsi, nel silenzio della legge, degli oneri ulteriori a chi ha seguito diligentemente le modalità prescritte dalla normativa. In sostanza, se la parte ha scelto liberamente di avvalersi delle modalità telematiche di notifica,

[2] D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 di *Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.*
[3] Si veda l'art. 88 c.p.c.; in dottrina, A. De Santis, *Buona fede processuale nel diritto italiano*, in *Civil Procedure Review*, II, 2021, pp. 133 ss.; P. Calamandrei, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1950, pp. 23 ss.; A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2014, pp. 47 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., Sez. Un., 18 maggio 2015, n. 10090.

è accettabile imporle di riprendere la notifica *ex novo* nelle forme ordinarie quando questa non è andata a buon fine, sia pure per cause ad essa non imputabili; viceversa, se è la legge a imporre alla parte la notifica a mezzo PEC, è meno ragionevole costringerla a ripetere la notifica in forma tradizionale, e si dovrebbe almeno garantire la retroattività al momento in cui è stato esperito il tentativo di notifica telematica.
Anche su questo punto la Riforma Cartabia è intervenuta, ed è opportuno già da ora distinguere il diritto anteriore ad essa da quello successivo.
Già dal 2012, le comunicazioni della cancelleria, e le eccezionali ipotesi di notificazioni da parte di essa, avvengono "esclusivamente" nelle forme telematiche, in virtù del disposto dell'articolo 16, co. 4 d.l. 179/2012. In ogni caso, la possibilità della forma telematica è subordinata alla presenza dell'indirizzo PEC del destinatario negli elenchi individuati dall'art. 16-*ter* dello stesso decreto-legge: in concreto, sono previsti vari pubblici registri[4] che raccolgono gli indirizzi di posta elettronica certificata; imprese, pubbliche amministrazioni e professionisti sono tenuti a iscriversi nei relativi registri, mentre per i cittadini vi è solo una facoltà di iscrizione. È quindi evidente che la comunicazione/notificazione telematica da parte della cancelleria dell'ufficio giudiziario potrà considerarsi obbligatoria solo ove l'indirizzo PEC del destinatario si ritrovi in questi registri.
Principi analoghi valgono per la notificazione di parte: con lo stesso provvedimento del 2012[5], si è infatti concesso agli avvocati di effettuare autonomamente la notifica a mezzo PEC senza ricorrere all'ufficiale giudiziario e anche senza l'autorizzazione del consiglio dell'ordine, in ottica di incentivazione del telematico, coerente con altri interventi normativi, quali ad esempio l'esenzione del pagamento della marca per i diritti di notifica nel caso in cui l'atto sia notificato con questa modalità, prevista dal d.l. 90/2014[6]. Fermo restando che da anni, anche in regime di facoltatività, la prassi lasciava emergere una chiara preferenza delle parti per la notifica telematica, si trattava comunque di una mera facoltà concessa agli avvocati, a cui non era stato affatto precluso di ricorrere alle modalità tradizionali.
Come anticipato, la soluzione muta con la Riforma Cartabia, quando per gli avvocati la facoltà di notifica telematica si evolve in un vero e proprio dovere: specularmente al nuovo articolo 196-*quater* disp. att. c.p.c., che ha generalizzato l'obbligo del deposito in forma telematica, il neo-introdotto art. 3-*ter* della l. 53/1994 impone di eseguire telematicamente la notifica ove il destinatario sia tenuto a munirsi di un domicilio digitale ovvero lo abbia spontaneamente

[4] Si tratta del Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE), dell'Indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti (Registro INI-PEC), del Registro delle Pubbliche amministrazioni, e infine dell'Indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche e degli altri enti di diritto privato non tenuti all'iscrizione in albi professionali o nel registro delle imprese (Registro INAD).
[5] Si sono all'uopo modificati gli artt. 1, 3-*bis*, 6 e 9 l. n. 53/1994.
[6] G. RUFFINI, *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019, p. 380.

eletto ai sensi dell'art. 3-*bis*, co. 1-*bis* del codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 82/2005)[7].

Venendo ora al tema più direttamente toccato dal presente articolo, occorre individuare il momento in cui si perfeziona la notifica effettuata a mezzo PEC. In proposito, è necessario anzitutto precisare che il sistema di posta elettronica certificata fornisce due distinte documentazioni della procedura: la ricevuta di avvenuta accettazione, generata dal sistema del mittente, e quella di avvenuta consegna, generata dal sistema del destinatario[8]. Stante questo dato tecnico, il legislatore ha inteso mantenere la scissione degli effetti della notificazione per mittente e destinatario, già prevista in precedenza dal comma 3 dell'art. 149 c.p.c. per la notifica nelle forme tradizionali[9], e ha stabilito al terzo comma dell'art. 3-*bis*, l. n. 53 del 1994, che la notifica si perfeziona per il notificante al momento in cui viene generata la ricevuta di accettazione e per il destinatario al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna, indipendentemente dall'avvenuta lettura da parte sua[10], creando per questi una presunzione, forse assoluta, di conoscenza legale, con soluzione criticata in dottrina[11].

È necessario quindi analizzare cosa accada nell'ipotesi patologica per cui, per causa imputabile allo stesso destinatario, l'ultimo segmento della fattispecie manchi, ossia non venga generata la ricevuta di avvenuta consegna.

3. La situazione anteriore alla Riforma: il contrasto in giurisprudenza sul perfezionamento della notifica.

Si deve *in primis* indagare il problema in analisi secondo il diritto anteriore alla Riforma Cartabia e di rilievo per l'ordinanza citata: stante il dato normativo, tutt'ora vigente, per cui la notifica si perfeziona per il destinatario quando viene prodotta la ricevuta di avvenuta consegna, il

---

[7] Per i primi commenti sulle novità della Riforma in tema di processo civile e di PCT, v. F. P. Luiso, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del Codice di procedura civile*, Milano, 2023; A. Didone, F. De Santis, *Il processo civile dopo la Riforma Cartabia*, Padova, 2023; L. Passanante *Manuale breve della Riforma Cartabia*, Padova, 2023; G. Costantino, *La riforma della giustizia civile, Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Bari, 2022; A. Bonafine, *Processo telematico*, in R. Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022*, n. 149, Pisa, 2023; C. Cecchella, *Il processo telematico*, in C. Cecchella (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023.

[8] Si v. più diffusamente sul funzionamento della PEC, F. Porcelli, *La posta elettronica certificata*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, cit., pp. 112 ss., nonché le norme di riferimento di cui al d.P.R. 28 aprile 2005, n. 68.

[9] Vale qui la pena ricordare che questa soluzione era stata imposta dalla Corte Costituzionale, che con sent. n. 477 del 2002 "sostitutiva" aveva dichiarato contrario a costituzione il vecchio testo dell'art. 149 c.p.c. proprio nella parte in cui prevedeva che la notificazione si perfezionasse, per il notificante, dalla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

[10] Lo specifica l'art. 6, comma 5 del menzionato d.P.R. 68/2005.

[11] M. Gualtieri, *Sulle notifiche in proprio dell'avvocato a mezzo posta elettronica certificata*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 1101 ss.; nonché L. Durello, *La notificazione a mezzo posta elettronica certificata da parte dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, pp. 1251 ss.

legislatore taceva sull'ipotesi in cui ciò non avvenisse per causa imputabile al destinatario stesso, almeno quanto alla notifica di parte.
Infatti, al caso di specie non veniva considerata applicabile la norma dettata per le comunicazioni e le notificazioni telematiche da parte della cancelleria, ossia l'articolo 16 comma 6 del detto d.l. 179/2012, che consente il deposito sostitutivo in cancelleria ove la mancata consegna del messaggio PEC sia imputabile al destinatario[12].
L'art. 16-*sexies* del medesimo decreto-legge, ancora vigente, soccorre solo per le ipotesi in cui la legge facoltizza la notifica degli atti al difensore presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario: si fa riferimento a tutti quei casi in cui l'avvocato viola il proprio obbligo di elezione di domicilio nel luogo ove ha sede l'autorità giudiziaria adita[13], ed è quindi ammessa questa modalità di notifica in luogo di quella telematica, purché essa non sortisca l'effetto sperato per causa imputabile al destinatario.
Di conseguenza, fino alla Riforma Cartabia, come si dirà appresso, restavano non espressamente regolati gli altri casi, ed era comune l'opinione per cui fosse necessario ripetere la notifica nelle forme ordinarie, basandosi sul summenzionato principio legale per cui la notifica non sarebbe perfezionata fino alla ricevuta di avvenuta consegna.
La soluzione è apparsa invero piuttosto gravosa, onerando di ulteriori attività il soggetto che si fosse avvalso della facoltà, non solo concessa ma anche incentivata dalla legge, di effettuare la notifica telematicamente; peraltro, ne seguirebbe una sorta di esonero da responsabilità per tutti quei soggetti, P.A., imprese e professionisti, che già *ante* Cartabia erano tenuti a dotarsi di un indirizzo di posta elettronica certificata e a dare debita pubblicità dello stesso; quanto ad essi, si era ipotizzato al massimo il dovere del giudice di tenere in considerazione questo comportamento ai fini della valutazione delle spese di lite[14], una soluzione all'evidenza inadatta a coordinare l'interpretazione delle norme con gli obiettivi del legislatore sulla telematizzazione del processo. Per giunta, le Sezioni Unite avevano precisato che il notificante, ai fini di "salvare" gli effetti temporali della notifica telematica con esito infausto, avrebbe dovuto agire con "immediatezza", oltre che in piena autonomia, e dando la prova dell'esito negativo della prima notificazione[15], rischiando di frustrare, ancora una volta, il senso del ricorso al telematico.

[12] G. RUFFINI, *op. cit.*, p. 439; Cass., Sez. Un., 15 luglio 2016, n. 14594, con nota di F. VALERIO, *Notifica con esito negativo: per conservarne gli effetti è necessario procedere con immediatezza*, in *Diritto e giustizia*, 2016, 33, pp. 14 ss.
[13] Art. 82, R.D. 22 gennaio 1934, n. 37; art. 366, co. 2, c.p.c., abrogato dalla Riforma Cartabia; art. 480, co. 3, c.p.c.; art. 489, co. 2 c.p.c.; art. 492, co. 2, c.p.c.; art. 638, co. 2, c.p.c.; art. 660, co. 2., c.p.c., art. 668 c.p.c.
[14] G. RUFFINI, *op. cit.*, p. 430.
[15] Cass., Sez. Un., 16 luglio 2016, n. 14594, con nota di E. BERTILLO, *Sezioni unite e la riattivazione della notificazione non andata a buon fine*, in *Giur. it*, 2017, pp. 861 ss.

Proprio tali osservazioni avevano condotto la giurisprudenza a rimeditare le soluzioni in principio affermate, con la conseguenza di una rilevante difformità di soluzioni all'interno della Suprema Corte.
Occorre ora identificare le risposte date dalla Cassazione alla questione del perfezionamento della notifica in caso di casella PEC del destinatario piena o comunque non funzionante, allorché, in altre parole, la mancata ricevuta di avvenuta consegna sia imputabile al destinatario.
Come si è detto, emergono due orientamenti opposti in giurisprudenza: il primo fa leva principalmente sul principio di autoresponsabilità; inaugurato da un'ordinanza della terza sezione[16], è stato seguito da varie pronunce della Suprema Corte[17]. Nelle motivazioni delle decisioni emerge il principio, già menzionato, per cui i soggetti tenuti per legge a dotarsi di un indirizzo di PEC sono conseguentemente obbligati a curarsi della propria casella di posta elettronica certificata, anche ai fini di non eludere l'obbligo che la legge impone loro. Ove questi, invece, lascino riempire la propria casella PEC, onerare il notificante di procedervi nuovamente nelle forme ordinarie rischierebbe di vanificare la previsione legislativa. Quest'impostazione sarebbe suffragata dall'art. 20 d.m. 44/2011, che impone al gestore esterno di dotarsi di un servizio automatico di avviso dell'imminente saturazione della propria casella di posta elettronica certificata e di verificare l'effettiva disponibilità dello spazio disco a disposizione. La giurisprudenza menzionata fa leva anche sull'art. 149 co. 3-*bis* c.p.c., in tema di notificazione telematica da parte dell'ufficiale giudiziario, che stabilisce come la notifica telematica debba intendersi perfezionata nel momento in cui il gestore "rende disponibile" il documento informatico nella casella di posta elettronica certificata del destinatario. Secondo la Cassazione, il lemma "rendere disponibile" includerebbe anche il caso in cui la disposizione effettiva, ma non l'astratta disponibilità, sia mancata per causa imputabile al destinatario, nello specifico l'inadempimento di un dovere legale, sicché il notificante potrebbe ritenere la notifica perfezionata.
Dall'altra parte, si pone un orientamento più rigoroso della giurisprudenza, introdotto da una pronuncia della medesima terza sezione[18], che introduce una variabile ulteriore, ossia la spontanea elezione di domicilio fisico da parte del destinatario; in caso di casella PEC piena, la notifica non si sarebbe completata, con il conseguente onere del notificante di riprendere il procedimento presso il domicilio fisico del destinatario nelle forme tradizionali.
A ben vedere, quest'orientamento pone due punti problematici: anzitutto, l'individuazione del termine entro cui il notificante dovrebbe riprendere il procedimento *ex novo*, che secondo

[16] Cass., 11 febbraio 2020, n. 3164.
[17] Cass., 7 settembre 2021, n. 24110; Cass., 12 settembre 2022, n. 26810, con nota di S. CAPRIO, *Mancata notifica a mezzo PEC a causa della casella piena: quali conseguenze?* in *Ilprocessocivile.it*, 2022, nonché in *Giur. it.*, 2023, p. 583; Cass., 1° settembre 2023, n. 25586.
[18] Cass., 20 dicembre 2021, n. 40758.

alcune pronunce deve essere pari alla metà del termine originario, ma senza convincente appiglio normativo.
Rimane poi non regolata l'ipotesi in cui non vi sia stata elezione di domicilio fisico. In questo caso, per la Cassazione comunque la notifica non potrebbe dirsi perfezionata: anzitutto, non sufficiente sarebbe l'onere disposto dal d.m. 44/2011 sopracitato, fonte peraltro riferita alle comunicazioni d'ufficio oltre che secondaria, ontologicamente incapace di derogare un sistema previsto dalla legge; inoltre, il codice prevede il perfezionamento della notifica tentata "a mani proprie" in caso di espresso rifiuto di riceverla, cui non potrebbe assimilarsi l'inerzia nel curare la propria casella PEC.
Quid iuris, quindi, ove non sia eletto domicilio fisico? In proposito, una pronuncia della sezione tributaria[19] ritiene possibile il deposito sostitutivo in cancelleria, richiamando quanto affermato da una più risalente giurisprudenza in caso di invalida elezione di domicilio fisico[20], ma si è già detto che l'art. 16 comma 6, che facoltizza il deposito, non si ritiene applicabile alle notificazioni di parte[21] e che l'art. 16-*sexies* ha un ambito di applicazione circoscritto[22].
È evidente che la notificazione telematica non può considerarsi perfezionata o meno sulla base dell'eventuale elezione di domicilio fisico da parte del destinatario. Eguali problemi pone il primo orientamento, fondato su un'interpretazione del tutto opinabile del lemma "rendere disponibile", usato dall'art. 149-*bis* comma 3, e apparentemente insensibile al dato positivo di cui all'art. 3-*bis* co. 3 l. n. 53/1994, in effetti inequivocabile, che richiede la produzione della ricevuta di avvenuta consegna ai fini del completamento del procedimento notificatorio per il destinatario.
L'ordinanza in commento, pertanto, prende atto dell'esistenza di incoerenze in entrambi gli orientamenti prevalenti: ne risulta un contrasto tra la soluzione più confacente al dato normativo, che dovrebbe escludere il perfezionamento della notifica in assenza di ricevuta di avvenuta consegna, e quella forse di buon senso, fondata sul principio di autoresponsabilità[23] e sull'esigenza di rendere effettivo l'obbligo di alcuni soggetti di dotarsi di una casella PEC.
Constatati i vizi strutturali di ambo gli orientamenti, insomma, ben si comprende perché la III sezione ritenga opportuno rimettere la questione alle Sezioni Unite.

4. Le novità della Riforma Cartabia, problemi applicativi e residue questioni aperte.
Andando oltre gli orientamenti giurisprudenziali più rilevanti, è opportuno menzionare alcune disposizioni dettate dalla normativa fallimentare. Già l'art. 15 comma 3 l. fall. infatti, imponeva, in tutti quei casi in cui la procedura telematica non risultasse possibile o non avesse buon fine,

[19] Cass., 24 gennaio 2023, n. 2193.
[20] Cass., 15 maggio 1996, n. 4502.
[21] G. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 108.
[22] V. *supra*, nota n. 12.
[23] V. anche la Relazione illustrativa al DDL 1662/XVIII/AS, in www.senato.it, all'art. 13.

la notifica di persona, oppure, ove questa non potesse essere compiuta, il deposito nella casa comunale.
Ispirata agli stessi principi è la normativa dettata oggi dal d.lgs. n. 14 del 2019, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: l'articolo 40 di tale testo legislativo disciplina separatamente le impossibilità della notifica telematica a seconda se sia imputabile o meno al destinatario: nel primo caso, sarà sufficiente inserire gli atti da notificare nell'area *web* disciplinata dall'art. 359 del Codice della Crisi; nel caso opposto, invece, si dovrà procedere con la notifica a mani proprie, e in caso di impossibilità anche di questa, con il deposito nella casa comunale.
Ebbene, è evidente che la normativa concorsuale dà primaria importanza alla conoscenza o all'effettiva conoscibilità dell'atto notificato: questi principi, anche secondo l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, non potrebbero relegarsi alla sola materia concorsuale ma rappresentano estrinsecazioni del diritto di difesa e del contraddittorio, ossia dei principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 101 Cost., che impregnano tutto il processo civile.
La rilevanza della normativa sulla liquidazione giudiziale si rafforza se si analizza l'intervento della Riforma Cartabia sul punto, di cui al neonato art. 3-*ter* l. 53 del 1994, già menzionato: nel regolare l'impossibilità della notifica telematica a mezzo PEC per causa imputabile al destinatario, si distingue l'ipotesi in cui questi sia un'impresa o un professionista da quella in cui sia una persona fisica o ente di diritto privato non obbligato a dotarsi della PEC, a testimonianza di quanto detto *supra* sull'influenza che la natura obbligatoria della notifica telematica esercita sul tema in esame.
Come si è anticipato, verso i professionisti e le imprese la notifica telematica è diventata oggi obbligatoria, sicché è coerente col sistema della Riforma Cartabia che sia sufficiente l'inserimento dell'atto nell'area *web ex* art. 359 Codice della Crisi, e la notifica prenderà effetto dopo 10 giorni da questo adempimento; per i privati che abbiano solo spontaneamente eletto domicilio digitale ai sensi dell'art. 3-*bis*, comma 1-*bis* del c.a.d., invece, la normativa impone al notificante di ricorrere alle modalità ordinarie.
È chiaro, dunque, che da un lato la Riforma codifica l'onere del professionista di verificare periodicamente la propria casella PEC, onere, come detto, precedentemente previsto solo dalla normativa regolamentare[24]; dall'altro, come correttamente rilevato dall'ordinanza citata, l'ordinamento non giudica perfezionata una notifica telematica che non sia andata a buon fine, sia pure per cause imputabili al destinatario. Pertanto, se nel caso della casella PEC piena, la notifica telematica non può dirsi perfezionata nemmeno oggi che è la legge stessa a onerare il professionista di curare la propria casella PEC, *a fortiori* ciò non poteva ritenersi quando siffatto dovere era previsto solo dalla normativa regolamentare.

[24] G. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 109.

Posto che la disciplina più recente non è applicabile al caso di specie *ratione temporis*, per essere entrata in vigore dopo l'instaurazione del processo[25], preme qui fare due brevi notazioni sulla sua applicabilità *tout court*: anzitutto, la più volte menzionata area *web* di cui all'art. 359 Codice della crisi non è ancora stata creata, sicché la prima parte del detto art. 3-*ter* non può considerarsi applicabile; l'efficacia della norma, peraltro, è stata sospesa dall'art. 4-*ter* comma 1 del d.l. 51/2023, che ha stabilito, in attesa che venga realizzata detta area *web*, il perfezionamento della notifica con la mera ricevuta di accettazione per il mittente, mentre lo ha subordinato alla notifica ordinaria per il destinatario, codificando pertanto una forma di notifica ibrida, che inizia telematica e si perfeziona in maniera tradizionale.
In secondo luogo, la norma individua una disciplina specifica per i soggetti tenuti a dotarsi dell'indirizzo PEC, menzionando imprese e professionisti ma tacendo sulle pubbliche amministrazioni, che parimenti sono sottoposte a quest'obbligo.

5. Conclusioni e possibile contenuto della pronuncia a Sezioni Unite.
In conclusione, possono apparentemente tenersi distinte le soluzioni possibili anteriormente e successivamente alla Riforma Cartabia: quanto al diritto antecedente, che a rigore sarebbe l'oggetto dell'imminente intervento a Sezioni Unite, l'ordinanza di rimessione manifesta lucidamente l'inconferenza di entrambi gli orientamenti giurisprudenziali concernenti l'esito della notifica telematica resa impossibile dalla saturità della casella del destinatario: l'orientamento che ritiene la notifica già perfetta appare in contrasto col dato normativo, che presuppone invece la ricevuta di avvenuta consegna; l'orientamento che onera la parte di procedere *ex novo* con la notifica nelle forme ordinarie, invece, non è risolutivo ove manchi l'elezione di domicilio fisico e forse esonera eccessivamente il destinatario dal dovere di curare la propria casella di PEC.
Non può essere però ignorato che, pure nel regime di obbligatorietà disposto dalla Riforma, si impone comunque una condotta successiva per perfezionare la notifica, anche nei confronti di quei soggetti obbligati per legge a dotarsi, e a curarsi, della PEC; di conseguenza, sembra difficile che la sola impossibilità della notifica telematica per causa imputabile al destinatario possa equivalere a perfezionamento della stessa nel sistema precedente, in cui era facoltativo il ricorso alla notifica telematica. Insomma, ritenere la notifica perfezionata è forse coerente con la *ratio* del sistema ma è insostenibile nell'ordinamento positivo, sicché, nel caso *de quo*, non potrebbe affermarsi l'intempestività del ricorso per la decorrenza del termine breve di impugnazione, in quanto il procedimento notificatorio non si è completato. Varrebbe, pertanto, il termine lungo di impugnazione ed il ricorso sarebbe da considerarsi tempestivamente proposto.

[25] Art. 35, d. lgs. 149/2022 fissa l'entrata in vigore della Riforma al 28 febbraio 2023, prevedendone l'applicabilità ai processi instaurati successivamente a tale data.

Quanto alla Riforma, si tratta di un intervento ancora incompiuto, per mancanza dei decreti attuativi che costituiscano l'"area web" ex art. 359 Codice della crisi, per una sospensione legale e per il silenzio sulla notifica verso le P.A. La soluzione transitoria, disposta dal nominato art. 4-*ter* d.l. 51/2023, che richiede la notifica nelle forme ordinarie, lascia insoluta l'ipotesi in cui manchi l'elezione di domicilio fisico.
A ben vedere, fino ad una piena attuazione della Riforma, il punto decisivo è lo stesso sia per le cause cui sarebbe applicabile la Cartabia che per quelle antecedenti: i recenti interventi normativi enfatizzano il principio di conoscenza o conoscibilità dell'atto notificato in forma telematica, sicché sembra difficile che le Sezioni Unite possano ritenere perfezionata la notifica di un atto che il destinatario non è nelle condizioni conoscere, di modo che l'unica alternativa rimane la notifica nelle forme ordinarie, come il suddetto art. 4-*ter* del resto impone; di conseguenza, le Sezioni Unite dovranno soprattutto chiarire come comportarsi in assenza di una spontanea elezione di domicilio fisico.
Proprio questo dato rende di maggiore rilevanza la posizione che le Sezioni Unite decideranno di assumere, che si ritiene possa avere una portata interpretativa ben maggiore del solo diritto anteriore alla Riforma; sarà pertanto opportuna una pronuncia ampia che, conformemente al ruolo nomofilattico del massimo consesso, peraltro valorizzato dalla stessa Riforma[26], chiarisca non solo il diritto ante-Cartabia ma anche quello transitorio, illuminando sulle regole applicabili in attesa della piena attuazione e integrazione della Riforma.
Senza volersi qui sostituire alle Sezioni Unite, né tantomeno divinare il contenuto della loro pronuncia, si ritiene che il punto di partenza, in ogni caso, debba essere la salvezza dell'effetto temporale della notifica: coerentemente con l'art. 153, co. 2 c.p.c., che ammette la rimessione in termini della parte incorsa in decadenza *per causa ad essa non imputabile*[27], al notificante, quand'anche onerato di ripeterla nelle forme ordinarie, deve essere garantita la retroattività della notifica al momento in cui l'ha esperita senza successo a mezzo PEC, come del resto sostenuto anche dagli orientamenti più rigorosi adottati dalla giurisprudenza.

Claudio de Falco
Dottorando

[26] V. il nuovo art. 363-*bis* c.p.c., che conferisce al giudice di merito la facoltà di rinviare alla Corte di cassazione la soluzione di una questione di diritto rilevante per la causa, che importa gravi difficoltà interpretative e suscettibile di porsi in numerosi giudizi.
[27] Sulla rimessione in termini, si veda: G. VERDE, Diritto *processuale* civile, 1., V ed., Bologna, 2017, pp. 251 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1., V ed., Bari, 2019, pp. 253 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 1., XXIX ed., Torino, 2024, pp. 377 ss.; specificamente sull'utilizzo della rimessione in termini per i problemi sorti con il processo civile telematico, G. RUFFINI, *op. cit.*, pp. 454 ss., e sulla rimessione in termini in caso di mancato perfezionamento nella notifica telematica per saturazione della casella PEC del destinatario, Cass., 15 dicembre 2016, n. 25968, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 880 ss.



FABIO SAVINO

Sul rapporto tra nullità della sentenza e pregiudizio effettivo: la modifica dell'art. 101 c.p.c. comma 2, pur evocando il pregiudizio effettivo e facendo riaffiorare i dubbi che le Sezioni Unite avevano chiarito, non fonda il possibile riconoscimento normativo.

Cassazione Civile, Sez. II, Ord. 01 agosto 2023, n. 23353

L'art. 352 commi 2 e 3 c.p.c. va[da] interpretato nel senso che la mancata fissazione dell'udienza di discussione orale, nonostante la richiesta di una delle parti effettuata in sede di precisazione delle conclusioni e alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica, comporti di per sé la nullità della sentenza emessa senza tale fissazione: l'impedimento frapposto alla possibilità per i difensori delle parti di svolgere con pienezza le proprie difese finali all'esito dell'esame delle memorie di replica, anche in forma orale, costituisce infatti ex se un vulnus al principio del contraddittorio ed una violazione del diritto di difesa, senza necessità che siano precisati gli argomenti che sarebbero stati svolti nelle difese orali.

Il lavoro, prendendo spunto dalla recente Ordinanza della Suprema Corte, mira ad esaminare il rapporto tra pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali, soffermandosi in ultima analisi sui riflessi che potrebbero derivare dalla recente modifica dell'art. 101 comma 2 c.p.c. ed in particolare dall'uso contemporaneo da parte del legislatore dell'ultima Riforma dei termini "violazione" e "lesione".

The work, taking inspiration from the recent Order of the Supreme Court, aims to examine the relationship between actual prejudice and nullity of procedural documents, ultimately focusing on the consequences that could derive from the recent modification of the art. 101 paragraph 2 c.p.c. and in particular by the contemporary use by the legislator of the last Reform of the terms "violation" and "injury".

Sommario: 1. Considerazioni introduttive; 2. L'ordinanza della Suprema Corte; 3. Il pregiudizio effettivo e la nullità degli atti processuali: il possibile fondamento dottrinale e la diffusa applicazione giurisprudenziale (oltre la tassatività ed in nome della ragionevole durata); 4. Pregiudizio effettivo e giusto processo: l'impiego diffuso del pregiudizio effettivo segna(va) la prevalenza della ragionevole durata sul rispetto delle forme e delle garanzie delle parti; 5. La modifica dell'art. 101 c.p.c. fonda il riconoscimento normativo del pregiudizio effettivo?

1. Considerazioni introduttive

L'ordinanza in commento aderisce pienamente all'indirizzo tracciato dalle Sezioni Unite nel 2021[1] ed afferma l'irrilevanza della prova del pregiudizio effettivo patito dalla parte che lamenta la violazione di norme processuali: la nullità che ne consegue viene pronunciata automaticamente e, dunque, senza che sia necessario verificare l'esistenza del pregiudizio concreto lamentato dalla parte che la oppone.

Il provvedimento riproduce le affermazioni secondo cui la possibile lesione di principi fondamentali, quali quello del contraddittorio e del diritto di difesa rileva *ex se* e prescinde dalla prova del pregiudizio concreto.

Tuttavia, l'ultima modifica dell'art. 101 c.p.c. comma 2 fa riaffiorare dubbi che parevano risolti: la nuova formulazione della norma, infatti, potrebbe evocare il pregiudizio effettivo nella parte in cui prevede che il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni.

E' proprio l'innesto "*quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa*" ed in particolare l'uso dei lemmi violazione e lesione che nel conferire un nuovo volto all'art. 101 c.p.c. potrebbero in astratto fondare il richiamo al pregiudizio effettivo, quale additivo necessario ai fini della pronuncia della nullità per vizi processuali.

La recente modifica normativa stimola le riflessioni a commento della recente ordinanza della Suprema Corte costituendo un parametro per valutare la possibile attualità dell'incidenza del pregiudizio effettivo sulle nullità processuali.

Come anticipato, l'ordinanza qui in esame riafferma i principi espressi delle Sezioni Unite che con la pronuncia del 25 novembre 2021 n. 36596 avevano composto il contrasto emerso tra le Sezioni Semplici in tema di nullità processuali in ordine alla portata del pregiudizio effettivo.

Il massimo consesso nomofilattico aveva ridimensionato il ruolo che nel corso del tempo la giurisprudenza aveva ritagliato al pregiudizio effettivo, divenuto costantemente un requisito aggiuntivo e non prescindibile per la pronuncia di una nullità processuale.

---

[1] Si tratta naturalmente di Cass., Sez. Un., 25 novembre 2021, n. 36596. La si legge con nota di G. VERDE, *Divagazioni sulla disciplina degli atti processuali (leggendo S.U. n. 36596 del 2021)*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 637 ss.; di F. AULETTA, *La nullità degli atti processuali ovvero … Taking (procedural) rights seriously*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 546 ss.; di R. DONZELLI, *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 556 ss.; di M. STELLA, *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini ex art. 190 c.p.c., è in re ipsa*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 571 ss.; di F. FRADEANI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1310 e ss.; di P. BIAVATI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, in *www. giustiziainsieme.it*, 2022; B. CAPPONI, *Buone notizie dalle Sezioni unite sulle nullità processuali (e sul rapporto tra norme e principio)*, *ivi*, 2022; di F. SANTAGADA, *Le Sezioni Unite sulla nullità della sentenza emessa prima della decorrenza dei termini ex art. 190 c.p.c. (note a prima lettura a Cass., sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596)*, in www. j*udicium.it.*; di D. VOLPINO, *Violazione dei diritti processuali "essenziali" e nullità della sentenza*, in *Giust. proc. civ.*, 2022, p. 191 ss.; di A. BRIGUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 127 ss.

Per molto tempo, infatti, si era affermato che la nullità per vizi processuali poteva essere pronunciata, solo ove la parte lesa dalla violazione avesse prima allegato e poi provato un pregiudizio concreto ed effettivo derivato direttamente dalla violazione, tanto che in assenza di tale prova la nullità non poteva esser dichiarata.
Qui nello specifico, la Suprema Corte ha dichiarato la nullità della sentenza di appello emessa senza la discussione orale pur espressamente richiesta dalle parti, qualificando il mancato svolgimento come un *vulnus ex se*, lesivo del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, tale da determinarne appunto la nullità.
Invero, la massima valorizzazione del pregiudizio effettivo al punto di divenire un requisito aggiuntivo della fattispecie nullità, pur in assenza di specifica previsione normativa, si fondava sull'ampio e generale assunto ripetuto nella quasi totalità degli arresti della Suprema Corte, per cui la possibile violazione di norme processuali, non presidiando l'astratta regolarità della attività giudiziaria, era funzionale all'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte, solo se esso effettivamente fosse stato una diretta conseguenza della lamentata violazione processuale.
In altre parole, gli *errores in procedendo* non davano luogo alla nullità sol perché verificatisi, ma la pronuncia dell'invalidità poteva aversi solo e soltanto se la violazione (processuale) avesse effettivamente determinato un pregiudizio concreto (ed effettivo) alla parte, andando nello specifico a ledere il diritto di difesa e il principio del contraddittorio.
L'ordinanza in commento orienta qualche riflessione che deriva non tanto e non propriamente dal contenuto della decisione semplice e diretta nel seguire la linea tracciata dalle Sezioni Unite, e forse nemmeno dalla pur notevole quantità di temi di fondamentale importanza intercettati dal rapporto tra la nullità processuale e i principi del giusto processo, quanto soprattutto dall'ultima modifica dell'art. 101 comma 2 c.p.c. dalla quale potrebbero desumersi argomenti utili a sostenere il ruolo del pregiudizio effettivo, quale additivo necessario per la pronuncia della nullità per vizio processuale.
Tuttavia, prima di incentrare l'attenzione sull'ultimo profilo, pare opportuno dopo brevi cenni al contenuto dell'ordinanza, soffermarsi sul pregiudizio effettivo ed in particolare sulla sua ricostruzione dogmatica ed applicazione giurisprudenziale, per poi verificare le implicazioni che il rapporto tra nullità processuali e pregiudizio effettivo può generare a livello dei valori e principi fondamentali del processo, quali quello della difesa, del contraddittorio e della ragionevole durata.

2. L'ordinanza della Suprema Corte.
Ai fini che qui rilevano, rivestono importanza marginale la fattispecie concreta e lo svolgimento del processo dinanzi al Tribunale e alla Corte di Appello e, pertanto, se ne omettono gli specifici riferimenti.

Viceversa, è utile evidenziare come dei sette motivi di ricorso per Cassazione, qui interessa solo il sesto, ovvero quello con cui il ricorrente ha lamentato un vizio dell'attività processuale e conseguentemente della sentenza.
In particolare, con tale motivo, è stata dedotta la violazione o falsa applicazione degli artt. 112, 156 e 352 c.p.c. e la nullità della sentenza impugnata per violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, per avere la Corte di Appello immotivatamente omesso la fissazione dell'udienza di discussione orale della causa che era stata richiesta, sia nel foglio depositato alla udienza di precisazione delle conclusioni, sia nella memoria conclusiva di replica.
A sostegno del motivo, la parte ricorrente ha anche rilevato che la discussione orale le avrebbe permesso di argomentare nel merito e di illustrare meglio gli aspetti tecnici della questione.
La Suprema Corte, ritenuto il carattere pregiudiziale della nullità della sentenza impugnata, ha esaminato proprio il sesto motivo di ricorso e lo ha ritenuto fondato alla luce del più recente orientamento formatosi (da ultimo anche Cass. ord., 24 gennaio 2023, n. 2067) dopo la pronuncia delle Sezioni Unite del 25 novembre 2021 n. 36596, intervenuta per affermare in caso di violazioni processuali l'automatica nullità, senza bisogno di allegazione di ulteriori pregiudizi, determinandosi violazione dei principi costituzionali del giusto processo tutelati dalla Costituzione, art. 24, nei casi analoghi di sentenze di appello pronunciate prima della scadenza dei termini *ex* artt. 352 e 190 c.p.c.
Nella specie, la Corte ha affermato, sulla premessa dell'intervenuta richiesta di discussione orale della causa ai sensi dell'art. 352 comma 2 c.p.c., reiterata anche alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica, senza che essa fosse stata fissata, che l'art. 352 commi 2 e 3 c.p.c., anche alla luce dei principi espressi dalla Sezioni Unite, vada interpretato nel senso che la mancata fissazione dell'udienza di discussione orale, nonostante la richiesta di una delle parti effettuata in sede di precisazione delle conclusioni e alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica, comporti di per sé la nullità della sentenza emessa senza tale fissazione. Ed infatti, l'impedimento frapposto alla possibilità per i difensori delle parti di svolgere con pienezza le proprie difese finali all'esito dell'esame delle memorie di replica, anche in forma orale, costituisce *ex se* un *vulnus* al principio del contraddittorio ed una violazione del diritto di difesa, senza necessità che siano precisati gli argomenti che sarebbero stati svolti nelle difese orali.
Sulla base di tale principio, pur riqualificato il motivo ai sensi dell'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c. (in quanto parte ricorrente lo aveva impropriamente proposto ai sensi dell'art. 360 comma 1 n. 3) veniva accolto il ricorso e cassata con rinvio la sentenza.

3. Il pregiudizio effettivo e la nullità degli atti processuali: il possibile fondamento dottrinale e la diffusa applicazione giurisprudenziale (oltre la tassatività ed in nome della ragionevole durata).

Nella giurisprudenza di legittimità, quanto meno sino all'approdo delle Sezioni Unite di fine 2021[2], era ripetuta l'idea fondata sostanzialmente sempre sul medesimo adagio[3], che ai fini della pronuncia di una nullità processuale dovesse essere fornita la prova del pregiudizio effettivo patito dalla parte che la opponeva, poiché in mancanza, seppur in presenza dell'*error in procedendo*, la nullità non poteva essere dichiarata.

Ora, per quanto il rapporto tra pregiudizio effettivo[4] e nullità processuale proprio nella giurisprudenza di legittimità pareva aver trovato una soluzione con la pronuncia delle Sezioni Unite di fine 2021[5], restano comunque vive le molteplici interazioni con temi cardine e di portata generale del processo civile, sicché al fine di circoscrivere le composite implicazioni che ne conseguono, pare utile una premessa che forse potrà anche apparire ovvia.

---

[2] Si vedano i richiami in nota 1, nel corpo del testo e nelle successive note, senza trascurare che appena pochi mesi dopo la pronuncia del massimo consesso nomofilattico, la Suprema Corte a Sezioni semplici e con più specifico riferimento al profilo dell'interesse ad impugnare era tornata ad affermare la necessità della prova del pregiudizio effettivo, ai fini del rilievo della nullità per un vizio processuale. Il riferimento è a Cass. 30 giugno 2022, n. 20834 secondo cui "*è inammissibile, per difetto di interesse, il motivo di ricorso per cassazione con cui si denunci una violazione processuale non correttamente valutata dal giudice d'appello, qualora la violazione non rientri tra i casi tassativi di rimessione della causa al primo giudice e non si sia tradotta in un effettivo pregiudizio per il diritto di difesa. In tal caso, infatti, convertendosi l'eventuale nullità della sentenza in motivi di impugnazione, l'impugnante deve, a pena di inammissibilità, indicare specificamente quale sia stato il pregiudizio arrecato alle proprie attività difensive dall'invocato vizio processuale*". La si legge, con nota di F. Fradeani, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, *op. cit.*, p. 1308 ss. Si veda anche, Cass. 16 marzo 2022, n. 8580 che applica nuovamente il pregiudizio effettivo, escludendo la pronuncia della nullità.

[3] Il riferimento è alla ormai nota costruzione secondo cui la denuncia di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme processuali non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione.

[4] L'argomento è stato oggetto dell'opera monografica di R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020. Sul versante processualpenalistico, si segnalano le opere di M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012 e successivamente di R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, Padova, 2018. Si segnala, inoltre, a riprova dell'immanenza nell'ordinamento dell'idea del pregiudizio effettivo, come il diffuso utilizzo giurisprudenziale emerga anche nell'ambito del diritto sostanziale e in numerosi settori tra cui spicca quello del risarcimento del danno da inadempimento, ove la giurisprudenza costantemente afferma che il risarcimento non è conseguenza diretta dell'inadempimento, ma esso è possibile solo ove si verifichi un pregiudizio effettivo e reale, che incida nella sfera patrimoniale del contraente danneggiato, il quale deve provare la perdita economica subita. In tal senso, Cass. 15 maggio 2013, n. 11731. A titolo meramente esemplificativo, ma l'elenco potrebbe continuare ancora, si vedano solo le recentissime che Cass. ord. 6 settembre 2023, n. 25976; Cass. ord. 5 settembre 2023, n. 25910; Cass. ord. 12 maggio 2023, n. 13073; Cass. ord. 3 marzo, 2023, n. 6444 che richiamano appunto il concetto di pregiudizio effettivo ai fini della condanna al risarcimento dei danni.

[5] A prescindere dalle pronunce di segno contrario su cui si veda la nota 47, si rileva che la Suprema Corte con una ordinanza resa ad inizio 2023, peraltro citata anche dall'ordinanza che qui si annota, si è conformata ai principi espressi delle Sezioni Unite. Il riferimento è a Cass. 24 gennaio 2023, n. 2067.

Ogniqualvolta si discorre della nullità e più in generale del tema della (in)validità degli atti processuali[6], la base di partenza non può che essere il microsistema di regole contenute negli articoli che vanno dal 156 al 162 del Codice di rito[7].
Tale insieme di norme definisce i principi fondamentali, arricchendosi poi delle previsioni contenute nelle altre disposizioni disseminate nel Codice che si occupano delle specifiche cause di invalidità[8].
In via del tutto generale, la nullità dell'atto processuale è espressione della inidoneità dello stesso a produrre gli effetti che gli sono propri, a causa di un determinato vizio[9].
In estrema sintesi, l'impianto della disciplina, su cui non incide almeno in maniera diretta la riforma operata dal d.lg. 10 ottobre 2022 n. 149[10], è contenuto nell'art. 156: il comma 1 fissa il principio di tassatività dei casi di nullità stabiliti dalla legge[11] che vale ad escludere la possibilità di sanzionare difformità dallo schema normativo che incidono su requisiti non essenziali degli atti[12]; il comma 2 individua la regola per cui la mancanza dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo determina la nullità anche senza una

[6] Sulla nullità degli atti processuali, si veda per tutti, F. AULETTA, *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Padova, 1999; R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012; F. Marelli, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000.
[7] Al riguardo, G. MONTELEONE, *in Diritto processuale civile*, 1, Milano, 2018, p. 299 rileva che "*la nullità degli atti processuali civili trova esclusivamente la sua disciplina negli artt. 156 – 162 c.p.c., per quanto lacunosa ed imperfetta essa possa essere. Pertanto, non trovano applicazione al caso né le norme del codice civile, né i concetti elaborati in materia dagli studiosi del settore*".
[8] Si veda R. POLI, *Le nullità degli atti processuali*, in *Diritto processuale civile*, I, a cura di L. Dittrich, Milano, 2019, p. 1283, il quale esemplifica citando singole e differenti figure di nullità (ad es. gli artt. 158, 160, 164, 291 c.p.c.) ed altre specifiche cause di invalidità come l'inammissibilità (ad es. gli artt. 342, 366, 398 comma 2 c.p.c.) e l'improcedibilità (es. art. 369 c.p.c.).
[9] G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 110 ss.; V. DENTI, *Voce Nullità degli atti processuali civili, in Nss. Dig. It.*, XI, Torino, 1968, p. 467 ss.; R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali: I) Diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 1 ss.;
[10] Salvo quanto si vedrà innanzi in rapporto alle possibili interazioni sul sistema delle nullità derivanti dalla modifica dell'art. 101 comma 2 c.p.c., occorre anche tener presente la possibile incidenza dell'introduzione del principio di sinteticità degli atti nella parte generale dedicata agli atti processuali e veicolata dalla modifica dell'art. 121 c.p.c., sebbene ai sensi dell'art. 46 comma 6 delle disp. att. c.p.c. si preveda espressamente che il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell'atto non comporti invalidità, ma possa essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo.
[11] Si vedano esemplificativamente seppur non recenti Cass. 30 luglio 1999, n. 8297; Cass., Sez. Un., 27 luglio 1999, n. 519; Cass. 8 giugno 1999, n. 5628.
[12] G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, in *Commentario al codice di procedura civile, diretto da E. Allorio*, I, 2, Torino, 1973, p. 1578; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1203; Cass. 17 febbraio 1998, n. 1668; Cass. 3 giugno 1996, n. 5071.

previsione *ad hoc*[13]*;* il comma 3, viceversa, restringe le ipotesi di nullità, escludendole allorquando ci sia il raggiungimento dello scopo[14].
Una previsione come l'art. 156 non pare(va) lasciare spazio a possibili divagazioni che allontanassero più o meno apertamente il sistema delle nullità (degli atti processuali) dalle regole fissate dal legislatore.
Tuttavia, nonostante il complessivo impianto degli articoli 156 – 162 c.p.c. e soprattutto nonostante il principio di tassatività, la giurisprudenza si è spinta costantemente ad affermare la necessità ai fini della pronuncia della nullità (processuale) della sussistenza di un ulteriore requisito, ovvero la prova di un effettivo pregiudizio subito dalla parte[15].
In altri termini, ogni volta che si dibatteva della (in)validità di un atto processuale, si innestava la valutazione (e la verifica) del giudice circa la sussistenza del pregiudizio effettivo patito dalla parte alla difesa o al contraddittorio, quale aggiunta propriamente *extra legem* della fattispecie.
Ciò in prima battuta fungeva da fattore di significativa riduzione delle nullità[16], in aggiunta al comma 3 dell'art. 156 c.p.c., mentre in una prospettiva più ampia e di certo non propriamente indiretta finiva per determinare una violazione dei principi integranti il giusto processo regolato dalla legge o anche solo di alcuni di essi, alterando in ultima analisi anche il rapporto tra un processo giusto ed un processo dalla durata ragionevole.
Guardando più specificamente alla struttura della fattispecie nullità, la sussistenza del pregiudizio effettivo si caratterizza(va) come una necessaria integrazione della stessa, consistendo appunto nella verifica dell'elemento addizionale, o meglio di una condizione - requisito che, seppur non espressamente prevista, finiva, viceversa, per assurgere propriamente ad elemento costitutivo (e forse addirittura decisivo) della fattispecie della nullità.
Di tale eterointegrazione, la giurisprudenza ha fatto ampia applicazione rendendola di fatto una fattispecie costitutiva della nullità processuale, così sanando l'assenza di dati testuali che la supportassero.
Probabilmente, la ragione principale dell'applicazione diffusa del pregiudizio effettivo poteva rinvenirsi nella necessità che il processo avesse quale sbocco naturale una decisione di

---

[13] Cfr. F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, Bologna, 2021, p. 32, secondo cui "*la ratio dell'estensione delle fattispecie di nullità fissata dal comma 2 dell'art. 156 è basata sulla considerazione per cui il legislatore, però, sa di non poter incasellare ex ante tutti i possibili disallineamenti rispetto al modello legale*".
[14] Ancora, F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, *op. cit*., p. 32, rileva che "*i commi 1° e 2° si occupano di stabilire quando c'è la nullità; il comma 3°, sull'assunto che una nullità vi sia, impedisce di pronunciarla, e quindi di dare corso allo svolgimento di doveri ed oneri che dipendono dalla sua rilevazione*".
[15] Da ultimo, ne dà conto anche V. BERTOLDI in, *Diritto processuale civile, I La giustizia civile*, a cura di G. Ruffini, Bologna, 2023, p. 260 che parla di "*discutibile orientamento giurisprudenziale, criticato dalla dottrina e contrastato da pronunce di segno contrario*".
[16] R. DONZELLI, *Sul principio del pregiudizio effettivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 548 ss.

merito[17], sfuggendo al formalismo delle garanzie[18] ed evitando che il risultato finale potesse essere una pronuncia di solo rito, magari magro risultato dopo molti anni di processo.
La superiore valutazione di ordine generale era di volta in volta accompagnata dal richiamo a clausole e principi generali[19], che di fatto avevano trasformato il pregiudizio effettivo in una vera e propria esimente non codificata della nullità processuale.
In dottrina, va rilevato come, pur non mancando posizioni almeno in *thesi* favorevoli all'affermazione del ruolo del pregiudizio effettivo, esse tuttavia si caratterizzassero per non essere del tutto autonome concettualmente e in grado di fondare un vero e proprio principio di carattere generale nell'ordinamento processuale, e ciò probabilmente in ragione dell'assenza di una specifica previsione di legge[20], mancando la quale risultava difficile affermare l'esistenza di un principio di portata generale e dalle implicazioni così significative.
Invero, emerge come tutte le aperture ai fondamenti della teorica del pregiudizio effettivo fossero riferite ad ambiti molto più ampi e complessi e generalmente al tema delle nullità degli atti processuali complessivamente affrontato, in cui il riferimento al pregiudizio effettivo finiva per essere piuttosto indiretto, seppur non marginale[21].
Così, mentre alcuni argomentavano partendo dal comma 3 dell'art. 156 c.p.c., altri muovevano dal comma 2 dell'art. 157 c.p.c.

---

[17] Trattasi di affermazione costante nella giurisprudenza di legittimità in tema di validità degli atti processuali. Tra le più recenti, si vedano Cass., Sez. Un., 4 luglio 2018, n. 17533; Cass. 30 maggio 2018, n. 13535; Cass. 25 maggio 2018, n. 13070; Cass., Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13452; Cass., Sez. Un., 2 maggio 2017, n. 10648; Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2016, n. 25513; Cass., Sez. Un., 14 settembre 2016, n. 18121; Cass., Sez. Un., 20 luglio 2016, nn. 14916-14917; Cass. 12 maggio 2016, n. 9772; Cass., Sez. Un., 18 aprile 2016, n. 7665; Cass. 21 gennaio 2016, n. 1081; Cass. 30 marzo 2015, n. 6427; Cass. 5 febbraio 2015, n. 2143; Cass., Sez. Un., 12 marzo 2014, n. 5700. Il punto di partenza è chiaramente lo scopo costituzionale del processo che consiste nel giungere ad una pronuncia sul merito del diritto controverso e, pertanto, le norme in tema di forma e di nullità sono congegnate in modo tale da rendere eccezionali e meramente marginali le ipotesi in cui il processo non può rendere la tutela richiesta, ciò che in una diversa prospettiva si definisce principio di effettività della tutela giurisdizionale. Sul punto, si veda anche R. Poli, *Le Sezioni Unite sul regime dei motivi specifici del ricorso per cassazione*, nota a Cass., Sez. Un., 24 luglio 2013, n. 17931, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 179 ss.

[18] In tal senso, si esprime R. Donzelli, *Sul principio del pregiudizio effettivo, op. cit.*, p. 553 secondo cui "*è evidente che al fondo del problema vi sia la comprensibile esigenza di sfuggire dal formalismo delle garanzie, ovvero – ad esempio – dall'invalidazione del processo e dei risultati decisori a cui questo è pervenuto per vizi meramente formali e forse anche innocui, come potrebbe verificarsi nel caso – già menzionato – della sentenza a sorpresa, laddove l'omessa attivazione del contraddittorio non abbia avuto effettive ripercussioni sul diritto di difesa delle parti*".

[19] Ad esempio quale interesse a far valere la nullità, nel principio del raggiungimento dello scopo, nell'interesse ad impugnare ed in principi più generali come quello del giusto processo, quello di economia processuale e di ragionevole durata.

[20] Diversamente dall'ordinamento processuale francese nel quale l'art. 114 n.c.p.c. contempla espressamente per le nullità formali il principio *pas de nullitè sans grief*.

[21] In tal senso R. Donzelli, *Sul principio del pregiudizio effettivo*, *op. cit.*, p. 551, ma soprattutto R. Oriani, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, p. 121 che già aveva rilevato una certa difficoltà di dare una lettura chiara alle posizioni favorevoli degli autori che si erano espressi in tal senso e qui richiamati in nota 23.

I primi sostanzialmente spiegavano che se l'atto non ha causato alcun pregiudizio alle parti, evidentemente è un atto che ha raggiunto il suo scopo e di conseguenza l'eventuale nullità è del tutto irrilevante[22].
I secondi partivano dalla previsione secondo cui soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può opporre la nullità dell'atto per mancanza del requisito stesso e in tale ottica ritenevano che quell'interesse dovesse essere necessariamente concreto, ovvero da valutarsi proprio in relazione alle conseguenze pratiche che la violazione avesse determinato sui poteri processuali della parte[23].
Altri, poi, si sono basati sulla nozione di interesse ad impugnare[24], mentre qualcuno ha provato a desumere dall'art. 360 *bis* c.p.c. che l'ammissibilità del ricorso per Cassazione fondato su *errores in procedendo* fosse vincolato alla indicazione del pregiudizio subito dalla parte in conseguenza del vizio processuale[25].

---

[22] In tal senso, E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1955, p. 216 che, coordinando il comma 2 dell'art. 157 con il comma 3 dell'art. 156, sostiene che "*è evidente che la parte nel cui interesse è stabilito il requisito mancante non può rilevare la nullità, se non abbia risentito alcun danno, perché ciò significa che l'atto ha egualmente raggiunto il suo scopo, con la conseguenza che nessuna nullità si è verificata (art. 156)*"; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, *op. cit.*, p. 143; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo di cognizione*, Napoli, 1991, p. 84 ss. e 140; ID., *Controversie individuali di lavoro, Torino*, 1993, p. 84 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 95; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, p. 398 ss. In particolare, le ultime due posizioni sono espresse con specifico riferimento all'ipotesi del contumace involontario nell'ipotesi di nullità della citazione o della notificazione da cui sia derivata una mancata conoscenza del processo. Ancora e con riguardo alla sentenza della terza via si veda, C. CONSOLO, *La Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 358; ID. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2019, p. 234; G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1031; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 839; R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, *op. cit.*, p. 211 nt. 139.
[23] In tal senso, V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, *op.cit.*, p. 477 che riguardo alle norme degli articoli 156 e 157 afferma che "*la prima, che ripete il tradizionale principio pas de nullité sans texte, ha il suo nucleo essenziale e di maggior interesse nella regola della sanatoria per raggiungimento dello scopo; la seconda, imperniata sull'altrettanto noto principio pas de nullité sans grief, pone in evidenza il regime proprio delle eccezioni di nullità*" e rileva, altresì, nel rapporto tra la legittimazione ad eccepire la nullità ed interesse della parte che "*corrisponde alla regola generale dell'interesse ad agire e ne rappresenta un'applicazione particolare*"; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, p. 413 secondo cui il giudice è tenuto "*ad accertare se il requisito è richiesto nell'interesse di chi rileva la nullità*" e tale "*indagine è in sostanza identica a quella che ha per oggetto l'interesse ad agire: come non può agire con effetti favorevoli in giudizio colui, il quale dal non adire l'autorità giudiziaria non ricaverebbe danno, così non può chiedere la nullità dell'atto chi da questa situazione è danneggiato*"; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 541 per il quale l'art. 157 va ricondotto "*nell'orbita dell'art. 100, poiché in definitiva si tratta di valutare se sussiste un interesse, non nell'interesse di chi la forma è stabilita; altrimenti si dovrebbe pensare che le ricerche da fare siano due, titolarità dell'interesse (in favore di chi la forma è stabilita) e sussistenza dell'interesse, in concreto, il che è assurdo*". Si veda ancora, E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile, Milano*, 1942, p. 191 ss.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, *op. cit.*, p. 208 ss.; ID., *Le nullità degli atti processuali, in Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, *op. cit.*, p. 1342.
[24] M. G. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione, Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 8-9; E. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 3179.
[25] Così ad esempio, G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 309 ss.

Infine, altra dottrina ha ricavato il fondamento del principio dalla previsione dell'art. 342 c.p.c., nel senso che il pregiudizio effettivo avrebbe ricevuto riconoscimento normativo proprio dalla disposizione che sancisce che l'atto di appello debba indicare le circostanze da cui deriva la violazione di legge e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata[26].
Gli sforzi di riconoscere il ruolo del pregiudizio effettivo in rapporto alle nullità degli atti processuali sono stati oggetto di critica da parte della dottrina, secondo cui la necessità di provare il pregiudizio in concreto ai fini della pronuncia della nullità finiva per costituire un *vulnus* all'attuazione del giusto processo regolato dalla legge[27].
In proposito, riecheggia ancora l'affermazione espressa già da tempo da autorevole dottrina secondo cui "*ai fini dell'accoglimento dell'eccezione di nullità la parte, nel cui interesse sono stati stabiliti requisiti formali dell'atto, non deve né allegare né provare che la nullità le ha provocato un pregiudizio*" poiché "*la regola pas de nullitè sans grief non risulta né dall'art. 157, 2° comma, né dal sistema delle nullità, in quanto la valutazione dell'interesse è fatta una volta per tutte dal legislatore nel momento in cui prescrive, per proteggere una parte, determinati requisiti formali dell'atto; il pregiudizio è in re ipsa, di modo che la parte ottiene la dichiarazione di nullità per il solo fatto che manchino i requisiti formali, senza dover dimostrare alcunchè*"[28].
Non è difficile scorgere in tale enunciazione una certa assonanza con quanto affermato dopo qualche decennio dalle Sezioni Unite nella pronuncia del 2021.

---

[26] B. GAMBINERI, *Dell'appello*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2018, p. 163 ss.
[27] In tal senso, G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 520; A. PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc*., 2015, p. 693; B. CAPPONI, *Principi di diritto pronunciati d'ufficio su spedizione in forma esecutiva e interesse all'opposizione*, in *www.judicium.it*; R. VACCARELLA – B. CAPPONI – B. SASSANI, *Editoriale*, in *Rass. esec.*, 2019, p. 597. Osserva, ancora, R. DONZELLI, *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 568 che "*il principio del pregiudizio effettivo, infatti, nella sua declinazione d'ingiustizia sostenuta da una parte della giurisprudenza, onerando la parte che oppone la nullità della dimostrazione che la difesa colpita dal vizio avrebbe determinato una diversa decisione, costituiva uno degli attentati più gravi inferti al giusto processo regolato dalla legge. Siffatta concezione, nello spostare l'attenzione verso il merito della causa in incidenti preliminari di mera delibazione, precludeva il controllo sull'osservanza della legge processuale voluto dai commi 1° e 7° dell'art. 111 Cost. e determinava un'aspra sommarizzazione dei segmenti del giudizio che non è prevista da alcuna norma dell'ordinamento, privando le parti del loro diritto alla cognizione piena, approfondita e definitiva su ogni presupposto di fatto e di diritto da cui dipende la concessione della tutela richiesta*". Si veda anche V. CAPASSO, *La violazione del contraddittorio come fonte di nullità assolute e l'incompatibilità del rilievo ufficioso del vizio con il principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 605 ss. che nel rimarcare la convinzione che "*il principio di offensività delle nullità processuali, allo stato della disciplina positiva, non abbia cittadinanza nel nostro Paese*" individua, altresì, un limite implicito al principio di offensività nella inapplicabilità alle nullità assolute.
[28] Così, R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur*., XXIII, Roma, 1990, p. 11; ID., *L'opposizione agli atti esecutivi, op. cit*., p. 121. Ancora prima, aveva affermato E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile, op. cit., p. 196 "sarebbe stato probabilmente miglior consiglio adottare il sistema proposto dal Redenti (artt. 139 e 140 del progetto), e richiedere un concreto interesse tipico e cioè un concreto pregiudizio, ma la formula della legge non è affatto in questo senso, sicchè pure l'opinione abbastanza diffusa che tale interesse occorra non pare fondata".*

Tuttavia, nonostante l'assenza di previsioni normative e le posizioni fortemente critiche della dottrina, la giurisprudenza ha diffusamente applicato il pregiudizio effettivo per ridurre le pronunce di nullità, basandosi sulla necessità di addivenire il più possibile ad una decisione nel merito sul diritto controverso, in tempi ragionevoli e nel rispetto delle esigenze di economia processuale, così cercando di ridurre al massimo le possibili decisioni di solo rito, basandosi sull'inesistenza un interesse alla astratta regolarità della attività giudiziaria, in assenza del correlativo interesse alla eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte, conseguenza della violazione processuale o dell'*error in procedendo*.
In quasi tutti i settori del processo civile, si rinvengono arresti che richiamano il pregiudizio effettivo: essi spaziano dalla cognizione all'esecuzione[29].
Invero, se probabilmente il campo di primordiale impiego del pregiudizio effettivo è quello della nullità della consulenza tecnica di ufficio, ove sin dalla seconda metà del secolo scorso si rinvengono le pronunce della Suprema Corte che inaugurano il corso, poi costantemente ribadito negli anni successivi[30], il settore che ha maggiormente registrato la massima applicazione è quello della nullità della sentenza della terza via[31].

[29] Si segnala l'applicazione relativamente recente del pregiudizio effettivo per escludere la nullità nel caso in cui si intenda opporre il difetto della formula esecutiva nella copia conforme del titolo esecutivo. Così, Cass. 12 febbraio 2019, n. 3967, con nota di F. AULETTA, S. RUSCIANO, M. FARINA, B. CAPPONI, *A più voci sui principi di diritto pronunciati d'ufficio in tema di spedizione in forma esecutiva e interesse all'opposizione*, in *Rass. esec.*, 2019, p. 385 ss.

[30] Ne dà conto molto puntualmente R. DONZELLI, *Sul principio del pregiudizio effettivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2020, p. 548 ss. in nota 1 che cita Cass. 23 febbraio 1953, n. 438; Cass. 31 maggio 1953, n. 868; Cass. 7 maggio 1953, n. 1251; Cass. 11 agosto 1954, n. 2931. Poi successivamente Cass. 28 novembre 1978, n. 5604; Cass., Sez. Un., 18 marzo 1988, n. 2481; Cass. 24 aprile 1993, n. 4821; Cass. 9 febbraio 1995, n. 1457; Cass. 21 maggio 1997, n. 4511; Cass. 19 marzo 2001, n. 5775; Cass. 17 marzo 2005, n. 5762; Cass. 7 luglio 2008, n. 18598; Cass. 15 ottobre 2009, n. 21924; Cass. 11 marzo 2011, n. 5859; Cass. 13 novembre 2011, n. 24727; Cass. 7 marzo 2018, n. 5491; Cass. 15 maggio 2018, n. 11752; Cass. 13 luglio 2018, n. 18522.

[31] Cass. 5 agosto 2005, n. 16577 (con note di E.F. RICCI, *La sentenza della terza via e il contraddittorio* e di F.P. COMOGLIO, *Terza via e processo giusto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 747 ss.; con nota di E. FABIANI, *Rilievo di ufficio di questioni da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio tra le parti e nullità della sentenza*, in *Foro it*., 2006, I, p. 3174 ss.); Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108 (con nota di C. CONSOLO, *Questioni rilevabili di ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corr. giur.*, 2006, 507 ss.; Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935 (con nota di C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 352 ss.; Cass. 20 maggio 2010, n. 12334; Cass. 28 giugno 2010, n. 15370; Cass. 31 agosto 2011, n. 17878; Cass. 20 aprile 2012, n. 6281; Cass. 4 giugno 2013, n. 14039; Cass. 12 novembre 2013, n. 25421; Cass. 4 febbraio 2014, n. 2417; Cass. 27 agosto 2014, n. 18333; Cass. 31 ottobre 2014, n. 23174; Cass. 22 dicembre 2014, n. 27219; Cass. 22 dicembre 2014, n. 27221; Cass. 9 aprile 2015, n. 7108; Cass. 28 settembre 2015, n. 19136; Cass. 25 febbraio 2016, n. 3700; Cass. 27 aprile 2016, n. 8273; Cass. 21 luglio 2016, n. 15019; Cass. 23 gennaio 2017, n. 1647; Cass. 20 marzo 2017, n. 7053; Cass. 28 novembre 2017, n. 28455; Cass. 8 giugno 2018, n. 15037; Cass. 18 giugno 2018, n. 16049 con nota di M. F. GHIRGA, *Sull'accertamento della nullità contrattuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1638 ss.; Cass. 21 giugno 2018, n. 16413; Cass. 6 luglio 2018, n. 17836; Cass. 13 luglio 2018, n. 18582; Cass. 2 ottobre 2018, n. 23910; Cass. 12 giugno 2020, n. 11308; Cass. 30 settembre 2020, n. 20870; Cass. Ord. 30 aprile 2021, n. 11440; Cass. 14 luglio 2021, n. 20070; Cass. 3 settembre 2021, n. 23883; Cass. 6 settembre 2021, n. 24002; Cass. 19 luglio 2023, n. 21314.

Tuttavia, al di là di tali aree, si può alquanto agevolmente verificare il diffuso utilizzo del pregiudizio effettivo in tutte le fasi del processo, senza esclusione del grado di impugnazione ed anche delle ipotesi particolari di interruzione del processo o di contumacia.
Così, con riguardo alle possibili nullità gli atti introduttivi, sia in primo grado che in appello, la Suprema Corte ha escluso le conseguenze invalidanti per assenza di concreto pregiudizio nell'ipotesi della nullità dell'atto di citazione per il mancato rispetto del termine minimo a comparire[32], in quella in cui l'atto di citazione in appello manchi dell'avvertimento di cui all'art. 163 n. 7 c.p.c.[33], o che non consenta l'individuazione specifica della parte convenuta[34].
Una maggiore applicazione si è tuttavia registrata nelle fasi della riserva in decisione della causa e della decisione.
Qui la giurisprudenza enfatizzando l'assenza di concreta lesione ha ripetutamente escluso la nullità della sentenza nelle ipotesi in cui sia mancato l'invito a precisare le conclusioni[35], in quella in cui sia mancata la concessione dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, nei casi in cui la sentenza sia stata emessa prima del corso dei relativi termini[36],o ancora, allorquando sia mancato lo svolgimento della discussione

[32] Si vedano Cass. 16 ottobre 2014, n 21910; Cass. 27 aprile 2017, n. 10400; Cass. 15 dicembre 2020, n. 28646 che in sostanza escludono la nullità della citazione per il mancato rispetto del termine a comparire tutte le volte in cui il convenuto costituendosi non si limiti ad eccepire solo la predetta nullità, ma svolga anche altre difese in rito e nel merito, attestando, pertanto, l'assenza di pregiudizio conseguente alla violazione processuale. Per una critica di tale indirizzo, si veda M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective les préjudice effective?*, in questa *Rivista* , 2022, p. 394 ss.

[33] Così Cass. 30 dicembre 2011, n. 30652, con nota di R. DONZELLI, *Il filtro in Cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1089 e di A. CARRATO, *L'omesso avvertimento ex art. 163 n. 7 c.p.c. in appello e le possibili conseguenze processuali*, in *Corr. giur.,* 2012, p. 1083 ss.. Sul punto, si ricorda Cass., Sez. Un., 18 aprile 2013, n. 9407 che esclude la necessità dell'indicazione dell'avvertimento di cui all'art. 163 n. 7 c.p.c. dal momento che le attività ivi indicate si riferiscono solo al regime delle decadenze nel giudizio di primo grado.

[34] Cass. 28 gennaio 2004, n. 1543 ove si esclude che la nullità dell'atto di citazione per assenza di pregiudizio nel caso in cui l'atto di citazione non contenga nella generica esposizione dei fatti e nella esposizione carente dei motivi di diritto, alcun riferimento alla parte convenuta e la convenuta si sia costituita e difesa nel merito, articolando ed assumendo prove, con ciò dimostrando di aver capito le ragioni del suo coinvolgimento in giudizio.

[35] Si vedano Cass. 30 giugno 1997, n. 5837; Cass. 28 febbraio 2002, n. 12594; Cass. 8 settembre 2003, n. 13091; Cass. 27 luglio 2007, n. 16630; Cass. 9 settembre 2016, n. 17905; Cass. 16 novembre 2020, n. 25861 con riguardo alla specifica ipotesi di omessa comunicazione al procuratore costituito dello spostamento d'ufficio dell'udienza di precisazione delle conclusioni già fissata.

[36] Cass. 13 novembre 2003, n. 17133; Cass. 29 marzo 2005, n. 6581; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4020; Cass. 9 aprile 2015, n. 7086; Cass. 21 luglio 2016, n. 15086; Cass. 21 luglio 2017, n. 15086; Cass. 16 aprile 2018, n. 9257; Cass. 10 ottobre 2018, n. 24969; Cass. 18 febbraio 2020, n. 4125; Cass. 17 marzo 2021, n. 7413; Cass. 15 ottobre 2021, n. 28299. Si segnala anche l'applicazione del pregiudizio effettivo nella ipotesi di mancata concessione dei termini di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c., ovviamente nella formulazione vigente anteriormente alla riforma Cartabia e al riguardo, si vedano Cass. 9 aprile 2008, n. 9169 (con nota di A. GIORDANO, *Le sentenze della terza via e le vie d'uscita*, in *Giur. it.*, 2009, p. 910 e ss. ; Cass. 21 marzo 2011, n. 6343; Cass. 23 luglio 2012, n. 12804; Cass. 19 marzo 2013, n. 6809; Cass. 11 marzo 2016, n. 4767; Cass. 8 giugno 2017, n. 14329; Cass. 28 novembre 2017, n. 28317; Cass. 2 febbraio 2018, n. 2626.

orale dinnanzi al Collegio ai sensi dell'art. 275 o 352 c.p.c.[37], proprio come nella fattispecie dell'ordinanza qui in commento.
Parimenti non trascurabile, poi, è l'ambito applicativo relativo all'ipotesi di scelta inesatta del rito processuale con numerose pronunce che sanciscono l'irrilevanza dell'errata scelta, escludendo la nullità, in assenza di concreto ed effettivo pregiudizio per la parte che lamenta il vizio, poiché sostanzialmente, viene affermato che proprio il pregiudizio deve fondare l'eccezione dell'erroneità del rito[38].
Ma anche in ipotesi di erronea declaratoria di contumacia e di interruzione del processo, il pregiudizio effettivo è stato valorizzato.
In ordine alla erronea declaratoria di contumacia, si è esclusa la nullità della sentenza quando manchi una lesione concreta allo svolgimento dell'attività difensiva[39], mentre nel caso di interruzione del processo, la possibile nullità conseguente sarebbe correlata esclusivamente alla sussistenza di un concreto pregiudizio nella sfera della parte che la rileva[40].
Seppur decisamente meno ricorrenti, vi sono arresti che introducono il pregiudizio effettivo anche a cospetto del mancato esperimento del libero interrogatorio e del tentativo di conciliazione[41] e della mancata ammissione di un mezzo di prova, ove la parte che se ne lamenti resterebbe onerata della dimostrazione del pregiudizio subito, qui connotato in termini di nesso eziologico tra l'*error in procedendo* e il differente risultato ottenibile[42].
Più recenti, poi, sono le pronunce in cui il pregiudizio effettivo è presupposto per la dichiarazione della nullità in ipotesi di violazione dell'art. 102 c.p.c., per la mancata

[37] Cass. 5 dicembre 2003, n. 18618; Cass. 10 febbraio 2006, n. 2548; Cass. 25 gennaio 2008, n. 1696; Cass. 14 aprile 2008, n. 10034; Cass. 10 gennaio 2011, n. 298; Cass. 5 aprile 2011, n. 7760; Cass. 17 giugno 2011, n. 13382; Cass. 12 marzo 2013, n. 6093; Cass. 10 luglio 2013, n. 17133; Cass. 19 giugno 2014, n. 14032; Cass. 24 marzo 2015, n. 5863; Cass. 27 agosto 2015, n. 17198; Cass. 16 febbraio 2016, n. 2984; Cass. 20 aprile 2017, n. 9980; Cass. 27 novembre 2017, n. 28229; Cass. 7 maggio 2018, n. 10874; Cass. 13 gennaio 2020, n. 344; Cass. 10 dicembre 2020, n. 28188; Cass. Ord. 14 luglio 2021, n. 20067.
[38] Cass. 16 gennaio 2001, n. 511, in ipotesi di mutamento del rito ai sensi dell'art. 426 c.p.c. e mancata assegnazione del termine per integrare gli atti; Cass. 22 luglio 2004, n. 13662; Cass. 25 luglio 2006, n. 16898; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4435; Cass. 16 giugno 2008, n. 16226; Cass. Sez. Un. 17 febbraio 2009, n. 3758; Cass. 19 marzo 2010, n. 6686; Cass. 22 dicembre 2011, n. 28319; Cass. 27 gennaio 2012, n. 1221; Cass. 13 settembre 2012, n. 15392; Cass. 30 maggio 2013, n. 13639; Cass. 17 ottobre.2014, n. 22075; Cass. 2 febbraio 2015, n. 1849; Cass. 9 febbraio 2015, n. 2412; Cass. 9 agosto 2015, n. 16901; Cass. 15 febbraio 2019, n. 4532; Cass. 12 gennaio 2022, n. 758, in una ipotesi di procedimento da proporsi nelle forme del ricorso ed invece introdotto con atto di citazione.
[39] Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 2881; Cass. 9 marzo 2012, n. 3704; Cass. 6 maggio 2013, n. 10503; Cass. 27 febbraio 2020, n. 5408; Cass. 1 settembre 2022, n. 25771.
[40] Cass. 27 settembre 2013, n. 22289; Cass. 14 luglio 2015, n. 14520; Cass. 29 settembre 2020, n. 20507.
[41] In tal senso Cass. 20 febbraio 2019, n. 4947.
[42] Si veda, seppur risalente Cass. 25 giugno 1985, n. 3810.

partecipazione al processo del terzo litisconsorte necessario[43] e nella ulteriore e molto singolare ipotesi di sentenza nulla, perché resa da un giudice cessato dal servizio[44].
Ora, anche orientando la prospettiva al giudizio di impugnazione, non muta il riscontro della costante e diffusa applicazione del pregiudizio effettivo quale riduttore delle nullità processuali.
Così, mentre in ordine alla proponibilità del ricorso straordinario *ex* art. 111 comma 7 Cost. avverso l'abrogata ordinanza di filtro in appello ai sensi dell'art. 348 *bis* c.p.c. per vizio proprio, la Suprema Corte ha escluso che ai fini della pronuncia della nullità debba essere allegato e provato il pregiudizio concreto alla difesa[45], in ordine alla condizione di ammissibilità del ricorso per Cassazione *ex* art. 360 *bis* n. 2 c.p.c., viene affermata la necessità dell'onere dimostrativo per l'impugnante, volto ad esprimere la decisività del motivo di impugnazione, nel senso che il ricorso per Cassazione risulta inammissibile, allorquando l'*error in procedendo* sia "*del tutto privo di incidenza sul contenuto della decisione e, dunque, del tutto inidoneo ad arrecare un effettivo pregiudizio a chi lo denuncia*"[46].
Questo in sintesi lo stato della giurisprudenza di legittimità che, pur in presenza di pronunce di senso contrario[47], ha fatto assiduamente ricorso al pregiudizio effettivo per contenere le pronunce di nullità.

---

[43] Cass., ord. 18 gennaio 2019, n. 24071; Cass. 25 luglio 2019, n. 20152, con nota di G. SCARSELLI, *Sulla necessità di avere un codice di procedura civile e sul dovere dei giudici di rispettarlo e farlo rispettare*, in www.judicium.it;

[44] Si veda Cass. ord., 3 giugno 2020, n. 10430, in cui la peculiare fattispecie è risolta nel senso della nullità della sentenza e non già nel senso della equiparazione alla mancata sottoscrizione della stessa da parte del giudice, tale per cui vi è la rimessione al primo giudice.

[45] Così Cass. 1 giugno 2020, n. 10409; Cass. 7 giugno 2021, n. 15786. Lo ricorda M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective les préjudice effective?*, *op. cit.*, p. 399 ss. che ritiene ineccepibile il rifiuto di applicare il criterio del pregiudizio effettivo nel sindacato sul vizio proprio della ordinanza filtro nel quadro della sua complessiva analisi critica del pregiudizio effettivo quale presupposto necessario per la pronuncia della nullità. In una prospettiva allargata al giudizio di Cassazione, si segnala ancora la valorizzazione del pregiudizio effettivo in quell'orientamento della Suprema Corte che esige dalla parte che propone ricorso deducendo la nullità della sentenza per un vizio dell'attività del giudice lesivo del proprio diritto di difesa l'onere di indicare il concreto pregiudizio derivato, atteso che, nel rispetto dei principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire, la impugnazione non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria ma mira a eliminare il concreto pregiudizio subito dalla parte, sicchè l'annullamento della sentenza impugnata è necessario solo se nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella cassata. In tal senso, si vedano Cass. 16 maggio 2012, n. 7648; Cass. 27 gennaio 2014, n. 1612; Cass. 13 maggio 2014, n. 10327; Cass. 21 novembre 2016, n. 23638; Cass. 9 agosto 2017, n. 19759; Cass. 13 febbraio 2019, n. 4159; Cass. 6 marzo 2019, n. 6518; Cass. 2 agosto 2019, n. 20874; Cass. 12 maggio 2021, n. 12586. Con riguardo all'appello, si vedano ad esempio Cass. 8 aprile, 2020, n. 7754 ove si afferma che l'irrituale costituzione dell'appellato non ha effettiva incidenza sul diritto di difesa; Cass. 11 novembre 2015, n. 22978; Cass. 18 dicembre 2014, n. 26831; Cass. 9 luglio 2014, n. 15676.

[46] Cfr. Cass. 7 luglio 2022, n. 21566 su cui si veda ancora M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective les préjudice effective?*, *op. cit.*, p. 406 ss., secondo cui qui "*la teorica del pregiudizio effettivo si risolva in poco più che in una formula di stile, rispetto ad esiti decisori che meriterebbero ben altra razionalizzazione*".

[47] Si vedano Cass. 18 maggio 2001, n. 6817; Cass. 8 agosto 2003, n. 11949; Cass. 5 dicembre 2003, n. 18618; Cass. 18 ottobre 2005, n. 20142; Cass. 6 marzo 2006, n. 4805; Cass. 10 marzo 2008, n. 6293; Cass. 3 giugno 2008, n. 14657; Cass. 24 marzo

Tuttavia e come già sottolineato, sul finire del 2021 le Sezioni Unite[48], intervenute per comporre il contrasto esistente tra le Sezioni semplici, hanno degradato il ruolo del pregiudizio effettivo, affermando che il principio di ragionevole durata non può condurre alla elisione delle norme processuali improntate alla realizzazione degli altri valori in cui pure si sostanzia il processo equo, quali la difesa ed il contraddittorio, con la conseguenza che la violazione di norme processuali determina automaticamente la nullità della sentenza, senza necessità di allegare e provare il pregiudizio concreto subito dalla parte, non più onerata della specifica indicazione degli argomenti difensivi che avrebbe svolto nel segmento procedimentale amputato a dimostrazione del pregiudizio effettivamente subito.
L'ordinanza in commento si allinea pienamente a questo principio, dichiarando nulla la sentenza pronunciata senza lo svolgimento della discussione orale ai sensi dell'art. 352 c.p.c.[49] richiesta dalle parti, ribadendo l'imprescindibilità della realizzazione del contraddittorio in tutte le fasi del processo, inclusa quella decisionale, non più relegata a ridondante riepilogo dell'attività difensiva svolta di cui poter fare a meno, senza ledere i principi del giusto processo, quali la difesa e il contraddittorio.

4. Pregiudizio effettivo e giusto processo: l'impiego diffuso del pregiudizio effettivo segna(va) la prevalenza della ragionevole durata sul rispetto delle forme e delle garanzie delle parti.

La valutazione (della giurisprudenza) sulla differente portata del pregiudizio effettivo riflette una contrapposizione concettuale in tema di nullità processuali che, osservata da una visuale più ampia, evidenzia un conflitto ormai nemmeno più tanto sopito tra i diversi valori del (giusto) processo.
Anche dalla prospettiva della teorica del pregiudizio effettivo, cioè, è possibile intravedere una contrapposizione, peraltro rinvenibile anche in altri ambiti[50], fra economia processuale e

2010, n. 7072; Cass. 5 aprile 2011, n. 7760; Cass. 8 ottobre 2015, n. 20180; Cass. 2 dicembre 2016, n. 24636; Cass. 20 aprile 2017, n. 9980; Cass. 25 maggio 2017, n. 13165; Cass. 27 novembre 2017, n. 28229; Cass. 7 maggio 2018, n. 10874; Cass. 13 agosto 2018, n. 20732; Cass. 22 ottobre 2019, n. 26883; Cass. 13 novembre 2019, n. 29354; Cass. 18 febbraio 2020, n. 4125

[48] Il riferimento è sempre alla nota pronuncia a Sezioni Unite del 25 novembre 2021, n. 36596 e si rinvia alla nota 1 per i riferimenti dei commenti alla stessa.

[49] Ovviamente, si tratta del modello decisorio in vigore anteriormente all'ultima riforma del processo, in conseguenza della quale, oggi l'art. 352 c.p.c. è stato allineato quanto al contenuto all'art. art. 189 c.p.c. che nel ristrutturare il passaggio dalla fase di trattazione a quella decisoria, fissa l'udienza per la rimessione al collegio dalla cui data decorrono a ritroso tre termini: a) un termine non superiore a 60 giorni prima dell'udienza per il deposito in forma scritta di un atto contenente la precisazione delle conclusioni; b) un termine non superiore a 30 giorni prima dell'udienza per il deposito delle comparse conclusionali; c) un termine non superiore a 15 giorni per il deposito. All'udienza fissata, la causa è poi rimessa al collegio per la decisione.

[50] Sovviene, ad esempio, ma verso una direzione opposta, l'evoluzione interpretativa della Suprema Corte in ordine alla nozione di indispensabilità dei nuovi mezzi di prova nell'appello ordinario, ormai abrogata, alla luce delle modifiche che hanno riguardato il comma 3 dell'art. 345 c.p.c., ove l'idea di dare prevalenza al principio di ragionevole durata, attraverso la valorizzazione del principio di preclusione, è stata sostituita da una interpretazione del requisito orientata a valorizzare il concetto di decisività del mezzo e la correlativa riduzione dell'incidenza delle preclusioni maturate, nell'ottica di favorire una

ragionevole durata, da un lato, e rispetto delle garanzie processuali fondamentali delle parti, quali difesa e contraddittorio, e anche giustizia della decisione, dall'altro.
Pur residuando ancora il profilo di riflessione alimentato dall'ultima riforma dell'art. 101 c.p.c. secondo comma, cui è dedicato il successivo ed ultimo §, qualche punto pare possa essere fissato con una certa sicurezza.
Anzitutto, può ritenersi che l'idea di ridurre le pronunce di nullità processuali, attraverso la valorizzazione del pregiudizio effettivo, elevato al rango di elemento integrativo della fattispecie, non abbia fatto i conti fino in fondo con un sistema normativo privo di disposizioni che ne recassero una previsione espressa[51].
Di certo, non sfuggono i motivi per cui pur in assenza di una specifica norma la giurisprudenza, astrattamente graduando l'importanza dei diversi valori del processo ed attribuendo il punto massimo all'economia processuale e alla ragionevole durata, abbia fatto così ampio uso del pregiudizio effettivo.
In effetti, sono proprio l'esigenza di economia processuale e quella per cui il processo abbia una durata ragionevole, unitamente alla necessità che la decisione finale sia di merito sul diritto controverso e non solo formale e di rito, con l'intento di escludere ogni possibile ridondanza formalistica, ad aver favorito l'esteso impiego del pregiudizio effettivo al campo delle nullità processuali con l'intento di ridurle drasticamente.
Tale era l'ispirazione di quasi tutti gli arresti della Suprema Corte rinvenibile nella ricorrente affermazione che non fosse un valore meritevole di tutela (probabilmente da aggiungersi, soprattutto se rapportato a quelli di economia processuale e durata ragionevole) quello di una astratta regolarità dell'attività giudiziaria, valutata in modo autonomo rispetto al possibile pregiudizio effettivo subito dalla parte e che incarni l'offensività in concreto della violazione.
Dunque, il principio affermato ben si prestava a sorreggere l'ipotetica tensione tra i diversi valori del processo.
Tuttavia, questa possibile dialettica tra diversi principi del processo non pare poter essere condivisa; né pare potersi aderire all'idea che la prevalenza (e il grado di importanza) di alcuni valori del processo rispetto ad altri vada valutata di volta in volta ed in concreto[52].
Anzitutto, perché non sembra possibile attribuire maggior rilievo ad alcuni principi del processo del medesimo rango, piuttosto che ad altri; poi perché, anche sforzandosi di voler ammettere la prevalenza della esigenza di ragionevole durata a scapito di altri valori del

---

decisione più giusta, perché di contenuto più aderente alla realtà dei fatti. In tal senso si veda, Cass. ord. 26 maggio 2022, n. 17028. La si legge in *Giur. it., 2023*, p. 1317 ss., *si vis*, con mia nota, *Il definitivo approdo della nozione di indispensabilità: tra decisività del nuovo mezzo di prova, irrilevanza delle preclusioni istruttorie e controllo di legittimità*.

[51] Sul punto, anche il recente studio di V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*, Roma, 2023.

[52] Pare indicare tale opzione, F. FRADEANI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, *op. cit*., p. 1316 che cita lo studio di R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, p. 19 ss., sulla necessità di "*stabilire una gerarchia assiologica tra i principi in conflitto… non stabilita in astratto, ma con riguardo al caso concreto*".

processo, incluse le garanzie fondamentali relative ai diritti delle parti, deve ormai ritenersi acquisita la certezza che l'obiettivo di un processo più rapido non possa conseguirsi solo attraverso interventi riformatori sul rito, o addirittura incentivando il diritto giurisprudenziale[53], talvolta sino al punto di tollerare un allontanamento dalla disciplina positiva (pare proprio il caso del rapporto tra nullità processuali e pregiudizio effettivo) ma debba muoversi su distinti piani tra loro non scindibili: quello organizzativo, nella dimensione extraprocessuale e nella dimensione endoprocessuale, che sono complementari tra di loro, con una necessaria e maggiore prevalenza per l'implementazione dei fattori organizzativi del processo di cui è certamente parte integrante il nuovo ufficio del processo[54].
Ed allora, permane la convinzione che il modo (unico) di attuare il giusto processo[55] sia quello di rispettare tutte le garanzie processuali che l'ordinamento accorda alle parti.
Il processo giusto è quello in cui si realizzino e si attuino tutte le garanzie fondamentali ed in particolar modo quelle relative ai diritti ed ai poteri delle parti: il processo sarà giusto se ed in quanto corretto sarà il procedimento in cui si articola e, conseguentemente, potrà condurre ad una decisione giusta, solo se risulteranno rispettate le garanzie e i poteri delle parti, nonchè la sequela procedimentale nelle forme predeterminate dalla legge[56].
In altri termini, il rispetto delle forme e della garanzie costituisce l'unica espressione di un processo giusto e, dunque, il rispetto delle regole processuali, lungi dal costituire un eccesso

---

[53] Si veda sul tema il recente contributo di M. MAIONE, *Giustizia «efficiente» e diritto giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2023, p. 994 ss. Si vedano anche i contributi di P. GROSSI, *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 10 ss.; D. DALFINO, *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, in *Giust. proc. civ.*, 2017, p. 1028 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 479 ss.; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

[54] Affermazione questa che si rinviene alle pagine 57 e 58 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

[55] Si vedano senza alcuna pretesa di esaustività, B. CAPPONI, *Presentazione del Convegno su "Il nuovo articolo della Costituzione e il giusto processo in materia civile"*, Campobasso 26 febbraio 2000, atti a cura di B. Capponi – G. Verde, Napoli, 2002, p. 15 ss.; ID., *La legge processuale civile. Fonti interne e comunitarie (applicazioni e vicende)*, Torino, 2009; M. CECCHETTI, *Il principio del giusto processo nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in *Giusto processo*, a cura di Tonini, Padova, 2001, p. 49 ss.; R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile regolato dalla legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 942 ss.; N. TROCKER, *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Atti del convegno su "Il nuovo articolo della Costituzione e il giusto processo civile"*, Elba 09-10 giugno 2000, a cura di M. G. Civinini – C. M. Verardi, Milano, 2001, p. 36 ss.;

[56] Ovviamente qui non si vuol nemmeno lontanamente minimizzare l'esigenza che il processo abbia una durata ragionevole anche ai sensi dell'art. 6 CEDU, ma sovvengono le illuminanti affermazioni di A. CARRATTA, *Processo (ragionevolmente) breve*, in *www.treccani.it* secondo cui "*la ragionevole durata che il legislatore ordinario è tenuto ad assicurare, per rispettare il dettato costituzionale, è solo e soltanto quella del processo giusto, cioè del processo che comunque assicuri le altre garanzie processuali costituzionalmente rilevanti. Qualsiasi altra soluzione che non miri a questo risultato di fatto si rivela per ciò che è: una sostanziale ed inequivocabile violazione del dettato costituzionale sia pure condotta in nome dell'affermata durata breve del processo*". Inoltre, sul tema della durata del processo si vedano: F. CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1256 ss.; G. TARZIA, *La durata del processo civile e la tutela dei deboli*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 317 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Case management e riforma e del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 282 ss.; G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 505 ss.; P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 475 ss.; nonché A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture delle riforme*, Milano, 2018.

formalistico da cui rifuggire, diviene un vero e proprio argine di certezza a fare da bilanciamento all'attività interpretativa del giudice che sul piano del diritto sostanziale ha ormai raggiunto livelli di incertezza applicativa e discrezionalità molto elevata[57].
Cioè, soltanto il rigoroso rispetto delle norme processuali e del procedimento nelle forme predeterminate dalla legge, delle garanzie e dei poteri delle parti, in particolare della difesa e del contraddittorio, orientano la valutazione del processo verso il giusto e verso la giustizia della decisione e costituiscono valori che non possono mai essere sacrificati sull'altare dell'economia processuale e della ragionevole durata.
Ed è forse finalmente questa la prospettiva che può scorgersi nella opzione delle Sezioni Unite, seguita dall'ordinanza in commento.
In definitiva, la soluzione adottata non può che essere salutata con estremo favore, nella convinzione che difesa e contraddittorio siano cardini del processo, non altrimenti eludibili, nemmeno in nome dell'economia processuale e della ragionevole durata.

5. La modifica dell'art. 101 c.p.c. fonda il riconoscimento normativo del pregiudizio effettivo?

L'art. 3 comma 7 del d. lg. 149 del 10 ottobre 2022 attuativo della legge delega 206 del 26 novembre 2021[58] ha apportato una modifica al secondo comma dell'art. 101 c.p.c.[59] che ora prevede che "*il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e*

[57] Afferma F. Auletta in, *La nullità degli atti processuali ovvero… taking (procedural) rights seriously*, *op. cit.*, p. 546-549 che "*nonostante tutto, rimane il processo l'unico luogo in cui taking rights seriously è ancora possibile ed esigibile, nel quale – cioè – deve sempre potersi affermare la vigenza, almeno residuale, del criterio di one-right answer, senza che la pretesa del singolo possa invece incontrare in ogni circostanza più alternative legittime, così finendo contraibile al rango di interesse…Infatti nella materia sostanziale la giurisprudenza può legittimamente avvicendare (a maggior ragione) nel tempo le risposte diverse secondo il criterio della migliore possibile; viceversa, nella materia processuale, in cui vige tendenzialmente one-right answer, l'unico avvicendamento consentito è quello destinato a far seguire la risposta esatta a quella precedente da tenersi per in-esatta, e non semplicemente peggiore*". Condivide espressamente l'impostazione A. Briguglio in, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, *op. cit.*, p. 129, specificamente in nota 3.

[58] Per una panoramica complessiva sulla riforma del processo, A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023; R. Tiscini, *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023; G. Scarselli, *Mala tempora currunt: scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023.

[59] Su cui tra gli altri F. P. Luiso, *Il nuovo processo civile, Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 22 ss.; A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, *op. ult. cit.*, 17 ss.; R. Donzelli, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 214 ss.; C. Delle Donne, *Principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.)*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2022, p. 60 ss.; ID. *Contraddittorio e "pregiudizio effettivo" dopo la riforma Cartabia*, in *www. judicium.it.*; V. Capasso, *Note sul (nuovo?) contraddittorio post d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, tra apprezzabili conferme e qualche occasione perduta*, in questa *Rivista*, 2023, p. 77 ss.; M. Stella, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective les préjudice effective?*, *op. cit.*, p. 408 ss.

non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

Mentre il secondo periodo del comma è rimasto invariato, continuando a prevedere il medesimo meccanismo attraverso cui il giudice realizza il contraddittorio delle parti, quando ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, è il primo periodo a contenere la significativa novità, tale da conferire la nuova veste alla disposizione.

L'innesto può essere idealmente scisso in due parti: la prima è incentrata sul destinatario della previsione, ovvero il giudice, e sulla necessità che questi assicuri il rispetto del contraddittorio; la seconda, tenendo ferma la centralità del destinatario del precetto, prescrive che il giudice adotti gli opportuni provvedimenti di salvaguardia, quando accerti che dalla possibile violazione del contraddittorio sia derivata una possibile lesione del diritto di difesa[60].

Prima facie, la formulazione letterale del neo-introdotto comma 2 potrebbe avere una qualche assonanza col pregiudizio effettivo, in teoria ricavabile dal contemporaneo uso da parte del riformatore dei termini violazione e lesione.

Tuttavia, tale possibilità pure prospettata[61] non pare corrispondere ad una reale intenzione del legislatore di voler conferire (per la prima volta) un espresso riconoscimento normativo al pregiudizio effettivo.

Invero, la perdurante immanenza del pregiudizio non convince appieno, dal momento che l'idea prospettata pare legare l'adozione dei provvedimenti opportuni da parte del giudice esclusivamente alla ipotesi di violazione del diritto di difesa, con una valorizzazione quantitativa che, tuttavia, non si rinviene così espressamente nella norma.

Più semplicemente, il nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c. si limita a prescrivere l'adozione dei provvedimenti da parte del giudice, quando si sia verificata (o per impedire che si verifichi) una violazione del contraddittorio lesiva del diritto di difesa[62].

I provvedimenti utili al ripristino del contraddittorio non sembrano cioè ancorati alla sola ipotesi in cui dalla violazione sia derivata una diretta lesione del diritto di difesa, ma ben potrebbero più in generale estendersi a tutte le ipotesi in cui sia mancato il rispetto del contraddittorio, ovvero occorra ripristinarlo, senza che venga in diretta evidenza la lesione del

---

[60] In tal senso, specificamente R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, *op. cit.*, p. 216.

[61] In tal senso si veda, C. DELLE DONNE, *Contraddittorio e pregiudizio effettivo dopo la Riforma Cartabia*, *op. cit.*, la quale configura una "*torsione involutiva ed autoritaria: il giudice assicura sì il rispetto del contraddittorio, ma la relativa violazione è rimediabile solo se ne sia derivata una lesione del diritto di difesa. Se infatti, ci si chiede quali siano le conseguenze del mancato rispetto del contraddittorio così solennemente ed incondizionatamente sancito, ci si avvede che il giudice è tenuto ad adottare i pertinenti provvedimenti se, e solo se, accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa. Il che significa, se non mi inganno, che il giudice non deve limitarsi a constatare la violazione del contraddittorio prima di disporne la (ri)attivazione postuma. Tra l'accertamento del fatto violazione e l'adozione dei provvedimenti volti alla riparazione, si pone un ulteriore requisito: l'accertamento che la violazione ha arrecato una lesione al diritto di difesa. La fattispecie costitutiva del potere-dovere di adottare i provvedimenti di ripristino del circuito del contraddittorio è dunque complessa, derivando dalla sommatoria tra violazione e offensività*".

[62] In tal senso, R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 216.

diritto di difesa in un rapporto di causa - effetto con la violazione, tale per cui finirebbe per determinarsi un non auspicabile depotenziamento del contraddittorio[63].
Del resto, non sussistono dubbi sulla portata precettiva dell'art. 101 c.p.c. e sulla valutazione generale della garanzia del contraddittorio non ristretta al solo momento iniziale del processo, bensì estesa a tutto lo svolgimento di esso, compreso il momento probatorio ed anche ad ogni stato e grado, come consacrato nell'artt. 24 della Costituzione[64].
La norma, dunque, assurge a garanzia di partecipazione effettiva al procedimento, ossia riconosce alle parti il diritto di influire concretamente sullo svolgimento del processo e sul suo esito, cooperando all'accertamento dei fatti ed al reperimento delle prove, così da contribuire alla formazione del convincimento del giudice, incidendo attivamente e direttamente su di esso[65].
Ma l'ampiezza e la portata generale della disposizione, desumibile anche dalla sua collocazione nel Libro I del Codice di rito, fa sì che essa risulti applicabile non solo a tutte le

[63] Ipotesi questa sostenuta da C. DELLE DONNE in, *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2022, p. 63, secondo cui la riscrittura dell'art. 101 comma 2 sembra precludere ad una generalizzazione di una versione debole del contraddittorio, tale da non necessitare il ripristino, contrapposto ad una versione forte e, dunque, da ripristinare perché ha dato luogo ad una lesione del diritto di difesa.
[64] V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, III ed., Napoli, 1954, p. 231; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Libro I, Tomo II, Torino, 1973, p. 1087; G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1981, p. 605; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 608; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, p. 136 ss. nota 93; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I e II, Milano, 1980, p. 607; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile on line*, Torino, 2019; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, Bari, 2015, p. 64 ss.. In giurisprudenza, Cass. 24 marzo 2010, n. 7072; Cass. 10 marzo 2008, n. 14657; Cass. 29 novembre 2005, n. 26040; Cass. 28 novembre 2003, n. 18245; Cass. 8 aprile 1998, n. 3632.
[65] N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 370; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile, Il processo ordinario di cognizione*, I, Bologna, 2011, p. 73.

fasi del processo, ma ad ogni tipo di procedimento[66], compreso il processo esecutivo[67], i procedimenti speciali[68] e quelli camerali[69].
Ed allora, è proprio in tale ampia prospettiva, che va valutato l'impiego da parte del legislatore dei termini violazione e lesione nella formulazione di nuovo conio dell'art. 101 c.p.c.
Tali termini almeno *in thesi* potrebbero evocare il pregiudizio effettivo alle facoltà e ai poteri delle parti, conferendo per la prima volta riconoscimento normativo nell'ordinamento processuale.
Tuttavia, sembra potersi escludere che la norma come formulata sia in grado di supportare tale idea, militando in tal senso altri due argomenti.
Sotto un primo profilo, va osservato come, pur mancando nella legge delega 26 novembre 2021 ogni riferimento a possibili interventi sul principio del contraddittorio, nella Relazione illustrativa al d.lg. 10 ottobre 2022 n. 149 si legga che "*l'art. 101 c.p.c. è stato modificato in virtù della necessità di operare il dovuto coordinamento, come disposto dal comma 22° della legge delega, fra le disposizioni vigenti anche non direttamente oggetto di specifico intervento delegato, per rafforzare le garanzie processuali delle parti nel nuovo modulo del rito ordinario (a trattazione scritta anticipata rispetto alla prima udienza di comparizione delle parti davanti al giudice), così come – laddove occorra – se vi sia la necessità di ripristinare "la parità delle armi" nel nuovo rito semplificato*".
Da qui, può desumersi come l'intento del legislatore muovesse nella direzione del rafforzamento delle garanzie processuali, probabilmente sospinto dalle significative

---

[66] Così, V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, *op. cit.*, p. 577; B. SASSANI – R. TISCINI, *Sub art. 101,* in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di A. Saletti e B. Sassani, Torino, 2009, p. 58 ss.
[67] In tal senso S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 391; G. Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 193 ss.; L. P. COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 450; G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, *op. ult. cit.*, p. 605; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, *op. ult. cit.*, p. 233; G. TARZIA, *Il giusto processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.* 2002, p. 329 ss.; B. CAPPONI, *Alcune problematiche su contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione)*, in *Riv. esec. forz*., 2001, p. 28 ss.; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *op. ult. cit.*, p. 139; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. III; Milano, 2021, p. 64 ss. Secondo la giurisprudenza, nel processo di esecuzione il diritto al giusto processo deve essere soddisfatto attraverso il contraddittorio tra le parti in ogni fase processuale in cui si discuta e si debba decidere circa diritti sostanziali o posizioni comunque giuridicamente protette in modo da realizzare pienamente il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. Sul punto, almeno nella premessa della decisione si vedano Cass. 20 novembre 2009, n. 24532 e Cass. 19 agosto 2003, n. 12122. Si vedano ancora anche Cass. 23 marzo 2017, n. 7403; Cass. 19 dicembre 2014, n. 26930; Cass. 24 aprile 2012, n. 6459; Cass. 28 giugno 2005, n. 13914.
[68] Il principio assicurato anche nel procedimento di ingiunzione e nei procedimenti cautelari trova applicazione compatibilmente con le peculiarità della loro struttura e funzione in tal senso A. PROTO PISANI *Dell'esercizio dell'azione*, *op. ult. cit.*, p. 1093; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, op. ult. cit., p. 596.
[69] Così A. NASI, *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano 1961, p. 726; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, *op. ult. cit.*, p. 596; M. G. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino, 1994, p. 178. In giurisprudenza si vedano, Cass. 4 maggio 2009, n. 10228; Cass. 27 maggio 2005, n. 11319; Cass. 9 maggio 2003, n. 7062; Cass. 25 luglio 2002, n. 10880; Cass. 12 ottobre 1993, n. 10068.

innovazioni introdotte al processo ordinario e al rito semplificato di cognizione[70], e non già di depotenziamento delle stesse, ipotesi che giocoforza si verificherebbe allorquando dalla violazione processuale integrante una deviazione dalle regole e dalle forme predeterminate dal legislatore non consegua automaticamente la relativa pronuncia di nullità, dovendosi, viceversa ed in aggiunta valutare necessariamente il pregiudizio effettivo concretamente subito dalla parte che lamenti la violazione.
Sotto un ulteriore profilo, si colloca poi la seguente considerazione che può forse utilmente supportare quanto appena osservato.
E' noto che il legislatore dell'ultima riforma del processo abbia adottato la tecnica di recepire quasi tutte le prassi giurisprudenziali processuali[71].
Ora valorizzando tale opzione di fondo, il possibile riconoscimento positivo del pregiudizio effettivo che si vorrebbe ipotizzare dalla nuova formulazione del comma 2 dell'art. 101 c.p.c. contrasterebbe la tecnica adottata di accogliere in norma le prassi giurisprudenziali in materia processuale, dal momento che proprio sul finire del 2021 le Sezioni Unite erano intervenute riducendo il ruolo del pregiudizio effettivo ed affermando l'automaticità della nullità, senza l'ulteriore verifica della lesione concretamente subita dalla parte.
In altri termini, se il legislatore avesse voluto recepire la recente giurisprudenza in tema di nullità e pregiudizio effettivo si sarebbe orientato nella direzione tracciata dalle Sezioni Unite, ridimensionandolo e non già ipotizzando, all'opposto, di riconoscerlo in una disposizione normativa, attraverso i sostantivi "violazione" e "lesione".
Tale argomento seppur minore, agevolato peraltro dalla considerazione che l'ultima riforma del processo civile non incide direttamente sulla disciplina delle nullità processuali potrebbe essere utile a sigillare l'intento del legislatore di rafforzare le garanzie processuali, rimarcando quella dimensione globale ed universale[72] dell'art. 101 c.p.c., supportata come anche dalla

[70] Gli immediati riferimenti sono per il rito ordinario l'art. 171 *bis* c.p.c. che prevede l'anticipazione ad una fase precedente la prima udienza di quelle attività che il giudice istruttorie anteriormente alla Riforma Cartabia svolgeva all'udienza regolata dall'art. 183 c.p.c. e per il nuovo rito semplificato l'art. 281 *duodecies* comma 4 che prevede la possibilità che vengano concessi termini per il deposito delle memorie di trattazione scritta ove richiesto ed in presenza di un giustificato motivo.
[71] Sul punto, si veda G. DELLA PIETRA, *Le «pampuglie» nella delega e nello schema di decreto legislativo per l'efficienza del processo civile*, in questa *Rivista*, 2022, p. 339 secondo cui "*L'idea del legislatore di farcire la delega perché appaia più densa e più ricca agli occhi di chi deve apprezzarne la portata si coglie in un novero di regole volte a codificare approdi della giurisprudenza più o meno consolidati. A memoria non ricordo un testo normativo tanto proteso a recepire arresti più o meno recenti della Cassazione, quasi a voler cristallizzare soluzioni ritenute pregevoli per fissarle definitivamente nel dibattito processuale*". Si vedano anche G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, Relazione al XXXIV Convegno Nazionale AISPC dal tema "*La riforma della giustizia tra regole della giurisdizione e organizzazione*", svoltosi presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II" il 22-23.09.2023, in *www. aispc.it*, 2023; M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective les préjudice effective?*, *op.cit.*, p. 408 che parla di "*trend di una riforma che, per buona parte, mira a codificare la giurisprudenza di legittimità*".
[72] M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective les préjudice effective?*, *op. ult. cit.*, p. 409 pur guardando direttamente il profilo della sentenza della terza via afferma che "*pare lecito concludere che la disposizione assuma valore più generale… La formulazione del nuovo 101, co. 2, prima parte c.p.c., in definitiva, è vero che presenta alcune*

collocazione nel Libro I del Codice, per il quale il giudice assicura sempre, in ogni fase e grado del processo, il rispetto del contraddittorio senza la necessaria valutazione del pregiudizio effettivo, il quale sarà escluso da ogni valutazione per la pronuncia della nullità processuale.
In conclusione, "*la nuova previsione ha, …., funzione di completamento e perfezionamento di un quadro normativo già esistente e risponde allo scopo di individuare nel giudice il garante del contraddittorio nel procedere*"[73], senza che il pregiudizio effettivo conservi quel ruolo di riduttore delle nullità processuali che, viceversa, in nome della ragionevole durata del processo la giurisprudenza di legittimità gli aveva nel tempo costantemente attribuito e rispetto al quale l'intervento delle Sezioni Unite del 2021, i cui principi sono applicati dall'ordinanza in commento, può concorrere a segnare un ridimensionamento (auspicabilmente) definitivo.

Fabio Savino
Ricercatore dell'Università degli studi di Napoli Parthenope

assonanze col "ritornello" del pregiudizio effettivo, in particolare dovute all'accostamento, nel medesimo enunciato, dei due sostantivi "violazione" e "lesione". Il sospetto che il legislatore delegato del 2022 con innesto non previsto nella legge di delega abbia inteso codificare in cauda il principio del pregiudizio effettivo va con sicurezza scansato".
[73] Così, R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c., cit.*, p. 226.



MARCELLO STELLA

Il giudice garante del contraddittorio: il novellato art. 101 c.p.c. e i riflessi in materia di invalidità processuale

Testo della relazione svolta al Convegno "La riforma del processo civile un anno dopo" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Napoli, Castel Capuano, 20-22 novembre 2023.

The paper was presented at the conference on the reform of the civil procedure code organised by the Superior School of the Judiciary in Napels Castel Capuano on 22-22 November 2023.

Sommario: 1. Posizione della dottrina; 2. Stato della giurisprudenza; 3. Indicazioni provenienti dai lavori preparatori; 4. Riscontri comparatistici; 5. Ambito applicativo concreto della norma; 6. Regime di rilevazione della violazione del contraddittorio; 7. Questioni rilevate d'ufficio e tutela della parte contumace; 8. Contraddittorio nei gradi impugnatori

1. Posizione della dottrina

Il nuovo inciso dell'art. 101, comma 2°, c.p.c. recita: «*Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta* [d'ufficio o su eccezione di parte?] *che dalla sua violazione è derivata una lesione* [formale o sostanziale?] *del diritto di difesa, adotta* [doverosamente] *i provvedimenti opportuni*».

La formula legislativa evoca l'idea che al giudice competa il ruolo di primo garante del rispetto del contraddittorio in seno al processo giurisdizionale, che si dipana nella intelaiatura legale semi-rigida dei riti. Ben percepibile è così la variante anche semantica rispetto alla formula dell'art. 816-*bis* c.p.c., che commette impegnativamente agli arbitri, si reputa anche irrituali, il potere-dovere di *attuare* il principio del contraddittorio, e di farlo *in ogni caso*: sia quando i compromittenti non abbiano fissato le regole del processo arbitrale, cosicché gli arbitri non potranno neppure in tal caso procedere "a briglia sciolta"; sia quando le parti abbiano dettato regole poco ossequiose del principio agli occhi dei giudici privati, officiati del dovere di pronunciare un valido lodo.

Formulazioni non dissimili, ma spersonalizzate, e da collocarsi allora sul diverso piano valoriale, albergano negli artt. 2 c.p.a.: «*Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione*»; e 4 Codice giustizia contabile: «*Il processo contabile attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione*».

Tanto premesso, le opzioni interpretative sul tappeto, quali affioranti dalla manualistica e dai primi commenti alla nuova norma, sembrano essenzialmente tre, così di seguito sintetizzabili.
Opzione ricognitiva. La norma *codificherebbe l'orientamento giurisprudenziale pregresso sul c.d. pregiudizio effettivo*, che postula che la nullità degli atti processuali va dichiarata soltanto quando la parte che la eccepisce dimostri di avere subito una concreta lesione del suo diritto di difesa[1].
Opzione sistematica. Agli antipodi rispetto alla prima proposta, questa seconda lettura afferma che il nuovo inciso dell'art. 101 c.p.c. «*non potrà essere utilizzato al fine di legittimare le violazioni del principio del contraddittorio che il giudice ritenga, con giudizio prognostico, non lesive del diritto di difesa; e ciò in quanto il rispetto del contraddittorio è il modo con il quale si garantisce l'inviolabile diritto di difesa delle parti nel processo*»[2].
Opzione innovativa "debole". La norma avrebbe «*una funzione di completamento e perfezionamento di un quadro normativo già esistente e risponde allo scopo di individuare nel giudice il garante del contraddittorio nel procedere; posizione che evidentemente assume un ruolo ancor più centrale allorché la regolamentazione del processo passi per le sue mani, ovvero gli siano attribuiti poteri di determinazione dell'itinerario processuale*»[3].
Nella variante della opzione innovativa "forte", la norma attribuisce al giudice un potere di direzione del procedimento, valevole sempre, anche al di fuori dei limiti "topografici" in cui è costretto l'art. 175 c.p.c. (ma che la giurisprudenza non esita a valicare, come vengono disvelando le prime esperienze applicative del nuovo art. 171-*bis* c.p.c. e delle deroghe pretorie al canovaccio legale a quanto pare assai sgradito a larga parte della giurisprudenza). Potere volto a garantire che le parti abbiano pari opportunità di contraddire sui *nova* che abbiano occasione di manifestarsi nel corso del processo[4]. Nel solco di questa ultima chiave interpretativa, si staglia la limpida enunciazione di uno dei maggiori se non del principale corollario pratico-operazionale: la attribuzione di un potere "non tipizzato nelle forme ma nella funzione", viene fatto di notare, dispensa il giudice dal dovere di dichiarare la nullità o dal disporre la rinnovazione di un atto e lo facultizza a provvedere altrimenti, ad es. attraverso il rinvio della udienza o l'assegnazione di termini per note[5].

---

[1] G. Verde, *Diritto processuale civile*, I, 2023, p. 96, che pure reputa il nuovo inciso «*foriero di dubbi di non poco momento*»; C. Delle Donne, *Contraddittorio e "pregiudizio effettivo" dopo la Riforma Cartabia*, in *Judicium*, 2023, par. 1, *in fine*, la quale definisce l'intervento additivo una «*morsa involutiva e autoritaria*».
[2] G. Ruffini, *Diritto processuale civile*, 2023, p. 37; cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, 2023, p. 229, per il quale «*non è chiaro*» se la norma abbia voluto codificare il principio del pregiudizio effettivo, ma la norma è «*ambigua e rischia di legittimare disapplicazioni di previsioni del c.p.c., sol perché reputate non essenziali ad assicurare il contraddittorio tra le parti*»; C. Mandrioli-A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino 2023, p. 66.
[3] R. Donzelli, Note sul nuovo art. 101 c.p.c., in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 214 ss., p. 218.
[4] E. Merlin(-S. Menchini), Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale, in *Riv. dir. proc.* 2023, pp. 578 ss., p. 593, nota 42.
[5] F. Auletta, *Diritto giudiziario civile*, Bologna 2023, p. 76.

Il recupero del contraddittorio inizialmente eliso è così economicamente reso possibile "in corsa", senza dispendiosi ritorni indietro o rifacimenti di intere fasi del processo.

2. Stato della giurisprudenza

Quale delle tre/quattro opzioni intercetta o meglio riflette la *mens legis*?

Sarà doveroso muovere dall'esame della giurisprudenza, cui si devono del resto ascesa e declino della teorica del pregiudizio effettivo, per verificare le propensioni del formante giudiziario rispetto alle soluzioni ermeneutiche sin qui rapidamente tratteggiate in quadro sinottico.

Va detto che non constano precedenti di legittimità che abbiano *ex professo* interpretato la nuova disposizione. Non vi sono tuttavia neppure avvisaglie di adesione alla tesi (o prognosi infausta, secondo la stessa dottrina che se è fatta latrice), che abbiamo ribattezzato "ricognitiva". Non c'è stato, per dir così, ammutinamento rispetto al *dictum* di Cass., Sez. Un., 25 novembre 2021, n. 36596, che ha ribadito la primazia dell'assetto disegnato dagli artt. 156 ss. c.p.c. ed ha espunto dal sistema delle nullità processuali la tralatizia teorica del pregiudizio effettivo, che pure continuò a serpeggiare nella giurisprudenza anche dopo la entrata in vigore del c.p.c. del 1940.

Un primo arresto a venire in rilievo è quello di Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2022, n. 2258 (rel. Scarpa)[6]. Nullità della citazione per assegnazione di termine a comparire inferiore a quello minimo di legge e conseguenze dell'accoglimento del motivo di appello, deducente appunto tale nullità, proposto dal contumace in primo grado. Secondo la S.C. il contumace avrà sì diritto all'annullamento della sentenza ed alla conseguente rinnovazione del giudizio in grado di appello: non riacquisterà però tutte le facoltà difensive, ma solo quelle non soggette alle preclusioni maturate in I grado, salvo che la nullità della citazione gli abbia in concreto impedito di avere conoscenza del processo. Conoscenza che, nel caso di nullità della citazione per violazione del termine di comparizione, non sarà di per sé mai impedita. Il contumace non avrà dunque diritto al "*premio*" (così la S.C.) della piena rimessione nei termini, quando «*avrebbe potuto comunque costituirsi sin dalla prima udienza*».

La Cassazione ha finito così per uniformarsi al precedente di Cass., Sez. VI-3, 7 maggio 2013, n. 10580 (rel. Frasca) che, dichiaratamente allo scopo di fornire «*precisazioni ridimensionatrici*», aveva di fatto sovvertito l'opposto liberale principio enunciato da Cass., Sez. Un. n. 122 del 2001 ed abbracciato una risalente tesi dottrinale (Proto Pisani), da cui il suo stesso autore aveva però preso le distanze «*a seguito della rimeditazione del nuovo testo dell'art. 164*», e rilevandosi appunto, da quello stesso Autore, «*la difficoltà quasi intuitiva di ammettere la possibilità di una rinnovazione di atti nulli* (…) *senza allo stesso tempo riattribuire alle parti i*

[6] In *Judicium*, 2022, con nota critica di C. Delle Donne, *Appello per nullità dell'atto introduttivo del primo grado e attività soggette a preclusione: gli opposti fronti delle Sezioni Unite e della recente riforma del processo civile*.

poteri processuali che la legge ricollega direttamente o indirettamente allo svolgimento di tali atti»[7].

Alla soluzione accolta dalle Sez. Un. si potrebbe obiettare che l'art. 164 c.p.c., a seguito della riscrittura del 1990, prevede un potere-dovere di rilievo officioso della nullità della citazione, che va esercitato sempre, nel caso di mancata costituzione del convenuto. Se il giudice omette di attivare il meccanismo di sanatoria, tale *error in procedendo* si ripercuoterà a cascata sui successivi atti del processo. Nel vigore del c.p.c. del 1865, l'art. 190, comma 2°, prevedeva che «*il contumace può nel giudizio di opposizione o di appello impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale, ma deve farlo prima di ogni altra difesa, salvo la declinatoria del foro*». Mentre l'art. 386, comma 2°, prevedeva che «*se il contumace comparisca scaduto il termine per controdedurre la prova testimoniale o far seguire la prova contraria, non può valersi di questi mezzi di prova*». Si discuteva se la *ratio* di una normativa tanto penalizzante per il contumace tardivamente costituitosi in primo grado, quanto tutelante per il contumace appellante, fosse di «*incoraggiare il contumace a valersi dell'opposizione* [contro la sentenza contumaciale] *anziché comparire tardivamente, contro il principio dell'economia dei giudizii*»[8]. La opzione attendista (quale sempre si offrirà al convenuto attinto da citazione nulla e non rinnovata a causa di omesso rilievo officioso della nullità), oggi bollata di tatticismo contrario alla ragionevole durata, nel vigore del vecchio c.p.c. era addirittura …legislativamente caldeggiata *in nome della ragionevole durata*. All'insegna del principio "meglio tardi che …subito". Meglio che il contumace resti alla finestra, chè se infine vincerà non avrà interesse a far rinnovare alcunché, piuttosto che compaia nel corso del giudizio di I grado e costringa senz'altro al rifacimento del processo. Si tendeva in tal modo a responsabilizzare l'attore, ponendolo nella alternativa tra attingere un giudicato alquanto instabile o sobbarcarsi gli oneri della rinnovazione della citazione viziata.

Nel vigente regime processuale, dal momento che la nullità della citazione per vizi della *vocatio in ius* non rientra tra le ipotesi di appello rescindente previste dall'art. 354 c.p.c., il giudice di appello deve disporre la rinnovazione di tutti gli atti successivi al mancato rilievo della nullità della citazione. La rinnovazione dovrà perciò essere integrale e non monca[9]. Il convenuto-

---

[7] A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, pp. 83-84, cui tutt'oggi aderisce, ad es., Balena.

[8] G. Chiovenda, *Principii di Diritto processuale civile*, ristampa anastatica con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli, Napoli, 1980, p. 760.

[9] Secondo C. Cavallini, *Nullità della citazione per inosservanza del termine a comparire e poteri del giudice d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 474 ss., p. 504, il rilievo della nullità della citazione per violazione del termine minimo a comparire avrebbe dovuto dare luogo a rimessione della causa in I grado, con interpretazione estensiva dell'art. 354 c.p.c., in ragione della «*inidoneità strutturale*» del giudizio di appello a consentire una piena rinnovazione del processo, stante il divieto di *nova* sancito dall'art. 345 c.p.c. La obiezione pare superabile volta che si riconosca che il giudice di appello, una volta dichiarata la nullità della sentenza, deve rinnovare l'intero giudizio e sarà dunque proprio l'art. 345 c.p.c., che vieta la modificazione dell'oggetto del giudizio in sede di *gravame*, a risultare recessivo dovendosi invece celebrare *ex novo* il processo di primo grado, senza che possano venire in rilievo preclusioni in danno del contumace. E difatti, come affermato da Cass., Sez. Un.,

appellante, il cui diritto di difesa sia stato leso dalla assegnazione di un termine inferiore a quello di legge *e dalla mancata rilevazione officiosa del vizio*, dovrà per noi godere del potere di proporre domande riconvenzionali, di chiamare in causa terzi, di chiedere la assunzione di prove, di formulare eccezioni in senso stretto. Il nuovo art. 354, comma 3°, c.p.c. a ben vedere supera ogni questione giacché prevede che quando il giudice di appello «*dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado*», ammette senz'altro le parti «*a compiere le attività che sarebbero precluse*».

Quale che sia la soluzione da prediligersi prima e dopo la riforma[10], di questo arresto delle Sezioni Unite preme ai nostri fini evidenziare un unico profilo.

Nel giudizio di cassazione, il controricorrente aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata dimostrazione del pregiudizio effettivo che l'appellante, contumace in primo grado, avrebbe subito dalla mancata rimessione nei termini in grado di appello. Le Sezioni Unite hanno respinto tale eccezione e ribadito che «*la parte non ha alcun onere di allegare o di dimostrare che la violazione della norma le abbia provocato un pregiudizio specifico ulteriore rispetto a quello relativo al compiuto esercizio di quegli stessi diritti*».

Né la teorica del pregiudizio effettivo, espressamente ripudiata, né il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. hanno fornito alle Sezioni Unite argomento per respingere il motivo di ricorso.

Un secondo precedente rilevante è quello di Cass., Sez. III, 7 novembre 2023, n. 31008 (rel. Iannello). Il ricorrente si doleva della omessa comunicazione della ordinanza di fissazione della udienza di p.c. in I grado, e di qui della sua decadenza incolpevole dai termini per il deposito di conclusionale e replica. La corte d'appello aveva respinto il gravame, sull'assunto che l'appellante avrebbe dovuto dimostrare «*quale specifica attività difensiva sia stata preclusa alla parte pretermessa, in termini di argomentazioni che avrebbero potuto comportare una diversa valutazione dei fatti*». La Cassazione ha dichiarato inammissibile il motivo di ricorso per difetto di interesse ad impugnare, previa correzione della motivazione, nella parte in cui la corte territoriale aveva ritenuto che la censura di nullità sia subordinata alla dimostrazione del pregiudizio concreto. Ebbene, la Cassazione ha ritenuto di non poter fare applicazione del nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. *ratione temporis*, ma ha indicativamente soggiunto: «*Nè è*

---

21 marzo 2001, n. 122, «*la preclusione di tali attività sarebbe lesiva del diritto di difesa della parte danneggiata dalla nullità. L'alterazione della funzione del giudizio di appello è quindi giustificata dalla prevalenza del principio costituzionale*».

[10] G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari 2023, p. 440, nota 75, continua a difendere la tesi abbracciata dalle Sez. un. del 2022, pur dando atto che la nuova formulazione dell'art. 354 comma 3 c.p.c. «farebbe pensare ad una rimessione in termini automatica del convenuto, derivante dal mero accertamento in appello della nullità della citazione". Tuttavia, opina questo A., sia la «esigenza di coerenza sistematica» derivante dall'intatto regime dell'art. 294 c.p.c., sia il fatto che lo stesso art. 354 c.p.c. non consentirebbe di rimuovere le preclusioni maturate in primo grado in caso di erronea declinatoria di giurisdizione da parte del I giudice, imporrebbero di ritenere che l'uso del condizionale, là dove l'art. 354 fa riferimento alle attività che "sarebbero precluse", implichi che il contumace in I grado, poi appellante, debba comunque dare dimostrazione dei presupposti per ottenere la rimessione in termini. Cioè mostrare che la nullità della citazione gli impedì di avere conoscenza del processo. Il che escluderebbe la rimessione nei termini, nel caso di nullità derivante dalla assegnazione di un termine di comparizione inferiore a quello di legge.

questa la sede per chiedersi se tale principio [cioè il principio di diritto enunciato da Cass., Sez. Un., 25 novembre 2021, n. 36596] *non possa e debba essere rivisto alla luce della modifica dell'art. 101 c.p.c.*». Questa pronuncia lascia dunque aperto il dubbio se, con l'inciso inserito nel capoverso dell'art. 101, comma 2°, c.p.c., il legislatore abbia inteso codificare la teorica del pregiudizio effettivo, ripudiata dalle Sezioni Unite nel 2021.
Una terza pronuncia è quella di Cass., Sez. I, 27 ottobre 2023, n. 29817 (rel. Di Marzio) che ha cassato con rinvio la sentenza della corte d'appello di Milano di rigetto del reclamo contro una sentenza dichiarativa del fallimento. Il giudice del reclamo aveva autorizzato la curatela fallimentare a depositare alla udienza note difensive. Di fatto una memoria vera e propria, ben 13 fitte pagine, grondante di deduzioni a elevato tasso tecnico. A fronte della legittima richiesta di un termine a difesa avanzata dal reclamante, il collegio aveva deliberato di rinviare l'udienza *ad horas* così da permettere brevi repliche a verbale.
La Cassazione ha stigmatizzato l'«*atteggiamento manifestamente giugulatorio mantenuto dalla Corte di merito*» ed ha chiosato: «*E' difficile dire, e comunque non rileva in questa sede, se il legislatore, nel riformulare l'art. 101 c.p.c., comma 2,* (…) *abbia inteso ribadire che le regole del processo civile non tutelano la astratta regolarità dell'attività giudiziaria, sicchè la loro violazione assume rilievo soltanto in caso di pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte*».
In concreto, la Cassazione ha ritenuto che ogni profilo di diritto transitorio come pure la indagine sulla "effettività" della lesione del diritto di difesa fosse assorbito, giacché la violazione del contraddittorio v'era indubbiamente e non contava dire se dovesse essere rimediata in base al nuovo art. 101 o altrimenti. Ed invece pare a noi che proprio il caso approdato alla Corte, dei tre sin qui analizzati, fosse il più vicino a lambire il cuore della norma ed avrebbe offerto un'ottima occasione di promozione della interpretazione uniforme[11].

[11] Per completezza, diamo atto che l'art. 101, comma 2°, c.p.c. è stato interpretato da Corte dei Conti, Sez. II, 11 ottobre 2023, n. 274, la quale afferma che il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. è applicabile nel processo contabile ("*la portata della riforma varca i confini del processo civile e approda sulle rive del codice di giustizia contabile per effetto del rinvio (dinamico) all'art. 101 c.p.c. operato dagli artt. 7, comma 2, e 91, comma 5*"). In concreto, gli appellanti si dolevano della nullità della sentenza di primo grado, per esser stato loro negato accesso al fascicolo nella fase preprocessuale. La Corte dei Conti ha affermato che «*la mancata ostensione dei documenti richiesti non ha compromesso affatto la facoltà dei prevenuti di difendersi, neppure nella fase processuale, trattandosi di documenti che provenivano dalla stessa parte e, dunque, presumibilmente ad essa direttamente accessibili*». Nella specie il giudice contabile di primo grado non avrebbe dovuto adottare alcun "provvedimento opportuno" per assicurare il ripristino del contraddittorio sostanziale.

3. Indicazioni provenienti dai lavori preparatori

Nel tentativo di individuare il *proprium* della nuova disposizione, alcuni interpreti reputano conveniente valorizzare le indicazioni traibili dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 149/2022.

Conviene ricordare che l'art. 1, comma 22, l. 206/2021 conferiva una delega amplissima[12], che autorizza la modifica, la (ri-)formulazione e (ri-)collocazione di qualunque disposizione del c.p.c. in modo da renderla conforme ai principii e ai criteri direttivi enunciati dalla medesima legge delega. La Relazione illustrativa sul nuovo 101, comma 2°, c.p.c. è men che apodittica: «[l]*'articolo 101 c.p.c. è stato modificato* (…) *per rafforzare le garanzie processuali delle parti nel nuovo "modulo" del rito ordinario (a trattazione scritta anticipata rispetto alla prima udienza di comparizione delle parti davanti al giudice), così come – laddove occorra – se vi sia necessità di ripristinare "la parità delle armi" nel nuovo rito semplificato*».

Ognun vede che la norma, siccome inserita nell'ordito del Libro I, non può essere ricollegata a doppio filo, come pretenderebbe la Relazione, alla sola disciplina dei nuovi riti di cognizione del Libro II[13].

Dai lavori preparatorii emerge a ogni buon conto che non era nelle intenzioni (e nel mandato) del *conditor* codificare alcun orientamento giurisprudenziale pregresso afferente al regime delle nullità formali degli atti processuali. Ed invero gli artt. 156 ss. c.p.c. non sono stati toccati dalla riforma.

In questa direzione, alcune voci dottrinali avanzano l'idea di un impiego del nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. in chiave *preventiva* della violazione del contraddittorio. Il potenziale applicativo della norma si sprigionarebbe nelle evenienze, non infrequenti, in cui insorga la esigenza di attuare il contraddittorio in una fase del processo in relazione alla quale la legge non prefiguri una confacente finestra dialettica. Questa può essere una valida chiave di lettura.

A ogni modo, se si limitasse il campo di applicazione della norma alle ipotesi in cui il giudice, nel nuovo rito ordinario di cognizione, sollevi alla udienza ex art. 183 c.p.c. una questione non

---

[12] Come rileva G. SCARSELLI, *Il Tribunale di Verona dubita della legittimità costituzionale dell'art. 171 bis c.p.c.*, in *Giustizia Insieme*, 2023: «la contrapposizione tra funzione legislativa ed esecutiva si è persa, e il Governo si è sostanzialmente appropriato anche della funzione legislativa». Secondo V. CAPASSO, *Note sul (nuovo?) contraddittorio post d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, tra apprezzabili conferme e qualche occasione perduta*, in questa *Rivista*, 2023, pp. 77 ss., p. 83, la Relazione farebbe trapelare la "riserva mentale del legislatore delegato quanto alla capacità del nuovo rito di assicurare garanzie pari a quello sinora vigente". La A. reputa invece che mediante il nuovo inciso dell'art. 101 c.p.c. il legislatore abbia inteso ribadire il dovere permanente del giudice di sincerarsi della integrità del contraddittorio: le verifiche inerenti la regolarità della citazione introduttiva andrebbero così rinnovate – e solo rapportate alla verifica della conoscenza dei provvedimenti ordinatori successivi – ogni qual volta la parte costituita non compaia in una successiva udienza.

[13] Di talchè, ad es., può immaginarsi che il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. si applichi nel procedimento di apertura della liquidazione giudiziale delineato dagli artt. 44 ss. codice della crisi di impresa. Procedimento semplificato, a cognizione piena, ma regolato dalla legge nei soli suoi momenti principali ed in relazione al quale la dottrina ritiene non sia più possibile richiamare gli articoli 737 ss. c.p.c., a differenza di quanto, in passato, consentiva l'espresso richiamo operato dall'art. 15 l.f. D. LONGO, *La liquidazione giudiziale: apertura e impugnazioni*, in G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto della crisi di impresa*, Bari, 2023, p. 310.

prontamente segnalata alle parti in precedenza col decreto adottato ai sensi dell'art. 171-*bis* c.p.c., bisognerebbe riconoscere che la norma è priva di una reale portata innovativa. La rilevazione officiosa di questioni ed il suo corredo procedimentale si ritrovano infatti già disciplinati dall'art. 101, comma 2°, c.p.c. previgente. A meno che, come notato da autorevole dottrina, non si intenda valorizzare il nuovo inciso dell'art. 101 cpv. quale disposizione complementare intesa ad ampliare le attività che le parti possono svolgere con le memorie nei termini assegnati dal giudice a fronte della rilevazione officiosa di questioni[14].

4. Riscontri comparatistici

A voler allargare il campo di osservazione, il nuovo inciso dell'art. 101, comma 2°, c.p.c. sembrerebbe evocare la nozione francese di contraddittorio verticale[15]: ovvero l'idea che prima di vigilare sulla osservanza del principio da parte dei contendenti, il giudice sarebbe per primo tenuto a «*observer lui-même le principe de la contradiction*», così come recita l'art. 16, comma 1°, *code de procedure civile*, a seguito della novellazione del 1981.

Se però si volesse scandagliare come quella altisonante disposizione si traduce nel "diritto vivente", si scoprirebbe facilmente che essa nulla aggiunge ad assetti da noi già stabilmente conseguiti in via pretoria se non a livello positivo, prima della riforma del 2022.

Il c.d. principio di contraddittorio verticale gravita essenzialmente attorno a due direttici: i) il *divieto di fondare la decisione su prove assunte fuori dal contraddittorio*[16]; ii) il *divieto di fondare la decisione su questioni rilevate d'ufficio senza sollecitare il contraddittorio delle parti*: esattamente quanto da noi previsto, dal 2009, dall'art. 101, comma 2°, c.p.c. e come in effetti specifica a sua volta l'art. 16, ultimo comma, c.p.c. francese («*Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*»).

Quanto, poi, al potere-dovere di «*fare osservare*» il contraddittorio, la dottrina d'Oltralpe ravvisa il nesso di derivazione da tale principio generale di tutta una serie disposizioni disseminate nel *code de procedure civile*, che attribuiscono al giudice i più svariati poteri di direzione del procedimento, come ad es. quello di disporre misure coercitive indirette a

---

[14] I. PAGNI, *Le novità della riforma del processo civile con riferimento agli atti introduttivi, all'art. 101 c.p.c. e alle udienze*, in *www.scuolamagistratura.it*, la quale rileva che il testo dell'art. 101 tuttora "non include [la produzione o indicazione di mezzi di prova] tra le attività consentite nelle memorie che debbono essere date alle parti quando il giudice ritiene di porre a fondamento della decisione la questione rilevata d'ufficio".

[15] Vi indugia particolarmente C. GAMBA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali IX*, 2016, p. 189, la quale reputava che l'art. 16 c.p.c. francese fosse «più completo» del nostro art. 101 in ciò, che la norma francese prevede «*il dovere-obbligo del giudice di far rispettare le regole del contraddittorio tra le parti, sorvegliandone la corretta attuazione per tutto il corso del procedimento*». A tale valutazione non si accompagna però una disamina circa il modo in cui la giurisprudenza francese intende e traduce in concreto quel generale precetto e su cui v. *infra* nel testo.

[16] Ad es. Cour de cassation, 3 febbraio 2010, n. 09-10.631, cassa la decisione fondata su una perizia di parte. Il caso a ben vedere avrebbe ricevuto da noi analoga sanzione, ma sotto il profilo della violazione dell'art. 115 c.p.c., atteso che le perizie di parte non hanno valore di prova, ma di mera allegazione difensiva.

presidio della effettività della istruzione probatoria. Si fa riferimento agli artt. 11 ("*Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte*"), 133 («*Si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication*»), 134 («*Le juge fixe, au besoin à peine d'astreinte, le délai, et, s'il y a lieu, les modalités de la communication*»), 136 («*La partie qui ne restitue pas les pièces communiquées peut y être contrainte, éventuellement sous astreinte*») e 147 («*Le juge doit limiter le choix de la mesure* [ossia dei mezzi di prova da assumere] *à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux*»).
Infruttuosa sarebbe la ricerca nel diritto giudiziario francese di una chiave interpretativa confacente ad illuminare il *proprium* della novella disposizione.

5. Ambito applicativo concreto della norma

Uno spazio operazionale di maggior risalto potrà, oggi, essere ritagliato alla nuova disposizione nei casi in cui, nel corso del processo, siano allegati dalle parti fatti nuovi sopravvenuti o, semplicemente, resi rilevanti dallo *ius superveniens*; o, ancora, quando sia proposta una domanda di accertamento incidentale, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., la quale non incontra le preclusioni della prima memoria emendatrice. Nuove istanze saranno suscettibili di essere formulate nelle note scritte in sostituzione della udienza ai sensi dell'art. 127-*ter* c.p.c.: ad es. ai sensi degli artt. 186-*bis*, 186-*ter*; e, oggi, anche ai sensi dei nuovi artt. 183-*ter* e 183-*quater*, l'accoglimento delle quali è idoneo a determinare la immediata chiusura del grado di giudizio, salvo reclamo.
Ecco che in tutti questi casi di *ius novorum*, quando in concreto non sia stato consentito alla controparte ribattere "in presa diretta", il giudice non potrà decidere sulla domanda senza prima avere ripristinato, con adeguate forme e congruo termine, la possibilità di esercizio del diritto di replica. Ed allora dovrà immaginarsi, ed il nuovo art. 101, comma 2° lo consentirà e invero imporrà, che il giudice assegni dei termini o fissi una udienza *ad hoc*, per dare congruo spazio al contraddittorio mancato.
Non che, fino a ieri, beninteso, i giudici non potessero procedere esattamente nello stesso modo.
Fino a ieri, però, nel silenzio del c.p.c. si sarebbe dovuto fare i conti con l'art. 152 c.p.c. che consente la fissazione di termini giudiziari di decadenza solo nei casi in cui la legge lo permette espressamente (es. art. 426 c.p.c.). La nuova clausola dell'art. 101, comma 2°, c.p.c., invece, abilita senz'altro il giudice a fissare nuovi termini (ad es., per formulare istanze di prova e a prova contraria sui fatti sopravvenuti). Tanto è racchiuso nel sintagma «*provvedimenti opportuni*».
La novella consente di modulare in maniera più snella e proporzionata alle concrete esigenze emerse nel singolo caso la entità della parentesi dialettica necessitata dai *nova*. La collocazione

topografica nel Libro I, poi, fa sì che il precetto abbracci l'intero rapporto giuridico processuale. L'art. 101, comma 2°, prima parte, c.p.c., in questo senso, si pone come *lex generalis*, rispetto alle tante disposizioni disseminate nel c.p.c., del pari cospiranti a garantire il contraddittorio o quanto meno la potenzialità del contraddittorio: artt. 101, comma 1°; 101, comma 2°, ultima parte, 102, 110, 111, comma 3°, 115, 153, 182, 164, 171-bis, 291, 292, 299, 300, 301 etc.
Da escludere, invece, che l'art. 101, comma 2, c.p.c. possa essere invocato quale *benchmark* per legittimare deviazioni più o meno macroscopiche dal rito legalmente prestabilito, come invece è appara incline a fare la giurisprudenza di merito. Ad es., Trib. Mantova, 10 novembre 2023, con decreto ex art. 171-*bis* c.p.c., "*…visto l'art. 101, comma 2, c.p.c.*", ha disposto il mutamento anticipato del rito ordinario prescelto dall'attore in quello semplificato, reputando che "*tale opzione appare coerente con il principio del contraddittorio*", ed appagandosi della astratta previsione, nel rito di approdo, della assegnazione di termini per memorie ai sensi dell'art. 281-*duodecies*, comma 4, c.p.c.

6. Regime di rilevazione della violazione del contraddittorio

Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. oltre ad essere espressione di un principio immanente a ogni processo, è però, come si è visto, disposizione dotata di una efficacia precettiva propria, nella misura in cui commette al giudice il dovere di porre rimedio alle violazioni del contraddittorio «accertate» nel corso del processo. Ci si chieda ora se tale potere sia esercitabile d'ufficio o solo su eccezione di parte. Occorre distinguere.
Per quanto concerne il difetto di instaurazione del contraddittorio con una o più parti destinatarie della domanda, oppure il difetto di integrazione del contraddittorio con uno o più litisconsorti necessari pretermessi (ossia non destinatari della domanda ancorché titolari o contitolari della situazione giuridica dedotta in giudizio), esso è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo. Per fronteggiare tali evenienze sovvengono già gli artt. 101, comma 1°, 102, 331.
Per quanto attiene alla violazione del contraddittorio dovuta al compimento di attività processuali oltre le barriere preclusive scandite dalla disciplina del rito, varrà l'orientamento giurisprudenziale per cui «*le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel processo civile (tanto dinanzi al giudice di pace, quanto dinanzi al tribunale) sono preordinate a tutelare interessi generali, e la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza*»[17].
Al di là dei casi di superamento dei termini decadenziali scanditi dalla legge processuale, in relazione ai quali la sanzione della inammissibilità (di nuove allegazioni di fatti già deducibili ma non dedotti, di prove, di domande nuove, etc.), per così dire, è *self-executing* e non esige alcun provvedimento interinale (al di fuori della presa d'atto, nella sentenza che definisce il

[17] Cass., Sez. II, 28 dicembre 2022, n. 37890.

giudizio, della tardività di quelle attività processuali e perciò del dovere del giudice di non tenerne altrimenti conto), la violazione del contraddittorio dovrà di regola ritenersi rilevabile a istanza di parte: nel senso che la possibilità di esercitare su un piano di eguaglianza le facoltà processuali andrà attribuita soltanto alla parte che ne esprima la esigenza (chè, altrimenti, la concessione di termine non avrebbe veruno scopo), a meno che la parte non abbia avuto una concreta possibilità di dolersi della violazione in una difesa successiva[18].

Come accadrebbe, ad es., se nelle note scritte, disposte in sostituzione della udienza (127-*ter*), siano per la prima volta avanzate da una parte nuove istanze, non formulate in precedenza e nella ignoranza dell'avversario (che se ne avvedrà soltanto *a posteriori*, con accesso al fascicolo telematico d'ufficio): su queste il giudice non potrebbe allora decidere, senza prima assegnare all'altra parte un termine, breve o lungo, sarà il giudice a determinarlo *secundum opportunitatem*, o fissare una apposita udienza, per consentire all'altra parte di contraddire sulle medesime.

Sono noti i problemi occasionati dalle c.d. udienze "cartolari" nel periodo pandemico. La mancata opposizione della parte al provvedimento con cui il giudice dispone che la udienza sia sostituita dal deposito di note scritte (da formularsi entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento *ex* art. 127-ter c.p.c.) non potrebbe ovviamente assumere valore di rinunzia al diritto di replicare ad eventuali *nova* introdotti con le note scritte dall'avversario. La mancata opposizione allo svolgimento della udienza con modalità cartolare, invece, impedirà alla parte di dolersi, *a posteriori*, di non avere avuto la possibilità di replicare alle note scritte avversarie, se queste non abbiano un contenuto «innovativo» ma semplicemente iterativo delle sole istanze e conclusioni[19].

---

[18] Cfr., in relazione all'art. 816-*bis*, A. ROMANO, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2023, p. 163.

[19] Cass., Sez. III, 19 dicembre 2022, n. 37137 ha così ritenuto che non sia affetta da nullità la sentenza pronunciata all'esito di udienza *ex* art. 281-*sexies* c.p.c. sostituita da note scritte, ed ha respinto il motivo di ricorso con cui la parte lamentava che la modalità cartolare, applicata alla fase decisoria, le avrebbe precluso la possibilità di replicare, come sarebbe avvenuto in caso di discussione orale. La Cassazione, nella specie, ha rilevato che l'operato del giudice era consentito dalle disposizioni emergenziali vigenti, e pertanto doveva ritenersi che «il *contraddittorio sia stato nella specie adeguatamente assicurato, nelle eccezionali forme previste dalla legge per il periodo di emergenza epidemiologica. E', infine, appena il caso di precisare che neanche può ritenersi che il giudice avesse uno specifico obbligo di motivazione ulteriore ad esplicazione delle ragioni per cui avesse disposto lo svolgimento dell'udienza nelle forme previste dalla legge, senza dar seguito alle contrarie istanze di parte, che andasse al di là del al richiamo del provvedimento del capo dell'ufficio che espressamente tali forme di svolgimento dell'udienza autorizzava, sulla base della corrispondente previsione della normativa emergenziale*". Esula invece dal nostro campo di indagine il caso deciso da Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 29919, di mancata partecipazione della parte all'udienza di discussione svoltasi tramite collegamento telematico, per problemi tecnici di connessione. Qui si versa nel campo della causa non imputabile che si frappone all'esercizio del potere di compiere atti processuali. La Cassazione ha fatto bene a cassare con rinvio il provvedimento del Tribunale dei minorenni, poiché il giudice aveva respinto la richiesta di remissione nei termini a motivo che «ogni circostanza rappresentata nell'udienza dall'A.A. sarebbe stata già oggetto di ricorso introduttivo e avversata dalla resistente con memoria difensiva». Ma in quel caso il giudice non avrebbe dovuto fare applicazione dell'art. 101, comma 2°, c.p.c. (posto che nessuna violazione del contraddittorio imputabile allo stesso giudice o all'altra parte si era verificata), bensì dell'art. 153, comma 2°, c.p.c.

Potrà risultare proficuo, non solo come argomento *a simili*, attesa la natura giurisdizionale che accomuna il processo arbitrale al processo davanti al giudice togato, sfogliare i repetori di giurisprudenza in materia di arbitrato rituale. La Cassazione ha affermato a più riprese che la inosservanza del contraddittorio è vizio di attività (non una nullità formale) rilevante ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 1°, n. 9, c.p.c., se preceduta dalla relativa eccezione tempestiva sollevata davanti agli arbitri, e sempre che la violazione si sia tradotta in una concreta compressione del diritto di difesa della parte. Pertanto, «*nel procedimento arbitrale (come in quello ordinario)* [deve] *aversi riguardo al modo in cui le parti hanno potuto confrontarsi in giudizio in relazione alle pretese ivi esplicate, giacchè il vizio di violazione del contraddittorio non ha un rilievo meramente formale, ma consegue alla concreta menomazione del diritto di difesa*» (Cass., Sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28660; e si veda già Cass., Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 2201: «*il principio del contraddittorio deve dirsi osservato quando le parti hanno avuto la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo ed hanno ottenuto il termine per presentare memorie e repliche e di conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse*»).

7. Questioni rilevate d'ufficio e tutela della parte contumace

Vigente il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. le questioni rilevate d'ufficio dovranno essere portate a conoscenza della parte contumace?

Il quesito si era una prima volta posto a seguito della riforma del 2009 ed aveva ricevuto soluzione negativa da parte della dottrina[20], rilevato che il contumace volontario ben conosce l'oggetto del giudizio attraverso la necessaria notificazione dell'atto introduttivo, e che, pertanto, egli «*si assume il rischio dell'insorgenza di questioni la cui soluzione possa nuocergli senza sua previa difesa*» (una per tutte: la riqualificazione officiosa del titolo della responsabilità, da aquiliana a contrattuale e la conseguente alleggerimento dell'onere probatorio di cui l'attore si gioverebbe), concludeva che «*il contumace non dovrà essere destinatario di comunicazioni relative al rilievo officioso di alcuna questione, in quanto oggetto del giudicato è solo il diritto fatto valere, delimitato dalle domande proposte dalle parti*».

La riforma dell'art. 101 c.p.c. non crediamo possa rinfocolare la questione o imporre una lettura ulteriormente estensiva dell'art. 292 c.p.c. vale a dire dell'elenco degli atti – di parte o del giudice – che devono essere personalmente notificati al contumace.

A livello positivo, inoltre, è lo stesso art. 171-*bis*, ultimo comma, c.p.c. a prevedere che il decreto è comunicato dalla cancelleria alle sole parti costituite. Dal momento che proprio col medesimo decreto il giudice «*indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione*», se ne evince che non è appannaggio del contumace volontario

[20] In particolare da L. SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 564 ss., spec. 584.

essere destinatario della notificazione personale degli atti di rilevazione officiosa di questioni rilevanti ai fini della decisione della causa, di cui egli si disinteressa.

8. Contraddittorio nei gradi impugnatori

Può darsi, invece, che il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. contribuisca ad arginare certe tendenze della giurisprudenza che appaiono eversive rispetto ai principi del contraddittorio nelle fasi di gravame. Si allude, segnatamente, all'indirizzo di Cass., Sez. III, 30 agosto 2018, n. 21381 (rel. Frasca), in base a cui "*il potere officioso di rilevazione della nullità si trasferisce al giudice che riceve l'impugnazione, cioè alla Corte di Cassazione, se la violazione dell'art. 331 ha riguardato in appello una fattispecie di litisconsorzio necessario ai sensi dell'art. 102 c.p.c.* [mentre] *non si trasferisce affatto se invece quella violazione ha riguardato una diversa ipotesi di inscindibilità che, nè le parti nè il giudice della sentenza impugnata hanno rilevato*".

Tale orientamento poggia sull'assunto che nei casi di litisconsorzio necessario per ragioni sostanziali la sentenza pronunciata a contraddittorio non integro è sempre *inutiliter data* anche tra le parti costituite. Con la conseguenza che la Cassazione, se la corte d'appello abbia omesso di disporre la integrazione del contraddittorio in ipotesi di (unica) causa inscindibile, dovrà senz'altro: (a) rilevare d'ufficio la violazione del contraddittorio; e (b) cassare con rinvio ai sensi dell'art. 383 c.p.c.

Di contro, nelle ipotesi di dipendenza di cause, disciplinata dall'art. 331, seconda parte, c.p.c. la mancata instaurazione del contraddittorio con le parti della causa dipendente certo determinerebbe una disarticolazione del *simultaneus processus* ma non rifluirebbe nella inutilità della sentenza pronunciata nella causa principale. Di conseguenza, in difetto di eccezione di parte la omessa integrazione del contraddittorio in grado di appello non sarebbe deducibile per la prima volta in cassazione come vizio del procedimento di II grado, né tanto meno la Cassazione avrebbe il dovere di rilevare d'ufficio la violazione del contraddittorio in grado di appello.

Ora, per quanto tale indirizzo appaia discutibile già nelle sue stesse premesse – per tacere delle ragioni sistematiche ancora più evidenti – giacché l'art. 331 c.p.c. fa dovere al giudice del gravame di ordinare la integrazione del contraddittorio in tutti i casi previsti dalla norma, senza distinguere a seconda degli effetti della pronuncia *inter pauciores* e le nullità inerenti alla integrità del contraddittorio non sono soggette alla regola dell'art. 157, comma 3°, c.p.c.[21], l'assunto su cui si impernia, vale a dire che, a differenza delle ipotesi disciplinate dagli artt. 102 e 107 c.p.c., mancherebbe una norma che stabilisca che la violazione del contraddittorio sia rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado, parrebbe sconfessato proprio dalla entrata in vigore

[21] Per quanto, su un piano generale, la tendenza della dottrina sia quella di non escludere *a priori* la applicabilità degli artt. 156-162 c.p.c. anche in rapporto alle c.d. nullità extraformali: v. ad es. G. Ruffini, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2023, p. 289.

dell’art. 101, comma 2°, c.p.c. che impone al giudice, senza limitazione di grado, di assicurare sempre il rispetto del contraddittorio e di porre rimedio alla sua violazione.

Marcello Stella
Associato dell’Università degli studi di Napoli Federico II



GIULIO NICOLA NARDO

La conciliazione giudiziale nel sistema della tutela dei diritti

L'articolo offre un contributo allo studio della conciliazione giudiziale, che la recente riforma del processo civile agli art. 185 e 185 bis c.p.c., sembra aver fortemente valorizzato. L'autore cerca di evidenziare le novità e i vantaggi del componimento giudiziale della controversia che in generale determina una riduzione del contenzioso e dei costi della giustizia civile e, dall'altro, realizza quello che è il vero obiettivo ossia la tutela giurisdizionale dei diritti e soprattutto la effettività della medesima, che si può ragionevolmente conseguire anche in modo diverso dalla decisione finale di merito del giudice. Ciò tuttavia richiede una nuova consapevolezza da parte del giudice, evidenziando la centralità del ruolo delle parti, e per essere dei loro avvocati, prendendo tutti coscienza che il sistema processuale funzionerà meglio se e nella misura in cui essi, quali protagonisti del processo, sapranno utilizzare al meglio gli strumenti che il legislatore mette a disposizione e con la riforma soprattutto con la conciliazione giudiziale, attuabile oltre che nel processo ordinario anche in quello semplificato e, con riferimento ai c.d. processi speciali, anche al processo di famiglia, ritenendosi infine compatibile con la nuova disciplina delle udienze non in presenza, ossia in modalità da remoto.

The article makes a contribution to the study of judicial conciliation, which the recent reform of the civil process in Art. 185 and 185 bis of the Code of Civil Procedure, seems to have strongly valorized. The author seeks to highlight the novelties and advantages of judicial settlement of the dispute, which in general results in a reduction of litigation and the costs of civil justice and, on the other hand, achieves what is the real objective, namely, the judicial protection of rights and, above all, the effectiveness of the same, which can also be reasonably achieved in a different way from the final decision on the merits by the judge. This, however, requires a new awareness on the part of the judge, highlighting the centrality of the role of the parties, and to be of their lawyers, all becoming aware that the procedural system will work better if and to the extent that they, as protagonists of the process, know how to make the best use of the tools that the legislator makes available and with the reform especially with judicial conciliation, which can be implemented not only in the ordinary process but also in the simplified one and, with reference to the so-called special processes, also in the so-called "special" processes. d. special trials, also in the family trial, finally considering itself compatible with the new discipline of hearings not in presence, that is, in remote mode.

Sommario. 1. Premessa ed inquadramento generale. - 2. Il *favor* del legislatore per la soluzione conciliativa giudiziale della lite. - 3. Natura giuridica della conciliazione giudiziale. - 4. Ruolo del giudice: il c.d. dovere – potere per favorire conciliazione giudiziale della lite. - 5. Conciliazione giudiziale e disponibilità dei diritti. - 6. Effetti processuali e sostanziali. - 7. Efficacia esecutiva della conciliazione giudiziale. - 8. Riflessioni in tema di giudicato e rapporto con le impugnazioni processuali.

1. Premessa ed inquadramento generale

È noto come il diritto venga individuato non per la meritevolezza morale del suo contenuto (come vorrebbe la concezione interpretativa di Dworkin[1]), ma per la circostanza storica della sua rispondenza alla fonte costituzionale e per il fatto, in definitiva, del suo essere stato previsto.

Come noto, il diritto tende a organizzare i comportamenti degli uomini in quanto membri di una *societas* (c.d. funzione prescrittiva del diritto), ma, al contempo, va ricordato che il diritto è il prodotto, storicamente condizionato, di quella stessa *societas* e dei molteplici rapporti esistenti fra i suoi membri. Il diritto è dunque un prodotto storico e, come tale, è un fenomeno concreto, ossia "esperienza giuridica", ovvero ordine di convivenza immanente ai rapporti di un corpo sociale che si rispecchia nella coscienza sociale dei membri che lo compongono.

L'ordinamento giuridico è organismo in perenne movimento e continua trasformazione che segue e rispecchia il movimento delle trasformazioni della vita sociale.[2]

---

[1] R. DWORKIN. *L'impero del diritto,* Milano, 1989, IX, p.426. Il neo-costituzionalismo è espressione di una stagione che qualcuno ha definito, riprendendo il titolo del celebre libro di Ronald Dworkin, come l'epoca dell'impero delle corti. L'attuazione per via giurisdizionale della costituzione, cui il neo-costituzionalismo fornisce una serie di strumenti operativi, evoca una delle caratteristiche del nostro tempo, la giurisprudenzialità del diritto. Utili le considerazioni di E. SCODITTI, *La pretesa di giustizia del diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, in Questione giustizia. Per il positivismo giuridico il diritto è un fatto, sia quale esistenza di una norma (il dover essere qui corrisponde a un essere), sia quale fonte alla cui produzione si deve quella norma. Riconosciamo il diritto in base al fatto storico mediante cui è stato posto, fatto che può essere una procedura legislativa, la sentenza di un giudice o una consuetudine. Che i criteri di produzione del diritto siano rappresentati non solo da una procedura, ma anche da un elemento sostanziale quale il rispetto dei diritti fondamentali, non sposta i termini della questione nell'ottica del positivismo giuridico (qui nella versione di positivismo cd. Inclusivo, in quanto la norma di riconoscimento del sistema contempla non solo procedure ma anche valori morali), perché restano fatti l'esistenza stessa di una norma fondamentale del sistema e i processi produttivi di norme sulla base della norma fondamentale. Un varco importante nel recinto del diritto quale fatto storico e non ragionevolezza morale lo si coglie addirittura nel più importante libro della filosofia analitica del diritto del Novecento, «*Il concetto del diritto*» di Herbert Hart. Coerentemente all'impianto positivistico, alla base dell'ordinamento giuridico vi è per Hart il fatto empirico che giudici e funzionari usino una determinata norma per riconoscere il diritto valido. Accettare tale norma di riconoscimento implica tuttavia un «atteggiamento critico e riflessivo», (così L.A. HAART, *Il concetto del diritto*, Torino, 2002, p. 69.)

[2] Fondamentali sul tema sono le Opere di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist. corr. II ed.), p.1 ss; ID., *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giur. it.*, 1947, IV, c. 137 e ss.; ID., *Negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p. 208 ss.; ID., *Autonomia privata*, ibid., vol. I², Torino, 1958, p. 1159 ss.

Parimenti, nel pensiero dell'illustre Filosofo il diritto piuttosto che essere un'aspirazione è una codificazione assodata, figlia dello spirito del tempo, ma al tempo stesso segno del tempo in cui sorge, essendo i diritti umani prima di tutto un fenomeno sociale.[3]
Proprio in tale direzione la storia dell'umanità è storia di diritti codificati, diritti figli dei segni del tempo e figli stessi dello spirito dei tempi.[4] Oggi paradossalmente il problema non è più di "giustificare" i diritti ma di "proteggerli" in quella che ormai viene definita "l'età dei diritti delle masse senza diritti", età che si introduce nel solco tracciato dalla rivoluzione francese.
Limite che ha catalizzato la strada verso una riflessione antinomica tra morale politica opposta a morale religiosa con la conseguente necessità di una riforma della giustizia proprio in rapporto al più importante diritto dell'uomo, nel suo rapporto con la società, quale il diritto alla vita.[5]
La nostra società è caratterizzata da una visione personalistica dell'individuo in cui la convivenza civile è il vero e proprio luogo di contrasto, un sistema di premi e pene che è cornice di un concetto di libertà giuridica inteso come facoltà, o obbedire a leggi a cui il singolo individuo, implicitamente o meno, risulti avere dato il proprio consenso decidendo di vivere in un sistema di convivenza civile.[6]
La visione non collettivista della società porta mediamente a un progresso morale dello stesso con lo sviluppo di un consenso morale basato sull'empatia verso la sofferenza altrui nella società e nell'avere codificato interventi programmatici validi a prevenire questa situazione.[7]
Centrale rimane tuttavia il problema della definizione del rapporto tra liberato e potere, in una accezione kantiana della libertà intesa come autonomia ed un potere di dare leggi a sé stessi inteso come corollario della concezione del diritto naturale sia come diritto in capo a qualunque uomo sia come vincolo di obbedire solo al dettato normativo di cui egli stesso sia legislatore.[8]
In tale contesto, la tutela giurisdizionale dei diritti attraverso l'intervento del giudice è finalizzata ad assicurare la piena protezione degli stessi proprio con la pronuncia del giudice - sia essa di natura costitutiva, o di condanna ovvero di accertamento - [9] con conseguente risoluzione della lite giudiziaria e chiusura del processo pendente.

---

[3] T. CASADEI, *Diritti umani e soggetti vulnerabili,* Torino, 2012, p.1 ss.
[4] N. BOBBIO, *L'età' dei diritti*, Torino, 1992, p.1 ss . Il reale problema secondo Bobbio dell'età dei diritti è che viviamo nell'età dell'erosione del diritto con le attuali democrazie costituzionali che vedono il predominio della *lex mercatoria*. In questo quadro una triadica hegeliana caratterizzazione del fenomeno giuridico non può che avere i suoi componenti nei concetti di validità, giustizia ed efficacia. Così in D. L. FARINETTI, *Lezioni di storia della filosofia*, Bologna, 2012, p.1 ss
[5] M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, Dykinson S.L. , 2014, p.1 ss.
[6] P. GROSSI, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* n. 28/99, Milano, 1999, p.1 ss.
[7] B. GRANCELLI, *Il passaggio al mercato dopo la caduta di un regime collettivistico*, Quaderni di sociologia, in *Open edition journals*, Torino, n. 39/2005.
[8] L. FEDERICI, *Tolleranza libertà e potere*, in Metabasis, Milano, n. 26/2018, Anno XIII.
[9] Come è stato di recente evidenziato ogni essere umano può essere considerato come «il prodotto dei rapporti e delle relazioni nelle quali, sin da quando è generato, si è faticosamente costruita la sua individualità» E in questa prospettiva ogni rapporto e

Per vero, ogni relazione umana può svolgersi o pacificamente in modo fisiologico - e dunque dare reciproca ed individuale soddisfazione a tutti, ossia al singolo titolare del dritto e alla collettività in generale - oppure evolversi in una situazione di insoddisfazione e finanche di crisi.
Laddove ciò avvenga è evidente che la situazione di crisi umana e relazionale rischia di trasformarsi in crisi giuridica con la conseguenza che il diritto in questione richiede una tutela giurisdizionale che accerti l'esistenza del diritto stesso, la lesione di quest'ultimo e di conseguenza la pronuncia del giudice a protezione del diritto, attraverso la dichiarazione e attuazione della concreta volontà di legge, mediante la sostituzione degli organi giudiziari alla volontà altrui.[10]
Il processo trasferisce dunque definitivamente la controversia dal terreno sostanziale a una diversa dimensione, nella quale il compito di pronunciare la parola finale spetterà al giudice che con la sua pronuncia risolve la lite e conclude il processo che seppur con le prevedibili asprezze del contraddittorio - ossia nel contrasto tra azione e difesa - è pur sempre aperto al dialogo, posto che non sempre, anzi ontologicamente quasi mai la pronuncia del giudice giunge a fornire una soddisfazione per le parti del processo.
Il processo come dialogo, nell'accezione più virtuosa, può dunque favorire la soluzione - proprio attraverso il processo e con l'intervento del giudice - di una lite giudiziaria che riflette una precedente crisi dei rapporti che invoca giustizia, ovvero tutela giurisdizionale che, per vero, può essere favorevolmente raggiunta anche senza la pronuncia del giudice, ma attraverso una soluzione conciliativa, appunto giudiziale, perché perfezionatasi nel processo che, ragionevolmente, dovrebbe interpretarsi nel senso che il giudice ha l'obbligo di attivare e favorire una soluzione conciliativa, in tal senso avviando quella funzione della giurisdizione conciliativa che rientra nel *genus* della giurisdizione in generale, ma le parti rimangono libere di aderire o meno. [11]

---

ogni relazione umana, prima ancora che giuridica, può evolversi in modo fisiologico, continuamente apportando alle parti interessate benessere e reciproca soddisfazione, ovvero virare in una direzione differente da quella in origine preconizzata, e condurre così a una situazione di crisi. F. SCAPARRO, *Introduzione. Sicurezza delle relazioni familiari e ragioni del mediatore*, in F. Scaparro, C. Vendramini (a cura di), *Pacificare le relazioni familiari. Tecniche ed esperienze di mediazione familiare*, Trento, 2018, p.16.

[10] In questo senso si veda la celebre definizione di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (rist.), p.296 ss.

[11] Non deve trascurarsi che la proposta conciliativa di cui all'art. 185- bis cpc, specie nei processi la cui durata ha superato il termine ragionevole di tre anni (previsto per il giudizio di primo grado, dall'art. 55, comma 2 bis, del DL 22 giugno 2012 n.83 -cd. Decreto sviluppo – convertito dalla legge 7 agosto 2012 n. 134) – se anche non servisse a definire la lite – potrebbe conseguire l'effetto di escludere la possibilità per le parti che l'avessero rifiutata di richiedere l'indennizzo per irragionevole durata del processo, stante il disposto dell'art. 2, comma 2 *quinques* della legge 24 marzo 2001 n.89 (cd. legge Pinto), come sostituito dall'art. 55, del DL 83/2012, convertito nella legge 134/2012 che prevede che: «*Non e' riconosciuto alcun indennizzo: … b) nel caso di cui all'articolo 91, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile; …»* cioè quando la domanda è accolta in misura non superiore all'eventuale proposta La mediazione e la conciliazione giudiziale. La volontà del Legislatore di dare un forte impulso a tutti i mezzi di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio si manifesta anche nella reintroduzione della mediazione come condizione di procedibilità della domanda.

Per vero, il fine deflazionistico del contenzioso civile potrà essere pienamente attuato solo allorquando gli avvocati saranno più cauti e ponderati nella prospettazione "del piano di conflitto", dovendo necessariamente tenere conto della possibilità riconosciuta al Giudice dall'art. 185 bis c.p.c., di proporre una soluzione della controversia non avversariale, ma concordata. A quel punto inizierà una vera e propria rivoluzione culturale, da tempo auspicata, dove la "cultura della decisone" lascerà il passo alla "cultura del riconoscimento del bisogno della persona", perché è tale bisogno che la giustizia deve tutelare.[12]

E' evidente quindi ancora oggi che la funzione primaria e fondamentarle della tutela giurisdizionale è quella di realizzare la protezione dei diritti e ciò in ossequio al disposto di cui all'alt. 2907 c.c. secondo cui l'attività giurisdizionale attraverso il processo intende dare una risposta autoritativa ad ogni situazione conflittuale, così fornendo certezza alla incertezza e ristabilendo ordine al disordine.

Dunque il processo serve a ciò e, nell'aspettativa delle parti in giudizio, ossia dei litiganti, deve avere come orizzonte il provvedimento decisorio di merito del giudice che, normalmente, è la sentenza, in disparte le ipotesi di chiusura diverse del giudizio come le ordinanze decisorie ex art. 186 *bis*, *ter, quater*, c.p.c., e, da ultimo, la nuova ordinanza decisoria di merito ex art. 183 *bis* c.p.c.

Ciò perché, attraverso il processo e la pronuncia che lo definisce, nell'aspettativa delle parti si realizza quell'accertamento della verità dei fatti che consente al giudice di rendere giustizia e soprattutto di soddisfare la domanda di tutela, così superando quell'incertezza dei rapporti che determina una vera e propria crisi e per ovviare a ciò occorre, appunto, una decisione, ossia un atto vincolante idoneo a superare lo stato di incertezza, ristabilendo le regole di condotta che le parti dovranno ricominciare a seguire.[13]

Come esattamente precisato, l'etimologia del vocabolo crisi è del resto la stessa di stabilire, giudicare, ma prima ancora dividere e scernere, perché tra due possibili strade si preferisce una direzione e a una situazione di incertezza viene data una soluzione.

Assai differente può tuttavia essere la modalità con la quale si può reperire un nuovo assetto, perché a tale riguardo le alternative che si pongono alle parti sono fondamentalmente due: il processo e il giudizio, ovvero il dialogo e l'intesa.

Per vero, la prima opzione costituisce la via tradizionale: da tempo immemorabile il processo incarna l'esigenza di attribuire alla volontà dello Stato, e prima ancora del Sovrano che lo personificava, il compito di far rispettare, anche e se necessario coattivamente, i diritti e di gestire quindi con l'autorità e la forza anche la soluzione delle controversie.

---

[12] Parimenti, l'utilità della conciliazione è ovvia anche per l'Amministrazione della giustizia: essa libera energie da dedicare subito ad altre controversie e alleggerisce il lavoro dei gradi di giudizio successivi, concorrendo così sensibilmente all'obiettivo – comune a tutta la giustizia civile, ma particolarmente sentito in materia di lavoro e previdenza – di contenimento dei tempi di definizione del contenzioso.

[13] F.P.Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2023, p. 51

In questa prospettiva il processo rappresenta dunque sempre uno strumento fondamentale nell'architettura di un ordinamento civile democratico, perché nell'affermare il principio per il quale lo Stato mette a garanzia dei cittadini un sistema capace di assicurare il rispetto e l'attuazione della legge anche e proprio nelle situazioni controverse, di fatto appresta uno strumento rilevante per gestire autoritativamente le situazioni di crisi e di mancanza di cooperazione.

Il processo può dunque essere visto come un "itinerario" o un percorso metaforico verso un obiettivo interno,[14] poiché lo stesso consiste in modo innegabile in una concatenazione di atti successivi e consequenziali finalizzati alla pronuncia dell'atto finale, *rectius*: la sentenza [15]), come una "rappresentazione"[16], ossia tecnicamente un "rito", come un "giuoco", secondo una evocativa suggestione[17], e rimane fondamentalmente un terreno aperto al dialogo (poiché basato sull'imprescindibile canone della difesa, che fa sì che il contraddittorio rappresenti il nucleo portante, l'anima insopprimibile del processo,[18] ma sempre sotto la direzione e il controllo autoritativo di un organo giudicante.

---

[14] La definisce una sorta di *anabasi,* F. DANOVI, *Il tramonto della logica autoritativa del processo, ma non del nucleo essenziale dei suoi principi*, in i Patti preconflittuali, Torino, 2019, p. 1 ss.

[15] Cfr. ad es. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 8ª ed., Milano, 2012, p.37.

[16] Per la raffigurazione scenica del processo, cfr. P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 637: «si dice comunemente che il processo, civile o penale, si può rassomigliare a un dramma: come in un dramma, infatti, si svolge in esso una successione di atti compiuti da diverse persone in forma dialogica, con distinzione in diversi episodi concatenati, che trovano il loro scioglimento, come in un epilogo, nella sentenza. E in verità spesso il processo ha non solo nelle forme, ma anche nella sua sostanza umana, una vicenda di dramma, triste o comico secondo i casi». Nello stesso senso si v. anche P. PAJARDI, *Processo al processo*, Padova, 1985, p.56 ss., che definisce il processo «teatro», «scena» e «dramma»; M. TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p.791, 793, che ricorda come da alcuni il processo venga descritto come «gioco di storie» narrate.

[17] Il riferimento è *in primis* al classico scritto di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 23 ss.; ora in *Opere giuridiche*, I, cit., p. 537 ss.; ma per il nesso, ancor più generale, intercorrente tra il fenomeno del gioco e ogni tipologia di organizzazione sociale v. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Milano, 1985. Per la dottrina recente, si rinvia a M. GRADI, *Il processo come dialogo, ovvero su diritto di replica dell'attore nel rito commerciale*, in *Riv. dir. proc.,* 2018, p.1 ss.

[18] Il ruolo fondamentale che il contraddittorio assume nell'esperienza processuale può essere limpidamente sintetizzato nell'impostazione tradizionale che vede in esso il requisito minimo e inderogabile fondante il concetto stesso di "processo" rispetto a quello più generico e lato di "procedimento". Per il più deciso sostegno di tale tesi si vedano i numerosi scritti di E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p.861; ID., voce *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1976, p.1072; ID., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, spec. P.827 ss.; ID., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p.912, n. 11; ID., *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p.10; ID., *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 1989, p.80 ss.; ID., *«Processo» e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Padova, 1996, p.73 ss.; ID.,voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 653 ss.; P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo*, in *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p.678 ss.; N. PICARDI, *Dei termini*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, p.1544 ss.; ID., *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, Milano, 1974, *passim*, spec. P.133 ss., p.154 ss.; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, p.114, n. 2; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p.577 ss., spec. 600 ss.; G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p.193 ss.; F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, p.1ss; G. FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*,

E non è un caso, quindi, che a fronte di queste talora peculiari espressioni finanche raffinate e ricercate, il processo è comunque un conflitto, una battaglia, in termini anche più crudi una guerra.[19]

Lo stesso connotato della difesa è considerato da un lato una garanzia per il singolo di non vedersi comprimere i propri diritti senza poter svolgere adeguatamente la propria rappresentazione dei fatti, ma dall'altro costituisce di per sé una giusta reazione al diritto di azione. Pertanto, come quest'ultimo viene considerato tale da turbare in qualche modo la pace giuridica tra i consociati,[20] così la difesa concretizza e consolida lo scontro ed la confusione che consegue. Il processo trasferisce dunque definitivamente la controversia dal terreno sostanziale a una diversa dimensione, nella quale il compito di pronunciare la parola finale spetterà al giudice. Le parti si contrastano, contendono, utilizzano tutte le armi nel rispetto del principio di parità delle armi a loro disposizione per vincere la controparte, o meglio l'avversario. Perché questo è in ultima analisi la controparte processuale: un avversario, un nemico da battere. Per tale effetto la pronuncia del giudice che dovrebbe rendere definitivamente giustizia con il suo passaggio in giudicato è, al pari di una scure o mannaia, che cala sulle teste dei litiganti salvandone uno e condannando l'altro (ovvero in altri casi ferendo entrambi in misura più o meno marcata e lasciandoli sul territorio dello scontro a guardare disillusi i detriti dell'edificio che avevano costruito).

Per quanto essenziali nel panorama di un ordinamento democratico, quindi, la giurisdizione e il processo (e la sentenza che ne rappresenta il fisiologico compimento) rappresentano pur sempre fenomeni fondati sulla forza e in quanto tali necessariamente invasivi.

Come noto la decisione del giudice deve scegliere tra due prospettazioni alternative quella più equa e giusta, convenendo nel percorso logico giuridico prescelto ed intervenendo sul diritto da proteggere.

---

in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p.722; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p.8 ss.; L.P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p.5 (laddove afferma che «è risalente e ben radicata nelle nostre tradizioni l'idea secondo la quale l'antitesi dialettica di almeno due soggetti, in posizione contrapposta, sarebbe una componente essenziale – addirittura, una condizione definitoria – del processo contenzioso»); B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, p.222; G. BONGIORNO, *La prova dei crediti per l'ammissione al concorso*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 353; M. TARUFFO, *op.cit.*, p.793.

[19] Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist. Napoli, 1965, p p . 63-64, per il quale per il tramite del processo «la lotta materiale diventa così lotta giuridica»; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p.290, secondo il quale «il processo non è altro che una lotta regolata dal diritto, nella quale ciascuno dei litiganti persegue il suo fine»; N. IRTI, *Le scelte dell'avvocato, le scelte del giudice*, in A. Mariani Marini, M. Paganelli, *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, cit., 340, che ricorda come il dubbio del giudice nasca «dal duello dei difensori». Un discorso autonomo (che tuttavia devierebbe eccessivamente l'attenzione dallo scopo e i limiti dell'indagine) meriterebbe poi l'individuazione del concetto di "lite" enucleato da Carnelutti come presupposto portante del processo (v. ad es. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, *passim*, spec.p.40 ss., p.249 ss.; nonché su di esso P. CALAMANDREI, *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, p.3 ss.

[20] Nel momento in cui la domanda viene proposta nessuno sa ancora se l'attore ha ragione, e la sua iniziativa tende quindi in ogni caso a scardinare la quiete dell'ordinamento. Cosi F. DANOVI, *op.ult.cit.*

Ma vi è da chiedersi: la tutela giurisdizionale dei diritti si realizza solo attraverso il processo e, all'esito dello stesso, con il provvedimento che lo definisce, o viceversa il legislatore ha previsto - e per vero tende sempre più a favorirlo - un sistema di tutela dei diritti che consente di chiudere il processo senza l'attesa del provvedimento conclusivo di merito?
E tale meccanismo di tutela del diritto come si relaziona con l'idea comune della priorità della giurisdizione e con quella non meno importante della centralità della giurisdizione medesima che vede come dirimente il ruolo del giudice ed il suo potere di decidere la controversia attraverso la sua decisione?
Occorre precisare però che l'idea della priorità della giurisdizione statale rappresenta ormai un antico retaggio - che si concilia affatto con la realtà che si fonda sul principi di sussidiarietà - per il quale l'intervento del giudice, pur essendo sempre possibile ex art. 24 e 111 Cost., deve rappresentare l'ultimo traguardo cui le parti devono aspirare, nell'ipotesi in cui le altre vie di tutela dei diritti non siano andate a buon fine e ciò perché la conciliazione realizza l'obiettivo del processo, la soluzione del conflitto tra le parti, quanto la decisione del giudice e dalla conciliazione e, sotto vari punti di vista, il risultato è anche migliore: la pace giuridica così raggiunta è più idonea a realizzare una soluzione del conflitto reale di quella provocata da una decisione passata in giudicato.
Ed allora è chiaro che le parti al momento del bisogno di difesa dei diritti possono ricorrere dapprima agli strumenti negoziali normati anche con l'ausilio del terzo che li aiuti a risolvere la controversia,[21] e se gli strumenti consensuali non funzionano allora le stesse parti possono ricorrere ai c.d. strumenti "aggiudicativi", quali l'arbitrato, o la giurisdizione statale.
Al netto di ciò, il tema che si intende affrontare in questa sede è quello di antiche origini e sempre dibattuto della conciliazione giudiziale in pendenza del processo[22] (*i.d.:* la conciliazione giudiziaria processuale) ossia di quell'istituto normato dal codice di rito all'art. 185 c.p.c., e soprattutto ex art. 185 bis, c.p.c.[23] che da sempre e ancora meglio con la recente riforma della giustizia civile, attribuiscono al giudice un ruolo propulsivo importante anche per

[21] In tal senso F.P.LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p.1202, che con riferimento alla figura del conciliatore lo definisce, al pari di chi nelle reazioni chimiche svolge il ruolo di catalizzatore.
[22] G. DE STEFANO, *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano, 1959, p.161 ss. Sull'argomento, C.A. NICOLETTI, *La conciliazione nel processo civile*, Milano, 1963, p.1 ss; F. LANCELLOTTI, *Conciliazione delle parti*, in Enciclopedia del diritto, VIII, Milano, 1961, p.397 ss; P. PAJARDI *Della trattazione della causa,* in Commentario *del* codice *di* procedura civile, diretto da E. Allorio, 2, I, Torino 1980, p.576; A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in Dig. it. Sc.Giur. Sez.civ., III, Torino, 1988, p.203 ss.; e p.215; C. PUNZI, *Conciliazione ed arbitrato*, in Riv. Dir. Proc. 1992, p.1028 ss.; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 1202.
[23] Ampia è la letteratura dei commentatori del nuovo art. 185 *bis* c.p.c. che evidenzia in un certo senso il nuovo ruolo che il legislatore sembra aver assegnato al giudice. Tra i primi commentatori, si veda P.BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile,* Bologna, 2021, p.30 ss; M. GATTUSO, *La riforma governativa del primo grado; le ragioni di un ragionevole scetticismo e alcune proposte organizzative ancora possibili*, in Questione Giustizia, Iii, 2021, p.55 ss; G. TOMBOLINI, *Commento sub. art. 185 bis c.p.c.,* in La riforma Cartabia del processo civile, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023.,p. 334 ss ; G. IACONO, in *Commentario alla riforma del processo civile,* a cura di F. SANTANGELI, Napoli, 2023, p.103 ss.

ciò che riguarda il *tempo del processo* e ciò anche per effetto della non secondaria circostanza che proprio la durata del processo rende da sempre irragionevole la tutela di diritti e dunque anche - o forse soprattutto - attraverso quella modalità di definizione della lite in pendenza del processo e con un ruolo rilevante del giudice, si potrebbero, da un lato, ridurre i tempi della giustizia civile e, dall'altro, assicurare in ogni caso al titolare del diritto oggetto di controversia una soddisfazione dello stesso.

Cionondimeno è opportuno ricordare che nel meccanismo di tutela dei diritti in generale, la conciliazione costituisce una *species* rispetto al *genus* e si inserisce tra le procedure c.d. aggiudicative, come l'arbitrato (in cui la soluzione della lite è rimessa alla decisione di un terzo), e la transazione (in cui la controversia è risolta direttamente dalle parti)[24] e si contraddistingue per il suo svolgersi alla presenza di un terzo, generalmente un professionista esperto nella materia del contendere oltre che in tecniche di conciliazione, che guida le parti nella negoziazione senza suggerire o imporre una soluzione[25].

Quindi, più in generale, la conciliazione così come gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, non vanno considerati quali ripiego a fronte della crisi della giurisdizione statale, e nemmeno uno strumento deflattivo generale del contenzioso[26], o meglio possono anche avere queste finalità che rimangono però secondarie, posto che la vera *ratio* risiede tutta nel fatto che il legislatore ha voluto prevedere nel nostro sistema processuale una serie di strumenti di tutela dei diritti ai quali il titolare del diritto medesimo può liberamente ricorrere: e sta proprio qui la bontà del sistema delle garanzie difensive che un ordinamento democratico e moderno come il nostro deve prevedere e regolamentare compiutamente.

E' doveroso precisare che il tema della conciliazione giudiziale che verrà trattato in questa sede e che maggiormente interessa, non prevede l'approfondimento di quello extra giudiziale, salvo qualche accenno.

Piuttosto l'argomento ritorna di grande attualità proprio per effetto della circostanza che la recente riforma tende ad una valorizzazione dell'istituto non solo alla prima udienza ma in tutto il corso del giudizio - semplificato o ordinario che sia, senza tacere l'importanza di tale

---

[24] Cfr. C. PUNZI, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, *Enc. Dir.* aggiorn. IV, Milano, 2000, pp. 327 e 328; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 1202.

[25] Definisce il conciliatore come "terzo istruito": M. SERRES, *Le tiers-instruit*, Paris, Gallimard, 1991; P. GIULINI, *Il mediatore: un "terzo uomo"*, in *Marginalità e Società*,1994, p. 54. Sull'importanza della formazione (e aggiornamento) del conciliatore v. il § 3.2.3.1 del libro verde del 2002. Sul ruolo del conciliatore v. G. DE STEFANO, *op.cit*., p. 61 ss.; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2004, p. 1204, che paragona il ruolo svolto dal conciliatore a quello del catalizzatore nelle reazioni chimiche.

[26] Che se poi quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe tranquillamente fare a meno. Cosi R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»),* in *Foro.it ,* 2003, p. 167.

istituto nel nuovo processo di famiglia - finanche di secondo grado [27]e fino al momento in cui la causa sia stata trattenuta in decisione.
Ciò induce a qualche doverosa considerazione: il legislatore ha voluto assegnare una nuova veste al giudice nella misura in cui ha introdotto con l'art. 185 *bis* c.p.c. la "centralità"[28] della prima udienza e un non secondario ruolo di questi nel proporre una conciliazione o transazione della causa senza che ciò configuri ipotesi di anticipazione del giudizio o motivo di ricusazione o astensione.
Proprio così: il giudice può formulare una proposta conciliativa, ossia esporre un'ipotesi di definizione nel merito della controversia che possa essere condivisa da entrambe. In tale direzione, è evidente che il nuovo articolo assegna al giudice un ruolo attivo volto a sollecitare una definizione della controversia in cui l'oggetto della stessa è sostanzialmente delineato dal giudice e le parti - uniche titolari del diritto - di conseguenza aderire (certo non in modo supino) alla stessa.
Ora, senza alcuna idea di enfatizzazione sembra di poter leggere tra le righe della nuova norma che il legislatore assegna al giudice l'iniziativa - che si riflette nella proposta conciliativa - ad un soggetto (*rectius*: organo giurisdizionale) che non è titolare del diritto oggetto di controversia (e di possibile conciliazione), laddove da sempre qualsiasi conciliazione delle parti ha visto il giudice attendere ed essere informato, talora per la prima volta, direttamente in udienza della volontà conciliativa già espressa e formalizzata dalle parti in tutti i suoi aspetti, richiedendo al giudice la sola funzione di formalizzare il verbale che così diventa titolo esecutivo giudiziale.
Se così è, allora con la dovuta prudenza e senza ipotizzare che ciò avviene sul presupposto che il giudice possa disporre di una forma di legittimazione anche solo straordinaria ad agire a fini conciliativi, va detto che la novità da salutare positivamente rientra in un disegno del legislatore che, al netto dell'ordinaria e fisiologica definizione del giudizio con la decisione del giudice nel merito, in ogni caso la tutela giurisdizionale dei diritti controversi possa essere realizzata - non meno efficacemente - proprio da quell'attivismo del giudice che in una prospettiva più moderna ed attuale lo possa rendere maggiormente protagonista ed attore di una funzione - quella giurisdizionale - che non lo veda relegato alla seppur fondamentale funzione di risolvere la controversia attraverso la sua decisone, ma di favorire la definizione

[27] Per la sua natura di giudizio di mera legittimità e non sul fatto, nel giudizio davanti alla corte di cassazione è escluso. Un eventuale accordo delle parti raggiunto autonomamente in tale fase del giudizio, ne comporterà l'estinzione per cessazione della materia del contendere.
[28] È evidente come il Legislatore abbia voluto attribuire assoluta centralità alla prima udienza e, quindi, allo scopo di valorizzare l'istituto della proposta di conciliazione, prevedere la anticipazione della c.d. trattazione scritta, ossia dello scambio delle memorie tra le parti, al fine di consentire al giudice e alle stesse parti di avere un quadro più esaustivo della questione e della fondatezza della domanda e, quindi, di formulare la proposta conciliativa.

della stessa con altri meccanismi e modalità che, di fatto, assicurano quell'effettività della giustizia idonea a soddisfare l'aspettativa di giustizia delle parti.[29]
Con ciò anche superando quel pensiero di chi riteneva che il giudice non fosse deputato a favorire la conciliazione, ma piuttosto a decidere la controversia.[30]
Ed allora solo il tempo darà conferma (o smentita) di tale novità ed il lamentato (ma per vero, talora veritiero) lassismo dei giudici, o la poca predisposizione a trovare soluzioni conciliative piuttosto che pronunciare un provvedimento, potrebbero essere piacevolmente smentiti dalla capacità del giudice di concentrare ed ottimizzare le proprie energie - che poi si riversano anche sulla migliore gestione del ruolo delle controversie a suo carico - verso le soluzioni conciliative che, va detto, richiedono un impegno ed uno studio non meno gravoso rispetto a quello profuso dal giudice prima di giungere alla decisione.[31]
A tal proposito la capacità di azione del giudice attraverso la proposta conciliativa potrebbe essere in un certo senso condizionata in positivo ed in negativo dall'efficienza del suo ufficio per il processo, anche esso di recente istituzione, il cui buon funzionamento evidentemente dovrebbe agevolare il giudice nel suo lavoro prospettando anche ipotesi conciliative dopo il vaglio positivo interno del giudice possono essere esposte – *id est* : proposte – alle parti: anche questa è una scommessa della riforma che occorre salutare con favore.
Varie e variamente articolate sono le questioni da affrontare circa la natura giuridica della stessa (negoziale o giurisdizionale?), alla disciplina da applicare in relazione anche agli effetti che conseguono[32], nonché al ruolo del giudice, alla esecutività della sua decisione ed altro, segnalando che la conciliazione ha un duplice contenuto: negoziale (siccome assoggettato alla disciplina sostanziale) e processuale, sebbene tali due contenuti vengano in essere nell'ambito

[29] Sul tema si rinvia a B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*; diritto processuale civile, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988, *p*. 1 ss;, ID, *Per una chiarificazione della formula "cessazione della materia del contendere"*, in *Temi romana*, 1982, p. 505-514.
[30] V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, ora in *Un Progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p.317 ss.
[31] A tal riguardo interessanti sono le precisazioni di chi afferma che la conciliazione giudiziale, tuttavia, presenta due punti di forza che, soprattutto nelle cause più complesse, ne fanno un'alternativa speciale. Quando si tenta la conciliazione davanti al giudice, innanzitutto, le parti hanno già "schierato i loro eserciti" e, dunque, ognuna di esse conosce gli argomenti e le prove della controparte e, confrontandoli con i propri, può compiere una esaustiva analisi delle maggiori o minori prospettive di vittoria. Il giudice, in secondo luogo, è un mediatore diverso dagli altri: non soltanto conosce già le difese definitive delle parti e può aiutarle efficacemente ad analizzare i rischi di causa, ma è anche colui o colei che, in assenza di conciliazione, deciderà la causa e ciò induce le parti a prestare particolare attenzione alle sue parole. Cosi D. PALIAGA, *La comparizione delle parti e il tentativo di conciliazione,* in *Lavoro, diritti*, *Europa*, Numero speciale, 2023, p.1 ss.
[32]E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in Enc. Dir., IV, Milano, 1959, p. 115; per un approfondimento, si rinvia alla bibliografia essenziale, F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p.1 ss; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p.1 ss ; V. DENTI, *Gli atti processuali*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, p.127 ss.; R. ORIANI, *Atti processuali: I*) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p.1 ss; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p.1 ss ; V. DENTI, *Note sui vizi della volontà* negli atti processuali, Pavia.1959, p. 25; I. ANDOLINA *Per un profilo degli atti processuali con effetto di diritto sostanziale*, in Jus, 1959, p. 103 ss.

di un unico fenomeno complesso. L'effetto processuale consiste sia nell'immediata ed irreversibile chiusura del processo con la pronuncia della cessazione della materia del contendere e sia nella attribuzione dell'efficacia del titolo esecutivo del verbale di conciliazione di cui all'art. 88 disp.att. anche se inserito nel verbale di udienza.
In relazione poi alla riforma della giustizia civile v'è da chiedersi che rapporti vi siano con la mediazione, quando è stata tentata obbligatoriamente ed è fallita? La risposta potrebbe così sintetizzarsi: la mediazione quale tentativo di componimento extragiudizario della controversia non limita la prospettiva della conciliazione giudiziale, e ciò nel senso che fallito il tentativo di mediazione obbligatoria, vi è sempre spazio per una soluzione conciliativa sollecitata dalle parti ovvero proposta dal giudice, in tale senso confermandosi che l'orizzonte del nuovo art. 185 *bis* c.p.c è appunto quello di favorire una tutela comunque giurisdizionale dei diritti attraverso la giurisdizione conciliativa.
Ed ancora, si può fare la conciliazione nelle udienze non in presenza? Certamente sì laddove non anche solo agevole la presenza delle parti (una delle quali per esempio è residente in luogo lontano dalla sede del tribunale) come succede per la mediazione che può certo svolgersi a distanza, con riduzione di costi a carico delle parti e raggiungendo in ogni caso il risultato utile.
Parimenti, esiste un obbligo di tentare la conciliazione nel rito semplificato? A tale ultima domanda la risposta si ritiene possa essere positiva, posto che al netto del rito e delle modalità di svolgimento del processo, la soluzione conciliativa non consce barriere insuperabili, essendo applicabile sia nel rito ordinario che in quello semplificato, così come con riferimento alla tipologia di diritti, reputandosi applicabile anche con riguardo alle delicate ipotesi di indisponibilità del diritto.
La circostanza per la quale si ritiene di dover prospettare l'obbligatorietà della conciliazione (*rectius*: del tentativo) giudiziale anche nel rito semplificato emerge dalla premessa per la quale tale soluzione intanto non è affatto incompatibile con tale rito, il quale pur essendo proiettato verso una soluzione giudiziale celere (con i doverosi dubbi che lo stesso possa realmente avere in termini di celerità del giudizio miglior fortuna del vecchio rito sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c.), non impedisce che il giudice possa all'udienza ex artt- 282 *undecies* e 281 *duodecies* c.p.c (anzi appunto debba) attivare una plausibile proposta conciliativa, e dunque ricorrere o meglio applicare la giurisdizione conciliativa in luogo di quella contenziosa.
E pur apprezzando le diverse interpretazioni siccome rivolte evidentemente a favorire la celerità del processo semplificato (il che, si ripete, è tutto da verificare) e ritenendo il tentativo di conciliazione quale inutile passaggio, se non proprio un intralcio, o addirittura, assolutamente incompatibile nell'ipotesi in cui l'oggetto della controversia riguardi una questione di puro diritto, si potrebbe replicare sostenendo che anche la questione di diritto non relega in secondo piano l'interesse delle parti a favorire la suddetta conciliazione e ciò nel

senso che in ogni caso deve sempre prevalere, come dire, l'interesse sostanziale alla soluzione conciliativa piuttosto che la scelta del percorso processuale – *id est*: del tipo di processo – semplificato o ordinario che sia finalizzato alla tutela giurisdizionale del diritto.
In conclusione, il ricorso alla possibile conciliazione giudiziale non dovrebbe avere alcuna incompatibilità con la tipologia del rito prescelto dalle parti, e ciò nell'ottica di un sistema processuale che, al netto appunto della tipologia di processo, possa favorire proprio attraverso il componimento giudiziario, la migliore applicazione della giurisdizione per la tutela dei diritti. I fronti su cui lavorare sono essenzialmente due: motivare le parti alla conciliazione e aiutarle a ridurre progressivamente la distanza tra le loro posizioni conciliative, fino ad annullarla[33].
Come si vede, per quanto l'argomento sia stato affrontato ed abbia condotto a soluzioni più o meno condivisibili, è utile offrire qualche contributo per tentare di proporre una plausibile soluzione alle diverse e non facili questioni, sì da favorire un confronto sul tema proprio per effetto della riforma attesa e per certi aspetti mal digerita dai più sin dalla sua entrata in vigore.
Rimandando in avanti gli opportuni approfondimenti va detto che la conciliazione è istituto diverso dalla transazione disciplinata dall'art. 1965 c.c. ss. poiché oltre agli effetti sostanziali propri della transazione produce effetti processuali sia con riguardo alla fine del processo in corso e sia con riguardo al fatto che la legge attribuisce efficacia di titolo esecutivo al documento nel quale la conciliazione viene formalizzata.

2. Il *favor* del legislatore verso la soluzione conciliativa giudiziale della lite.

La conciliazione giudiziale è disciplinata sia in pendenza del processo, nonché in quella preventiva, ovvero in sede non contenziosa. Il c.d. *favor conciliationis* va poi approfondito oltre che sotto l'aspetto giuridico anche in chiave sociologica – e per vero finanche

[33] Le ragioni per cui le parti possono compiere spontanee concessioni reciproche sono molte e si combinano variamente tra loro: consapevolezza o, comunque, timore di avere più o meno torto; necessità o, anche soltanto, desiderio di non continuare ad impegnare le proprie energie nel processo; interesse a non accendere i riflettori su alcune vicende o realtà aziendali; debolezza economica o psicologica; generosità; riconoscenza; amicizia. Chi partecipa professionalmente al tentativo di conciliazione può rimanere a guardare l'operare di tali fattori, limitandosi ad incitare a turno le parti a compiere un passo dopo l'altro verso il punto di incontro a cui le conducono le varie spinte sopra evocate. Esiste tuttavia una via alternativa più attiva e coerente con la professionalità di giudici e avvocati e che, ove seguita con disponibilità mentale e competenza, aumenta seriamente le possibilità che le parti raggiungano un accordo e che esso sia anche equilibrato e adeguatamente ponderato: la ricerca di una soluzione conciliativa razionalmente agganciata alle concrete prospettive della controversia, grazie alla commisurazione delle concessioni reciproche anche, e prima di tutto, ai rischi che le parti corrono. Si tratta di un percorso articolato utile sia ai singoli difensori, quando cercano di definire assieme al loro cliente una proposta conciliativa che sia interessante anche per la controparte a cui è rivolta, sia al giudice quando arriva il momento di formulare un suggerimento conciliativo. Cosi, A.PALIAGA, *op.ult.cit*.

antropologica[34] - posto che non esiste ordinamento giuridico che non abbia individuato forme di risoluzione della controversia non giudiziali, e dunque non decisorie, e tuttavia volte a realizzare una forma di tutela giurisdizionale del diritto.
In altri termini anche il legislatore italiano ha previsto e normato una serie di ipotetiche soluzioni conciliative giudiziali quasi puntando su tali traguardi che ragionevolmente definiscono la controversia, tutelando comunque il diritto delle parti concilianti.
Va detto che storicamente la conciliazione giudiziale non ha avuto grandissima fortuna e applicazione talora per la storica indolenza dei giudici a favorirla, talaltra per la eccessiva litigiosità delle parti.[35] Cionondimeno, va detto che la recente riforma rafforza lo spirito - ed appunto il *favor conciliationis* affidato al giudice - e di tale scelta è data conferma nella nuova articolazione dell'art. 183 c.p.c laddove è previsto come il giudice debba favorire una conciliazione tra le parti, ma non nel senso di ricordare alle stesse una formula di rito e di stile, quale passaggio meramente formale in questa fase del processo, ma di prospettare concretamente una soluzione conciliativa della lite che sin dalla prima udienza ponga fine alla controversia: ciò sostanzialmente - secondo le aspettative del legislatore - è possibile per effetto della nuova regolamentazione dell'attività difensiva delle parti il cui svolgimento è anticipato con previsione di termini perentori a ritroso rispetto alla prima udienza.
Poiché alla suddetta udienza il giudice dovrebbe aver conoscenza dei fatti di causa e delle istanze istruttorie, se richieste, nella previsione della riforma del processo ricorrono le condizioni per poter davvero favorire una proficua attuazione della conciliazione sempre che il giudice (e questa è davvero una scommessa del legislatore) abbia studiato l'oggetto della controversia e sia in grado di prospettare un'ipotesi di conciliazione condivisibile dai litiganti.
Dunque quel sempre vivo *favor conciliationis* riveste con la recente riforma ancor di più un ruolo quasi dirimente di "porta aperta", che difficilmente potrebbe chiudersi[36] per ridurre i tempi del processo e con esso la irragionevole durata dello stesso, laddove proprio agli artt. 185 e 185 *bis* c.p.c. si riafferma questo ruolo del giudice non più supino e inattivo, ma protagonista del buon successo anche di questa parte della riforma: come detto la scommessa è di non poco conto ed è soggetta ad un'inevitabile verifica tra qualche anno.

---

[34] Per uno studio approfondito, si segnala, L. NADER, *The direction of law and the Development of extra_judicial processes in Nation State Societese ,* in AA.VV. *Esssay in Memory of Max Gluckman,* Leiden, 1978, p.78 ss.
[35] In tal senso esattamente si è sostenuto, A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, cit., p.213, n.60), che si pone mente e non sempre con "sconsolato pessimismo" (così C.A. NICOLETTI, *La conciliazione nel processo civile italiano ,* Milano, 1963, p.40) bensì semplicemente con "neutro buon senso" al rilievo che le parti dando vita ad un processo sono fino a prova contraria mal disposte alla conciliazione, posto che la forma *mentis* del giudice non può "servire due padroni" (così, V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione, op.*cit., p.343, per il quale il giudice essendo chiamato a decidere non è il più idoneo a conciliare). Si veda anche M. CAPPELLETTI*, Appunti su conciliatore e conciliazione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1981, p.49 ss.
[36] Così A. TORRENTE, *Aspetti e soluzioni della crisi della giustizia nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p.597, nota 1.

Certo non può non segnalarsi che i due aspetti preferenziali a vantaggio della conciliazione giudiziale, ossia il risparmio di attività giudiziaria ed il maggiore apprezzamento sociale della giustizia, richiedono un evidente impegno del giudice che, al netto di sporadiche e fortunate ipotesi di soluzioni conciliative, non giustificherebbero oltremodo tale impegno.[37]
Il dato normativo di riferimento della conciliazione giudiziale è rinvenibile all'art. 185 c.p.c. e nell'art. 420 c.p.c. in riferimento alle controversie in materia di lavoro[38].
Di poi, vanno segnalate le fattispecie di componimento in sede di separazione dei coniugi e scioglimento del matrimonio, in materia di locazione, e, seppur nella peculiarità del procedimento di cui all'art. 198 c.p.c, la eventuale conciliazione giudiziale che potrebbe conseguire in sede di esame contabile affidato dal giudice al perito nominato.
Il suddetto componimento poi - raggiungibile oltre che nel corso del giudizio di primo grado anche in quello di appello, nonché in quello di rinvio (ex art. 394, 1 comma, c.p.c.) con il logico sbarramento del termine alla scadenza del quale la causa è trattenuta in decisione dal giudice *a quo* - condivisibilmente non ha contenuto astratto puramente processuale, atteso che l'interesse dei litiganti non si limita a definire il processo eliminando la litispendenza[39] e a soddisfare per l'effetto solo tale interesse, posto che a tale scopo soccorre l'art. 306 c.p.c.
Dunque sin d'ora è utile anticipare che l'istituto in esame risponde ad esigenze sostanziali, ossia di tutela sostanziale del diritto, nonché processuali, ovvero di definizione diversa del processo pendente con la duplice finalità che il raggiungimento del fine per così dire soggettivo e oggettivo persegue, ossia con riferimento al fine soggettivo la tutela del diritto, e per quello oggettivo la chiusura del processo, entrambe accomunate dal medesimo fine di assicurare la effettiva tutela giurisdizionale del diritto.
Ciò perché potrebbe sostenersi che la conciliazione giudiziale è una forma di realizzazione della giurisdizione, ossia della tutela giurisdizionale dei diritti, secondo un convincente pensiero per il quale la funzione giurisdizionale di tutela dei diritti si realizza non solo

---

[37] Si veda l'ampio approfondimento di M. GALANTER, *A Settlement Judge, not a Trial Judge: Judicial Meditation in the United States*, in Journal of Law & Society , 1985, 12, p. 1 ss.
[38] Nel processo del lavoro un tale impegno è certamente favorito dal fatto che, come già sottolineato, sin dalla prima udienza è possibile effettuare un'analisi del rischio completa. Per assolvere al suo compito di aiutare le parti a raggiungere un accordo conciliativo, il giudice del lavoro dispone di un ulteriore importante strumento che ovviamente anche il giudice civile può utilizzare, ma che il legislatore non ha ancora ritenuto di attribuirgli ufficialmente. Recependo una prassi invero già diffusa, la legge n. 183/2010 ha infatti inserito nell'ambito dell'art. 420 c.p.c. l'inciso "*e formula alle parti una proposta transattiva"*, a cui poi il d.l. n. 69/2013 ha aggiunto le parole *"o conciliativa".* Il processo del lavoro, deputato a risolvere conflitti particolarmente delicati a livello individuale e sociale, riconosce con grande lucidità questa centralità delle parti. A differenza di quanto accade nel processo civile ordinario, in cui la comparizione personale delle parti è prevista dall'art. 185 c.p.c. come soltanto eventuale, l'art. 420 comma 1 c.p.c. esordisce affermando che "*Nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti, tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva o conciliativa"* e, dunque, prevede l'interrogatorio ed il tentativo di conciliazione come il primo fondamentale passaggio di ogni vicenda processuale che si svolge davanti al giudice del lavoro.
[39] Cosi F. LANCELLOTTI, *op.cit.,* p. 789, 790.

attraverso il processo e con il provvedimento che lo conclude, ma anche per il tramite di alcuni istituti - tra i quali appunto la conciliazione giudiziale - comunque normati nel codice di rito, che consentono la piena ed effettiva realizzazione della giurisdizione in forme diverse che non si concretizzano nella pronuncia di merito del giudice, ma che possono sostanziarsi attraverso forme e meccanismi parimenti efficaci ed espressione della funzione giurisdizionale: dunque la conciliazione giudiziaria è attuazione della giurisdizione, ovvero risultato della funzione giurisdizionale.
Dacché consegue che, pur confermandosi la natura negoziale della stessa, siccome espressione di una comune volontà delle parti del processo che il giudice cristallizza nel verbale redatto e sottoscritto dalle medesime parti nonché dallo stesso giudice, si vedrà come la natura giurisdizionale rimane assorbente rispetto a quella negoziale, pur nel rispetto di un'evidente natura privatistica e convenzionale che presuppone la piena titolarità dei diritti oggetto della conciliazione, nonché degli effetti negoziali correlati di carattere obbligatorio.
Occorre però chiarirsi: l'affermazione secondo la quale la conciliazione giudiziaria è attività giurisdizionale, poiché rientra nel *genus* della funzione giurisdizionale, va intesa nel senso che anche per effetto della riforma il giudice deve attivarsi in tal senso per favorire una diversa e non meno importante modalità di protezione dei diritti sempre per mezzo della giurisdizione, ma senza giungere alla affatto condivisibile conclusione per la quale le parti devono aderire alla proposta conciliativa: in tal senso ciò non è previsto da alcuna norma al netto delle ipotesi in cui se la causa va in decisione il giudice potrà tenere conto del rifiuto di aderire alla proposta conciliativa ai fini della condanna alle spese in giudizio.
E ciò nel senso che allorché le parti avviano un giudizio contenzioso rimettono alla decisione del giudice la tutela del proprio diritto, accettando anche l'alea della decisione e con la sola garanzia del ricorso ai mezzi di impugnazione, ma quando in pendenza di giudizio il giudice formula una proposta conciliativa, con ciò avviando la giurisdizione conciliativa, le parti non perdono in tal sede la titolarità del diritto e della azione (peraltro già avviata in sede contenziosa) ma mantengono, siccome titolari del diritto controverso, la libertà di decidere se e come aderire a tale ipotesi di diversa tutela giurisdizionale dei diritti. Ma la scelta è libera e mai dovrà essere condizionata, nè possono ragionevolmente prospettarsi ipotesi di applicazione *ex officio* della conciliazione giudiziale che evidentemente si scontrerebbero con i principi e le garanzie alla base del nostro sistema processuale.

3. Natura giuridica della conciliazione giudiziale

L'approfondimento della dottrina e l'orientamento della giurisprudenza relativo alla natura giuridica della conciliazione giudiziale stimola una preliminare riflessione.

Come esattamente evidenziato,[40] non è frequente affrontare lo studio di istituti che abbiano una certa indeterminatezza di contorni e di natura giuridica come è accaduto, e accade tuttora, per la conciliazione giudiziale.
La questione diventa ancora più articolata e complessa laddove è chiaro che tale studio va a relazionarsi con quello degli effetti che la stessa produce,[41] dacché consegue che sarà compito dell'interprete andare oltre quello il comune pensiero per il quale la conciliazione giudiziale è accordo tra le parti, alla presenza e con il coinvolgimento del giudice, e ciò nel senso che per il primo aspetto emerge e viene confermata la natura di negozio della conciliazione, mentre per il secondo si rivela l'attuazione della giurisdizione.
Tuttavia, tutto ciò non è sufficiente, non potendosi limitare l'istituto in esame ed il suo concreto svolgimento alle suddette interpretazioni concettuali - così rimanendo orfano di una necessaria collocazione sistematica - che impongono il richiamo ed il rinvio agli organici complessi di regole richiamati.
Questo comporta che il completo inquadramento della conciliazione giudiziale richiede di armonizzare in modo sistematico la natura negoziale con quella giurisdizionale, dunque il negozio con la giurisdizione, soprattutto in ragione degli effetti che l'accordo-negozio produce non solo sul rapporto sostanziale (però differenziandolo da altri istituti negoziali quali per esempio la transazione) ma anche di quelli, affatto secondari, processuali, ossia sul processo pendente che non è solo l'occasione in pendenza del quale quell'accordo si concretizza, ma anche il meccanismo scelto dalle parti per ottenere la tutela giurisdizionale del diritto.
Occorre dunque affrontare proprio il tema degli effetti per valutare *i)* la portata di titolo esecutivo del verbale di conciliazione; i*i)* l'idoneità dell'accordo a chiudere il processo per cessata materia del contendere; *iii)* la forza del vincolo dell'accordo contenuto nel verbale, ossia se con esso prevale quella attuazione dell'ordinamento proprio per l'intervento del giudice il quale insieme alle parti sottoscrive l'accordo non quale mero controllo formale o omologazione, ma quale partecipazione attiva per favorire una soluzione che assicuri la tutela del diritto e renda giustizia alle parti comunque soddisfatte dalla conclusione dell'accordo.
Ciò detto, ferma la natura negoziale dell'accordo conciliativo ragione della manifestazione di una comune volontà delle parti che dispongono del proprio diritto, la circostanza che lo stesso sia intervenuto, anzi sia stato indotto dal giudice non può portare ad esaurire il ruolo di questi a mero spettatore passivo che esaurisce la sua forza propulsiva con la sottoscrizione del verbale, ma piuttosto evidenziando come il legislatore abbia inteso la presenza del giudice quale organo che favorisce l'attuazione della funzione giurisdizionale che non si esaurisce solo in quella contenziosa o volontaria, ma si configura anche quale giurisdizione conciliativa.

[40] A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, p. 215 ss.
[41] Per un ampio approfondimento anche comparatistico, G. DE STEFANO, *op.cit.*, pp 1-53; C.A. NICOLETTI, *op.cit.*, pp.1-36.

E per tanti aspetti la recente riforma del processo, consentendo di condividere l'esistenza di una giurisdizione conciliativa, evidenzia come l'intento del legislatore sia chiaro: la tutela dei diritti nel processo si consegue anche e - talora sperabilmente - attraverso la conciliazione della lite con i noti effetti processuali e sostanziali nonché i riflessi sociali cui già si è accennato che nell'ottica di una sempre più sentita esigenza di efficienza della giustizia civile, individuano proprio in tale istituto uno strumento per favorirne la sua attuazione, così rispondendo alla diffusa domanda di una giustizia celere che, non di meno, assicuri la piena tutela del diritto attraverso gli strumenti del processo tra i quali è destinata a diventare dirimente proprio la conciliazione giudiziale.
Ciò detto, può evidenziarsi come gli strumenti idonei a risolvere la controversia, avuto riguardo ai diritti disponibili, possono sostanzialmente distinguersi in due fondamentali gruppi: gli strumenti autonomi e gli strumenti eteronomi: nel primo caso si tratta di uno strumento che consente agli stessi destinatari delle regole di condotta di individuarle in modo per essi vincolante, mentre nel secondo caso sarà un terzo che munito dei poteri in tal senso detterà le regole vincolanti.
Con la conseguenza che, nel primo caso, il contenuto delle regole stesse viene racchiuso in un atto negoziale, e dunque avrà una fonte privatistica e convenzionale, mentre nel secondo caso il contenuto delle regole sarà un *dictum*, una decisione la cui fonte potrà essere di origine privatistica (arbitrato) o statale (giudice).
In ogni caso l'orizzonte che entrambi gli strumenti sono idonei a raggiungere è la soluzione della controversia e la nascita di determinati effetti obbligatori per le parti destinatarie delle regole di condotta al rispetto di quest'ultime: che poi il suddetto dovere rientri nel perimetro dei tipici effetti obbligatori di natura negoziale (come nella ipotesi della transazione) o in quelli dell'oggetto della decisione (che per vero, non supera mai l'oggetto della domanda giudiziale), è quasi irrilevante attesa la perfetta identità di effetti tra sentenza e lodo.
Vero è che mentre il contenuto dell'atto negoziale di risoluzione della controversia può andare oltre l'oggetto della stessa, al contrario la risoluzione della controversia per il tramite della decisione del giudice non può mai superare il limite dell'oggetto della domanda, e ciò in virtù del disposto di cui all'art. 112 c.p.c., atteso che né il giudice, né l'arbitro hanno il potere di disporre del diritto controverso e tanto meno hanno il potere di disporre di diritti diversi ed ulteriori rispetto a quello controverso.[42]
Per vero, tali strumenti sono perfettamente equivalenti e fungibili in riferimento ai traguardi che sono idonei a raggiungere, e ciò perché come noto l'efficacia vincolante di un contratto, di un lodo o di una sentenza è perfettamente equipollente.

[42] Così F.P. LUISO, *op.cit.*, pp.1204-1205 che poi esattamente precisa che è sul piano del contenuto che si manifesta la superiorità della risoluzione autonoma rispetto a quella eteronoma.

Infatti così come una sentenza passata in giudicato produce gli effetti vincolanti proprio di cui all'art. 2909 c.c., anche il contratto ha la forza di legge vincolante tra le parti, ex art. 1372 c.c. e, parimenti, il lodo produce effetti vincolanti tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione ex art. 824 *bis* c.p.c.
Ciò porta ad affermare che proprio tale identità di effetti ha la sua *ratio* nello scopo delle regole dettate che è quello di risolvere la controversia tra le parti,[43] e tuttavia, ciò non comporta che vi sia una identità del rispettivo regime giuridico: le fattispecie di invalidità, nonché i modi di rilevazione delle invalidità stesse differiscono notevolmente.[44]
Confermata la natura giurisdizionale della conciliazione è di conforto giungere a tale conclusione riprendendo il pensiero della letteratura che sul punto ha prospettato la suddetta natura giuridica con interpretazioni per diversi aspetti interessanti e condivisibili, per altri meno, ma comunque tutte unite dalla comune affermazione della esistenza di una giurisdizione, ossia di una funzione della giurisdizione che possa definirsi conciliativa.
Ciò perchè la funzione giurisdizionale non può esaurirsi in quella tipicamente contenziosa o nella volontaria, posto che il ruolo del giudici va oltre e anche la recente riforma assegna proprio al giudice - e più in generale alla funzione della giurisdizione - un ruolo ancora più incisivo nel quadro della tutela giurisdizionale dei diritti, proprio favorendo e valorizzando la giurisdizione conciliativa.
Quindi al netto delle interpretazioni secondo cui la conciliazione è un mezzo di definizione del rapporto processuale[45] mediante l'autorità dell'organo di giurisdizione come lo è la sentenza, o di chi sostiene che la conciliazione successiva (cioè in pendenza di processo) sia un atto compiuto con l'intervento del magistrato come tale nel corso di un procedimento contenzioso come mezzo al fine di statuire sul diritto dell'attore[46], o ancora di chi ha escogitato la formula della sostituzione funzionale della conciliazione alla sentenza[47], o ancora quando si affermava

[43] Sul tema della idoneità delle regole di condotta a definire una controversia si segnala M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, pp.81 ss.
[44] Ancora, F.P. LUISO, *op. cit.*, p.1203.
[45] L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile,* IV, Milano, 1900, p.7, che equiparava la efficacia esecutiva al verbale di conciliazione sul presupposto del silenzio dell'art 417 c.p. del 1865, ritenendo che sia la conciliazione ossia il verbale di conciliazione che la sentenza devono raggiungere la medesima finalità, ossia nell'interesse pubblico e privato e quindi è chiaro che l'atto di conciliazione come la sentenza deve essere idoneo a stabilire il diritto in modo certo e stabile e a legittimare la pretesa di esecuzione. Si segnala, ancora, L. MORTARA, *op.cit*., III, pp. 11-12 in cui precisa che la conciliazione è collocata nella situazione un poco indecisa ma approssimativamente esatta di una zona estrema, o di confine che dir si voglia della giurisdizione contenziosa.
[46] G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Ristampa anastatica con prefazione del prof. Virgilio Andrioli, Ristampa, Napoli, 1980, p. 1250.
[47] V. ANDRIOLI, *op.cit.,* II, p.89 Tale accostamento era stato anche individuato dal E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.,* 1933, p.260 ss. e p.272 ss. per il quale andava esclusa ogni analogia tra conciliazione e sentenza precisando il proprio pensiero nel senso che il c componimento chiudi il processo e sostituisce la sentenza e deducendo in tal senso (superando il precedente dubbio) la qualità di titolo esecutivo del verbale di conciliazione giudiziale.

che la conciliazione fosse un equivalente o un surrogato del processo civile[48], e proprio partendo da tale ultima affermazione si qualificava la stessa come giurisdizione alternativa o giurisdizione di convenienza[49] è evidente che per il tramite dell'intervento del giudice si concretizza l'attuazione dell'ordinamento non spontanea, bensì indotta.
A tale conclusione si giunge se si concorda con la circostanza che il legislatore ha affidato al giudice nel rispetto dei principi di imparzialità ed indipendenza il compito - ancora più dirimente nella recente riforma del processo civile - di favorire, laddove ne ricorrano i presupposti, una soluzione della controversia che non necessita del provvedimento decisorio finale di merito, di regola la sentenza, ma può raggiungere un utile e soddisfacente risultato per le parti proprio attraverso la soluzione della medesima per come prospettata dal giudice stesso alle parti.
Da qui la precisazione della peculiarità della conciliazione giudiziale che per quanto attiene al contenuto della stessa conferma la spontaneità, o meglio la volontà comune delle parti di definire secondo il contenuto della stessa che è risultato da un loro confronto concordato - dunque la *volontà degli effetti* - mentre per ciò che concerne il metodo per raggiungere tale traguardo, ossia il procedimento, questo non è scelto dalle parti ma individuato dal giudice in applicazione delle norme di rito, ossia gli artt. 185 e, soprattutto 185 *bis* c.p.c.
Da ciò poi consegue che come il provvedimento decisorio di merito del giudice è idoneo a raggiungere il risultato finale della soluzione della controversia, anche la conciliazione giudiziaria, o per meglio dire l'atto che la contiene, ha pari forza, risultando per l'effetto idoneo a *i)* definire in ogni caso la lite, *ii)* consentire la chiusura del processo, *iii)* riconoscere alla parte un titolo esecutivo idoneo alla eventuale esecuzione forzata; *iv)* garantire la stabilità e la certezza del risultato.
Dunque è possibile giungere alla conclusione secondo cui accanto alla giurisdizione contenziosa e a quella volontaria vi è una giurisdizione sui *generis*, ossia la giurisdizione conciliativa[50], la cui capacità di assicurare la piena realizzazione della tutela giurisdizionale dei diritti ha pari dignità e valore soprattutto per le parti, le quali per il tramite del giudice hanno comunque saputo e voluto trovare una soluzione della lite in modo assolutamente soddisfacente al netto dei vantaggi temporali e di riduzione dei costi del processo: e tale risultato non è di poco conto anche sotto il profilo sociologico ed economico, perché favorisce un percorso virtuoso della giustizia verso un sistema di tutela dei diritti più efficace e moderno.
Anche perché l'atto-conciliazione assicura i medesimi effetti del provvedimento decisorio di merito del giudice e dunque l'orizzonte di tutela dei diritti delle parti è non di meno assicurato: e in concreto alla parte ciò che importa è la effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e

[48] F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, I, p.60
[49] F. LANCELLOTTI, *Vicende e natura della* conciliazione giudiziaria, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1981, pp.851 ss. 854.
[50] Cosi A. BRIGUGLIO, *op.cit*. p.24; F. LANCELOTTI, *op.cit*., pp. 850 e 854.

se questa può essere garantita anche da una soluzione conciliativa idonea a tanto, la scelta verso la conciliazione – ma non si dimentichi il ruolo di propulsore del giudice – sarà talora la strada preferita e da preferire.

4. Ruolo del giudice: il c.d. dovere-potere per favorire la conciliazione giudiziale della lite

La tutela giurisdizionale dei diritti tramite la conciliazione giudiziale impone di approfondire il ruolo effettivo che il legislatore ha assegnato - e con la recente riforma ancora di più assegna oggi - al giudice e, non di meno, anche alle parti a tale scopo e soprattutto il perimetro entro il quale egli ha il dovere-potere di svolgere appieno il suo ruolo e di favorire in tal modo la soluzione della controversia.

In altri termini si tratta di verificare entro i confini del dato normativo che derivano dalle norme di rito e dalle leggi speciali, quale sia il ruolo del giudice e soprattutto quale la portata del medesimo.

Dunque vengono in evidenza i concetti di dovere e potere, ossia di doveroso rispetto delle norme processuali che vedono il giudice diretto destinatario e di potere del medesimo, ossia di facoltà e finanche discrezionalità nel favorire la soluzione conciliativa.

All'interprete quindi, e ancora meglio al giudice, spetterà interpretare le norme che disciplinano tali regole di condotta e valutare - come il pendolo - i margini ristretti o maggiormente ampi entro i quali lo stesso può e deve oscillare.

Dovere e potere nell'esercizio della funzione giurisdizionale, tema sempre attualissimo seppur di antiche origini che ha impegnato una ampia letteratura nella dottrina, anche filosofica.[51]

Il dato dal quale partire sono dapprima gli artt. 185 e 185 *bis* c.p.c., per poi proseguire oltre nell'esame delle ipotesi in cui la proposta di conciliazione sia riscontrabile in pendenza del processo fino all'udienza di rimessione della causa al collegio per la decisione[52] o a quelle relative ai procedimenti speciali di separazione o divorzio o in riferimento alla tutela dei minori.

Sotto il primo aspetto, quello del dovere, i confini dello stesso si delineano dalla lettura delle norme che con riferimento all'art. 185, 1 comma, c.p.c. prevede che il giudice deve fissare l'udienza di comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione, ossia di dare seguito doverosamente alla formalizzazione di un passaggio che potrebbe portare alla soluzione della controversia.

Dunque la norma impone al giudice tale passaggio, al netto del possibile esito positivo dello stesso.

---

[51] Si rinvia alla nota 2 a N. Bobbio, *op.ult. cit.*; in ogni caso fondamentale è lo studio di N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p.1 ss.

[52] Al riguardo si segnala Trib. Fermo, 21 novembre 2013, in *Il Caso.it*, che ancor prima della riforma, nell'evidenziare il *favor* per la conciliazione giudiziaria ha disposto rimessione della causa in istruttoria per la formulazione della proposta transattiva.

Qui il dovere attiene al rispetto delle norme ossia alle regole del processo che lo stesso giudice è chiamato a rispettare e la cui violazione - in ipotesi di mancata convocazione delle parti a fini conciliativi - anche se non espressamente sanzionata, ha portato alcuni a prospettare finanche ipotesi di nullità della sentenza che ha concluso il processo saltando il doveroso passaggio del tentativo di conciliazione[53], rispetto a chi non l'ha valutata come dirimente al punto tale da poterla superare attraverso la motivazione della sentenza nella quale egli deve dare le dovute e sufficienti spiegazioni e ragioni di tale decisione, e comunque di non valutarla come causa di invalidità della sentenza.[54]

Ora, nessun dubbio che nell'ipotesi in cui il giudice ha il dovere di favorire il tentativo di conciliazione, la violazione di tale dovere produce determinati effetti sul processo e di seguito sulla decisione finale: il problema è se tale violazione produca o meno nullità del processo e della pronuncia, quindi motivo di impugnazione di appello e di ricorso per cassazione per errore *in procedendo*, ovvero se la stessa – proprio in mancanza di una espressa previsione normativa di tipo sanzionatorio che renda ancora di più cogente la norma di cui all'art. 185, 1 comma, c.p.c., in ipotesi di violazione, impedisca di giungere a tanto.

Qui allora il problema è se il dovere del giudice di rispetto della legge che ha una matrice costituzionale di cui all'art. 102 Cost., pur in ipotesi di espressa sanzione di nullità, possa portare, come peraltro ha portato, il giudice davanti al quale venga proposta espressa impugnazione, alla declaratoria di nullità o se, al contrario la seppur censurabile violazione non è così dirimente al punto di rendere radicalmente nullo il processo e, ancora peggio, la decisone finale del giudice che lo conclude.

Soluzione non semplice perché a fronte del dettato costituzionale per il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge *(rectius*: all'applicazione della legge) si tratta di capire se il dovere costituzionale di cui al suddetto articolo seppur riprodotto nella norma di rito di cui all'art. 185 , 1 comma, c.p.c., sia da interpretare quale norma imperativa o meno, perché nel primo caso nessun dubbio che la violazione della norma imperativa produca la nullità dell'atto e del provvedimento consequenziale ossia realizzato comunque in violazione dello stesso dovere o se, al contrario, proprio per la mancanza di tale caratteristica di imperatività della norma la violazione della stessa non produce conseguenze sul processo.

Ciò perché in tali ipotesi il tentativo non corrisponde semplicemente al generico *favor conciliationis* evidenziato dall'art. 185 c.p.c. ma costituisce un passaggio normativamente obbligato del giudizio di fatto; dunque pur non qualificandolo come vizio di nullità della sentenza e dunque motivo di impugnazione avverso la stessa, tale violazione potrebbe

[53] Rilevante è stata la remota pronuncia di Cass. 13.12.1982, n.6832, in *Giust. civ*., 1983, I, p.794 secondo cui la impugnazione per nullità della sentenza di divorzio va fatta valere nelle forme e nei termini di cui all'art. 157, 2 comma, c.p.c.

[54] V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile,* Napoli, 1964, II, p.85; C.A. NICOLETTI, *op.cit.,* p.72; *contra*, P. PAJARDI, *op.cit*., p.579.

configurarsi quale errore *in procedendo* che in quanto tale è censurabile in appello e senza altro in cassazione.
Questa soluzione rispetta il dovere costituzionale di cui all'art. 102 relativo alla soggezione del giudice alla legge - anche ordinaria - che laddove preveda un passaggio obbligato, la cui violazione non comporti nullità del provvedimento del giudice, non esclude ipotesi di censure davanti al giudice dell'impugnazione, trattandosi di motivi censurabili in ragione del mancato rispetto di nome processuali: dunque non ipotesi di nullità radicale ma motivo di impugnazione.
Senza tacere la non secondaria circostanza che tale violazione incide evidentemente sul diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., ossia su un diritto che non ammette violazioni o limitazioni, ed in tale direzione - in disparte il motivo della soccombenza in merito della parte - senza dubbio arreca un pregiudizio alla parte stessa nella misura in cui il tentativo obbligatorio di conciliazione non sia stato attivato dal giudice (con ciò eliminando una (finanche remota) possibilità di raggiungere un componimento giudiziale in quella sede): ma potrebbe dirsi anche che tale violazione arreca più in generale un pregiudizio al processo, o meglio al sistema giustizia, laddove favorisca anche solo il rischio della violazione di norme processuali (addirittura) da parte del giudice che è chiamato a farle rispettare e, non di meno, a rispettarle egli stesso. Dunque, ragionevolmente, potrebbe prospettarsi un pregiudizio quasi *in re ipsa* che, in quanto tale, giustifica il ricorso ai mezzi di impugnazione ordinari.
Il contrario orientamento della Cassazione[55] potrebbe essere affrontato e sperabilmente superato proprio partendo da tali premesse metodologiche e di sistema che dovrebbero rafforzare le argomentazioni alla base del presente pensiero, quest'ultimo volto evidentemente al più ferreo rispetto delle regole del processo, sì a carico da parte arti e, non di meno, to da parte del giudice.
In tal modo nell'evidenziare - ancora meglio con la norma di cui al nuovo art. 185 *bis* c.p.c. - come il ruolo del giudice in sede di conciliazione giudiziaria non sia secondario, è evidente che laddove lo stesso sia doveroso occorre prospettare soluzioni e conseguenze plausibili che certamente oltre alla interpretazione fornita dall'interprete affidano alla giurisprudenza le soluzioni in concreto.
Diversa è la prospettiva del ruolo del giudice nella ipotesi di conciliazione facoltativa in cui la norma certamente più elastica rimette allo stesso la gestione di tale fase del processo, pur

[55] Con l'ordinanza 20 gennaio-11 agosto 2021, n. 22736 – seppur con riferimento alla mediazione - la Suprema Corte traccia le differenze tra mediazione obbligatoria e mediazione delegata, e chiarisce che in caso di decadenza dall'eccezione di improcedibilità per il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, il giudice di appello non è tenuto a disporre la mediazione, né è sindacabile in Cassazione la scelta (però) discrezionale (e non obbligatoria) del giudice di merito di non disporre la mediazione delegata. In dottrina si veda, E. BORSELLI, *Il problema della mediazione obbligatoria sulla controversia oggetto di domanda riconvenzionale: la parola alle sezioni unite,* in *Judicium*, 2023.

sempre regolamentato per legge, nel rispetto dell'art. 111 Cost., del c.d. principio del processo regolato per legge.
Qui la situazione è completamente diversa essendo di fronte a fenomeni e circostanze che concedono al giudice la facoltà di favorire la ipotesi della conciliazione giudiziale o piuttosto di disattenderla certo dando ragione di tale scelta: ossia la scelta del superamento di tale ipotesi di tutela giurisdizionale del diritto in ragione di una certa discrezionalità - non libero arbitrio - da motivare e che dovrebbe giustificare la condivisione della stessa.
Allorché il giudice ravvisi un forte contrasto tra le parti in causa poco attenuate dai rispetti difensori, va da sé che l'ipotesi del passaggio al tentativo di conciliazione non è affatto utile, seppur ipotesi rispetto alla quale gli stessi litiganti potrebbero prospettare, e diventa inutilmente dannosa anche per il processo ed in tal senso non può certo imputarsi al giudice di aver saltato un seppur facoltativo passaggio che avrebbe magari favorito la soluzione della controversia e la chiusura del processo.
Non è questo il compito del giudice, o meglio è anche questo, ma la prudenza del suo ruolo nella gestione del processo gli concede tale (prudente) libertà di determinarsi in un senso o nell'altro, senza che ciò possa costituire motivo di censura della sua decisione o finanche di responsabilità professionale, trattandosi soltanto di una normale condizione della gestione del processo pur sempre nel perimetro della norma che lo definisce e delimita.
Di poi nessuno oserebbe paventare vizi di nullità della sentenza in ipotesi in cui il giudice non abbia favorito il tentativo di conciliazione a seguito del suo convincimento, del quale magari fornirà compiuta motivazione con la sentenza, o anche solo prospettare l'esistenza di validi motivi di impugnazione e dunque un gravame per la sola questione inerente il mancato passaggio del tentativo di conciliazione, posto che nessuna soccombenza può prospettarsi a carico delle parti, quale condizione della azione di impugnativa che legittima appunto la impugnazione medesima in virtù anche di un interesse legittimo ex art. 100 c.p.c.
Qui il panorama è decisamente diverso da quello della ipotesi di violazione di una norma che qualifichi l'attività del giudice come dovere rispetto a quella – per vero più frequente – in cui tale passaggio è rimesso ad una valutazione o meglio ad un filtro del giudice che con la necessaria prudenza valuterà l'utilità di favorire il tentativo in questione.
Ma l'omissione del tentativo di conciliazione facoltativa non sarà certo motivo di nullità della decisione del giudice, e nemmeno motivo di gravame, non potendosi configurare la suddetta violazione (che poi violazione di legge non è) quale mancata attuazione della condizione di procedibilità della azione, posto che tale situazione ricorre solo laddove lo preveda la legge, e ciò accade quasi sempre prima dell'avvio del processo medesimo.[56]

[56] Cosi A. BRIGUGLIO, *op. cit.,* p. 225.

5. Conciliazione giudiziale e disponibilità dei diritti

Il tendenziale *favor* del legislatore alla conciliazione giudiziale nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti va necessariamente affrontato avendo a mente il rapporto tra la facoltà del giudice di favorirla e la disponibilità/indisponibilità dei diritti oggetto di controversia in capo alle parti, le quali non sono soltanto utenti del servizio pubblico di risoluzione del conflitto di cui sono protagoniste, "sedute in platea" a seguirne lo sviluppo in attesa del finale, ma prima di tutto, le protagoniste della vicenda reale da cui trae origine quella giudiziaria.

Questo doppio ruolo ne fa figure centrali del processo, in quanto dirette conoscitrici della realtà cui si riferisce la decisione e uniche titolari del potere di definirlo in modo alternativo, attraverso la conciliazione.

Ciò rende evidente l'importanza di una loro partecipazione effettiva e concreta al processo, che vada oltre il momento preliminare in cui, dato mandato ad un avvocato per perseguire un certo obiettivo sostanziale, gli offrono il racconto della vicenda reale da cui il difensore attinge gli elementi di fatto con i quali costruire la *causa petendi* e gli spunti istruttori.

Più esattamente la questione attiene - al netto dell'auspicabile ambito di intervento del giudice e dunque della autorità del suo comando di incidere al di là della disponibilità del diritto da parte del suo titolare che, per l'effetto, può certo liberamente disporre dello stesso anche in pendenza del processo, così giungendo alla conciliazione - anche ipotesi in cui l'oggetto della controversia riguardi viceversa diritti non disponibili, ossia diritti dei quali la parte, sia attraverso un ipotetico accordo convenzionale, sia all'interno del processo, non potrebbe disporre liberamente.

Il tema è stato ampiamente arato e non è di facile soluzione[57] posto che significherebbe ritenere che nel processo, e per effetto della garanzia della presenza del giudice, ciò di cui le parti non possono disporre fuori dal processo, potrebbe diventare disponibile in virtù dell'ombrello giuridico protettivo del giudice che garantirebbe appunto il perfezionamento di una conciliazione su diritti che proprio per mezzo dell'accordo conciliativo ricevono di tal guisa una rassicurante tutela giurisdizionale.

Occorre dunque valutare se la *ratio* della conciliazione giudiziaria giustifichi un allargamento in tal senso e la soluzione preferibile, pur nella consapevolezza che tali conclusioni possono creare legittimi dubbi, è quella di riconoscere uno spazio a tale prospettiva, atteso che la conciliazione non è sempre una transazione, però delineando il perimetro entro il quale essa

[57] Gli orientamenti non sono allineati, posto che per la ammissibilità della conciliazione giudiziaria di diritti non disponibili propendono P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957, p. 351; V. DENTI, *op.cit*., p. 27 ss; C.A. NICOLETTI, *op.cit*., p. 183 ss; in senso contrario, il pensiero di dottrina non meno autorevole, V. ANDRIOLI, *op. cit*., II, p. 85; E. REDENTI, *Diritto processuale civile,* Milano, 1957, II, p. 190 ; G. MICHELI, *Corso di diritto tributario ,* Torino, 1959, II, n.104; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile,* Torino, 1987, II, p. 69; ora in C. MANDRIOLI- A. CARRATA, *Diritto processuale civile*, ed.XXIX, 2024, p.69 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Prima edizione, Torino, 1985, p. 34.

può legittimamente operare circoscritto alle ipotesi in cui le parti non debbano in ogni caso rinunciare anche parzialmente al proprio diritto: dunque l'accordo conciliativo in tal senso può essere incoraggiato proprio in tale prospettiva, così evitando rischi di violazione di norme imperative non derogabili, quale quello che si desume dall'art. 2113 c.c. che vieta ipotesi di transazione di diritti non disponibili, al netto della previsione di cui al 4 comma, per il quale le disposizioni del suddetto articolo non si applicano alla conciliazione giudiziale intervenuta ai sensi degli art. 185, 410, 411, 412 te e 412 *quater* c.p.c .

A tale soluzione ragionevolmente si può giungere evidenziando come la delicatezza della questione relativa al diritto controverso non dovrebbe ostacolare una ipotesi di conciliazione giudiziaria con l'intervento del giudice, soprattutto se si concorda che anche per effetto della recente riforma del processo civile talora la medesima conciliazione è *provocata* dal giudice.

Dunque se l'oggetto della controversia riguardante un diritto indisponibile può essere rimesso al giudizio del giudice e sottoposto alla sua decisione, così favorendo la tutela giurisdizionale del diritto medesimo, non vi è ragione per non ammettere l'ipotesi in cui si giunga ad una soluzione conciliativa provocata dal giudice, posto che anche in tale circostanza si tratta di un fenomeno di concreta realizzazione della tutela giurisdizionale dei diritti.

Dacché consegue che se si concorda che la medesima tutela può essere assicurata - quasi indifferentemente e in ipotesi variabile - sì dalla decisone finale del giudice, ma anche dalla conciliazione giudiziale, ogni ragionevole dubbio potrebbe essere fugato ritenendo che è proprio la presenza ed il ruolo attivo del giudice che devono assicurare la plausibilità del componimento giudiziale rispetto a controversie che non tollerino soluzioni transattive e in base a dati di fatto e diritto già acquisiti e dunque l'equità della conciliazione oltre che la sua conformità alla legge.

Certo a fronte di tale prospettata interpretazione vi è chi ha letto la *ratio* dell'art. 2013 c.c. come ipotesi idonea ad individuare - come eccezione alla regola - una ridotta ipotesi di ricorso alla conciliazione giudiziale ma solo quando l'oggetto della controversia non riguardi il diritto principale ma piuttosto i diritti c.d. secondari relativi alle implicazioni economiche, degna violazione degli intransigibili diritti cosiddetti primari.[58]

A ciò va poi ad aggiungersi l'ulteriore precisazione che la conciliazione può trovare legittima applicazione nei limiti in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi secondo diritto nel giudizio pendente e non anche nelle ipotesi - per vero molto limitate - in cui il giudice potrebbe decidere secondo equità.

[58] Così L. MONTESANO - R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1984, p.45; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in Riv.dir.proc.,1977, p.255, ed *ivi*, pp. 245-248. In tal senso questione sempre aperta anche con riferimento alle controversie riguardanti i contratti agrari con riferimento alle previste ipotesi di non disponibilità dei diritti.

Ecco che la questione diventa delicata imponendo poi di interpretare il giusto significato di quell'inciso "natura della causa" che sembra rappresentare per il giudice un parametro di valutazione - quasi una condizione - prima di procedere a favorire la conciliazione medesima.
Ora il tema vero che potrebbe portare ragionevolmente ad una eventuale soluzione condivisa è quello per il quale il giudice nel momento in cui manifesta alle parti la ipotesi della conciliazione e dunque li incoraggia a percorrere la soluzione da lui prospettata, egli deve sempre perseguire tale metodo in perfetta linea con il suo dovere di imparzialità che poi è anche il presupposto fondamentale per la giustizia della sua decisione e, non di meno, anche nella ipotesi di componimento giudiziale come avviene nella conciliazione in pendenza del processo.
In altri termini, la prospettazione della soluzione conciliativa non può non poggiare su un metodo di soluzione che sia insensibile se non proprio indifferente al dovere di imparzialità, al netto delle ipotesi di equità, ossia di quel potere decisionale del giudice secondo tale profilo al di là della applicazione delle norma.
In tale ultimo caso, per vero, succede che il giudice ha il potere di decidere utilizzando parametri di valutazione, quindi un giudizio di valore che possa anche prescindere dall'applicazione della norma astratta al caso concreto e dunque fornire una decisione non in punto di diritto.
Al contrario per regola generale il giudice decide sempre secondo diritto e tale parametro non è meno importante quando egli si accinge - anche con una certa capacità di convincimento - a persuadere le parti del processo ad accogliere la conciliazione prospettata, senza che ciò possa né debba significare anticipazione del giudizio e né violazione del principio di segretezza della camera di consiglio.
Occorre dunque tirare le fila del discorso sul punto.
L'interpretazione qui condivisa secondo cui la conciliazione giudiziale sia praticabile anche con riferimento ai diritti non disponibili, ossia alle ipotesi in cui l'oggetto della controversia rimessa alla decisione del giudice riguardi il diritto principale e non quello secondario, trova la sua *ratio* nella convinzione per la quale la tutela giurisdizionale dei diritti è assicurata sia attraverso la decisione del giudice a conclusione del processo, sia nell'ipotesi - talora maggiormente soddisfacente - della conciliazione giudiziale.
Ciò perché la funzione della giurisdizione non sembra esaurirsi nel perimetro della giurisdizione contenziosa o di quella volontaria, lasciando piuttosto aperta quella strada che nel corso del processo può portare il giudice a favorire una soluzione conciliativa che, sotto il profilo dell'attesa della decisione e dunque del tempo del processo, realizzano e soddisfano anche meglio le aspettative delle parti.
Meglio dunque una buona soluzione conciliativa in tempi ragionevolmente contenuti (si pensi, addirittura, alla ipotesi - non peregrina - della conciliazione alla prima udienza di comparizione e ciò anche per effetto della novità della riforma che da un lato impone alle parti lo

svolgimento della trattazione della domanda prima della suddetta udienza e dall'altro al giudice di "studiare" gli atti e laddove plausibile prospettare un componimento giudiziale della controversia con buona pace di tutti) che una decisione che sarà pronunciata in tempi non brevi e in un certo senso aleatoria siccome non prevedibile.
Se così è allora il tempo del processo e l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti sono senza dubbio meglio valorizzati dalla giurisdizione conciliativa anche di diritti non disponibili posto che questa, ragionevolmente, rientra nel *genus* della giurisdizione.
Senza tacere poi della rilevante considerazione per la quale anche in tale caso l'imparzialità del giudice diventa il nucleo primordiale della conciliazione giudiziale, così come accade per il processo e più in generale per il corretto esercizio della funzione giurisdizionale.
In altri termini come la imparzialità del giudice assurge a uno dei parametri di legittimità del processo e della decisione finale che lo conclude, parimenti la stessa imparzialità è dirimente nell'ipotesi in cui il giudice prospetta una soluzione conciliativa o si rifiuta di condividerla, se valutata come ingiusta secondo parametri di diritto ed anche con potere discrezionale,[59] ma che mai assurgono a libero arbitrio o ad ipotesi dolose che schiuderebbero poi la strada a possibili azioni di impugnativa per annullamento (errore, dolo del terzo ex art. 1439 2 comma, c.p.c.), o ipotesi di revocazione ex art.395, 6° comma, c.p.c. per dolo del giudice.

6. Effetti processuali e sostanziali della conciliazione giudiziale

A questo punto dell'indagine, è necessario esaminare gli effetti processuali e sostanziali che la conciliazione giudiziale, e per essa il verbale di conciliazione, produce sia con riferimento al processo che sul rapporto sostanziale.
Ciò perché come noto, ogni atto processuale - come nel caso del verbale di conciliazione - è destinato a produrre determinati effetti che talora sono direttamente individuati dal legislatore, e quindi tipici, altre volte sono rimessi all'interpretazione della dottrina e, ancora di più, della giurisprudenza di merito e legittimità.
Per giungere a tanto può ragionevolmente sostenersi che il verbale di conciliazione giudiziale è atto del processo ed in tal senso soccorrono alcuni elementi: i) la presenza delle parti e dei loro difensori; ii) quella del giudice; iii) la pendenza nel processo, e soprattutto iv) la redazione di un atto, appunto processuale perfezionato con l'intervento delle parti - e di quello non secondario del giudice - le quali raccolgono nel verbale del processo una volontà comune raggiunta per la soluzione conciliativa della controversia pendente, con i conseguenti effetti.
Se dunque il verbale è atto processuale idoneo a chiudere il processo pendente, potrebbe sostenersi che siamo di fronte ad un'ipotesi normata dal legislatore in cui la giurisdizione

[59] Proprio a tale riguardo esattamente si sostiene che il giudice laddove rifiuti di formalizzare la conciliazione potrebbe proprio trincerarsi dietro la sua discrezionalità, F. DE STEFANO, *op.cit*., p.14 nota 1; F. LANCELLOTTI, *op.cit.,* p.400-401. In senso contrario, E.T. LIEBMAN, *op. cit.,* p.284; G. PAVANINI, *Conciliazione e limiti della procura alle liti nelle controversie del lavor*o, in Scritti Calamandrei, Padova, 1958, II, p.546.

svolge appieno la sua funzione con il raggiungimento della concordata conciliazione e dunque della definizione del processo che, all'evidenza, rientra nel *genus* della tutela giurisdizionale dei diritti.
Ciò perché è chiaro che attraverso la conciliazione giudiziale la tutela giurisdizionale dei diritti e soprattutto l'effettività della stessa è pienamente raggiunta, talora con maggiore soddisfazione delle parti.
Dunque il verbale di conciliazione conclude il processo e definisce la lite giudiziaria.
A questo punto è evidente che può porsi il problema se il verbale in questione sia di per sé sufficiente a definire il processo, non richiedendosi altro provvedimento del giudice di chiusura dello stesso: il riferimento è alla pronuncia del giudice di cessazione della materia del contendere,[60] ossia a quella fattispecie di estinzione del processo creata dalla prassi giurisprudenziale.
Al riguardo va evidenziato che per un certo pensiero tale ultima pronuncia è necessaria siccome la più fisiologica ed idonea a definire il processo in generale: dunque a seguito della verbalizzazione della conciliazione sottoscritta dalle parti, avvocati e giudice, sarebbe necessario che questi, nel dare atto della intervenuta conciliazione - che dunque si esaurirebbe soltanto nella definizione della controversia nel processo - pronunciasse, appunto, un provvedimento che di regola svolge tale funzione in un'ipotesi del genere, ossia la dichiarazione di cessazione della materia del contendere, con ordinanza di chiusura e declaratoria di cancellazione della causa dal ruolo[61] e di estinzione del processo.[62]
Il diverso orientamento conclude nel senso che in tale circostanza il verbale di conciliazione - anche parziale - non richiederebbe alcun ulteriore provvedimento di conclusione del processo, posto che l'effetto processuale della chiusura lo produrrebbe *ex se* proprio il verbale, non richiedendosi alcun ulteriore intervento di pronuncia del giudice soltanto per tale scopo.[63]
A sostegno di tale interpretazione si rileva come le ipotesi in cui il processo si conclude per intervenuta cessazione della materia del contendere intanto sono circoscritte a casi tassativi

[60] Come noto, la cessazione della materia del contendere costituisce una fattispecie di estinzione del processo, creata dalla prassi giurisprudenziale e contenuta in una sentenza dichiarativa della impossibilità di procedere alla definizione del giudizio per il venire meno dell'interesse delle parti alla naturale conclusione del giudizio stesso tutte le volte in cui non risulti possibile una declaratoria di rinuncia agli atti e di rinuncia alla pretesa sostanziale per la assenza di una formale dichiarazione delle parti in tal senso. In dottrina ampia è la letteratura sul punto. Cosi, V. ANDRIOLI, *op. cit.*, II, p. 89; F. DE STEFANO, *op.cit.*, p.266; vigente il procedente codice cosi anche E. BETTI, Dirit*to processuale civile italiano,* In Collana di Studi Università di Camerino, Napoli, 2018, p.1 ss; A. BRIGUGLIO, *op.cit.,* p. 235.
[61] E. REDENTI, o*p. cit.*, II, p.89; E. VALSECCHI, *La transazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1954, p.1.ss ID; *Transazione giudiziale, risoluzione per inadempimento e novazione*, in *Foro it.,* 1952, I, p.883; S. COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1959, p.301, p. 408; F. LANCELOTTI, *Conciliazione,* in *Enc. dir*, VIII, Milano 1961, p.414 ss , nota 93.
[62] Suppone come necessaria un provvedimento di estinzione U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1957; III, p.82; P. PAJARDI, *op.cit.,* p.588; S. SATTA, *op.cit*., II, 1, p. 90; S. COSTA, *op.cit.,* p. 408 per il quale sarebbe necessaria la dichiarazione di estinzione di seguito al decreto di esecutività emesso dall'istruttore ex art. 199 c.p.c.
[63]A. BRIGUGLIO, *op. cit.,* p.236.

di cui all'art. 199 c.p.c. e certamente ciò è utile per evitare tra l'altro situazioni di litispendenza, ma tale traguardo non richiede necessariamente un provvedimento per così dire ultroneo di chiusura del processo, posto che gli effetti medesimi sarebbero prodotti di per sè dal verbale in questione.
A tale risultato si giunge semplicemente inserendo nel verbale che le parti ed il giudice danno atto che la intervenuta conciliazione con riferimento al processo pendente durante il quale si è formalizzata è idonea a produrre l'effetto processuale di chiusura del processo, normalmente definendo anche le spese di lite secondo gli accordi raggiunti, poiché, viceversa, in ipotesi di provvedimento di chiusura del processo che dichiara cessata la materia del contendere il giudice si pronuncia anche sulle spese di lite.
Tale prospettazione risulta la più condivisibile posto che fotografa meglio il valore sostanziale e processuale della conciliazione e dunque gli effetti che direttamente si ricollegano alla stessa, non richiedendosi ulteriore attività del giudice che quasi esaurisce - svolgendolo in pieno - il suo ruolo (si immagini la coalizione intervenuta su proposta del giudice) allorché si perfezioni il verbale in questione e ciò se si concorda che il verbale in oggetto ha carattere provvedimentale e in quanto tale idoneo a chiudere il processo non essendo necessario alcun provvedimento di cessazione della materia del contendere poiché la conciliazione giudiziaria (*rectius*: il verbale di conciliazione) determina un esaurimento del processo.
Parimenti, laddove la domanda giudiziale che aveva introdotto il giudizio fosse stata trascritta è evidente che nel verbale di conciliazione occorre dare atto di ciò e sarà il giudice ad ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda processuale, così eliminando quell' effetto processuale determinato proprio alla trascrizione della stessa, anche perché anche tale effetto è voluto, ossia concordato dalle parti.
Un problema che certo va affrontato è poi quello della ipotesi in cui intervenuta la conciliazione la stessa venga dichiarata invalida per difetto dei requisiti di legge.
Qui la questione è certo delicata e occorre partire dalla premessa per la quale qualsiasi accordo raggiunto dalle parti formalizzato in un atto del processo con l'intervento del giudice non dovrebbe certo violare le norme del processo medesimo o quelle di diritto sostanziale.
Dunque nella sola ipotesi in cui ciò dovesse accadere è evidente che l'atto processuale del verbale di conciliazione siccome inficiato da vizi di legittimità in rito e di merito è invalido e come tale va eliminato.
Se ciò accade è evidente che il provvedimento del giudice con il quale si pronuncia l'invalidità del verbale farà risorgere il diritto delle parti di riassumere il processo essendo sempre legittimati, avendone un interesse ex art. 100 c.p.c., ed essendo il diritto meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.
Dacché consegue che chiuso il processo per effetto della intervenuta conciliazione, laddove il provvedimento conclusivo, ossia il verbale, fosse dichiarato invalido, è evidente che la lite giudiziaria rimane aperta e senza soluzione, pertanto il diritto di azione e di difesa nel

processo, quindi il bisogno di tutela giurisdizionale, ritorna attuale, così assicurando alle parti sempre il ricorso al giudice e con ciò confermando la solidità del nostro sistema processuale.

7. Il verbale di conciliazione quale titolo esecutivo giudiziale

Il tema oggetto del presente lavoro richiede una scrupolosa analisi di una delle questioni che sotto il rilevo pratico, ma non solo, è di non secondaria importanza.

E' pensiero condiviso che la finalità della conciliazione sia quella di consentire in tempi più ristretti una tutela giurisdizionale dei diritti che soddisfi le esigenze di entrambe le parti in giudizio, ed in tale direzione la forza del vincolo conciliativo è assicurata oltre che dalla diretta assunzione di precisi e reciproci obblighi, altresì dalla forza esecutiva che il verbale di conciliazione assume per effetto dell'intervenuto componimento giudiziale.

Altrimenti detto, si può sostenere che il verbale di conciliazione è titolo esecutivo, ossia titolo idoneo qualificato a produrre efficacia esecutiva, così favorendo l'eventuale esercizio della conseguente azione in ipotesi in cui le obbligazioni derivanti dal suddetto verbale non siano state rispettate dalle parti? E in caso affermativo, in quale categoria di titolo esecutivo si colloca secondo il disposto di cui all'art. 474 c.p.c.: titolo giudiziale o non giudiziale?

Il tentativo di contribuire all'interpretazione più prossima e coerente con il dato normativo e più in generale con la *ratio* medesima dell'atto processuale, quale è appunto il verbale, suggeriscono di partire dalla soluzione che si ritiene di condividere per la maggiore coerenza del metodo che giunge a tale prospettazione.

Il verbale di conciliazione è titolo esecutivo giudiziale, ex art. 474, n. 1 c.p.c., ed in tal senso soccorrono tali considerazioni: i) è un atto processuale formato alla presenza e con il diretto coinvolgimento del le giudice; ii) al pari di qualsiasi provvedimento del giudice mantiene (quasi) tutti gli effetti processuali e sostanziali propri del provvedimento giudiziale ; iii) legittima l'azione esecutiva in favore di chi rivendica la esecuzione di una prestazione per come concordato nel verbale medesimo ma non adempiuta dalla controparte; iv) evidenzia ed incorpora la attualità dell'interesse ad agire secondo il disposto di cui all'art. 100.c.p.c.; v) diventa, laddove previsto, titolo idoneo per la costituzione di idonee garanzie reali, quali ad esempio il pegno, la ipoteca volontaria; vi) consente la azione esecutiva di espropriazione nonché quella di esecuzione in forma specifica, posto che al pari del provvedimento del giudice è ontologicamente e giuridicamente predisposta a favorire la suddetta tutela esecutiva confermando - laddove ve ne fosse ancora bisogno - la natura giurisdizionale della conciliazione giudiziale.

L'interpretazione proposta trova il conforto di autorevole dottrina[64] e giurisprudenza[65] pur dovendosi evidenziare come tale percorso sia stato per alcuni aspetti talora tortuoso, laddove ha obbligato - per come inevitabilmente l'interprete deve fare - di affrontare e superare le seppur plausibili e talora fondate, argomentazioni di chi ha qualificato, e qualifica tuttora, la natura giuridica del verbale quale atto negoziale.
Con la logica conseguenza che premessa la natura negoziale del verbale siccome fortemente condizionato dal contenuto (questo per vero senza dubbio negoziale, siccome convenzionale) lo stesso andasse annoverato nell'elenco e nella categoria dei titoli esecutivi stragiudiziali, ossia di quelli che nello specifico vengono ricevuti dal pubblico ufficiale che nel caso di specie è il giudice, di tal fatta rientrando nel novero di cui al n. 3 dell'art. 474 c.p.c.
La interpretazione in questione però non convince e di ciò si spera di aver dato sufficiente giustificazione nelle argomentazioni[66] che hanno indotto ad accogliere la interpretazione volta ad affermare la natura giurisdizionale ma in ogni caso valgano qui alcune ed ulteriori argomentazioni di fondo.
La conciliazione giudiziale racchiusa nell'atto finale del verbale è atto del processo avendone tutte le caratteristiche e, più in generale, esso concretizza un modo di esercizio della giurisdizione che favorisce ed assicura con pari cittadinanza la tutela giurisdizionale dei diritti secondo le aspettative delle parti, ossia dei titolari dei diritti controversi e poi conciliati.
Se ciò è vero, allora la difficoltà di esporre argomentazioni in diritto che siano tali ed idonee a superare la impostazione negoziale del verbale si diradano emergendo in tutta la sua coerenza argomentativa e di metodo il pensiero di chi afferma, al contrario, la natura giurisdizionale.

8. Riflessioni in tema di giudicato e rapporto con le impugnazioni processuali
Il delicato tema del giudicato, ovvero degli effetti propri diretti e riflessi di cui all'art. 2909 c.c., pone non secondarie questioni interpretative e di concreta applicazione con riferimento alla conciliazione giudiziale.
Qui le problematiche sono diverse e di non facile soluzione, posto che pur confermando la natura giurisdizionale e non negoziale dell'atto processuale (*id est*: verbale) che incorpora la conciliazione tra le parti, e riconoscendo in altra direzione la produzione degli effetti giuridici propri della decisione del giudice, ciò mal si concilia con qualsiasi interpretazione volta a favorire le impugnazioni ordinarie, quali l'appello o il ricorso per cassazione avverso il suddetto verbale, potendosi sostenere, per altro verso, la possibilità di ammettere il ricorso alle impugnazioni straordinarie siccome volte a favorire la massima tutela giurisdizionale dei diritti

[64] A. BRIGUGLIO, *op.cit.,* p.238 ss.
[65] Ancora, si veda A. BRIGUGLIO, *op.cit*. nota 275, p.240 con indicazioni della giurisprudenza seppur remote comunque di rilevante interesse.
[66] Per cui si rinvia *infra* al paragrafo 3.

non tanto di fronte ad ipotesi di mera soccombenza materiale all'esito del giudizio, ma di fronte a fenomeni che siccome riconducibili alle ipotesi di cui agli artt. 395 e 404 c.p.c. giustificano l'esercizio delle suddette azioni.
Ciò poi, in disparte le ipotesi di impugnazioni processuali che possano attenere e riguardare vizi inerenti la competenza o finanche la giurisdizione del giudice davanti al quale la conciliazione è intervenuta o che è stato colui il quale ha prospettato alle parti una proposta di conciliazione sulla quale le parti hanno poi trovato un accordo di conciliazione liberamente sottoscritto.
Cosicché a fronte delle soluzioni prospettate e dei vari responsi della giurisprudenza sembra maggiormente rassicurante e in armonia con le caratteristiche dell'istituto, ammettere le impugnazioni straordinarie e soltanto il mezzo di impugnazione ex art.111 Cost. quale ricorso straordinario che consenta la impugnazione di vizi di legge tali da inficiare il procedimento che ha condotto alla conciliazione della lite siccome affetto da evidenti vizi in rito.
In tale direzione, in ogni caso non sarebbe prospettabile la preclusione del giudicato riconoscendo che seppur stabilita la certezza del *decisum,* sarebbe comunque possibile un sistema di tutela giurisdizionale quanto meno nell'ambito del perimetro della violazione delle norme processuali, tale da poter garantire un adeguato controllo di regolarità del processo.
Dacché consegue che pur non prospettando alcuna analogia tra il giudicato proprio nella decisione del giudice per come normato dagli articoli 324 c.p.c. e 2909 c.c., pur tuttavia va condiviso il pensiero di chi nell'ottica della stabilità della soluzione conciliativa intervenuta in presenza del giudice e che ha posto fine alla lite giudiziaria, sostiene che vi sia spazio per un sistema di controlli teso ad assicurare il rispetto delle regole del processo.
Tale soluzione senza dubbio è rassicurante nonché in linea con la *ratio* dell'istituto teso a favorire il più ampio intervento della giurisdizione conciliativa anche in un'ottica di riduzione del contenzioso.
Evidente allora è la finalità della conciliazione giudiziaria che una volta che abbia raggiunto il traguardo dell'accordo tra le parti merita una sostanziale stabilità, posto che il contenuto della stessa pur non essendo il frutto della decisione del giudice, in ogni caso assicura la certezza della soluzione della lite e - non si dimentichi - la tutela giurisdizionale dei diritti delle parti.
Dunque il vero tema è se la soluzione conciliativa meriti una stabilità pari al giudicato della decisione, pur non trattandosi di un *dictum* del giudice, o se la stessa possa e debba essere esposta alle insidie delle impugnazioni ordinarie con ogni conseguente riflesso sulla decisione medesima nonché sugli effetti connessi.
Piuttosto, al netto di ogni questione che tenda ad ammettere l'esercizio delle impugnazioni ordinarie - che per vero, impone di affrontare il delicato argomento prospettando l'esposizione della soluzione conciliativa giudiziaria ai normali mezzi di impugnazione con evidenti limiti di tutela giurisdizionale ovvero di effettività della stessa - è da favorire la soluzione interpretativa che nel riconoscere la necessaria stabilità degli effetti alla soluzione

conciliativa giudiziaria, prospetta soltanto la ipotesi delle impugnazioni straordinarie ed il ricorso per cassazione ex articolo 111 Cost.
La soluzione enunciata - che si ritiene di poter condividere - risponde maggiormente alla *ratio* dell'istituto che all'evidenza è rivolto a favorire laddove possibile e con l'intervento del giudice, una tutela comunque giurisdizionale dei diritti che sia il risultato di un accordo intervenuto tra le parti, talora anche travagliato, ma che merita una sua stabilità e quindi in un certo senso una definitività dell'accordo conciliativo.
Il quale ultimo, poi, mantiene in ogni caso il suo fondamento nella autonomia privata in cui l'elemento negoziale ha una propria importante incidenza.
Ciò porta dunque a rilevare come nonostante gli effetti processuali che il verbale di conciliazione produce, così come la natura di titolo esecutivo giudiziale del verbale medesimo, ex art. 474 c.p.c, e di poi la prospettata tendenza ad avvicinare il contenuto dell'accordo a quella stabilità della decisione propria del giudicato dei provvedimenti del giudice, al netto dei mezzi di impugnazione straordinaria e del ricorso ex art. 111, 2 comma, Cost. il contenuto del medesimo accordo è suscettibile di interpretazione secondo le norme proprie del codice civile di cui all'art. 1362 c.c. che evidenzia come sia determinante avere riguardo alla intenzione delle parti per come espresse nel verbale.
Qui vengono in soccorso anche la presenza e l'intervento del giudice atteso che il verbale viene redatto sotto il suo controllo giuridico che talora lo vede direttamente partecipe proprio nella fase della redazione del verbale medesimo, laddove raccoglie e appunto verbalizza la volontà delle parti in modo da rendere meno incerta la reale interpretazione della loro volontà espressa nel verbale sottoscritto da loro, rappresentando ciò anche un elemento di maggiore garanzia della stabilità dell'accordo e degli effetti processuali e esistenziali che lo stesso è destinato a produrre.

Giulio Nicola Nardo
Associato dell'Università della Calabria



TERESA ARRUDA ALVIM

***Prospective overruling* alla brasiliana – con il contrappunto dell'*overruling* all'italiana**

Il concetto dell'overruling alla luce dell'esperienza brasiliana in prospettiva comparata, con particolare riferimento a quella italiana.

The concept of overruling in the light of the Brazilian in a comparative perspective, with particular reference to the Italian one.

Sommario: 1. Contestualizzazione del problema. 2. Funzione della giurisprudenza come creatrice del diritto. 3. Quando il Potere Giudiziario deve innovare? 4. Quando si deve modulare? 4.1. Primo criterio – preesistenza dell'affidamento; 4.2. Secondo criterio – aree rigide del diritto – il contrappunto con il diritto italiano; 4.3 Terzo criterio – pregiudizio al privato. 5. Argomenti consequenziali. 6. Note conclusive. 7. Riferimenti bibliografici.

1. Contestualizzazione del problema

Il diritto ha, tra le proprie funzioni, quella di garantire sicurezza giuridica, il che include l'ideale della prevedibilità e stabilità.

Affinché si crei tale ambiente di tranquillità, proveniente proprio da stabilità e prevedibilità delle pronunce giurisprudenziali, è necessario che si conoscano le *regole del gioco,* e che queste non cambino durante la partita. Ciascun membro della società deve essere in condizione di pianificare la sua condotta secondo regole prestabilite e conosciute, che non devono cambiare spesso e, se accade, non possono incidere su ciò che si è fatto, correttamente, nel vigore delle precedenti regole.

Tuttavia, come è già stato detto una volta, "il Brasile non è per dilettanti". In Brasile, persino il passato può dimostrarsi imprevedibile.

E qua già si vede l'importanza della elaborazione dottrinale italiana: «Come rilevato da parte della dottrina, infatti, ammettere l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale altro non vuol dire che riconoscere piena dignità del diritto di fonte al precedente giurisprudenziale»[1].

Ci spieghiamo: di fatto, le leggi, quando modificate, hanno effetto *ex nunc*. Di regola, leggi nuove non hanno effetto retroattivo.

Nel diritto brasiliano, la legge prevede tre situazioni che hanno la funzione di "separare il passato dal presente e dal futuro", proteggendo il passato dall'incidenza delle nuove leggi. Queste tre situazioni sono la *cosa giudicata*, *l'atto giuridico perfetto* e il *diritto quesito*. La legge nuova, quando entra in vigore, non modifica le situazioni protette dalla cosa giudicata e

[1] P. COMOGLIO, *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2013*, p. 67, n. 2, p. 539.

quelle caratterizzate come atti giuridici perfetti e diritti acquisiti. Tali situazioni, pertanto, sono considerate come il "passato"[2].

Tuttavia, oggi si riconosce ampiamente che il Sistema giudiziario, sempre più spesso, proferisce decisioni che hanno *funzione normativa*, cioè, che oltre a risolvere un caso concreto – ed è questa la sua classica funzione – servono da paradigma per risolvere casi identici o analoghi. Questa funzione normativa della giurisprudenza[3] si è rivelata anche nei paesi di *civil law* quando si è trattato di giurisprudenza constante, iterativa, sempre nello stesso senso. E più recentemente le decisioni delle corti superiori, siano o no Corti di Cassazione, e dei tribunali costituzionali hanno esercitato un'espressa funzione paradigmatica. Ciò, senza contare la quantità di Paesi di *civil law* in cui esistono, in alcune circostanze, precedenti vincolanti.[4]

---

[2] Art. 5.º XXXVI – la legge non pregiudicherà il diritto acquisito, l'atto giuridico perfetto e la cosa giudicata;

[3] Merita di essere menzionata la classica la citazione di M. TARUFFO, *Precedente e Giurisprudenza*. Napoli, 2007, p. 11 : «(...) D'altra parte, è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. *diritto vivente*, il quale reppresenta in molti casi il *solo* diritto di cui disponiamo – ad esempio quando i giudici creano diritto colmando lacune – o il *vero* diritto di cui disponiamo – quando i giudici creano diritto interpretando clausole generali, o qualunque altro tipo di norma».

[4] Ci insegna M. MARINELLI, *I precedenti giudiziari tra obbligatorietà e persuasività: note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo CPC brasiliano e della sua sumula vincolante*, in *Revista de Processo*, São Paulo, n. 304, p. 317-336, jun./2020: «Invece, rimanendo sempre nel continente europeo, recenti indagini comparatistiche evidenziano come vi siano alcuni ordinamenti (precisamente: Spagna, Bulgaria e Ungheria), meno noti e studiati ma pur sempre afferenti alla tradizione di *civil law*, in cui vige una disposizione (addirittura) di fonte legislativa che, a determinate condizioni, sancisce la obbligatorietà (soprattutto per i giudici inferiori) di alcune pronunce (specialmente di quelle rese dal giudice supremo). In Spagna – che pure (al pari del Portogallo) è un sistema in cui, di regola, i giudici inferiori sono liberi di discostarsi dalle decisioni del *Tribunal Supremo* (come ribadito dallo stesso *Tribunal Constitucional*) – l'art. 493 della *Ley de Enjuciamiento civil* del 2000 dispone, tuttavia, che certe pronunce del *Tribunal Supremo,* rese sul "*Recurso en interés de la ley*" (che qui – a differenza di quanto previsto dall'art. 363 del cpc italiano in tema di ricorso nell'interesse della legge alla suprema corte – non può essere proposto dalle parti, ma solo dal p.m. o da particolari soggetti istituzionali come il *Defensor del pueblo*), da quando sono pubblicate nel *Boletín Oficial del Estado,* vincolano tutte le corti (ad eccezione del giudice supremo). Si tratta, precisamente, delle sentenze con cui il *Tribunal Supremo* – senza peraltro concretamente incidere sulla controversia decisa (e così, sul giudicato che la definisce e regola) – dirime un contrasto emerso tra i *Tribunales Superiores de Justicia* in materia di *recurso extraordinario por infracción procesal,* sulla interpretazione di una norma della *sola* legge processuale (civile e penale). Quanto all'Ungheria, l'art. 25 (III) della Carta fondamentale (approvata dal Parlamento di Budapest il 19 aprile 2011 ed in vigore dal 1° gennaio 2012) dispone espressamente che la Corte Suprema "assicura l'uniformità dell'applicazione giudiziaria del diritto e le *sue decisioni sono vincolanti per tutte le corti inferiori*». La Bulgaria, sul punto, reca ancora una traccia profonda della tradizione giuridica dell'Unione Sovietica, ove i "chiarimenti direttivi" del *Plenum* della suprema corte avevano valore vincolante per tutti i giudici inferiori. Infatti, gli artt. 130-131 della legge bulgara sull'ordinamento giudiziario del 7.8.2007 dispongono che, a fronte di un'interpretazione o applicazione errata della legge e, in particolare, in presenza di contrasti giurisprudenziali, intervenga il *Plenum* della Suprema Corte di Cassazione o della Suprema Corte amministrativa, al fine di comporre il contrasto mediante una sentenza interpretativa o, quando si tratta di giudici a composizione cd. "mista" (perché formati da magistrati ordinari e amministrativi), mediante un "decreto interpretativo". Questi provvedimenti sono espressamente definiti dalla legge come "*vincolanti per tutte le autorità giudiziarie e amministrative*" (e sono pubblicati sui bollettini ufficiali delle rispettive corti supreme).

(…) In Colombia, già diverse leggi di fine Ottocento (susseguitesi – precisamente – tra il 1887 e il 1896), nel dare crisma normativo alla cd. "*doctrina probable*" elaborata dalla corte suprema soprattutto per indurre i giudici inferiori ad uniformarsi alla sua giurisprudenza, dispongono che la decisione in un certo senso di una stessa questione per tre volte consecutive da

La complessità delle società del secolo passato e di quello attuale, sommata alla tendenza che il diritto disciplini un numero sempre maggiore di situazioni di fatto, ha finito per alterare la funzione del Potere Giudiziario, che, da mero applicatore della legge, il cui senso doveva essere soltanto "attuato", si è trasformato in un attore della costruzione del diritto stesso.[5] Il Potere Giudiziario participa alla costruzione del diritto non in una forma originaria, ma partendo dall'attività del Potere Legislativo, molto frequentemente per mezzo dello sforzo interpretativo.

Da ciò deriva che, molto spesso, l'orientamento di condotta del cittadino debba mutare, non a causa dell'alterazione del testo della legge, ma della sua nuova *interpretazione*. In fin dei conti, noi agiamo secondo *la legge,* interpretata dai tribunali, principalmente dai tribunali superiori, sulla base della dottrina.

Il cambiamento della giurisprudenza ha vocazione retroattiva: può capitare, ad esempio, che qualcuno definisca la propria condotta secondo l'orientamento X, del tribunale Y, nel 2012, consistente nella legittimità di un certo comportamento. Una volta alterata l'interpretazione della norma di legge, magari dallo stesso tribunale, questo, nel 2013, inizia a considerare che quella condotta è illecita. Quando il conflitto giungerà al Tribunale, nel 2014, sarà giudicato secondo questo nuovo "modello decisionale". A meno che, è chiaro, a quell'alterazione della giurisprudenza siano stati dati effetti solo futuri.

Comunque, questa possibilità è ammessa ancora molto timidamente, poiché implica una nuova visione del principio della separazione dei poteri.[6] Infatti, il presupposto del *prospective*

---

parte della Corte suprema di giustizia ha, per i giudici successivi (specie per quelli inferiori), valore vincolante sul punto. In Messico, ai sensi del vigente *Codigo Federal de Procedimientos Civiles,* qualora la Corte suprema di Giustizia della Nazione (e dal 1968, pure i *Tribunales colegiados de circuito*) si pronunci per cinque volte consecutive (cioè, non interrotte da una decisione in senso contrario), con una specifica maggioranza di voti e con riferimento ad una stessa questione in materia di diritto federale, il principio o massima così enunciati hanno valore vincolante per tutti i giudici. Lo stesso avviene per la massima o principio di diritto fissato nella decisione (qui ne basta una soltanto) con cui il *Plenum* della Corte suprema risolve un contrasto di giurisprudenza tra le proprie sezioni (o anche tra i *Tribunales colegiados de circuito*)».

[5] In effetti, il testo non è una realtà autosufficiente. La lezione di P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, disponibile su: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf. Accesso su: 04 jan. 2024, merita di essere riportata qui: «Per quel che serve alla presente lezione, ci basta mettere a fuoco alcuni enunciati, che la revisione ermeneutica, proposta da Gadamer e accolta in alcuni filoni coraggiosi della scienza giuridica italiana e tedesca, ritiene di dover acquisire per fondare più solidamente il proprio approccio metodologico. Ne elenco qui quattro: il testo non è una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo con l'interpretazione; l'interpretazione togliendo generalità e astrattezza alla norma, la immerge nel concreto, la rende diritto vivo in immediata comunicazione con la attualità (quella attualità a cui appartiene l'interprete); l'interpretazione è intermediazione tra il messaggio del testo cartaceo (necessariamente estraniato dal divenire) e la attualità dell'interprete; consequenziale protagonismo dell'interprete quale attore primario grazie alla sua operosità intermediativa».

[6] Infatti, in Italia, esiste il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge, il cui senso deve essere dichiarato dal giudice. F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come 'il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione'* in *Giusto Proc, Civ.*, 2011, p. 1117 s., commenta che la regola è che le decisioni dei giudici hanno una dimensione dichiarativa (del diritto): «*Tuttavia, ove l'*overruling *si connoti del carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento*

overruling è il riconoscere che il Potere giudiziario abbia funzione creativa del diritto. Oltretutto, il giudice starebbe agendo come legislatore: proferendo decisioni con effetti solo nel futuro.

2. Funzione della giurisprudenza come creatrice del diritto

Da un certo tempo in qua, si riconosce che è l'attività interpretativa esercitata dai magistrati, non limitata alla creazione di un sillogismo, a determinare la "versione" finale della norma, che (a sua volta) deve servire da *orientamento di condotta* per le parti in causa.[7]

È risaputo che il giudice non esercita più un ruolo inanimato, ma che, invece di "applicare" la legge, giunge, basandosi sul testo, a una soluzione interpretativa in cui avrà necessariamente usato un certo grado di creatività. Principalmente, quando si tratta di leggere il testo legale alla luce della Costituzione.[8] L'interpretazione, sovente, si distacca dalla lettera del testo della legge, ed è questa che "vale" come orientamento del comportamento (indirizzo di condotta) per il membro della società: *il diritto vivente*.[9]

Così, in qualche misura, le decisioni giudiziali sono *norme giuridiche*, che estendono i propri effetti *oltre il caso concreto.* Questa è, secondo noi, una realtà innegabile; nonostante implichi la relativizzazione del valore che si dà al dogma della tripartizione dei poteri.[10] Deve essere

---

*della parte risultante 'ex post' non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare, con la conseguenza che – in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito – deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling *nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo*».

[7] Scrive P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf. Accesso su: 04 jan. 2024 a ragione, che il procedimento sillogistico-deduttivo sembra esser stato concepito per neutralizzare la volontà personale dell'interprete. In una nota conferenza, egli dice che: «Questo procedimento rigidamente deduttivo, che sembra fatto apposta per vanificare la volontà personale di chi lo usa, si addiceva perfettamente al giudice del vecchio Stato di diritto di marca liberal-borghese».

[8] Ricostruendo, per esempio, alla luce della Costituzione, come dice R. CONTI, *Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto*, in *Riv. dei Diritti Comparati*, anno VI, n. 3, p. 829, 2022: «All'esigenza di mantenere un costante e vivo rapporto di coerenza fra leggi e valori incarnati dalla Costituzione è seguito, dunque, un accresciuto 'potere' dell'interpretazione, del quale hanno dato atto molti studiosi (e lo stesso Paolo Grossi che qui si è ricordato). Un potere che, dunque, contribuisce ad *inverare* la *verità* della legge rispetto al caso concreto. Potere che, d'altra parte, suscita aspre contrapposizioni nell'Accademia, tra cui c'è chi descrive l'attuale contesto in termini decadenti parlando apertamente di 'crisi del diritto».

[9] M. TARUFFO, *Precedente e Giurisprudenza*. Napoli, 2007.

[10] Insegna R. CAPONI, *Prospective overruling: bilancio di una vicenda*. Disponibile su: http://www.astrid-online.it/rassegna/2012/08_02_2012.html. Accesso su: 04 jan. 2024: «i Dogmi giuridici sono come 'polmoni aperti sull'esperienza». I dogmi giuridici sono costruzioni intellettuali, frutto della cultura giuridica assistita dalla logica, ma non danno luogo ad imposizioni inevitabili e assolute. Essi sono disponibili ad essere rielaborati da quella stessa cultura che li ha creati. I dogmi giuridici sono aperti ad una ricostruzione evolutiva. Non sono mai assoluti, sono intrinsecamente relativi.

studiata, affinché non comprometta valori fondamentali come, ad esempio, l'isonomia e la prevedibilità: in una parola, la sicurezza giuridica. Perché il carico normativo delle decisioni giudiziali non comprometta la sicurezza giuridica, alcune tecniche debbono venir utilizzate, come ad esempio: è necessario che si creino istituti capaci di uniformare gli orientamenti giurisprudenziali, che ci sia l'imposizione di alcuni (precedenti vincolanti) e che esista precisamente la possibilità di un *prospective overruling*.

L'attualità del tema in Brasile è conseguenza dell'audacia del legislatore processuale civile del 2015, che ha ideato la regola dell'art. 927, § 3º: "Nell'ipotesi di alterazione di giurisprudenza dominante del Supremo Tribunal Federal e dei tribunali superiori o di quella originata da giudizio di casi ripetitivi, si può avere modulazione degli effetti dell'alterazione nell'interesse sociale e in quello della sicurezza giuridica".[11-12]

Anche i dogmi giuridici imparano dalla vita, come dovrebbe imparare il legislatore, come dovremmo imparare tutti noi. Essi sono al servizio della vita. Non è la vita al servizio dei dogmi.

Il meccanismo che consente ad una costruzione giuridica di imparare dalla vita è l'eterno rapporto tra regola ed eccezione. Questo rapporto assicura il progresso del diritto. Tra regola ed eccezione non vi è opposizione, ma vi è un intreccio vitale, 'L'eccezione è più interessante del caso normale. Quest'ultimo non prova nulla, l'eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell'eccezione' (C. Schmitt). Vuol dire che la regola si coglie nel suo pieno significato solo dal punto di vista dell'eccezione, e viceversa. Si deve diffidare delle regole che non conoscono eccezioni. A ben vedere, non sono più nemmeno regole: diventano necessità naturali.

[11] Originalmente, però, l'idea di modulazione, nel diritto brasiliano, si lega al *controllo concentrato di costituzionalità* (art. 27, Lei n. 9.868/1999). Anche prima che la legge contenesse un dispositivo esplicito, la giurisprudenza si preoccupava di preservare la *buonafede* di coloro che avevano agito in conformità con la legge considerata costituzionale, che poi non lo era più per decisione del Supremo Tribunal Federal con effetti *erga omnes.*

[12] Ma non è stato soltanto nel nuovo CPC che si è vista la preoccupazione per la retroattività della giurisprudenza.

Anche la Legge 13.655/2018, la cui redazione ha aggiunto alcuni articoli alla LINDB – Legge d'Introduzione alle Norme del Diritto Brasiliano –, tratta questo tema e traduce, ancora una volta, l'*intensa preoccupazione del legislatore per gli effetti deleteri dell'oscillazione giurisprudenziale*, che eleva l'insicurezza giuridica e si ripercuote nell'*ambiente degli affari del Paese.* La redazione dei suoi precetti non è delle più chiare. È permeata di concetti vaghi, presentando, così, il rischio di causare profonde discrepanze interpretative.

Tuttavia, negli articoli 23 e 24, la nuova legge dice un qualcosa di estrema rilevanza quanto all'alterazione di posizioni della giurisprudenza. L'art. 23 stabilisce che la decisione riguardante il tema x, che adotta orientamento diverso da quello che era sempre stato adottato nelle decisioni anteriori dello stesso organo, deve contenere, in se stessa, *regime di transizione* quanto all'incidenza degli effetti che da essa decorrono, quando ciò è indispensabile alla concretizzazione del principio dell'affidamento o della sicurezza giuridica.

L'art. 23, il cui contenuto è stato sintetizzato anteriormente, usa espressioni eccessivamente ampie e non usuali, quanto meno nel linguaggio dei processualisti. Fa, inoltre, una distinzione che sarebbe immotivata: dice che la regola si applica quando la nuova interpretazione concerne norma di "contenuto indeterminato". Ossia, le norme che motivano alterazioni interpretative, i cui effetti debbono essere modulati, sarebbero *solo* quelli che contengono concetti vaghi. Ma il legislatore ha detto meno di quanto voleva dire.

Si sa, però, che l'indeterminazione dei concetti si misura in gradi: quasi tutti i concetti hanno una certa dose di *vaghezza*. Basta pensare alla parola "madre", che può includere la *madre naturale*, la *madre adottiva*, la *madre biologica* ecc., dipendendo dal contesto in cui si inserisce. La nuova regola, ovviamente ed evidentemente, non si applica "soltanto" ai casi in cui le norme, la cui interpretazione è stata alterata, contengono concetti vaghi. Il legislatore, pertanto, ha manifestato una preoccupazione corretta in modo inadeguato, il che può e deve essere corretto, senza grandi problemi, attraverso la via interpretativa.

L'istituto della modulazione (che è il nome che si dà al *prospective overruling* in Brasile, malgrado, in tesi, possa abbracciare altre possibilità di manipolazione dell'efficacia dei precedenti) è nato dalla necessità di proteggere la buonafede nell'ambito del diritto amministrativo. La buonafede, nella sua dimensione oggettiva, è la fiducia che il cittadino deve poter avere negli atti dello Stato.

In realtà, in determinate circostanze, si può affermare che il privato ha il *diritto di esigere* dallo Stato la modulazione: come se fosse un diritto fondamentale. La modulazione riduce o evita l'impatto del cambiamento della regola, nella vita di colui che ha orientato il proprio comportamento alla regola poi abbandonata.[13]

Si capisce che l'indole del principio della tutela dell'affidamento è di *diritto pubblico*. È intimamente legato all'idea di protezione di terzi e di tutela della buonafede.

Nell'ambito del Diritto Amministrativo, è nata la teoria del pubblico dipendente "di fatto". Si tratta della teoria che considera validi gli effetti di atti praticati da "pubblico dipendente" putativo, investito in modo irregolare, o non investito, della sua funzione, ma che pare essere, effettivamente, tale: si tutela, in ultima analisi, anche qui, la fiducia dei terzi.

Vi sono autori[14] che identificano l'origine di questa teoria nella storia di Barbario Filippo, nell'antica Roma.

Barbario Filippo era uno schiavo fuggitivo che richiese (ed ottenne) la funzione di pretore a Roma, ed, effettivamente, l'esercitò: si considerò che le sue sentenze costituissero cosa giudicata, nonostante, poi, egli fosse stato ricondotto alla condizione di schiavo.

Si ritiene si tratti di un approccio tipico del diritto pubblico, dato che, come da tempo sosteniamo,[15] le regole del diritto civile devono servire alla teoria delle nullità del diritto amministrativo "solamente fino a dove la natura delle cose lo permetta".[16]

Si sta, qui, tutelando la buonafede.

L'art. 24, a sua volta, possiede una portata che, a nostro modo di vedere, deve essere, effetivamente, attribuita all'istituto della modulazione. Esso dice che se il Giudiziario rivede un certo atto, contratto, ecc., che sia stato concluso alla luce di "*orientamenti generali dell'epoca*", per verificare la sua validità, si debbono considerare, come parametro, esattamente gli *orientamenti* vigenti all'epoca dell'atto, contratto, ecc., e non quelli decorrenti dal cambiamento di visione posteriore.

All'incirca in questo senso, A. DO PASSO CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: tra continuità, mutamento e transizione di posizioni processuali stabili. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, item 9.6.3.1, p. 640: «Ciononostante, la tutela dell'affidamento e l'aspetto soggettivo della continuità creano nel privato la sensazione di poter esigere queste regole di transizione. Si tratta di un *diritto di adattamento (Recht auf Anpassung)* che gli individui hanno, e qui specificamente i membri della società, alla riduzione dell'impatto nel passaggio da una posizione stabile alle nuove posizioni giuridiche. Se è vero che non si può pretendere che la regolamentazione della materia rimanga sempre uguale (poiché la continuità non impedisce il cambiamento), l'individuo ha diritto di esigere di non essere danneggiato qualora abbia tenuto una condotta in conformità con la norma stabile anteriore».

[14] F. H. M. DE ALMEIDA, *Contribuição ao estudo da função de fato*, São Paulo: Saraiva, 1957. p. 59-71.

[15] T. ARRUDA ALVIM, *Nulidades do processo e da sentença*. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 157.

[16] F. H. M. DE ALMEIDA, *cit.*, p. 63.

Secondo il nostro punto di vista, la teoria del pubblico dipendente di fatto ha fondamenti simili a quelli su cui si basa la modulazione. L'idea della tutela dell'affidamento serve di appoggio a quella della preservazione degli atti praticati da pubblico dipendente investito, irregolarmente, della funzione.

Si parla, nel diritto francese, di due fondamenti, per la preservazione degli effetti di questi atti: l'apparenza (e, in tal misura, questa si avvicina all'idea di modulazione, poiché protegge l'affidamento) e la necessità di funzionamento dei servizi pubblici. Quest'ultima funzione si rivela, molto spesso, in epoche rivoluzionarie. Gli agenti di un governo insurrezionale, investiti della carica, nel corso di una rivoluzione contro il governo legale, sono considerati usurpatori della funzione. Ciononostante, nella misura in cui i loro atti riguardino i servizi pubblici, il cui funzionamento non può essere interrotto, si considera che sarebbero "validi". Così, letteralmente, si posiziona la dottrina francese,[17] anche se, secondo noi, non si tratta, a rigore, di considerare tali atti, *validi*, ma, soltanto, di conservare i loro effetti.

Un esempio classico della conservazione degli effetti di una decisione è quello dei matrimoni di Montrouge, realizzati da un Consigliere del Municipio, che aveva ricevuto dal sindaco una delegazione irregolare (Cass. 7 de agosto, 1883, S. 1884. 1.5).

Yves Gaudemet, classico amministrativista francese, afferma che: «non si deve distinguere, per l'applicazione di questa teoria, se si tratta di diritto pubblico o privato, o se il controllo è esercitato da un giudice amministrativo o da un giudice integrante del Potere Giudiziario».[18]

Parte della dottrina identifica l'origine remota del principio della tutela dell'affidamento, che, anzi, nel caso concreto, ha finito per generare una specie di modulazione, in un altro momento: l'anno 896. In quell'anno, il corpo del Papa Formoso fu esumato e questi fu giudicato per gli errori commessi durante il papato. Fu condannato, scomunicato, spogliato delle vesti papali ed ebbe due delle dita amputate. La conseguenza naturale di quel giudizio, la cui iniziativa era partita da Papa Stefano VI (successore di Formoso), sarebbe stata che tutti

---

[17] V., per tutti: Y. GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*. 16. ed. Paris: LGDJ, 2001. t. 1, p. 609, «La théorie des fonctionnaires de fait joue également dans les *périodes insurrectionnelles*: les agentes d'un gouvernement insurrectionnel, dressés au cours d'une révolution contre le gouvernement légal, sont considérés, en principe, comme des usurpateurs de fonction et leurs actes, à ce titre, sont nuls (Cass. 27 nov. 1872, S. 1873, p. 259: paiement de l'impôt entre les mains des agents de la Commune de Paris en 1871, considéré comme non libératoire). Mais lorsque ces actes ont concerné les services publics dont le fonctionnement ne pouvait pas être interrompu (p. ex. état civil) on considère qu'ils sont valides par application de la théorie de la fonction de fait (état civil tenu sous la Commune, validé par L. 19 juillet 1971)». In traduzione libera: «La teoria dei pubblici dipendenti di fatto si applica anche in *periodi di rivoluzione*: gli agenti di un governo rivoluzionario, istituito nel corso di un'insurrezione contro il governo legale, sono considerati, a priori, usurpatori di funzioni e i loro atti, in quanto tali, sono nulli (Cass. 27 nov. 1872, S. 1873, p. 259: pagamento di imposte nelle mani degli agenti del Comune di Parigi nel 1871, considerato non liberatorio). Tuttavia, quando questi atti si riferiscono a servizi pubblici, il cui funzionamento non può essere interrotto (per esempio, i registri di stato civile), sono considerati validi per l'applicazione della teoria della funzione di fatto (registri dello stato civile mantenuti dal Comune, validati dalla L. 19 giugno 1971)».

[18] Y. GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*. 16. ed. Paris: LGDJ, 2001. t. 1, p. 610. «De même, il n'y a pas à distinguer selon que les actes en cause sont de droit privé ou de droit public et relèvent du contrôle contentieux du juge judiciaire ou du juge administratif».

gli atti compiuti da Formoso perdessero l'efficacia. Invece, la prospettiva drammatica della retroattività di quegli effetti fece in modo che gli studiosi del diritto canonico trovassero un'altra soluzione, preservando gli atti praticati dal Papa condannato dopo morto.[19]
Nella dottrina, si registra, tuttora, come caso che simbolizza espressamente la tutela dell'affidamento, quello della vedova di Berlino (decisione *Witwengeld*).
Alla vedova di un ispettore tedesco, con funzione dentro la zona di occupazione dell'ex URSS, ha ricevuto una pensione dall'*Oberjustizkasse* di Berlino fino all'8 maggio 1945. Nel 1953, le fu comunicato che se fosse ritornata a risiedere a Berlino, avrebbe nuovamente avuto diritto al beneficio. La vedova, allora, si trasferì a Berlino e ricominciò a ricevere la pensione.
Nel 1954, però, un nuovo atto dell'Amministrazione Tedesca cancellò la pensione, a far tempo dal 9 ottobre di quello stesso anno, perché la vedova non aveva soddisfatto tutti i requisiti per ricevere tale pensione. L'amministrazione pretese che restituisse le somme indebitamente ricevute.
La vedova iniziò una causa presso il Tribunale di Berlino (in materia di diritto amministrativo) e questo tribunale non solo decise che la pensione non doveva essere restituita, ma, che, al contrario, doveva continuare ad essere erogata, poiché l'atto dell'Amministrazione aveva fatto in modo che lei alterasse radicalmente la propria vita, riorganizzandola. La decisione fu confermata del giudice dell'impugnazione (*Oberverwaltungsgericht*), poiché la vedova si era fidata delle informazioni ricevute ed aveva agito rigorosamente in conformità con esse.[20]
Il principio della *tutela dell'affidamento, così formulato, è nato insieme con quello della buonafede*, in Germania, guadagnando autonomia nel tempo, nel diritto pubblico, dagli anni 60 in poi. Nel 1976, è entrata in vigore la legge del procedimento Amministrativo Tedesco (*VwVfG – Verwaltungsverfahrengesetz*) che ha riguardato la tutela dell'affidamento della persona fisica o giuridica, in caso di annullamento degli atti dell'amministrazione.[21]
Partendo dal diritto tedesco, il principio dell'affidamento è stato pian piano recepito nella legislazione di altri paesi della Comunità Europea, essendo poi stato adottato dal diritto comunitario europeo, simultaneamente all'istituzione della Comunità Economica Europea, dal Trattato di Roma, il 25 marzo 1957. Il Trattato di Roma, all'art. 173, ha attribuito competenza alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per valutare la legalità degli atti del Consiglio e della Commissione Europea, e ha previsto pure, all'art. 174, la possibilità che, una volta dichiarata la nullità di regolamenti, *potessero essere preservati alcuni dei loro effetti, che sarebbero considerati definitivi*.

---

[19] A. DO PASSO CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 163; V. S. de ARAÚJO, *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 18.
[20] V. S. DE ARAÚJO, *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. item 4.2, p. 136 e ss.
[21] A. DO PASSO CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 164.

Questo art. 174 è stato convertito nell'art. 231 del Trattato della Comunità Europea con lo stesso testo.
Oggi, il vigente art. 264, comma 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, adotta, in modo ancor più ampio, tale principio. Prevede che la CGUE (Corte di Giustizia dell'Unione Europea), nel dichiarare la nullità di un atto normativo o amministrativo proveniente da qualche organo dell'Unione Europea, può preservare alcuni dei suoi effetti.[22]
Lo studio dell'applicazione del principio della tutela dell'affidamento, nella sfera dell'attività del potere Giudiziario, ha iniziato ad avere rilevanza più recentemente nel mondo e anche in Brasile. Questa rilevanza in Brasile è stata provocata dalla maggior frequenza di brusche alterazioni di orientamenti consolidati nella Giurisprudenza. Sono pochi gli autori che discordano dalla necessità che si protegga l'affidamento dell'individuo, anche in rapporto agli atti dei Tribunali.[23]
Per mezzo della modulazione si preserva anche il principio che il diritto non può essere retroattivo. In fin dei conti, è bene ricordare che non è solo la legge che non può essere retroattiva: il diritto – legge interpretata dal giudice – non può riguardare situazioni passate.
Ma la modulazione è una possibilità, non una necessità.
Non si tratta, dunque, di identificare, pienamente, l'irretroattività delle leggi con l'irretroattività della giurisprudenza. La modulazione è eccezionale e *dipende da determinate circostanze.* Comunque, lo strumento esiste ed è a nostra disposizione. Perciò, lo si deve, a nostro modo di vedere, studiare di modo che possa concretizzarsi, in pratica, nella sua pienezza, e sottesi valori costituzionali.

3. Quando il Potere Giudiziario deve innovare?
È risaputo che molte volte il Potere Giudiziario è protagonista nell'evoluzione del diritto. Ci sono alcuni rami del diritto in cui l'evoluzione ha luogo predominantemente in conseguenza dell'attività del Potere Giudiziario. La giurisprudenza avanza e poi viene la legge. Esistono esempi molto espressivi, come quello del matrimonio tra persone dello stesso sesso[24]. Questo succede in vari paesi nello stesso modo.
È comune che in alcune aree del diritto, quelle in cui le alterazioni di modelli morali ed etici delle società si riflettono nei costumi, nelle nozioni di "giusto" e di "sbagliato", si generi la

[22] O. ROMANO NETO, *A proteção da confiança na Constituição Federal de 1988*, in L. FUX; B. BODART; F. P. DA SILVEIRA MELLO (Coord.). *A Constituição da República, segundo Ministros, Juízes, Auxiliares e Assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 294 e ss.
[23] V. S. DE ARAÚJO, *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. item 7.3, p. 224.
[24] In Canada, l'area più visibile dell'"attivismo" giudiziale è quella che riguarda i diritti degli omosessuali, «che è culminato in decisioni giudiziali e *poi* nel riconoscimento da parte della legislazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso". Nell'originale: «(...) which culminated in the judicial and *then* the legislative| recognition of same-sex marriage»: K. ROACH, *Judicial activismin the Supreme Court of Canada*, in B. DICKSON (coord.) *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford University Press, 2008. p. 91.

necessità che lo stesso *diritto cambi,* e ciò accade *prima* nei Tribunali e dopo, soltanto dopo, si modifica la legge.[25]

Il diritto di famiglia è retto da principi più cangianti e flessibili. In questo *ambiente decisionale*, che intendiamo conveniente definire "morbido", ha senso affermare che la "giurisprudenza è il termometro più sensibile alle alterazioni della società e non deve essere irrigidita". È, in gran parte, ad opera della elaborazione giurisprudenziale che il diritto di famiglia si *modifica*, *si adatta e si volge a disciplinare le nuove realtà dei rapporti interpersonali*.[26]

Però, in qualsiasi ipotesi, i mutamenti della giurisprudenza debbono essere lenti e graduali. Nulla giustifica i noti voltafaccia che si osservano in Brasile. L'alterazione frequente della giurisprudenza produce effetti negativi, di ogni tipo.

Ma esistono altre aree del diritto in cui occorre l'intervento del legislatore, per vari motivi; tra l'altro, anzi, principalmente, a causa dell'effetto retroattivo dei mutamenti della giurisprudenza. Un esempio emblematico è il diritto penale: è ovvio che la giurisprudenza non può creare un reato. In molti paesi è diffusa quest'affermzione.[27]

---

[25] Si comprende che anche in Canada si consideri il diritto di famiglia, con l'estensione che oggigiorno possiede, un ambiente decisionale morbido, in cui i cambiamenti *cominciano nel Giudiziario* e, *in seguito, appaiono nella legge.* K. ROACH, CIT., 96, spiega che: «il rapido sviluppo dei diritti degli omosessuali in Canada, può, in gran parte, venir attribuito all'attivismo giudiziale, sotto forma di un'interpretazione generosa dei diritti derivati dall'uguaglianza, da un rifiuto di accettare la non considerazione di partner dello stesso sesso, dalla creazione di efficaci rimedi che vedono nell'orientamento sessuale un elemento che non può servire ad alcun tipo di discriminazione, dall'accettazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso». Nell'originale: «The rapid development of gay rights in Canada can in a large part be -attributed to judicial activism in the form of generous interpretation of equality rights, a refusal to accept the exclusion of same sex partners as a justified limit on equality rights, and robust remedies that read sexual orientation as a prohibited ground of discrimination and allowed same-sex marriage to take place»: (= hanno attuato creativamente), considerando l'orientamento sessuale come una causa che *non* potrebbe causare discriminazione, il Parlamento canadese non avrebbe sicuramente riconosciuto, nel 2005, la possibilità che persone dello stesso sesso si sposassero.

Nel diritto americano, fondato precipuamente su principi, è stata proferita dalla Suprema Corte Americana la decisione nel caso *Obergefell vs. Hodges* (n. 14-556), permittendo matrimonio tra persone dello stesso sesso.

[26] Si dice, nel diritto inglese, che gli aspetti creativi della decisione giudiziale sono visibili anche nella law of torts (= responsabilità extracontrattuale), che non sono una parte statica del diritto, in N. S. MARSH, *Principle and discretion in the judicial process*, in Law Quarterly Review, 68, 1952, p. 226.

[27] Come regola generale, le stesse norme di interpretazione – dicono A. ROBERT e R. DREIER, riferendosi al diritto tedesco – sono applicate in tutti i campi del diritto. Tuttavia, in alcuni aspetti, esistono importanti differenze tra un ramo e l'altro del diritto. Queste differenze, dicono gli autori, sono legate ai principi basici di ogni ramo del diritto e addirittura ad alcuni principi costituzionali. Le differenze più notevoli sono nel processo penale, a causa del *principio nulla poena sine lege*, stabilito nell'art. 103 (2) della Costituzione Tedesca (GG) e nel S1 del Codice Penale, che proibisce l'analogia, quando il risultato non sarebbe vantaggioso per il convenuto. (Statutory interpretation in the Federal Replubic of Germany, *in*: N. MACCORMICK; R. S. SUMMERS, (coords.). Interpreting Statutes: a comparative study. Dartmouth Publishing Company, 1991. p. 106).

Nel diritto svedese, A. PECZENIK e G. BERGHOLZ si riferiscono al diritto penale e tributario come aree più "dure", diversamente da quello che succede nel diritto contrattuale, in Statutory interpretation in Sweden. *In* N. MACCORMICK; R.S. SUMMERS (coords.). Interpreting Statutes: a comparative study. Dartmouth Publishing Company, 1991. p. 347-348.

Gli *ambienti di decisione* – insiemi di regole e principi di diritto materiale che debbono esser presi in considerazione per un caso concreto – sono quelli che determinano il significato delle risposte.

La decisione del giudice deve, come regola, rispettare le caratteristiche fondamentali del ramo del diritto materiale che disciplina il caso sottoposto al suo esame. Se, ad esempio si tratta di caso risolvibile da norme di diritto tributario, dovranno essere rispettati i *principi di diritto tributario*: quello della *stretta legalità tributaria*, quello della *anteriorità,* quello della capacità contributiva, e tanti altri.[28] Pertanto, in questi *ambienti decisionali "rígidi",* il sistema di precedenti vincolanti produce buoni risultati e si raccomanda ci sia modulazione, in caso di alterazione della giurisprudenza o di abbandono di un precedente vincolante. Innovazioni in questo ramo del diritto *non* devono realizzarsi per mezzo della "creatività" giudiziale. L'evoluzione del diritto deve aver luogo *ad opera della legge.*

Il giudice non deve essere autore dell'"evoluzione" del diritto quando decide in ambienti decisionali che definiamo *rigidi,* com'è é proprio il caso per esempio del diritto penale, mentre può farlo in ambienti più *morbidi*, come, ad esempio, nel diritto di famiglia. Perciò, la modulazione si rivela imprescindibile per mitigare gli effetti nocivi del mutamento di orientamenti giurisprudenziali, in campi in cui tale alterazione, a rigore, *non avrebbero dovuto aver luogo*.

Come abbiamo detto, ci pare che il mutamento della giurisprudenza sia *naturalmente retroattivo*,[29] nel senso di toccare situazioni avvenute durante la prevalenza dell'orientamento anteriore.[30] *È precisamente per questo che esiste la modulazione*, per correggere questa distorsione, nei casi in cui la correzione è necessaria.[31]

---

[28] Vedi: R. A. CARRAZZA, A. ROQUE, Curso de direito constitucional tributário. 30, ed. São Paulo: Malheiros, 2015; L. DA SILVA AMARO, Direito tributário brasileiro, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015; G. ATALIBA, *Limitações constitucionais ao poder de tributar* in Rev. de Direito Tributário, São Paulo, v. 51, p. 153, jan./1997; P. CARVALHO DE BARROS, Curso de direito tributário. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; S. C. N. COÊLHO, Curso de direito tributário brasileiro. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; H. DE BRITO MACHADO. Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988. São Paulo: Ed. RT, 1989.

[29] Il mutamento della giurisprudenza ha vocazione retroattiva. Come spiega D. MITIDIERO, *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 134: «Inoltre, l'*alterazione del precedente deve avere vocazione retroattiva,* ossia, il nuovo precedente deve avere la finalità di regolare casi ai quali si applicava il precedente anteriore. Ciò perché è proprio per evitare l'applicazione di una *norma inesistente* e, pertanto, *sconosciuta al momento* del comportamento di determinata persona che la superazione futura del precedente trova la sua giustificazione»..

[30] Criticando la situazione anteriore al CPC/15, E. MALLET, *A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? in Revista de Processo,* São Paulo, v. 31, n. 133, p. 67-84, mar./2006 afferma che: «L'illimitata applicazione retroattiva della giusrisprudenza suscita, come abbiamo visto, gravi problemi pratici, compromettendo la sicurezza giuridica. Per questo, a dispetto dell'intendimento generalmente dominante nei Tribunali, anche nel sistema giuridico brasiliano, si trovano restrizioni a questo risultato. Alcune sono espresse nello stesso diritto positivo. Altre sono create dalla dottrina e dai tribunali, in modo casistico, onde evitare pregiudizi sociali rilevanti».

[31] In questo senso: «È rilevante che si comprenda il perché di questa differenza: il mutamento della giurisprudenza ha, sempre, salvo nel caso si abbia modulazione, effetto retroattivo. Il cambiamento di orientamento di condotta, quando avviene ad opera del giudice, finisce per servire da base per valutare casi che hanno avuto luogo alla luce dell'orientamento superato, il che causa sorpresa, indesiderata, e, a rigore, inammissibile, di regola, nell'ambito del diritto tributario o penale».

Il principio della tutela dell'affidamento sta diventando via via più rilevante per il diritto, poiché eleva il livello del potenziale di attività umane, contribuendo alla razionalizzazione delle scelte, che integrano la condotta degli uomini, permettendo progressi di anticipazione dei comportamenti futuri dell'*alter*.[32]

In ultima analisi, la società "funziona meglio" quando gli uni si fidano degli altri e tutti si fidano dello Stato. E, è evidente, quando questa fiducia è protetta.

Gli individui debbono potersi fidare dello Stato. Lo Stato non può *frustrare* e *disorientare* il cittadino, proponendo comportamenti contraddittori, e, quindi, sorprendenti.

Il cambiamento improvviso di giurisprudenza stabile, in breve spazio di tempo, principalmente quando si tratta di un Tribunale Superiore, le cui decisioni hanno inevitabilmente certo grado di carico normativo, costituisce, senza dubbio, condotta contraddittoria (*venire contra factum proprium*). Ancor più quando si tratta di precedente vincolante. Non essendoci modulazione, il mutamento d'orientamento di un Tribunale Superiore, colpisce situazioni passate, sorprendendo negativamente il membro della società, che confidava nell'orientamento di condotta considerata corretta anteriormente.

La necessità di tutela dell'affidamento è, dal nostro punto di vista, un'idea insita nello Stato di Diritto e riguarda i tre poteri: Esecutivo, Legislativo e Giudiziario.

L'alterazione di giurisprudenza, in ambienti che definiamo "flessibili", cioè quelli per i quali la prevedibilità e la sicurezza giuridica non sono valori più rilevanti che la "correzione" della soluzione, decorrente dalla sua *aderenza* perfetta a ciò che la società necessita, è benvenuta. Essendo lenta e graduale, come abbiamo detto, dev'essere vista di buon occhio.

La dottrina brasiliana ha già riconosciuto che il mutamento brusco della giurisprudenza dominante o pacifica di qualunque tribunale, come pure l'alterazione di tesi adottata in precedenti vincolanti, «rivela comportamento contraddittorio dello Stato che non può che danneggiare il membro della società».[33] Tanto più quando di tale alterazione beneficia lo Stato, dato che, in questo caso, lo Stato si beneficerebbe della propria scorrettezza.

Come abbiamo detto, si tratta di mitigare gli effetti negativi dell'alterazione repentina della norma (nata nel seno del Potere Giudiziario).

Si osservi che la modulazione stessa è segnale evidente che il legislatore riconosce che le decisioni giudiziali generano orientamento di condotta: orientamento agli altri tribunali e al membro della società stesso. Si tratta della preoccupazione del legislatore di creare norme di diritto "intertemporale" anche per il cambiamento della giurisprudenza»: M. BELLOCCHI, *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: RT, 2017. p. 140-141.

[32] A. DO PASSO CABRAL, commentando il pensiero di N. LUHMANN, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. Item 1.10.7.1, p. 162.

[33] R. R. DE LUCCA. *Limites à mudança jurisprudencial*, in A. G. C. MENDES; L. G. MARINONI; T. ARRUDA ALVIM WAMBIER, (coords.). *Direito jurisprudencial: volume II*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 1127.

4. Quando si deve modulare?

4.1 Primo criterio – preesistenza dell'affidamento

Il primo criterio che appare come fondamentale per identificare casi in cui gli effetti del mutamento della giurisprudenza devono essere solo futuri, si collega proprio alla ragion d'essere dell'istituto: tutelare l'affidamento che il cittadino aveva nell'orientamento anteriore. Pertanto, il *requisito* è che ci sia stata, anteriormente, *una situazione stabile capace di generare affidamento sul sistema come fino ad allora proposto*, nel senso che quella sarebbe stata la regola e che essa non sarebbe stata alterata.

Come si vedrà in seguito, questo requisito è considerato necessario anche in Italia perché si possa fare quello che è stato chiamato overruling all'italiana. Perché possa aver luogo la protezione "dell'affidamento della parte e dell'avvocato" si esige anche che ci sia un "mutamento repentino" che *rompe l'affidamento*.

L'orientamento anteriore deve esser stato, per regola, fermo e durevole. Deve avere rappresentato un *affidabile orientamento di condotta* (= diritto). Si osservi, però, che ciò può succedere, nel diritto brasiliano, anche quando si tratta, ad esempio, semplicemente di *un precedente del STF*, visto che in Brasile, da quando è entrato in vigore il codice del 2015, esistono precedenti vincolanti.

4.2 Secondo criterio – aree rigide del diritto – il contrappunto con il diritto italiano

Un secondo criterio, che ci sembra capace di aiutare nell'identificazione di casi in cui la modulazione deve esserci, è quando si verifica una situazione in cui l'*ambiente decisionale*[34] *sia rigido*[35]; e che, per questo, a nostro modo di vedere, in tesi, non si raccomanderebbe che l'alterazione del diritto (= dell'orientamento di condotta) avesse luogo ad opera del Potere Giudiziario. Questo, però, a volte, nella vita reale, succede ed è criticato dalla dottrina.[36]

Questa idea, secondo cui esistono ambienti, nel diritto, permeati da principi e norme più *duri, inflessibili*, e altri, in cui i principi sono più *flessivili, morbidi*, non corrisponde precisamente ai rami del diritto, visti come un tutt'uno.

---

[34] Concetto trattato anteriormente.

[35] Esattamente in questo senso, E. STEINER, *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdicions*. Springer International Publishing Switzerland, 2015 - Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3. p. 18: «Come detto in precedenza, il primo tentativo verso la sistematizzazione consiste nel distinguere tra diversi campi del diritto. Tre aree rilevanti sono state generalmente identificate nel materiale estero in corso di revisione: diritto criminale, diritto civile e diritto tributario. Essi saranno trattati uno alla volta.».

[36] Innegabilmente, nel diritto tributario: «Ora, la medesima tecnica, i medesimi criteri di sicura applicazione del principio dell'irretroattività delle leggi devono reggere l'irretroattività delle modificazioni giurisprudenziali. È evidente che l'affidamento è presupposto, come affidamento sistematico, diffuso. Tutti debbono dar credito, credere, confidare onestamente nei comandi del legislatore e dei tribunali superiori. E questo si protegge. E si protegge in modo talmente intenso, che la responsabilità per l'affidamento non emerge, né necessita di venire percepita, è lì dove la sicurezza regna assoluta»: M. A. M. DERZI, *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 595.

Nel diritto civile, per esempio, un'area rigida è quella che disciplina i *diritti reali*. Invece, un'area che definiamo d'ambiente decisionale morbido è quella della disciplina dei *contratti*. Pertanto, tutto indica che, in questi campi più rigidi, la modulazione è adeguata.

La dottrina non è insensibile, affatto, alla necessità di proteggere l'affidamento del membro della società quando si ha alterazione della giurisprudenza, per esempio, nel campo del *diritto tributario*, e la nuova posizione o il nuovo intendimento *pregiudicano il contribuente*.[37] Abbiamo qui già suggerito quale sarebbe, secondo noi, il terzo dei criteri, che in breve esamineremo. Trattandosi di un ambiente decisionale rigido, nel quale, a rigore, le alterazioni di regole dovrebbero essere riservate al *Legislativo*, e non al Giudiziario, la modulazione, di regola, *sarebbe* necessaria.[38]

Ciò accade anche alle regole processuali, principalmente a quelle che riguardano il procedimento. Tali regole esistono soltanto per generare sicurezza e prevedibilità, per cui, il fatto che abbiano eventuale efficacia *ex nunc* è totalmente carente di razionalità giuridica.

Anche nel diritto estero, non mancano esempi pratici che illustrano i problemi causati dagli effetti naturalmente retroattivi della giurisprudenza. Wolfgang Grunsky cita una decisione del BGH che ha alterato la percentuale di alcol che le persone possono avere nel sangue per poter guidare. Se questa alterazione (da 1.5% a 1.3%) fosse fatta dalla legge, produrrebbe esclusivamente effetti futuri. Siccome è stata prodotta dalla giurisprudenza, ha toccato fatti passati.[39]

---

[37] In dottrina: «La questione diventa ancor più evidente quando si tratta di materia tributaria, in cui entrano in conflitto le interpretazioni del fisco e quelle del contribuente, circostanza che comporta l'attuazione del Potere Giudiziario in veste di pacificatore sociale di questo conflitto». È in questa misura che il membro della società indirizza la propria condotta in conformità degli orientamenti della giurisprudenza, dato il groviglio di norme legali amministrative dissonanti e di prassi amministrative molte volte divergenti che regnano in Brasile», N. NERY JR. Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. *In:* T. S. FERRAZ JR; R. A. CARRAZZA; N. NERY JR., *Efeitos* ex nunc *e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 90. Si noti che l'autore giunge ad impiegare l'espressione *orientamento di condotta*.

[38] È anche l'opinione di V. S. ARAÚJO. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 227: «Una modificazione nella giurisprudenza in materia tributaria, per esempio, potrebbe comportare, indebitamente, la necessità di pagamento di un tributo da parte di un privato che, in ragione di un orientamento precedente, non era considerato soggetto passivo tributario. Un mutamento giurisprudenziale fatto in questa maniera può, dunque, pregiudicare un privato con la stessa gravità di un'alterazione promossa dalla legge».

[39] «An praktischen Beispiele für unser Problem fehlt es nicht. Als wohl problematischer und bekanntester Fall sei an die Entscheidung des BGH in Strafsachen einnert, in der der 4 Strafsenat die grenze der adsoluten Fahruntüchtigkeit von 1.5 ZU 1.3% gesenkt hat. Während die Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt einhellig davon ausging, daβ erst ab 1.5 Alkoholgehalt Fahruntüchtigkeit in dem Sinne vorhegt, daβ dem Beschuldigten kein bestimmter Fahrfehler mech nachgewiesen werden muβte, soll dies in Zukunft bereits bei der 1.3% der Fall seim. Auf die Gründe, die den BGH bewogen haben, seine bisherige Rechtsprechung aufzugeben, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Auch wenn Sie – was bekanntlich nicht unbestretten ist – kritischer Überprüfung standhalten, bleibt doch die Frage, ob es möglich war, die neuen Grundsätze bereich auf solche Täter anzuwenden, die von Verkündung des Urteils zwischen 1.3 und 1.5% Blutalkoholgehalt aufwiesen: insbesondere geht es um den Täter, dessen verfahren vom BGH zum Anlaβ genommen worden war, die bisherege Rechtsprechung zu verschärfen. Die Frage ist im Anschluβ an das erwähnte Urteilzwar diskutiert worden, doch hat es

Ma è in Italia che esiste una situazione, non solo molto interessante, ma addirittura peculiare. Gli italiani usano il termine inglese per riferirsi alla situazione di un Tribunale che cambia il proprio orientamento giurisprudenziale, stabilendo, allo stesso tempo, che il nuovo intendimento si applica solamente ai casi futuri, e decide il caso in base all'intendimento superato.[40]
Si parla del *prospective overruling* "all'italiana".[41] È un istituto che esiste, oggi, in Italia, in una forma "geneticamente" modificata.

---

inzwischen den anschem als ob das Verfahren des BGH gebilligt würde. Die gegenstimmen haben sich nicht durchsetzen Können.
Um das problem ganz klar werden zu lassen, sei noch gesagt, daβ es keinem Zweifel unterliegen kann, daβ der Gesetzgeber eine derartige Rückwirkung nicht hätte anordnen können. Wenn die Grenze von 1.5% gesetzlich fesgestellt gewesen ware, so hätten neue wissenschaftliche Erkenntnisse selbsverständlich den Anlaβ für eine Gesetzänderung geben können, doch wäre es verfassungsrechtlich nicht möglich gewesen, das neue Gesetz auf Täter zu erstrecken, die ihre Trunkenheitsfahrt bei Erlaβ des Gestzes hinter sich hatten».
Traducendo liberamente: «Non mancano esempi pratici del nostro problema. Probabilmente, il caso più problematico e conosciuto è la decisione del BGH in processi penali, in cui il 4.º [Senato Criminale] ha il abbassato il limite di incapacità assoluta per guidare da 1,5% a 1,3%. Nonostante la giurisprudenza fino a quel momento ritenesse unanimemente che solo da un tasso alcolico di 1,5% derivasse l'impossibilità di guidare un veicolo, il tasso sarebbe sceso, in futuro, all'1,3%. Non è necessario discutere qui le ragioni che hanno portato il BGH ad abbandonare il suo orientamento precedente. Anche se – com'è noto – si voglia fare un esame critico, la questione rimane: sarebbe stato possibile applicare i nuovi limiti agli autisti che hanno presentato un tenore alcolico nel sangue tra 1,3% e 1,5% dalla data della sentenza in avanti: in particolare, si tratta dell'autore dell'illecito, il cui processo è stato giudicato dal Tribunale Federale di Giustizia per rendere più rigorosa la giurisprudenza anteriore. La questione è stata discussa nel giudizio sopra menzionato, ma da allora è stata approvata dal BGH. I voti dissenzienti non sono riusciti a prevalere. Al fine di rendere il problema chiarissimo, si deve dire che, senza dubbio, se il legislatore avesse creato questa nuova regola, non avrebbe potuto dare effetto retroattivo. Se il limite di 1,5% fosse stato stabilito in via legislativa, nuove scoperte scientifiche avrebbero potuto naturalmente dare l'opportunità di modificare la legge, ma non sarebbe stato costituzionalmente possibile estendere la nuova legge agli autori di condotte che avessero guidato mentre erano ubriachi»: W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung (Vortrag)*, in Juristische Studiengeselschaft Karlsruhe Schrift enreihe, Heft 94. Vereg C.F. Müller Karlsruhe 1970. Bruno Hensinger. Zum 70. Geburststag in Verehrung und Dankbarkeit, p. 8.

[40] Ammettono il *prospective overruling* soltanto in materia processuale. Merita citazione il caso in cui si è avuta controversia sull'ammissibilità di un "ricorso per cassazione avverso sentenza del Tribunale superiore delle acque publiche: una 'rilettura della normativa', operata dalle sezioni unite della Corte di cassazione quando il ricorso era stato proposto già, indurrebbe a ritenerne senz'altro l'inammissibilità, peraltro eccepita puntualmente. Invece, ragione per decidere 'l'esclusa operativitá […] della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa' si ritiene, in accordo con parte della dottrina, questa: 'ciò che non è consentito alla legge non possa similmente essere consentito alla giurisprudenza'. (…) Perciò, alla Corte di cassazione compete sempre il *potere* di rendere 'giusto' il 'processo regolato dalla legge', come già al giudice istruttore quello di assicurarne comunque il 'leale svolgimento' (art. 175, 1º comma, c.p.c.).
Quali sono le conzidioni di esercizio di questo *potere* del giudice? Non sembrano esserci alternative: sono quelle stabilite nell'art. 153, 2º comma, c.p.c., per cui 'la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini', ovvero quelle dell'interpretazione costituzionalmente orientata (quando non si necessiti di nuove attività né di istanza apposita)» F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come 'il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione*', in *Giusto Proc. Civ.*, 4/2011, p. 1118 s..

[41] «Un tema di grande attualità è oggi quello degli effetti e delle conseguenze degli eventuali mutamenti giurisprudenziali in ordine all'interpretazione delle norme processuali. Si tratta, per usare la terminologia con la quale viene più spesso definito,

La dottrina italiana insiste sull'importanza della certezza delle regole del processo.[42] Si osserva che, perché si possa ammettere il *prospective overruling*, quando si altera la giurisprudenza, si verificano sacrifici relativi alla coerenza sistematica.

Di fatto, come abbiamo già osservato, la logica pura non ammette che si consideri una certa interpretazione della legge equivocata, "d'ora in poi". *Ma la razionalità del diritto non si limita alla logica*. A rigore, la logica pura si rivela, molto spesso, come uno strumento inadeguato a risolvere problemi giuridici.

L'idea di modulazione è penetrata nel diritto italiano in conseguenza di alcune sentenze che, nell'ultimo decennio, hanno alterato, in modo repentino e imprevedibile, l'interpretazione di regole processuali, e che hanno messo a fuoco la necessità di tutela "dell'affidamento della parte e dell'avvocato".[43]

Dal 2010 in avanti, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha abbandonato orientamenti consolidati di interpretazione di alcune regole processuali, cosiddette "garantiste". Si è pensato a uno strumento che fosse capace di conciliare la necessità di mutamento nei riguardi della fiducia che le parti e i loro avvocati avevano riposto nell'interpretazione che prima prevaleva, e il *prospective overruling* sarebbe una possibile soluzione.[44]

Alcune sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Italiana, organo che equivale a quello che, in Brasile, chiamiamo "pleno", hanno alterato repentinamente orientamenti consolidati anteriori, sempre con l'obbiettivo di garantire la "ragionevole durata" del processo.

Sono stati, ad esempio, alterati termini[45] ed è stata creata la condizione, che prima non esisteva, di ammissibilità del ricorso di cassazione (collegata al deposito della copia della sentenza impugnata).[46]

---

del cosiddetto *overruling*; problema che ha suscitato un vivace e talvolta anche acceso dibattito dottrinale»: P. COMOGLIO, *cit.*, 2013, p. 525.

[42] C. V. GIABARDO, Mutamento di giurisprudenza, regole processuali e tutela dell'affidamento. *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9, Agosto-Settembre 2021, p. 1856 s., commentando sentenza della Corte di Cassazione italiana [Cassazione civile, Sez. Lav., 14 gennaio 2021, n. 552 – Pres. Raimondi – Rel Balestrieri – P.M. Celeste (conf.) – Talea Agenzia per il lavoro s.r.l. (avv. Cecconi) – P.S. (avv Barretta). *Conferma App. Catania, 13 febbraio 2018*] assevera che: «A proposito di questi limiti, la Corte di cassazione – confermando il proprio precedente orientamento sul tema, proveniente dalle Sezioni unite – riafferma senza indugi il principio secondo il quale questa, per così dire, 'applicazione differita' della nuova interpretazione è possibile solo e soltanto qualora il mutamento si riferisca a una regola processuale, e non anche a una disposizione sostanziale; quello che si vuole evitare è infatti che la parte – la quale abbia fatto (correttamente) affidamento su un precedente, stabile e costante orientamento relativo a una norma che regola il rito – non abbia a soffrire (ingiustamente) una compressione del proprio diritto di azione o difesa, vedendosi dichiarare a posteriori una decadenza, o altra sanzione processuale, riferita a un atto già compiuto».

[43] L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile, contributo allo studio del diritto giurisprudenziale del processo civile*. Torino, 2018, p. 275.

[44] L. PASSANANTE, *cit.,* p. 292.

[45] Cass., 16 aprile 2009, nº 9005, in *Corr giur*., 2009, p. 1355.

[46] Cass., sz. Un., 9 sett. 2010, nº 19246, in *Foro it*., 2010, I, c., 3014.

Il dubbio che evidentemente è nato riguardava quale disciplina dovesse applicarsi ai processi pendenti, *quando una delle parti avesse confidato nell'orientamento anteriore*.[47]
Il paradosso esiste: c'è una letteratura e anche delle disposizioni normative *che riconoscono la rilevanza della giurisprudenza e dei precedenti,* da una parte, e, dall'altra, norme, come l'art. 111 della Costituzione italiana, che dice che *il giudice non è soggetto che alla legge,* ossia, la giurisprudenza non lo vincola.
Come esempio di norme in cui è implicita la rilevanza della parola del Potere Giudiziario, abbiamo l'art. 374 del CPC[48], che impone alle *Sezioni Semplici* il dovere di decidere in conformità con l'orientamento delle *Sezioni Unite* – e se non vogliono farlo, rimettono la funzione di decidere a quell'organo. C'è anche l'art. 360 *bis* del c.p.c. che prevede l'inammissibilità del ricorso di cassazione interposto contro una sanzione che abbia deciso secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione.[49]
Un'altra norma significativa é l'art. 350 *bis* del c.p.c. (con le modificazioni introdotte dal Decreto-Legge 149/2022, conosciuto come *Riforma Cartabia*, che ha introdotto importanti mutamenti nel codice di rito italiano)[50] che permette al giudice di fondare la sua decisione in modo conciso, purché ci siano "precedenti conformi".

---

[47] P. COMOGLIO, cit., p. 525-540.

[48] «*La Corte pronuncia a sezioni unite nei casi previsti nel n. 1) dell'articolo 360 e nell'articolo 362. Tuttavia, tranne che nei casi di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il ricorso può essere assegnato alle sezioni semplici, se sulla quest ne di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite. Inoltre il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. In tutti gli altri casi la Corte pronuncia a sezione semplice*».

[49] «Art. 360-*bis*. Inammissibilità del ricorso. Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo».

[50] "Art. 350-*bis* (Decisione a seguito di discussione orale). Nei casi di cui agli articoli 348-*bis* e 350, terzo comma, il giudice procede ai sensi dell'articolo 281-*sexies*. Dinanzi alla corte di appello l'istruttore, fatte precisare le conclusioni, fissa udienza davanti al collegio e assegna alle parti termine per note conclusionali antecedente alla data dell'udienza. All'udienza l'istruttore svolge la relazione orale della causa. La sentenza è motivata in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi. AGGIORNAMENTO (171) Il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha disposto (con l'art. 35, comma 1) che "Le disposizioni del presente decreto, salvo che non sai diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 30 giugno 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 30 giugno 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti". Ha inoltre disposto (con l'art. 35, comma 5) che 'Le norme di cui ai capi I e II del titolo III del libro secondo del codice di procedura civile, come modificate dal presente decreto, si applicano alle impugnazioni proposte avverso le sentenze depositate successivamente al 30 giugno 2023'. AGGIORNAMENTO (173) Il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197, ha disposto: - (con l'art. 35, comma 1) che 'Le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti'".

Paolo Comoglio[51] osserva, con lucidità, che se non si accetta l'irretroattività della giurisprudenza, non si può nemmeno accettare che questa abbia forza normativa, e l'autore, qui, si riferisce al pensiero di Remo Caponi.
Gli italiani, come giustificazione per dare effetti (soltanto) futuri all'alterazione della giurisprudenza, *anche se solo in materia processuale*, si riferiscono all'idea che "l'affidamento incolpevole" non potrebbe generare conseguenze negative.[52]
Così, si potrebbe chiedere la "rimessione in termini" per attività "precluse" subito dopo il mutamento (art. 153 del c.p.c. italiano). Ma, come si vedrà, questa non è l'unica maniera di tentare di risolvere il problema.
In modo non molto chiaro, e con molta resistenza della parte più conservatrice della dottrina, si considera che l'atto compiuto secondo il diritto processuale "vigente" ("diritto vivente"), *al momento del suo compimento*, deve venir considerato *valido*. Le regole processuali non possono cambiare nel corso del processo e sorprendere le parti.[53]
Il principio secondo cui non si cambiano le regole del processo quando questo è in corso è ampiamente accettato nella dottrina italiana ed è visto come integrante del giusto processo.
Osserva Giuseppe Ruffini che *non* è il miglior argomento per sostenere l'idea che il mutamento repentino della giurisprudenza anteriormente consolidata non potrebbe avere effetto retroattivo, perché la legge non l'avrebbe: ciò che non si consente al legislatore non si può consentire al giudice. No, non è così che vanno le cose. Il mutamento della giurisprudenza ha vocazione retroattiva, come regola. Però, anche in materia processuale, esiste il principio di ragionevolezza, che impedisce soluzioni che contrastino con il senso comune di Giustizia.[54]
Il valore della predeterminazione delle regole processuali è nell'art. 111 della Costitizione italiana. Pertanto, se è naturale che norme "interpretative" abbiano effetti "retroattivi" – e qui stiamo considerando che le sentenze, come precedenti, sono norme interpretative – quando si tratta di processo, le cose possono andare differentemente.[55]
Qui, non cediamo alla tentazione di chiederci *che differenza fondamentale ci sarebbe tra alterare le regole del processo, quando questo è in svolgimento, e alterare le regole della vita!*
Con ciò, tentiamo di immaginare come mai la dottrina italiana non percepisce che lo *stesso*

---

[51] P. COMOGLIO, cit., p. 529.
[52] A nostro modo di vedere, tuttavia, in questo contesto, il problema della "colpa" non è presente. Meglio sarebbe se si dicesse, agendo in "buonafede".
[53] Ci insegna P. COMOGLIO, cit. p. 531: «A prescindere dalle soluzioni di volta in volta prospettate con riferimento al problema dell'*overruling* processuale, dottrina e giurisprudenza paiono concordi nell'affermare la vigenza del principio secondo cui le regole non possono mutare nel corso del processo. Il princípio secondo cui 'non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso' viene ritenuto indispensabile per una concreta attuazione del giusto processo».
[54] G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e giusto processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 1390-1406, especialmente p. 1398.
[55] R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro It.*, 311-318.

fenomeno ha luogo anche fuori dal processo, nella vita delle persone, raggiungendo, dunque, altri rami del diritto.
Sono rari gli autori che fanno riferimento al bisogno di concepire l'irretroattività anche in quello che riguarda il diritto materiale. Uno di questi è Giovanni Verde, il quale fa esplicito riferimento al fatto che *questa problematica non concerne esclusivamente il processo*.
«Il problema è generale. Lo troviamo in tutti gli ordinamenti e non è limitato al diritto processuale (ad es., in un recente convegno, tenutosi a Napoli il 29 settembre 2011, mi è capitato di sentire la relazione di un Presidente di sezione della Corte di cassazione francese, A. Lacabarats, *Les revirements de jurisprudence: pratiques de la Cour de cassation en France*. Questi, trattando allo stesso modo il problema nel campo civile, in quello processuale e in quello penale, fra i casi richiamati, indica quello deciso dalla Cour, chambre sociale, il 10 luglio 2002, n. 00-45135. Si trattava della controversia fra datore di lavoro e dipendenti a causa di contratti conclusi quando la giurisprudenza riteneva valide alcune clausole di non concorrenza, che la giurisprudenza successiva aveva invece ritenuto invalide, sottoponendole a condizioni di regolarità che prima non erano richieste). Nel diritto civile, in genere, non è dubbia la portata retroattiva del *revirement* giurisprudenziale, salvo che non possa essere invocato come base di un errore che sia stato la ragione unica e principale dell'atto (*ex* artt. 1429, n. 4 e 1969 c.c.). Allo stesso modo, per quanto riguarda il diritto penale, fermo che la nuova interpretazione più favorevole è senz'altro applicabile, nel caso inverso – riterrei – occorre considerare in quale misura l'affidamento dell'imputato abbia inciso sull'elemento soggettivo del reato.
Nel processo il problema si pone in modo diverso. Il processo, si sa, è un fenomeno di durata, così che i mutamenti di regola non incidono sulle attività già svolte («*tempus regit actum*»). Di conseguenza, bisogna stabilire se la nuova linea interpretativa della giurisprudenza sia da includere tra i cambiamenti che non incidono sugli atti compiuti in ossequio alla precedente interpretazione/applicazione della regola processuale».[56]
Il binomio essenziale perché ci possa essere la modulazione nel diritto italiano, anche se soltanto in materia processuale è: "affidamento all'orientamento consolidato" e "mutamento repentino".
In senso contrario all'opinione di Verde, si giunge addirittura ad affermare, sul piano della giurisprudenza, che questo fenomeno sarebbe incompatibile con il diritto materiale:
«I molteplici casi successivi specificano la portata di questo principio.
Anzitutto, esso si applica solo quando la Corte fornisce una diversa interpretazione di norme processuali, ma non di norme di diritto sostanziale. Ciò è stato affermato, ad esempio, con riferimento alle norme in materia di decorrenza del termine prescrizionale del diritto

[56] G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv.Dir. Proc.*, v. 67, n. 1, 2012, p. 6-7.

all'integrazione dell'indennità di espropriazione o del corrispettivo della cessione volontaria (Cass., 3 novembre 2011, n. 22790, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 1554), o alle norme in materia di licenziamento dei dirigenti (Cass., 27 dicembre 2011, n. 28967, in *Mass Giust. civ.*, 2011, p. 1866)».[57]

La necessità dell'ampliamento dell'estensione del fenomeno, tuttavia, come abbiamo accennato poco fa, é sentita nell'ambito della dottrina: «Giunti al termine del nostro percorso, è possibile tornare ai quesiti da cui si sono prese le mosse e rilevare che la Corte di cassazione fa leva sul fenomeno del *prospective overruling* per affermare il principio secondo cui, in taluni casi, i mutamenti di giurisprudenza valgono solo per il futuro. Al momento, tale nuovo principio riguarda esclusivamente il settore del diritto processuale civile. Tuttavia, l'impostazione che ne è alla base sembra preludere ad una sua applicazione più ampia, come del resto viene chiaramente sostenuto: «il percorso motivazionale (adottato nella Cass., n. 15144 del 2011, *n.d.r.*) può anche assurgere a prologo di una ricostituzione teorica che fornisca le chiavi per studiare il fenomeno in esame in guisa di istituto di carattere più generale. Difatti, come è immediatamente percepibile, il mutamento di giurisprudenza nell'interpretazione del diritto non è fenomeno riducibile ad un determinato settore dell'esperienza giuridica, giacché esso è in grado di investire lo spettro complessivo dell'ordinamento». [Vincenti, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza* (overruling) *come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126 ss. L'a., siginificativamente, è un magistrato dell'Ufficio massimario]».[58]

Si comprende il motivo per cui gli italiani restringono, per il momento, la possibilità di modulare gli effetti dei mutamenti degli orientamenti della giurisprudenza in materia processuale. *Il fatto è che molte delle alterazioni di interpretazione di regole processuali non trattano di valori*, ossia, non implicano che l'interpretazione superata sia intrinsecamente *peggiore* della nuova, per la società.

In questo contesto, nel quale l'alterazione d'orientamento della giurisprudenza *non* è frutto del mutamento di valori sociali e non porta, necessariamente, ad un'altra soluzione interpretativa che sia *moralmente* ed *eticamente* superiore all'anteriore, ha certamente senso proteggere l'*affidamento* che la parte aveva nell'orientamento antecedente.

Non importa tanto, quindi, che la nuova interpretazione sia la più "corretta". *Importa la certezza*.

In questo senso, Claudio Consolo: «Nel contesto detto, non si è fatta attendere la reazione interna alle Sezioni Unite le quali anzitutto hanno sottolineato (con la sent. N. 10864 del 18 maggio 2011) l'importanza che riveste la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali in ordine, soprattutto, alle norme che regolano l'agire nel processo. Il che ci trova tutti

[57] E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e Overruling*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2013, v. 67, n. 3, p. 906. (g.n.).
[58] E. CALZOLAIO, cit., v. 67, n. 3, 2013, p. 915.

sicuramente concordi. L'affidamento delle parti su di una interpretazione giurisprudenziale consolidata di norme processuali à valore che va preservato, quantomeno ove l'interpretazione abbia ad oggetto norme schiettamente, diremmo 'nudamente', procedurali non innervate da valori. L'impegno profuso nella ricerca della soluzione interpretativa astrattamente più corretta si rivela qui in ultima istanza inutilmente laborioso, poiché attiene a profili procedurali che non modificano la qualità della tutela delle parti (ne sostanziale né processuale)».[59]

Di fatto, scrive Remo Caponi: «la certezza della disciplina processuale deve essere perseguita al massimo grado specialmente al giorno d'oggi». Le norme processuali devono essere semplici e certe. La fisiologica incertezza del diritto sostanziale deve esser controbilanciata dalla sicurezza del diritto processuale, dato il suo carattere strumentale.

Questa è la lezione sicura e, secondo il nostro punto di vista, corretta, di Remo Caponi. Dice questo autore che il mutamento di orientamento della giurisprudenza consolidata che ha generato fiducia è *ius superveniens*, non retroattivo.[60]

Situazione speciale nel diritto italiano è quella che tratta l'art. 5 del c.p.c.[61]: alterazioni normative che riguardino la competenza e la giurisdizione sono irrilevanti. Questo porta a credere di poter sostenere che anche alterazioni della giurisprudenza lo siano. Si parla del principio secondo cui "tempus regit actum".

Il legislatore italiano ne è così consapevole che, in quasi tutte le riforme, include regole transitorie esplicite sulla non applicabilità delle nuove norme ai fatti pendenti, come si è visto sopra riguardo le alterazioni promosse dal Decreto-Legge 149 del 2022, *Riforma Cartabia*, che ha fatto importanti modificazioni al c.p.c. italiano.[62]

Il già citato Remo Caponi è uno degli autori che tratta con estrema lucidità i requisiti che devono essere presenti perché ci si possa distanziare dalla regola generale consistente nella retroattività delle alterazioni di rotta della giurisprudenza. Indica, tra di essi, l'alterazione della giurisprudenza *consolidata* da più di *mezzo secolo*, mutamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione e di orientamento giurisprudenziale, che compromette il diritto al processo di colui che ha confidato incolpevolmente nell'orientamento anteriore.

---

[59] C. CONSOLO, *Le sezioni Unite sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato "internet-addicted" e pure "veggente"*, in *Giust. civ., 2013,* p. 3166-3174, especialmente p. 3168.

[60] «Indipendentemente dalla plausibilità del ragionamento su cui si fonda il mutamento di giurisprudenza, dimostrare che quest'ultimo – laddove concerna norme processuali – assume i tratti di uno *ius superveniens* irretroativo»: R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro It.*, 2010, p. 311-318).

[61] «Art. 5. (Momento determinante della giurisdizione e della competenza). La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo».

[62] A proposito della riforma promossa, vedi il seguente articolo: G. MATTEUCCI, *Riforma cartabia innovations in the civil process and adr; potential interactions?* in *Revista Eletrônica De Direito Processual*, ano 17, v. 24, n. 3, set./dez. 2023. Disponibile su: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/79573. Accesso su: 29 out. 2023.

Queste circostanze rendono il *fatto eccezionale* e giustificano che la situazione sia trattata in modo differente. In fin dei conti, se il *processo giusto* è una sintesi di norme giuridiche, e se le norme giuridiche disciplinano direttamente i fatti della vita, non c'è dubbio che in casi eccezionali (come quello della Cass. n. 19246 de 2010, che l'autore commenta nell'articolo citato) si deve limitare l'effetto retroattivo del mutamento della giurisprudenza sull'interpretazione.[63]

È innegabile che si scorga, alla base della problematica emergente della necessità (o meno) di dare effetti futuri a un mutamento repentino d'interpretazione della legge, il rapporto tra diritto/interpretazione; la funzione del giudice/la funzione del legislatore.[64]

Proto Pisani arriva a fare riferimento proprio ad un nuovo principio generale del processo, commentando la decisione delle Sezioni civili unite della Corte di Cassazione, del 09/09/2010, n. 19246.[65] Il diritto non può essere retroattivo: trattasi di un principio di civiltà giuridica. Paolo Comoglio[66] parla di un altro nuovo principio: «Al riguardo si è, addirittura, ipotizzata la nascita di un vero e proprio 'nuovo' principio processuale; o, meglio, il riconoscimento di un principio di etica processuale già immanente nella disciplina vigente, secondo cui il compimento di un atto in conformità al diritto processuale 'vivente' al momento del compimento dell'atto stesso ne determina la validità anche in caso di successivo mutamento della giurisprudenza. Un indirizzo diffusamente accolto, pur con varie sfumature e discordanze».

Nel caso, si è ridotto un termine da 10 a 5 giorni. La sensazione che questa nuova interpretazione non potrebbe applicarsi retroattivamente è stata comune, e si sono concepiti sentieri teorici differenti per giustificare la non retroattività.

Vale la pena la trascrizione del brano dell'autore: «La giurisprudenza e la dottrina hanno proposto e seguìto strade diverse. Vi è stato chi, puntando sul carattere di vero e proprio *obiter dictum* della statuizione delle sezioni unite, ha rilevato per un verso la sua non efficacia vincolante neanche per le sezioni semplici della Corte di cassazione (*ex* art. 374), per altro verso la completa mancanza di persuasività delle argomentazioni delle sezioni unite. Vi è stato anche chi ha osservato che le sezioni unite (a differenza di quanto avvenuto nella recente ord. 6 settembre 2010, n. 19051, ibid., 3333) non hanno effettuato alcun richiamo (proprio o improprio in questo momento non interessa) all'art. 363 che potrebbe forse consentire — ove esplicitamente richiamato — l'attribuzione del valore di vero e proprio principio di diritto anche ad *obiter dicta* del Supremo collegio. Altri hanno puntato sulla predeterminazione delle regole processuali (art. 111 Cost.) e sull'acquisita natura di vera e propria fonte di diritto della

[63] R. CAPONI, *Irretroattività del mutamento di giurisprudenza sull'interpretazione di norme processuali e retroattività delle pronunce di accoglimento della corte costituzionale: appunti in margine a una pretesa contrapposizione,* in *Giur. Costit.*, 2017, p. 1773-1784.

[64] E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e Overruling*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2013, p. 903.

[65] In *Foro it*., 2011, I, c. 117.

[66] P. COMOGLIO, *cit.*, p. 530.

giurisprudenza, e conseguentemente hanno dedotto la irretroattività dei mutamenti interpretativi di norme processuali. Altri ancora (richiamando Cass., ord. nn. 14627 e 15811 del 2010, ibid., 3050) hanno affermato che in caso di interventi delle sezioni unite che disciplinino forme e termini del processo, questi interventi debbono cedere a fronte dei principî desumibili dall'istituto della rimessione in termini. Altri hanno richiamato l'istituto dell'errore scusabile del processo amministrativo (art. 34, 2° comma, l. 1034/71 e 37 nuovo cod. proc. amm.) applicabile non solo a impedimenti fattuali ma anche ad oggettive situazioni di incertezze causate anche dalla giurisprudenza. Tutti esplicitamente o implicitamente hanno richiamato il principio generalissimo dell'affidamento, principio valido per tutti i settori dell'ordinamento.

4. - A me sembra che tutte e ciascuna di queste posizioni costituisca una utile tappa per l'attuazione di quella regola non scritta di etica processuale secondo cui non si cambiano retroattivamente le regole del processo quando il processo è in corso».[67]

Osserva il processualcivilista che la certezza è un valore superiore, se paragonato alla giustezza o meno, della soluzione, quando si pensa al processo.

Insomma: si è finito per creare le tesi secondo cui è necessario che ci sia modulazione quando si tratta di mutamento di interpretazione di regole processuali, conformemente al principio del *tempus regit actum*, adattato a *tempus regit processum*. Nonostante parzialmente adottata dalla Cass., sez. un., 11.07.2011, n. 15144, non è stata accettata dalla maggioranza degli autori, poiché non esistono, in Italia, precedenti vincolanti, anche quando si tratta di decisioni delle "sezioni Unite".

C'è molta resistenza, in Italia, a considerare una nuova posizione adottata dalla giurisprudenza non vincolante come *ius superveniens*. Oltretutto, l'art. 101 della Costituzione italiana adotta, esplicitamente, il principio che il giudice si assoggetta solamente alla legge, e non alla forma come questa viene interpretata dai Tribunali.[68]

C'è stata un'altra corrente dottrinaria, suffragata dall'articolo 153 del c.p.c. (rimessione in termini). Osserva Passanante che, se si interpreta la regola dell'art. 153 del c.p.c.[69], in modo da produrre effetti simili al *prospective overruling*, non ci sarà differenza sostanziale tra le due tesi: non si applica la nuova regola ad un atto già compiuto. Rileva, l'autore menzionato, che la parte della dottrina che opta per questa interpretazione non è disposta a superare un tabù culturale: non ammette che decisioni giudiziali possano essere viste, anche se solamente *quoad effectum*, come norma di diritto.

---

[67] A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, I, 117. Corte di Cassazione; sezioni unite civili; sentenza, 09-09-2010, n. 19246.

[68] «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

[69] C.p.c. italiano, art. 153, con le modificazioni promosse dalla Legge 69/2009: «La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma».

Questa soluzione è frutto della tendenza a considerare che il diritto non può avere effetti retroattivi, che è un principio, già menzionato, di "civiltà giuridica".[70] Non si tratta di un principio costituzionalizzato, in Italia, ma non per questo, meno rilevante.
La giurisprudenza opta per soluzioni più "ecumeniche", facendo riferimento al *prospective overruling*, che attuerebbe mediante *rimessione in termini*.[71]
L'orientamento italiano, odiernamente, è questo: perchè si abbia *prospective overruling* è necessario:

(1) che si tratti di giurisprudenza su una regola processuale;

(2) che l'alterazione sia stata imprevista, essendoci stato affidamento nel periodo anteriore;

(3) che la nuova posizione pregiudichi l'esercizio di diritto di azione o di difesa delle parti – o che si possa affermare che l'avvocato ha commesso errore scusabile se l'atto è stato praticato subito dopo la pubblicazione, su internet, della sentenza che ha inaugurato il nuovo orientamento.[72]

4.3 Terzo criterio – pregiudizio al privato

Questo criterio è di rilevanza speciale per il diritto brasiliano, giacché, come si sa, in Brasile, non esiste contenzioso amministrativo: tutti i conflitti sono risolti dalla Magistratura Ordinaria inclusi quelli contro lo Stato stesso.
Per questo, si deve fare speciale attenzione per sapere se l'abbandono di un orientamento consolidato anteriormente adottato da un Tribunale, in modo repentino, al punto di sorprendere tutta la società, può essere considerato un *venire contra factum proprium*. In questo caso, il cittadino conta sulla modulazione per, in un certo qual modo, "difendersi". La situazione diventa ancor più grave quando il beneficiato dal nuovo orientamento è lo Stato stesso. In questo contesto, il privato verrebbe ad essere pregiudicato dallo Stato doppiamente!
Dunque, secondo il nostro punto di vista, il terzo ed ultimo criterio indica la necessità di modulazione qualora il nuovo orientamento *pregiudichi il privato*[73]. Questo è un terzo criterio,

---

[70] L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile, contributo allo studio del diritto giurisprudenziale del processo civile*. Torino, 2018. p. 277.

[71] L. PASSANANTE, cit., p. 300.

[72] L'eccezionalità del fenomeno è sottolineata da F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come 'il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione'*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, p. 1122: «Eviterei, in definitiva, di standardizzare il principio dell'irretroattività dell'*overruling*, pur dopo avere questo inteso con le cautele che rendono il fenomeno obiettivamente eccezionale e confinato in ambiti statistici minimi».

[73] R. PEIXOTO, (*A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015*, in D. NUNES; A. G. DE CASTRO MENDES; F. GONZAGA JAYME, (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 948) fa menzione al requisito generico del *pregiudizio* che soffrirebbe la parte a causa dell'applicazione della nuova regola, con l'orientamento adottato.

quando si tratta di caso che coinvolge, direttamente o indirettamente, lo Stato.[74] Non deve il privato farsi carico degli oneri decorrenti dall'*incoerenza della condotta dei rappresentanti dello Stato, in special modo quando tale incoerenza finisce per favorire lo Stato stesso.*
Di fatto, questo terzo criterio indica fortemente che la modulazione deve esistere: la nuova posizione o il nuovo intendimento del tribunale è *svantaggioso per il privato,*[75] *quando si tratta di ipotesi che coinvolga lo Stato*.[76]
Come detto sopra, la modulazione è uno strumento mediante il quale il privato può *difendersi contro lo Stato*. Quando la giurisprudenza muta,[77] repentinamente e in areee "dure" del diritto, lo Stato, (il giudice) incappa in condotta connessa alla malafede oggettiva: é un *venire contra factum proprium*.

5. Argomenti consequenziali

Si potrebbe dire che il Brasile non è un paese conservatore, in termini giuridici. Il nuovo codice di processo civile rivela questa verità. Abbiamo adottato istituti che nulla hanno a che vedere con la nostra storia, come, ad esempio, accordi processuali, la "stabilizzazione della tutela",[78]

[74] Inevitabile l'analogia con l'annullamento degli atti amministrativi. Insegna C. A. BANDEIRA DE MELLO: atti restrittivi della sfera giuridica degli amministratori, se erano invalidi, l'atto che dichiara questa invalidità deve produrre effetti retroattivi. Al contrario, effetti solo futuri devono essere dati alla dichiarazione di invalidità di atto amministrativo ampliativo della sfera giuridica della persona fisica o giuridica – effetto *ex nunc*.: C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 472.

[75] Nell'ambito tributario, ciò è comune. J. TEODOROVICZ, in un denso articolo (*Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade* in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, 2016, p. 65-126), tratta della sgradevole instabilità della giurisprudenza brasiliana in campo tributario, osservando che, dato che il legislatore non può impedire tali mutamenti, si devono fissare limiti agli effetti di tali cambiamenti, per proteggere la sicurezza giuridica. Devono avere effetti futuri i cambiamenti che pregiudicano il contribuente, essendo lecita l'argomentazione "consequenzialista", al fianco della giuridica in senso stretto.

[76] In questo senso, A. A. PEREIRA NETTO, *Modulação de efeitos em matéria tributária:* analisi quanto ai fondamenti costituzionali e alle possibilità di applicazione, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 140: «Queste opinioni sono in linea, nel senso che la modulazione degli effetti, oltre ad essere strumento di carattere eccezionale, deve esistere solamente a favore del contribuente, colui che è protetto dalla predominanza della sicurezza giuridica». Tuttavia: «La pratica del STF ha, invece, indicato nella direzione opposta, sottraendosi all'applicazione della modulazione di effetti quando tale provvidenza si mostrerebbe favorevole ai contribuenti, ed utilizzando questo dispositivo per rendere impossibile la ripetizione di indebito decorrente dall'incostituzionalità della norma tributaria, come si può vedere cominciando dai RE 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943 (giudicati congiuntamente), dal RE 353.657 e dai RE 377.457 e 381.964» (...) «Quando si parla dell'incostituzionalità di norme tributarie, è certo che le questioni sopra trattate acquisiscono maggior complessità. Per il fatto di essere caratteristicamente più rigido, il Diritto Tributario comporta, ai due poli di qualsiasi lite, interessi di peso per il sistema giuridico: da una parte, le ragioni dello Stato; dall'altra, i diritti dei contribuenti, ai quali è già stato riconosciuto lo *status* di diritto fondamentale, come esposto».

[77] Salvo quando sta lentamente adattando il Diritto alle alterazioni della società.

[78] Trattasi di un istituto ispirato dal *référé* francese e dall'articolo 669 *octies* del CPC italiano. Il nostro CPC, nell'art. 304 dice che la tutela anticipata diviene stabile se la decisione che l'ha concessa non è impugnata da un ricorso, conservando i suoi effetti.

poteri di gestione del magistrato (*case management powers*) e lo stesso precedente vincolante.
È un Paese nuovo storicamente e sembra che né la dottrina né il legislatore sentano tanto il bisogno di proteggere le tradizioni. È in questo contesto, che si nota com'è abituale (purtroppo) che un tribunale decida in base a ragioni che rigorosamente *non sono giuridiche*, e ciò accade molto spesso, principalmente quando si tratta di decidere se all'*overrulling* si debbono attribuire effetti solo futuri.
E ciò perché, in realtà, uno degli aspetti da prendere in considerazione per fare in modo che l'abbandono di un orientamento consolidato che prima esisteva abbia effetti solo nel futuro è proprio l'*impatto* che l'applicazione immediata della nuova posizione avrebbe sulla *società*. Pertanto, sembra inevitabile che gli occhi del giudicatore debbano rivolgersi alla società stessa, di modo che possano essere proiettati eventuali effetti che l'incidenza immediata del nuovo precedente genererebbero.
Ma questo non significa che il Giudiziario sia autorizzato a servirsi di argomenti *esclusivamente* non giuridici. Come si comprende, si tratta di un tema piuttosto delicato, a riguardo delle decisioni dei giudici, in generale, ma ancor più delicato quando si tratta di decidere sugli *effetti di un mutamento di direzioni della posizione adottata da un Tribunale Superiore.*
Ciononostante, è imprescindibile che si affermi che argomenti consequenzialisti non possono servire da soli come fondamento per decisioni giurisdizionali. L'uso di argomenti consequenzialisti non è, di per sè, un qualcosa di criticabile, purché *non* siano essi gli *unici argomenti.*
Il consequenzialismo, *grosso modo*, vede legittimità nelle opzioni in funzione della qualità delle *conseguenze* che producono. Non si tratta, quindi, di attribuirgli valore in funzione di criteri *prestabiliti,* come, molto spesso, sono i criteri giuridici. Ci sono alcune norme che si reputano rispettate quando gli obbiettivi sono raggiunti, come, per esempio, quelle che fanno menzione al *bene comune*. Però, anche la realizzazione del bene comune, anche se è un qualcosa da vagliare nel futuro, verificando se la norma sarà stata compiuta, è un criterio prestabilito e di natura giuridica.
Esiste una certa affinità tra consequenzialismo e pragmatismo,[79] che, quando si tratta del piano giuridico, consiste nel considerare anche la *proiezione* dei risultati dell'interpretazione

[79] R. POSNER, *How judges think?* Cambridge, Massachussets e Londres, 2008, Capítulo 9, p. 231, ci insegna che il pragmatismo è un'invenzione di tre filosofi americani, Charles Sanders Pierce, William James e John Dewey: le loro idee non erano identiche, e solo Dewey era realmente un filosofo. Quello che avevano in comune era il distanziamento dalla visione filosófica dell'Occidente, basata su Platone, che aveva come temi il senso della verità, i fondamenti della conoscenza, stili di raziocinio, il ruolo della libertà e della causalità nell'agire umano ecc... I pragmatici hanno abbandonato questi argomenti e questa metodologia. Alcuni chiamano questa nuova forma di vedere ed investigare il mondo "Sperimentalismo", dato che tutte le proposizioni sarebbero vagliate in base alle loro conseguenze osservabili, invece che ai loro precedenti.

nel *mondo empirico*, come criterio per la valutazione dell'opzione dell'interprete per uno dei vari sensi che il testo legale avere.
In linea generale, si percepisce l'esistenza di opinioni estremistiche: taluni considerano che si possano utilizzare argomenti consequenzialisti *come base unica della decisione,* ogniqualvolta questo si riveli necessario. Non sono poche le decisioni che lo fanno, principalmente quando si tratta di decidere sulla modulazione, e specialmente in Diritto tributario. All'estremo opposto, c'è che intende che argomenti consequenzialisti *giammai* possono venir utilizzato, poiché non *sarebbero giuridici.*[80]
La possibilità di usare argomenti consequenzialisti nelle decisioni giudiziali genera, per il giudice, il *dovere* di motivare la propria sentenza, descrivendo, minuziosamente, *l'impatto*, nel mondo dei fatti, della decisione presa.[81] Alle parti, d'altro canto, tocca l'*onere* di dimostrare che tali conseguenze realmente avverrebbero, per mezzo di prova tecnica o documentale. Vengono, così, ampliati "gli oneri argomentativi delle parti e il dovere motivazionale del giudice".[82]
Malgrado ciò, argomenti consequenzialisti non possono essere usati indiscriminadamente. Essi provengono da sistemi sociali, da altri universi: per esempio, dall'universo economico o politico. Questi altri universi funzionano in base ad altri principi e regole, diversi da quelli giuridici.
È imprescindibile, come assevera con assoluta pertinenza Alexandre Pereira Dutra, che gli argomenti consequenzialisti possano essere *ricondotti* al piano giuridico. Il diritto tutela aspettative, le quali non possono essere frustrate da argomenti consequenzialisti, che non riescano ad essere *assorbiti dal diritto*. È "nell'ambito di principi e diritti concorrenti che le conseguenze possono essere selezionale e vagliate, ottenendo *accettazione nel discorso giuridico* per la loro necessaria ponderazione".[83]
Ragionamenti sulla necessità (o meno) che ci sia modulazione implicano l'analisi della proiezione di fatti che ancora non sono avvenuti. L'esame di "fatti futuri" (= conseguenze dell'applicazione della norma) è inevitabile.

---

[80] Nel 2018, ci sono stati rilevanti mutamenti nella LINDB (Legge d'Introduzione alle Norme del Diritto Brasiliano), che autorizzano apertamente coloro che decidono in nome dello Stato a usare, nelle proprie decisioni, argomenti consequenzialisti. I dispositivi usano espressioni piuttosto vaghe e, come detto sopra, non possono venir interpretati allo stesso modo, quando si tratta di decisioni *del giudice* e di decisioni *dell'amministratore*.
[81] LINDB: "Art. 20. (...)
Paragrafo único. La motivazione dimostrerà la necessità e l'adeguamento della misura imposta o dell'invalidamento di atto, contratto, accordo, processo o norma amministrativa, tra l'altro di fronte a possibili alternative". (g.n.)
[82] G. ABBOUD, *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo, 2021. item 1.16.2.1, p. 403.
[83] A. P. DUTRA, *Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação*, in *Revista de Doutrina TRF4*. Disponibile su: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html. Accesso su: 30 out. 2023. (g.n.)

Le conseguenze immaginate come probabili (di succedere) in conseguenza dell'efficacia della decisione non possono essere, evidentemente, quelle che risultano da mera proiezione delle impressioni "personali" del giudice, delle conseguenze nefaste che, alla luce dell'ottica di ognuna delle parti, potrebbero accadere: si tratta di stabilire, per quanto possibile, in modo obbiettivo, quello che probabilmente succederebbe nel mondo empírico, in conseguenza di questa o di quella interpretazione.
Un dato molto lodevole presente in Brasile è la possibilità che la decisione che altera un precedente e dà a questo mutamento effetti futuri sia fatta in base ad elementi ottenuti anteriormente in udienze pubbliche a cui partecipano, dipendendo dal tema, medici, economisti, sociologi ecc., e all'intervento di *amici curiae* (art. 927, § 2º, CPC).
Quando si pensa ai Tribunale Superiori, si capisce che le opinioni di *amici curiae* e la realizzazione di udienze pubbliche come frutto della possibilità, ora amplificata, dell'uso di argomenti consequenzialisti, nelle decisioni giudiziali, si è resa assolutamente imprescindibile.
Si noti, qui, che i "fatti" da "comprovare" sono fatti "futuri": che molto probabilmente avverranno.
Nel contesto del consequenzialismo, i "fatti" che debbono essere provati caratterizzano il probabile impatto che la decisione sia capace di generare, nel mondo reale. Tale circostanza può comportare che la decisione sia X invece che Y, basata anche su argomenti consequenzialisti, ma appena su quelli che, come già detto, possono venir ricondotti al piano del diritto. Ed è qui che si vede che ci sono *limiti* all'impiego degli argomenti consequenzialisti: questa proiezione, ripetiamo, non può essere frutto di intuizione o del soggettivismo di chi decide. Affinché l'impatto di una decisione sia stimato, sono necessari *dati empirici*, *studi affidabili,* che possano allora, legittimamente, *interferire* nel modo in cui questa è presa, in altre parole, nel *tenore* della decisione stessa.
E perché quei dati e studi possano essere usati come fondamento di decisioni giurisdizionali, devono poter essere visti anche come argomenti giuridici, ossia, devono essere pure accettati dall'*universo del diritto*, e da questo assorbiti. Perciò, le decisioni debbono sempre essere prese "in conformità con il sistema".[84] Questo è il secondo limite che dev'essere considerato per dimensionare la giuridicità dell'uso di argomenti consequenzialisti nelle decisioni giudiziali.
I testi devono essere interpretati e l'opzione a favore di uno dei possibili significati della norma deve essere fatta alla luce di argomenti consequenzialisti, che saranno *validi, di fronte al diritto*, solo se potranno essere ricondotti all'universo giuridico.
Esempio perfetto è stato escogitato da Alexandre Pereira Dutra,[85] nell'articolo sopra riferito:

[84] G. ABBOUD, *cit.*, p. 402.
[85] A. P. Dutra, *Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação*. in *Revista de Doutrina TRF4.* Disponibile su:

“Ma non è solo nell’ipotesi della modulazione di effetti che l’STF ha avuto l’opportunità di impiegare considerazioni di conseguenza. Un buon esempio da ricordare si riferisce al giudizio della ADI 1.946, in cui la Corte ha deciso che il limite massimo di pagamento di benefici previdenziali previsto nell’art. 14 da EC nº 20/98 dovrebbe essere interpretato conformemente alla Costituzione, in modo da escludere dal proprio ambito d’incidenza lo stipendio del congedo di maternità previsto nell’art. 7º, XVIII. Si è inteso che obbligare i datori di lavoro a farsi carico dello stipendio della gestante nel periodo del congedo funzionerebbe come un incentivo negativo alla assunzione di donne nel mercato del lavoro. Come ha affermato il Relatore Ministro Sydney Sanches, «In realtà, se si intende che la Previdenza Sociale, d’ora in poi, risponderà per soli R$ 1.200,00 mensili, durante il congedo di maternità, e che il datore di lavoro risponderà, individualmente, per il restante, rimarrà oltremodo facilitata e stimolata la scelta di quest’ultimo in favore del lavoratore maschio, a scapito della lavoratrice. Verrà, così, propiziata la discriminazione che la Costituzione ha cercato di combattere, quando ha proibito la differenza di stipendi, di esercizi di mansioni e di criteri di assunzione, per motivo di sesso (art. 7º, XXX), proibizione che, in sostanza, non è che un'estensione del principio dell’uguaglianza di diritti, previsto all’inciso I dell’art. 5º della Costituzione Federale. (...) Non é credibile che il constituente derivato, del 1988, sia arrivato a questo punto, nella cosiddetta Riforma della Previdenza Sociale, disattento a tali conseguenze».

Come si nota, la conseguenza considerata, (disincentivazione alla assunzione di donne) è stata ricondotta al principio di uguaglianza, finalizzato a combattere la differenza di stipendio, esercizio di mansioni e criteri di assunzione tra uomini e donne.

È alla luce di questo comandamento costituzionale che la conseguenza è stata selezionata e considerata giuridicamente rilevante.

Così, e per questo, nessuna decisione giudiziale può avere per base unica, ad esempio, il pericolo di svuotamento delle casse dello stato, l’imminenza di depauperamento dell’erario, probabili deficit di cassa ecc.

Delle interpretazioni possibili, la “migliore” sarà quella che causerà l’impatto più positivo nel mondo dei fatti. L'unica corretta. E l'argomento consequenzialista deve essere assorbito dall’universo giuridico.

In realtà, gli argomenti consequenzialisti debbono servire soltanto, in certo qual modo, a “tagliare la testa al toro”, nella circostanza in cui esista più di una soluzione dotata di supporto dogmatico forte. Allora sì, che si può optare per la soluzione che causi meno effetti negativi alla società come un tuttuno.

---

https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html. Accesso su: 30 out. 2023. (g.n.)

6. Note conclusive

La modulazione, nella sua versione più usuale, è un istituto che ha lo scopo di evitare che il membro della società sia sorpreso dal *mutamento* delle regole che *già aveva applicato* nel passato, mutamento questo che *concernerà il passato stesso*.

Come abbiamo già detto, anche se la modulazione[86] è istituto con maggior potenziale del *prospective overruling*, quest'ultimo è stato usato dai nostri Tribunali, nella maggioranza dei casi, soltanto per permettere che il cambiamento di giurisprudenza, che prima era consolidata, o l'abbandono di un precedente vincolante, generi effetti solo da quel momento in avanti. La mancanza di prevedibilità *del futuro* è già, di per sé, un fattore estremamente negativo. Moltissimo più dannosa è la "mancanza di prevedibilità" del passato.

L'instabilità della giurisprudenza in Brasile è fenomeno inopportuno, che disorienta e stordisce quelli che hanno bisogno di programmare le proprie condotte nel futuro. Se, inoltre, si tiene presente che la vocazione al mutamento dell'orientamento dei Tribunali ha effetto retroattivo, la situazione peggiora considerevolmente. È proprio quello che la modulazione intende evitare.

L'istituto deve, dunque, esser visto di buon occhio, ed essere adottato in modo da contribuire a costruire un ambiente giuridico, e, di conseguenza, anche di affari, stabile e senza spiacevoli sussulti.

Teresa Arruda Alvim
Associata della Pontificia Università Cattolica de San Paolo

[86] Perchè può essere temporale, soggettiva ecc.



LUCIA D'ARCANGELO

I criteri di competenza alternativi concorrenti posti dall'art. 413, comma 2, c.p.c. e l'ambito operativo di applicazione della *prorogatio* del criterio della dipendenza

Cassazione civile, Sez. L, Ord., 17 gennaio 2024, n. 1800

In tema di competenza per territorio nel rito del lavoro, la cessazione del criterio temporaneo ex art. 413, comma 3, c.p.c., in ragione dell'inizio della causa oltre sei mesi dopo il trasferimento dell'azienda o della dipendenza, presuppone che detto trasferimento sia idoneo ad incidere, ab origine, sulla competenza territoriale, essendo invece inidonei a tal fine gli spostamenti avvenuti all'interno dello stesso circondario o dello stesso Comune. (Nella specie, la S.C. ha negato la rilevanza - ai fini dell'individuazione del giudice competente per territorio - dello spostamento da un luogo ad un altro dello stesso Comune di una dipendenza aziendale, un parcheggio di autobus).

Dalla lettura dei commi 2 e 3 dell'art. 413 c.p.c. si evince che quando non vi sia stato alcun trasferimento dell'azienda o la cessazione di essa o della sua dipendenza, la domanda può essere svolta dalle parti in ogni tempo nei medesimi luoghi indicati nel comma 2, a prescindere dal momento in cui sia cessato il rapporto di lavoro. Questa soluzione, come correttamente ritenuto dalla ordinanza in commento, deve applicarsi anche al caso in cui la domanda venga proposta oltre il termine di sei mesi da uno spostamento della dipendenza o dell'azienda (all'interno dello stesso comune o dello stesso circondario) che sia però inidoneo ad incidere sulla competenza territoriale, ai sensi del comma 3 dell'art. 413 c.p.c. Ne consegue che il foro della dipendenza o dell'azienda di cui al comma 2 non è soggetto al limite semestrale indicato della norma qualora non abbia subito mutamenti territoriali idonei ad incidere ai fini dell'individuazione del giudice competente.

From the reading of paragraphs 2 and 3 of art. 413 c.p.c. it follows that when there has been no transfer of the company or the cessation of it or its dependence, the application can be made by the parties at all times in the same places indicated in paragraph 2, regardless of when the employment relationship ceased. This solution, as correctly held in the order in comment, must also apply to the case in which the application is made after the six-month period from a shift of the dependency or the company (within the same municipality or the same district) that is however not suitable to affect the territorial jurisdiction, pursuant to paragraph 3 of art. 413 c.p.c. It follows that the place of jurisdiction of the dependency or of the holding referred to in paragraph 2 is not subject to the half-yearly limit indicated by the rule if it has not undergone territorial changes likely to affect the identification of the competent court.

Sommario: 1. La questione; 2. Le norme rilevanti per la soluzione del caso; 3. La competenza per territorio del giudice del luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro; 4. Il foro dell'azienda; 5. Il foro della dipendenza; 6. La *prorogatio* dei criteri di competenza; 7. (*Segue*): lo spostamento della dipendenza o dell'azienda inidoneo ad incidere sulla competenza territoriale; 8. La soluzione del caso concreto.

1. La questione

Dagli atti di causa, emerge che il Tribunale di Roma, adito un lavoratore dopo sei mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro, ha rigettato l'eccezione di incompetenza per territorio sollevata dal datore di lavoro, perché - pur essendo stata dismessa la dipendenza aziendale (ove il lavoratore era addetto) di via Lunghezzina, Roma, da oltre sei mesi - la stessa dipendenza era stata trasferita sempre nel comune di Roma, alla via Prenestina, di tal che il trasferimento non aveva avuto alcun effetto sul criterio di competenza indicato nel comma 2 dell'art. 413 c.p.c. In particolare, il Tribunale di Roma ha affermato che "*il criterio del luogo dell'azienda o della dipendenza cui è addetto il lavoratore ha sì carattere temporaneo, ma a condizione che l'azienda o la dipendenza siano cessate definitivamente o trasferite in un luogo che non radichi più la competenza dello stesso tribunale, mentre nel caso di specie la sede aziendale era rimasta a Roma, essendo stata trasferita all'interno dello stesso comune*" (v. pag. 2 dell'ordinanza).

Questa decisione è stata impugnata con regolamento di competenza dal datore di lavoro, il quale ha sostenuto di aver eccepito che sin dal gennaio del 2020 il parcheggio di via Lunghezzina era stato chiuso e cessato avendo la società acquisito un'altra area di parcheggio in via Prenestina, nel medesimo comune di Roma. Per tale ragione, l'ex datore di lavoro aveva eccepito la perenzione del termine semestrale che, ai sensi dell'art. 413, comma 3, c.p.c., consentiva la permanenza della competenza per territorio presso il tribunale di Roma, attesa l'intervenuta cessazione dell'asserita dipendenza da ben oltre un anno dalla data del deposito del ricorso introduttivo. Sosteneva, pertanto, la ricorrente la violazione e falsa applicazione dell'art. 413 c.p.c. avendo nella fattispecie il tribunale equivocato tra il concetto di sede e quello di dipendenza aziendale, al fine di radicare la competenza; ciò in quanto, pur rilevando che la dipendenza in via Lunghezzina fosse cessata ben oltre un anno prima del deposito del ricorso, il Tribunale aveva chiamato poi tale dipendenza "sede" e aveva fatto erroneo riferimento ad un asserito trasferimento della dipendenza (chiamata sede) nel medesimo comune quale fatto ritenuto rilevante ai fini della permanenza della competenza.

2. Le norme rilevanti per la soluzione del caso

Nel merito la questione interpella l'interpretazione dell'art. 413 c.p.c.[1] con cui il legislatore ha delineato il perimetro della competenza territoriale del giudice del lavoro. Tale competenza ha natura inderogabile[2] ed è, pertanto, rilevabile d'ufficio (sebbene nei limiti indicati dall'art. 428 c.p.c.[3]).

In particolare rilevano il comma 2 e 3 della norma citata, ove è previsto che "*Competente per territorio è il giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto, ovvero si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto*" (comma 2) e che "*Tale competenza permane dopo il trasferimento dell'azienda o la cessazione di essa o della sua dipendenza, purché la domanda sia proposta entro sei mesi dal trasferimento o dalla cessazione*" (comma 3).

Quelli indicati dal legislatore sono fori speciali esclusivi rispetto ai fori generali di cui agli artt. 18 e ss. c.p.c.[4].

Vengono, dunque, in rilievo i tre fori speciali dell'art. 413, comma 2, c.p.c. (quello in cui è sorto il rapporto, quello dell'azienda e quello della dipendenza cui il lavoratore è addetto o presso la quale prestava la sua opera alla fine del rapporto, non consentendo la lettera della legge l'unificazione dei fori nel luogo di svolgimento dell'attività lavorativa[5]) che, come ripetutamente affermato dalla Corte di Cassazione, hanno carattere alternativo, nel senso che non può attribuirsi valore esclusivo o prevalente ad alcuno di essi[6]. Resta, però, che la scelta effettuata è irretrattabile[7].

La competenza, inoltre, deve essere accertata sulla base delle prospettazioni delle parti, in particolare dell'attore, e allo stato degli atti[8], salvo che nei casi in cui questa appaia *prima facie* artificiosa e finalizzata soltanto a sottrarre la cognizione della causa al giudice predeterminato

---

[1] Sui criteri di competenza alternativamente concorrenti, v. per tutti, G. TRISORIO LIUZZI e D. DALFINO, *Manuale del processo del lavoro*, Bari, 2021, p. 367.

[2] L'art. 413, ult. comma, c.p.c. dichiara nulle le clausole derogative della competenza per territorio.

[3] Siamo, dunque, al cospetto di una inderogabilità e funzionalità *sui generis* ed in sostanza assai limitata poiché non accompagnata dalla rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2003, p. 173).

[4] Ciò si desume dal comma 5 dell'art. 413 c.p.c., secondo cui le disposizioni dell'art. 18 si applicano "*qualora non trovino applicazione le disposizioni dei commi precedenti*".

[5] Cass. 27 luglio 2012, n. 13530, Cass. 6 dicembre 2010, n. 24695, e Cass. 31 agosto 2009, n. 19017 (più recentemente, v. anche Cass. 10 giugno 2022, n. 18798). In passato invece un orientamento dottrinale e giurisprudenziale (peraltro sempre rimasto minoritario) sosteneva che in realtà i fori alternativi fossero due e, cioè, o il luogo dove è sorto il rapporto o il luogo dove il lavoratore presta o prestava effettivamente la sua opera, con esclusione quindi del foro della sede dell'azienda in caso di lavoratore addetto ad una dipendenza: cfr., ad es., Cass. 27 maggio 1997, n. 4683, secondo la quale "*la locuzione 'ovvero si trova l'azienda o una sua dipendenza, alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la propria opera al momento della fine del rapporto' riguarda un'unica entità, vale a dire il luogo di esercizio dell'attività lavorativa*".

[6] Cass. 23 agosto 2016, n. 17282, sulla scia di Cass. 21 ottobre 1998, n. 10465.

[7] Cass. 24 febbraio 1979, n. 1221.

[8] Cass. 27 marzo 1996, n. 2733, ed altre conformi (da ultima Cass. n. 7 settembre 2023, n. 26081).

per legge. Detto principio resta fermo anche in presenza di contestazioni del convenuto in relazione al merito della domanda e di una eventuale domanda riconvenzionale, che, a norma dell'art. 36 c.p.c., è conosciuta dal giudice competente per la causa principale, purché non ecceda la sua competenza per materia o valore[9].

L'attore è libero di scegliere uno dei fori alternativi di cui all'art. 413, comma 2, c.p.c.[10], ma ha l'onere di dimostrare che ricorrono gli elementi di fatto relativi al criterio di competenza per territorio prescelto[11]. In caso di contestazione sui fatti allegati il giudice può (ai sensi dell'art. 38, ult. comma, c.p.c.), ai fini della sola competenza, assumere informazioni.

Grava, invece, sul convenuto che eccepisce "*l'incompetenza del giudice adito (trattandosi di eccezione in senso proprio) l'onere di contestare specificamente l'applicabilità di ciascuno dei suddetti criteri e di fornire la prova delle circostanze di fatto dedotte a sostegno di tale contestazione; in mancanza, l'eccezione deve essere rigettata, restando, per l'effetto, definitivamente fissato il collegamento indicato dall'attore, con correlata competenza del giudice adito*"[12].

Le Sezioni Unite hanno, inoltre, affermato che la competenza territoriale a decidere l'opposizione all'esecuzione proposta prima dell'inizio della stessa (c.d. opposizione a precetto), in materia di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie si determina sulla base della norma in esame, poiché l'art. 618-*bis*, comma 2, c.p.c., riserva la competenza al giudice

[9] Per tutte, v., in motivazione, Cass. 23 agosto 2016, n. 17282, con i richiami ivi effettuati.

[10] Quelli indicati nel comma 2 dell'art. 413 c.p.c. sono, cioè, fori facoltativi, nel senso di cui all'art. 20 c.p.c. (cfr. C. MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 171).

[11] Cass. 31 luglio 2014, n. 17513.

[12] Cass. 10 giugno 2022, n. 18798. La Cassazione ha, infatti, inevitabilmente sancito che, in presenza di fori alternativi il convenuto deve allegare, e provare, la inapplicabilità nella fattispecie di tutti i possibili fori previsti dalla legge: cfr. Cass. 3 luglio 2018, n. 17311, per la quale "*In tema di competenza territoriale derogabile, per la quale sussistano più criteri concorrenti (nella specie, quelli indicati negli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., trattandosi di causa relativa a diritti di obbligazione), grava sul convenuto che eccepisca l'incompetenza del giudice adito (trattandosi di eccezione in senso proprio) l'onere di contestare specificamente l'applicabilità di ciascuno dei suddetti criteri e di fornire la prova delle circostanze di fatto dedotte a sostegno di tale contestazione. In mancanza, l'eccezione deve essere rigettata, restando, per l'effetto, definitivamente fissato il collegamento indicato dall'attore, con correlata competenza del giudice adito*"; conformi si vedano anche Cass. 28 gennaio 2022, n. 2548, che ha affermato che "*Nelle cause relative ai diritti di obbligazione al fine di evitare che la causa resti radicata dinnanzi al giudice scelto dall'attore, il convenuto... ha l'onere di eccepire l'incompetenza sotto tutti i profili ipotizzabili, sin dal primo atto difensivo in maniera articolata ed esaustiva*", nonché specificamente Cass. 18 luglio 1998, in *Lavoro nella giur.*, 1999, 342 ss., con nota di COLLIA, secondo la quale "*Nelle controversie individuali di lavoro l'eccezione di incompetenza per territorio per essere idonea ad impedire che la causa rimanga radicata presso il giudice adito secondo il criterio del Foro non contestato, deve avere non solo il carattere della tempestività - dovendo essere sollevata dal convenuto nella memoria di costituzione, salvo il rilievo d'ufficio da parte del giudice non oltre l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c. - ma anche quello della completezza, posto che la contestazione deve riguardare tutti i Fori speciali alternativamente previsti dall'art. 413 c.p.c., di cui l'attore aveva inteso avvalersi*".

dell'esecuzione solo per l'opposizione all'esecuzione già iniziata e per quella agli atti esecutivi[13].

3. La competenza per territorio del giudice del luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro

In materia di lavoro non è applicabile il criterio del radicamento della competenza di cui all'art. 20 c.p.c. presso il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio[14], perché il comma 2 indica come competente per territorio il giudice del luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro, ossia il luogo in cui il contratto di lavoro si è concluso[15].

Ciò sta a significare che nella materia trovano applicazione le regole stabilite dall'art. 1326 c.c., sicché il contratto di lavoro si considera concluso, in generale, dove il proponente ha avuto conoscenza dell'accettazione[16].

Il menzionato criterio si applica indipendentemente dalla circostanza che il contratto sia stato stipulato per iscritto[17]. La mancanza della forma scritta, tuttavia, può assumere rilievo sotto il profilo della prova, non consentendo l'esatta individuazione del luogo in cui il rapporto è sorto, con conseguente applicazione degli altri criteri previsti dall'art. 413 c.p.c. Si pensi alla previsione del successivo art. 1327 c.c., dettato in tema di esecuzione prima della risposta dell'accettante, riguardo al quale è stato chiarito che anche ai fini dell'applicazione dell'art. 413 c.p.c., con riguardo al luogo ove è sorto il rapporto di lavoro, il contratto può considerarsi concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione, prima che l'accettazione della proposta giunga a conoscenza del proponente, soltanto quando, su richiesta di questo ultimo, e per la natura dell'affare, o secondo gli usi, la prestazione lavorativa debba eseguirsi senza una preventiva risposta alla proposta contrattuale[18].

Sussiste allora la competenza territoriale del giudice del luogo ove ha avuto inizio l'esecuzione della prestazione lavorativa solo qualora il contratto di lavoro non sia stato stipulato per iscritto e non sia possibile identificare con esattezza il luogo in cui il rapporto è sorto[19] e non quando, invece, ne manca solo la prova.

In tale ultima ipotesi (cioè quando manca la prova) si ricorre agli altri criteri di cui all'art. 413 c.p.c.[20]. Altrimenti, ritenendo in ogni caso coincidente il luogo di origine del rapporto con

[13] Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2005, n. 841, in *Riv. it. dir. lav*., 2005, 2, 695, con nota di VITALI. In precedenza, si era sostenuto che il richiamo alle controversie individuali di lavoro, contenuto dall'art. 618 *bis* (al cui commento, peraltro, si rinvia) in relazione alle opposizioni in sede esecutiva, è limitato alle norme sulla competenza per materia e non a quelle sulla determinazione della competenza per territorio (Cass. 15 giugno 2001, n. 8110 del 2001; Cass. 15 giugno 2001, n. 8094).

[14] Cass. 9 febbraio 2009, n. 3117. V. anche *supra*, testo e nota 3

[15] M. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974, p. 35; A. PROTO PISANI, *Lavoro* (controversie individuali in materia di), in *NN.D.I*., App., IV, Torino, 1983, p. 635; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 5ª ed., Milano, 2008, p. 86.

[16] V., p. es., con riguardo al rapporto di agenzia, Cass. 27 giugno 1990, n. 6508, in *For. pad*., 1991, p. 7, con nota di Battaglia.

[17] Cass. 3 ottobre 1988, n. 5313.

[18] Cass. 6 febbraio 1986, n. 765.

[19] Cass. 8 febbraio 2023, n. 3873.

[20] Cass. 17 aprile 2003, n. 6218.

quello di inizio della prestazione lavorativa, si vanificherebbe la previsione del penultimo comma dell'art. 413 c.p.c., a norma del quale, in mancanza di applicabilità dei fori speciali esclusivi, concorrenti tra loro, di cui ai commi precedenti dello stesso articolo, si applica il foro generale di cui all' art. 18 c.p.c. - da intendersi comprensivo, nonostante la limitata locuzione letterale, del foro generale anche delle persone giuridiche, di cui all' art. 19 c.p.c. - sicché, in mancanza di prova sia del foro della dipendenza aziendale ove prestava la sua opera il lavoratore alla data di introduzione della lite, o di cessazione del rapporto, sia di quello di origine del rapporto, è competente il giudice del luogo ove ha sede l'azienda resistente, datrice di lavoro[21].

Riassumendo, in mancanza di prova del luogo di conclusione del contratto di lavoro, non può farsi ricorso, ai fini dell'individuazione del giudice competente, al luogo in cui l'esecuzione della prestazione lavorativa ha avuto inizio, ma occorre impiegare gli ulteriori criteri di radicamento della competenza indicati dalla norma in esame[22]. Dunque, in tema di controversie di lavoro, ai fini della individuazione della competenza per territorio del giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto, il meccanismo previsto dagli artt. 1326, comma 1, e 1335 c.c. opera solo se manchino elementi per ritenere che una conoscenza dell'intervenuta accettazione si è avuta nel medesimo contesto di tempo e di luogo in cui è avvenuta la sottoscrizione della proposta per accettazione[23].

Stante il tenore letterale del disposto di cui all'art. 413 c.p.c., il legislatore sembrerebbe essersi occupato dei soli rapporti di lavoro subordinato già costituiti, siano essi ancora in corso o estinti, lasciando fuori le ipotesi in cui il ricorrente agisca in giudizio con il preciso fine di conseguire l'accertamento di un asserito diritto ad essere assunto presso il datore di lavoro convenuto. La giurisprudenza di legittimità, con orientamento costante, considera però devolute alla competenza del giudice del lavoro anche le controversie relative ai rapporti di lavoro subordinato non ancora instaurati. La Cassazione è pervenuta a questa conclusione argomentando a partire dall'art. 409 c.p.c. e dall'orientamento consolidato che, stante anche in questo caso il silenzio del legislatore rispetto alle fattispecie di rapporto di lavoro non ancora instaurati, considera ricomprese nella nozione di "*controversie individuali di lavoro*" di cui alla rubrica della norma tanto i rapporti di lavoro già costituiti quanto quelli non ancora sorti, e in definitiva ogni controversia comunque collegata ad un rapporto di lavoro subordinato[24]. Se, dunque, controversie individuali di lavoro sono anche quelle relative a

[21] Cass. 21 maggio 1998, n. 5098, in *Foro it*., 1999, I, p. 1261, con nota di D'Ascola.

[22] Cass. 23 luglio 2001, n. 10006; Cass. 17 aprile 2003, n. 6218; Cass. 7 novembre 2011, n. 23139.

[23] Cass. 25 ottobre 2017, n. 25402, che ha ritenuto che la circostanza che il rapporto di lavoro avesse avuto inizio nella stessa data e nello stesso luogo in cui il lavoratore aveva firmato la proposta facesse presumere che di tale accettazione il datore di lavoro avesse avuto conoscenza contestuale, ha affermato la competenza del giudice di tale ultimo luogo e non di quello ove il datore di lavoro aveva sottoscritto la proposta, poi trasmessa al lavoratore.

[24] Cfr. Cass. 16 maggio 2017, n. 12162; Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2011, n. 29094. Depone, del resto, nel senso di un'interpretazione estesa ai rapporti non ancora addivenuti alla stipulazione di un formale contratto il semplice dato testuale

rapporti non ancora costituiti, allo stesso modo devono ritenersi implicitamente ricomprese tra le ipotesi per le quali l'art. 413 c.p.c. detta i criteri di individuazione del giudice del lavoro territorialmente competente anche quelle che attengono a rapporti di lavoro non ancora pervenuti a giuridica esistenza

A differenza del foro relativo al luogo dell'azienda o della dipendenza (che, come si dirà, ha carattere temporaneo), il foro in cui è sorto il rapporto lavorativo ha carattere permanente e può essere utilizzato anche in caso di cessazione o di trasferimento dell'azienda o della dipendenza alla quale era addetto il lavoratore. Tale criterio di radicamento della competenza preclude il ricorso ai fori generali di cui all'art. 18 c.p.c., il cui utilizzo è previsto dall'art. 413, comma 4, c.p.c., soltanto in via sussidiaria[25].

4. Il foro dell'azienda

Per la determinazione del foro dell'azienda, non si guarda alla sede legale oppure alla collocazione del complesso principale dei beni aziendali, ma alla sede effettiva[26].

Occorre, in proposito, fare riferimento per le imprese gestite in forma societaria al luogo in cui si accentrano i poteri di direzione e amministrazione dell'impresa[27], di norma coincidente con la sede sociale, indipendentemente da quello in cui si trovano i beni aziendali e nel quale si svolge l'attività imprenditoriale[28]. Tale criterio, in mancanza di diverse specifiche disposizioni, si estende all'ipotesi in cui l'azienda appartenga ad un'impresa individuale, dovendosi escludere che, anche in detta evenienza, la sede dove sono tenute le scritture contabili e trovano il loro normale punto di riferimento i rapporti giuridici dell'impresa debba necessariamente coincidere con quella in cui sono collocati i beni aziendali, e restando priva di rilievo l'eventuale coincidenza del foro speciale con quello generale individuato ai sensi dell'art. 18 c.p.c.[29].

Applicando i principi evocati nel precedente par. 2, dovrebbe ritenersi che sul lavoratore che abbia convenuto la società di capitali datrice di lavoro avanti al giudice del luogo in cui si trova la sede legale della società stessa incomba l'onere di dimostrare che tale sede coincide con quella di effettivo svolgimento dell'attività sociale per la presenza degli organi direttivi e di

della norma, la quale chiaramente si riferisce al rapporto di lavoro, non al contratto, coerentemente con la tutela accordata al lavoratore dall'art. 2106 c.c. (cfr. A. CASALINO, *Il criterio di competenza territoriale nelle controversie relative al diritto all'assunzione*, in *Lav. nella giur*., 2022, p. 251).

[25] Cass. 28 ottobre 2020, n. 21648.

[26] A. PROTO PISANI, *Controversie individuali di lavoro*, Torino, 1993, p. 51; G. TARZIA, *op. cit*., p. 86, che in caso di pluralità di sedi ritiene doversi far riferimento alla sede principale.

[27] Cass. 3 settembre 2020, n. 18266. V. anche Cass. 8 ottobre 1981, n. 5283, in *For. it*., 1982, I, p. 1361, che richiama il luogo dove sono tenute le scritture contabili.

[28] Cass. 22 maggio 2014, n. 11317.

[29] Cass. 17 aprile 2009, n. 9256. In senso diverso, v. però G. FABBRINI, *op. cit*., p. 36 ss., il quale sostiene piuttosto la tesi della coincidenza tra foro dell'azienda e sede legale, adducendo come argomento a sostegno il mancato espresso richiamo all'art. 19 c.p.c. unitamente all'art. 18 c.p.c. nel comma settimo dell'art. 413 c.p.c.

amministrazione, atteso che il criterio di collegamento del luogo dell'azienda, previsto dall'art. 413 c.p.c., non coincide con quello previsto in via generale dall'art. 19, comma 1, c.p.c. per le persone giuridiche, facendo riferimento alla sede effettiva della società[30].
Deve, però, registrarsi in senso contrario un altro orientamento del giudice di legittimità, il quale ha ritenuto che non possa ritenersi gravare sulla parte ricorrente, la quale abbia adito il giudice del luogo nel quale già risulti che la società datrice di lavoro abbia la sua sede sociale, l'onere di provare altresì che tale sede coincida con la sede in cui sono esercitati i poteri di direzione ed amministrazione, incombendo piuttosto sulla società convenuta, la quale intenda contestare il rispetto delle regole sulla competenza per territorio, dimostrare il fondamento della propria eccezione[31].

5. Il foro della dipendenza

Il foro della dipendenza quale criterio per il radicamento della competenza vale solo se il lavoratore è addetto alla stessa o se vi era addetto al momento della cessazione del rapporto[32]. A tale riguardo, il criterio della dipendenza non va riferito all'atto con il quale il lavoratore è destinato alla stessa, ma all'effettivo svolgimento della prestazione presso di essa; quindi, la controversia relativa alla legittimità dell'assegnazione alla dipendenza, non realizzatasi concretamente, deve essere decisa dal giudice del luogo dove si trova la sede di lavoro di provenienza[33].
La giurisprudenza della Cassazione ritiene, inoltre, che, per quel che riguarda l'individuazione del foro della dipendenza ove era addetto il dipendente alla cessazione del rapporto, non risulta operante il limite temporale previsto dal comma 3 dell'art. 413 c.p.c., che si riferisce esclusivamente alla cessazione della dipendenza e non anche al venir meno della destinazione ad essa del lavoratore[34].
La nozione di "dipendenza" alla quale è stato o è addetto il lavoratore ricorrente - richiamata dal comma 2 dell'art. 413 c.p.c. per l'ipotesi del rapporto di lavoro subordinato privato - deve essere interpretata in modo conforme al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), tenendo conto, come termini di comparazione, del criterio del domicilio (previsto dal successivo comma 4 per i rapporti di agenzia e di parasubordinazione) e del criterio della sede di lavoro (contemplato dal quinto comma della medesima disposizione per i rapporti di lavoro pubblico) e, pertanto, comprende anche una elementare terminazione dell'impresa costituita da un minimo di beni

[30] Cass. 6 febbraio 1990, n. 812.
[31] Cass. 6 dicembre 2016, n. 25018.
[32] F.P. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, p. 72; A. PROTO PISANI, *Controversie*, cit., p. 52.
[33] Cass. 19 ottobre 2011, n. 21690; Cass. 23 febbraio 2004, n. 3584.
[34] Da ultima, v. Cass. 3 dicembre 2020, n. 27684. Quello indicato nel testo è un principio risalente a Cass. 20 giugno 1990, n. 6192.

aziendali necessari per l'espletamento della prestazione lavorativa[35]. Costituisce, pertanto, dipendenza dell'azienda ogni complesso di beni decentrato e munito di propria individualità tecnico-economica, pur di modesta entità, anche se in esso non si esercitano poteri decisionali e di controllo[36].

Il criterio della dipendenza, pertanto, deve essere interpretato in senso estensivo[37]. L'abitazione del lavoratore può, conseguentemente, essere qualificata, ai fini della determinazione della competenza, come dipendenza, purché nella stessa si rinvenga il minimo di beni aziendali necessari per la prestazione lavorativa[38].

Poiché per dipendenza aziendale va inteso il luogo in cui il datore ha dislocato un nucleo, seppur modesto, di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, si deve, in ogni caso, escludere che la competenza territoriale possa radicarsi nel mero luogo di svolgimento della prestazione lavorativa[39]. Per questa ragione, è stata esclusa l'applicabilità del criterio della dipendenza nel caso di attività di "*smart working*", posto che, in tal caso e per definizione, la prestazione lavorativa può essere svolta in luoghi differenti, senza specifico collegamento oggettivo con alcuna abitazione o luogo[40].

---

[35] Cass. 4 giugno 2004, n. 10691.

[36] Cass. 15 settembre 2003, n. 13547.

[37] Cass. 15 luglio 2013, n. 17347.

[38] Cfr. Cass. 22 aprile 2022, n. 12907, relativa al caso di un giornalista che scriveva unicamente a casa i propri articoli; Cass. 8 febbraio 2018, n. 3154, che ha ritenuto rilevante l'abitazione di un lavoratore, dotata di pc e "account" fornito dall'azienda per l'accesso ad una piattaforma informatica per la gestione di richieste di noleggio di biciclette, con obbligo di reperibilità su ventiquattro ore e di comunicazione di qualsiasi spostamento e/o assenza; Cass. 16 novembre 2010, n. 23110, per la quale lo svolgimento dell'attività di informatore scientifico farmaceutico con l'utilizzazione di un computer con rete "ADSL" collegata con la società datrice di lavoro, di un cellulare ed un'auto aziendale, nonché l'esistenza di un dispositivo di prodotti farmaceutici in un locale annesso, consentono di qualificare i locali dell'abitazione come dipendenza; Cass. 4 giugno 2004, n. 10691, per la quale rilevano il computer, la modulistica, il materiale pubblicitario nonché i "campioni" di medicinali utilizzati dal dipendente per lo svolgimento, in posizione di subordinazione, dell'attività di informatore scientifico di farmaci; Cass. 5 giugno 2000, n. 7489, che, pur riferita all'abitazione del ricorrente-piazzista, in motivazione fa riferimento anche al telelavoro.

[39] Cass. 27 maggio 2019, n. 14449.

[40] Cass. 5 luglio 2023, n. 19023, in *Lavoro nella giur*., 2023, 11, p. 1074. In motivazione la Suprema Corte ha rilevato che benché "*l'orientamento di questa Corte si sia sempre più indirizzato nella direzione dell'ampliamento del concetto di 'dipendenza aziendale' per cui esso non coincide con quello di unità produttiva contenuto in altre norme di legge, ma deve essere inteso in senso lato, in armonia con la mens legis, al fine di garantire che il foro speciale del lavoro sia il più possibile prossimo alla prestazione lavorativa..., tuttavia occorre pur sempre la sussistenza di un collegamento oggettivo o soggettivo del luogo ove il lavoratore presta la sua opera con la organizzazione aziendale*". Ciò premesso, la Cassazione ha osservato che quando, "*come nella fattispecie in esame, l'attività di smart. working si è atteggiata, secondo quanto dichiarato dallo stesso lavoratore*" come un'attività che poteva "*essere fungibilmente espletata, a quanto pare*", in qualunque luogo e in particolare in una qualunque delle abitazioni a disposizione del lavoratore (e cioè sia la propria, sia quella dei genitori), "*senza però l'allegazione di alcun altro elemento (o collegamento oggettivo o soggettivo, come sopra evidenziato) che caratterizzasse in qualche modo" una determinata "abitazione quale dipendenza aziendale, nel senso delineato, allora tale criterio non può essere preso in considerazione ai fini della individuazione della competenza territoriale, residuando unicamente*" gli altri due criteri previsti dall'art. 413 c.p.c., e cioè quello del luogo di conclusione del contratto e quello della sede del datore di lavoro

6. La *prorogatio* dei criteri di competenza

La dottrina ritiene che, mentre il foro del luogo dove è sorto il rapporto di lavoro è permanente e resta sempre applicabile, i fori dell'azienda e della dipendenza non sono più utilizzabili una volta decorso il termine di sei mesi dal trasferimento oppure dalla cessazione dell'azienda o della dipendenza cui il lavoratore era addetto[41].

Anche nella giurisprudenza della Cassazione si afferma che, nelle controversie di lavoro, ai fini della individuazione del giudice territorialmente competente ai sensi dell'art. 413 c.p.c., il criterio del luogo della azienda o della dipendenza cui è addetto il lavoratore ha carattere temporaneo, sicché, in caso di cessazione o di trasferimento dell'azienda o della dipendenza, esso non opera più, salvo che la domanda venga proposta entro i successivi sei mesi. Ha, invece, carattere duraturo il concorrente criterio del luogo in cui il rapporto è sorto, con la conseguenza che, decorsi sei mesi dalla cessazione o dal trasferimento dell'azienda, la domanda va necessariamente proposta davanti a tale giudice, la cui competenza preclude il ricorso ai fori generali di cui all'art. 18 c.p.c., il cui utilizzo è previsto dall'art. 413, comma 4, c.p.c., soltanto in via sussidiaria[42].

In tema di controversie di lavoro, cioè, la competenza per territorio del giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto, ai sensi della prima ipotesi dell'art. 413, comma 2, sussiste anche ove risulti successivamente trasferita in altro luogo la sede dell'azienda o della dipendenza e la domanda sia stata proposta dopo il decorso di sei mesi da detto trasferimento. Invero, il successivo comma 3, secondo cui la competenza territoriale permane dopo il trasferimento dell'azienda e della dipendenza o la cessazione di esse, purché la domanda sia proposta entro sei mesi, va riferito esclusivamente agli altri fori alternativi previsti dal comma 2 (luogo in cui si trova l'azienda o la dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale prestava la sua opera al momento della fine del rapporto) e non anche al *forum contractus*[43].

A questa giurisprudenza sembra rifarsi, senza esplicito riferimento, anche l'ordinanza in commento che, al punto 6 della parte motiva, afferma che a mente della disciplina di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 413 c.p.c. "*quando non vi sia stato alcun trasferimento dell'azienda o la cessazione di essa o della sua dipendenza, la domanda può essere svolta dalle parti in ogni tempo nei medesimi luoghi indicati nel secondo comma, a prescindere dal momento in cui sia cessato il rapporto di lavoro*". Dalla lettura *a contrario* si evince, infatti, che ove vi sia stato trasferimento dell'azienda o della dipendenza la *prorogatio* del criterio di competenza opera soltanto per sei mesi.

[41] F.P. LUISO, *Il processo*, cit., p. 73; G. TARZIA, *op cit*., p. 88.
[42] Cass. 28 ottobre 2020, n. 21648, sulla scia di Cass. 12 aprile 1983, n. 2589.
[43] Cass. 8 ottobre 2020, n. 21648; Cass. 9 febbraio 2017, n. 3469.

Tuttavia, recentemente si è anche affermato che mentre la *prorogatio* del foro alternativo della dipendenza si estende per sei mesi, conservano invece carattere permanente il *forum contractus* e quello dell'azienda e, solo sussidiariamente, il foro generale delle persone fisiche, dovendosi escludere l'applicabilità del criterio del cumulo soggettivo *ex* art. 33 c.p.c., giacché esso non ha rilievo in relazione ai fori speciali previsti per il processo del lavoro[44].
Ad ogni modo, nel caso di fusione (anche per incorporazione) fra società (a seguito della quale si verifica una situazione del tutto analoga a quella della successione universale), qualora l'attività imprenditoriale continui a svolgersi nel medesimo luogo in cui veniva esercitata precedentemente, si determina soltanto una modificazione soggettiva nella titolarità dei beni aziendali senza alcuna cessazione o trasferimento dell'azienda o della dipendenza di questa, pertanto, ai fini della competenza in controversia di lavoro non opera lo speciale criterio di collegamento di cui al comma 3 dell'art. 413 c.p.c., ma deve farsi riferimento al criterio di cui al comma 2 del medesimo articolo, a nulla rilevando che la sede della società incorporante non si trovi in uno dei luoghi ivi indicati[45].
Allorché vi siano due cause connesse, e poi riunite, e per una sola di esse il termine di sei mesi risulti decorso, in forza del disposto dell'art. 40, comma 1, c.p.c. occorre far riferimento alla competenza del giudice preventivamente adito. Pertanto, poiché la domanda introdotta per prima impone comunque di aver riguardo alla competenza individuata *ex* art. 413, può applicarsi il foro della dipendenza aziendale, preventivamente adito[46].

7. (*Segue*): **lo spostamento della dipendenza o dell'azienda inidoneo ad incidere sulla competenza territoriale**
Dalla lettura dei commi 2 e 3 dell'art. 413 c.p.c. si evince che quando non vi sia stato alcun trasferimento dell'azienda o la cessazione di essa o della sua dipendenza, la domanda può essere svolta dalle parti in ogni tempo nei medesimi luoghi indicati nel comma 2, a prescindere dal momento in cui sia cessato il rapporto di lavoro.
Questa soluzione, come correttamente ritenuto dalla ordinanza in commento, deve applicarsi anche al caso in cui la domanda venga proposta oltre il termine di sei mesi da uno spostamento della dipendenza o dell'azienda (all'interno dello stesso comune o dello stesso circondario) che sia però inidoneo ad incidere sulla competenza territoriale, ai sensi del comma 3 dell'art. 413 c.p.c.
Ne consegue che il foro della dipendenza o dell'azienda di cui al comma 2 non è soggetto al limite semestrale indicato della norma qualora non abbia subito mutamenti territoriali idonei ad incidere ai fini dell'individuazione del giudice competente.

[44] Da ultima, Cass. 22 novembre 2023, n. 32501, sulla scia di Cass. 17 giugno 2004, n. 11387.
[45] Cass. 14 dicembre 2002, n. 17974, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 404. Nel medesimo senso, ma in un caso di scissione di società, Cass. 27 aprile 2002, n. 6143 in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 808.
[46] Cass. 4 giugno 2004, n. 10691.

Diversi sono gli argomenti che depongono nel senso indicato.
Il primo. Il comma 3 dell'art. 413 c.p.c. nello stabilire che la competenza "*permane*" per sei mesi presuppone infatti che il "*trasferimento*" della dipendenza, che serve a prorogare la competenza nel luogo della precedente dislocazione, debba essere idoneo ad incidere, *ab origine*, sulla stessa competenza territoriale.
È, quindi, l'argomento letterale a deporre nel senso indicato. Ed a tale riguardo, occorre sottolineare come non sia consentito superare i confini permessi dalla esegesi del testo: come ha affermato la Corte costituzionale circa la cd. interpretazione adeguatrice, resta il limite che risiede "*nell'univoco tenore della disposizione impugnata*", il quale "*segna il confine*" oltre il quale l'interpretazione giudiziale non può andare[47].
Giova, del pari, richiamare i principi esposti dalla Corte di Cassazione in tema di eccesso di potere giurisdizionale riferito all'attività legislativa[48], secondo cui l'attività interpretativa è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale.
In definitiva, il fondamentale canone di cui all'art. 12 preleggi, comma 1, impone all'interprete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione[49], potendo bensì con esso concorrere i criteri della interpretazione teleologica e sistematica, purché, tuttavia, l'interprete non varchi il limite esegetico consentito dall'enunciato formale (art. 101, comma 2, comma 2) e non reputi, addirittura, l'interpretazione - in luogo che mezzo attraverso cui ricomporre un contrasto solo apparente con la Costituzione - strumento sostitutivo della *voluntas legis*.
Il secondo. L'interpretazione proposta appare idonea garantire, più di quella contraria, la soddisfazione degli interessi processuali e sostanziali di entrambe le parti (relativi alla decisione della causa nel territorio in cui si è realizzato il rapporto ed in cui ancora insistono i beni aziendali che configurano la dipendenza[50]), che appaiono perseguiti dal legislatore con la

[47] Cfr. *ex multis*, Corte Cost. 13 dicembre 2019, n. 270; Corte Cost. 14 dicembre 2017, n. 268; Corte Cost. 13 aprile 2017, n. 87, n. 83 e n. 82; Corte Cost. 24 febbraio 2017, n. 42; Corte Cost. 11 novembre 2016, nn. 240 e 241; Corte Cost., 12 ottobre 2016, n. 219; Corte Cost. 6 maggio 2016, n. 95; Corte Cost. 11 dicembre 2015, n. 262; Corte Cost. 4 luglio 2014, n. 191; Corte Cost. 23 luglio 2013, n. 232; Corte Cost. 4 luglio 2013, n. 170; Corte Cost. 3 maggio 2012, n. 110; Corte Cost. 5 aprile 2012, n. 78; Corte Cost. 28 gennaio 2010, n. 26; Corte Cost. 20 giugno 2008, n. 219.
[48] *Ex multis*, Cass., Sez. Un., 1° aprile 2020, n. 7643; Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2020, n. 413; Cass., Sez. Un., 11 settembre 2019, n. 22711; Cass., Sez. Un., 25 marzo 2019, n. 8311; e già Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144; 23 dicembre 2014, n. 27341; e v., sui limiti dell'interpretazione sistematica, la recente Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 2142.
[49] Sul criterio dell'interpretazione letterale, v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 269.
[50] Ancora di recente si è sottolineato che è necessario tanto avere riguardo alla esigenza di favorire il radicamento del foro speciale del lavoro nel luogo della prestazione lavorativa, da un punto di vista processuale, quanto valutare la prestazione lavorativa effettivamente espletata, da un punto di vista sostanziale, atteso che la ratio dell'art. 413 c.p.c., "*è quella di rendere più funzionale e celere il processo, radicandolo nei luoghi normalmente più vicini alla residenza del dipendente, nei quali sono più agevolmente reperibili gli elementi probatori necessari al giudizio*" (da ultimo, cfr. Cass. 8 settembre 2020, n. 23053; Cass. 13 aprile 2022, n. 30449).

speciale disciplina della competenza territoriale in discorso[51]. Interessi che, in una corretta operazione di bilanciamento, rimangono meritevoli di essere assicurati anche oltre il limite di sei mesi[52], a fronte di una modifica della ubicazione della dipendenza che è rimasta all'interno del perimetro della competenza territoriale originaria.
La soluzione proposta discende, dunque, direttamente dall'esigenza sottesa alla previsione legislativa del foro della dipendenza aziendale e dall'interpretazione offertane dalla giurisprudenza al fine di individuare il giudice più vicino al luogo di effettuazione dell'attività lavorativa: tale prossimità tra il giudice e il luogo di lavoro, per chiara scelta legislativa, tende a garantire l'esercizio in concreto del diritto di cui all'art. 24 Cost., ma ha anche la funzione di rendere più agevole l'accertamento dei fatti e meno difficoltoso il rapporto con il processo per tutti i soggetti che vi partecipano (primi fra tutti i testimoni), nonché, più facilmente realizzabili attività processuali sui luoghi di lavoro (quali ispezioni o accertamenti di consulenti tecnici)[53].
Il terzo. La soluzione bene si attaglia alla natura inderogabile ed oggettiva della competenza territoriale del giudice del lavoro dal momento che porta a negare rilevanza a spostamenti di scarsa entità che non abbiano comunque alcun nesso con gli interessi sostanziali in concreto realizzati nel rapporto di lavoro, rimasti legati al territorio dove lo stesso si è sempre svolto[54]. Non ha, infatti, alcun senso negare la competenza del Tribunale in cui era situata la dipendenza presso la quale il lavoratore ha svolto le sue mansioni nel caso in cui la dipendenza medesima sia stata spostata all'interno dello stesso circondario, di tal che quel Tribunale era e rimane competente per territorio in base al criterio concorrente.
Alla luce delle suesposte argomentazioni, dunque, si può senz'altro concludere che quella proposta è l'unica interpretazione in armonia con la *mens legis* mirante a favorire il radicamento del foro speciale del lavoro nel luogo della prestazione lavorativa, in forza di un principio di strumentalità dei criteri di competenza territoriale nel rito lavoristico[55].

[51] Qui l'argomento dell'intenzione del legislatore costituisce un argomento autonomo che vale a sostenere direttamente la conclusione interpretativa che si trae dall'interpretazione letterale (v. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 150). Siamo, quindi, al cospetto di una interpretazione conforme alla *ratio legis*, ossia alla ragione, al motivo, allo scopo, al risultato pratico per cui l'art. 413, comma 3, c.p.c. è stato varato.
[52] Il bilanciamento opera qui come tecnica argomentativa, istituendo tra due possibili interpretazioni una gerarchia assiologica ed esprimendo un giudizio di preferenza che rende una delle due interpretazioni applicabile a scapito dell'altra (G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, p. 178).
[53] Cfr. Cass. 23 febbraio 2017, n. 4767.
[54] L'argomento della coerenza della disciplina giuridica, pur essendo ancillare e sussidiario, è dotato – come noto – di notevole efficacia persuasiva (v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 360).
[55] In tal senso si è espressa la sentenza Corte Cost. 3 luglio 1975, n. 171, in *Mass. giur. lav.*, 1975, p. 307. Il principio di strumentalità dei criteri di competenza territoriale nel rito lavoristico è invocato, nella giurisprudenza della Cassazione, ad es., dall'ord. 31 ottobre 2022, n. 32100.

8. La soluzione del caso concreto

Le coordinate offerte nel precedente paragrafo consentono di condividere la soluzione proposta dalla Corte di Cassazione.

Nella specie, non è contestato che il lavoratore espletasse la sua prestazione presso l'area di parcheggio in Roma, via Lunghezzina, né che questa fosse una dipendenza del datore di lavoro che, viceversa, si è limitato a dedurre, per ciò che rileva in questa sede, che la dipendenza di via Lunghezzina era cessata oltre un anno prima del deposito del ricorso. Nemmeno è risultato contestato che la dipendenza fosse stata spostata da quel luogo a via Prenestina, sempre corrente in Roma.

Poiché - come si è innanzi rilevato - si considera dipendenza anche il deposito di automezzi del datore di lavoro dove i dipendenti prendono servizio e partono per lo svolgimento della loro attività[56], anche nel caso in cui il deposito o il parcheggio sia di proprietà di terzi e dato in gestione al datore di lavoro[57], correttamente si è ritenuto che fosse totalmente irrilevante lo spostamento della dipendenza (*i.e.*, l'area di parcheggio ove hanno inizio e fine le mansioni quotidianamente svolte dai lavoratori autisti) all'interno del medesimo comune (di Roma), come tale inidoneo ad incidere sull'individuazione del giudice competente, e, dunque, assolutamente ininfluente il fatto che il deposito del ricorso di lavoro fosse avvenuto ad oltre un anno di distanza dalla cessazione della dipendenza di via Lunghezzina.

Lucia D'Arcangelo
Associata dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

[56] Cass. 1° marzo 2001, n. 2971, in *For. it*., 2001, I, p. 1547.

[57] Cass. 17 gennaio 2022, n. 1285. Anche Cass. 7 dicembre 2017, n. 29344, ha ritenuto dipendenza un "*parcheggio di proprietà di terzi, in cui sono collocati i beni strumentali alla prestazione lavorativa, ove hanno inizio e fine le mansioni quotidianamente svolte dal lavoratore: nella specie, mezzi aziendali con cui il dipendente effettuava viaggi nazionali ed internazionali*".



FEDERICO FERRARIS

La nuova disciplina della formazione di mediatori (civili) e formatori: "much ado about nothing"?

Lo scritto analizza la nuova e, per certi aspetti, complessa disciplina della formazione dei mediatori civili così come risultante dal d.m. 24 ottobre 2023, n. 150, mettendo in luce – oltre ai rinnovati requisiti per l'iscrizione all'albo dei mediatori (e dei formatori) – le anomalie e le criticità che la normativa solleva, non tralasciando di immaginare possibili soluzioni a problematiche che interessano, sin da subito, organismi di mediazione ed enti di formazione.

The article analyzes the renewed and, somehow, not-so-understandable rules devoted to the civil mediators' training as provided by the ministerial decree 24 October 2023, n. 150, highlighting – in addition to the new requirements for the qualification of mediators (and trainers) – the main critical issues the legislation raises, trying to imagine tentative solutions to problems that immediately affect all the mediation and training providers.

Sommario: 1. La formazione dei mediatori civili e commerciali, ovvero l'anello debole di tutta la disciplina (previgente) della mediazione civile e commerciale; 2. La rinnovata formazione iniziale dei mediatori (generici ed esperti); 3. La rinnovata formazione continua dei mediatori (generici ed esperti); 4. La rinnovata formazione iniziale e continua dei formatori; 5. La disciplina transitoria; 5.1. Prescrizioni riguardanti i "già" mediatori generici "non iscritti"; 5.2. Prescrizioni riguardanti i "già" mediatori esperti "non iscritti"; 5.3. Prescrizioni riguardanti i "già" mediatori (generici ed esperti) "iscritti"; 5.4. Prescrizioni per i "già" formatori; 6. Norme transitorie per i responsabili degli organismi di mediazione e per i responsabili scientifici di enti di formazione; 7. Ulteriori questioni applicative; 8. Considerazioni conclusive.

1. La formazione dei mediatori civili e commerciali, ovvero l'anello debole di tutta la disciplina (previgente) della mediazione civile e commerciale

L'introduzione del nuovo procedimento uniforme di mediazione, avvenuta con d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, se pure ha avuto l'indubbio merito di rivoluzionare la cultura della gestione delle controversie – progressivamente introducendo una visione cooperativa e non solo competitiva nella risoluzione delle stesse – ha tuttavia rivelato sin da subito, come già in altre occasioni sottolineato[1], un rilevante elemento di debolezza, ovvero il percorso formativo per tutti coloro che avessero ambito a rivestire il ruolo di mediatore (e, per certi aspetti, di formatore).

[1] In argomento sia consentito il rinvio a F. FERRARIS, *La mediazione in materia civile e commerciale: mera deflazione del contenzioso o nuova opportunità di risolvere i conflitti?*, in *Il coraggio di mediare*, a cura di F. Scaparro, C. Rodella e C. Vendramini, Milano, 2023, p. 400 ss.; ID., *Le ultime novità in materia di mediazione civile e commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 779 ss.; ID., *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1462 ss.; ID., *La novellata mediazione civile e commerciale: luci ed ombre di un procedimento "revitalizzato"*, in *Contratti*, 2013, p. 951 ss.

In effetti, riprendendo l'ormai previgente disciplina, l'art. 18 d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 prevedeva testualmente – quanto a formazione iniziale dei mediatori – "l'istituzione di un percorso formativo, di durata complessiva non inferiore a 50 ore, articolato in corsi teorici e pratici, con un massimo di trenta partecipanti per corso, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti, e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, articolata distintamente per la parte teorica e pratica" (lett. f); nonché – quanto all'aggiornamento professionale (oggi formazione continua) – "la previsione e l'istituzione di un distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione" (lett. g), cui si affiancava "la partecipazione, da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti" (art. 4, comma 3, così come modificato dal d.m. 6 luglio 2011, n. 145).
Quanto poi ai formatori, la stessa norma affermava che questi avrebbero dovuto provare l'idoneità alla formazione, attestando: "per i docenti dei corsi teorici, di aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie; per i docenti dei corsi pratici, di aver operato, in qualità di mediatore, presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure; per tutti i docenti, di avere svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere" nonché, quanto all'aggiornamento successivo, "di impegnarsi a partecipare in qualità di discente presso i medesimi enti ad almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio".
Tenendo conto che la (all'epoca) nuova mediazione contemplava (e tutt'ora contempla) numerosi casi di tentativi obbligatori in una eterogenea serie di materie dal gradiente anche molto specialistico, che spaziano dal condomino alle successioni, dai contratti bancari alla locazione, dalla responsabilità medica ai diritti reali[2], ci si rendeva facilmente conto di come la formazione immaginata dal legislatore delegato (e per esso dal Ministero della Giustizia) non foss'altro che l'iniziale "imbastitura" di un percorso rimesso, nel migliore degli auspicii, alla buona volontà dei mediatori (e dei formatori), nonché alla consapevolezza che ben altri sforzi sarebbero richiesti per conoscere e gestire le diverse tecniche di mediazione, che – si ricorda – spaziano da specifiche capacità di percezione, ascolto e comunicazione, sino alla padronanza delle differenti forme di negoziazione[3].

---

[2] V. l'art. 5 d.lgs. n. 28/2010 nella versione originaria e nelle successive modifiche avvenute nel 2013 e nel 2022.
[3] In argomento cfr., ad es., R. Fisher, W. Ury, R. Patton, *L'arte del negoziato*, Milano, 2019.; M. Dotti, M. Perego, *Dalla contesa all'intesa. Strategie vincenti in mediazione*, Milano, 2023; T. Fragomeni, *Surfando sul conflitto. Esercizi e tecniche per evitare la trappola del conflitto e migliorare le relazioni*, Milano, 2016.

Non stupiva, dunque – cosa che peraltro veniva confermata anche dalle prime statistiche sulla mediazione civile elaborate dal Ministero[4] – che gran parte dei procedimenti attivati si concludessero negativamente, e ciò non soltanto per la mancata adesione della parte chiamata, ma anche per l'incapacità dei mediatori di oltrepassare la logica della transazione economica, atto che come noto comporta reciproche rinunce, per abbracciare prospettive di più ampio respiro, coinvolgendo persone e fatti magari non direttamente connessi nella fattispecie di causa, ma che avrebbero potuto ampliare il ventaglio delle possibili soluzioni alla lite.
Da tempo, quindi, si auspicava un intervento del legislatore su questo aspetto, idoneo a impattare in maniera significativa sulla mediazione e sulle sue prospettive future; sono occorsi, tuttavia, ben tredici anni prima che ci si accorgesse di dover porre rimedio ad una situazione che appariva ormai ingestibile, considerati gli elevati numeri di mediatori "formati" in circolazione[5], dovuti anche ad una infelice disposizione inserita nel d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto del fare), frutto di un evidente compromesso con la classe forense, la quale stabiliva che tutti gli avvocati iscritti all'albo sarebbero stati considerati mediatori "di diritto", dunque senza obbligo della (pur minima) formazione sopra citata[6].
Va peraltro già anticipato che le attese non sono state adeguatamente soddisfatte, essendo sì il Ministero, con il d.m. 24 ottobre 2023, n. 150 (attuativo del d.lgs. n. 149/2022, decreto che a sua volta abroga il precedente d.m. n. 180/2010) tornato sul punto per irrobustire la relativa disciplina, ma attraverso modalità e tempistiche, a parere di chi scrive, ancora lontane dall'assicurare quei requisiti di "serietà" ed efficienza" cui fa riferimento il novellato art. 16 *bis* del d.lgs. n. 28/2010.

2. La rinnovata formazione iniziale dei mediatori (generici ed esperti)
Occorre preliminarmente ricordare come, ai sensi dell'art. 3 del predetto decreto ministeriale, il quale nella sostanza conferma la struttura del precedente atto normativo che regolava la materia, nell'ambito del registro degli Organismi di Mediazione (di qui in avanti, OdM), siano essi pubblici o privati, vi sono tre diversi elenchi di mediatori, per i quali vigono regole in parte differenti: - Sez. A: elenco mediatori «generici»; - Sez. B: elenco mediatori esperti nella materia internazionale e nelle liti transfrontaliere; - Sez. C: elenco mediatori esperti in materia

[4] Consultabili al sito *https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/-Mediazione%20Civile.aspx*.
[5] Ad oggi, più di 23.000: cfr. l'albo ministeriale dei mediatori, consultabile al sito *https://mediazione.giustizia.it/ROM/ALBOMEDIATORI.ASPX*
[6] È pur vero che il Consiglio Nazionale Forense aveva tuttavia previsto uno specifico percorso per tali soggetti, ma si trattava, in ogni caso, di disposizioni (15 ore più un tirocinio) insufficienti a garantirne il necessario approfondimento; cfr. delibera CNF del 21 febbraio 2013, consultabile al sito *https://staticr.giuffre.it/DIRITTO_E_GIUSTIZIA/PP_PROF_-formazioneCNF_valerini_s.pdf*.

consumeristica[7]. Tale distinzione si rivelerà essenziale per la diversa tipologia di formazione all'uopo prevista.

Ad un livello ancora generale, l'art. 8 d.m. n. 150/2023 stabilisce che gli interessati a intraprendere il percorso per divenire mediatore devono presentare apposita istanza ad un OdM previamente accreditato dal Ministero, la quale deve essere corredata: a) dalla dichiarazione di disponibilità, sottoscritta dal mediatore, a svolgere il servizio presso l'organismo richiedente e a essere inserito in uno o più elenchi di cui all'articolo 3, comma 3, lettere a, b e c; b) dalla attestazione del possesso dei requisiti di onorabilità[8]; c) dalla attestazione del conseguimento della laurea magistrale o a ciclo unico; d) dalla attestazione, per il mediatore iscritto a un ordine o collegio professionale, del conseguimento della laurea triennale; e) dalla attestazione del conseguimento della qualificazione prevista dall'articolo 23, ovvero il nuovo percorso formativo richiesto per poter chiedere l'iscrizione all'albo dei mediatori.

Già da quanto appena riportato emerge una rilevante novità rispetto al passato: l'accesso ai corsi di formazione è consentito (sia pur con regole parzialmente differenti) per i soli laureati c.d. magistrali o a ciclo unico (non solo in Giurisprudenza) e triennali (o di primo livello) purché iscritti ad albi/collegi professionali: pertanto, a differenza di quanto veniva previsto in precedenza, la sola laurea triennale non consente più di divenire mediatori civili[9]. Tale previsione si lascia apprezzare poiché, in qualche modo, consapevole della specializzazione che ormai viene di fatto richiesta ai mediatori (anche "generici"), cerca di "stringere le maglie di accesso" ad una professione cui per più di dieci anni hanno potuto accedere laureati di primo livello nelle materie più disparate, anche molto lontane da quelle per cui la mediazione si pone come condizione di procedibilità della domanda (e che rappresentano, in percentuale, la maggior parte dei procedimenti attivati dall'introduzione del procedimento uniforme).

---

[7] A ciò va poi menzionata un'ulteriore sezione D, relativa – quanto agli OdM pubblici, all'elenco dei responsabili e dei rappresentanti dell'associazione in cui l'organismo pubblico è inserito e, quanto agli OdM privati, all'elenco dei soci, associati, amministratori, responsabili e rappresentanti degli organismi.

[8] Tali requisiti, richiamati di continuo dal d.m. in esame, vengono qui di seguito riportati una volta per tutte: a) non trovarsi in stato di interdizione legale o di inabilitazione o non essere sottoposti ad amministrazione di sostegno; b) non essere stati condannati con sentenza definitiva, per delitto non colposo, a pena detentiva, anche se sostituita da una delle pene indicate nell'articolo 20-bis, primo comma, numeri 1), 2), e 3) del Codice penale; c) non essere stati destinatari di sentenza definitiva resa ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, per delitto non colposo, a pena detentiva, anche se sostituita da una delle pene indicate nell'articolo 20-bis, primo comma, numeri 1), 2) e 3), del Codice penale, con la quale sono state altresì applicate pene accessorie; d) non avere procedimenti penali in corso per delitti non colposi, fermo restando quanto previsto dall'articolo 335-bis del Codice di procedura penale; e) non essere incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; f) non essere stati sottoposti a misure di prevenzione, salvi gli effetti della riabilitazione, né a misure di sicurezza personali; g) non avere riportato, per gli iscritti ad un ordinamento professionale, negli ultimi cinque anni, una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dal singolo ordinamento (art. 4 d.m. n. 150/2023).

[9] V. art. 8, comma 3 lett. a) del precedente d.m. n. 180/2010, il quale indicava in "un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, (l'iscrizione) a un ordine o collegio professionale" i requisiti di qualificazione dei mediatori.

Purtroppo, tuttavia, l'efficacia della citata norma risulta indebolita dalla disciplina transitoria, che si analizzerà nei prosieguo, la quale – fors'anche consapevole che "il danno" ormai era già avvenuto e prevedere l'immediata espulsione di centinaia (se non migliaia) di mediatori già accreditati avrebbe sollevato ulteriori questioni e prevedibili contenziosi – permette a chi è già mediatore (pur con la sola laurea triennale e non iscritto ad albo/collegio professionale) di mantenere l'iscrizione con un'integrazione di formazione.
Ciò posto, e tornando ai legittimati a partecipare ai corsi di formazione, nel ricordare che il d.m. n. 150/2023 ripropone la nota suddivisione della stessa in due diversi momenti (teorico e pratico), occorre tuttavia ancora distinguere fra laureati magistrali (o a ciclo unico) in Giurisprudenza, da un lato, e laureati magistrali in altre discipline nonché triennali iscritti in albi/collegi professionali, da altro lato.
Quanto ai primi, che poi negli auspici del Ministero dovrebbero rappresentare la maggioranza degli interessati, l'art. 23 prescrive anzitutto che il percorso debba avere durata non inferiore alle 80 ore (prima erano 50), con massimo 40 partecipanti, di cui almeno 40 ore di teoria in presenza od *online* (in modalità sincrona, per non più dei tre quarti del totale), sui seguenti argomenti: a) l'introduzione storica, filosofica, antropologica e sociologica del conflitto e dei diversi modelli teorici e metodologici di gestione del conflitto; b) la teoria della comunicazione e dei profili cognitivi e decisionali; c) l'evoluzione della cultura nazionale e internazionale della soluzione stragiudiziale dei conflitti; d) la normativa nazionale, europea e internazionale in materia di mediazione e di mediazione demandata dal giudice (tale argomento è peraltro riservato ai soli laureati non avvocati, così come specifica l'ultimo comma dell'art. 23); e) la validità e l'efficacia delle clausole contrattuali di mediazione; f) la forma, il contenuto e gli effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione e la sua trascrivibilità; g) i compiti e le responsabilità del mediatore anche per la redazione dei verbali e per la formulazione della proposta conciliativa.
La parte pratica, strutturata in laboratori e simulazioni, deve avere invece ad oggetto: a) le fasi della procedura di mediazione anche telematica; b) il rapporto tra mediatore e organismo di mediazione; c) le metodologie delle procedure di gestione consensuale delle liti e di interazione comunicativa; d) le attività finalizzate alla acquisizione di informazioni e di eventuali valutazioni tecniche nel procedimento di mediazione e i rapporti con il consulente legale; e) le tecniche di redazione dei verbali e di formulazione della proposta conciliativa. Qui, ancor più che la disciplina relativa al momento teorico, la previsione appare senza dubbio maggiormente articolata rispetto alla previgente la quale, come noto, nulla diceva su contenuti e modalità delle sessioni pratiche[10]. Curioso, tuttavia, appare il fatto di aver posto uno speciale

[10] In effetti la precedente disposizione al riguardo (art. 18, comma 2, lett. f) d.m. n. 180/2010), si limitava a prevedere "corsi teorici e pratici" con oggetto le seguenti materie: "normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice,

accento sulla formulazione della proposta (c.d. mediazione valutativa – elemento, questo, che si vedrà essere spesso richiamato dal decreto attuativo), quando già con la riforma del 2013 l'art. 1 d.lgs. n. 28/2010 era stato modificato nel senso di preferire un procedimento di tipo facilitativo, nella consapevolezza sia delle difficoltà oggettive di formulare una proposta – che fra l'altro non faccia menzione di quanto appreso nelle c.d. sessioni separate –, ma anche nella maggior efficacia e stabilità di un accordo raggiunto fra le parti, in autonomia, con il semplice ausilio di un mediatore "catalizzatore" dei reciproci interessi[11].
Così come in passato viene infine prevista una fase di valutazione, tanto teorica che pratica, nonché un successivo percorso di tirocinio supervisionato: al riguardo, l'art. 23, comma 2, prevede una prova finale di valutazione di durata non inferiore a 4 ore, da svolgersi in presenza, comprensiva di verifiche su entrambi i moduli, e una prova pratica comprendente la simulazione di una proposta del mediatore (ancora una volta l'accento viene contraddittoriamente posto sulla proposta di mediazione), mentre il comma 1 ult. parte richiede un successivo tirocinio da svolgersi tramite la partecipazione, con affiancamento a mediatori già debitamente formati e operativi, a non meno di 10 mediazioni purché si siano svolte in maniera effettiva, ovvero con adesione della parte invitata.
Quanto, invece, ai laureati magistrali in altre discipline e ai "triennalisti" iscritti, viene richiesto un supplemento di formazione in aggiunta a quella appena esaminata (del resto, la norma è qui piuttosto chiara laddove specifica – art. 23, comma 6 – che il richiedente "oltre allo svolgimento del percorso di formazione indicato dai commi da 1 a 5" documenta lo svolgimento del corso di approfondimento giuridico previsto dal comma 7) all'evidenza per colmare (anche se appare piuttosto irrealistico che ciò possa avvenire nel monte ore prescritto) le lacune giuridiche che tali soggetti inevitabilmente posseggono. In effetti, per essi si prescrive un ulteriore corso di "approfondimento giuridico" non minore di 14 ore tenuto da formatori teorici che hanno conseguito la laurea indicata dal comma 1 (ovvero la laurea magistrale o a ciclo unico in Giurisprudenza), nonché un'altra prova finale, scritta e orale, di durata non inferiore a due ore, avente ad oggetto le nozioni e gli istituti di base di diritto sostanziale e processuale civile necessari per la comprensione della normativa in materia di mediazione e per il corretto svolgimento dell'attività di mediatore.
Tutto quanto appena delineato vale per la nuova formazione dei mediatori c.d. "generici", ovvero non specializzati in materia internazionale o di consumo (di cui alle sez. B e C dell'art. 3 d.m. n. 150/2023). Per questi ultimi – ciò che costituisce una novità rispetto al decreto previgente, che nulla prevedeva per essi se non la formazione di apposite liste – la nuova disciplina (art. 25) stabilisce un percorso ulteriore rispetto a quello "base", che deve comunque

efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore".
[11] In argomento sia consentito il riferimento a F. Ferraris, *La nuova mediazione*, cit., p. 1462 ss.

essere stato svolto e superato[12], di durata non inferiore a 10 ore, articolato in moduli teorici da svolgersi in presenza o mediante collegamento audiovisivo in modalità sincrona per non più di tre quarti del monte orario complessivo, e per la restante parte in moduli pratici da svolgersi in presenza. Anche in questo caso, inoltre, la norma specifica le materie oggetto tanto della parte teorica che pratica, le quali spaziano dalla disciplina nazionale e sovranazionale della tutela del consumatore, alla tutela giudiziale, stragiudiziale, consensuale e paritetica del consumatore, ai diritti e alle tutele in materia di liti transfrontaliere. Non poteva, infine, mancare un momento valutativo conclusivo, in relazione al quale tuttavia la legge lascia gli enti di formazione liberi di definire le relative modalità, limitandosi a precisare che "all'esito del corso è prevista una prova finale di valutazione" delle conoscenze acquisite.

3. La rinnovata formazione continua dei mediatori (generici ed esperti)

Nella consapevolezza dell'insufficienza del solo percorso di base e della particolare "professionalità" del mediatore, la quale non si acquisisce con il solo studio ma soprattutto con la sperimentazione concreta delle tecniche negoziali a casi concreti, il d.m. n. 150/2023 interviene anche sugli *step* successivi all'iscrizione all'albo, in precedenza "liquidati" in maniera assai sbrigativa con la "previsione e l'istituzione di un distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione" (art 18, comma 2 lett. g) d.m. n. 180/2010), valevole tanto per i mediatori generici che per quelli esperti.

Oggi, anzitutto, non si parla più di aggiornamento ma di "formazione continua" – riecheggiando così la prassi orami acquisita da tutte le professioni intellettuali (si pensi all'avvocatura ma anche, ad es., alla professione medica) le quali tutte richiedono il conseguimento di crediti formativi per il mantenimento dell'iscrizione all'albo – espressione che, a nostro avviso, ben si concilia con i caratteri della figura in esame, da sempre considerata una professione "di secondo grado" che si affianca – giovandosi della relativa esperienza – all'attività principale del mediatore; in aggiunta, l'approccio e la gestione di ogni conflitto rivela spesso nuove problematiche e consente una opportuna rimodulazione delle tecniche di base, le quali in tal modo si arricchiscono e assumono maggior efficacia in misura proporzionale al numero e alla tipologia di vicende che il mediatore è chiamato a gestire.

E così, per quanto attiene ai mediatori generici, l'art. 24 richiede almeno 18 ore di formazione nel biennio, articolate in momenti teorici (in presenza o *online*) e pratici (in presenza, comprendenti attività laboratoriali) sulle stesse materie previse per la formazione di base. In questo caso, peraltro, non si specifica quanta parte debba essere dedicata alla formazione

[12] L'art. 25, dedicato alla formazione iniziale dei mediatori esperti, espressamente stabilisce che essa debba seguire "lo svolgimento del percorso formativo previsto dall'articolo 23", ovvero la formazione di base.

teorica (verosimilmente e auspicabilmente poca) e, in quest'ambito, quante di queste ore possano essere somministrate *online*. Lascia tuttavia perplessi che il monte ore totale richiesto sia rimasto immutato rispetto al passato, ciò che porta ad immaginare che molti enti tenderanno a "liquidare" l'incombenza in uno – massimo due – fine settimana di lezioni concentrate, le quali poco o nulla aggiungono alla professionalità del singolo mediatore. In aggiunta, si segnala come la nuova norma abbia espunto il c.d. tirocinio assistito, inserito nell'art. 18 d.m. 180/2010 dal d.m. 6 luglio 2011, n. 145, il quale richiedeva "la partecipazione, da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti", e che avrebbe invece consentito ai mediatori appena formati di osservare "sul campo" il diverso dipanarsi di ogni mediazione e i corretti tempi e modi di utilizzo delle tecniche comunicative e negoziali acquisite.
Le perplessità maggiori sorgono poi da quanto previsto per la formazione continua dei mediatori esperti: in questo caso, infatti, l'art. 25, ult. comma, se da una parte stabilisce che ad essi venga dedicato, sempre nel biennio successivo all'iscrizione all'albo, uno specifico corso, che potrà essere erogato tanto in presenza quanto *online*, avente ad oggetto le stesse materie della formazione specialistica viste poco fa (dunque liti internazionali e tutela del consumatore), da altra parte chiarisce che esso debba avere la durata di ben (!) 4 ore, peraltro in questo caso – a differenza della formazione di base dei mediatori esperti – senza richiamare le norme sulla formazione continua dei mediatori generici. Pertanto, secondo il Ministero, sarebbero sufficienti 4 sole ore nel biennio a garantire la necessaria preparazione di mediatori "esperti" – a fronte di 18 ore richieste ai mediatori generici – ciò che a chi scrive appare quantomeno singolare.

4. La rinnovata formazione iniziale e continua dei formatori

Passando ora al regime dei formatori, occorre in primo luogo segnalare come i relativi elenchi risultino arricchiti di una figura: mentre, in passato, esisteva il solo formatore "generico"[13], oggi l'art. 10 prescrive – in analogia con quanto disposto per i mediatori – una nuova sez. B, riservata all'elenco dei formatori in materia di consumo, internazionale e in relazione a controversie transfrontaliere.
Ciò premesso, colui che intenda richiedere l'iscrizione nell'albo formatori, oltre ai già menzionati requisiti di onorabilità (analoghi a quelli previsti per i mediatori) è oggi chiamato a certificare il possesso dei seguenti requisiti, indicati nell'art. 26 (che, forse non del tutto correttamente, parla di "formazione iniziale" dei formatori, quando all'evidenza si tratta di requisiti che gli interessati debbono già possedere al momento della richiesta di iscrizione): a)

[13] V. l'art. 17, comma 3, d.m. n. 180/2010, il quale prevedeva due sole sezioni: "sezione A: elenco dei formatori; sezione B: elenco dei responsabili scientifici".

il diploma di laurea magistrale o a ciclo unico (dunque non necessariamente la laurea in Giurisprudenza); b) la qualifica di mediatore in materia civile e commerciale; c) lo svolgimento, nei cinque anni precedenti la richiesta di iscrizione, di attività di docenza in corsi o seminari nella materia della mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso università pubbliche o private, italiane o straniere riconosciute, ordini professionali o enti pubblici; d) in alternativa a quanto prevede la lettera c) l'avere svolto, nei cinque anni precedenti la richiesta di iscrizione, attività di formatore nelle materie di cui alla lettera c). Quest'ultima precisazione, la quale forse avrebbe trovato maggior giustificazione nell'ambito del regime transitorio, si pone all'evidenza come vera e propria clausola di salvezza per chi, al momento dell'entrata in vigore del d.m. n. 150/2023, era già iscritto all'albo dei formatori, consentendogli in tal modo di far valere la pregressa esperienza didattica al fine del mantenimento dell'iscrizione.

A questo punto il percorso si divide, in ossequio a quanto già accadeva in passato, tra chi ambisce a conseguire la qualifica di formatore teorico oppure pratico (o entrambe).

Invero, quanto al primo, oltre ai citati requisiti previsti dal comma 1, il richiedente attesta la pubblicazione, nei cinque anni precedenti la richiesta di iscrizione, di almeno tre contributi scientifici nelle materie indicate dal comma 1, lettera c) (ovvero mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie). Ci si domanda come debba intendersi il carattere della "scientificità" degli scritti, ciò che peraltro pare possa essere risolto *a contrario* riprendendo la sfortunata circolare ministeriale 5 aprile 2023, emanata nelle more della promulgazione del d.m. 150/2023 (e che, nelle intenzioni del Ministero – considerato l'ormai inevitabile ritardo con cui sarebbe stato pubblicato il decreto attuativo rispetto alla data prefissata dal decreto delegato n. 149/2022 – avrebbe, non si sa come, trattandosi di normativa secondaria, "anticipato" i contenuti del medesimo[14]), la quale riteneva tali i soli scritti pubblicati su riviste scientifiche secondo la classificazione ANVUR di area 12 (Diritto), con esclusione dunque di tutte le altre forme di pubblicazioni, fossero esse monografie, manuali, contributi in volume ecc. Ebbene, la revoca quasi immediata di tale circolare lascerebbe intendere il ripristino delle regole originarie, ovvero la sufficienza di un codice ISBN

[14] Tale circolare – consultabile al sito https://www.adrintesa.it/wp-content/uploads/2023/-04/Circolare_Mediazione_5_Aprile_2023.pdf – stabiliva, al riguardo, che "in assenza – allo stato – di apposita normativa regolamentare di attuazione, nell'approssimarsi della scadenza del termine previsto dall'articolo 41, commi 2 e 3 del decreto legislativo n. 10 ottobre 2022, n. 149, si rende necessario precisare quali requisiti, sinora non previsti, gli organismi di mediazione e gli enti di formazione già iscritti dovranno soddisfare alla data di entrata in vigore degli articoli 16 e 16-bis cit., al fine di mantenere l'iscrizione rispettivamente nell'apposito registro ed elenco". Non è un caso che la predetta iniziativa abbia avuto vita molto breve – circa una settimana – prima di essere revocata dallo stesso ufficio ministeriale, anche grazie alla corale sollecitazione degli OdM in relazione ai requisiti particolarmente stringenti ivi prescritti (e assai poco adatti allo scopo, essendo questi nella sostanza stati "mutuati" dalle regole ANVUR relative alle pubblicazioni valide per conseguire l'Abilitazione Scientifica Nazionale alle funzioni di Professore Universitario!).

(o ISSN per le riviste) abbinato alla pubblicazione a garantire la validità della medesima ai fini dell'iscrizione all'albo.
Per divenire formatore pratico, oltre ai requisiti previsti dal comma 1, il richiedente deve invece attestare l'esperienza, maturata nei tre anni antecedenti la richiesta di iscrizione, quale mediatore presso uno o più organismi iscritti in procedure di mediazione cui abbia aderito la parte invitata. Qui si segnala la novità relativa alla pregressa esperienza del mediatore, prima limitata a soli 3 procedimenti e oggi (giustamente) ampliata ad almeno 10 mediazioni effettive.
Altro elemento di (parziale) discontinuità con la previgente disciplina attiene poi alla formazione continua dei formatori: se prima si prevedeva semplicemente l'obbligo di impegnarsi a partecipare in qualità di discente (presso i medesimi enti di formazione, di qui in avanti denominati EdF) ad almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio (art. 18, comma 3 lett. a) d.m. n. 180/2010), oggi a tale aspetto è dedicato un autonomo articolo (27) del decreto in esame in cui, se si ha cura di meglio specificare oggetto della formazione continua dei formatori (le materie sono quelle della "formazione" iniziale – quindi, di nuovo, mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie) e modalità di erogazione del corso (teoria in presenza o *online*; pratica in presenza, sebbene non sia specificata la proporzione), tuttavia ci si aspettava un po' più di coraggio da parte del Ministero, che ha esteso la formazione di ben (!) 2 ore (quindi 18 in totale nel biennio), rispetto alle 16 originarie.
Nulla poi si dice in relazione all'iscrizione dei formatori esperti per cui pure, come sopra osservato, è prevista una specifica sezione. Trattandosi di tematiche specialistiche – ricordiamolo ancora una volta, materia internazionale e di consumo – ci saremmo aspettati, al pari dei mediatori esperti, una disciplina speciale per l'accreditamento, di cui invece (e inspiegabilmente) non c'è traccia. In attesa di un chiarimento dal Ministero, gli EdF dovranno evidentemente orientarsi a canoni oggettivi che permettano di rilevare le effettive competenze specialistiche del formatore, tenuto conto del *curriculum* professionale da questi presentato (e, direi, quantomeno per i formatori internazionali, in analogia con quanto previsto per i mediatori della medesima categoria, dell'attestazione di conoscenze linguistiche con certificazione non inferiore al livello B2: v. art. 8 comma 3).
Un discorso a parte merita poi il responsabile scientifico, figura di garanzia che, nelle intenzioni, dovrebbe assicurare la serietà dei percorsi formativi erogati dall'EdF e, con essi, la qualità del servizio-mediazione erogato, elemento quest'ultimo su cui la stessa direttiva europea n. 52/2008 si era all'epoca debitamente spesa[15]. Tale ruolo era naturalmente già

[15] V. l'art. 4 Dir. n. 2008/52/CE, rubricato "Qualità della mediazione", secondo cui "1. Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. 2. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale

contemplato nel d.m. n. 180/2010, sebbene in modo piuttosto generico e suscettibile di più o meno stringenti interpretazioni[16]. Oggi a questa figura è dedicato l'art. 11 comma 3, lett. a), ove si prescrive "la nomina di un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, per lo svolgimento delle funzioni di cui all'articolo 16-bis, comma 2, del decreto legislativo, con il suo *curriculum* nel quale sono evidenziati i titoli e l'esperienza che giustificano i requisiti della chiara fama e dell'esperienza pratica e professionale nelle materie previste dall'articolo 16-bis, comma 2, del decreto legislativo, con indicazione della data di conseguimento dei titoli e dello svolgimento delle esperienze professionali e pratiche". Da una parte, dunque, si richiede agli EdF l'individuazione di soggetti realmente riconosciuti nel settore degli A.D.R., requisito che certamente costituisce un passo in avanti rispetto alla previgente disciplina; desta tuttavia perplessità la specificazione secondo cui tali soggetti debbano dimostrare "esperienza pratica e professionale" nell'ambito di mediazione, conciliazione e risoluzione delle controversie: invero, se si sta parlando di responsabili "scientifici", i quali dunque debbono elaborare e supervisionare le diverse attività formative dell'ente, non si capisce come mai vengano richieste documentate esperienze pratiche e professionali, che troverebbero invece maggior giustificazione se accompagnate all'identificazione del responsabile di OdM.
In effetti, solo in relazione a questa figura, come si avrà modo di osservare in seguito, le nuove norme richiedono espressamente che esso possegga la qualifica di mediatore[17], ciò che fa ritenere che la differente dizione della disposizione in commento sia di più ampio respiro e si riferisca (non solamente a chi ha esperienza di mediazione "sul terreno" ma anche) a chi abbia maturato *aliunde* specifiche competenze (tramite ad es, attività – pluriennale – di formazione a professionisti; ricerca empirica nell'ambito di progetti europei dedicati ai diversi temi degli A.D.R.; ma anche, volendo, la partecipazione o la presidenza di collegi arbitrali; escluderei invece la semplice professione forense che, di per sé, non certifica *ex se* la padronanza di raffinate tecniche negoziali) in materia. Ragionando *a contrario*, fra l'altro, si correrebbe il rischio di dover espungere personalità particolarmente qualificate (penso, ad es., ai professori universitari) da un ruolo che ben si concilierebbe con le attività di questi, solo perché magari hanno scelto di dedicarsi a tempo pieno all'Università e, paradossalmente (nella prospettiva considerata), a ricerca e formazione.

---

e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti".

[16] V. l'art. 18, comma 2, lett. i), secondo cui era richiesta "l'individuazione, da parte del richiedente, di un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie, che attesti la completezza e l'adeguatezza del percorso formativo e di aggiornamento".

[17] V. l'art. 6, comma 1 lett. e) d.m. n. 150/2023.

5. La disciplina transitoria

Il Capo VII, e in particolare gli artt. 42-43, sono dedicati alla delicata fase transitoria per tutti coloro che, alla data di entrata in vigore del d.m. n. 150/2023, risultavano già iscritti all'albo mediatori e/o formatori. Non a caso si è deciso di utilizzare il predetto aggettivo per descrivere il regime transitorio, posto che, come già osservato in precedenza, nei 13 anni di operatività della mediazione – al netto della breve stasi seguita alla sentenza della Corte costituzionale n. 272/2012 – anche grazie alla riforma del 2013 i mediatori (e i formatori) certificati secondo i "crismi" ministeriali sono divenuti parecchie migliaia[18] e non si poteva certo immaginare di cancellare tutto il pregresso con un semplice tratto di penna.

Pertanto, in coerenza con le differenti tipologie di mediatori previsti dall'abrogato d.m. n. 180/2010, la legge si preoccupa di definire i requisiti per "regolarizzare" la posizione: - dei "già" mediatori generici non iscritti ad albo/collegio professionale; - dei "già" mediatori esperti non iscritti ad albo/collegio professionale; - nonché, infine, dei "già" mediatori (generici ed esperti) iscritti ad albo/collegio professionale.

Per ciascuna di queste figure vengono previste integrazioni di formazione, in parte differenti, che si analizzeranno qui di seguito.

5.1. Prescrizioni riguardanti i "già" mediatori generici "non iscritti"

Incominciando dai primi, l'art. 42, comma 2, d.m. n. 150/2023 stabilisce che gli OdM – i quali abbiano avuto cura di presentare entro lo scorso 30 aprile 2023 istanza (potremmo dire, "prenotativa") per il mantenimento dell'iscrizione nel registro ministeriale[19], devono attestare, per ciascun mediatore, nel termine di 9 mesi dall'entrata in vigore del d.m. n. 150/2023 (dunque, entro il 15 agosto 2024): a) i requisiti previsti dall'articolo 8, comma 2, lettera b) (ovvero, i requisiti di onorabilità); b) il conseguimento della laurea triennale (i mediatori in possesso della sola laurea di primo livello, come anticipato, possono quindi continuare a svolgere la professione di mediatore) o l'eventuale conseguimento della laurea prevista dall'articolo 23, comma 1 (la laurea magistrale o a ciclo unico in Giurisprudenza); c) lo svolgimento di un ulteriore corso di aggiornamento di contenuto corrispondente a quanto prevede l'articolo 24, comma 1 (dedicato alla formazione continua dei mediatori generici e per la cui trattazione si rimanda al precedente §3), di durata non inferiore a 10 ore (*id est*, l'integrazione di formazione richiesta in aggiunta al corso base all'epoca frequentato); d) un ulteriore corso di aggiornamento sulla riforma Cartabia (in questo caso tuttavia non sono specificate le ore), con particolare riferimento ai temi degli incentivi fiscali, al patrocinio a spese dello Stato e ai contenuti del d.m. n. 150 (quest'ultima previsione è prevista dal comma 7).

[18] V. la precedente nt. 5.

[19] Cfr. l'art. 42, comma 1, d.m. n. 150/2023.

Qualche problema solleva il successivo comma 3, tecnicamente dedicato ai "già" mediatori esperti non iscritti, il quale tuttavia presenta un *incipit* identico al comma 2 ("Fuori dai casi previsti dal comma 4, per i mediatori inseriti, alla data di entrata in vigore del presente decreto, nell'elenco di cui all'articolo 3, comma 3, parte i), sezioni da A) a C) e parte ii), sezioni da A) a C) del decreto del Ministro della giustizia n. 180 del 2010"): qualora si optasse per una interpretazione letterale della norma ciò vorrebbe dire che anche i "già" mediatori generici debbano provvedere ad una integrazione di formazione specialistica nelle materie del consumo e internazionali, ciò che tuttavia appare *prima facie* irrazionale e, probabilmente, frutto di un mero refuso dell'ufficio legislativo ministeriale[20].
Si segnala, infine, che lo svolgimento dei menzionati corsi equivale all'assolvimento dell'obbligo formativo periodico previsto dall'articolo 15 per il biennio con scadenza al 31 dicembre 2025 (art. 42, ult. comma).

5.2. Prescrizioni riguardanti i "già" mediatori esperti "non iscritti"
Quanto ai "già" mediatori esperti non iscritti, il comma 3 dell'art. 42 afferma che per coloro i quali intendano mantenere tale *status* l'organismo documenta, oltre a quanto prevede il comma 2 (pertanto l'integrazione di formazione "di base" è comunque necessaria), lo svolgimento di uno specifico corso di aggiornamento di contenuto corrispondente a quanto prevede l'articolo 25, comma 3 (dedicato alla formazione continua dei mediatori esperti), di durata non inferiore a 4 ore.
Anche per essi va poi aggiunto il modulo sulla riforma Cartabia e i suoi caratteri, così come vale la prescrizione secondo cui tale percorso (integrazione di base, specifica e corso su riforma) è riconosciuto ai fini dell'aggiornamento biennale.

5.3. Prescrizioni riguardanti i "già" mediatori (generici ed esperti) "iscritti"
Venendo, infine, ai "già" mediatori (generici ed esperti) iscritti, l'art. 42, comma 4 richiede: a) per tutti i mediatori gli ormai noti requisiti di onorabilità; b) per i mediatori inseriti nella sezione A, ovvero "generici", l'eventuale conseguimento della laurea triennale o della laurea prevista dall'articolo 23, comma 1 (e sull'aggettivo "eventuale", in combinazione con la successiva "o", si può sviluppare un ragionamento il quale, a seconda della direzione che si intende assumere, porta a diverse conseguenze per particolari categorie di mediatori, quali ad es. i geometri: sul punto tuttavia cfr, *infra*, §7); c) sempre per i mediatori generici, lo svolgimento di un corso di aggiornamento di contenuto corrispondente a quanto prevede l'articolo 24, comma 1, di durata non inferiore a 10 ore; d) per i mediatori esperti, oltre a quanto prevedono le lettere a) e b), lo svolgimento di un corso di aggiornamento di contenuto

[20] In effetti, il successivo comma 4, lett. d), dedicato ai mediatori "iscritti", riserva la formazione specialistica solo ai mediatori esperti in materia di consumo e internazionale.

corrispondente a quanto prevede l'articolo 25, comma 3, di durata non inferiore a 4 ore. Anche in sede di transitorio, dunque, riemerge la questione già affrontata in precedenza e relativa all'entità della formazione dei mediatori esperti: in effetti, pure in questo caso la norma non richiama la formazione integrativa "di base" richiesta ai mediatori generici, ma struttura solo un percorso più ridotto (4 ore) per coloro cui è richiesta una competenza più specifica (in ambito consumeristico e internazionale).
In ogni caso, è importante ricordarlo, non viene richiamato né il modulo sulla riforma Cartabia, il quale pertanto non è obbligatorio, né curiosamente, il fatto che tali percorsi comportano l'assolvimento dell'obbligo di formazione biennale. Pertanto, mentre un "già" mediatore generico o esperto non iscritto potrà valersi dell'abbuono di cui al comma 8, lo stesso non può predicarsi ad avvocati, commercialisti (e ad ogni altra professione regolamentata), cui non sarà consentito quindi computare le ore integrative di formazione nell'aggiornamento biennale richiesto. Resta da capire il perché di tale differenza di trattamento, tenuto anche conto che, solo considerando gli avvocati (ma il discorso può valere anche per altre categorie), questi hanno già un obbligo formativo autonomo ulteriore a quello in esame e che, forse, per questo solo motivo, più dei mediatori non iscritti avrebbero diritto di giovarsi del vantaggio (perché di questo si tratta, a nostro avviso) previsto dall'ultimo comma dell'art. 42.

5.4. Prescrizioni per i "già" formatori

Il regime transitorio si occupa, naturalmente, anche di chi risultava già formatore al momento dell'entrata in vigore delle nuove norme. Al riguardo, sempre l'art. 42, commi 6 e 7, specifica che l'EdF deve attestare, per ciascun formatore: a) i requisiti previsti dall'articolo 4 (onorabilità); b) l'eventuale conseguimento della laurea prevista dall'articolo 26, comma 1, o quantomeno della laurea triennale; c) lo svolgimento di un corso di aggiornamento di contenuto corrispondente a quanto prevede l'articolo 27, comma 1 (relativo alla formazione continua dei formatori), di durata non inferiore a 10 ore, corso che, come per i "gia" mediatori generici ed esperti ma non per gli "iscritti", rileva ai fini della formazione continua biennale; importante risulta poi la specificazione della successiva lett. d), secondo cui quando non è attestato il conseguimento della laurea ai sensi della lettera b), per ciascun formatore l'ente attesta lo svolgimento di attività di docenza nelle materie di cui all'articolo 23, comma 3, per almeno 16 ore negli ultimi tre anni anteriori alla scadenza del termine di cui al comma 1 (ovvero il 15 agosto 2024): pertanto, come si accennava in precedenza, i formatori già accreditati ma non in possesso di laurea (magistrale o triennale) possono mantenere l'iscrizione se dimostrano di aver svolto attività di docenza negli ultimi tre anni.
Anche per i formatori è, infine, prevista la somministrazione dell'ulteriore modulo sulla riforma Cartabia.

6. Norme transitorie per i responsabili degli organismi di mediazione e per i responsabili scientifici di enti di formazione

Specifiche prescrizioni transitorie sono infine dettate per i responsabili degli OdM e per i responsabili scientifici degli EdF.

Quanto ai primi occorre però una precisazione importante: mentre il previgente d.m. n. 180/2010 non disciplinava in modo dettagliato la figura, limitandosi a richiamarla in relazione a determinate incombenze[21], oggi si prevede espressamente che questi debba rivestire la qualifica di mediatore (secondo le nuove disposizioni sulla formazione) (art. 6, comma 1 lett. e) d.m. n. 150/2023), con tutto ciò che comporta in termini di requisiti per poter assumere l'incarico: da qui la necessità di prevedere apposite norme transitorie per coloro che, al momento dell'entrata in vigore del d.m. 150/2023, risultavano già responsabili di OdM.

Anche in questo caso il decreto distingue fra responsabili non iscritti ad albi/collegi professionali e responsabili iscritti: quanto ai primi, l'art. 43 comma 1 richiede: a) i noti requisiti di onorabilità; b) il conseguimento della laurea triennale o l'eventuale conseguimento della laurea di cui all'articolo 23, comma 1, ciò che dovrebbe quindi comportare che una laurea – sia essa di primo livello ovvero magistrale o di secondo livello – risulti essenziale per il ruolo; c) il conseguimento della qualifica di mediatore in data anteriore all'entrata in vigore del decreto, sebbene sia possibile conseguire il titolo *ex* art. 23, se sprovvisti alla data di entrata in vigore del d.m. 150, entro i successivi 9 mesi (v. art. 43 comma 3).

Quanto ai secondi, l'art. 43 comma 3 prescrive, oltre ai canoni di onorabilità (lett. a): b) il conseguimento della qualifica di mediatore in data anteriore all'entrata in vigore del presente decreto (ma anche in questo caso è possibile conseguire il titolo *ex* art. 23, se sprovvisti alla data di entrata in vigore del d.m. n. 150); c) l'eventuale conseguimento della laurea di cui all'articolo 23, comma 1, o della laurea triennale: da notare, viene grossomodo utilizzata la stessa formula per i "già" mediatori iscritti, la cui interpretazione potrebbe condurre tanto ad

[21] V. ad es., l'art. 7 comma 1: 1. Il regolamento contiene l'indicazione del luogo dove si svolge il procedimento, che è derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo; l'art. 7, comma 5 lett. b): che, al termine del procedimento di mediazione, a ogni parte del procedimento viene consegnata idonea scheda per la valutazione del servizio; il modello della scheda deve essere allegato al regolamento, e copia della stessa, con la sottoscrizione della parte e l'indicazione delle sue generalità, deve essere trasmessa per via telematica al responsabile, con modalità che assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento; l'art. 7, comma 6: 6. Fermo quanto previsto dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo, il regolamento garantisce il diritto di accesso delle parti agli atti del procedimento di mediazione, che il responsabile dell'organismo è tenuto a custodire in apposito fascicolo debitamente registrato e numerato nell'ambito del registro degli affari di mediazione. Il diritto di accesso ha per oggetto gli atti depositati dalle parti nelle sessioni comuni ovvero, per ciascuna parte, gli atti depositati nella propria sessione separata; l'art. 8, comma 2: 2. Il responsabile dell'organismo è tenuto a rilasciare alle parti che gliene fanno richiesta il verbale di accordo di cui all'articolo 11, comma 3, del decreto legislativo, anche ai fini dell'istanza di omologazione del verbale medesimo; l'art. 8 comma 3: 3. Il responsabile dell'organismo trasmette altresì la proposta del mediatore di cui all'articolo 11 del decreto legislativo, su richiesta del giudice che provvede ai sensi dell'articolo 13 dello stesso decreto legislativo.

escludere coloro che non posseggano almeno la laurea di primo livello che a mantenere anche chi sia sprovvisto di laurea (e sulla quale si tornerà nel successivo §7).
Passando ai responsabili scientifici, già si è detto dei nuovi requisiti richiesti a chi intende ricoprire questo ruolo; ebbene, nelle transitorie ci si attendeva un qualche compromesso tra la previgente disciplina e quella attuale (del resto, questo sarebbe lo scopo di tali disposizioni), e tuttavia, piuttosto sorprendentemente, l'art. 43, ult. comma afferma *inter alia* che gli enti di cui all'articolo 42, comma 5, per il mantenimento del responsabile scientifico trasmettono al responsabile del registro il *curriculum* nel quale sono evidenziati i titoli e l'esperienza che giustificano i requisiti della chiara fama e dell'esperienza pratica e professionale nelle materie previste dall'articolo 16-*bis*, comma 2, del decreto legislativo, con indicazione della data di conseguimento dei titoli e dello svolgimento delle esperienze. Dunque, viene ripresa la stessa formula prevista nell'art. 11 comma 3 lett. a), vanificando così ogni idea di "regime transitorio" per questa figura, la quale dovrà obbligatoriamente soddisfare sin da subito (o quantomeno entro il 15 agosto 2024) i nuovi requisiti anche se previamente "certificata" alla data di entrata in vigore del d.m. n. 150/2023.

7. Ulteriori questioni applicative

Se, dunque, quella appena tratteggiata rappresenta la nuova formazione prevista dal Ministero, numerose questioni applicative sorgono già ad una prima lettura. Di alcune si è fatto cenno in precedenza – ad es., il fatto che al mediatore esperto sia richiesta meno formazione continua (art. 25), così come meno formazione integrativa (art. 42), rispetto al mediatore generico; la apparente necessità di formazione integrativa specialistica anche per i mediatori generici; i nuovi requisiti del responsabile scientifico degli enti di formazione –; altre, invece, saranno oggetto di trattazione in questa sede.
Una di esse attiene al modulo integrativo sulla riforma Cartabia, che la legge riserva a tutti i mediatori non iscritti. Se la predetta disposizione (art. 42, ult. comma) assume significato quando predicata alla classe forense, la quale si è dovuta cimentare sin da subito con le novità della riforma (non solo nel settore degli A.D.R.) a partire dal 1° marzo 2023, lo stesso non può dirsi per le altre categorie professionali – penso, ad es., a commercialisti, psicologi, ingegneri, ecc. – le quali, se già non possedevano particolari conoscenze sul funzionamento della mediazione civile e sui suoi rapporti con il processo, di certo necessiterebbero di un *surplus* di formazione su questi temi, specialmente dopo una riforma di ampio respiro come quella di cui al d.lgs. n. 149/2022, ciò che invece non è obbligatorio poiché mediatori "iscritti". È dunque auspicabile che gli EdF, nell'ambito della propria autonomia, decidano di dedicare adeguati spazi a questi aspetti anche per chi – pur iscritto ad albo/collegio professionale – non svolge la professione di avvocato.
Sempre rimanendo nell'ambito del transitorio e dei mediatori iscritti, emerge poi il problema dei geometri-mediatori, categoria che, come noto, non necessita di laurea per iscriversi nel

relativo collegio professionale. Qui occorre, all'evidenza, interrogarsi sul significato della (già più volte menzionata) formula utilizzata dal Ministero – la quale costituisce un requisito per il mantenimento dell'iscrizione – "(…) l'eventuale conseguimento della laurea triennale o della laurea prevista dall'art. 23, comma 1" (= laurea magistrale) (art. 42, comma 4 lett. b). In effetti, qualora la combinazione di "eventuale" e "o" si intenda come necessità che i mediatori iscritti posseggano una laurea (sia essa di primo livello che magistrale o di secondo livello), allora ciò comporterebbe la conseguente eliminazione dall'albo dei mediatori dell'intera categoria in esame.

E però, a noi questa soluzione pare sin troppo semplicistica, tenuto conto di altre disposizioni, all'interno del medesimo d.m. n. 150/2023, le quali invece paiono molto più perentorie laddove richiedono la laurea come requisito indispensabile per l'iscrizione all'albo dei mediatori. Così è, ad es., per l'art. 42, comma 6 lett. b) (disciplina transitoria formatori), la quale richiede "l'eventuale conseguimento della laurea prevista dall'articolo 26, comma 1, o quantomeno della laurea triennale"; ma anche, a ben vedere, per l'art. 43, comma 1 lett. b) (disciplina transitoria responsabili OdM non iscritti ad albo/collegio professionale), che a sua volta prescrive "il conseguimento della laurea triennale o l'eventuale conseguimento della laurea di cui all'articolo 23, comma 1". Quest'ultimo caso, anzi, appare a nostro avviso risolutivo poiché invece, per i responsabili di OdM iscritti, come sopra osservato, si utilizza la medesima formulazione della disposizione qui in commento: non avrebbe dunque molto senso interpretare allo stesso modo (= necessità della laurea) due dizioni in parte diverse fra loro (art. 43, comma 1 lett. b) e comma 2 lett. c), chiamate a regolamentare in maniera verosimilmente differente i regimi transitori dei responsabili di OdM iscritti da coloro che invece non lo sono.

Qualora, poi, si optasse per l'interpretazione sopra indicata, ciò condurrebbe alla paradossale situazione per cui un geometra "già" mediatore non potrebbe restare tale, mentre un collega anche formatore potrebbe continuare a svolgere il suo incarico (di formatore), dal momento che, come si ricorderà, l'art. 42, comma 6 lett. d) afferma che "quando non è attestato il conseguimento della laurea ai sensi della lettera b), per ciascun formatore l'ente attesta lo svolgimento di attività di docenza nelle materie di cui all'articolo 23, comma 3, per almeno 16 ore negli ultimi tre anni anteriori alla scadenza del termine di cui al comma 1".

Pertanto, a nostro avviso, parrebbe più accettabile una lettura che salvaguardi la categoria in esame, tenuto anche conto dell'esperienza maturata sul campo dalla categoria e dei numerosi esempi "virtuosi" di OdM gestiti da geometri[22]; resta in ogni caso il fatto che la formula utilizzata appare ambigua e, probabilmente, bisognosa di un chiarimento dal Ministero.

[22] Uno fra tutti, l'OdM costituito da GeoCam, Associazione Nazionale Geometri Consulenti Tecnici, Arbitri e Mediatori, per il quale si rimanda al sito *https://www.geo-cam.it/*.

Altra questione che però sembra di più facile soluzione attiene, sempre tenuto conto del transitorio, ai formatori operanti alla data di entrata in vigore del d.m. n. 150/2023. Invero, come sappiamo ai nuovi formatori (teorici) è oggi richiesta – in realtà anche dalla previgente disciplina – la pubblicazione, nei 5 anni antecedenti la richiesta di iscrizione, di almeno 3 contributi scientifici nelle materie della mediazione, conciliazione e risoluzione alternativa delle controversie: *quid iuris* per tutti coloro che avevano già all'epoca della vigenza del d.m. n. 180/2010 il possesso di tali requisiti e per i quali nulla si dice in proposito? Ci si chiede, in alte parole, se i medesimi formatori debbano attestare di aver pubblicato ancora – e segnatamente nei cinque anni precedenti l'entrata in vigore del d.m. n. 150/2023 – oppure se sia sufficiente, come a noi pare, la previa sottomissione di contributi scientifici all'atto della prima iscrizione. Del resto, le disposizioni transitorie non si esprimono su questo punto ed è ragionevole orientarsi nel senso che non sia necessario provvedere ad attestare ulteriori pubblicazioni in materia (il discorso pare più semplice per i formatori pratici, posto che le dieci mediazioni svolte – prima erano tre – sarebbero verosimilmente di fatto acquisite negli anni in cui il mediatore ha operato all'interno dell'OdM).
Ancora in tema di attestazioni si richiama infine l'art. 15, comma 1, d.m. n. 150/2023, il quale richiede che gli OdM e gli EdF, ogni due anni, entro il 31 dicembre, attestino l'adempimento agli obblighi formativi previsti dagli artt. 24, 25, comma 3 e 27 (rispettivamente, formazione continua mediatori generici, esperti e formatori). Tale norma appare più dettagliata della precedente, la quale precisava soltanto che "l'organismo iscritto [era] obbligato a comunicare immediatamente al responsabile tutte le vicende modificative dei requisiti, dei dati e degli elenchi comunicati ai fini dell'iscrizione, compreso l'adempimento dell'obbligo di aggiornamento formativo dei mediatori" (art. 8, comma 1, d.m. n. 180/2010). Alla luce della maggior specificità dell'onere di comunicazione, in molti si sono domandati se OdM e EdF debbano certificare l'assolvimento dei predetti obblighi per tutti i bienni in cui il mediatore/formatore è stato iscritto o solo relativamente al biennio in cui è entrato in vigore il nuovo d.m. n. 150/2023.
A nostro avviso, tenuto conto della novità della disciplina della comunicazione e dell'assenza di disposizioni nel transitorio, sembra potersi concludere che l'obbligo di cui si discute sia relativo soltanto all'ultimo biennio (*id est*, quello iniziato dal mediatore/formatore e in cui è entrata in vigore la nuova regola)[23], sebbene sia prudente per l'OdM o l'EdF verificare e tenere documentazione anche dei bienni precedenti, posto che un obbligo (pur più generico) in tal senso vigeva comunque anche prima del d.m. n. 150/2023 e potrebbe anche accadere che il

[23] Ciò che, tra l'altro, verrebbe confermato dalla precisazione, sempre all'interno dell'art. 15, comma 1, secondo cui per gli organismi ed enti iscritti dopo l'entrata in vigore del presente decreto, l'obbligo di trasmissione è assolto a decorrere dal 31 dicembre 2027.

responsabile del registro richiesta idonea documentazione che attesti la continuità nel tempo della formazione degli iscritti ad OdM ed EdF.

8. Considerazioni conclusive

È ovviamente ancora troppo presto per avventurarsi in bilanci e previsioni sull'impatto della rinnovata formazione sulla mediazione e sulle sue prospettive future. Quel che è certo, come già più volte evidenziato, è che si tratta di un elemento cruciale per garantire il consolidamento di una vera e propria cultura per la mediazione[24] di cui il nostro Paese, forse più di altri in Europa, ha particolare bisogno: la stessa idea di giustizia complementare, ben raffigurata dalle parole dell'ex Ministro della Giustizia Cartabia[25], verrebbe irrimediabilmente compromessa se il procedimento fosse amministrato in modo approssimativo e lontano dagli *standards* minimi di qualità.

E tuttavia si può già confrontare la nuova disciplina in esame con l'altrettanto rimodellata formazione del mediatore familiare, figura che per la prima volta trova una specifica ed autonoma regolamentazione legislativa, essendo tale percorso sino alla riforma del 2022 soltanto menzionato da alcune disposizioni codicistiche ma lasciato, nel suo concreto dipanarsi, alle prassi elaborate dai diversi organismi (spesso) privati che si occupavano di gestire la mediazione familiare così come dalle associazioni maggiormente rappresentative su base nazionale (quali, ad es., AIMeF e SIMeF). Ebbene, il nuovo d.m. 27 ottobre 2023, n. 151, rubricato "Regolamento sulla disciplina professionale del mediatore familiare", all'art. 5 prescrive un percorso di formazione piuttosto "robusto": invero, quanto al momento iniziale, il comma 3 prevede, *inter alia*, "a) non meno di 240 ore di lezioni teorico-pratiche, di cui almeno il 70 per cento dedicato alle materie della mediazione familiare. Il 75 per cento del monte ore indicato nel primo periodo è svolto in presenza o mediante collegamento audiovisivo in modalità sincrona; b) non meno di 80 ore di pratica guidata con un formatore con pluriennale esperienza di mediatore familiare, di cui almeno quaranta in affiancamento in procedimenti di mediazione familiare; c) un esame finale comprendente: 1) una prova scritta con domande a risposte aperte; 2) una prova pratica effettuata con la tecnica del tipo giuoco di ruolo («*role playing*»); 3) una prova orale consistente in un colloquio valutativo, preceduto dalla presentazione di un elaborato scritto relativo al percorso formativo svolto e alla pratica guidata ai sensi della lett. b)".

[24] Sia consentito il rinvio a F. Danovi, F. Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013.

[25] Secondo la quale "è tempo di ripensare il rapporto tra processo davanti al giudice e strumenti di mediazione" in prospettiva sinergica, tenendo presente che "questi strumenti, se ben calibrati, tracciano percorsi della giustizia che tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali"; si veda al riguardo la relazione della Ministra Marta Cartabia sulle linee programmatiche della riforma alle commissioni giustizia di Camera e Senato del 15 e 18 Marzo 2021.

In relazione, poi, alla formazione, continua, la cui cadenza è annuale, essa consiste in corsi di almeno 10 ore nelle materie di cui al comma 5[26], in relazione all'evoluzione normativa, giurisprudenziale e comprende attività laboratoriali da svolgersi in presenza, su casi teorico-pratici.

Quanto appena esposto, a nostro avviso, è sufficiente a svelare tutta la debolezza del percorso formativo previsto per i mediatori civili e commerciali; spiace constatare che la nuova riforma, pur presentando profili innovatori da tempo auspicati nell'ambito della disciplina del procedimento di mediazione, risulti particolarmente "timida" su un aspetto altrettanto fondamentale, quasi nel timore che eventuali previsioni più stringenti e/o più gravose in termini di ore/tirocini/laboratori possano urtare la suscettibilità di determinate categorie che – penso specialmente a quella forense – spesso e volentieri si assumono depositarie di una "naturale" capacità percettiva, comunicativa e negoziale la quale, invece, non può darsi per scontata ma necessita di una formazione – iniziale ma soprattutto continua (*id est*, nella poliedricità della mediazione) – altamente specializzata.

Del resto, se al mediatore familiare è richiesto di superare un percorso articolato, approfondito e duraturo nel tempo, perché non ci si può attendere lo stesso da un professionista chiamato a gestire controversie il cui gradiente tecnico e la cui conflittualità non sono certo minori di quelle familiari? Questa domanda è destinata a rimanere, purtroppo, al momento senza risposta.

Federico Ferraris
Associato dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

[26] Ovvero: a) la teoria del conflitto e il conflitto familiare; b) i rapporti patrimoniali e personali della coppia e la filiazione; c) i diversi modelli di coppia e di famiglia; d) i cicli di vita della coppia e della famiglia; e) la crisi della coppia e le conseguenze sul rapporto con i figli e l'intervento del mediatore; f) l'approccio socio-psicologico alle relazioni familiari; g) la tutela dei minori; h) le esigenze, i bisogni e le fasi di sviluppo dei figli; i) l'intervento dello psicologo nella mediazione e la tecnica dell'ascolto del minore; l) i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e i tipi di mediazione; m) la figura del mediatore familiare; n) le fasi del percorso di mediazione familiare; o) i metodi e le tecniche di mediazione dei conflitti, con particolare riguardo alla crisi coniugale e ai rapporti tra genitori e i figli; p) la rielaborazione del conflitto e l'accordo finale di mediazione; q) gli studi e le esperienze di mediazione familiare in Italia e all'estero; r) la violenza domestica e di genere.



ANTONIO ANGIOI

Il diritto di accesso ai documenti nei rapporti di diritto privato e i relativi mezzi di tutela giurisdizionale

Nei rapporti di diritto privato, il diritto di accesso ai documenti non gode di un'autonoma sistemazione da parte del legislatore e mal si presta ad un tentativo di riduzione ad unità da parte dell'interprete. Nemmeno può giovarsi di un procedimento apposito in sede di giurisdizione ordinaria, a differenza di quanto previsto per il diritto di accesso ai documenti amministrativi. Nondimeno, il valore attualmente riconosciuto alla trasparenza suggerisce di soffermarsi sul rilievo anche in ambito privatistico dell'accesso documentale e, soprattutto, sui possibili mezzi di tutela giurisdizionale.

In private law relationships, the right of access to documents is not systematically regulated and does not allow a reduction to unity. It can not either take advantage of a specific procedure in ordinary jurisdiction, unlike what is provided for the right of access to administrative documents. Nonetheless, the value currently recognized to transparency suggests focusing on the importance of document access also in the private sector and, above all, on the possible means of judicial protection.

Sommario: 1. Il diritto di accesso ai documenti. – 2. Il documento e la pluralità di diritti su di esso. – 3. Il diritto all'esibizione del documento altrui. – 4. L'istanza di ordine di esibizione. – 5. Il ricorso per sequestro giudiziario. – 6. Il ricorso d'urgenza per ordine di consegna. – 7. Il ricorso per ingiunzione di consegna. – 8. Il ricorso introduttivo del procedimento sommario (ora semplificato) di cognizione. – 9. Riflessioni conclusive.

1. Il diritto di accesso ai documenti

È un'acquisizione antica che la funzione rappresentativa del documento sia indipendente dall'esistenza del diritto di proprietà in capo a chi intende avvalersene. Da sempre si è posta la questione relativa ai mezzi per assicurare all'interessato l'uso del contenuto indipendentemente dall'acquisto della proprietà della materia adoperata per il supporto. Questo è il problema dell'accesso alla rappresentazione da parte di chi non abbia diritto a conseguire il documento nella sua materialità, ma abbia interesse, comunque, a conoscerne il contenuto [1].

[1] Il diritto romano classico, anche se privo di una generale azione esibitoria, già apprestava mezzi particolari, tra cui notevole era l'azione connessa all'obbligo di esibizione del banchiere (*argentarius*), nei confronti del cliente. Era ammessa anche quella che si chiamava *actio ad exhibendum*, ma aveva ad oggetto una cosa mobile, e non sembra essersi evoluta come mezzo per l'esibizione di documenti. Solo nel diritto giustinianeo comparve l'obbligo di esibizione dei documenti in occasione di un processo. Si rinvia a M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964.

Nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, il diritto di accesso ai documenti costituisce attuazione del principio generale di trasparenza dell'azione amministrativa, a garanzia dei valori costituzionali di buon andamento e imparzialità, ed è da tempo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, in tema di procedimento amministrativo [2]. Comunque si qualifichi la situazione giuridica sottesa all'accesso, se di diritto soggettivo o interesse legittimo [3], il tratto distintivo dell'accesso ai documenti amministrativi sembra essere il suo carattere strumentale rispetto a una situazione giuridica finale: infatti, il diritto di accedere ai documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni presuppone la necessità di conoscerne il contenuto, traducendosi nel «nesso di strumentalità» tra la pretesa di accesso ed altra posizione soggettiva, in capo al richiedente, quale la difesa dei suoi interessi giuridici in giudizio, non necessariamente pendente [4]. In caso di accesso difensivo, peraltro, neanche occorre alcuna valutazione sull'ammissibilità o rilevanza del documento richiesto nell'eventuale giudizio [5]. Con il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, all'accesso ordinario si è affiancato l'accesso civico generalizzato, diretto a favorire forme diffuse di controllo, contrassegnando il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere e determinando l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva [6].

Sul piano processuale, al diritto di accesso verso le pubbliche amministrazioni è riconosciuta piena tutelabilità davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, con ricorso avverso il rifiuto o il silenzio, ammesso dagli artt. 25, commi 4 e 5, L. cit., e la controversia intorno al diniego, implicito o esplicito, sull'istanza di accesso ai documenti, è soggetta a un rito speciale, caratterizzato dal termine di decadenza dimidiato e dalla decisione con sentenza in «forma semplificata»: se accoglie la domanda, in conformità del *petitum*, il

[2] M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, IV, Milano, 2000.
[3] Non prende posizione sulla natura giuridica Cons. St., Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6, in *Foro it.*, 2006, III, 378.
[4] Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, in *Foro it.*, III, 636.
[5] Cons. St., Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4, in *Foro amm.*, 2021, 455.
[6] Cons. St., Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro it.*, 2020, III, 379.

giudice «ordina l'esibizione» dei documenti richiesti, disponendone le modalità, ai sensi degli artt. 116 e 133, comma 1, lett. a), n. 6), cod. proc. amm.
Il campo di applicazione di questa disciplina è più difficile da definire di quanto appaia, per la presenza di alcune zone grigie. Il discrimine non dipende dal carattere pubblico rivestito dagli enti che conservano i documenti richiesti, ma dal rilievo pubblicistico o privatistico dell'attività svolta e dalla forma di tutela pubblicistica o privatistica domandata. Nella giurisprudenza amministrativa e civile, infatti, l'esercizio del diritto di accesso è variamente ammesso, secondo i casi: davanti al giudice amministrativo anche nei confronti di soggetti di diritto privato preposti ad attività di pubblico interesse, se nell'atto richiesto prevale il profilo pubblicistico rispetto a quello privatistico [7]; davanti al giudice amministrativo indipendentemente dal possibile esercizio dei poteri processuali di esibizione e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile [8]; davanti al giudice ordinario mediante ordine di esibizione rivolto alla pubblica amministrazione, sempre che vengano in rilievo diritti soggettivi in capo ai privati [9]; davanti al giudice ordinario in caso di rifiuto o ritardo nel rilascio di copie di atti conservati da pubblici depositari [10].
Nei rapporti regolati dal diritto privato, il diritto di accesso ai documenti non attira l'attenzione del legislatore con pari sforzo sistematico. Eppure notevoli sono gli obblighi di trasparenza anche nei rapporti privatistici, costituendo espressione dei principi generali di correttezza e buona fede. Crescente, inoltre, è il valore assunto dalla conoscenza nella società dell'informazione: il consorzio civile è andato strutturandosi sulla base delle nuove tecnologie essenzialmente in funzione dell'accesso, attraverso la progressiva dematerializzazione della

[7] Cons. St. 15 febbraio 2021, n. 1336, in *Giustizia-amministrativa.it*, in fattispecie riferita a una società incaricata di servizio di trasporto pubblico locale.
[8] Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, *ibidem*, in fattispecie relativa a dati estratti dall'anagrafe tributaria in pendenza di un giudizio di separazione tra coniugi.
[9] Cass. 12 marzo 2005, n. 5468, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 3, in fattispecie riferita a un istituto autonomo di case popolari.
[10] Cass., Sez. Un., ord. 27 gennaio 2010, n. 1629, in *Foro it.*, 2010, I, 834.

ricchezza e dei mezzi di produzione [11]; di pari passo, l'attenzione del giurista viene ad esser attratta dalla sempre più diffusa asimmetria informativa nei rapporti economici, caratterizzati dalla disponibilità di informazioni non condivise in maniera eguale tra le parti e dalla possibilità che siano sfruttate da una di esse a svantaggio dell'altra [12], in una condizione di squilibrio tra le rispettive posizioni, alla quale possono porre un argine proprio gli obblighi informativi, previsti dalla legge e giustificati dalla tensione verso la trasparenza [13].

Sul piano sostanziale, il problema è che si annovera una pluralità di disposizioni che enunciano, in vari modi e per fini eterogenei, il diritto all'esibizione di documenti.

Senza pretesa di esaustività, si possono ricordare: la consegna della documentazione condominiale (art. 1129, comma 8, cod. civ.); il rendiconto del mandatario (art. 1713 cod. civ.); l'accesso alle informazioni necessarie per la verifica delle provvigioni liquidate all'agente e, in particolare, all'estratto dei libri contabili (art. 1749, comma 3, cod. civ.); la consultazione dei libri sociali e dei documenti relativi all'amministrazione da parte dei soci (artt. 2261, comma 1, 2422, comma 1, e 2476, comma 2, cod. civ.); la comunicazione dei libri, delle scritture contabili e della corrispondenza delle imprese soggette a registrazione nel caso di controversie (art. 2711, commi 1 e 2, cod. civ.); l'obbligo di consegna al lavoratore dei prospetti di paga (art. 3 della legge 5 gennaio 1953, n. 4); l'estrazione di copia, ad istanza dei clienti, della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere dalla banca negli ultimi dieci

---

[11] Sul tema, di ampio respiro, della transizione economica conseguente alle nuove tecnologie, si richiama in modo essenziale J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000, 5 e 41, nonché T. PUCCI, *Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Inform. dir.*, 2002, 121.

[12] Sulla correlazione tra attività economica e forme giuridiche, tra tutti, G. ALPA, *Prefazione*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà e F. Romani, Milano, 1998, 9. Sull'asimmetria informativa: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 244. Sulla rilevanza dell'asimmetria informativa, ai fini dell'accesso alla prova, in materia di abuso di posizione dominante, v. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, 2015, I, 2732.

[13] G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011; G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Roques Elgueta e N. Vardi, Roma, 2014, 67.

anni (art. 119, comma 4, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385); la consegna al contraente, per via telematica, dell'attestazione sullo stato del rischio, in riferimento al contratto di assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore (art. 134, commi 1, 1-*bis* e 1-*ter*, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209); la consegna di copia del documento di valutazione dei rischi al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e l'accesso alle informazioni relative agli infortuni sul lavoro ed alle malattie professionali (artt. 18, comma 1, lett. o, e 50, comma 1, lett. e, e comma 4, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81); la spedizione di copie o estratti degli atti, anche giudiziari, conservati da depositari pubblici (artt. 743 e 744 cod. proc. civ.).

Ad accomunare le singole ipotesi è l'attribuzione a determinati soggetti del diritto di accedere, per intero o per estratto, a un certo documento, sebbene siano rimasti estranei alla formazione dell'originale e non possano vantarne la proprietà, cioè il diritto ad assumere il contenuto integrale o ad acquisire anche solo in parte le informazioni ivi rappresentate, con sacrificio dell'interesse del proprietario del documento ed eventualmente dei terzi a tenere tali informazioni riservate, ove sfavorevoli.

Sul piano processuale, parimenti, esiste una pluralità di mezzi che si prestano a garantire tale diritto, in parte sovrapponibili: nell'ambito della giurisdizione ordinaria, infatti, la difesa del diritto di accesso non può giovarsi di un modello procedimentale uniforme, concepito in base alle peculiarità di un bene della vita essenzialmente immateriale, consistente nella conoscenza del contenuto di un documento, ma deve confrontarsi con schemi procedurali assai diversificati, fra cui perfino uno non contenzioso, nel caso di rifiuto o di ritardo da parte di cancellieri o depositari pubblici (art. 745 cod. proc. civ.).

I paragrafi che seguono, dopo una premessa teorica sul documento come oggetto di diritti, si soffermano sul fondamento del diritto di accesso e, soprattutto, sui mezzi di tutela giurisdizionale, nell'ambito del procedimento ordinario di cognizione e dei procedimenti speciali, senza la pretesa di esaminare l'intera disciplina dei singoli istituti, bensì con l'intento di evidenziarne i caratteri distintivi e le relazioni tra essi intercorrenti, alla ricerca del mezzo più idoneo allo scopo.

2. Il documento e la pluralità di diritti su di esso

Il codice civile inquadra le singole tipologie di documenti nel genere della prova documentale, agli artt. 2699 ss. cod. civ., esplicitandone la valenza dimostrativa di dichiarazioni e fatti, con un grado di certezza determinato dalla legge, ed attribuisce alla forma scritta, di regola, una funzione solo probatoria, e non costitutiva, né indispensabile: la formazione del documento resta eventuale, essendo rimessa alla libertà di chiunque vi abbia interesse, ove voglia precostituire una prova in proprio favore, salva la facoltà di ricorrere ad ogni altro mezzo di prova.

Sopperendo alla mancanza di una definizione legislativa, la dottrina ha elaborato la nozione di documento come «cosa rappresentativa di un fatto giuridicamente rilevante». Nel documento è possibile distinguere un elemento materiale (*res signata*), ravvisabile nella cosa che conserva impressi i segni a futura memoria, ed un elemento immateriale, ravvisabile nel contenuto che la cosa racchiude. Alla duplicità di piani consegue la distinzione tra un «diritto sul documento» ed un «diritto sul contenuto del documento», che possono avere diversi titolari, poiché il diritto a servirsi del documento può essere attribuito anche quando il titolare del diritto in esso rappresentato non sia proprietario del documento. A volte l'acquisto della proprietà sulla *res* segue l'acquisto del diritto da essa documentato, quale cosa accessoria, di cui è obbligatoria la consegna (cfr. artt. 658, comma 2, 736, commi 1 e 2, 1262, commi 1 e 2, 1477, comma 3, e 1888, comma 2, cod. civ.). Altre volte ciò non accade e si determina una scissione nella titolarità dei due diritti. È questo il caso, ad esempio, dei documenti formati nell'esercizio di un potere pubblico: gli originali di atti pubblici, in quanto beni pubblici, non possono costituire oggetto di diritti a favore di privati, di regola, ma gli interessati hanno, comunque, diritto di ottenerne copie, con la stessa efficacia probatoria (art. 2714 cod. civ.) [14].

[14] S. PATTI, *Documento*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VII, Torino, 1991; in senso conforme, sulla «anfibola nozione di documento», v. Cass. 12 agosto 2004, n. 15639, in *Italgiure*.

Tradizionalmente per documenti si intendono quelli scritti, e non altre forme rappresentative. L'ampiezza delle potenzialità di rappresentazione, però, fa sì che nel *genus* delle prove documentali siano collocati dal codice civile, insieme con i mezzi caratterizzati da segni grafici, quali l'atto pubblico, la scrittura privata, i libri e le altre scritture contabili, ulteriori strumenti di documentazione, quali le riproduzioni meccaniche [15]. Se è così, allora le scritture non esauriscono le prove precostituite al processo e, dunque, il novero delle cose destinate a fornire una prova [16]. Con il progresso tecnologico e il processo di dematerializzazione, si è conseguita la possibilità, prima tecnica e poi anche giuridica, di scrivere memorizzando i dati in forma elettronica mediante supporto informatico (artt. 2 ss. del D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, oggi artt. 20 ss. del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82): attraverso tale passaggio ha avuto inizio la tendenziale equiparazione del documento informatico alle altre prove documentali, con superfluità del mezzo cartaceo, dando luogo alla graduale svalutazione del supporto a vantaggio del contenuto, in ragione dell'assoluta identità tra originale di documento informatico e copia riprodotta [17].

3. Il diritto all'esibizione del documento altrui

Alla proprietà del documento si accompagna, di regola, la disponibilità del suo contenuto e la conseguente facoltà del proprietario di «escludere chiunque dalla conoscenza», in quanto questi ha interesse alla segretezza o riservatezza, a meno che non sia tutelato il prevalente interesse di altri ad averne conoscenza, ancor prima ed a prescindere dalla necessità di dare una prova in giudizio [18]. Per tale ragione, quando è fondata su norme di diritto sostanziale, e solo in questi casi, secondo la dottrina l'esibizione può essere chiesta anche *ad explorandum*,

[15] L. Bove, *Documento (storia del diritto)*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VII, Torino, 1991.
[16] V. Denti, *Prova documentale (diritto processuale civile),* in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
[17] A. Gentili, *Documento informatico (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012; A. Graziosi, *Documento informatico (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, Milano, 2008; U. Minneci e A. Sciarrone Alibrandi, *Documento elettronico e contratto telematico*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, *Agg.*, Torino, 2000.
[18] S. La China, *Esibizione delle prove (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966.

al fine di condurre un'esplorazione diretta a scoprire se si possa far valere un proprio diritto contro colui su cui grava l'obbligo, di carattere accessorio, di esibire determinati documenti, in dipendenza di un certo rapporto, alla ricerca di informazioni anche pregiudizievoli per l'obbligato, anziché con la finalità probatoria che è tipica dell'esibizione nel processo [19]. Il diritto sostanziale sul documento sembra atteggiarsi, perciò, come una situazione giuridica di carattere «finale e non strumentale», se si considera che resta indifferente, in linea generale, l'uso del documento, a cui mira il titolare del diritto di accesso [20].

Anche nella giurisprudenza di legittimità si è fatta strada l'idea della natura finale della tutela apprestata per il diritto sostanziale alla consegna di documenti, con la conseguenza che nessuna indagine è ammessa sull'impiego del materiale probatorio richiesto nell'esercizio di tale diritto, in quanto caratterizzato dalla neutralità rispetto all'uso, anche solo eventuale [21]. Il diritto di accedere alle informazioni, dunque, si intende tutelabile in via autonoma. Tuttavia, l'esercizio di tale diritto in uno con la pretesa giudiziale in relazione ad altro diritto diviene strumentale a quest'ultimo e fa sovrapporre attività informativa ed attività istruttoria, potendo tradursi in un ordine di esibizione, attratto dalla disciplina dell'istruzione probatoria [22].

Volendo definire meglio il modo di essere del diritto di accesso, come chiarito dalla dottrina, va detto che il diritto sostanziale all'esibizione compendia in un'unica espressione una grande varietà di situazioni, derivanti da rapporti diversi ed aventi oggetti differenti, prestandosi con difficoltà ad un tentativo di generalizzazione a partire da norme particolari. Le facoltà di volta in volta riconosciute, oltretutto, sono specificamente finalizzate, più che alla consegna del documento originale, alla consegna della copia del documento, alla consultazione dello stesso

[19] A. Proto Pisani, *Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, II, 574, con argomenti tratti anche dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice di Procedura Civile, 29.

[20] G. Liace, *Documentazione bancaria (diritto di accesso alla)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 2014.

[21] Cass. 19 ottobre 1999, n. 11733, in *Foro it.*, 2000, I, 2623.

[22] Cass. 10 agosto 2018, n. 20707, in *Italgiure*.

o anche solo alla comunicazione dei fatti in esso rappresentati [23]. Si è anche messa in dubbio la possibilità di una *reductio ad unum* di quelli che appaiono come diritti diversi, suggerendo di collocare ogni fattispecie nell'ambito della disciplina propria di ciascun rapporto e criticando la teorizzazione di un unico diritto sostanziale [24]. Quanto alla posizione soggettiva del proprietario dell'originale, a fronte del contrapposto diritto di accesso, si è esclusa la configurabilità in senso proprio di un obbligo di *dare*, riconducendo il comportamento richiesto, piuttosto, ad obblighi di *pati* o di *facere*, il cui adempimento è necessario affinché si possa prendere visione ed estrarre copia del documento [25].

4. L'istanza di ordine di esibizione

Nell'ambito dell'istruzione probatoria, è disciplinato l'ordine di esibizione di cui all'art. 210 cod. proc. civ., rimesso all'iniziativa della parte interessata e diretto a ottenere l'acquisizione al processo di un «documento o altra cosa» (*res exhibenda*), in possesso dell'altra parte o di un terzo e necessaria per la decisione, cioè rilevante per la risoluzione della controversia. Attesa la finalità istruttoria, l'ordine di esibizione tipico è ammesso solo in via incidentale, non potendo essere emanato prima del giudizio, con funzione meramente esplorativa o cautelare [26]. Per il suo scopo, l'esibizione viene definita come un «mezzo istruttorio», espressione del diritto di provare, tant'è che presuppone l'istanza di parte, a differenza dell'ispezione, ammissibile anche d'ufficio. Inoltre, l'oggetto dell'esibizione è, di regola, acquisito al processo, per esser inserito nel fascicolo della parte che esibisce il documento o nel fascicolo d'ufficio se proveniente da un terzo, con custodia in cancelleria, mentre l'oggetto dell'ispezione resta

[23] Cfr. A. PROTO PISANI, *Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione*, cit.
[24] G. TARZIA, *Un diritto del curatore alla consegna di documenti bancari?*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, II, 582; G. TARZIA, *Le azioni del curatore fallimentare per acquisire documenti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 567.
[25] I. ZINGALES, *Riflessioni sulla tutela d'urgenza del diritto di accesso alla documentazione sociale ex art. 2476, 2° comma, c.c.*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2018, 620.
[26] Cass. 9 maggio 1994, n. 4519, in *Giur. comm.*, 1995, II, 496.

materialmente al di fuori del processo, lasciando traccia solo nei verbali e nelle riproduzioni [27].

Quanto agli effetti, la legge non attribuisce efficacia esecutiva all'ordinanza che dispone l'esibizione e l'ordine, perciò, è insuscettibile di coattiva attuazione, mediante esecuzione per consegna o esecuzione di obbligo di fare [28]. In caso di inottemperanza di una parte (non di un terzo), salvo giustificazione della mancata produzione, finora il giudice poteva solo desumerne argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. civ., riconoscendo al comportamento processuale rilevanza solo sul piano probatorio. Sulla scelta di non prevedere alcuna sanzione per la mancata attuazione di ordini esibitori si erano formulate riserve, in relazione alla necessità di tutela effettiva del diritto alla prova [29]. Il legislatore vi ha posto rimedio ai commi 4 e 5 dell'art. 210 cod. proc. civ., aggiunti dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, art. 3, comma 15, con la previsione di una pena pecuniaria a carico della parte o del terzo che resti inadempiente all'ordine di esibizione, senza giustificato motivo.

I rapporti tra le norme espressive dell'esibizione come istituto di diritto sostanziale e la norma legittimante l'esibizione come pretesa meramente processuale e puramente istruttoria si prestano a definizioni non univoche.

Non è in dubbio quale sia l'esigenza difensiva: ogni volta che la prova documentale di un fatto non possa essere data a causa della mancanza di spontanea «produzione», ad opera di una delle parti o di un terzo, soccorre la possibilità di «esibizione», su ordine del giudice. Bisogna tener presente, però, che il previgente codice di procedura non prevedeva l'esibizione come un istituto di natura processuale e di portata generale, poiché la parte interessata poteva ottenere che si esibisse il documento in giudizio soltanto nei casi in cui fosse titolare di un diritto sostanziale sullo stesso. È un'innovazione ed astrazione ascrivibile al vigente codice di

[27] B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991; S. LA CHINA, *Esibizione delle prove (diritto processuale civile)*, cit.

[28] Cass. 10 dicembre 2003, n. 18833, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12.

[29] B. FICCARELLI, *Il problema dell'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile*, in *Diritto.it*, 23 gennaio 2019.

rito quella per cui il provvedimento esibitorio prescinde dal titolo della richiesta. Possono leggersi in chiave di autonomia, dunque, i rapporti tra i singoli diritti a far esibire certi documenti e l'istanza di esibizione degli stessi nel corso del processo [30].

Se è così, pare inesatto vedere in tale istanza sempre e comunque l'esercizio nel processo di un diritto sostanziale all'esibizione. Sarebbe un'affermazione contrastante con il dato positivo, in quanto l'istanza è rivolta al giudice ed è soggetta ad una valutazione di mera opportunità, ai fini dell'istruttoria, laddove non è assimilabile a una richiesta di adempimento verso l'obbligato. L'istituto processuale è svincolato dalle norme sostanziali e delineato come mezzo generale per far acquisire al processo prove precostituite, altrimenti non disponibili a una delle parti. Nella disciplina sostanziale trova fondamento, in ogni caso, la facoltà di opporsi all'esibizione: l'ordine non può darsi, infatti, che entro i limiti fissati a tutela dell'altra parte e nel rispetto dei diritti del terzo, attesa la necessità di conciliare i contrapposti interessi [31].

È ben possibile la coesistenza tra il diritto sostanziale e il diritto processuale all'esibizione, anche se resta la distinzione concettuale: un conto è il diritto alla consegna di documenti o, più precisamente, alla conoscenza delle informazioni in essi contenute, autonomamente disciplinato e deducibile in un autonomo giudizio, con possibilità di esecuzione forzata della sentenza di condanna; un altro conto è il diritto al deposito di documenti in un giudizio pendente, suscettibile di esser fatto valere esclusivamente in via incidentale, se si tratta di documenti rilevanti per la risoluzione di una controversia inerente a un diritto sostanziale. In altri termini, il diritto processuale all'esibizione ha natura pubblicistica, portata generale e finalità probatoria: essendo espressione del diritto processuale alla prova, è riconosciuto nel superiore «interesse della giustizia», a prescindere dall'esistenza di un diritto sostanziale sui documenti [32].

---

[30] B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit.

[31] S. LA CHINA, *Esibizione delle prove (diritto processuale civile)*, cit.

[32] A. PROTO PISANI, *Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione*, cit.; G. LIACE, *Documentazione bancaria (diritto di accesso alla)*, cit.

Abbandonata la teoria sostanzialistica dell'istanza di esibizione come *actio ad exhibendum*, insomma, il rimedio viene affrancato dal presupposto di un diritto di proprietà sul documento o di un diritto alla presentazione dello stesso e ricondotto a un piano processuale, in riferimento a un dovere pubblico di cooperazione all'accertamento della verità [33].
Anche nella giurisprudenza di legittimità il diritto all'esibizione nell'ambito di un processo è concepito come un diritto meramente processuale, espressione del più generale diritto alla prova, finalizzato all'accertamento di un diverso diritto, di natura sostanziale; si considera il diritto alla consegna di documentazione come un diritto sostanziale, invece, se forma, esso stesso, oggetto della pretesa e prescinde dall'eventuale uso che di questa documentazione l'interessato possa poi fare in altre sedi, processuali o extraprocessuali [34].
Nonostante la rilevanza endoprocessuale dell'istituto, la giurisprudenza di merito è da tempo largamente contraria all'ammissibilità dell'istanza di esibizione in ipotesi di mancato esperimento del tentativo stragiudiziale di accesso, ai fini della successiva produzione in giudizio [35], mentre la giurisprudenza di legittimità sul punto mostra un contrasto: l'orientamento più restrittivo e prevalente ritiene la necessità che sia preventivamente richiesta la consegna di documentazione con esito negativo, prima dell'introduzione del giudizio e, comunque, della proposizione dell'istanza di esibizione al giudice, e l'altra parte non abbia adempiuto l'obbligo di consegna; l'orientamento più estensivo, di contro, ritiene che il diritto di ottenere documentazione possa essere esercitato anche in corso di causa con l'istanza di esibizione, senza trovare limite nella mancata richiesta in sede stragiudiziale, in quanto facoltà e non onere [36].

---

[33] B. FICCARELLI, *Il problema dell'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile*, cit.
[34] Cass. 22 maggio 1997, n. 4598, in *Foro it.*, 1997, I, 1732.
[35] Tra tutti, in senso contrario all'ordine di esibizione, con riferimento a documentazione bancaria accessibile con diligenza e non acquisita in via stragiudiziale, Trib. Pescara 4 ottobre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 1042.
[36] In materia di accesso a documentazione bancaria: nel primo senso, Cass. 4 aprile 2016, n. 6511 e Cass. 13 settembre 2021, n. 24641, in *Italgiure*; nel secondo senso, Cass. 11 maggio 2017, n. 11554 e Cass. 4 dicembre 2019, n. 31650, *ibidem*.

5. Il ricorso per sequestro giudiziario

Tra i procedimenti cautelari, è disciplinato quello per sequestro giudiziario di cui all'art. 670, n. 2), cod. proc. civ., che il giudice può autorizzare per la «custodia temporanea», ove ritenga l'opportunità della conservazione, di «libri, registri, documenti, modelli, campioni e di ogni altra cosa da cui si pretende desumere elementi di prova», se sorge controversia sul «diritto alla esibizione o alla comunicazione». A distinguere il sequestro giudiziario dall'esibizione istruttoria sono il diverso fine a cui aspirano, la diversa fase in cui intervengono e la diversa forza che acquistano: l'uno è volto essenzialmente alla custodia di documenti, costituendo un vincolo di temporanea indisponibilità, ottenibile prima del giudizio di merito ed attuabile in forma coattiva; l'altro è volto essenzialmente alla conoscenza del contenuto di documenti, consentendo l'accesso alle informazioni in essi racchiuse, conseguibile nel corso del giudizio e non coercibile [37].

La definizione dei rapporti tra i due istituti pone una questione analoga a quella già vista, se la controversia che legittima il ricorso per sequestro giudiziario sia solo quella riguardante un diritto sostanziale all'esibizione ovvero anche quella in cui l'esibizione del documento serva per la prova in un giudizio relativo a un diverso diritto, a fini meramente istruttori [38].

Quando si ricade nella prima ipotesi, è ragionevole che possa essere disposta la custodia come mezzo cautelare, dovendosi garantire il soddisfacimento anche coattivo del diritto all'esibizione.

Quando si ricade nella seconda ipotesi, è discusso se possa disporsi la custodia fino alla pronuncia sull'istanza istruttoria, non potendo attuarsi l'ordine di esibizione contro la volontà del possessore del documento da esibire. In senso restrittivo, si è ritenuta difficilmente giustificabile la concessione di un sequestro per acquisizione documentale che non sia preordinato a un'esecuzione forzata, per il caso di inottemperanza al provvedimento

[37] S. La China, *Esibizione delle prove (diritto processuale civile)*, cit.; G. Tarzia, *Le azioni del curatore fallimentare per acquisire documenti bancari*, cit.

[38] M. Zumpano, *Sequestro conservativo e giudiziario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990.

esibitorio, stante il limite suo proprio [39]. In senso estensivo, si è ritenuto che il sequestro probatorio, essendo diretto alla conservazione del documento, a fronte del pericolo di sottrazione, danneggiamento o dispersione, possa sempre essere autorizzato, prima di una richiesta di esibizione o dopo un ordine di esibizione infruttuoso, a cautela del diritto alla prova: l'interesse al sequestro corrisponderebbe a quello espresso, in pendenza del giudizio di merito, con l'istanza di esibizione e il presupposto consisterebbe nell'idoneità del documento a fornire la prova, sulla base di una pretesa meramente processuale [40].
Nella giurisprudenza di merito consta la concessione del sequestro giudiziario sia per la tutela di un vero e proprio diritto di accesso al documento sia per la tutela anche solo del diritto alla prova documentale, peraltro con prevalenza sulla protezione dei dati personali di terzi e addirittura di quelli sensibili [41].

6. Il ricorso d'urgenza per ordine di consegna

Fuori dei casi in cui può essere chiesto il sequestro giudiziario, resta la via del provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 cod. proc. civ., idoneo ad «assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito», nel tempo necessario per far valere in via ordinaria il proprio «diritto», ove sia esposto alla minaccia di un «pregiudizio imminente e irreparabile». Il provvedimento cautelare atipico è espressione del potere generale di cautela attribuito al giudice ed elemento essenziale della tutela giurisdizionale, indispensabile per la garanzia di effettività della stessa. Si differenzia dai provvedimenti cautelari nominati per la sua residualità, riguardando ipotesi diverse da quelle per ciascuno di essi considerate. Nella sua estensione, il provvedimento urgente si presta ad evitare non solo il pericolo d'infruttuosità, ma anche il pericolo di tardività, potendo avere contenuto sia conservativo sia anticipatorio

[39] B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit.
[40] C. FERRI, *Sequestro*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998.
[41] Sulla prima ipotesi, Trib. Roma, ord. 27 dicembre 2000, in *Dir. fall.*, 2001, 1039; sulla seconda ipotesi, Trib. Bari, ord. 12 luglio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2989.

[42]. Irraggiungibile in via d'urgenza, fra l'altro, è l'effetto tipico del procedimento speciale di rendiconto di cui agli artt. 263 ss. cod. proc. civ. [43].
Nel rispetto del carattere di sussidiarietà, in relazione all'accesso documentale, la misura atipica può essere concessa in casi distinti da quelli che legittimano il sequestro giudiziario, quando sussiste la condizione necessaria, costituita da un diverso *periculum in mora*: non più la mera opportunità della custodia, ma il più pregnante pregiudizio, con imminenza ed irreparabilità, determinato dalla mancata disponibilità del documento. Il ricorrente può conseguire in via d'urgenza la consegna della copia di un documento, con anticipazione del risultato pratico della futura ed eventuale sentenza di condanna, immediatamente ed indipendentemente dall'uso del medesimo documento in un processo, cioè altro ed autonomo effetto rispetto a quello cui è preordinato il sequestro giudiziario. Non v'è interesse alla semplice custodia del documento, affinché sia conservato e poi prodotto come prova. A venir tutelato è esclusivamente un diritto sostanziale, che ha ad oggetto l'accesso alle informazioni contenute nel documento. Il mezzo cautelare, che qui ha natura anticipatoria, è svincolato dal requisito della rilevanza per la prova dei fatti costitutivi di un altro diritto, venendo in considerazione l'accesso documentale in sé e per sé, come oggetto di una tutela di tipo finale e non strumentale [44].
Bisogna tener conto anche dell'irreversibilità degli effetti di un ordine di estrazione di copia del documento richiesto, in favore della parte interessata, con riguardo alle informazioni ivi racchiuse e riservate, sfavorevoli alla parte costretta a rivelarle: una volta che se ne sia conosciuto il contenuto, non fornirebbe rimedio la sentenza che accertasse poi l'inesistenza del preteso diritto di accesso. Questa non è una ragione sufficiente, tuttavia, per negare tutela

[42] E. FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988; C. E. Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997.
[43] G. TARZIA, *Le azioni del curatore fallimentare per acquisire documenti bancari*, cit.
[44] M. PERRINO, *Conferimento d'azienda bancaria e successione nell'obbligazione di consegna della documentazione relativa al conto corrente del fallito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 618; I. ZINGALES, *Riflessioni sulla tutela d'urgenza del diritto di accesso alla documentazione sociale ex art. 2476, 2° comma, c.c.*, cit.

urgente a un diritto la cui esistenza appaia probabile, nel caso in cui l'indisponibilità del documento sia causa di un danno irreparabile [45], anche per la non riparabilità per equivalente monetario di ogni pregiudizio, nel tempo necessario ad accedere al documento in via ordinaria [46]. Non essendo sempre pienamente satisfattiva l'azione risarcitoria, è indispensabile la tutela dell'interesse a esaminare preventivamente certi documenti ed estrarne copia, con prevalenza sull'interesse contrapposto, a meno che l'esercizio del diritto si dimostri contrario a buona fede e, dunque, abusivo, incontrando in ciò un limite legale di carattere generale [47].
Rispetto al sequestro giudiziario, al di là della provvisorietà, che è comune a tutte le misure cautelari, differente è il nesso di strumentalità con il processo di cognizione, essendo pieno per la tutela offerta dal sequestro giudiziario del documento ed attenuato per la tutela offerta dal provvedimento d'urgenza a cautela del diritto sul documento stesso, considerata la mera eventualità dell'introduzione del giudizio di merito per i provvedimenti anticipatori (art. 669-*octies*, commi 6, 7 e 8 cod. proc. civ.).
Con il provvedimento tipico, peraltro, il provvedimento d'urgenza condivide la coercibilità, necessaria in questo caso per raggiungere il risultato pratico dell'apprensione dei documenti e conseguente riproduzione di essi in forma coattiva, nonché la competenza per l'attuazione, posta in capo al giudice che ha emanato la misura cautelare (art. 669-*duodecies* cod. proc. civ.).

[45] G. LIACE, *Documentazione bancaria (diritto di accesso alla)*, cit.
[46] I. ZINGALES, *Riflessioni sulla tutela d'urgenza del diritto di accesso alla documentazione sociale ex art. 2476, 2° comma, c.c.*, cit.
[47] E. E. BONAVERA, *Tutela cautelare del diritto di controllo del socio di s.r.l.*, in *Soc.*, 2016, 699.

Nella giurisprudenza di merito è ampiamente diffusa la tesi che ammette l'esperibilità del ricorso per ordine urgente di consegna di documenti [48], mentre la tesi contraria è del tutto minoritaria [49].

7. Il ricorso per ingiunzione di consegna

Chi ha «diritto alla consegna di una cosa mobile determinata», a norma dell'art. 633 cod. proc. civ., può ottenere la pronuncia di ingiunzione di consegna, oltre che di pagamento, offrendo prova scritta del diritto fatto valere. Non solo la prestazione di dare una somma liquida di danaro o una determinata quantità di cose fungibili, ma anche la prestazione di *dare* una cosa mobile determinata può essere perseguita con l'azione di condanna mediante procedimento d'ingiunzione. A distinguerlo dal procedimento ordinario, come noto, è l'assenza di contraddittorio e di istruzione probatoria, ai fini dell'accertamento sommario del credito e

[48] Con riferimento al conseguimento da parte del correntista, in via d'urgenza, della documentazione relativa alle operazioni eseguite, il precedente più remoto è Pret. Roma, ord. 21 gennaio 1989, in Foro it., 1989, I, 3256. Con riferimento alla consegna al curatore fallimentare, in via d'urgenza, di copia della documentazione bancaria del fallito, tra le più risalenti: Pret. Verona, ord. 16 luglio 1987, *Foro it.*, 1988, I, 1334 e in *Giust. civ.*, 1988, 805; Trib. Verona, ord. 26 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, 557; Trib. Verona, ord. 20 ottobre 1988, in *Il fall.*, 1989, 834; Trib. Brescia, ord. 5 dicembre 1995, in *Il fall.*, 1996, 1022; Trib. Alba, ord. 28 marzo 1996, in *Il fall.*, 1996, 1022; Trib. Milano, ord. 22 gennaio 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, 433; Trib. Taranto, ord. 19 febbraio 1997, in *Il dir. fall.*, 1998, 197; Trib. Bologna, ord. 16 maggio 1997, in *Il fall.*, 1997, 1135; Trib. Milano, ord. 16 luglio 1997, in *Il fall.*, 1998, 303; Trib. Monza, ord. 27 ottobre 1999, in *Il fall.*, 2000, 1392; Trib. Catania, ord. 24 novembre 1999, in *Arch. civ.*, 2000, 189; Trib. Trani, ord. 11 aprile 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2623; Trib. Roma, ord. 28 giugno 2001, in *Dir. fall.*, 2001, 1039. Con riferimento alla tutela d'urgenza del diritto di controllo del socio non partecipante all'amministrazione di società a responsabilità limitata, ai fini dell'esame della documentazione sociale, tra le più risalenti: Pret. Aversa, ord. 19 dicembre 1988, in *Soc.*, 1989, 499; Pret. Venezia, ord. 27 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 3272; Pret. Verona, dec. 8 ottobre 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 2379; Trib. Milano, ord. 30 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1245; Trib. Ivrea, ord. 2 luglio 2005, in *Soc.*, 2005, 1542; Trib. Napoli, ord. 9 novembre 2005, in *Soc.*, 2006, 1406; Trib. Catania, ord. 3 marzo 2006, in *Giur. comm.*, 2007, 920; Trib. Bologna, ord. 6 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, 2008, 213; Trib. Taranto, ord. 13 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2008, 122.

[49] Con riferimento all'inammissibilità della tutela anticipata mediante ordine di consegna di documentazione bancaria su ricorso del curatore fallimentare, in quanto diretto ad un effetto definitivo e non eliminabile con un'eventuale pronuncia di merito di segno negativo, Trib. Monza, ord. 21 maggio 1997, in *Il fall.*, 1998, 83.

della formazione anticipata del titolo esecutivo [50]. In quanto ammessa esclusivamente per la tutela del credito, la domanda può mirare solo alla consegna di una cosa mobile determinata che sia oggetto di un rapporto obbligatorio, potendo fondarsi su un diritto personale, e non anche sulla proprietà o altro diritto reale, con la conseguente inammissibilità dell'azione di rivendica proposta nelle forme del procedimento d'ingiunzione [51].

È discusso se sia ammissibile l'ingiunzione quando la cosa mobile determinata consista in un documento la cui consegna sia dovuta in adempimento di un obbligo informativo, ad esempio relativo alla comunicazione per estratto di scritture contabili, in particolare qualora il documento non sia ancora materialmente esistente e debba essere elaborato [52].

In senso estensivo, si è messo in risalto il possibile ampliamento della tutela a situazioni strumentali e non finali, attraverso il procedimento d'ingiunzione, in alternativa all'ordine di esibizione e con efficacia anche esecutiva, considerando le copie estratte come cose mobili determinate; facendo coincidere i limiti di ammissibilità con quelli previsti per l'esibizione, inoltre, si è messa in relazione la domanda volta ad ottenere la consegna mediante decreto ingiuntivo con il semplice diritto alla prova, per mera rilevanza di determinati documenti a fini probatori [53].

In senso restrittivo, si è messa in luce la necessità che il documento sia appositamente formato per poter essere consegnato, mediante ricerca ed estrazione degli elementi richiesti, in genere da archivi informatici, con attività successiva e non precedente alla pretesa, presupponendo così la diversa prestazione di *facere*, da parte del debitore, anziché di *dare*; poiché si ottiene per questo tramite la consegna di prove documentali, da utilizzare poi in procedimenti diversi,

---

[50] G. TOMEI, *Procedimento d'ingiunzione*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996; R. SCIACCHITANO, *Ingiunzione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

[51] E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, a cura di A. Romano, Milano, 2012, 43; Cass. 18 novembre 1974, n. 3690, in *Foro it.*, 1975, I, 599.

[52] E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit.

[53] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Profili attuali del procedimento per ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 103; G. LIACE, *Documentazione bancaria (diritto di accesso alla)*, cit.

si è rimarcato come sia perseguita l'esibizione in modo surrettizio, con decreto ingiuntivo, anziché con ordinanza istruttoria, senza che sia sentita l'altra parte e con possibilità di provvisoria esecuzione [54].
Nella giurisprudenza di merito è diffuso, nondimeno, il primo e più permissivo orientamento [55]; di recente, all'ammissibilità è stato fatto cenno nella giurisprudenza di legittimità, anche se con *obiter dictum* [56].

8. Il ricorso introduttivo del procedimento sommario (ora semplificato) di cognizione
Al fine di ottenere la consegna di documenti, la domanda poteva essere proposta nelle forme del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. cod. proc. civ., destinato a concludersi con ordinanza. Dall'entrata in vigore del D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, art. 3, comma 21, la domanda può d'ora innanzi essere proposta nelle forme del procedimento semplificato di cognizione di cui agli artt. 281-*decies* ss. cod. proc. civ., da definirsi con sentenza. Alla totale deformalizzazione che caratterizzava il rito descritto dall'art. 702-*ter*,

[54] A. VALITUTTI, *Il procedimento di ingiunzione: le problematiche pratiche più controverse*, in *Giur. mer.*, 2010, 2032; M. PERRINO, *Conferimento d'azienda bancaria e successione nell'obbligazione di consegna della documentazione relativa al conto corrente del fallito*, cit.; G. TARZIA, *Le azioni del curatore fallimentare per acquisire documenti bancari*, cit.
[55] In tal senso: Pret. Bari, dec. 27 novembre 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 958, con riferimento al rilascio di estratto conto previdenziale ai fini del calcolo pensionistico; Trib. Milano, dec. 21 giugno 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 3200, con riferimento alla consegna al curatore fallimentare di copia degli estratti conto relativi ai rapporti bancari intrattenuti dal fallito; Trib. Bari, dec. 11 marzo 2003, in *Giur. mer.*, 2003, 5, con riferimento alla consegna di copia di documenti relativi a operazioni di investimento in strumenti finanziari; Trib. Bari, dec. 5 giugno 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3173, con riferimento alla consegna dall'istituto di previdenza dell'estratto conto relativo alla posizione assicurativa; Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare Di Stabia, 13 aprile 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 881, con riferimento alla consegna di copia della polizza di assicurazione, ma *contra* Trib. S. Angelo Dei Lombardi 5 gennaio 2010, in *Giur. mer.*, 2010, 1001, sempre in tema di polizza assicurativa; Trib. Brescia 4 ottobre 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 383 e App. Brescia 27 ottobre 2007, in *Lav. giur.*, 2008, 492, con riferimento alla consegna di copia del documento di valutazione dei rischi; Trib. Varese, dec. 2 novembre 2009, in *Ilcaso.it*, con riferimento alla consegna di documentazione bancaria relativa a contratti derivati.
[56] Cass. 13 settembre 2021, n. 24641, in *Italgiure*.

comma 5, si è sostituita la tendenziale semplificazione che contraddistingue il rito delineato dall'art. 281-*duodecies*.

Il procedimento sommario di cognizione veniva annoverato tra i procedimenti che, avendo struttura non predeterminata, si definiscono «a sommarietà formale». Al fine di abbreviare la durata, prescindendo dal *periculum in mora*, erano state semplificate il più possibile le forme del processo di cognizione e, in particolare, era stata deformalizzata la fase di trattazione ed istruzione della causa. A differenza di altri procedimenti speciali, quello sommario poteva essere promosso anche in casi non predeterminati, considerata l'ampiezza delle condizioni di ammissibilità, essendo sufficienti la competenza del tribunale in composizione monocratica e la compatibilità della causa con una «istruzione sommaria». La sua portata era tale da farne già un mezzo alternativo al processo ordinario [57]. Se poi la sommarietà si limitasse alla semplificazione delle forme del processo o si riflettesse anche sulle modalità di formazione del convincimento del giudice, era questione risolta alternativamente in entrambi i sensi, anche se era prevalsa l'affermazione della cognizione piena [58].

Con l'introduzione del procedimento semplificato di cognizione, si assiste ad un modello processuale innovato ed ormai non solo affiancato, ma del tutto equiparato al procedimento ordinario di cognizione: sul piano sistematico, tenuto conto della collocazione della disciplina nel libro II, come processo di cognizione alternativo a quello ordinario, e non più nel libro IV, tra i procedimenti speciali e sommari, e del mutamento di denominazione del rito da sommario a semplificato; sul piano applicativo, ancor più ampio rispetto al passato, tenuto conto della previsione di ammissibilità per tutte le cause, anche quelle di competenza del collegio, non bisognose di istruzione o richiedenti una «istruzione non complessa», come tale

[57] A. CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano, 2017, 659.

[58] Cfr. C. BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 722, e A. CARRATTA, *Le «condizioni di ammissibilità» del nuovo procedimento sommario di cognizione*, *ibidem*, 726. A favore della qualificazione come procedimento a cognizione piena si è poi espressa la giurisprudenza anche costituzionale: Cass., Sez. Un., ord. 10 luglio 2012, n. 11512, in *Italgiure*; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 10, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 239; Corte cost. 5 maggio 2021, n. 89, in *Giur. cost.*, 2021, 3, 1123; Corte cost. 26 novembre 2020, n. 253, in *Giur. cost.*, 2020, 6, 2980.

semplificata, anche se non del tutto deformalizzata [59]; sul piano procedurale, tenuto conto che al giudice, nella gestione del processo, non sono ora attribuiti poteri discrezionali maggiori di quelli del rito ordinario [60].
In questo quadro, la scelta del procedimento semplificato a prima vista è adeguata a una controversia non complessa, dal punto di vista istruttorio, come è quella sull'accesso ai documenti ed è evidente, peraltro, la curvatura normativa di un rito che presenta, ove rivolto a scopo di acquisizione documentale, una forte similitudine con il rito applicabile in ambito amministrativo.
Nella giurisprudenza di merito non si è mancato di ammettere la domanda di consegna di documentazione proposta secondo il rito speciale [61]; la giurisprudenza di legittimità, a sua volta, ha incidentalmente riconosciuto la compatibilità con il rito speciale della domanda di rilascio di copia di documenti [62].

9. Riflessioni conclusive

Il percorso tracciato consente di formulare alcune, per quanto ridotte, riflessioni conclusive.
Alla luce del principio di effettività, si può dubitare dell'adeguatezza di una tutela giurisdizionale del diritto di accesso, con riguardo a informazioni contenute in documenti altrui, ancora in gran parte affidata nel processo civile all'esibizione istruttoria, con tutti i suoi limiti. Viene il dubbio che l'assetto sia eccessivamente sbilanciato nella direzione di una controversia già sorta, anziché in quella di una controversia che può sorgere tra le parti e che può essere prevenuta dall'esercizio di quel particolare diritto o composta con un accordo motivato dalla conoscenza di circostanze note a una sola delle parti. Quando sussiste, allora, un diritto sostanziale di accesso, forse altro è il mezzo più idoneo a colmare il divario cognitivo

[59] R. MASONI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *Giustiziacivile.com*, 7 dicembre 2022.
[60] A. MOTTO, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *Judicium*, 16 gennaio 2023.
[61] Trib. Napoli, ord. 11 giugno 2018, in *Arch. loc. cond. imm.*, 2018, 671, con riferimento alla consegna dei documenti necessari per la gestione condominiale.
[62] Cass. 30 marzo 2022, n. 10219, in *Italgiure*.

che separa una parte dall'altra, affinché prenda corpo la garanzia di poter consultare i documenti immediatamente ed a prescindere dalla pendenza del giudizio avente ad oggetto il diritto principale.
Al di fuori dell'ambigua qualificazione come situazione giuridica di carattere finale o strumentale, si avrebbe probabilmente la massima espressione del diritto di accesso e la massima espansione della sua utilità rispetto ad un diverso diritto, entrambi fondati su un unico e complesso rapporto, se si mettesse il titolare in condizione di conoscere anticipatamente il contenuto del documento che costituisce la prova dell'esistenza o inesistenza dell'altro diritto, affinché il richiedente possa determinarsi con sicurezza e comportarsi in modo razionale nell'esecuzione dello stesso rapporto e, se controverso, nell'eventuale tutela delle sue ragioni, senza dover agire in giudizio «al buio» [63].
In questa logica, non il procedimento sommario (ora semplificato), bensì il procedimento d'urgenza, tra tutti, sembra costituire il rimedio più celere e satisfattivo al bisogno di conoscere: con la sua attenuata strumentalità, infatti, non richiede l'introduzione del giudizio di merito e rappresenta l'unico rito che alla speditezza di forme associa la priorità di trattazione, collegata alla condizione di urgenza. Il difetto di natura cautelare, nonostante la semplicità della decisione, colloca il rito semplificato, invece, in una posizione senz'altro deteriore, privandolo di una corsia privilegiata nel contenzioso civile e mettendolo in concorrenza con tutte le cause trattate in via ordinaria, cosicché il ricorso per accesso documentale, se non urgente, fatica ad emergere ed incanalarsi nella via della definizione. In una posizione intermedia, infine, si collocano il procedimento per sequestro giudiziario, in quanto vincolato in tutto e per tutto alla sorte del giudizio di merito in ciò che riguarda la sua utilità, ed il procedimento d'ingiunzione, in quanto privo di contraddittorio ed esposto, anche

[63] L'espressione è stata usata di recente da Cass. 13 settembre 2021, n. 24641, in *Italgiure*, ma l'idea di fondo che l'accesso ai documenti possa servire anche a valutare a monte la convenienza del processo, con effetti deflattivi sul contenzioso, è risalente ed è stata già espressa dalla giurisprudenza amministrativa: Cons. St. 6 marzo 1995, n. 158, in *Cons. St.*, 1995, I, 570; Cons. St. 18 dicembre 1997, n. 1591, in *Cons. St.*, 1997, I, 3083; Cons. St. 26 giugno 1998, n. 1020, in *Cons. St.*, 1998, I, 1052.

a voler superare i limiti di ammissibilità, all'eventuale fase di opposizione al decreto di accoglimento, trattata nelle forme ordinarie.

Antonio Angioi
Magistrato



GUIDOMARIA DE CESARE

La non *finality-rule* nell'ordinamento giuridico israeliano: possiamo fare a meno dell'irretrattabilità della cosa giudicata?

L'analisi comparatistica conferma che la regola dell'irretrattabilità del giudicato civile non appartiene a tutti gli ordinamenti giuridici, bensì solo a quelli che, in una prospettiva efficientista, avvertono l'esigenza di porre un termine alla lite. Il diritto ebraico non conosce tale regola dal momento che la *contaminatio* tra precetti religiosi e regole giuridiche impone che la funzione del processo sia la ricerca della verità. È, dunque, ammessa la revisione del giudicato affetto da *error iuris*. Il presente scritto vuole dimostrare che la soluzione del diritto ebraico è del tutto insostenibile, in termini di analisi economica del processo, in quei sistemi giuridici, come il nostro, che riconoscono la garanzia costituzionale dell'azione e l'accesso incondizionato al sistema giustizia.

Comparative analysis confirms that the doctrine of *res judicata* does not belong to all legal systems, but only to those that, in an efficiencyist perspective, feel the need of to put a point to disputes. Jewish law knows no such rule because the *contaminatio* between religious precepts and legal rules dictates that the function of the trial is the search for truth. It is, therefore, permissible to review the judgment affected by *error iuris*. This paper seeks to show that the solution of Jewish law is completely unsustainable, in terms of the economic analysis of the process, in those legal systems, such the Italian one, that recognize the constitutional guarantee of action and unconditional access to Justice.

Sommario: 1. Differenza tra invalidità e ingiustizia della sentenza: tendenziale irretrattabilità della sentenza definitiva viziata da *error iuris*. L'eccezione del diritto israeliano. – 2. Lineamenti generali del diritto ebraico. Incidenza dei precetti religiosi sul diritto processuale civile. – 3. Rifiuto della dottrina del giudicato nel diritto ebraico (con la sola eccezione del divieto di *bis in idem*). – 4. I limiti alla possibilità di ottenere la revisione della sentenza definitiva affetta da *error iuris*. – 5. Conclusioni: insostenibilità della soluzione israeliana negli ordinamenti giuridici che riconosco la garanzia costituzionale dell'azione e la libertà di accesso al servizio giustizia.

1. Differenza tra invalidità e ingiustizia della sentenza: tendenziale irretrattabilità della sentenza definitiva viziata da *error iuris*. L'eccezione del diritto israeliano.

È diffusa l'idea secondo cui l'istituto della cosa giudicata[1] non abbia in sé nulla di assoluto e di necessario[2]. È per mere ragioni di opportunità – *ut finis litium fit* – che nei vari ordinamenti giuridici è stato introdotto un limite alla discutibilità di quanto deciso. Infatti, gli antichi ordinamenti giuridici ammettevano che la sentenza invalida, pronunciata senza il rispetto delle norme che ne disciplinano il processo di formazione, potesse essere dichiarata nulla. In particolare, il processo formulare romano, il quale non conosceva mezzi di impugnazione della sentenza[3], ammetteva l'*actio nullitatis sententiae* nei confronti della decisione resa dello *iudex* invalidamente[4]; invece era del tutto irrilevante l'ingiustizia della stessa ovvero la contrarietà a diritto[5].

L'introduzione dei mezzi di impugnazione non implicò, almeno in origine, il superamento dell'autonoma rilevanza dell'invalidità della sentenza: i giuristi medievali iniziarono a ragionare di un rimedio alternativo all'appello diretto a far valere l'invalidità della sentenza. La c.d. *querela nullitatis*[6] consentiva di far valere la ragione della invalidità autonomamente o congiuntamente all'appello secondo la formula: «*dico sententia nulla et si qua est appello*»[7].

---

[1] La quale può definirsi, in termini generali, come quella situazione in forza della quale nessun giudice può pronunziarsi su quella posizione giuridica di vantaggio sulla quale è già intervenuta una pronuncia che abbia esaurito la serie mezzi di riesame garantiti dall'ordinamento.

[2] Si vedano, per tutti, le classiche pagine di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, Ristampa con prefazione di V. Andrioli, p. 906 ss.; nonché ID, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile 1900-1930*, II, Roma, 1931, p. 399 ss.; in senso contrario, v. R. C. CASAD & K. M. CLERMONT, *Res Judicata: A Handbook on Its Theory, Doctrine, and Practice*, Durham, 2001, p. 5.

[3] È stato magistralmente dimostrato da P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1979, p. 249 ss., che le conseguenze della invalidità e dell'ingiustizia, per un ordinamento che non conosce i mezzi di impugnazione, sono radicalmente antitetiche: rispetto all'invalidità, la rilevanza è piena ed illimitata in qualunque sede, da parte di chiunque vi abbia interesse, quindi eventualmente anche d'ufficio, e senza limiti di tempo, salva in quest'ultimo caso l'operatività dello norme sostanziali volte a stabilizzare la realtà sostanziale (usucapione, prescrizione, decadenza, estinzione per non uso). Al contrario, l'ingiustizia della sentenza resta sempre e comunque irrilevante: l'efficacia della sentenza non può essere rimossa in ragione del fatto che il giudice si è sbagliato nella decisione di merito, in quanto ha parametrato il contenuto di tale decisione ad una realtà sostanziale diversa da quella effettivamente esistente.

[4] P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, in *Opere giuridiche*, VI, Napoli, 1976, p. 24 ss., 37; G. PUGLIESE, *Giudicato civile*, a) *storia*, in *Enc. Dir*., XVIII, Milano, 1969, p. 734 ss., spec. 765.

[5] Cfr. F. K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VI, Torino, 1885, p. 317, ove si legge «*Tuttavia una tal controversia sull'esistenza e anche sulla nullità della sentenza […] è affatto diversa dalle istanza […] nelle quali può essere esaminata la giustezza del contenuto di ogni sentenza pronunziata*»; v. anche P. CALAMANDREI, *ult. op. cit*., p. 37, secondo cui in diritto romano classico l'*error iuris* sarebbe una sorta di «*caso fortuito irrimediabile*».

[6] Su cui v. ancora P. CALAMANDREI, *ult. op. cit*., 134 ss., spec. 137, secondo cui la *querela nullitatis*, nel diritto comunale, avrebbe assunto le fogge di un mezzo di impugnazione contro la sentenza inquinata da vizi di nullità, con l'implicazione che il decorso del termine perentorio per l'esperimento del rimedio comportava la sanatoria del vizio «*cosicché mentre nel diritto romano la espressione* nulla sententia *aveva sempre il significato di «nessuna sentenza» (kein Urteil), nel diritto intermedio si usò la espressione* sententia nulla *per indicare la sentenza esistente, ma viziata*».

[7] Così G. PUGLIESE, *op. cit*., p. 768 ss.

È in tale contesto che l'adagio ulpianeo «*res iudicata pro veritate accipitur*» divenne il seme fecondo della teoria della verità fittizia, da cui Tancredi, canonista e logico sottile, trasse l'idea, invero giunta fino a noi, per cui la cosa giudicata toglie di mezzo "la verità vera" in luogo di una verità giuridica[8].

Conclusasi l'esperienza del diritto comune, venne poi lo Stato moderno. La tentazione è quella di ricondurre l'autorità della cosa giudicata e, dunque, la sua irretrattabilità all'ufficio del giudice. Senonché, è stato dimostrato[9] che solo l'esecutorietà della sentenza può essere ricondotta all'autorità del giudice statale, dal momento che lo Stato ha espropriato ai consociati il monopolio dell'uso della forza[10]. Nulla consente di concludere nel senso che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato sia immutabile poiché espressione della volontà del giudice[11]: può dirsi che la sentenza sia affermazione della volontà dello Stato, non che il giudicato sia il *proprium* della sentenza (e della tutela giurisdizionale

[8] V. ancora G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, cit., p. 403.

[9] Si deve ad A. T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935, il superamento dell'idea che il giudicato l'effetto principale della sentenza. Quest'ultima, secondo la nota teoria dell'A., al pari degli altri atti autoritativi dello Stato, possiede un'efficacia naturale di tipo imperativo, ricollegata al suo venire in essere giuridico al momento della pubblicazione. L'autorità della cosa giudicata nulla aggiunte a tali effetti dal punto di vista del contenuto; aggiunge solo il crisma della (tendenziale) immodificabilità. Anche in giurisprudenza il *discrimen* tra efficacia naturale e autorità della sentenza sembra essere stato recepito. Si allude in particolare all'interpretazione del reticolo normativo formato dagli artt. 295, 297 e 337, comma 2, c.p.c. offerto da Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027 (sul punto, A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia civile e culture della riforma*, Milano, 2017, p. 299 ss.; sull'interpretazione degli artt. 295, 297 e 337 c.p.c., si veda anche: Cass., 14 Novembre 2012, n. 19938, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1526, con nota di A. GIUSSANI; ID, *Gli effetti conformativi delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, nota a Cass., sez. I civ., sentenza del 25 luglio 2016, n. 15339, 260 e ss.; nello stesso senso, ID, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. IV ed.*, *disc. priv., sez. civ*., XVIII, Torino, 1998, p. 603 e ss., in ispecie 612 e ss.), confermato da Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763 (su cui v. sempre A. GIUSSANI, *Efficienza giusta*, Torino, 2022, p. 135 ss.). In particolare, l'art. 295 evoca l'esigenza di sospendere il processo nell'attesa di una decisione pregiudiziale; l'art. 337, comma 2°, invece, non distingue, come si è sostenuto autorevolmente in passato, fra impugnazioni ordinarie e straordinarie, ai fini della sospensione della causa dipendente dopo la pronuncia della sentenza di primo grado sulla pregiudiziale; infine, l'art. 297 fa decorrere i termini per la riassunzione del giudizio dipendente dal passaggio in giudicato della sentenza pregiudiziale ma prevede solo un *dies ad quem*, non anche un *dies a quo* per la riassunzione della causa, qualificandosi come termine acceleratorio, ma non anche necessariamente dilatorio. Pare dunque compatibile con il tenore delle norme in esame un'interpretazione sistematica, e costituzionalmente orientata alla ragionevole durata del processo, secondo cui le parti della causa dipendente non sono tenute a pena di estinzione a riassumere (nel silenzio dell'art. 297 c.p.c.) il giudizio sospeso quando la sentenza pregiudiziale è ancora soggetta all'impugnazione ordinaria, e in particolare il titolare del diritto dipendente può attendere che tale statuizione si stabilizzi senza correre il rischio di perdere gli effetti protettivi derivanti dalla proposizione della domanda giudiziale. Tuttavia, una volta pronunciata la sentenza pregiudiziale la causa della sospensione *ex* art. 295 può considerarsi automaticamente cessata, senza che si attenda all'uopo il passaggio in giudicato della stessa, e la riassunzione sarebbe pertanto già possibile, fatta salva la possibilità che il giudice sospenda nuovamente il giudizio, *ex* art. 337, comma 2°, c.p.c., ma nella sola ipotesi in cui ritenga fondata l'impugnazione ordinaria proposta contro tale sentenza. Sicché si riconosce alla sentenza di primo grado, ancorché non passata in giudicato, un efficacia positivo-conformativa sulla causa dipendente, tale da indurre il giudice, all'esito di un giudizio prognostico sull'(in)fondatezza dell'impugnazione, a non sospendere quest'ultima. È evidente l'influenza dell'efficacia naturale della sentenza teorizzata quasi un secolo fa da Liebman.

[10] E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Milano, 1936, p. 16 ss.

[11] Un'eco delle teorie che ricavano la garanzia del giudicato dall'ufficio del giudice si avverte in a A. TURMO, *Res Judicata in European Union Law. A Multi-Faceted Principle in a Multilevel Judicial System*, Granada, 2022, 1 ss., spec. 44.

stessa)[12]. È invece più corretto affermare che alla certezza dell'esistenza della volontà di legge accertata nella sentenza possa estendersi l'autorità di cosa giudicata ma − si badi bene − come fatto ulteriore e non già connaturato[13]. Sulla naturale esigenza di giustizia, la quale vorrebbe che si possa sempre rimettere in discussione una decisione, prevale l'esigenza pratica di mettere un punto fermo alle liti e di assicurare la certezza del diritto[14]. Per dirla con le parole del Chiovenda «*solo di mano in mano, col moltiplicarsi dei rapporti, coll'estensione dei commerci, si frena quella libertà di critica, fino a restringerla in termini perentori. Cominciamo dunque con liberarci dall'idea […] che la cosa giudicata si un istituto di ragion naturale comune a tutti i popoli*[15]».

Pertanto, sono scelte di opportunità, veicolate dal diritto positivo, che conducono ad una più o meno ampia irrilevanza dell'ingiustizia della decisione definitiva e, *per converso*, ad una circoscritta importanza dell'invalidità[16]. Ciò non toglie che un ordinamento processuale, il cui fine sia il raggiungimento della verità potrebbe assegnare assoluta rilevanza all'ingiustizia della sentenza, tale da consentire la revisione *sine die* della sentenza affetta da *error iuris*, escludendo che la sentenza inquinata da *error in procedendo* possa essere contestata qualora l'accertamento compiuto sia conforme a diritto.

---

[12] Pare ormai superata l'idea che fa capo all'Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, p. 8 ss., secondo cui il *proprium* della tutela giurisdizionale di cognizione starebbe nella sua idoneità a produrre l'incontrovertibilità propria della cosa giudicata. Sul tema della perdita di centralità del giudicato sia sufficiente un rinvio a S. Menchini*, nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869 ss.; v. anche G. Trisorio Liuzzi, in *La crisi del giudicato*, *atti del XXX convegno nazionale dell'associazione italiana tra gli studiosi del processo civile*, Cagliari 2-3 ottobre 2015, Bologna, 2017, p. 97 e ss., spec. 201, secondo cui dalle recenti riforme emergerebbe l'idea per cui «*a perdere terreno non è il giudicato, ma il processo ordinario di cognizione regolato negli artt.163 e seguenti, predeterminato nelle forme e nei termini in ogni sua fase, in ogni suo modo. Il giudicato viene "separato" dal modello di processo nel quale la predeterminazione legale delle forme e dei termini caratterizza l'intero processo fino all'emanazione della sentenza*».

[13] E. T. Liebman, *op. cit*., p. 28 ss., ove si legge che «*l'autorità della cosa giudicata non è un effetto della sentenza […], ma solo un modo di manifestarsi e di prodursi degli effetti della sentenza medesima, qualche cosa che a questi effetti si aggiunge per qualificarli e rafforzarli in un senso ben determinato*».

[14] Sul punto si rinvia a M. R. Damaska, *The Faces of Justice and State Autority*, Yale University Press, 1986, p. 146, ove si legge «*[T]o an outside observer, a system of justice may seem seriously flawed—perhaps even perverse—where fairness of procedure can justify a substantively erroneous decision and where faulty procedures can undermine substantively correct decisions: the cart appears to be put before the horse. But in a justice administration that values the integrity of the contest above the attainment of accurate outcomes on the merits, this result seems perfectly normal and acceptable*».

[15] G. Chiovenda, *Sulla cosa giudicata*, cit., p. 400.

[16] F.P. Luiso, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2016, p. 17 ss., spec. 19.

Il diritto israeliano, praticato dalla corti rabbiniche, ragiona in questi termini, finanche a negare l'irretrattabilità della sentenza passata in giudicato[17]. Tale scelta è il frutto di un bilanciamento di opposte tensioni risolto a favore dell'esigenza che il processo sia strumentale all'accertamento della verità, con l'implicazione che il giudicato ingiusto, nella misura in cui frustri il suddetto obiettivo, debba essere rimosso.

2. Lineamenti generali del diritto ebraico. Incidenza dei precetti religiosi sul diritto processuale civile.

La complessa relazione tra diritto, religione e Stato presenta caratteri del tutto peculiari nell'esperienza israeliana[18]. Invero, la tradizione rabbinica[19], osservata dalla maggior parte degli ebrei in Israele[20], non accetta l'idea di un diritto opposto alla religione; quest'ultima ha una dimensione "legale" poiché si manifesta anch'essa attraverso regole vincolanti per i fedeli/consociati.

Agli occhi del giurista continentale il sistema delle fonti del diritto ebraico potrebbe apparire un vero ginepraio. È necessario un breve glossario e una panoramica storica dell'evoluzione del diritto ebraico[21]. La legge ebraica, o halachica[22], abbraccia il diritto privato, il diritto pubblico e quello religioso. Il sistema delle fonti si basa sia sulla legge scritta che su quella orale, entrambe portate da Mosè al popolo di Israele dopo l'ascesa dal Monte Sinai. In particolare, le regole giuridiche sono tratte dalla *Torah* (letteralmente: insegnamento) ovvero dai primi cinque libri dell'Antico Testamento, detti Pentateuco dai Cristiani.

Intorno al III Sec. D.C., il rabbino Judah Ha-Nasi mise per iscritto la legge orale: la *Mishnah*. Gli studiosi della *Mishnah*, I cc.dd. *Tannaim* (letteralmente: gli insegnanti), trasmisero la legge orale. Successivamente prevalse la dottrina degli *Amoraim* (letteralmente: gli interpreti) che misero ordine nelle discordanti dottrine dei tannaim. Gli insegnamenti degli *Amoraim* furono raccolti nella *Ghemara*. La *Mishnah* e la *Ghemara* formano il *Talmud*, del quale esistono due

---

[17] Secondo Y. SINAI, *Reconsidering Res Judicata: a Comparative Perspective*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, p. 353 ss., spec. 396, «*an incorrect judgment is absolutely null and void, and it may be said that the judge has not finished his work until he gives true judgment*».

[18] Come rilevato da I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, in *Am. J. Comp.* Law, 1987, p. 185., secondo cui «*among the Western style democracies, there is no other country which experiences more intensely the problem of religion's place*».

[19] Sull'evoluzione delle Corti rabbiniche si veda D. HACKER, *Religious Tribunals in Democratic States: Lessons from the Israeli Rabbinical Courts*, in *Tel Aviv University Law Faculty Papers*, 152, 2012, p. 59 ss.; M. EDELMAN, *The Rabbinical Court in the Evolving Political Culture of Israel*, in *Middle Eastern Studies*, 3, 1980, p. 145 ss.

[20] Ciò non toglie che i fedeli, al di fuori di Israele, possano deferire alle corti arbitrali rabbiniche le proprie controversie, così da rafforzare la propria esperienza confessionale. Sul tema v. L. SAPORITO, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, disponibile all'indirizzo: www.statoechiese.it, 2018, p. 24.

[21] Per una panoramica più esaustiva si rinvia all'ottimo lavoro di S. L. STONE, *In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal* Theory, in *Harv. Law Rev.*, Feb., 1993, Vol. 106, 4, p. 813 ss.

[22] L'*halakhah* è l'insieme delle norme giuridiche della dottrina tradizionale giudaica. L'ordinamento sistematico delle sue norme ha avuto compimento nella Mishnah e più tardi ancora nel Talmud, nonché nella letteratura giuridica dei rabbini.

versioni: la prima, scritta dai rabbini di Palestina, nota come *Talmud* di Gerusalemme; la seconda, più completa, redatta dagli studiosi di Babilonia.
Altra fonte di regole giuridiche è la *Midrash* (letteralmente: esegesi) ovvero lo studio interpretativo dei versetti biblici da cui sono tratte regole giuridiche.
Il periodo post-talmudico della dottrina rabbinica è generalmente diviso in tre ere: l'era *Gaon* (589-1038 D.C.), nota anche come epoca dello "splendore"; l'era *Rishonim* (1038-1550 D.C.), in cui venne codificata la legge ebraica, lo *Shulchan Arukh* (letteralmente: tavola apparecchiata); infine, l'era *Acharonim* (1550-in corso), in cui il rabbino Joseph Caro (1488-1575) ha completato l'opera di codificazione della legge ebraica, risolvendo parte delle controversie tra *Gaon* e *Rishonim*.
In una prospettiva realista non è errato affermare che il diritto ebraico è un prodotto fondamentalmente dottrinale. I maestri spirituali vestono anche i panni del legislatore; talché, nel diritto halachico non v'è differenza tra norme che riguardano il rapporto tra l'uomo e Dio e norme che regolano le relazioni tra l'uomo e il proprio prossimo: entrambe sono considerate norme giuridiche appartenenti al medesimo e inscindibile *corpus iuris*[23].
In questa prospettiva, diritto statuale e religione non originano sistemi esclusivi e separati, bensì sistemi concorrenti. Nello scontro tra un'ideologia sionista laica, la quale riconosce alla religione un ruolo importante, ma non esclusivo, nella creazione di uno Stato secolare che preservi la cultura nazionale ebraica[24], e una ideologia estrema, che giunge a negare ogni legittimazione allo Stato di Israele[25], il legislatore ha adottato una soluzione di evidente compromesso[26]. La Dichiarazione di Indipendenza (1948) proclama la laicità dello Stato di

[23] Secondo For, S. L. STONE, *In Pursuit of the Counter-Text*, cit., p. 893, «*in the final analysis, Jewish law is not only a legal system; it is the life work of a religious community. The Constitution, on the other hand, is a political document. It may even be a nomos […]. But it will not be Torah*».

[24] Le correnti sioniste, sotto l'influenza delle teorie della scuola storica di Savigny, considerano il linguaggio e le leggi espressione della cultura nazionale (*Volkgeist*) e propongono il ritorno all'utilizzo della lingua ebraica, congiuntamente alla depurazione del diritto positivo dall'involucro esterno dell'elemento religioso (cfr. I. ENGLARD, *The Problem of Jewish Law in a Jewish State*, in *Israel Law Rev.*, 1968, p. 254 ss.

[25] Invero, le componenti ortodosse, al contrario, sovrappongono cultura ebraica e religione; talché, accettano la parziale recezione della *Moreshet Israel* nel moderno diritto di Israele come fase intermedia e di preludio a una completa trasposizione da attuarsi in tempi più propizi alla realizzazione dello stato ideale descritto dalla *halakhah*.

[26] Tendono a prevalere le correnti moderate. Infatti, al di fuori del diritto di famiglia, vera e propria "oasi teocratica", la giurisdizione dei tribunali rabbinici è solo eventuale ovvero subordinata al consenso delle parti (in argomento, cfr. L. SAPORITO, *op. cit.*, p. 5. Nel caso del diritto di famiglia, la *contaminatio* tra il diritto sacro e diritto secolare genera risultati non sempre coerenti con un sistema che si proclama liberale, laico e democratico. In tal senso, v. K. CARMIT YEFET, *Israeli Family Law as Civil Religious Hybrid: a Cautionary Tale of Fatal Attraction,* in *Univ. of Illinois Law Rev*., 2016, 4, p. 1509, la quale osserva che «*Religion's formal monopoly on these areas of family law breeds an irreconcilable value conflict between the patriarchal Muslim, Christian, and Jewish religious systems, on the one hand, and the liberal, egalitarian, and progressive civil system, on the other. In a well-meaning attempt to navigate between these two value systems, civil law, operating in the shadow of religious law, has developed an underground set of civil alternatives to religiously defined marriage and divorce. The result of this secular subterfuge, we shall see, is a perturbed hybrid, a civil-religious entanglement rife with costs and complications largely borne by the most vulnerable members of society: women and children*»).

Israele[27], garantendo la libertà di religione e di coscienza; tuttavia, il *Foundation of Law Act* del 1980 sancisce i principi di libertà, giustizia ed equità della tradizione ebraica (*Moreshet Israel*). Ciò conferisce a Israele un carattere duale, di «*jewish and democratic state*[28]».
I precetti talmudici, oltre che riversarsi sul diritto sostanziale, influiscono sulle regole processuali e, in particolare, sulla funzione del processo: l'accertamento della verità.
In tale prospettiva non desta meraviglia che l'irretrattabilità della cosa giudicata non trovi cittadinanza nel diritto rabbinico[29].

3. Rifiuto della dottrina del giudicato nel diritto ebraico (con la sola eccezione del divieto di *bis in idem*).
In linea generale, il diritto ebraico ammette che un giudizio conclusosi con sentenza definitiva errata in diritto possa essere riaperto[30]. Nonostante tale elemento di incertezza, la sentenza è vincolante tra le parti e può essere portata ad esecuzione finché non sia stata riformata[31]. Ciò conferma l'assunto di partenza: l'istituto della cosa giudica, nella parte in cui comporta l'irretrattabilità della sentenza definitiva, non ha in sé nulla di necessario; al contrario, affinché una sentenza possa assolvere alla funzione che le è propria è sufficiente che abbia il carattere dell'autoritatività, intesa come imposizione coattiva e vincolante del proprio comando alle parti[32].

[27] Nel senso che Israele non sia uno Stato teocratico, M. EDELMAN, *op. cit*., p. 146.
[28] Così testualmente R. HIRSCHL, *The "Constitutional Revolution" and the Emergence of the New Economic Order in Israel*, in *Israel Studies*, 1997, 1, p. 136.
[29] Per un accenno della problematica v. K. M. CLERMONT, *Res Judicata as Requisite for Justice*, in *Rutgers University Law Review*, 68, 2016, p. 1069 ss., spec. 1100.
[30] La prima codificazione del diritto processuale civile basato sul *Talmud* risale al 1943. L'ultima grande riforma è del 1993. Il § 14 delle regole di procedura osservate dalle corti rabbiniche sancisce che una sentenza errata è sempre soggetta a revisione dinanzi allo stesso tribunale che l'ha pronunciata. Sul tema cfr. Y. SINAI, *Reconsidering Res Judicata*, cit., p. 353 ss., spec. 389. Per un'analisi della normative tradotta in lingua inglese si rinvia all''indirizzo: https://www.jewishvirtuallibrary.org/practice-procedure?utm_content=cmp-true.
[31] Cfr. Y. SINAI, *op. cit*., p. 387.
[32] Cfr. *supra* § 1.

Inoltre, il diritto ebraico, benché non conosca l'irretrattabilità giudicato, esclude che la stessa causa possa essere proposta davanti a giudici diversi, secondo un meccanismo non dissimile da quello a noi noto come litispendenza. Pare, dunque, che il diritto rabbinico riconosca taluni dei principi generalmente stillati dalla cosa giudicata, quale il divieto di *bis in idem*; infatti, secondo l'impostazione tradizionale[33], la *ratio* della litispendenza è prevenire il contrasto pratico tra giudicati, il quale, se non eccepito, rilevato d'ufficio dal giudice o fatto valere attraverso la revocazione ordinaria, *ex* art. 395, n. 5) c.p.c.,[34], è risolto a favore della decisione posteriore. Nel diritto ebraico una regola siffatta, per cui il contrasto pratico viene risolto a favore della decisione *last in time*[35], è inaccettabile, dal momento che la funzione del processo è la ricerca della verità. Pertanto, il contrasto pratico tra giudicati – *rectius*: tra decisioni – non può che essere risolto a favore di quella corretta in diritto, secondo un meccanismo non dissimile da quello noto all'ordinamento francese[36]. Se ne trae l'implicazione per cui nel diritto ebraico l'istituto della litispendenza non è deputato a prevenire il contrasto pratico tra decisioni, bensì ad evitare inutili sprechi della risorsa giustizia, secondo una prospettiva efficientista che anche da noi trova larghi consensi[37].

---

[33] Il nesso di correlazione tra *exceptio litis pendentis* ed *exceptio rei iudicatae* è ben evidenziato da G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 615; nella manualistica, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2017, p. 312 ss.; L. MONTESANO-G. ARIETA-F. DE SANTIS, *Corso base di diritto processuale civile*, Milano, 2019, p. 193; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, p. 316; per maggiori ragguagli dottrinali e giurisprudenziali sulla funzione della litispendenza si veda A. GIUSSANI-G. DE CESARE, *Art. 39 c.p.c.*, in Carpi e Taruffo (a cura di), *Commentario breve al Codice di procedura civile*[9], Padova, 2023, p. 179 ss.

[34] Nel senso della prevalenza del secondo giudicato, cfr. per la dottrina tradizionale G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 920; v. anche E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 599; ID, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, ristampa, Roma, 2021, p. 35. Tale regola è un precipitato del principio di autoresponsabilità delle parti. La parte che ha interesse a far valere la preclusione derivante dal primo giudicato è onerata di eccepirlo nel secondo giudizio ovvero di impugnare la sentenza con esso incompatibile, facendo valere siffatta nullità ai sensi degli artt. 161 e 395 c.p.c. La possibilità di prevenire il contrasto pratico tra giudicati – vuoi per mezzo dell'eccezione di cosa giudicata vuoi per mezzo del rimedio revocatorio – consente di affermare la prevalenza del secondo giudicato, siccome la parte che non ha attivato tutti i rimedi accordatigli dall'ordinamento accetta il secondo giudicato, il quale farà «stato ad ogni effetto». Sul tema sia concesso un rinvio a G. DE CESARE, *Il contrasto pratico fra decisioni non soggette al rimedio della revocazione e l'eccezione di cosa giudicata*, *in questa rivista*, 4, 2023, p. 843 ss., spec. 854.

[35] Principio affermato nell'ordinamento nordamericano a partire dalla sentenza della Corte Suprema *Treinies v. Sunshine Mining Co*, 3 308 U.S. 66 (I939).

[36] L'art. 618 del *code de procédure civile* contempla uno speciale ricorso per Cassazione, la cui funzione è quella di denunciare la «*contrariété de jugements*». Questo peculiare strumento di armonizzazione dei giudicati ha ad oggetto entrambe le decisioni in contrasto e la Corte di Cassazione ha il potere di dare prevalenza al primo o al secondo giudicato, oppure di annullarli entrambi. Per maggiori approfondimenti si rinvia a M. GRADI, *Il contrasto teorico tra giudicati*, Bari, 2020, p. 188.

[37] Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, p. 371, secondo cui «*il rischio che si vuole prevenire con l'art. 39, co. 1, non è tanto quello di lasciare che si formino due giudicati, con il problema, poi, di chiedersi quale prevalga nel caso in cui siano di segno difforme; piuttosto si tratta di evitare che uno dei due processi, a distanza di anni e dopo molte fatiche, sia fatto oggetto di una sentenza definitiva di rito per precedente giudicato, la cui formazione sarà ivi rilevabile anche d'ufficio. È in gioco, dunque, una esigenza di economia processuale: viene preferito il processo nato per primo (anche quando l'attore sia il medesimo) perché esso verosimilmente è quello più avanzato o comunque meno lontano dalla decisione*»; nello stesso senso, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 201.

4. I limiti alla possibilità di ottenere la revisione della sentenza definitiva affetta da *error iuris*.

L'idea per cui il diritto processuale civile debba perseguire il giusto contemperamento tra esigenze di giustizia ed efficienza nell'amministrazione della stessa non è affatto sconosciuta al diritto ebraico. Invero, la regola della ritrattabilità della sentenza errata, benché tratta dalla Scrittura, è stata oggetto di accesi dibattiti.

La *Mishnah* registrava due opinioni dissenzienti sul tema, espressione dell'anzidetta tensione tra giustizia ed efficientismo. Secondo la prima, contenuta al principio della *Mishnah*, in ogni momento il soccombente può produrre nuove prove e la Corte può modificare la sentenza resa; la seconda, invece, pur ammettendo la revisione *sine die* introduce un elemento di mitigazione: se la Corte assegna un termine perentorio non superiore a trenta giorni per la produzione di nuove prove, decorso tale termine, l'istanza di revisione deve essere rigettata.

Il moderno diritto ebraico, a superamento delle limitazioni della *Mishnah*, sancisce che il diritto di chiedere la revisione della sentenza non è soggetto a termini decadenziali. In dottrina è stata evidenziata l'estrema problematicità di tale regola, dal momento che la parte vincitrice non può riporre alcun legittimo affidamento sulla stabilità dell'esito del processo[38].

Secondo l'opinione minoritaria codificata nel Talmud di Gerusalemme[39], la revisione del giudizio incontrerebbe il limite dell'esecuzione della sentenza. In altri termini, la realizzazione pratica del comando contenuto nella sentenza sarebbe idonea, a differenza della sola sentenza, a far sorgere nella parte vincitrice un legittimo affidamento sulla stabilità degli esiti del processo[40]. Trattasi, tuttavia, di tesi recessiva, generalmente rigettata dagli interpreti, i

---

[38] In tal senso, Y. Sinai, *op. cit*., p. 390.

[39] Cfr. Talmud di Gerusalemme, Sanhedrin 3: 12, disponibile all'indirizzo: https://www.sefaria.org/Jerusalem_Talmud_Sanhedrin.3.10.2?lang=bi.

[40] La prospettiva non è poi tanto diversa da quella dell'art. 615 u.c. c.p.c., nella parte in cui sancisce il dogma della stabilità degli esiti del processo esecutivo. Nel senso che il risultato dell'esecuzione forzata produce una preclusione *pro iudicato*, v. S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, III, Milano 1965, 216 ss.; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano 1955, 546 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1957, 198-99; nel senso che il potere di opposizione vada più correttamente inteso come onere dell'opposizione, con conseguente stabilità della distribuzione in mancanza della stessa, R. ORIANI, *Opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, p. 60-61, il quale basa tale affermazione su un ampliamento del principio previsto dalla regola dell'art. 161 c.p.c., la quale «*lungi dal riferirsi alle sole sentenze, vuol sancire il principio che il vizio dell'atto diventa irrilevante a tutti gli effetti ove contro l'atto non sia stato utilizzato, entro i termini perentori fissati, il rimedio predisposto per il relativo vizio*»; da ult., per una critica del dogma S. Rusciano, *Sul dogma della stabilità della distribuzione nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc*., 3, 2021, p. 875 ss., la quale ammette la possibilità di far valere l'illegittimità sopravvenuta alla conclusione del processo esecutivo in un autonomo giudizio di cognizione; Secondo S. VINCRE, *La stabilità della distribuzione e l'irripetibilità del «distribuito» nell'espropriazione*, in *Riv. esec. Forzata*, 2015, p. 111-112 nella materia concorsuale si troverebbe un appiglio normativo espressione del principio generale della stabilità dei risultati dell'espropriazione: «*nell'art. 114 l. fall. si prevede ora che "i pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto non possono essere ripetuti salvo il caso dell'accoglimento della domanda di revocazione". In quel sistema è quindi riconosciuta espressamente la stabilità dell'attribuzione patrimoniale ottenuta a seguito della distribuzione, anche se – come nell'espropriazione, secondo la tesi da noi accolta – non c'è una decisione sul credito o,*

quali ritengono che l'introduzione di un limite temporale al rimedio della revisione sarebbe incompatibile con la funzione del processo. Pertanto, è generalmente ammessa la possibilità di chiedere la revisione della sentenza affetta da *error iuris*, sia sulla base di nuove argomentazioni giuridiche, sia reiterando quelle altresì non accolte[41].
Inoltre, una non trascurabile limitazione al potere delle parti di chiedere la revisione del giudizio si trae dalla struttura gerarchica del sistema delle Corti rabbiniche. Infatti, l'istituzione nel 1921 della Corte rabbinica d'appello ha profondamente inciso sul diritto di richiedere la revisione, dal momento la possibilità per il giudice di prime cure di rivedere la propria sentenza esiste a condizione che essa non sia stata impugnata dinanzi alla Corte d'appello. Quest 'ultima rende una decisione definitiva che consuma il potere del giudice di primo grado, talché «*the trial court is not authorized to reconsider the case because a rabbinical court functioning within a legal system that includes an appellate tribunal must (by law) respect the decision of the appellate court*[42]».

5. Conclusioni: insostenibilità della soluzione israeliana negli ordinamenti giuridici che riconosco la garanzia costituzionale dell'azione e la libertà di accesso al servizio giustizia.
Da tutto quanto s'è detto è possibile cogliere delle implicazioni di ordine generale.
L'idea per cui una sentenza, ancorché definitiva siccome non appellata nei termini, sia sempre soggetta a revisione è giustificata dalla funzione del processo nel diritto ebraico: la ricerca della verità. La contaminazione fra diritto e religione è fonte di un'obbligazione ulteriore a carico del giudice, il quale deve rendere una decisione corretta; talché, il giudice non è responsabile solo nei confronti delle parti, bensì anche dinanzi a Dio[43]. A differenza degli ordinamenti giuridici che, in diversa misura, individuano la funzione del processo nella risoluzione della lite[44], il

comunque, non c'è una decisione sul credito capace di produrre i suoi effetti accertativi al di fuori della procedura». in giurisprudenza, Cass., 8 gennaio 2020, n. 12127, in Onelegale; nello stesso senso, Cass., 31 ottobre 2014, n. 23182, secondo cui «*tanto pare agevolmente ricondursi all'esigenza di legalità intrinseca dell'attività giurisdizionale, la quale implica, a sua volta, che sia possibile e sufficiente, ma al tempo stesso necessario, per i soggetti che se ne ritengano lesi, reagire all'interno del processo e coi mezzi apprestati dall'ordinamento, affinché il risultato finale possa presumersi conforme a diritto: il sistema processuale, in definitiva, non consente la sopravvivenza di pretese di tutela dagli effetti pregiudizievoli dei suoi atti, nemmeno solo risarcitorie, al di fuori delle azioni tipiche a tanto destinate*».

[41] Y. SINAI, *op. cit*., p. 392.

[42] Y. SINAI, *op. cit*., p. 393.

[43] Y. SINAI, *The Religious Perspective of the Judge's Role in Talmudic Law*, in *Jew. Law and Rel*., 2009, p. 357 ss.

[44] Nel sistema chiovendiano, l'attività giurisdizionale sotto il profilo funzionale è attuazione, in via normalmente secondaria e sostitutiva, dei diritto sostanziale; sicché l'accertamento della volontà concreta di legge pone fine alla crisi di cooperazione fra i contendenti, cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma 1936, p. 7 ss. Questa definizione funzionale della giurisdizione non diverge così tanto da quelle proposte da altri autorevoli Autori (v. E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli 1917, Id, *Diritto processuale civile*, cit., p. 22, secondo cui scopo della giurisdizione sarebbe «*l'attuazione delle sanzioni*»; parimenti, la non meno famosa definizione del CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 49 ss., che individua la funzione del processo nella «*composizione delle liti*» ovvero nella risoluzione della crisi di cooperazione. Secondo Y. SINAI, *Res Judicata*, cit, p. 397, invece, *«[T]he main objective of*

diritto ebraico, attraverso la giuridicizzazione dei precetti religiosi, riflette l'idea per cui senza giustizia, ovvero senza corretta attuazione della legge sostanziale, non possa esserci vera risoluzione della lite[45].

Invero, la corretta attuazione della legge sostanziale comporta un effetto deflativo del contenzioso su larga scala, dal momento che riduce il divario di aspettativa tra le parti sull'esito del processo e, dunque, induce quest'ultime ad accordarsi. Pertanto, per dirla con le parole della dottrina più versata sul tema «*[M]assimizzare la capacità dell'amministrazione della giustizia di applicare correttamente la legge, invece, può innescare un circolo virtuoso deflativo proprio perché può rendere più frequente una composizione amichevole delle liti in termini corrispondenti a tali scelte*[46]». In termini di analisi economica, il processo civile è un sistema aggiudicatorio ovvero un sistema di assegnazione delle risorse scarse in caso di conflitto tra più pretendenti[47]. Pertanto, la corretta applicazione della legge sostanziale aumenta il benessere sociale, mentre ogni decisione che si discosta dal diritto impone un costo alla società. Questi costi, derivanti dall'errore nell'applicazione della legge sostanziale, sono i cc.dd. *costi aggiudicatori*. La minimizzazione dei suddetti costi passa attraverso l'investimento nel processo e, in particolare, nelle attività istruttorie, le quali consentono di ridurre l'asimmetria informativa tra giudice e parti affinché il primo possa risolvere correttamente la controversia secondo diritto. Tuttavia, com'è intuitivo, per garantire che il giudice acquisisca tali informazioni è necessario sostenere dei costi: trattasi dei cc.dd. *costi di amministrazione*. Le due *species* di costi messe in evidenza sono in reciproca interazione: maggiori sono gli investimenti nel processo, minori sono i costi complessivi per l'errore di aggiudicazione. Senonché, più si investe nel processo, più il sistema sarà complesso e dispendioso in termini di tempo e di risorse, con conseguente aumento dei costi di amministrazione e pericolo di congestione[48].

Un ordinamento quale quello ebraico che ammette la possibilità di revisione della sentenza definitiva affetta da *error iuris*, a fronte di un abbattimento dei costi di aggiudicazione sopporta un incremento esponenziale dei costi di amministrazione. Trattasi di soluzione assolutamente insostenibile per tutti quegli ordinamenti che riconoscono la garanzia costituzionale dell'azione ovvero che non prevedono alcun tipo di impedimento nell'accesso al servizio giustizia. Sicché la soluzione del diritto ebraico non pare generalizzabile siccome causa di

---

the court in an adversarial system is not to ascertain the truth but to resolve disputes objectively and to choose between the contentions of law and fact laid before it by the litigants».

[45] Tuttavia, il diritto delle parti di riaprire il giudizio inquinato da *error iuris* incide sul prestigio e sull'affidabilità della Corti rabbiniche. Il problema è discusso nel Talmud, 119, ed è generalmente risolto attraverso il riferimento alla necessaria corrispondenza tra sentenza e verità, per cui sarebbe la sentenza ingiusta a minare l'affidabilità delle Corti rabbiniche e non la possibilità di ridiscutere le sentenze definitive (così Y. SINAI, *Res Judicata*, cit., p. 396).

[46] A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia*, cit., p. 242.

[47] Cfr. IVO T. GICO JR, *Analisi economica del processo civile*, Indaiatuba, 2021, p. 35.

[48] V. ancora, IVO T. GICO JR, *op. cit*., p. 42.

inefficienze, quantunque chi si sia occupato dell'argomento sostenga il contrario[49]. Infatti, la *non-finality rule* pare soluzione efficiente nel sistema delle corti rabbiniche dal momento che la loro giurisdizione esclusiva è circoscritta a materie, quale quella familiare, generalmente caratterizzate da una preclusione da giudicato debole. Peraltro, rispetto alle materie diverse da quella familiare, la giurisdizione delle corti rabbiniche è subordinata al previo consenso delle parti[50]; ciò contribuisce all'alimentazione del fantasma dell'efficienza del sistema siccome il carico di lavoro generalmente esiguo permette di sopportare gli effetti inflativi del contenzioso derivanti dalla possibilità di revisione del giudicato *sine die*.

Per converso, appare apprezzabile, anche in termini di analisi economica del processo, l'esclusione di una preclusione da giudicato implicito e, dunque, da non dedotto, riconosciuta dalle corti rabbiniche[51]. Se da un lato la valorizzazione del giudicato implicito favorisce la diminuzione del numero di fascicoli, dall'altro, invece, porta ad un effetto inflativo delle questioni trattate nel singolo processo, «*poiché rende attuale un interesse a dedurre che sarebbe altrimenti solo potenziale*[52]», sicché il risultato complessivo in termini di economia processuale è tendenzialmente negativo, dal momento che i benefici derivanti dall'effetto deflativo generale rischiano di essere vanificati da un effetto inflativo delle questioni trattate nel singolo procedimento[53].

Le corti rabbiniche, ai fini della formazione della preclusione sul deducibile, considerano l'esigibilità in concreto della sollevazione della questione nel precedente giudizio e l'utilità della stessa rispetto a quanto richiesto. Infatti, secondo la giurisprudenza rabbinica «[*T*]*he plaintiff has the right to divide one cause of action into different stages and to sue separately based on different claims because he or she may have legitimate reasons for doing so*[54]». Il

---

[49] Y. SINAI, *Reconsidering Res Judicata*, cit., p. 387 ss.

[50] Y. SINAI, *Reconsidering Res Judicata*, cit., p. 389.

[51] Y. SINAI, *Reconsidering Res Judicata*, cit., p. 393 ss.; v. anche l'intero studio dedicato all'inefficienza del *cause of action estoppel* Id, *The Downside of Preclusion: Some Behavioural and Economic Effect of Cause of Action Estoppel in Civil Actions*, in *McGill Law. Journ.*, 3, 2011, 675 ss., spec. 688.

[52] Così testualmente A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2015, p. 1560 ss, spec. 1565.

[53] Secondo Y. SINAI, *The Downside of Preclusion*, cit., p. 691, la preclusione da giudicato implicito sul deducibile è soluzione inefficiente che induce le parti a dedurre più di quanto necessario ovvero a sopportare costi superflui «*because the cause of action estoppel rule requires the plaintiff to engage in "kitchen sink" pleading, litigants must argue more points, each point with greater intensity. A more focused action, concen-trating on the more meritorious causes of action, would minimize the stimulation that might otherwise occur*».

[54] Y. SINAI, *Reconsidering Res Judicata*, cit., p. 394, secondo cui il frazionamento è ammissibile purchè: «*First, the plaintiff may have witnesses who can appear in court readily to testify about one claim, whereas the witnesses related to another claim may be far and cannot appear in court immediately. In this situation it would be unjust to prevent the plaintiff from submitting a cause of action until he can include all of the claims. Second, the plaintiff may not want to submit all claims in the beginning because the defendant might later admit the second claim. Third, the plaintiff may believe that he and the defendant might be able to compromise and reach a settlement regarding the second claim. Fourth, the plaintiff may not at first know of all the potential claims he has against the defendant. All of these reasons are considered sufficient for dividing one cause of*

sindacato delle Corti rabbiniche sulle «*legitimate reasons*» introduce un elemento di flessibilità che contribuisce all'efficienza del sistema, a dispetto della meccanica preclusione da giudicato implicito così apprezzata dalla nostra giurisprudenza[55].

Guidomaria De Cesare
Dottorando

action into different claims, so that claim preclusion does not apply in these cases. The defendant can prevent the plaintiff from splitting the cause of action only if he can show that doing so would cause damage to his property».

[55] Cfr. Cass. s.u. 12 dicembre 2014 nn. 26242 e 26243, in banca dati *DeJure*, le quali hanno fatto propria l'impostazione di matrice tedesca del c.d. "vincolo al motivo portante". Nei casi in cui il motivo portante del rigetto della domanda è la nullità del contratto, tale nullità, ancorché non dichiarata con efficacia di giudicato in assenza di domanda incidentale di parte *ex* art. 34 c.p.c., rileverà ugualmente in successivi giudizi tra le stesse parti ove si voglia conseguire un (ingiusto) vantaggio strettamente connesso da un vincolo di sinallagmaticità a quello negato nel precedente giudizio a causa della nullità del contratto. Sulla decisione delle sezioni unite, senza pretese di completezza, cfr. I. PAGNI, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*, in *Giur. it.* 2015, 71 ss.; C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2015, 225 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 158, per un'efficace sintesi dell'intero dibattito sul tema del rilievo officioso delle nullità negoziale e i limiti oggettivi della cosa giudicata; per una serrata critica della teorica del giudicato implicito, v. M. De Cristofaro, *Giudicato e motivazione*, in *La Crisi del giudicato*, cit., Bologna, 2017, p. 9 ss.; ma v. nel senso dell'efficienza della preclusione da giudicato implicito, R. C. CASAD & K. M. CLERMONT, *op. cit.*, p. 65.



GUERINO BIASUCCI

Osservazioni sulla doverosità della notifica al contumace dell'atto di intervento del successore a titolo particolare ex art. 111 c.p.c.

L'autore si sofferma sull'istituto disposto dall'art. 292 c.p.c. e del suo coordinamento con l'atto di intervento ex art. 111 c.p.c. e della riassunzione ex art. 303 c.p.c.

The author analyzes art. 292 code of civil procedure and the problem of how this rule can be coordinated to art. 111 and 303 code of civil procedure.

Sommario: 1. Introduzione – 2. La tesi maggioritaria in tema di notifica al contumace – 3. Gli orientamenti minoritari – 4. Le argomentazioni a sostegno delle tesi minoritarie – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Con la sentenza in commento la Corte di cassazione ha l'occasione di pronunciarsi sulla riconducibilità dell'atto di intervento del successore ex art. 111 c.p.c. all'elenco ex art. 292 c.p.c.

Il ricorrente ha censurato il provvedimento d'appello per non avere considerato che l'atto con il quale il successore a titolo particolare era intervenuto nel processo non fosse stato debitamente notificato alla parte contumace, con conseguente nullità della sentenza.

Dalla motivazione si evince che il ricorrente ha richiamato, a sostegno della propria doglianza, un precedente[1] in cui la Suprema Corte sembra affermare che la comparsa con la quale si costituisce il successore a titolo particolare nel diritto controverso debba necessariamente notificarsi al contumace, pur quando non contenga domande nuove dirette nei suoi confronti.

L'odierno provvedimento ritiene però il principio di diritto espresso da Cass. 31 agosto 2015, n. 17328 inconferente, perché, in quel caso, fu ritenuta necessaria la notifica al contumace essendo intervenuta l'interruzione del processo[2].

Osserva la Corte che la ragione per la quale si ritenne necessaria la notifica dell'atto di intervento fu ritenuto al contumace non risiedeva nell'avvenuta successione a titolo

[1] Cass. 31 agosto 2015, n. 17328, in *Foro it.* 2016, I, c. 1403 con nota di richiami.

[2] Pertanto, il provvedimento del 2015 ritenne la notifica necessaria «in considerazione dell'argomento che quando vi è riassunzione del processo, promossa da una parte non presente in giudizio prima dell'evento interruttivo, il relativo atto vada notificato al contumace». Per altro verso, si afferma che l'atto riassuntivo del processo, essendo rivolto a provocare la ripresa del procedimento nello stato in cui si trovava nel momento in cui è sopravvenuto l'evento interruttivo, deve essere notificato (con il decreto di fissazione dell'udienza) alle parti costituite e non anche al contumace, non rientrando tale atto nell'elenco di quelli tassativamente indicati nell' art. 292 per i quali è prescritta la notificazione al contumace (*ex multis* Cass. 10 dicembre 2022, n. 17557; Cass. 3 settembre 1998, n. 8728; Cass. 12 marzo 1994, n. 2389; Cass. 9 marzo 1985, n. 1918 in *Foro it.*, 1985, I, 2935, con nota di G. Scarselli nonché in *Giust. civ*. 1985, I, 1621, con nota di G. Finocchiaro).

particolare nel diritto controverso, ma nella riassunzione *ex* art. 303 c.p.c. e art 125 disp. att. c.p.c.
Per questo motivo, secondo la sentenza oggi in commento, la fattispecie che ha dato vita alla pronuncia del 2015 risulta essere diversa da quella odierna, nella quale, invece, il successore a titolo particolare della parte costituita è intervenuto e subentrato nella stessa posizione processuale del proprio dante causa[3] e non ha, quindi, leso con il proprio intervento il diritto di difesa[4].
La pronuncia, dunque, sebbene paia non discostarsi dall'orientamento maggioritario che ritiene l'elenco *ex* art. 292 c.p.c. tassativo, offre lo spunto per indagare sui temi affini della notifica al contumace dell'atto di intervento del successore a titolo particolare e della notifica al contumace della comparsa in riassunzione del giudizio e per contribuire a chiarire la permeabilità dell'art. 292 c.p.c.[5].

2. La tesi maggioritaria in tema di notifica al contumace
Dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel sostenere che l'elencazione degli atti da notificare al soggetto contumace, di cui all'art. 292 c.p.c., sia tassativa [6].

[3] V. anche Cass. 22 maggio 1992, n. 6159.
[4] La tesi sposata dalla Corte sembra ripercorrere l'orientamento secondo il quale al fine di contestare l'atto viziato, debba essere dimostrato dalla parte che si duole del vizio, la lesione al diritto di difesa che sia derivato da quel vizio, v. Cass. 21 luglio 2017, n. 3893; Cass. 15 luglio 2016, n. 14532; Cass. 7 aprile 2006, n. 8227.
[5] Stante la pronuncia richiamata dal ricorso Cass. 31 agosto 2015, n. 17328, *cit.*
[6] All'elencazione contenuta nell'art. 292, comma 1, c.p.c., viene generalmente riconosciuto carattere tassativo (Cass. 19 dicembre 2006, n. 2716; Cass. 2 aprile 2003, n. 5057; Cass. 27 novembre 2003, n. 18154; Cass. 10 dicembre 2002, n. 17557; Cass. 9 novembre 2001, n. 13876, in *Giur. it.*, 2003, p. 245, con nota di G. REALI; Cass. 27 febbraio 2001, n. 2918; Cass. 18 aprile 2000, n. 5032; Cass. 10 aprile 2000, n. 4523; Cass. 9 marzo 1985, n. 1918, in *Foro it.* 1985, I, c. 2935, con nota di G. SCARSELLI). Pur dovendo considerare l'introduzione operata da parte di Corte cost. 28 novembre 1986 n. 250, in *Foro it.* 1987, I, c. 1, con nota di A. PROTO PISANI e in *Nuove leggi civ*. 1987, p. 417, con nota di M.C. ALLADIO. La ragione di tale tassatività risiede nella volontà del legislatore di tutelare, in egual modo, entrambe le parti soggetti della controversia. Tutela che si sostanzia col portare a legale conoscenza del contumace gli atti che rivestono maggiore rilevanza ai fini della decisione ma, nel contempo, non sovraccaricare la parte costituita dell'onere di notificare tutte le proprie istanze e tutti i provvedimenti del giudice (v. v. P. BRANDI, voce *Contumacia (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. dir.*, Milano, 1962, 467. Per la tesi che considera il contraddittorio con il principio ispiratore di tutta la disciplina del processo contumaciale v V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli 1957, p. 296 e O.G. CARBONARI, voce *Contumacia (procedimento per)*, in *Enc. Giur*., IX, Roma, 1988, p. 7. Per la tesi che vede l'art. 292 c.p.c. come mezzo a tutela del diritto di autodeterminazione del contumace che ha deciso liberamente e consapevolmente di non costituirsi sulla base di un esame ponderato e che potrebbe mutare la propria strategia difensiva venendo in possesso di nuovi elementi v. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2011, II, p. 314.). Di certo il legislatore, nella scelta di elencare solamente gli atti che rivestono maggiore decisività nella controversia, è stato influenzato dall'art. 244 del progetto Solmi, non recepito nell'odierno codice di rito, che consentiva al giudice di trarre dalla contumacia elementi di convinzione rispetto al merito della causa

La giurisprudenza è altresì concorde nell'affermare che né l'atto di intervento del successore a titolo particolare[7], né la comparsa di riassunzione[8] debbano essere notificati al contumace.
Secondo questa tesi, non solo questi atti non campeggiano nell'elenco *ex* art. 292 c.p.c., ma non involgono neppure un mutamento della situazione processuale, sicché non si impone alcuna forma di tutela speciale per la parte non costituta.
Infatti, la comparsa in riassunzione è un atto volto meramente a ripristinare la situazione processuale esistente prima dell'evento interruttivo e ha il solo scopo di provocare la ripresa del procedimento[9]; mentre, l'atto di intervento pone in essere un'attività preordinata a sostenere la medesima pretesa fatta valere dall'alienante o dal successore universale, cosicché l'oggetto del processo risulta immutato[10].
Pertanto, non vi sarebbe alcun interesse[11] a sollecitare, mediante notificazione, la partecipazione della parte che volontariamente abbia scelto di disertare il giudizio, in quanto il processo rimane nel medesimo stato nel quale era al momento in cui è sopravvenuto il fatto interruttivo o sospensivo[12].
Unica deroga a tale impostazione è ammessa qualora la riassunzione comporti «un radicale mutamento della preesistente situazione processuale o sotto il profilo oggettivo o sotto il profilo soggettivo»[13]. Questo poiché colui che si è sottratto al dialogo processuale deve essere

[7] *Ex multis*, Cass. 2 aprile 2003, n. 5057, *cit.*

[8] V. Cass. 12 settembre 2022, n. 26800; Cass. 19 maggio 2020, n. 9193; Cass. 23 maggio 2003, n, 8162; Cass. 5 marzo 1987, n. 2315.

[9] La tesi esposta ha fatto altresì ritenere che non sussista l'obbligo di notificazione dell'ordinanza con la quale il giudice richiede il regolamento di competenza di ufficio (Cass. 18 aprile 2000, n. 5032, *cit.*); dell'ordinanza ammissiva della prova testimoniale (Cass. 25 settembre 1997, n. 9402; del provvedimento con cui viene disposta la sostituzione del giudice (Cass. 1° agosto 2000, n. 10037; dell'atto in cui è formalizzata la rinuncia *ex* art. 306 (Cass. 3 aprile 1995, n. 3905); dell'ordinanza che dispone la riunione di due giudizi, quando ciò non comporti un mutamento della domanda nei confronti della parte rimasta contumace in uno dei giudizi riuniti (Cass. 4 agosto 1988, n. 4844); delle ordinanze ammissive di mezzi di prova diversi da quelli elencati nell'art. 292 c.p.c. (Cass. 3 ottobre 1968, n. 3082); dell'ordinanza che ammette la consulenza tecnica di ufficio (Cass. 26 settembre 2012, n. 16413; Cass. 28 novembre 1990, n. 11442); della comparsa con cui si costituisce volontariamente in causa, ai fini della prosecuzione del processo, il successore universale della parte costituita, deceduta nelle more del giudizio (Cass. 2 aprile 2003, n. 5057); del provvedimento di integrazione del contraddittorio (Cass. 27 febbraio 2007, n. 4440; dell'ordinanza che dispone il rinvio d'ufficio dell'udienza di discussione in appello (Cass. 7 aprile 2011, n. 7983), per una maggiore disamina v. D. D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012, p. 95.

[10] V. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p. 287; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 102.

[11] O meglio. Nel bilanciamento di interessi operato dal legislatore in sede di stesura normativa, non è stato ritenuto necessario onerare la parte della notifica dell'atto a fronte del fatto che il processo rimane il medesimo stato nel quale era al momento del sopravvenuto fatto interruttivo.

[12] V. A. RAGANATI, in *Codice di Procedura Civile commentato on line* (a cura) L.P. COMOGLIO e R. VACCARELLA, *sub* art. 292. In giurisprudenza v. Cass. 30 settembre 2008, n. 24331; Cass. 10 dicembre 2002, n. 17557, in *Arch. civ.* 2003, 1103; Cass.10 aprile 2000, n. 4523; Cass. 3 settembre 1998, n. 8728; Cass., 16 marzo 2004, n. 5341, in *Giur. it*., 2005, 106.

[13] V. Cass. 14 marzo 2023, n. 7380; Cass. 15 dicembre 2022, n. 36827; Cass. 24 giugno 2011, n. 13981. In dottrina v. C. DELLE DONNE, *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino,, 2019, p. 258.

messo in condizione di operare una nuova valutazione sulla opportunità di costituirsi in base ai mutamenti intervenuti[14]. Se così non fosse si configurerebbe una lesione del diritto di difesa[15] della parte ignara.

3. Gli orientamenti minoritari

A detta tesi, però, si contrappone un esiguo numero di risalenti pronunce, per le quali sia la comparsa di cui all'art. 303 c.p.c. [16], che l'atto di intervento di cui all'art. 267 c.p.c.[17], devono essere notificati al contumace, seppure non siano specificamente citati nell'art. 292 c.p.c. [18].

Fra queste, si annovera anche Cass. 31 agosto 2015 n. 17328 cit., la quale, premettendo che «vi [possa] essere incertezza se la comparsa di costituzione nel caso di specie (successione a titolo particolare nel diritto controverso) [debba] essere notificata al convenuto contumace», propende per quest'ultima ipotesi in ragione del fatto che «il contumace [potrebbe] anche contestare la legittimità dell'intervento ed opporre all'interventore eccezioni personali». La Corte, in questo senso, richiama in motivazione specificamente il datato precedente di Cass. 29 maggio 1964, n. 1337[19].

Dunque, a ben vedere, la sentenza oggi in commento, a fronte di un apparente supporto alla tesi sulla tassatività dell'art. 292 c.p.c., poiché le ragioni per le quali era stata ritenuta necessaria la riassunzione risiedevano nella riassunzione *ex* art. 303 c.p.c. e art 125 disp. att. c.p.c e non nell'intervento del successore *ex* art. 111 c.p.c., sembrerebbe, tra le righe,

[14] Ferme le nullità provocate da atti i quali siano pregiudizievoli per la parte. In merito al tema del pregiudizio effettivo v. *funditus* R. DONZELLI, *Il pregiudizio effettivo e la nullità degli atti processuali,* 2020 Napoli.

[15] Cass., 16 marzo 2004, n. 5341, cit. ha ritenuto necessaria la notifica all'appellato contumace della riassunzione compiuta dagli eredi dell'originario appellante, deceduto nel corso del giudizio di secondo grado. La conclusione è stata motivata con il rilievo che il contumace può avere un interesse nuovo e distinto a fare valere nei confronti di nuovi soggetti – costituitisi, a seguito della riassunzione, in luogo della parte originaria, seppure nella medesima situazione sostanziale e processuale – ragioni che non fossero opponibili o che per motivi personali non aveva inteso opporre alla parte originaria.

[16] V. Cass. 31 agosto 2015, n. 17328, cit., Cass. 16 marzo 2004, n. 5341, in *Foro it.* I, 2094 con nota di I. BENINCASA che ha ritenuto necessaria la notifica all'appellato contumace della riassunzione compiuta dagli eredi dell'originario appellante, deceduto nel corso del giudizio di secondo grado. La conclusione è stata motivata con il rilievo che il contumace può avere un interesse nuovo e distinto a fare valere nei confronti di nuovi soggetti – costituitisi, a seguito della riassunzione, in luogo della parte originaria, seppure nella medesima situazione sostanziale e processuale – ragioni che non fossero opponibili o che per motivi personali non aveva inteso opporre alla parte originaria.

[17] V. Cass. Cass. 15 gennaio 2015, n. 586, in *Dir. gius.*, 16 gennaio 2015 con nota di G. TARANTINO e Cass. 29 maggio 1964, n. 1337; Cass. 17 aprile 1951, n. 940; App. Firenze 27 aprile 1954 Cfr. Cass. 26 febbraio 1987, n. 2033; Trib. Trani 19 giugno 1962 le quali affermano che il soggetto che intervenga in giudizio e che svolga domanda nei soli confronti di una delle parti in causa, non deve necessariamente notificare la propria comparsa alle altre parti.

[18] Che riporta solamente l'ordinanza ammissiva dell'interrogatorio o del giuramento e le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali.

[19] A cui fanno seguito Cass. 3 febbraio 1993, n. 1296; Cass. 1 febbraio 1985, n. 1104.

riaffermare la permeabilità dell'articolo in esame[20]. Pertanto, a fronte della recente pronuncia, la questione parrebbe non definitivamente archiviata.

4. Le argomentazioni a sostegno delle tesi minoritarie

Gli argomenti che potrebbero far vacillare il carattere tassativo dell'art. 292 c.p.c. muovono proprio dalle citate pronunce.

L'idea che l'istituto di cui all'art. 292 c.p.c. abbia delle criticità[21] e dunque, che ne sia auspicabile una interpretazione estensiva[22] è stata già elaborata in dottrina. Vi sono molteplici ragioni a favore dell'interpretazione estensiva della norma che si fondano sia sulla natura

[20] Più precisamente l'orientamento che ha ritenuto necessaria la notifica dell'atto di intervento del successore a titolo particolare muove dal presupposto che «l'interveniente ha l'obbligo di notificare al contumace la comparsa di intervento, e ciò anche se una parte si associ alle domande di altri soggetti già partecipanti al giudizio, dovendo il contumace essere posto, in ogni caso, in grado di avere conoscenza legale dell'intervento e delle richieste dell'interveniente, e di poter opporre a quest'ultimo eccezioni personali», sul punto v. nota 15. Mentre, la tesi che ritiene la notifica dell'atto di riassunzione necessario muove dal presupposto che l'art. 125 disp. att. c.p.c. enuncia all'ultimo comma, «La comparsa è notificata a norma dell'art. 170 del Codice, ed alle parti non costituite deve essere notificata personalmente.». Pertanto, da ciò ne discenderebbe l'obbligo per colui che riassume di notificare l'atto alla parte non costituita ovvero contumace, v. nota 13.

[21] In effetti, in più occasioni la giurisprudenza è intervenuta per integrare le ipotesi non espressamente previste nell'art. 292 c.p.c. , rivelando la permeabilità dell'articolo in questione. La Corte costituzionale ha stabilito l'incostituzionalità dell'art. 292 c.p.c. ove non preveda l'obbligo di notifica dell'ordinanza con cui viene disposto il mutamento di rito ai sensi dell'art. 426 e, in particolare, il passaggio dal rito ordinario al rito speciale (Cort. Cost. 14 gennaio 1977, n. 14) e del provvedimento con cui, nei giudizi assegnati alle sezioni stralcio, il giudice, ai sensi dell'art. 13, 2° comma, L. 22 luglio 1997, n. 276, convoca le parti dinanzi a sé per il tentativo di conciliazione, fissando all'uopo la data dell'udienza (Corte cost. 22 aprile 2002, n. 130 in *Guida al dir.*, 2002, 18, con nota di G. Finocchiaro). La Corte di cassazione ha invece statuito che deve essere notificato l'atto di ratifica dell'operato processuale del *falsus procurator* (Cass. 8 novembre 1993, n. 11049; il decreto con cui - nel procedimento di scioglimento delle comunioni - il giudice fissa l'udienza di discussione del progetto di divisione ordinando la comparizione dei condividendi e dei creditori intervenuti (Cass. 23 gennaio 2012, n. 880) ovvero i provvedimenti emessi ai sensi dell'abrogato art. 702 *ter* c.p.c., al pari delle ordinanze che pronunciano sulla competenza, specie qualora spostino il processo dinanzi ad altro giudice (con nota di C.I. Risolo, *Ordinanza decisoria del sommario di cognizione e sua notificazione al contumace*, in *www.dirittoegiustizia.it*.)

[22] V. G. Olivieri, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme* in *Judicium*; B. Ciaccia Cavallari, voce *Contumacia*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 326; A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione,* in *Commentario al codice di procedura civile* (a cura di) E. Allorio, 1088; E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1961, p. 590-591. *Contra* v. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2012, II, p. 368, secondo cui solo l'atto d'intervento che contenga domande proposte dall'interveniente dovranno essere notificate alla parte contumace *ex* art. 292, 1° comma c.p.c.; B. Brandi, *op. cit.*, p. 467; O.G. Carbonari, *op. cit.*, p. 8; O. Lo Cigno, *La contumacia nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1986, p. 100; F. Ferrari, *sub art. 292*, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di) L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, p. 458 i quali ritengono che l'elencazione di cui all'art. 292 c.p.c. sia tassativa, con la conseguente valorizzazione sia del tenore letterale dell'art. 292 c.p.c., che indica espressamente gli atti che devono essere notificati al soggetto contumace (ai quali vanno aggiunti il verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata nei procedimenti di cognizione ordinaria e il verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata non indicata in atti notificati in precedenza. Questo per l'effetto di dichiarazione di incostituzionalità di due distinte pronunce della Corte cost. emesse in data 28 novembre 1986 n. 250, e 6 giugno 1989 n. 317), sia della portata generale della disposizione di cui al 3° comma del medesimo articolo, «Tutti gli altri atti non sono soggetti a notificazione o comunicazione», che suggerisce per l'appunto, la tassatività dell'elencazione del comma precedente. Da ciò, la citata dottrina trae una tesi restrittiva che non ammette alcuna possibilità estensiva dell'elencazione fatta dall'art. 292 c.p.c.

giuridica dell'atto di intervento e dell'atto in riassunzione, sia su una lettura sistematica degli articoli collegati alla disciplina dell'art. 292 c.p.c.:
a) a favore della possibilità che anche l'atto di intervento del successore a titolo particolare debba essere notificato al soggetto contumace depone la natura dell'atto di costituzione dei terzi nel processo, in quanto questo rappresenta un sostitutivo della citazione ed è dunque lo specifico mezzo che il legislatore ha istituito in quanto idoneo a portare a conoscenza delle parti il fatto a base dell'intervento e le richieste dell'interventore[23];
b) secondariamente, deve rilevarsi come l'art. 111, 3° comma, c.p.c., nel disporre la possibilità di estromissione dal giudizio del dante causa, afferma che «In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel giudizio e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso». Dunque, la lettera della disposizione lascia supporre che, al fine di tutelare il soggetto contumace, debba necessariamente notificarsi l'atto con il quale la parte chiede il proprio consenso all'estromissione. Infatti, se la *ratio* dell'art. 292 c.p.c. è anche quella di tutelare il soggetto contumace da quegli atti che possano essere pregiudizievoli per la parte non presente in giudizio, sicuramente fra questi potrebbe essere ricompreso l'atto con il quale la parte presti il consenso all'estromissione del dante causa dal giudizio di cui all'art. 111, 3° comma, c.p.c. Diversamente, dovrebbe darsi un significato di assenso o di diniego della richiesta di estromissione al silenzio della parte contumace[24].
c) Ulteriore argomentazione a sostegno della possibile lettura estensiva dell'art. 292 c.p.c. si rintraccia nell'orientamento che ritiene necessaria la notifica dell'atto di riassunzione ex art. 303 c.p.c. Detta tesi si contrappone all'indirizzo maggioritario poiché considera contraria alla lettera della norma l'idea che la notifica dell'atto di riassunzione debba essere compiuta solo qualora vi sia un «radicale mutamento della preesistente situazione processuale»[25]. Infatti, l'art. 125 disp. att. c.p.c. sancisce espressamente che l'atto di riassunzione dovrà notificarsi «[…] alle parti non costituite»[26]; il legislatore sembrerebbe voler garantire che il contumace venga informato della ripresa del procedimento, a seguito di un fatto anormale, «anche al fine di una eventuale costituzione tardiva, tenuto conto che nello svolgimento normale del

[23] Cass. 31 agosto 2015, n. 17328, *cit.*

[24] Tale interpretazione pare in realtà contraria alla natura di *ficta litiscontestatio* attribuita alla contumacia. Sul punto si veda altresì il punto 2, 2.2, art. 3, Fase introduttiva e di trattazione, Proposta B, Commissione Luiso, in Relazione della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi presieduta da F.P. Luiso, Proposte normative e note illustrative, la quale proponeva l'adozione del principio della *ficta confessio* nel processo contumaciale, www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf.

[25] V. nota 13.

[26] A riprova di quanto affermato si evidenzia come il legislatore non utilizzi mai la locuzione parti costituite per intendere tutte le parti in causa, ma solo quelle parti effettivamente costituite regolarmente in giudizio, v. artt. 115, 127, 133, 171 *bis*, 181, 186 *bis* c.p.c.

processo il contumace ha la possibilità di seguirne le fasi, mediante la consultazione dei registri ufficiali, cosa non altrettanto agevole nelle ipotesi di anormalità del procedimento»[27].
Appare non insuperabile l'idea prevalente[28] che collega la locuzione "parte non costituita" dell'art. 125 disp. att. c.p.c. alla disciplina prevista per il soggetto contumace dall'art. 292 c.p.c., giacché, ove il legislatore avesse voluto esprimere la propria volontà di assoggettare le parti non costituite alla disciplina ex art. 292 c.p.c.:
i) avrebbe richiamato espressamente l'articolo in questione;
ii) non avrebbe previsto, nel testo dell'articolo 125 disp. att. c.p.c., che debba essere notificato l'atto di riassunzione personalmente alle parti non costituite.
In effetti, il rischio è di stravolgere la lettera della disposizione[29].
d) Ulteriore argomento favorevole alla tesi estensiva potrebbe ravvisarsi nel principio espresso dalla Suprema corte in ordine alla notifica dell'ordinanza che ammette la consulenza tecnica. Infatti, seppure la giurisprudenza[30] abbia ritenuto non necessaria la notifica, al soggetto contumace, dell'ordinanza con la quale il giudice ammette l'esperimento della consulenza tecnica, comunque, dovrà comunicarsi a quest'ultimo l'inizio delle operazioni peritali, ai sensi dell'art. 260 c.p.c. e art. 90 disp. att. c.p.c.
e) Ulteriore tassello utile per la ricostruzione in chiave ampliativa dell'art. 292 c.p.c., è rappresentato dall'obbligo per la parte di notificare personalmente l'ordinanza che dispone l'ispezione, ex art. 258 c.p.c., ai sensi dell'art. 95 disp. att. c.p.c.[31].

---

[27] In questo senso v. A. SALETTI, voce *Riassunzione del processo (Dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 3; G. FINOCCHIARO, *Brevi considerazioni sulla pretesa non necessità della notifica dell'atto di riassunzione del processo interrotto al contumace*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1622; B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, p. 326; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963, p. 374; R. FANELLI, *La riassunzione della causa nel processo civile*, Napoli 1956, p. 33, 94, 101. Cfr. S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13a ed., Roma, 2000, p. 392, nota 10, i quali affermano che debba essere notificata la dichiarazione del convenuto di voler continuare il giudizio, che costituisce un *novum* rispetto alla domanda dell'attore contumace. Gli autori evidenziano inoltre che non sono da notificare «tutte le *comparse* che non importano una modificazione della posizione processuale iniziale».

[28] Cass. 14 marzo 2023, n. 7380, cit.

[29] Per una diversa deduzione in ordine alla obbligatorietà della notifica v. A.F. ROMANO, *Ammissibilità della costituzione davanti il collegio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 344, il quale ha ritenuto che «La notifica trova allora la sua *ratio* nella ricostruzione del contraddittorio con la controparte non in quanto contumace, ma in quanto avente istituzionalmente interesse a contraddire almeno sui profili specifici relativi alla legittimazione attiva e passiva, alla regolarità dell'atto e alla sua tempestività. Il che in alcun modo contrasta con il comune asserto giurisprudenziale che il contumace che si costituisca a seguito della (o, quando possibile, mediante la) riassunzione debba accettare la lite nella fase e nello stato in cui si trovava, perché operano nei suoi confronti tutte le preclusioni che frattanto si sono verificate» Sul punto v. Cass., 15 gennaio 1991, n. 317, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 344, con nota di A.F. Romano.

[30] Cass. 26 settembre 2012, n. 16413, cit.

[31] V. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 214; G. TRISORIO LIUZZI, *Ispezione nel processo civile*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1993, p. 197, i quali interpretano estensivamente l'art. 95 disp. att. c.p.c. *Contra* v. A. FINOCCHIARO, *Ispezione giudiziale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 958, il quale ritiene invece si tratti di un adempimento meramente facoltativo e non di un obbligo.

5. Conclusioni

La questione inerente al carattere tassativo dell'art. 292 c.p.c., presidio di equilibrio fra la sanzione[32], *lato sensu*, della non conoscenza sullo stato del processo per il contumace e la necessità di non gravare la controparte di continue notifiche[33], non pare del tutto da archiviare[34]. Vale la pena di tener a mente le parole espresse nel 1961 da Satta[35]: «la soluzione più equa [potesse] trovarsi in una interpretazione lata dell'art. 292 c.p.c., che comprenda fra le comparse contenenti domande nuove, anche quella di intervento, per il solo fatto che questa introduce un nuovo soggetto nel processo, anche se eventualmente non propone nuove domande», anche nell'ottica di una effettiva tutela del contraddittorio[36], riconducibile ai principi *ex* artt. 3, 24 e 111 Cost.[37].

Guerino Biasucci
Dottorando

[32] In ordine al concetto di sanzione nel processo v. *funditus* A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli 2018.

[33] Anche perché le ragioni che comportano la contumacia di una delle parti possono essere molteplici, non ultima, seppur discutibile, quella di una ponderata strategia processuale. Si pensi ad es. alla parte che, valutata la domanda infondata, dunque, attesa la sua improbabilità di essere accolta, decida di non costituirsi in giudizio (v. E. Redenti, *Diritto processuale civile*, op. cit., 272). Sul punto, infatti, risulta superata la tesi di coloro i quali ritenevano la contumacia una violazione degli obblighi di legge passibile di sanzione (v. V. SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, Roma, 1905, 385) in favore di una visione meno sanzionatoria (B. Brandi, *op. cit.*, 467 afferma: meno influenzata dalla concezione penalistica del processo civile), che ritiene invece la non costituzione in giudizio *de facto* una rinuncia al diritto di difesa processuale della parte (v. M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, Torino, 1864, p. 77 e L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 1, Torino, 1929, p. 517).

[34] In merito alla possibilità di un decreto correttivo volto ad armonizzare il sistema ed a superare le lacune interpretative in ordine alla disciplina del processo contumaciale v. D. D'ADAMO, *La contumacia nel nuovo giudizio ordinario di primo grado dinanzi al Tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1565.

[35] Secondo S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile,* Milano, 1966, II, 2, p. 299, è necessario che la comparsa d'intervento venga notificata personalmente al contumace, anche ove non contenga domande a questo rivolte. In relazione all'estensione dell'obbligo di notificazione anche agli atti di riassunzione del processo v. G. FINOCCHIARO, *ul. op. cit.*, p. 1622.

[36] Nello stesso senso v. anche B. Ciaccia Cavallari, *op. cit.* 326 e G. FINOCCHIARO, *ul. op. cit.*

[37] Quanto affermato, pare ancor più pregnante alla luce delle prospettive di riforma del processo contumaciale auspicate dalla Proposta della Commissione Luiso, disattese dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, con il passaggio da *ficta litiscontestatio* alla *ficta confessio* v. nota 24.



FERRUCCIO AULETTA

La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale: ricerca, informazione, insegnamento

Introduzione

L'a. presenta e coordina il Convegno organizzato dalla Rivista trimestrale open access "Il Diritto processuale civile italiano e comparato"

The author presents and coordinates the conference organised by the open access quarterly journal 'Il Diritto processuale civile italiano e comparato'.

La *Rivista* che promuove l'incontro ha una caratteristica distintiva per eccellenza: è *open access*, in quanto tale l'unica del settore in fascia A. La virtù del pubblico dominio dei suoi materiali è di esporli impudicamente a tutti, di creare relazioni immediate, e indiscriminatamente.
L'idea che sta alla base di quest'incontro, in scala, è la stessa: considerando il diritto processuale civile *as a whole*, dapprima in sé e poi al confronto con gli altri settori disciplinari, riunirne la comunità dei suoi iniziati per riflettere sopra di sé e nei confronti del prossimo, scientifico e didattico.
Si tratta del coerente sviluppo del programma culturale ed educativo della *Rivista*, nata per sperimentare le potenzialità del dominio pubblico dei dati di elaborazione scientifica in un più generale contesto di crescita degli *open data*: solo il pubblico dominio crea la piena circolarità del dibattito, soltanto per pubblico dominio può sopravvenire una più ampia legittimazione di qualsiasi proposta, e in prospettiva rendere una piccola comunità epistemica riferimento naturale dei legislatori, degli avvocati e dei giudici, a riprova del carattere veramente sociale della scienza il cui studio ci accomuna.
Naturalmente, aumentare il nostro potenziale comunicativo fa aumentare corrispondentemente la nostra responsabilità.
Ora, la fagocitazione commerciale di altre iniziative editoriali finanche più lodevoli per pionierismo (penso a Judicium.it) lasciano credere che sia il mecenatismo, prima di Bruno Sassani, adesso di Gian Paolo Califano, e – più in generale – il personalismo dell'iniziativa a costituire il limite e il problema di fondo, insieme a numerosi altri.
È tempo, allora, per riflettere intorno a una prima ipotesi: che sia una Società scientifica come la nostra, l'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, monopolista nel settore disciplinare, a dover intraprendere l'iniziativa di una comunicazione scientifica gratuitamente accessibile a tutti, filtrata da organi sociali per vocazione rappresentativi degli *stakeholders* ("gli studiosi", appunto): la nuova consiliatura dell'AISPC che qui, di fatto, si inaugura sotto la presidenza di Francesco Paolo Luiso, saprà riflettere, in particolare, sopra l'esigenza di munirsi

(e di munir-ci) di un *house organ* attraverso cui editare prodotti revisionati da pari, fruibili da chiunque raccogliendo l'invito *comprate senza denaro, senza pagare* (IS., 55-1).
Oggi le riviste scientifiche costituiscono feudi piccoli o grandi, utili più a costruire *curricula* individuali degli autori su basi quantitative che a orientare veramente i lettori nell'interpretazione e applicazione delle leggi: lo strapotere della giurisprudenza e dei suoi *open data* (facilmente e gratuitamente localizzabili) risiede anche nella pulviscolare diffusione dei punti di dibattito scientifico e nella permanente scarsità di autorevolezza, specialmente quando voglia riferirsi alla diffusione gratuita degli esiti del dibattito. Viceversa, una comunicazione all'insegna del pubblico dominio, nel tempo garantita dai cicli democratici dell'Associazione, potrebbe avviare un sistema nel quale l'identità dei nostri studi sia salvaguardata nel lungo periodo; e, al contempo, restituire alle riviste – ciascuna dal profilo fattosi incerto, di composizione accidentale, dov'è esemplarmente rarissimo il numero monografico composto da autori su invito – àmbiti di vera caratterizzazione, evitandone l'indistinta sovrapposizione e l'irriconoscibilità della linea politica (offuscata dall'assenza di autentica programmazione, lo spontaneismo dei collaboratori, e non di rado l'accidentalità dei loro stessi interessi individuali, ché è piuttosto frequente la rimestatura del lavoro professionale impostosi in quanto tale alla loro attenzione piuttosto che il tema venire dalla passione selettrice del ricercatore).
La virtù dell'esposizione al pubblico generale dell' elaborazione scientifica accresce finanche la tipologia dei prodotti della ricerca, comprendendo quelli multi-viduali: come nell'esperimento del Commentario al c.p.c. che sta conducendo Giuseppe della Pietra nella *Rivista*, immagino un più largo ricorso di fenomeni replicativi di *Wikipedia*, per intenderci, cioè modelli di costruzione non pre-concetti ma in ultimo fortemente dotati di identità culturale, e genuinamente illustrativi dello spirito del tempo.
La *Rivista* è soprattutto stata intesa come un'occasione in più per i giovani studiosi, e con loro un'occasione di ringiovanire i nostri studi: per es., la componente empirica e di analisi clinica ha caratterizzato la recente stagione di prodotti della ricerca costruiti dopo l'esperienza condotta dagli autori negli uffici giudiziari dove erano stati chiamati a contribuire alla creazione di adeguati modelli organizzativi dell'Ufficio per il Processo. Qui, gli "speciali" della *Rivista*, come quello appena divulgato coi contributi di assegnisti e borsisti impegnati nel distretto giudiziario di Napoli, vogliono essere una scintilla del dialogo tra i ceti professionali e l'Università, che a questo dialogo non può certamente sottrarsi. Oggi ci sarà dato di comprendere se il fuoco così acceso da quella scintilla – coi contributi nati dallo studio di *stock and flow* di affari di vario tipo in ciascun ufficio – merita di ardere oltre.
E sempre per l'attenzione dedicata ai più giovani si colloca il bisogno di analizzare l'attualità degli strumenti di comunicazione didattica, sembrandomi il tempo di ri-considerare l'invarianza sostanziale dell'impianto del *manuale* quale cardine del trasferimento primario delle conoscenze a dispetto del cambiamento continuo dei programmi di insegnamento (a

cominciare dal relegamento dell'esecuzione forzata fuori del corso di base: almeno all'Università, direi che *iurisdictio in sola notione consistit,* come nel 1939 Calamandrei esclamava col punto ammirativo nelle pagine della *Rivista di diritto processuale civile* sotto il titolo de *Il giudice e lo storico*).
Di tutto questo, alcuni di coloro che per esperienze, capacità di ideazione e di innovazione hanno dato ampia testimonianza al diritto processuale e vi hanno saputo aggiungere valore sono chiamati a discutere, oggi (forse) per la prima volta: l'auspicio è di ritrovarsi, in amicizia ancora, per una verifica di andamento dei risultati di questa ricognizione preliminare.

Ferruccio Auletta
Ordinario dell'Università LUISS Guido Carli

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024



ILARIA PAGNI

La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale: ricerca, informazione, insegnamento

Scienza giuridica ed editoria: lo stato dell'editoria scientifica e il diritto processuale

L'a. si concentra sull'editoria scientifica in materia di diritto processuale civile e ordinamento giudiziario.

The author focuses on scientific publishing in the field of civil procedural law and judicial order.

Sommario: 1. Premessa – 2. I "generi letterari": le differenze – 3. Editoria come fatto di cultura? – 4. La storia e la geografia dell'editoria giuridica – 5. L'importanza della giurisprudenza e l'accresciuto interesse del precedente – 6. L'incessante moto delle riforme – 7. Ancora su informazione e conoscenza. I destinatari dell'opera – 8. Conclusioni

1. Premessa

Il tema che devo affrontare rischia di essere troppo vasto e, per evitare di rimanere su un piano di eccessiva astrattezza, è opportuno individuare i binari lungo i quali il discorso si andrà a sviluppare, nella consapevolezza che molte altre cose ci sarebbero da dire, oltre a quelle che dirò.

La relazione tra scienza giuridica ed editoria dev'essere vista tanto da una prospettiva storica, perché, come sempre, il passato influenza il presente, quanto con uno sguardo alla condizione attuale nella quale l'editoria giuridica versa e alle ragioni di questa condizione. Al tempo stesso, vorrei provare a offrire, se può essere di qualche interesse per l'uditorio, il mio personale punto di vista su quella relazione, a seconda che la si veda come antitesi o come rapporto fecondo in cui la "scienza" rimane tale pur rispettando l'esigenza di un risultato economicamente sostenibile, oltre il quale l'editoria diventerebbe mecenatismo.

Il tutto, ovviamente, presuppone che si individuino prima gli ambiti nei quali il discorso si andrà a svolgere, perché è fin troppo ovvio che il tipo di opera condiziona il ragionamento, e il ragionamento cambia a seconda che si guardi al libro o alla rivista, e, per il primo, che si parli di monografia, collana, manuale, enciclopedia, trattato, commentario, codice commentato e via dicendo. Inoltre, non si può non tener conto della diversa influenza che su ciascuno di questi generi ha esercitato e sta esercitando l'abbandono della carta stampata a favore dell'editoria elettronica. Si dovrà anche accennare al ruolo che sta giocando sull'editoria giuridica l'incessante moto delle riforme, e in generale la profluvie normativa in tutti i settori, al peso che ha sui differenti generi "letterari" l'accresciuta importanza del precedente nel sistema italiano, al sempre maggiore divario che si ha tra informazione e conoscenza e alla

predilezione dai molti dimostrata per la prima, e alla rilevanza dell'aumentato numero delle Università.
Sono tutti profili che si intrecciano tra loro, condizionandosi l'un l'altro, ed è per questo che anche semplicemente il passarli in rassegna può essere utile per trovare una chiave di lettura che permetta una sistemazione del tema generale.
Il discorso verrà condotto con principale riferimento al diritto processuale, ma con considerazioni che si possono riferire anche agli altri ambiti del diritto, sia pure con le differenze rappresentate tanto da elementi strutturali (quali, ad esempio, la minore centralità del codice in altre discipline, o la platea più ampia, rispetto a quella dei giuristi, cui quasi sempre si rivolgono le altre scienze), quanto da elementi occasionali, quali la scomparsa o, all'opposto, la conservata presenza nelle diverse aree disciplinari di punti di riferimento costituiti da Maestri del passato. Punti di riferimento che non necessariamente corrispondono alle Scuole, perché assai spesso vanno anche al di sopra di esse (pensiamo ad Ascarelli, che fu larghissimo di consigli con i giovani meritevoli di varia provenienza che gli si avvicinarono), e che per questo prescindono dal fatto che, in una data materia, si possa ancora continuare o meno a parlare di queste ultime.
Ciò per arrivare a concludere che attualmente, nonostante la produzione sia meno alluvionale che altrove, non c'è una vera e propria differenza tra il diritto processuale civile e le altre discipline, mentre fino a qualche tempo fa si sarebbe probabilmente potuto dire il contrario: oggi i numeri di coloro che astrattamente possono fare la scienza del diritto (quelli che nella presentazione della Rivista di diritto commerciale Vivante e Sraffa definivano "*coloro che consacrano la mente a una elaborazione mediata dei prodotti del diritto per la sua sistemazione scientifica*") sono sicuramente aumentati in tutte le materie e anche questo è un elemento che non può non influire sulle conclusioni – ottimistiche o pessimistiche, lo vedremo alla fine - che si possono raggiungere sullo stato dell'editoria scientifica.
Quanto all'ordinamento giudiziario, non posso che rinviare alle riflessioni di Ferruccio Auletta[1]: che, nel ricollegare all'insegnamento di Chiovenda, di fatto, l'avvio dell'*iter* soppressivo dei temi ordinamentali in diritto processuale (temi cui, invece, erano stati dedicati i principali manuali di fine Ottocento, e le Istituzioni di ordinamento giudiziario e il primo volume del Commentario del codice e delle leggi di procedura civile di Mortara), osserva come il ritorno al diritto giudiziario, in una prospettiva rinnovata e collegata ai temi dell'analisi economica del processo in chiave di efficienza del sistema giustizia, segnerebbe un passo decisivo per l'evoluzione della educazione accademica del giurista.

2. I "generi letterari": le differenze

Un profilo che distingue i generi letterari è quello della possibile "politica" culturale che all'opera si ricollega. È fin troppo ovvio, infatti, che sotto questo aspetto vi sia differenza tra le riviste, da un lato, e, dall'altro, i manuali o le opere collettanee, sia pure, per queste ultime, con sfumature che dovrebbero essere diverse a seconda che si tratti di enciclopedie, trattati, commentari o codici commentati.

[1] F. AULETTA, *Per una nuova educazione al diritto giudiziario*, in *Foro it.*, 2019, V, c. 209.

La rivista si proietta nel tempo, e dunque è per essa che si pone principalmente l'interrogativo se si tratti di "*un contenitore innocuo e insignificante di materiali che si accatastano al suo interno senza ordine e garbo*" o se invece, come dovrebbe, sia "*collettività intenta nel lavoro comune, e pertanto laboratorio sperimentale e pertanto progetto in azione*"[2].
Per l'opera collettanea, che è statica, il progetto editoriale, più o meno accentuato nel trascorrere dal trattato fino al codice commentato, è certo la base della raccolta di scritti, ma, una volta che la raccolta sia terminata, al di là del lavoro di coordinamento del curatore non c'è una ulteriore necessità di tracciare disegni programmatici e di compierli (a meno che l'opera, come avviene per le enciclopedie, venga realizzata in un lungo arco di tempo e la linea editoriale cambi, anche per il passaggio di consegne intervenuto nel frattempo).
Quanto al manuale si può discutere, e ne parleranno gli autori nella apposita tavola rotonda, se e quanto questo debba riferire il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia o soltanto le opinioni dell'autore, e con quale livello di approfondimento; se e quanto il testo debba essere costruito sul modello dei casi e delle questioni o invece debba fornire le linee teoriche della materia senza cimentarsi con la concretezza dei problemi.[3] Ma al di là di questi aspetti non vi è da ragionare di "cultura" del manuale, ma soltanto di opportuna calibratura del suo contenuto rispetto ai destinatari, che potranno essere solamente gli studenti, ma anche i professionisti del diritto che acquistano manuali per conservare, e migliorare, le conoscenze acquisite all'università (nella stessa logica che si ritrova nello Zitelmann, il quale, nella proposta sulla educazione del giurista pubblicata sulla Rivista di diritto civile del 1912, ricordava di essersi sentito dire: "*noi, che conosciamo la pratica, possiamo trarre dalle lezioni infinitamente più di quanto non avremmo potuto trarne all'Università*"[4]).
Nel distinguere la rivista dagli altri generi letterari ho tenuto volutamente fuori la monografia, perché questa, a seconda che sia o meno inserita in una collana, potrebbe avere le medesime caratteristiche della rivista, e riflettere, sempre per utilizzare le parole ironiche di Paolo Grossi riferite alle riviste, "*l'azione di un burattinaio di gran rango che tira sapientemente le fila dietro le quinte*"[5], quali sono stati, nel tempo, per la Rivista di diritto processuale Chiovenda e Carnelutti, e poi Calamandrei, e per la Rivista di diritto commerciale, Vivante e Sraffa, o Anzilotti, per la Rivista di diritto internazionale; oppure non essere niente del genere, e limitarsi a raccogliere i lavori di coloro che qualcuno ha definito "gli autori coatti"[6], riferendosi alle opere scritte per il superamento di un concorso e perciò, soprattutto oggi, talora accelerate in vista della scadenza concorsuale. Anche nel primo caso, tuttavia, come scrive Irti, evidentemente pensando però a riviste in grado di confrontarsi con l'esterno, "*quando la cultura giuridica si consegna alla esclusiva dimensione del libro, allora essa ha perduto la*

[2] P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI, *Riviste giuridiche italiane*, Milano, 1987, p. 1.
[3] Per alcuni "consigli" da un editore agli autori di manuali (e, più in generale, per il punto di vista di chi, dal vertice di una nota casa editrice, guarda con ironia all'esperienza dei testi giuridici), v. F. GABRIELLI, *Per un'editoria giuridica. Tre scritti e una postilla*, Bologna-Roma, 2020, pp. 1 ss.
[4] E. ZITELMANN, *L'educazione del giurista*, trad. a cura di M. Ghiron, in *Riv. dir. civ.*, 1912, pp. 302-303.
[5] P. GROSSI, *op. cit.,* p. 3.
[6] U. FRAGOLA, *La solitudine del libro giuridico*, in *Rivista giuridica della Scuola*, 1999, p. 594.

quotidiana vivacità del dibattito, ha interrotto il dialogo con la società del tempo, e va restringendosi alla grigia cerchia dei cultori delle varie materie"[7].

3. Editoria come fatto di cultura?

Concentriamoci così sulle riviste, senza togliere niente a chi ne parlerà più avanti, ma solo perché la riflessione che si può fare per esse può essere riferita anche agli altri generi letterari quando presentino caratteristiche non troppo dissimili da quelli delle prime.

Basterebbe ricordare l'esordio della presentazione della Rivista di diritto processuale (all'epoca, con l'aggettivo "civile") nel 1924, a firma Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti ("*noi siamo convinti che lo sviluppo del diritto processuale civile in Italia, nel campo scientifico e nel campo legislativo, non solo consenta ma consigli la fondazione di una Rivista, che sia specialmente dedicata a questo ramo della scienza giuridica. (…) Ne sono rimaste fino a ieri o rimangono ancora sotto il dominio di altri rami del diritto intere zone: dall'azione alla prova, dalla cosa giudicata al fallimento. (..) La verità è che solo il punto di vista processuale può collocare questi istituti in piena luce e chiarire fenomeni giuridici, che fuori da codesto punto di vista sono destinati a rimanere un enigma*"), per cogliere il senso delle parole di Grossi nel chiedersi se le riviste siano o meno "*una comunità operante ad un fine*", e l'"*ambiente ideale per una promozione culturale*"[8].

La Rivista di diritto processuale civile si proponeva anche il compito di fornire "*consiglio e aiuto*" a legislatori e giudici e, nell'annunciare di voler costituire, per farlo, "*un grande osservatorio di diritto processuale*", costruendo la rivista in due parti, una dedicata alla dottrina e l'altra alla giurisprudenza, dichiarava espressamente di voler "*imitare schiettamente*" "*la gloriosa Rivista del diritto commerciale di Sraffa e Vivante*", fondata nel 1903[9]: un'altra rivista che tanto avrebbe condizionato la scienza del diritto da essere addirittura stata additata da Gino Giugni[10], nel convegno del 1983 organizzato dal Centro Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, come la rivista, non giuslavoristica, "*sulle cui colonne si è formato il diritto del lavoro italiano*".

Allo stesso modo, la Rivista trimestrale, seppure nata senza un programma manifesto, ma con il proposito di abbinare contributi dottrinali su temi di più vivo e attuale interesse a rassegne di giurisprudenza "*su tutta quanta la materia sia del vigente codice civile che di quello di procedura civile*", viste le "*continue interferenze dei rispettivi problemi*" (così nella presentazione di Cicu, Redenti e Ascarelli), ha rappresentato una operazione culturale nel momento in cui è sorta sul presupposto della "*coesistenza programmaticamente non competitiva tra diritto civile e diritto processuale civile*" e della inesistenza di confini tra materie strettamente intrecciate tra loro, che fossero "*determinabili con secca precisione*"[11].

---

[7] In *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane. Atti del primo incontro di studio. Firenze, 15-16 aprile 1983,* Milano, 1984, p. 67.

[8] P. GROSSI, *Chiarimenti preliminari*, in *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane*, cit., p. 15.

[9] G. CHOVENDA-F. CARNELUTTI, *op. loc. cit*.

[10] In *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane*, cit., p. 126.

[11] Così U. ROMAGNOLI, in *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane*, cit., p. 96. Su come la Trimestrale offrisse «un porto sicuro agli innovatori», v. ancora ROMAGNOLI, in G. CAZZETTA, *"Ragionevoli utopie". Cultura giuridica del lavoro e cittadinanza sociale (Intervista*), in *Quaderni fiorentini*, 2017, II, p. 768.

E riviste di giurisprudenza come la Giurisprudenza italiana e Il Foro italiano avevano il compito arduo, nel momento del passaggio da un secolo all'altro e dei primi passi dell'unificazione, di dare il senso dell'unità del diritto attraverso un inquadramento ragionato e sistematico, nelle diverse discipline, del materiale dell'esperienza giudiziaria di ogni giorno, non altrimenti attingibile per la maggior parte degli operatori.
La domanda che apriva il convegno del 1983, formulata nel questionario distribuito ai direttori e ripresa nelle parole introduttive di Massimo Severo Giannini[12], era sostanzialmente questa: se le riviste giuridiche – diverse, per natura, dalle riviste delle scienze una volta dette esatte, che sono raccolte a contenuto e indirizzo tecnico, aventi la semplice funzione di comunicazione di ricerche - siano fatti oppure mezzi di cultura, nel senso che rappresentino esse stesse dei movimenti di rilievo, com'è stato per le riviste che abbiamo ricordato, oppure siano uno strumento di registrazione e trasmissione delle diverse correnti interne al sapere giuridico.
La risposta era, già allora, che il tempo delle riviste fatti di cultura era sostanzialmente tramontato, per una serie di fattori che anche oggi, e anzi a maggior ragione, si potrebbero sottolineare come cause del fenomeno: l'accrescimento del numero dei periodici, che rende difficile, se non impossibile, seguirne la pubblicazione anche in un solo ramo di disciplina; l'abbassamento del tono delle riviste di giurisprudenza, talora passate dall'essere riviste di teoria a riviste di mero commento; la scarsità di lettori interessati; l'aumento del numero dei libri giuridici, non necessariamente di qualità.
Credo che oggi si possa aggiungere che la domanda di informazione sta sempre maggiormente prevalendo sull'esigenza della conoscenza, e questo, unitamente allo sviluppo di un certo tipo di editoria elettronica (non, cioè, l'affiancamento, o la sostituzione, dell'edizione cartacea di un libro o una rivista con quella *on line*, perché il mutamento del mezzo non cambia la qualità del contenuto, ma la diffusione incontrollata in rete di commenti alle novità normative o giurisprudenziali o di articoli a cura di chi si professa a vario titolo esperto del settore), sposta i termini del problema: che non è più tanto chiedersi quali sono i vantaggi e gli svantaggi della rivista o dell'opera collettanea che abbia una linea culturale rispetto a quella che sia invece un collettore di contributi con linee proprie, ma interrogarsi su quali siano i requisiti – al di là dei criteri di classificazione delle riviste - che consentono di determinare la stessa serietà scientifica della sede nella quale le pubblicazioni compaiono e delle pubblicazioni medesime.
In altre parole, il problema non è più ragionare sul fatto che, in fondo, l'opera (rivista o opera collettanea che sia) che progetti la propria scelta tematica risponde meno al principio del pluralismo culturale rispetto a quella che dà conto delle scelte altrui, ma al tempo stesso evita il rischio della casualità ("*saranno poi gli storici del futuro a interrogarsi su quale rapporto mai si fosse instaurato fra il mese di aprile del 2002 e il tema dell'interruzione dell'usucapione o fra il mese di agosto dello stesso anno e il tema della opponibilità della servitù non trascritta*"[13]).
Piuttosto, visto che si è espanso a dismisura il mercato dell'informazione a discapito della richiesta di approfondimento, si è ristretto in partenza lo spazio occupato dall'esigenza stessa

[12] M.S. GIANNINI, *Introduzione ai lavori*, in *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane*, cit., p. 24.
[13] F. GALGANO, *Può esistere oggi la linea culturale di una rivista?*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 450.

di progettualità e le opere che ambiscono a costruire una cultura giuridica devono fare i conti con una domanda che ha mutato radicalmente nel tempo le proprie caratteristiche.

4. La storia e la geografia dell'editoria giuridica

L'editoria italiana è la prima industria culturale del Paese, con un valore di venduto superiore a quello delle *pay tv*, del canone RAI, dei videogiochi[14], e l'editoria giuridica, insieme a quella medica, costituisce il nucleo principale dell'editoria professionale, comprendente la formazione universitaria e quella di secondo livello (libri per concorsi), ma l'editoria scientifica, sottoinsieme dell'altra, ha caratteristiche particolari, perché intercetta esigenze diverse, che sono alla base del complicato rapporto scienza-editoria.

Un rapporto complicato per la considerazione, ovvia, che l'editore vuole e deve rispettare le esigenze di mercato ("*si diventa editore per amore del libro o per la speranza di far quattrini*", constatava un editore degli inizi del secolo scorso[15]), mentre l'autore non sempre è interessato a questo aspetto: una differenza di prospettive che ha spesso condizionato il rapporto tra il primo e il secondo dal tempo dei carteggi infuocati tra Benedetto Croce e Laterza[16] fino ai giorni nostri. Senza contare, talora, le ingerenze di certi editori in scelte, anche stilistiche, che dovrebbero essere invece di esclusiva competenza degli autori, su cui ironizzano alcuni contributi[17].

Sulla tipologia di genere letterario incide la storia dell'esperienza giuridica[18].

La monografia, per esempio, vede il proprio successo per effetto della dogmatica della scuola pandettistica tedesca, che l'ha posta al centro della letteratura giuridica: una collocazione che declina con l'affermarsi di una diversa cultura all'inizio del Novecento, e che fa sì che la monografia non scompaia, ma, salve alcune eccezioni, conservi un ruolo ridotto all'interno del mondo accademico come genere colto, diffuso tra i professori e coloro che aspirano a esserlo.

Il trattato e il commentario, anch'essi generi letterari risalenti nel tempo, fioriscono già nel Trecento e nel Quattrocento con la scuola dei commentatori, che raggiunge il suo apice nei commentari e trattati di Bartolo da Sassoferrato e di Baldo degli Ubaldi: verso la fine del Settecento in Francia e Germania, e a partire dall'Ottocento in Italia, il genere letterario in parte si trasforma assumendo anche la veste dell'enciclopedia, comprensiva di ogni aspetto del diritto.

---

[14] V. il Rapporto sullo stato dell'editoria in Italia, a cura dell'Ufficio studi AIE, reperibile in *www.aie.it.*

[15] Da una selezione di scritti dei primi del '900 di A.F. FORMIGGINI, raccolti in *Lezioni di editoria*, a cura di G. SABATINI, Trieste-Roma, 2022, p. 101.

[16] Sul punto, v. V. CONTRI, *Scienza giuridica ed editoria*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea. Messina, 4-7 giugno 2002*, Milano, 2004, p. 1516.

[17] V. G. MIGNONE, *Rilevanza della forma grafica dello scritto giuridico (sul rapporto autore-editore-lettore)*, in *Enthymema*, 2011, V, pp. 230 ss. Come osserva Mignone, "*se l'autore vuol far pervenire al lettore un messaggio in un determinato codice, può l'editore variare quel codice e modificare, nel proprio interesse, il messaggio?*". Esaminando le limitazioni formali che gli editori pongono consapevolmente allo scritto giuridico loro affidato, "*sembra impossibile individuare una linea netta di confine fra ciò che è contenuto (che sarebbe di competenza dell'autore) e ciò che è forma del testo (che sarebbe di competenza dell'editore*".

[18] Sul punto, v. A. GUARNIERI, voce *Editoria giuridica nei paesi romanisti*, in *Dig. disc. civ.,* VII, Torino, 1991, pp. 380 ss.

Il manuale e il corso di lezioni universitarie, la raccolta di casi e materiali sono generi letterari che riflettono metodi e orientamenti del modo di insegnare il diritto nel tempo, e possono essere letti anche da operatori del diritto, tra i quali si diffondono.
Le Università influiscono anche sulla cartografia dell'edizione giuridica, perché è intorno a esse che spesso sono state realizzate le pubblicazioni giuridiche e si è sviluppata l'editoria[19]. Così è stato per Napoli che, nell'Ottocento, era una delle più grandi sedi universitarie d'Europa, intorno alla quale sono cresciute piccole stamperie e case editrici.
La conquista del mercato nazionale dopo l'Unità è lenta e faticosa ed è appannaggio di poche case editrici generaliste, con cataloghi ampi che includono insieme ai testi letterari e tecnici anche opere giuridiche. Poi si sviluppano case editrici specializzate (come Giuffrè o Giappichelli), o si specializzano case editrici che iniziano pubblicazioni dedicate (come Pomba, poi divenuta UTE e poi UTET).
Col tempo, l'aumentato numero delle sedi universitarie ha inciso sul panorama dell'editoria giuridica, creando una maggiore frammentazione del mercato e intervenendo, non sempre in positivo, sulle linee di tendenza che si sono ricostruite finora.

5. L'importanza della giurisprudenza e l'accresciuto interesse del precedente

Tra i fattori che influiscono sullo sviluppo di questo o quel genere letterario c'è anche l'accresciuto interesse per la giurisprudenza, ancor più stimolato dall'aumentata importanza, nel tempo, del precedente.
Nel corso degli anni alle riviste di giurisprudenza "storiche", come La Giurisprudenza italiana, così intitolata dal 1861 (ha proseguito infatti la Giurisprudenza degli Stati sardi, fondata nel 1848), e il Foro italiano, fondato nel 1876, si sono affiancati altri periodici che, sia pure in misura diversa tra loro, hanno comunque dedicato spazio, insieme ad articoli e opinioni, a pronunce annotate e itinerari. Anche la Rivista di diritto processuale e la Rivista trimestrale, che pure possono definirsi "di dottrina", sulla base del tradizionale criterio della prevalenza del contenuto, contengono da sempre note a sentenza o rassegne di giurisprudenza (quando Virgilio Andrioli fu scelto da Carnelutti e Calamandrei come segretario di redazione, nel 1945, egli già collaborava da parecchi anni con la rivista come redattore delle rassegne).
Il sempre maggior riferimento alla giurisprudenza è conseguente all'importanza che la scienza pratica ha assunto, man mano che si è ridotto il primato della dottrina nell'interpretazione del diritto e i giudici hanno progressivamente applicato sempre meno ai casi concreti l'insegnamento appreso dalle opere dei giuristi.
È anche vero che storicamente il rapporto tra la scienza giuridica e la giurisprudenza si è svolto soprattutto attraverso l'opera di professori-avvocati e che l'esercizio dell'avvocatura è stato tra i motivi principali dell'affidamento ai professori universitari della direzione e della redazione delle riviste di giurisprudenza[20]. Candian, che, oltre a essere professore e avvocato, è stato anche direttore di una rivista (Temi), rivendicava così la necessità del connubio tra teoria e pratica anche nella rivista che dirigeva: "*il costruire dottrine senza la contemplazione degli interessi che esse debbono comporre in armonia, si traduce nel denaturare una scienza*

[19] V. A. Monti, *La legge sotto il torchio*, in *PreText*, 17, 2022, pp. 44 ss.
[20] V. E. Gustapane, *Le riviste di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 2001, pp. 1559 ss.

sociale in una scienza astratta; il trattare l'interesse in concreto senza il lume delle dottrine generali, vuol dire misurare un corpo senza un metro"[21].
La complessità e fattualità del diritto pos-moderno, accentuata dalla Costituzione, che è "*un breviario di principi generato dalla identificazione di valori*"[22], e il riferimento costante al diritto vivente da parte della Corte costituzionale, hanno attribuito col passare degli anni alla giurisprudenza un ruolo sempre più centrale, del quale si è perciò tenuto maggiormente conto anche in opere diverse dalla rivista, sia pure con gradazioni differenti a seconda del genere letterario.
Ha fatto il resto l'importanza crescente del precedente (qui inteso come enunciazione di regola giuridica generale e non nel senso stretto di decisione relativa a un caso particolare, che, per quanto universalizzabile, è fondata sull'analisi dei fatti[23]). Una importanza dovuta anche alle norme sulla responsabilità del magistrato, alle previsioni in materia di impugnazioni e, oggi, di rinvio pregiudiziale.
Per effetto dell'art. 374 c.p.c., che ha introdotto il vincolo per le sezioni semplici della Cassazione, il giudice non è obbligato a emettere una pronuncia di contenuto conforme, ma, di certo, gli è impedito di emettere una pronuncia di contenuto difforme[24]. Il meccanismo orizzontale e circolare delineato dall'art. 374 si presenta come uno strumento capace di assicurare una ordinata evoluzione del diritto vivente, garantendo che le spinte innovative provenienti dalle sezioni semplici si realizzino e si incanalino in un contesto di coerenza e di solidità argomentativa ed evitando, nel contempo, che il *revirement* determini incalcolabilità del diritto, imprevedibilità della decisione e disuguaglianza tra gli utenti del servizio giustizia[25].
Il precedente giurisprudenziale, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e financo dalle Sezioni unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto e pertanto non è vincolante, invece, per il giudice del merito; tuttavia, osserva la Cassazione[26], in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti non può essere né gratuita, né immotivata, né immeditata, ma dev'essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile, e ciò avviene più facilmente se esplicitata a mezzo della motivazione: non si ha un obbligo di applicare il precedente, ma vi è comunque un obbligo di motivare la decisione nella quale il precedente non viene applicato.
L'importanza crescente della giurisprudenza e lo spazio che occupa nelle diverse forme dell'editoria scientifica non sono stati accompagnati da una crescita dell'interesse verso di essa da parte di quella dottrina che sarebbe in grado di dominare il dato giurisprudenziale senza farsene mera portavoce. Spesso l'analisi delle pronunce è affidata alle persone più

[21] A. CANDIAN, *Avvocatura,* Milano, 1949, p. 40.
[22] Così P. GROSSI, *Storicità* versus *prevedibilità: sui caratteri di un diritto* pos-moderno*,* in *Questione giustizia*, 2018, 4, p. 23.
[23] V. M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 129; sull'equivalenza tra precedente e giurisprudenza – parola importata dalla Francia nel corso del secolo XIX, ove era usata nel senso di precedente, v. G. GORLA, voce *Enciclopedia*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 490.
[24] In questi termini F.P. LUISO, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite,* in *Giur. it.,* 2003, p. 819.
[25] Così A. GIUSTI, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, p. 134.
[26] Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, in *Giur. it.*, 2019, p. 2420 ss., con nota di A. TEDOLDI, *Responsabilità civile del giudice, clausola di salvaguardia e "patafisica" del diritto*.

giovani, ma occorrerebbe la capacità di fare quell'opera di scienza con le note redazionali e osservazioni anche senza esprimere opinioni personali, che Andrioli elogiava nel 1946, raccomandando l'importanza del "giornalismo giudiziario" dalle pagine della Rivista di diritto processuale[27]; se poi il compito è svolto dai professionisti, quasi sempre si limitano a consultare le banche dati e a fare informazione, più che cultura, senza riuscire ad offrire quel valore aggiunto rappresentato dall'apertura di un vero dialogo con la magistratura che si riscontrava, invece, nelle riviste e nelle altre opere del secolo scorso e che oggi, nel complesso, è fenomeno abbastanza recessivo.
Non basta, infatti, registrare l'esperienza, quale è data dal materiale giurisprudenziale, ma occorre, nel farlo, riuscire ad accostare maggiormente la giurisprudenza alla dottrina e la dottrina alla giurisprudenza: fare cultura in questo caso significa saper selezionare, presentare ed elaborare il materiale dell'esperienza giudiziaria di ogni giorno, dandone una sistemazione scientifica che serva insieme gli interessi della cultura e della pratica.

6. L'incessante moto delle riforme

Soprattutto in materia processuale, ma non solo, si assiste da tempo a un moto perpetuo di riforme.
Nel diritto processuale la costante ricerca del rito ideale, che permetta di raggiungere l'obiettivo dell'efficienza senza rinunciare all'effettività, ha prodotto, soprattutto negli ultimi anni, continui interventi sul codice e sulle leggi speciali, con l'effetto di rendere più interessanti, per il pubblico, quelle opere che tengono dietro con rapidità al mutare del dato normativo, senza che sempre vi sia, nella platea dei destinatari dei contributi, la capacità di capire che spesso si tratta di lavori di pressoché nullo spessore scientifico e neppure in grado di andare oltre la semplice lettura e descrizione delle novità.
Codici commentati, libri scritti e pubblicati in tempi strettissimi su argomenti di stretta attualità, articoli che compaiono su siti *on line*, non sempre filtrati da un accurato referaggio, sono diventati la gran parte dell'editoria di questi anni e sono quelli che incontrano maggiormente il favore del pubblico.
Se in passato si diceva che tre parole del legislatore erano sufficienti a mandare al macero intere biblioteche[28], oggi, al contrario, ogni minima novità normativa determina una smodata produzione di opere di commento, spesso non accompagnata da alcuna adeguata riflessione. L'esegesi prende il posto dello studio del sistema.
È, questo, l'effetto della continua rincorsa della novità, della incapacità di una riflessione solitaria nel fruitore del diritto (sono passati i tempi in cui si poteva dedicare alle biblioteche un contributo come quello di Guido Alpa a "La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento"[29]), del bisogno di una informazione che si ferma prima della soglia della vera conoscenza. La tecnologia fa il resto, perché asseconda l'esigenza di celerità.

[27] V. Andrioli, *Giornalismo giudiziario*, in *Riv. dir. proc*., 1946, I, p. 205 ss.
[28] J.H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft,* Heidelberg 1988, pp. 28 s.
[29] Quale quello di G. Alpa, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 321 ss.

7. Ancora su informazione e conoscenza. I destinatari dell'opera

Se è vero che la disaffezione per la carta stampata non è un fenomeno nuovo (nel 2010 Virga ne lamenta gli effetti come di un fatto ormai acquisito da anni[30]) e che la pandemia non ha fatto che accelerare uno sviluppo, quello dell'editoria digitale, che era comunque già da tempo inarrestabile (nel Rapporto sull'editoria 2021 si legge che il 2020 ha funzionato come una sorta di macchina del tempo[31]), il problema non sono i motori di ricerca, le banche dati o i siti *on line*, ma l'uso erroneo che ne viene fatto e la circostanza che l'insieme di queste tre cose abbia finito per suggerire ai più giovani, ma non solo a essi, che quello che non si trova nella rete o comunque in forma digitalizzata non abbia importanza e possa essere trascurato.

Si dà più peso alla novità che alla rilevanza scientifica del contributo, si dimentica che far ricerca è anche poter vedere quello che un motore scarta, ci si appaga del risultato che chiunque potrebbe raggiungere (soprattutto ai tempi dell'intelligenza artificiale), senza avvedersi che la differenza la fa proprio la capacità di trovare la soluzione ai quesiti trascorrendo da un passato anche remoto al presente e andando oltre l'aiuto della macchina. Nessuno richiede una abnegazione ascetica o immagina pazienti ricerche in archivi polverosi o minuziose indagini su temi complicati.

E tutti sanno che l'immediatezza oggi è un valore.

Ma si tratta di un valore-mezzo, non di un valore-fine[32], allo stesso modo in cui, se si può convenire con le parole di Irti di qualche anno fa (ormai "*il sapere deve 'servire', deve 'impiegarsi'*". "*Parole nuove, e per secoli inaudite, risuonano negli antichi palazzi: credito formativo, competizione, efficienza, abilità, test, competenza, servizi. Queste parole, come tutte le parole, non sono innocenti. Il linguaggio della filosofia idealistica ha ceduto il posto al linguaggio della tecno-economia*"[33]), ciò non significa, però, che si debba cambiare modo di intendere il diritto, soprattutto per il diritto processuale civile che consente ancora di fare sistema. Quel diritto, infatti, diversamente da quel che è accaduto per altre discipline (pensiamo al diritto privato, la cui unità sistematica si è dissolta in una pluralità di microsistemi, per effetto dell'incedere della legislazione speciale e dell'importanza dei cd. diritti secondi), è pur sempre ancora incentrato sul codice (oltre che sulla cornice costituzionale e sovranazionale) e su principi di base relativamente stabili, a dispetto delle riforme: il che non si può dire per diritti speciali che dipendono assai di più da politiche sociali o economiche contingenti, o da valori differenti, tanto da richiedere, da tempo, insegnamenti sempre più frazionati.

Né la produzione editoriale dovrebbe essere condizionata troppo, come invece è, dalla tipologia dei destinatari cui si rivolge: per quanto sia ovvio che il linguaggio utilizzato dev'essere calibrato su chi legge, e perciò vari a seconda che si realizzino riviste rivolte anche a un pubblico professionale oppure si scrivano manuali, codici commentati, enciclopedie, trattati e monografie, ciò non significa che il saggio dottrinale debba necessariamente equivalere a un'opera di sterile dogmatismo o che un ragionamento metodologicamente ben

[30] G. VIRGA, *L'editoria giuridica tra presente e futuro*, in *blog.lexitalia.it*, 25 settembre 2010.

[31] Consultabile in *www.aie.it*.

[32] V. M. FABIANI, *Per la qualità delle conoscenze giuridiche, tra nostalgia e tutela dei diritti*, in *Corr. giur.,* 2016, p. 512.

[33] N. IRTI, *La formazione del giurista nell'università del «saper fare»*, in *Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata*, 2010, p. 33.

impostato non possa essere seguito da chiunque abbia una preparazione universitaria che comunque, sulla carta, gli consente di farlo. In altre parole, dovrebbe essere la qualità dei lettori a migliorare grazie alla qualità delle letture e non la profondità degli scritti a diminuire in base al tipo di destinatario cui l'editore immagina di volersi rivolgere.

8. Conclusioni

Avevo aperto offrendomi di esprimere, se può essere di qualche interesse per l'uditorio, il mio personale punto di vista sul rapporto scienza-editoria (intendendo quest'ultima come legittima esigenza commerciale) e sulla condizione in cui versa il diritto processuale, tentando un paragone con le altre discipline.

I due temi sono collegati, non solo perché la prospettiva processuale – prendendo a prestito le parole dell'esordio della rivista fondata da Chiovenda e Carnelutti – consente di collocare in piena luce fenomeni giuridici altrimenti destinati a rimanere scarsamente comprensibili, ma anche perché, più pragmaticamente, il processo è materia complicata, e al tempo stesso la sua conoscenza è necessaria per molti, e certamente lo è per tutti gli avvocati che si occupano del contenzioso, indipendentemente dalle specializzazioni. Questo dovrebbe giustificare un interesse dell'editoria per la materia e permettere così un dialogo fecondo in cui la "scienza" rimane tale pur rispettando l'esigenza di un risultato economicamente sostenibile.

Purtroppo, invece, non è solo il fatto che i numeri di coloro che astrattamente dovrebbero fare la scienza del diritto, aumentati in tutte le materie, sono cresciuti anche nella disciplina processuale, ad aver determinato un inevitabile scadimento della qualità offerta, ma è anche la domanda ad aver cambiato veste, perché i fattori che ho finora ricordato (che spiegano, ma non giustificano, il sopravanzare del bisogno di informazione sul desiderio di approfondimento), accompagnati dalle facilitazioni offerte da un certo tipo di editoria digitale, hanno snaturato il rapporto con la dottrina e trasformato quello che un tempo era un dialogo aperto tra i filosofi e i cultori del diritto positivo[34] nella sostanziale disattenzione dei secondi verso il pensiero dei primi.

Non volendo, però, concludere queste pagine con una nota pessimistica, mi permetto di suggerire a chi, nonostante tutto, ancora ama la scienza giuridica, di avere un po' di pazienza e non smettere di svolgere al meglio il compito di studioso e di scrittore, senza cedere alla facile tentazione di offrire al pubblico quel che il pubblico vuole e ricordando sempre che gli studenti di oggi saranno i lettori di domani. E allora, pur senza voler resistere a una tendenza alla digitalizzazione che è inarrestabile e che ha certamente moltissimi vantaggi, suggerisco di provare a spiegare già agli studenti quali sono le differenze tra una lettura su carta e una lettura a video, in modo che sappiano scegliere quando compiere l'una e quando invece l'altra, e indirizzarli a fare un uso intelligente delle banche dati e dei motori di ricerca, senza rinunciare alla ricerca manuale.

[34] V. F. CARNELUTTI, *Chiose,* in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 429.

Nel 1935 un editore scriveva che "*il libro, come noi lo intendiamo, il libro come esce dalle stamperie e dalle case editrici odierne e quale è conservato da alcuni secoli nelle attuali biblioteche non sarà più concepibile in avvenire*" e "*apparirà eccessivamente ingombrante*". "*I libri saranno riprodotti in piccoli films di sostanza idonea, non infiammabile. Le pagine saranno così ridotte a pochi millimetri e i volumi, racchiusi in tubetti di alluminio simili a quelli in cui i farmacisti vendono certe pillole, occuperanno uno spazio minimo. Una biblioteca di 10 mila volumi occuperà non un salone ma una minuscola bacheca, una biblioteca di 100 mila volumi, non un palazzo ma una modesta stanza*".[35]
È quel che è accaduto, e ciò ha avuto enormi vantaggi. Ma il rischio è che un domani quella stanza sia completamente vuota. Per questo, occorre insistere col dire che per operare seriamente, ai vari livelli, non basta l'opera divulgativa, già superata non appena edita, né è sufficiente ricercare l'ultima pronuncia della Cassazione o leggere il commento a caldo dell'ultima modifica normativa, ma è necessario che già chi legge, oltre a chi scrive, miri a padroneggiare e a saper sistemare la tumultuosa creatività della giurisprudenza e la profluvie degli interventi del legislatore. Solo così, guardando al lato di chi scrive e di chi pubblica, si potrà, senza inutili nostalgie e tuttavia chiedendo "*ai laboratori passati di svelare i segreti delle interne fabbricazioni*"[36] per adeguarli a un mondo che è cambiato, recuperare quel rapporto fecondo tra scienza giuridica ed editoria al quale ci hanno abituato Maestri ed editori del passato e costruire l'editoria scientifica del futuro.

Ilaria Pagni
Ordinario dell'Università degli Studi di Firenze

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024

[35] A.F. FORMIGGINI, op. cit., p. 135.
[36] P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit., p. 2.



DOMENICO DALFINO

La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale: ricerca, informazione, insegnamento

I periodici di informazione scientifica e il diritto processuale civile

L'a. discorre delle riviste scientifiche e del relativo regolamento del direttivo ANVUR

The author discusses scientific journals and the relevant regulation of the ANVUR board

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le riviste scientifiche di area civilistica e la necessaria componente processualcivilistica. – 3. Lo spazio riservato e l'attenzione dedicata al diritto processuale civile dalle riviste scientifiche: variabili. – 3.1. Tipologia delle riviste. – 3.2. Contenuto dell'informazione. – 3.3. La politica editoriale e la linea culturale. – 3.4. Riviste scientifiche a stampa, riviste scientifiche digitali (o elettroniche), riviste scientifiche "miste". – 3.5. L'esigenza di tempestivo aggiornamento. – 3.6. Le esigenze del mercato e della concorrenza. – 3.7. Il fenomeno dei quaderni o fascicoli monografici.

1. Premessa.

Nell'ampia categoria dei "periodici di informazione scientifica" rientrano sia le riviste di mera divulgazione scientifica sia le riviste scientifiche in senso stretto.

In base alle indicazioni fornite dall'ANVUR nel «Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree cun 8a, 10, 11a, 12, 13 e 14» (approvato con Delibera del Consiglio Direttivo ANVUR n. 306 del 21 dicembre 2023 e che ha sostituito il precedente Regolamento del 20 febbraio 2019) – "Criteri di classificazione delle Riviste ai fini dell'Abilitazione Scientifica Nazionale", non sono valutabili (sempre ai fini del Regolamento), le riviste a carattere esclusivamente informativo su temi di attualità, costume, politica, cultura o altro, di mera divulgazione (cfr. art. 2, 3° comma) oppure, peggio ancora, di c.d. «Riviste predatorie» (art. 14)[1].

Invece, ai sensi dell'art. 2, 1° comma: «Sono soggette a valutazione da parte dell'ANVUR, per le finalità del presente Regolamento, le pubblicazioni periodiche di natura scientifica, a stampa e/o digitali, dotate di codice ISSN e censite nei repertori nazionali o internazionali»[2].

[1] Quelle, cioè, che «presentino in tutto o in parte le seguenti caratteristiche: a. assenza di procedure di revisione prestabilite, trasparenti ed effettive, ovvero presenza di procedure di revisione solo apparenti; b. tempi e costi di pubblicazione non allineati con le consuetudini del settore; c. azioni e comportamenti ingannevoli di promozione e pubblicità; d. scarsa chiarezza delle informazioni relative alla direzione e agli organi decisionali».

[2] Fermo restando che si considerano valutabili, per le finalità del Regolamento, «*le pubblicazioni che: a. prevedano l'edizione di più unità (fascicoli, volumi, numeri), con continuità e senza una data di conclusione predeterminata; b. prevedano unità di pubblicazione formalmente identificabili e citabili (numerate e datate), che risultino in sé concluse e permettano l'identificazione al loro interno dei singoli contributi (tramite numerazione progressiva delle pagine e/o codice DOI assegnato a ciascun articolo); c. prevedano la pubblicazione di non meno di cinque articoli scientifici per anno (escludendo dal computo*

Inoltre, ai fini dell'inclusione negli elenchi delle Riviste Scientifiche (e negli elenchi di Classe A), «è necessario che la Rivista sia caratterizzata da regolarità di pubblicazione, e che sia dunque verificata la corrispondenza tra la periodicità dichiarata e i fascicoli effettivamente pubblicati nel periodo di osservazione» (art. 9, 1° comma); «le Riviste devono essere dotate di un sito o di una pagina web che presenti: a. gli obiettivi e gli ambiti scientifici della Rivista; b. il Codice etico della Rivista o dell'Editore; c. le informazioni relative alla composizione e ai compiti degli organi editoriali; d. le informazioni relative alle procedure di revisione fra pari; e. gli indici per ciascuna unità di pubblicazione (fascicoli, volumi, numeri), che devono risultare disponibili in accesso aperto; f. gli abstract, in Italiano e in Inglese, dei contributi pubblicati almeno negli ultimi 3 anni, che devono risultare disponibili in accesso aperto; g. le informazioni relative alle eventuali opzioni di pubblicazione dei contributi in accesso aperto e alle relative licenze; h. le informazioni relative agli eventuali costi richiesti per la pubblicazione – anche con specifico riferimento alle opzioni di pubblicazione in accesso aperto» (art. 10); - «è necessario che gli organi editoriali siano composti da studiosi provenienti da Università ed Enti o Istituti di ricerca o da studiosi ed esperti provenienti da Istituzioni pubbliche e Enti privati di comprovata qualificazione e prestigio, sia italiani che esteri» (art. 11, 2° comma); «è necessario che la Rivista sia dotata di un Codice etico, pubblicato sul proprio sito o pagina web, conforme alle indicazioni del Committee on Publication Ethics (COPE)», che contempli la descrizione delle procedure di revisione tra pari, la definizione delle fattispecie e delle modalità di gestione del conflitto di interessi, la definizione delle modalità di gestione delle pratiche contrarie all'integrità scientifica, la descrizione delle procedure previste per consentire la pubblicità del dibattito successivo alla pubblicazione e dei meccanismi per permettere – con modalità documentate e trasparenti per il pubblico dei lettori – eventuali modifiche e correzioni agli articoli già pubblicati, ovvero il loro ritiro; le politiche di supervisione degli aspetti etici delle pratiche di ricerca; le politiche dedicate agli aspetti relativi all'acquisizione dei consensi e delle liberatorie per la pubblicazione e l'accessibilità, anche in modalità aperta, di testi, dati, immagini, audio e video, nel rispetto degli standard disciplinari e di eventuali vincoli di riservatezza; le politiche sulla proprietà intellettuale, compresi la gestione del copyright e le licenze di pubblicazione» (art. 12, 1° comma).
E ancora: «Costituiscono requisiti minimi necessari per il riconoscimento della scientificità le seguenti caratteristiche delle procedure di revisione adottate: a. il procedimento di revisione tra pari deve essere almeno a singolo cieco (single blind), salvo quanto previsto all'art. 18 del presente Regolamento; b. in ciascun fascicolo, tutti i contributi rilevanti ai fini della

contenuti quali editoriali, premesse, prefazioni, postfazioni e introduzioni a carattere non scientifico, indici, abstract, poster, elenchi e schede bibliografiche, riproduzioni integrali o sommarie di dibattiti, annunci o sintesi di manifestazioni scientifiche)» (art. 2, 2° comma).

classificazione (con le esclusioni definite all'art. 2 c. 2, lettera c) devono essere sottoposti a revisione tra pari» (art. 13, 4° comma).
A questa categoria di riviste sono rivolte le considerazioni che seguono.

2. Le riviste scientifiche di area civilistica e la necessaria componente processualcivilistica
Le riviste scientifiche (nell'accezione su delineata) di area civilistica non possono non presentare una componente processualcivilistica. L'affermazione – alquanto netta, ma altrettanto scontata – scaturisce dalla funzione strumentale che il processo civile svolge rispetto al diritto sostanziale[3].
Lo studio del solo diritto sostanziale conserva la propria rilevanza nella misura in cui regola la vita dei consociati e compone il conflitto di interessi attraverso una "coordinazione di volontà" ovverosia quando una "lite" (nel senso carneluttiano del termine)[4] non c'è. Invece, in presenza di una condotta in difetto o in spregio del diritto, sorge un "contrasto di volontà", che necessita di nuova regolamentazione. Questa esigenza può essere soddisfatta attraverso l'accesso alla giurisdizione e l'esercizio del diritto (processuale) di azione. Tra le tante possibili "porte di ingresso" alla tutela e all'attuazione dei diritti, quella del processo è senza dubbio indefettibile per "tutti" e in senso necessariamente "effettivo" (art. 24, 1° comma, e 113 Cost.; art. 47 Carta di Nizza; art. 6 e 13 Cedu)[5].
Il diritto processuale civile, dunque, si alimenta di quello sostanziale, che, a sua volta, a fronte di una rottura della linearità che dovrebbe caratterizzare lo svolgimento del rapporto giuridico, perde le sue "coordinate" ed entra, per così dire, in aspettativa, in attesa, cioè, che intervenga una nuova, speciale, disciplina. Dalla fisiologia alla patologia e di nuovo alla fisiologia del rapporto, e così via.
Vi è ancora di più. Il processualcivilista, nell'interessarsi del caso concreto nella sua dimensione dinamica, ha il preciso compito di non fermarsi all'elemento formale, alle

[3] V., da ultimo, G. COSTANTINO, *La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione* (Intervento al XXXIV Convegno nazionale A.I.S.P.C. - Napoli, 22-23 settembre 2023).
[4] F. CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, I, p. 9 s.
[5] Il processo rappresenta una delle "porte" di accesso alla tutela dei diritti, che, a differenza di altri strumenti stragiudiziali di composizione della controversia, è indefettibile. Invero, anche di tali altri strumenti (in specie, quelli autonomi, nei quali, cioè, la soluzione della controversia è rimessa alla autonomia negoziale delle parti e l'accordo che la contiene costituisce un atto di volontà e non di accertamento, come avviene per il processo e per gli strumenti eteronomi), indipendentemente dalla possibilità di individuarne una copertura costituzionale (se del caso, nell'art. 2 Cost.), il processualista non può non occuparsi e, anzi, se ne occupa sempre più a partire dal 2010 (con il d.lgs. 28/2010, contenente la disciplina della mediazione in materia civile e commerciale, modificata da ultimo dal d.lgs. 149/2022), poi dal 2014 (con il d.l. 132/2014, conv. con modif. in l. 162/2014, concernente la disciplina della negoziazione assistita da uno o più avvocati, anch'essa modificata dal d.lgs. 149/2022) e, infine, dal 2021-2022 (con la l. delega 26 novembre 2021, n. 206 e il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che alla tradizionale prospettiva dell'alternatività hanno sostituito quella complementarità rispetto alla giustizia giurisdizionale: cfr., se vuoi, D. DALFINO, *Introduzione*, in AA.VV., *La nuova "giustizia complementare"*, *Gli Speciali Foro it.*, a cura di D. Dalfino, Roma-Piacenza, 2024).

disquisizioni teoriche, che, se appagano l'appetito speculativo, non sempre colgono il bisogno di effettività che la domanda di tutela (segnatamente, l'esercizio del diritto di azione) porta con sé. In ciò si realizza la sua chiamata alle armi e l'utilità dell'impegno cui è votato. In fondo, la finalità del processo non è semplicemente quella di risolvere una lite, di pacificare, ma è soprattutto quella di attuare i diritti, dando contenuto concreto alla ricerca di giustizia.
Tornando al tema oggetto del mio intervento, l'ineliminabile interessenza tra diritto sostanziale e diritto processuale dovrebbe portare a concludere che una rivista giuridica scientifica di area civilistica è destinata a dedicare spazio al dibattito processualistico. Invero, reciprocamente, anche una rivista giuridica scientifica di area processualcivilistica non potrebbe non attingere costantemente al diritto sostanziale; tuttavia, di questo aspetto (in particolare, di questa categoria di riviste) non mi occuperò, poiché ad esso è dedicata altra sessione dell'odierno incontro[6].

3. Lo spazio riservato e l'attenzione dedicata al diritto processuale civile dalle riviste scientifiche: variabili

Assodato che le riviste scientifiche non possono non riservare spazio e dedicare attenzione al diritto processuale civile, è utile provare a passare in rassegna le possibili variabili sulla cui base questo spazio e questa attenzione vengono definiti, avvertendo fin da ora della loro frequente combinazione e, comunque, nella consapevolezza che altre ancora, qui non immaginate, ve ne possano essere.

3.1. Tipologia delle riviste.

Una prima variabile da considerare è quella corrispondente alla tipologia di rivista scientifica, sotto l'aspetto dell'area disciplinare e del contenuto dell'informazione.
Guardando all'area disciplinare, occorre operare una distinzione tra riviste scientifiche di area processualcivilistica, riviste scientifiche specialistiche di altre aree disciplinari e riviste scientifiche "generaliste" (non disciplinari).

---

[6] Le brevissime notazioni appena svolte mirano anche a sottolineare un altro collegato profilo, che può essere sintetizzato nel seguente interrogativo: a chi spetta occuparsi del diritto processuale civile (non solo nelle riviste)? La risposta a tale interrogativo sembra fin troppo banale, ma il dubbio sorge dalla osservazione di un frequente fenomeno di annessione al diritto sostanziale – sotto forma di "moduli" didattici o di insegnamenti veri e propri – di taluni ambiti appartenenti alla materia processuale (e tra questi, va inserito a pieno titolo l'ambito della "giustizia complementare"). Non mi riferisco tanto al caso del diritto delle procedure concorsuali (*border line*, nei suoi contenuti, con il diritto commerciale) quanto a quello del diritto (processuale) di famiglia o del diritto (processuale) dell'immigrazione o del diritto (processuale) del lavoro, e così via (si potrebbe allargare lo spettro di osservazione e rivendicare il ruolo dei processualisti rispetto al diritto processuale amministrativo, al diritto processuale tributario, al diritto processuale contabile, e così via).
Lungi dal volere ingaggiare una polemica sul punto, vale la pena sottolineare che lo studio del processo non può divenire ostaggio di spartizioni estemporanee, perché il rischio è che se ne perda l'unitarietà sistematica, della quale i processualisti dovrebbero restare gelosi custodi. Un rischio che potrebbe trovare concreta realizzazione, se anche nelle riviste scientifiche fosse riproposto il medesimo fenomeno di annessione cui ho appena accennato.

Orbene, se la rivista è di area processualcivilistica, è fin troppo ovvio che i suoi contenuti siano incentrati sulla materia specialistica. In tal caso, si tratta, semmai, di verificare quale attuazione abbia il fenomeno reciproco, vale a dire in quale misura la rivista riesca a cogliere le imprescindibili connessioni con il diritto sostanziale, quale sensibilità essa dimostri di avere verso il caso concreto e la vicenda fattuale che ha dato origine alla controversia.
È sufficiente rimarcare che, sebbene nel corso della vita di alcune riviste si sia assistito talvolta all'affermazione del modello "rivista-persona" (costruita, cioè, attorno alla personalità di uno o più direttori scientifici o ai loro *desiderata*)[7] e che tale modello abbia anche portato a contrasti e a moti di reazione interni[8], nel complesso quelle connessioni e quella sensibilità hanno rappresentato e rappresentano tuttora il frutto di un programma culturale condiviso.
Naturalmente, per le riviste scientifiche specialistiche di altre aree disciplinari il discorso è diverso, poiché lo spazio e l'attenzione dedicati al diritto processuale civile possono variare, a loro volta, in base alla singola area disciplinare e al fatto che le controversie di settore investano questioni processuali generali oppure specifiche.
Ad esempio, almeno a partire dall'entrata in vigore della l. 533/1973 (e soprattutto in tempi più recenti, dopo l'introduzione del c.d. rito Fornero nel 2012 e la sua abrogazione nel 2022), le riviste di diritto del lavoro si occupano, oltre che dei principi e del sistema, spesso soprattutto dei risvolti processualistici della materia.
Anche le riviste che si occupano del diritto commerciale destinano riflessioni di portata considerevole alle questioni processualistiche. Basti pensare al tema delle ricadute nel processo della trasformazione e della fusione societaria, della cancellazione dal registro delle imprese, della scissione, del trasferimento di azienda, della cessione in blocco di beni e rapporti, della cartolarizzazione dei crediti, della idoneità esecutiva dei titoli di credito, e così via.
Le riviste scientifiche di area privatistica sembrano preferire occuparsi dei principi generali, salvo quando assumono un taglio prettamente specialistico (ad esempio, con riferimento al diritto di famiglia, rispetto al quale lo spazio riservato alle problematiche che investono i rapporti con il processo, già ampiamente arate a partire dagli anni '70, ha trovato nuova linfa grazie alle riforme attuate tra il 2014 e il 2022).

---

[7] Cfr. F. CIPRIANI, *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 321 ss., spec. p. 325 ss.
[8] È noto il diverbio sorto in seno alla *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, tra W. Bigiavi ed E. Redenti, all'epoca condirettori, a causa della pubblicazione da parte del primo di uno scritto autocelebrativo (anche se dichiaratamente ironico), dal titolo *Scritti quasi-giuridici in onore di me stesso, compiendosi il mio cinquantesimo anno* (1954), offensivo nei confronti del collega («Redenti ha, come il papa, il dono della infallibilità. Come lo ha conseguito? È semplice: da anni non scrive più un rigo; dunque, non può sbagliare»). Fu rapida la reazione di Redenti, che, presentò le proprie scuse ai lettori nella stessa rivista, seguita dalla chiosa, nient'affatto pentita, di Bigiavi. Un diverbio che portò quest'ultimo a lasciare la condirezione della rivista e a fondare, nel 1955, la *Riv. dir. civ*.

Invece, nelle riviste scientifiche che potremmo definire "generaliste", spesso a contenuto prevalentemente giurisprudenziale (v. *infra* § 3.2), la considerazione del diritto processuale civile trova tendenzialmente maggiori ostacoli, dovuti alla naturale vocazione (e perciò necessità) di gestire questioni rientranti in molteplici settori o aree "disciplinari" (anche non civilistiche).

3.2. Contenuto dell'informazione.

Un'altra variabile consiste nel fatto che la rivista scientifica presenti un contenuto di informazione giurisprudenziale o di "informazione dottrinale".

Si è già detto che le riviste "generaliste" spesso sono impostate nel primo senso[9].

Orbene, è evidente che l'informazione relativa agli orientamenti giurisprudenziali, attuata attraverso la sola pubblicazione del testo delle pronunce e, a maggior ragione, di massime o *abstract*, non è idonea a conferire alla rivista il carattere della scientificità, ma la riduce ad un bollettino. Dunque, nell'inserire il contenuto di informazione giurisprudenziale tra le variabili che possono incidere sull'attribuzione di uno spazio più o meno ampio al diritto processuale civile, ci si riferisce alle riviste che si preoccupano di corredare il panorama giurisprudenziale di un corpo di note di commento e/o di aprire virtuali tavoli di confronto, sotto forma di approfondimento scientifico-dottrinale, sulle questioni decise.

A questo proposito, viene spontanea un'osservazione.

Se è vero che le riviste scientifiche di informazione giurisprudenziale sono quelle che non si limitano a registrare l'esperienza, ma contribuiscono alla formazione di una "cultura giuridica"[10], ci si può domandare in quale misura questa "cultura" sia influenzata dal trattamento dell'informazione giurisprudenziale e dalla selezione dei materiali e soprattutto con quali criteri si dovrebbe provvedere al trattamento e alla selezione (rilevanza e novità della questione, autorevolezza dell'ufficio giudiziario, mutamento di orientamento, conflitto interpretativo, rilevanza o notorietà delle parti e così via), senza correre il rischio di operare colpevoli o maliziose manipolazioni. È agevole rispondere nel senso che la credibilità di una siffatta tipologia di rivista dipenda dalla sua capacità di emanciparsi da qualsivoglia condizionamento ideologico e personale.

Ciò detto, a proposito della distinzione tra riviste di area processualcivilistica, riviste specialistiche di altre aree disciplinari e riviste "generaliste", si può ribadire che lo spazio

[9] Cfr. E. Gustapane, *Le riviste di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1559 ss.

[10] Cfr. A. Lener, *La «cultura» delle riviste di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 269 ss. Il testo riproduce l'intervento tenuto nel celebre incontro di studi fiorentino di circa quarant'anni fa (15-16 aprile 1983), dal titolo «La "cultura" delle riviste giuridiche italiane» (i cui atti sono stati pubblicati a cura di P. Grossi, Milano, 1984), organizzato dalla Redazione dei "Quaderni fiorentini" e dal «Centro Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno» e presieduto da Massimo Severo Giannini, cui si deve riconoscere il grande merito di avere allestito un «singolare e straordinario» banco di lavoro su un problema riconosciuto già all'epoca tanto «grave e intricato» quanto «essenziale per la comprensione delle vicende dell'esperienza giuridica nel secondo Ottocento e nell'intiero Novecento».

riservato e l'attenzione dedicata al diritto processuale civile variano da un massimo inevitabile (le prime), a livelli intermedi, a seconda della specifica area "disciplinare" e della natura, generale o specifica, delle questioni oggetto delle controversie di settore (le seconde), a livelli minimi, in base alla necessità di realizzare un obiettivo informativo che tenga conto di molteplici settori o aree "disciplinari", anche non civilistiche (le terze).
E questo vale anche per le riviste di "informazione dottrinale", volendo intendere con questa locuzione l'informazione, a sua volta, scientifica, cioè quella che, ai sensi dell'art. 17 del citato Regolamento ANVUR, sia fornita attraverso contributi pubblicati che utilizzino in modo corretto «strumenti metodologici, analisi critica e accuratezza della informazione bibliografica» (e che, ai fini dell'inclusione della Classe A, siano «caratterizzati da originalità, utilizzo rigoroso degli strumenti metodologici e profondità dell'analisi critica, oltre che dalla ricchezza e pertinenza delle fonti e dell'informazione bibliografica, nonché dalla rilevanza del posizionamento all'interno del dibattito internazionale (ove rilevante per la disciplina)».

3.3. La politica editoriale e la linea culturale

La politica editoriale e la linea culturale inevitabilmente incidono sulla dedizione della rivista scientifica alle questioni di diritto processuale civile.
Affinché la rivista non sia un «magazzino del diritto», un «mero serbatoio di materiali» (per quanto utilissimi), occorre che abbia un programma, un progetto, uno scopo, una identità, che riescano a sopravvivere ai suoi fondatori e a non mutare con l'avvicendamento dei direttori. Insomma, un programma, un progetto, uno scopo, una identità che possano essere lasciati in eredità, coniugando continuità e rinnovamento.
La politica editoriale e la linea culturale, a loro volta, sono connessi a diversi fattori: - la compagine della direzione; - il rapporto tra proprietà e direzione; - i destinatari (o lettori ideali) della rivista.
La direzione di una rivista raramente, ormai, è affidata ad una sola persona. La necessità (connaturata all'esigenza di informare in maniera obiettiva e imparziale e completa e imposta dalle leggi del mercato) di assicurare pluralismo delle prospettive e l'opportunità di condividere le responsabilità portano ad allargare la compagine di chi si deve occupare della selezione e disseminazione dei contenuti (oltre che delle procedure di revisione).
Sotto questo punto di vista, l'attenzione al diritto processuale civile, quando non si tratti di riviste specialistiche dell'area disciplinare, dipende molto dalla sensibilità del collegio dei direttori e, naturalmente, dal fatto che tra questi figuri ... almeno un processualcivilista.
Anche la proprietà della rivista è destinata a condizionare le scelte della direzione. È vero che i direttori, nell'accettare l'incarico, conoscono o dovrebbero conoscere la politica editoriale e, quindi, le opzioni di fondo della casa editrice. Tuttavia, nulla esclude che, durante il corso della vita di una rivista, la proprietà cambi, fermi restando i precedenti direttori oppure che, indipendentemente dalla condivisione con questi ultimi, possa decidere di effettuare virate o

accomodamenti della linea editoriale anche in relazione all'obiettivo di assecondare esigenze e preferenze dei destinatari (fenomeno, quest'ultimo, al quale può accompagnarsi la standardizzazione del "taglio" e dei criteri di selezione dei contenuti in corrispondenza della concentrazione di più riviste in capo ad un unico proprietario, oltre che una eccessiva attenzione ai profitti piuttosto che ai contenuti).
Questi mutamenti possono riflettersi sulla informazione relativa alle questioni di diritto processuale civile.
Infine, la politica editoriale e la linea culturale di una rivista dovrebbero prendere in considerazione e mettere a fuoco i destinatari, i soggetti cui la rivista stessa intende rivolgersi, il target dei lettori ideali. Non è detto che questi debbano necessariamente appartenere ad una cerchia ristretta, poiché il novero può allargarsi fino a ricomprendere il "giurista" a tutto campo (accademici, avvocati, giudici, altri professionisti o possibili interessati).
Orbene, più si allarga la sfera dei destinatari, più rischia di ridursi l'interesse per le questioni strettamente processualcivilistiche. La consapevolezza della imprescindibilità di dar conto delle interconnessioni tra diritto sostanziale e processo non sempre si accompagna alla necessità di adattarsi alle esigenze del mercato, che può privilegiare l'approfondimento del primo e sottovalutare la rilevanza del secondo.

3.4. Riviste scientifiche a stampa, riviste scientifiche digitali (o elettroniche), riviste scientifiche "miste"

La selezione dei materiali (giurisprudenziali o dottrinali) deve fare i conti con l'eventuale limite dello spazio disponibile per la pubblicazione.
Le riviste interamente a stampa soffrono maggiormente questo limite, in ragione dell'aumento del prezzo e della reperibilità della materia prima destinata all'editoria, a loro volta connessi all'aumento generale dei prezzi dell'energia. Il contingentamento del numero delle pronunce pubblicabili con il frequente ricorso alla tecnica degli "*omissis*" e del numero e delle dimensioni dei contributi dottrinali ospitabili, costituisce una conseguenza di questo fenomeno.
Per le riviste elettroniche il problema dello spazio disponibile, in linea di massima, non dovrebbe proprio porsi e se si pone, comunque non in questi termini. La selezione dei materiali, infatti, non è legata ai costi, ma ad alcuna delle variabili innanzi viste (principalmente, area disciplinare, politica editoriale e linea culturale).
Sta di fatto che aspetti, quali la possibilità della contestuale consultazione da parte di più utenti, la maggiore rapidità dei tempi di pubblicazione, l'interattività, la più ampia gestibilità dei contenuti[11], rendono più agevole e appetibile (sia per gli studiosi che intendono

[11] Cfr. A. De Robbio, *Periodici elettronici nel ciberspazio*, in https://www.aib.it/aib/sezioni/emr/bibtime/num-iv-3/derobbio.htm.

pubblicarvi, sia per i destinatari) l'accesso alla rivista. Il che favorisce di certo la possibilità di riservare spazio e attenzione anche a questioni più di nicchia, tra le quali figurano spesso quelle processuali.
Infine, le riviste "miste", che si propongono, cioè, sia in modalità a stampa sia in modalità elettronica. Il contenuto può variare in base alle scelte editoriali.
Quando accade che la versione cartacea contenga solo un certo tipo di materiale (ad esempio, le massime o gli *abstract* delle pronunce giurisprudenziali con le relative note di commento e anche gli articoli di dottrina) e rinvii a quella elettronica a fini integrativi oppure che la versione elettronica informi (attraverso *newsletters* o rubriche di primo approfondimento) circa le novità giurisprudenziali e normative, riservando al cartaceo la vera e propria selezione dei materiali ospitabili e l'approfondimento più ponderato, è più facile che al diritto processuale civile sia dedicato spazio, ferme restando le variabili su indicate.

3.5. L'esigenza di tempestivo aggiornamento

Il dinamismo delle riviste scientifiche si misura dalla loro capacità di fornire un tempestivo aggiornamento sulle novità giurisprudenziali e normative, oltre che sulle prime letture delle une e delle altre da parte della dottrina. Non è detto che la tempestività dell'aggiornamento assicuri la concorrenzialità della rivista, se ad essa non si accompagnano qualità dei contributi, completezza e precisione dell'informazione, chiarezza espositiva.
Il processualcivilista è ormai abituato, più di altri giuristi, a un atteggiamento frenetico da parte del legislatore[12], che alimenta la necessità di aggiornamento dell'informazione normativa, ma anche, di conseguenza, quella giurisprudenziale e dottrinale. Anche questa rappresenta una variabile dell'attenzione e dello spazio dedicato al diritto processuale civile.

3.6. Le esigenze del mercato e della concorrenza

Può accadere che più riviste adottino la stessa politica editoriale e le stesse tecniche di pubblicazione. In tal caso soprattutto, matura l'esigenza di far meglio e prima delle altre. Ad esempio, la pubblicazione in anticipo di una sentenza o l'autorevolezza di un commento (anche alle novità normative) possono fare la differenza. Naturalmente, anche questo fattore può incidere sulla scelta di occuparsi del diritto processuale civile, ferme restando le altre variabili innanzi indicate.

3.7. Il fenomeno dei quaderni o fascicoli monografici

Alcune riviste scientifiche hanno adottato un utilissimo espediente, che consente, allo stesso tempo, di garantire tempestività e completezza dell'informazione, qualità dei contributi, ponderato approfondimento. Si tratta dei c.d. quaderni o fascicoli monografici, dedicati a

[12] Cfr. G. COSTANTINO, *Perché ancora riforme della giustizia?*, in www.questionegiustizia.it, 2021.

specifici temi o a questioni di carattere generale, che possono avere ad oggetto novità normative o giurisprudenziali oppure proporre i risultati di incontri di studio oppure ancora illustrare l'operatività delle prassi degli uffici giudiziari.
Al processo civile sono stati dedicati numerosi quaderni o fascicoli, anche da riviste di area non specialistica.

Domenico Dalfino
Ordinario dell'Università degli Studi Aldo Moro

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024



ANDREA PANZAROLA

La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale:
ricerca, informazione, insegnamento

La classificazione delle fonti e il ruolo delle società scientifiche: l'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile

L'a. concentra il suo intervento sul ruolo delle associazioni scientifiche nella classificazione delle fonti.

The author focuses on the role of scientific associations in the classification of sources.

Sommario: 1. Il quadro generale. – 2. Forme, contenuti ed effetti. – 3. Partecipazione.

1. Il quadro generale.

Intendo tematizzare la disciplina della classificazione delle riviste nelle c.d. aree non bibliometriche in rapporto al ruolo da essa attribuito alle società scientifiche. In quelle aree è notoriamente ricompresa l'Area scientifica 12 (Scienze giuridiche). È non meno risaputo che, fra le società scientifiche dell'area giuridica, rientra anche l'Associazione della quale sono membri, a diverso titolo, molti dei partecipanti al convegno (Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: Aispc). Affronto l'argomento – così puntualizzato – focalizzandomi sulla descrizione del sistema di classificazione delle riviste. Mi interessa chiarire anzitutto come funziona tale sistema. Sullo sfondo resta la valutazione di esso, per come articolato nella normativa di riferimento. Del resto, solo dopo avere delucidato i profili caratteristici di questa normativa è possibile esprimere un giudizio al riguardo. Pur così delimitato, il compito che mi è stato assegnato è tutt'altro che agevole. Il fatto è che le forme organizzative e le procedure delineate dalla disciplina universitaria (sul piano generale e nello specifico settore sotto esame) hanno acquisito nel tempo una crescente complessità. La classificazione delle riviste è stata introdotta nel 2012 ed attribuita (con un comma di un allegato di un decreto ministeriale, poi sostituito da un altro decreto ministeriale nel 2016) alla competenza dell'ANVUR (Agenzia nazionale per la valutazione del sistema universitario e della ricerca), istituita con legge 24 novembre 2006, n. 286, ed organizzata secondo le norme di un regolamento del 2010 (D.P.R. n. 76 del 2010). Si ricorderà che la legge del 2006 cit. attribuisce all'ANVUR la c.d. VQR (Valutazione della qualità della ricerca), nella sua duplice articolazione, vale a dire nelle forme della valutazione esterna della qualità della attività di ricerca, da un lato, e della vigilanza e coordinamento delle attività di valutazione interna – demandate cioè ai nuclei di valutazione degli atenei –, dall'altro lato. Il che probabilmente spiega, o concorre a spiegare, le

interferenze (starei per dire il nesso cogente) fra la disciplina della classificazione delle riviste e il meccanismo della VQR[1].
Conviene altresì rimarcare, sul piano cronologico, che la assegnazione della competenza all'ANVUR in materia di classificazione delle riviste si è avuta nel 2012, in epoca quindi successiva alla c.d. legge Gelmini (l. 30 dicembre 2010, n. 240), che, come tutti sanno, ha istituito – nell'art. 16 – la c.d. ASN (abilitazione scientifica nazionale). E l'attuazione dell'art. 16 della legge Gelmini ha infine determinato la introduzione del sistema della classificazione delle riviste. Sta qui la ragione della relazione profonda che intercede fra il sistema di classificazione delle riviste e la procedura di ASN[2] (una relazione che, ovviamente, traspare anche nella nuova tornata cosiddetta "Ponte" dell'abilitazione scientifica, ancora basata sui settori concorsuali, ultimamente soppiantati, come noto, dai c.d. gruppi scientifico-disciplinari). In effetti, l'attuazione dell'art. 16 della legge Gelmini ha investito, per così dire, due livelli. Il primo livello è costituito dal regolamento per il conferimento dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso al ruolo dei professori universitari: dapprima, il D.P.R. 14 settembre 2011, n. 222; poi (ed è il regolamento attualmente in vigore), il D.P.R. 4 aprile 2016, n. 95. Il secondo livello è rappresentato dai decreti ministeriali che, nel tempo, hanno dato esecuzione ai regolamenti predetti sulla ASN, fissando i criteri (qualitativi) e i parametri (quantitativi) tanto per la valutazione dei candidati (ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale), quanto per l'accertamento – secondo modalità, come risaputo, più selettive – della qualificazione degli aspiranti commissari. In questi decreti ministeriali si ravvisa il fondamento della competenza dell'ANVUR in materia di classificazione delle riviste. A seguito della adozione di un primo decreto ministeriale del 2012 (D.M. 7 giugno 2012, n. 76) ha avuto inizio la attività di classificazione delle riviste ad opera dell'ANVUR. Il D.M. n. 76 del 2012 è stato poi sostituito dal decreto ministeriale attualmente in vigore: D.M. 7 giugno 2016, n. 120.
Da questo sguardo panoramico, direi quasi di sorvolo, alla genesi della competenza dell'ANVUR in materia di classificazione delle riviste, derivano alcune indicazioni generali che aiutano a comprendere il modo assolutamente peculiare in cui funziona la relativa disciplina nel nostro Paese, nel suo duplice collegamento con la valutazione della qualità della ricerca (VQR) e con la abilitazione scientifica nazionale (ASN). L'ulteriore profilo degno di menzione

* Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.

[1] Cfr., da ultimo, artt. 5 e 15 del Regolamento ANVUR sulla classificazione delle riviste (approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 306 del 21/12/2023).

[2] Per limitarsi al Regolamento ANVUR sulla classificazione delle riviste (approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 306 del 21/12/2023), si vedano i commi 5 e 10 dell'art. 7.

ha a che fare con il rispetto del principio di legalità. Non c'è una norma primaria in tema di classificazione delle riviste e di attribuzione delle relative competenze al Ministro e, di riflesso, all'ANVUR. C'è soltanto un allegato di un D.M. Oggi posso limitarmi ad osservare che la questione (se vi sia o meno un potere *ad hoc* conferito dalla legge al Ministro in tema di classificazione delle riviste e di attribuzione all'ANVUR della relativa competenza) si pose alcuni anni fa. Penso ad un celebre caso del 2015, propiziato da un ricorso giurisdizionale amministrativo proposto dai direttori della rivista "Diritto e processo amministrativo". Il quadro normativo era formalmente diverso dall'attuale (erano in vigore il D.P.R. n. 222 del 2011 e il D.M. n. 76 del 2012, cit.), ma le osservazioni del Consiglio di Stato in proposito (cfr., in particolare, Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584) mi sembra che possano egualmente riferirsi alla situazione odierna. È vero – rilevò il Consiglio di Stato – che né la legge Gelmini né il regolamento sulla ASN (allora vigente: come detto, D.P.R. n. 222 del 2011) discorrono espressamente di classificazione delle riviste. Ma non basta questo per sostenere che il potere del Ministro (espresso allora con il D.M. n. 76 del 2012, cit.) non sia fondato su di una norma primaria. Il Consiglio di Stato, a quanto pare, valorizzò allo scopo le deleghe contenute nella legge Gelmini (fra le quali spicca quella di cui all'art. 5, co. 1, lett. c**,** che ha previsto l'obiettivo della introduzione, in sede ministeriale, sentita l'ANVUR, di un sistema di valutazione *ex post* delle politiche di reclutamento degli atenei, sulla base di criteri definiti *ex ante*).

2. Forme, contenuti ed effetti.

Come anticipato, la disciplina della classificazione delle riviste risale al 2012. Richiamo segnatamente l'Allegato 2 (allegato B) del Decreto Ministeriale 7 giugno 2012, n. 76. Nell'enumerare i "settori concorsuali cui si applicano gli indicatori di attività scientifica non bibliometrici", si stabiliva in quell'allegato che, relativamente a ciascun settore, l'ANVUR, "anche avvalendosi dei gruppi di esperti della Valutazione della Qualità della Ricerca e delle società scientifiche nazionali", suddivide le riviste (sulle quali hanno pubblicato gli studiosi italiani) in tre classi di merito (le riviste di classe A, riconosciute come eccellenti; le riviste di classe B, che godono di buona reputazione presso la comunità scientifica di riferimento e hanno diffusione almeno nazionale; la classe C era destinata a tutte le altre riviste scientifiche). Nel 2016 le cose cambiano. Mi riferisco alla disciplina (attualmente in vigore) contenuta nell'allegato 4 (allegato D) del Decreto Ministeriale 7 giugno 2016, n. 120 (si tratta, lo voglio evidenziare di passata, dello stesso allegato che fissa gli indicatori per i candidati alla ASN; l'allegato 5 si riferisce, invece, agli aspiranti commissari). È confermato l'oggetto della disciplina, additato ancora una volta nei settori c.d. "non bibliometrici" (identificati dal comma 1 dello stesso allegato). Muta per converso il procedimento, dal quale sono estromesse le società scientifiche. Si prevede che l'ANVUR eserciti i suoi poteri in argomento "anche avvalendosi di esperti e revisori anonimi". Cambia pure la suddivisione delle riviste, incentrata ora sulla determinazione dell'elenco di tutte le riviste di carattere scientifico e sulla

individuazione del “sottoinsieme” delle riviste di carattere scientifico denominate “di classe A” (“riconosciute come eccellenti a livello internazionale”, in dipendenza del “rigore delle procedure di revisione” e della “diffusione, prestigio e impatto nelle comunità degli studiosi del settore”). Relativamente alla classificazione delle riviste in “classe A”, si stabilisce che – nell'ambito di quelle che adottano la revisione tra pari –, l'ANVUR verifichi, in contemplazione delle caratteristiche del settore concorsuale, il possesso di almeno uno dei seguenti criteri: la qualità dei prodotti scientifici raggiunta nella VQR dai contributi pubblicati nella rivista (nel che si può agevolmente riscontrare un esempio di quel nesso cogente – sul quale ho dianzi richiamato l’attenzione – fra il modello italiano di classificazione delle riviste e il sistema di valutazione della qualità della ricerca); o, in via alternativa, il “significativo impatto della produzione scientifica, laddove appropriato”.

Sono presenti a chiunque le ricadute pratiche della classificazione delle riviste, in genere, e della inclusione delle stesse in “Classe A”, in particolare. Ne voglio ricordare due, l’una – probabilmente più nota – afferente alla ASN, l’altra – comunque significativa – concernente l’accreditamento dei dottorati. Sin dal 2012, la classificazione delle riviste è essenziale quanto al calcolo degli “indicatori” dell’ASN. E lo è in una duplice prospettiva: nei confronti di coloro che partecipano all’ASN, per un verso, e nei riguardi degli aspiranti commissari alla medesima procedura di abilitazione, per altro verso. È qui inutile ricordare cosa sia da intendere con il lemma “indicatori”. Tutti coloro che sono oggi presenti al convegno hanno senz’altro una familiarità più o meno spiccata con il linguaggio che ha finito per imporsi nel settore universitario (un linguaggio plasmato da modelli tratti dalle “scienze dure” e nel quale figurano i “criteri” – elementi di giudizio suscettibili di una valutazione di carattere qualitativo –, i “parametri” – elementi di giudizio che sono suscettibili di una quantificazione e quindi possono essere valutati mediante il risultato di una misura – e finalmente gli “indicatori”, vale a dire gli strumenti operativi tramite i quali è consentita la “quantificazione” e così la misurazione dei parametri).

Si situa qui un rimarchevole riflesso del modo in cui si manifesta in Italia la valutazione della produttività scientifica (di singoli ed università) in quanto correlata alla classificazione delle riviste. Alludo al c.d. “valore-soglia”, che nel gergo burocratico designa il valore di riferimento di un “indicatore” (al quale dovrebbe corrispondere un adeguato grado di impatto della produzione scientifica). Ecco allora il doveroso riferimento ad un’altra importante fonte da valutare ponderatamente, quando ci si ponga ad appurare quali siano le conseguenze prodotte dalla disciplina della classificazione delle riviste. Tale fonte è rappresentata dal D.M. 8 agosto 2018 (alla base del quale sta l’art. 4, co. 2, D.P.R. 4 aprile 2016, n. 95, cit. e così la delega al Ministro per fissare, sulla scorta di una proposta dell'ANVUR – e sentito il CUN –, i valori-soglia degli indicatori che devono essere raggiunti per conseguire l’abilitazione scientifica nazionale). È in questo decreto del 2018 che sono individuati, nella cornice della ASN, i “valori soglia” così per i candidati come per i commissari (valori “aggravati”, per così

dire, riguardo ai secondi). Come tutti sanno, tali valori –diversificati (oltre che, come accennato, tra candidati e commissari, pure) a seconda che si tratti di accedere alla abilitazione di prima o di seconda fascia – hanno per punto archimedeo il numero degli articoli, fra l'altro "in classe A". Ma gli effetti associati alla classificazione delle riviste non si esauriscono qui. Tornando all'altro aspetto menzionato in precedenza, sottolineo adesso che, a partire dall'a.a. 2017-2018, dal possesso di un certo numero di contributi su rivista (anche, se non soprattutto, di "classe A") derivano significativi effetti in ordine all'accertamento della qualificazione scientifica del collegio dei docenti e così ai fini dell'accreditamento dei corsi di dottorato di ricerca[3].

3. Partecipazione.

La competenza dell'ANVUR in materia di classificazione delle riviste è stata da ultimo esercitata con l'adozione del Regolamento approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 306 del 21 dicembre 2023[4], nel quale – mentre sono fissati i "Criteri di classificazione delle Riviste ai fini dell'Abilitazione Scientifica Nazionale" – viene disciplinato "l'impiego di criteri, parametri e indicatori per la classificazione e l'aggiornamento degli elenchi delle Riviste Scientifiche e delle Riviste di Classe A previsti dal Decreto Ministeriale 7 giugno 2016, n. 120" (art. 1). Solo il 14 marzo 2024 sono stati pubblicati gli elenchi aggiornati delle riviste (validi ai fini della valutazione dei candidati nel II quadrimestre alle procedure per il conferimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale 2023-2025). Come leggo dal sito istituzionale dell'ANVUR, l'aggiornamento include le riviste valutate dai Gruppi di lavoro Riviste a seguito delle istanze o segnalazioni pervenute entro gennaio 2023 e approvate dal Consiglio Direttivo dell'Agenzia entro il mese di febbraio 2024[5].

Balza all'occhio (per considerare il periodo successivo alla adozione del D.M. n. 120 del 2016, cit.) una certa mutevolezza nella disciplina di riferimento forgiata dall'ANVUR. Il nuovo regolamento approvato nel dicembre del 2023 ha difatti sostituito un regolamento di poco precedente del 2019, che aveva a sua volta preso il posto di quello del 2016 (poi modificato nel 2017). Non sono chiare le ragioni di questi ripetuti interventi in materia, né esse sono deducibili dalla lettura dell'ultimo regolamento approvato del 2023. Né in questo, né nel regolamento del 2019 compare d'altronde quella premessa esplicativa che viceversa si rinveniva vuoi nel regolamento del 2016 vuoi nella successiva versione di esso del 2017[6]. Non

[3] Cfr. art. 4, co. 1, lett. b, D.M. n. 45 del 2013, nonché punto 4 delle Linee guida per l'accreditamento delle sedi e dei corsi di dottorato allegate alla nota MIUR n. 11677 del 14 aprile 2017.

[4] Valevole per le Aree CUN 8a, 10, 11a, 12 (Scienze giuridiche), 13 e 14. Quanto all'entrata in vigore del regolamento, v. art. 19.

[5] Si segnala, nel sito istituzionale, che ulteriori istanze o segnalazioni sono tuttora in corso di valutazione. L'aggiornamento inoltre, include integrazioni di codici ISSN riferiti a riviste già classificate in precedenza.

[6] Nella premessa di questo regolamento si leggeva, fra l'altro, "che è intendimento dell'ANVUR apportare modifiche al Regolamento stesso alla luce dell'esperienza maturata nei primi mesi della sua applicazione e dei suggerimenti ricevuti".

risulta, per di più, che siano state adottate (quantomeno sino alla data del convegno) delle linee guida, viceversa approvate nell'ottobre del 2019 con riferimento al precedente regolamento del 2019. È notevole che, nelle linee guida del 2019, la classificazione delle riviste praticata in ambito italiano venga riallacciata alla "consolidata tradizione internazionale di valutazione esperta delle sedi di comunicazione scientifica, utilizzata in molti paesi (Spagna, Norvegia, Belgio, Finlandia e altri)". Il che consente di collocare la disciplina sotto esame in un panorama più vasto. Il sistema spagnolo, pure evocato, non sembra peraltro in alcun modo omologabile al sistema italiano di classificazione delle riviste (nei suoi rimarcati particolarissimi collegamenti con l'abilitazione scientifica nazionale e con la valutazione della qualità della ricerca). Non è d'altro canto casuale che le linee guida non richiamino le esperienze, a noi più vicine, francese e tedesca. In Francia la classificazione delle riviste riguarda, in effetti, solo le "scienze dure".

Il regolamento del 2023 riflette inevitabilmente la scelta compiuta a livello ministeriale nel 2016 di modificare la platea dei soggetti chiamati ad interloquire con l'ANVUR nel procedimento di classificazione delle riviste. Ho già segnalato che, nel vigore del D.M. n. 76 del 2012, l'Agenzia provvedeva alla suddivisione delle riviste (nelle tre categorie *olim* previste) avvalendosi pure del contributo delle società scientifiche nazionali. Al loro posto, il D.M. n. 120 del 2016 ha inserito "esperti e revisori anonimi". Ebbene, nel regolamento ANVUR del 2023 (nel quale compaiono sette richiami alla "comunità scientifica": artt. 6, 12, 16) vi è un unico riferimento alle società scientifiche, nell'art. 4 (Procedimento di valutazione a seguito di istanza di classificazione). Tale disposizione, nel determinare fra l'altro i soggetti legittimati a proporre le istanze per l'inclusione negli elenchi delle riviste scientifiche e/o delle riviste di Classe A, menziona pure "studiosi interessati o società scientifiche" ("che dovranno fornire, d'intesa con i Direttori e/o con gli Editori di Rivista, tutte le informazioni e la documentazione necessarie alla valutazione, pena l'esclusione dalla procedura"). Ci si può tuttavia domandare se uno spazio ulteriore (che vada cioè al di là della fase concertata di impulso, nei modi descritti, alla classificazione) per le società scientifiche sia ricavabile da quelle previsioni del regolamento del 2023 che ripetutamente alludono alla "comunità scientifica", la quale, dopo tutto, in quelle società trova il luogo privilegiato di espressione (e, sebbene non possa affrontare la questione come meriterebbe, penso, ad esempio, all'art. 6, co. 4, e così alle documentate segnalazioni provenienti dalla "comunità scientifica" ai fini del declassamento di una rivista). In sintonia con la soluzione accolta a livello ministeriale nel 2016, l'ANVUR si giova del contributo, vorrei dire, atomistico dei singoli membri delle comunità scientifiche. Mi riferisco al c.d. "Gruppo di lavoro Riviste" (GDL), in carica per tre anni (e suddiviso in sottogruppi). I membri dei GDL sono nominati a seguito di pubblica manifestazione di interesse rivolta ai professori di prima e seconda fascia (questi ultimi, muniti di abilitazione di prima fascia ASN), scelti da un elenco e con certi requisiti di imparzialità e indipendenza. Il medesimo approccio "atomistico" è all'opera pure nel caso in cui nel GDL non esistano le

competenze necessarie per formulare una valutazione adeguata sulla singola rivista (potendosi, allora, lo stesso GDL avvalere di revisori esterni che operano in modo anonimo e a titolo gratuito).

Quando pensiamo alla tradizione veneranda della nostra Associazione (Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile), lo facciamo – ammettiamolo con franchezza – sempre con un certo orgoglio, probabilmente non ingiustificato, se si considerano i tre maestri[7] (Enrico Redenti, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti) che si adoperarono per la sua costituzione, a Firenze, il 12 gennaio 1947. Concorre, del resto, a rinsaldare, in ciascuno di noi, un sentimento consimile il fatto risaputo che la nostra è tra le più antiche società scientifiche di area giuridica in ambito nazionale (la stessa Società italiana di Filosofia del diritto[8], istituita nel 1935, dovette fatalmente interrompere la sua attività durante la Seconda guerra mondiale, per riprenderla soltanto nel 1948). Ebbene, si deve constatare che la nostra Associazione, al pari di tutte le altre di area giuridica, non ha che un ruolo assai marginale nel complessivo procedimento di classificazione delle riviste (una marginalità, per giunta, sensibilmente accresciutasi, come già precisato, dopo le modifiche apportate dal D.M. n. 120 del 2016, cit.). Eppure il coinvolgimento delle associazioni scientifiche sarebbe prezioso, quantomeno per illustrare il comune sentire della comunità scientifica di riferimento sui temi più vari che toccano l'argomento sotto esame. Non va trascurato, in termini generali, che il retroterra concettuale del complessivo sistema di classificazione delle riviste è improntato, ora più ora meno, a modelli "quantitativi"[9]. Si direbbe che la classificazione delle riviste si compie nella modalità (che, secondo alcuni, costituirebbe una tara originaria del sistema nella sua globalità) della oggettivazione e con determinazioni numeriche. Ma chi potrebbe anche solo ipotizzare la purezza e il rigore di determinazioni consimili? Per fare un esempio, chi potrebbe sostenere che il limite del 20% contemplato nell'art. 11, co. 3[10], del Regolamento ANVUR del 2023 è appropriato e non arbitrario? La mia impressione è che, quanto le associazioni scientifiche di area giuridica non possono fare da sole, possano farlo collettivamente, vale a dire – come oggi si usa dire – nel "secondo livello". Penso cioè alla Casag (Conferenza Nazionale delle Associazioni rappresentative della comunità scientifica nel campo degli studi giuridici) che, statutariamente, ha il compito di rappresentare alle "istituzioni competenti" le problematiche

[7] Ma il ricordo si slarga evidentemente a tutti quegli altri maestri che, nel corso dei decenni, hanno in vario modo e a vario titolo profuso le loro energie nella nostra Associazione. Sono nomi talmente noti che è inutile, almeno in questa occasione, enumerarli.

[8] Oggi Società italiana di Filosofia giuridica e politica.

[9] Si assiste, con l'imposizione di tali modelli "quantitativi", al dileguare delle determinazioni – "qualitative" – costitutive delle scienze umane. Sullo sfondo si intravede l'ennesima riproposizione del dibattito su *Geistes-* e *Naturwissenschaften*.

[10] L'art. 11 del regolamento ANVUR del 2023 si occupa della "composizione degli organi editoriali". Nella parte che qui interessa, il co. 3 di tale articolo stabilisce che gli organi suddetti "non possono inoltre prevedere più del 20% di componenti accademici in quiescenza. Quest'ultimo vincolo può essere innalzato fino a un massimo del 40% in casi eccezionali e con adeguate motivazioni, su proposta del GdL e con deliberazione del Consiglio Direttivo".

comuni delle associazioni rappresentative della comunità scientifica nel campo degli studi giuridici dell'Area scientifica 12. Non posso inventariare in questa giornata le numerose iniziative – d'altronde assai note – assunte con ponderatezza e senso della misura, negli ultimi mesi, dalla Casag nell'interesse collettivo delle associazioni che vi aderiscono (dalla revisione delle Tabelle delle classi di laurea e delle declaratorie dei gruppi disciplinari – con la previsione per tutti i gruppi della medesima definizione quanto ai profili didattici e metodologici – alla formulazione di proposte, altrettanto equilibrate che condivise, in tema di VQR, di corsi di dottorato e, in genere, di formazione del giurista, ecc.). Nella sede della Casag, le singole associazioni si offrono (non in teoria, ma nei fatti: esistenzialmente, chioserei) mutualmente sostegno, perseguendo "politiche" comuni (compartecipando, per dir meglio, alla loro definizione ed attuazione nell'interesse generale). Credo, insomma, che un rapporto genuino con la "macchina" della classificazione delle riviste (impedito singolarmente alle associazioni di settore, per essere atomisticamente riservato al singolo docente) possa essere recuperato attraverso la oculata attività della Casag (è del resto interesse comune che la disciplina sotto esame non sia, o comunque non appaia, manifestazione di una unilaterale pianificazione dall'alto, per presentarsi invece quale espressione di un lavoro corale, arricchito dalla valorizzazione di istanze condivise provenienti dal basso). Piuttosto, resta da chiedersi, nel dominio del diritto processuale civile, se lo statuto della nostra Associazione sia pienamente in linea con la sopravvenuta dimensione collettiva dell'operare delle società scientifiche o se, per converso, non occorra una sua ricalibratura corrispondente alle nuove esigenze in vario modo connesse alla attività della Casag. Lo statuto dell'Aispc, originariamente approvato il 4 novembre 1952, ha subito due successive modificazioni: la prima nel 1989, la seconda nel 2011 durante il convegno urbinate. Tali modifiche, come noto, hanno tuttavia riguardato unicamente i profili organizzativi della Associazione. Non hanno viceversa inciso su altre caratteristiche disposizioni che profilano i suoi compiti[11]. Si deve quindi alla saggezza degli organi direttivi se la nostra Associazione, in contemplazione di un quadro statutario immutato,

[11] L'art. 2 dello Statuto è rimasto immutato dal 1952 ad oggi (l'Associazione ha per scopo di promuovere la collaborazione scientifica fra gli studiosi del processo civile e di dare impulso agli studi della materia e alle indagini di politica legislativa, volte alla revisione e al perfezionamento degli ordinamenti processuali in conformità alle pratiche esigenze). Fra i compiti della Associazione, speciale attenzione è riservata alla dimensione internazionale: vuoi quanto al coinvolgimento degli "studiosi stranieri" (art. 4 dello Statuto, immutato anch'esso) – i quali possono essere invitati dal consiglio direttivo in qualità di soci corrispondenti stranieri –, vuoi quanto alla collaborazione (*ex* art. 16, quale risultante dalla modifica statutaria del 1989) con "associazioni ed in genere organizzazioni di altri paesi per dare incremento alla collaborazione internazionale negli studi di diritto processuale civile"; allo scopo gli organi direttivi della Associazione hanno facoltà "di prestare la loro attività alle associazioni od organizzazioni straniere che la richiedano e di concorrere alla formazione anche di organismi internazionali, aventi scopi di coordinamento di iniziative scientifiche nonché della promozione di congressi internazionali". Ho in mente altresì l'art. 15 dello Statuto (lievemente modificato nel 1989), in ordine alla cura da parte della Associazione della "pubblicazione di apposito raccolte di leggi di interesse nazionale ed internazionale, di monografie, degli atti dei convegni e di riviste o bollettini, anche in collaborazione con enti o autori stranieri". Nello Statuto, in definitiva, non figura alcun riferimento alla attività associativa c.d. di secondo livello in ambito nazionale (che ha per fulcro la Casag).

ha saputo[12] nel tempo collocarsi ragionevolmente nella nuova dimensione della associazionismo di secondo livello, istituendo un dialogo operativamente fecondo con la Casag.

Andrea Panzarola
Ordinario dell'Università di Roma Tor Vergata

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024

[12] In base all'art. 9 dello Statuto il Consiglio direttivo, fra l'altro, ha il potere di "determinare ed esplicare le attività dell'Associazione in modo che sia possibile realizzare lo scopo sociale anche sul piano internazionale".



GIAMPIERO BALENA

Intervento su "Manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile"

L'a. interviene alla tavola rotonda su "Manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile".

The author contributes to the panel discussion on 'Manuals and materials for teaching civil procedural law'.

Credo che ciascuno di noi, almeno una volta l'anno – ossia quando inizia il corso di lezioni – si chieda quale sia il modo migliore e più efficace di insegnare il diritto processuale civile, a cominciare dalla scelta, tutt'altro che irrilevante, *dell'ordine* in cui affrontare i vari argomenti e del ruolo che compete, in tale prospettiva, ai manuali.
Quella che viviamo potremmo definirla, d'altronde, la stagione dei manuali: negli ultimi anni, infatti, ne sono stati varati parecchi nuovi, alcuni dei quali ancora in via di completamento, ma dei quali è già possibile apprezzare il rigore scientifico e sistematico.
Le ragioni di questa proliferazione dei testi istituzionali sono probabilmente da ricercare, almeno in parte, nel considerevole aumento del numero del processualcivilisti (quelli di ruolo sono oggi quasi il doppio rispetto alla fine degli anni '90, senza considerare i "giovani" pensionati, che continuano fortunatamente a fornire un prezioso contributo alla nostra disciplina), ma in parte forse anche nella tempestosa e caotica stagione di riforme che si è aperta all'inizio di questo secolo e temo non sia ancora terminata, cui i manuali preesistenti hanno tardato, talora, ad adeguarsi.
Oggi, peraltro, scrivere un manuale è impresa molto più ardua ed impegnativa rispetto al periodo in cui nacquero i manuali tradizionali sui quali i meno giovani tra noi si sono formati; non soltanto perché la materia si è ampliata e perché occorre tener conto della copiosa produzione scientifica di parecchi decenni, ma anche (e forse soprattutto) per il ruolo determinante assunto dalla giurisprudenza nell'interpretazione ed applicazione della disciplina processuale, spesso *praeter legem* e talora addirittura *contra legem*; sicché nessun testo istituzionale, ancorché diretto essenzialmente agli studenti, può prescindere, a mio avviso, da un continuo raffronto con la giurisprudenza. Aggiungerei, anzi, che oggi assai più che in passato si giustifica la circostanza che il principale corso di laurea dell'area giuridica sia per l'appunto denominato di "Giurisprudenza".
La frenesia riformistica da un lato, il protagonismo della giurisprudenza dall'altro, fanno sì, inoltre, che, mentre i manuali più diffusi negli anni '60 erano ancora pienamente utilizzabili venti anni dopo, quelli più recenti "invecchiano" prestissimo e dunque esigono un'assidua – e spesso faticosa – attività di aggiornamento e *restyling*.
Quali dovrebbero essere le caratteristiche del manuale ideale?
Ovviamente la risposta non è scontata: posso solo dirvi che l'idea alla quale mi sono ispirato quando venti anni, tra non pochi dubbi ed esitazioni, ho deciso di cimentarmi nell'impresa, è

stata quella ridurre la distanza tra il manuale strettamente istituzionale, destinato esclusivamente allo studente, e quello fruibile dall'operatore forense, pur mantenendo il tutto entro dimensioni accettabili. A mio avviso, infatti, sebbene un testo con finalità prevalentemente didattiche non possa né debba ambire alla analiticità richiesta da un'opera rivolta ai cosiddetti "pratici", la trattazione dei principi, oltre a fornire sintetici ragguagli sul panorama dottrinale, deve costantemente misurarsi con la loro recezione nel diritto vivente; il che spiega le non poche note dedicate alla giurisprudenza più recente, il corpo differente utilizzato per alcune parti del testo, nonché la bibliografia essenziale in coda a ciascun capitolo o sezione.

A mio avviso, peraltro, quale che sia il "modello" che si prediliga, è doveroso domandarsi, oggi, se sia opportuno continuare ad attribuire al manuale – tradizionalmente inteso – un ruolo centrale e pressoché esclusivo nell'insegnamento della nostra materia.

Com'è noto, infatti, in altri Paesi – in particolare in quelli anglosassoni – si predilige un approccio assai diverso alle materie processuali, secondo il metodo c.d. "casistico", che anziché partire dai principi tende ad incentrarsi sull'analisi di casi concreti, avvalendosi anche di appositi testi, e sull'esecuzione di attività pratiche, per risalire, attraverso un percorso inverso, dall'esame del caso singolo al principio generale. Si tratta dunque di un metodo radicalmente diverso da quello cui noi siamo abituati, che ovviamente non disdegna lo studio dei princìpi, ma lo relega ad un ruolo secondario e complementare

Io mi chiedo, allora, se non sia oggi possibile ed opportuno, avvalendosi anche degli strumenti informatici e dell'occasione rappresentata dal nuovo processo telematico, sperimentare una soluzione di compromesso tra i due metodi d'insegnamento; non tanto – si badi – per meglio preparare lo studente all'impatto con la realtà degli uffici giudiziari in cui potrebbe trovarsi ad operare dopo la laurea o per insegnargli come si redige una citazione, notifica, come si esegue un deposito telematico o come si svolge una prova testimoniale – tutte cose che ben può apprendere nel tirocinio forense, oggi avviabile ancor prima della laurea – quanto soprattutto per agevolare la comprensione e l'assimilazione dei princìpi, per rendere più semplice e gradevole (*friendly*) l'apprendimento della materia, che ad un approccio meramente teorico non presenta certo molte attrattive.

Una soluzione da sperimentare potrebbe essere, allora, quella prevedere di una prima parte del corso essenzialmente teorica, limitata ai principi generali: non solo, beninteso, a quelli del primo libro del codice, ma pure a quelli relativi alle impugnazioni, all'esecuzione forzata e alla tutela cautelare, che sono quelli meno mutevoli nel tempo (tant'è che sono stati toccati solo marginalmente dalle molteplici riforme che ho poc'anzi menzionato). La seconda parte del corso – che segnerebbe in un certo senso il passaggio dal diritto processuale alla procedura civile – potrebbe essere invece strutturata sotto forma di processi simulati, di cognizione e di esecuzione forzata, che coinvolgerebbero gli studenti in un ruolo necessariamente più attivo.

Questi momenti di applicazione pratica dei princìpi non sono di certo a noi sconosciuti, ma hanno sempre avuto un ruolo occasionale e comunque del tutto ancillare rispetto alla lezione "frontale" e teorica; mentre secondo la soluzione qui ipotizzata diverrebbero uno strumento didattico essenziale e "paritario".
Mi è tuttavia ben chiaro che ciò presupporrebbe una piccola rivoluzione nei metodi d'insegnamento cui siamo abituati e preparati, richiedendo a noi per primi un impegno assai diverso e maggiore rispetto alla didattica tradizionale. Ed è per questo motivo che credo si tratti di una soluzione che auspicabilmente potranno sperimentare i colleghi più giovani.

Giampiero Balena
Ordinario dell'Università degli Studi Aldo Moro

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



ANTONIO CARRATTA

Il ruolo dei manuali nella didattica del diritto processuale civile

L'a. interviene alla tavola rotonda su “Manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile”.

The author contributes to the panel discussion on 'Manuals and materials for teaching civil procedural law'.

Sommario: 1. Il ruolo del diritto processuale civile nella formazione giuridica. – 2. Formazione giuridica e modalità di insegnamento del diritto: l’inscindibile connubio fra sistema e manuale. – 3. Crisi del sistema positivista e crisi delle tradizionali categorie giuridiche. – 4. L’emergere di nuove esigenze. – 5. Le conseguenze per la didattica del diritto processuale civile. – 6. L’importanza dello studio casistico o «clinico». – 7. Riaffermazione della centralità del sistema nella (ri-)costruzione del manuale.

1. Il ruolo del diritto processuale civile nella formazione giuridica

Mi pare opportuno partire da una premessa, e cioè l’opportunità di sgombrare il campo da alcuni dubbi che talvolta vengono sollevati a proposito del ruolo del diritto processuale civile nel contesto più generale della formazione del giurista oggi.

Ebbene, è difficile negare che l’insegnamento del diritto processuale civile debba continuare a far parte della formazione del giurista, tanto più nel contesto storico attuale e per quello che dirò in seguito proprio per giustificare quest’affermazione. Dico ciò in premessa, perché il connubio fra diritto processuale civile e formazione del giurista professionale mi pare che sia, debba essere, la questione intorno a cui ruota anche la nostra riflessione odierna.

Come ha osservato, infatti, Michele Taruffo in un suo scritto di qualche anno fa dedicato proprio all’insegnamento del diritto processuale civile, esso rientra a pieno titolo nell’«idea che si ha del laureato in giurisprudenza in genere, ed in particolare del giurista professionale»[1].

Ora, in termini generali l’impostazione della didattica istituzionale – e tale evidentemente va considerata anche quella che riguarda il diritto processuale civile - si basa sull’idea che essa debba puntare a educare il discente ad apprendere e ad impiegare le categorie giuridiche che

[1] M. TARUFFO, *L’insegnamento accademico del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 551. In proposito v. anche R. CAPONI, *Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 127 ss.; N. PICARDI, *La formazione di base del giurista*, in *La formazione del giurista. Atti del Convegno (Roma, 2 luglio 2004)*, a cura di C. Angelici, Milano, 2005, p. 37 ss.; A. PANZAROLA, *L’insegnamento del diritto processuale civile tra continuità e innovazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 641 ss.; L. PASSANANTE, *I metodi del diritto processuale civile: tra diritto positivo e comparazione*, in *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di A. Somma e V. Zeno Zencovich, Roma, 2021, p. 341 ss.

compongono la specifica branca del diritto (nel nostro caso, le categorie del processo) e che aggiunte alle categorie giuridiche delle altre branche compongono il famoso sistema[2].
Sono queste categorie che, in sostanza, consentono al diritto di spogliarsi dei profili tecnico-pratici e di essere costruito come scienza, perché si pongono – per usare le parole di Nicolò Lipari – come «sintesi fra il quadro formale e il contesto sociale»[3].
Non c'è dubbio, dunque, che il binomio manuale e didattica istituzionale è un binomio molto stretto.
Da questo dato di partenza credo che non si possa prescindere, salvo arrivare a negare la stessa natura scientifica del diritto processuale civile. Si tratta, semmai, di capire: a) in primo luogo, se ciò che costituisce il nostro sistema di riferimento e sul quale noi stessi ci siamo formati possa continuare ad essere riproposto anche per il futuro o se invece dobbiamo ritenere che sia superato e addirittura se sia possibile ancora parlare di un sistema processuale vero e proprio, quanto meno sul piano teorico e didattico; b) in secondo luogo, se rispondiamo positivamente al quesito circa la possibilità di continuare a riproporre il sistema sul quale ci siamo formati, quale peso debba avere questo sistema teorico nella strutturazione di un manuale e di conseguenza nel modo di esercitare poi l'attività didattica o se, invece, non debba in qualche modo giocare un ruolo secondario rispetto al prevalere del c.d. diritto esperienziale, dello studio casistico e dunque della didattica fatta mediante esercitazioni pratiche.

2. Formazione giuridica e modalità di insegnamento del diritto: l'inscindibile connubio fra sistema e manuale

A questo proposito penso che sullo sfondo dell'odierno dibattito su questi temi ritorni a far capolino il tradizionale dibattito, che fin dall'800 ci accompagna, fra diritto teorico e diritto pratico.
Basti pensare, in proposito, alle caustiche notazioni di Vittorio Scialoja del 1914 sulla necessità che l'insegnamento universitario conservasse carattere squisitamente teorico e non si facesse imbarbarire dalle tendenze professionalizzanti (all'epoca già in voga), sebbene mettesse in guardia dal ridurre le lezioni a inutili «predicazioni» limitate a ripetere quel che si trova nei manuali[4]. In particolare, egli sottolineava la profonda differenza fra la lezione meramente

[2] Sul rapporto fra categorie e sistematica v., in particolare, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 28 ss.
[3] N. LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 9.
[4] V. SCIALOJA, *Ordinamento degli studi di giurisprudenza in relazione alle professioni* (1914), in *Scritti e discorsi politici*, II, *Sul bilancio della giustizia – Ordinamento giudiziario – Istruzione superiore – La scuola e la guerra*, Padova, 1936, p. 205 ss., spec. p. 208: «Ora stando anche alla mia esperienza, e ciascuno deve parlare della propria, mi sono sempre più convinto della necessità pratica che l'insegnamento universitario abbia carattere teorico … L'università deve essere scientifica, l'università deve essere teorica; e se questo è vero in generale, io credo che debba essere vero soprattutto per la facoltà giuridica, perché relativamente al diritto, agli studi di giurisprudenza e alle professioni giudiziarie osservo che l'operazione intellettuale nella partica della propria professioni ha sempre carattere scientifico». E dunque, «se vi è materia in cui la pratica sia pregna di

informativa e quella, invece, *formativa*, insistendo sul fatto che a quest'ultima dovesse essere improntato l'insegnamento del diritto: «se il professore insegna una certa parte della materia, oltre la quale non può andare per un limite di tempo – egli osservava -, seguendo un metodo che renda capace il giovane di imparare tutta quanta la materia, avrà fatto il suo dovere; il giovane uscirà con la laurea, senza conoscere profondamente tutto quanto (né questo gli si può richiedere); ma egli avrà imparato ad imparare»[5].
E, dall'altro lato, alle pagine, altrettanto caustiche, di Piero Calamandrei del 1921, che vedeva il «difetto fondamentale dell'insegnamento giuridico universitario» nel «tradizionale metodo cattedratico (altresì detto metodo «chiacchieratorio»!)»[6], secondo il quale «la lezione consiste in una predica che l'insegnante dal suo pulpito gesticolando infligge a una turba di penitenti immobili e silenziosi»[7].
Si può dire tranquillamente, perciò, che in fondo la storia del pensiero giuridico è anche storia della riflessione del giurista su sé stesso e sul modo in cui debba formarsi. E questo per l'ovvia ragione che riflettere sulla formazione del giurista e sui suoi strumenti significa anche, inevitabilmente, riflettere su quale ruolo egli abbia o debba avere nel contesto sociale in cui opera. A conferma di ciò vale la pena di ricordare che la prima riforma degli studi del diritto e quindi relativa alla formazione del giurista risale addirittura all'imperatore Giustiniano che nel 533 varò la costituzione *Omnem* proprio al fine di riformare gli studi giuridici[8]. E la varò dopo

contenuto scientifico, perché non è che la specializzazione caso per caso di ciò che la scienza ha insegnato in generale, è precisamente la pratica giuridica; di qui la necessità assoluta che l'insegnamento universitario abbia un profondo carattere scientifico anche per la preparazione professionale». Quanto, poi, al metodo da seguire nell'insegnamento, Scialoja suggeriva che l'insegnamento «deve essere riformato nel senso che bisogna insegnare veramente e non fare queste finzioni che facciamo» (*ivi*, p. 213 s.). Dello stesso Scialoja v. già *Sul metodo dell'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, in *Arch. giur.*, 1881, p. 486 ss., ripubblicata da F. AMARELLI, *L'«insegnamento scientifico del diritto» nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index*, 1990, p. 59 ss., dove l'Autore, richiamando Savigny (*Wesen und Werth der deutschen Universitäten*, in *Historisch-politische Zeitschrift*, 1, 1832, p. 569 ss., poi in *Vermischte Schriften*, IV, Berlin, 1850, p. 270 ss.), «il maggiore dei giureconsulti del nostro secolo, che fu anche il maggiore dei maestri di diritto», rileva che «il merito precipuo dell'insegnamento orale deve consistere nello svelare agli uditori la *genesi del pensiero scientifico*» e che, dunque, insegnamento e ricerca si nutrono a vicenda, come pure «la teoria e la pratica, che troppo spesso si rappresentano come nemiche», mentre invece sono «l'una all'altra necessarie». Del resto, per R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 507, la lettera ha rappresentato «l'atto di nascita e il manifesto (in un secolo di "manifesti") di quella che a buona ragione potrebbe dirsi la "Nuova scuola storica italiana", in contrapposizione alla Scuola storica tedesca».

[5] V. SCIALOJA, *Ordinamento degli studi di giurisprudenza*, cit., p. 210 s., dove ancora egli aggiunge: «Io so che questa frase che si ripete sempre da noi insegnanti desta il sorriso del pubblico; si dice, a furia di imparare ad imparare, quando è che avrete imparato qualche cosa? C'è poco da ridere; io credo che l'uomo non possa fare altro che imparare ad imparare; e credo fermamente per mia esperienza che colui che ritiene di avere imparato è colui che ha cessato di avere la capacità di imparare ad imparare. Noi nella vita pratica portiamo la nostra capacità, non portiamo le nozioni necessarie a risolvere tutti i casi».

[6] P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati* (1921), in *Opere giuridiche*, II, Roma, 2019, p. 65 ss., spec. p. 134.

[7] P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati*, cit., p. 134.

[8] In proposito, per tutti, G.G. ARCHI, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, in *L'educazione giuridica, I: Modelli di Università e progetti di riforma*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia, 1975, p. 3 ss.; A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di*

aver completato la grandiosa opera di riforma realizzata con il *Codex* e le *Institutiones* per indicare il modo in cui essi andassero insegnati, al fine di rendere gli studenti «*optimi iustitiae et rei publicae ministri*»[9].

3. Crisi del sistema positivista e crisi delle tradizionali categorie giuridiche

Partiamo dalla prima questione, quella della vitalità o meno di un sistema di riferimento, che, però, come vedremo, è strettamente legata alla seconda.

A mio modo di vedere la ragione del dubbio sulla vitalità di un sistema di riferimento proprio in questa particolare fase storica è da attribuirsi al mutamento che ha subito in questi decenni lo stesso modo di insegnare il diritto in generale. Ma è ovvio che nel campo delle scienze giuridiche le novità metodologiche affiorano soprattutto nei momenti di crisi e di mutamento della realtà sociale.

Nel nostro caso la novità che ci riguarda è a tutti nota ed è rappresentata dalla crisi del quadro giuridico positivista e, di riflesso, dal superamento del metodo positivista di analisi della realtà giuridica[10].

Ed in effetti, nel ricostruire il «tratto identitario» di un tempo giuridico come il nostro[11], si è evidenziato – lo ha fatto Paolo Grossi - «lo spostamento dell'asse portante dalla *legge* alla *interpretazione*»[12]. Si è anche osservato come «oggi siamo sempre più distanti dalle sistemazioni di ieri, armoniche coerenti compatte, spesso riposate in codificazioni pensate

diritto e la formazione giuridica nel tardoantico, Soveria Mannelli, 2011, p. 65 ss. L. LOSCHIAVO, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo*, Torino, 2016, p. 202 ss.

[9] Const. *Omnem*, § 11.

[10] Come osserva V. VILLA, *Il problema della scienza giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello e V. Villa, Torino, 2013, p. 387 ss., «quello che accade, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, è che il modello epistemologico neopositivistico … entra in profonda crisi, una crisi che coinvolge tutta l'impalcatura fondamentale di questa concezione. Uno dei fattori scatenanti di questa crisi è dato dal fatto che entra prepotentemente in campo una costellazione di nuove concezioni, per le quali … è più appropriato usare la denominazione, sufficientemente neutra, di concezioni *postpositiviste*». V. anche P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico*, *ivi*, p. 32 ss., spec. p. 56 ss.; ma già E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, p. 451 ss. Più di recente G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, fasc. 1, gennaio-giugno 2019, p. 7 ss., ha rilevato che «da qualche tempo, nella comune esperienza dei giuristi e nelle stesse analisi della dottrina, la calcolabilità delle leggi non funziona più, a causa di una serie complessa di fattori, che vanno dall'elefantiasi legislativa all'esaurimento del diritto inteso come catalogo finito e precostituito di norme, allo sgretolamento della piramide gerarchica delle fonti, alla moltiplicazione di tipi differenti di regole e ai sempre più frequenti rapporti di osmosi tra diversi ordinamenti, all'affermarsi del sistema costituzionale con l'irruzione della centralità dei principi, e infine al deciso spostarsi del *focus* dell'esperienza giuridica dalla legislazione alla decisione giudiziale e al correlato trasferirsi dei criteri di decisione giudiziaria al di là e al di sopra della legge»; M.R. MARELLA, *Per un'introduzione allo studio del diritto: costruire le competenze di base*, in *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di B. Pasciuta e L. Loschiavo, Roma Tre Press, 2018, p. 69 ss.; N. LIPARI, *Ripensiamo alla struttura degli studi di giurisprudenza*, *ibidem*, p. 157.

[11] P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in *Quad. fior.*, 2018, p. 329 ss.

[12] P. GROSSI, *Sull'esperienza*, cit., p. 334.

come durevoli nei tempi lunghi»[13] e come «la produzione giuridica in Italia, ma ugualmente in tutti i paesi di *civil law*, ancorata com'è al monopolio della legge, abbia visto assai incrinato il paradigma della certezza»[14].

Ora, è indubbio che il vecchio modo di insegnare e la vecchia impostazione manualistica si reggeva sul dominante positivismo giuridico. E questo valeva anche, ovviamente, per la nostra materia.

Riprendendo la classica tripartizione bobbiana, si può dire che, nell'ambito di tale impostazione, il docente di diritto positivo indubbiamente privilegiava la validità formale del diritto, mettendo in secondo piano ogni considerazione sulla sua efficacia e sulla sua giustizia valoriale[15]. Il positivismo giuridico inteso come modo di studio del diritto, quello che in questa sede ci interessa, «è caratterizzato – osservava il filosofo torinese – dalla netta distinzione tra diritto reale e diritto come valore, tra il diritto qual è e il diritto quale deve essere; e dalla convinzione che il diritto di cui deve occuparsi il giurista sia il primo e non il secondo»[16], assumendo di fronte ad esso «un atteggiamento avalutativo … o eticamente neutrale, cioè che assume a criterio per distinguere una regola giuridica da una non giuridica la derivazione da fatti accertabili, come l'essere stata emanata da certi organi con certe procedure, o l'essere stata effettivamente seguita per un certo periodo di tempo da un certo gruppo di persone, e non la corrispondenza o meno a un certo sistema di valori»[17].

Nell'ambito di questa impostazione, il diritto veniva percepito come un testo scritto posto autoritativamente dal legislatore, che il giurista aveva solo il compito di interpretare e quindi applicare. L'immagine, cioè, è quella dei giuristi *servi legum* per usare un'espressione cara a Paolo Grossi[18].

Un modello piramidale, appunto, nell'ambito del quale il manuale non era altro che la versione scritta di quell'attività che il docente di diritto già svolgeva a lezione. A lezione, infatti, il docente non faceva altro che ripetere oralmente il contenuto di quella scienza del diritto già contenuta e custodita nei manuali d'esame.

---

[13] P. Grossi, *Sull'esperienza*, cit., p. 336.

[14] P. Grossi, *Sull'esperienza*, cit., p. 336.

[15] N. Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 2ª ed., Milano, 1972, p. 101 ss., il quale distingueva, come noto, tre diversi modi d'intendere il positivismo giuridico: 1) come modo di avvicinarsi allo studio del diritto; 2) come concezione o teoria del diritto; 3) come ideologia della giustizia.

[16] N. Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico*, cit., p. 105.

[17] N. Bobbio, *Aspetti*, cit., p. 106. Per un significativo esempio di questo metodo v. A. Candian, *Contro la «Clinica del Diritto»*, in *Temi emiliana*, 5/II, 1943, p. 39 ss., il quale, riprendendo l'accostamento che Carnelutti aveva fatto fra la scienza medica e quella giuridica (v. oltre, la nota 27), osserva che «una analogia può apparire tra le due discipline … Ma basta approfondire un poco la indagine per far emergere, dalla apparente uniformità del procedimento, sostanziali differenze», e ciò in quanto «conosciuto il fatto nella sua obbiettività e conosciuto il sistema del diritto, la deduzione del regolamento concreto di quel fatto da parte del giurista è per così dire automatica: un puro sillogismo. Non così per il medico».

[18] P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, 2007, p. 148 ss.

Al più egli assumeva il compito di rendere più digeribile gli argomenti più indigesti della trattazione manualistica. Fino ad arrivare ad affermare, con Scialoja, che «se tutto si dovesse continuare a ridurre alle lezioni orali che noi facciamo, dico che sarebbe meglio abolire l'insegnamento universitario, ammettendo gli studenti agli esami sopra varie materie»[19].
Ed in effetti, nella maggior parte dei casi i manuali si presentano all'inizio come appunti dalle lezioni per poi trasformarsi in veri e propri manuali.

4. L'emergere di nuove esigenze

Quest'impostazione, come noto, da tempo è entrata in crisi e per varie e ben note ragioni, che qui non possono essere approfondite. In particolare, sono entrati in crisi i due pilastri su cui si reggeva il positivismo giuridico.
Da una parte, è entrata in crisi l'idea del giurista *servus legum*, appunto.
È difficile negare che la figura del giurista tradizionale e *servus legum* si sia progressivamente usurata, essendo egli sempre più sopraffatto dalla sovrapposizione delle fonti (sovranazionali, costituzionali e nazionali), dalla caoticità della legislazione interna, ben lontana dalla limpidità e sistematicità dei codici ottocenteschi, e dal rafforzamento continuo della prassi giurisprudenziale o, come si dice in maniera più elegante, del formante giurisprudenziale del diritto.
Dall'altra parte, è parimenti entrata in crisi l'idea dei diritti soggettivi e più in generale delle situazioni giuridiche da tutelare fondate sulla fattispecie, vale a dire sulla tipizzazione normativa del fatto da cui scaturisce l'effetto[20].
Anche su questo versante è difficile negare che sempre più spesso le situazioni giuridiche tutelabili emergono dal contesto sociale e vengono consacrate dal riconoscimento in sede giurisprudenziale mediante il ricorso a principi generali dell'ordinamento[21].

---

[19] V. SCIALOJA, *Ordinamento degli studi di giurisprudenza*, cit., p. 214.

[20] Rileva G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso*, cit., p. 7, che «nel linguaggio giuridico italiano il termine "fattispecie" fu coniato e utilizzato tra i primi da Emilio Betti, frutto di un calco del sintagma medievale *species facti*, per indicare ogni situazione di fatto che costituisca oggetto di una previsione e di una disciplina normativa, e che pertanto determini effetti giuridici»; v., infatti, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, rist., Padova, 1947, p. 3 ss. e p. 79 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1950, p. 2, alla nota 2. Tuttavia, per l'utilizzo della medesima categoria concettuale v. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 3 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 268 ss.; A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica* (1929), in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 247 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.; ID., *Fattispecie*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 1 ss.; C. MAIORCA, *Fatto giuridico. Fattispecie*, in *Nss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 111 ss.; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 58 ss.; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss.; P.G. MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 224 ss.

[21] V., per tutti, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, p. 11 ss., dove anche il rilievo per cui la «decisione normativa ha bisogno della fattispecie», mentre i principi conducono alla sua erosione.

Mi limito ad un esempio di ciò, quello del c.d. principio di ragionevole durata e alle ricadute che esso ha avuto proprio nella nostra materia in sede di interpretazione giurisprudenziale[22]. Di fatto è accaduto che nell'interpretazione tradizionale di determinate norme o istituti processuali si è introdotto o si è data rilevanza ad un principio nuovo (quello della ragionevole durata) ed operando in questo modo è completamente cambiato l'esito del procedimento interpretativo. Si è assistito, così, a interventi della Suprema Corte ispirati esclusivamente a tale principio, quasi che esso fosse il solo metro di valutazione della normativa processuale.
Anzi, la Corte ha ritenuto, dopo l'innovazione costituzionale del 1999, indispensabile assumersi il compito di una «rilettura» a fondo della disciplina processuale nel suo complesso finalizzata, appunto, ad una riduzione dei tempi del processo[23], anche ricorrendo all'istituto dell'art. 363 c.p.c.
Il principio costituzionalizzato nel 2° comma dell'art. 111, cioè, è stato inteso come un parametro costituzionale per valutare (ed eventualmente reinterpretare *secundum Consitutionem*) tutte le norme processuali che direttamente o indirettamente determinano, nella valutazione della stessa Corte, una irragionevole durata del processo. Le stesse Sezioni unite hanno rilevato in un'importante pronuncia che «se si intende ricercare un filo conduttore comune ai più recenti arresti ... ben lo si può riscontrare in una lettura del dato normativo che, seppure nel doveroso rispetto della lettera delle singole norme scrutinate, privilegia opzioni ermeneutiche avversanti ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare, attraverso la riduzione dei tempi della giustizia, ad un processo che risulti anche "giusto"»[24].

5. Le conseguenze per la didattica del diritto processuale civile

Ebbene, se l'oggetto del nostro studio o del nostro insegnamento non ha ordine e unità, se le categorie giuridiche tradizionali, e attorno alle quali si è nel tempo organizzata la didattica istituzionale, ci appaiono oggi sempre più come «vestiti logori»[25] o «mere sovrastrutture»[26], «meri simulacri formali, nient'altro che parole dietro le quali non c'è più la sostanza che ne aveva connotato la storia»[27], per usare ancora una volta le espressioni utilizzate da Lipari; ebbene se questo è sotto i nostri occhi, come si può pensare che ordine e unità ce l'abbia lo strumento (il manuale) o il modo (la didattica istituzionale) attraverso il quale tale studio e tale insegnamento vengono condotti?

---

[22] V., in proposito, C. Cavallini, *La durata ragionevole del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 825 ss.; G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 505 ss.
[23] V., ad es., Cass., sez. un., 30 luglio 2008, n. 20604, in *Foro it.*, 2009, I, 1130 ss.
[24] Così Cass., sez. un., 30 luglio 2008, n. 20604, cit., par. 8.2 della motivazione.
[25] N. LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 41.
[26] N. LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 155.
[27] N. LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 26, secondo il quale siamo passati da «un diritto fondato sugli atti di posizione ad un diritto fondato sugli atti di riconoscimento» (*ivi*, p. 7).

E' evidente che la formazione universitaria non può offrire ciò che l'oggetto di quella formazione ha perduto. Come ha osservato Natalino Irti «la scienza non può recare ordine e unità dove domina l'arbitraria casualità. E non può sovrapporre concetti e categorie logiche, ricavati dal diritto di ieri, a un diritto che li rifiuta e disconosce»[28]. Ed è parimenti evidente la difficoltà della scienza giuridica a recepire e categorizzare il "nuovo" utilizzando le categorie del passato.

A questa situazione di spaesamento e di disorientamento consegue – ed è la seconda questione che indicavo all'inizio - il prevalere negli studi giuridici di una mentalità relativistica, tesa non alla ricostruzione del sistema, ma alla soluzione contingente dei casi emergenti dall'esperienza o all'interpretazione dei prodotti del legislatore occasionale, al metodo per così dire del «combinato disposto».

6. L'importanza dello studio casistico o «clinico»

L'idea della crisi allude alla frantumazione dell'unità originaria e alla sua trasformazione. Occorre prendere atto, infatti, che la crisi del modello giuspositivista ha fatto emergere alcune consapevolezze, che richiedono di essere governate o gestite.

In primo luogo, la consapevolezza della necessità che la formazione del giurista si arricchisca di altri strumenti in grado di renderlo capace di muoversi all'interno di ordinamenti sempre più complessi ed articolati. Basti pensare, in proposito, alla spinta sempre più forte verso l'apprendimento c.d. esperienziale delle cliniche legali o verso lo studio casistico o le simulazioni processuali.

Si è andata sempre più affermando, perciò, la tendenza a far apprendere il saper fare del giurista: scrivere atti e pareri, risolvere casi pratici, argomentare, negoziare, ecc. Del resto, è

[28] N. IRTI, *La formazione del giurista nell'Università del 'saper fare'*, in *La formazione del giurista. Atti del Convegno (Roma, 2 luglio 2004)*, cit., p. 1 ss., spec. p. 7. V. anche M. VOGLIOTTI, *Dalla crisi delle fonti al primato dell'interpretazione: conseguenze sull'insegnamento universitario del diritto*, in *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Palazzo e O. Roselli, Napoli, 2007, p. 184 ss.; ID., *Per una nuova educazione giuridica*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2020, 2, p. 229 ss.

abbastanza risalente la convinzione – già presente in Cogliolo[29], Calamandrei[30], Carnelutti[31], Allorio[32] e Goldschmidt[33] - che, sul piano didattico, il metodo teorico non deve procedere disgiunto da quello casistico e «clinico». E del resto, questo metodo didattico era stato reso celebre in Germania nientemeno che da Rudolf von Jhering nel suo *Serio e faceto nella giurisprudenza* del 1884[34], da dove emerge chiara la convinzione che «nelle scienze pratiche la teoria, se non vuol deviare dal retto cammino, deve mantenersi in stretto contatto con la pratica»[35] e che, sebbene nella scienza giuridica, come in tutte le discipline, si susseguano indirizzi e metodi differenti e il suo sviluppo storico possa assumere «anche la forma di un moto ondulatorio, in cui periodi di splendore scientifico si avvicendino a periodi di decadenza», non vi è traccia in esso «di un'antitesi così integrale e radicale di metodi, di cui

[29] P. COGLIOLO, *Storia ed utilità della trattazione universitaria di cause civili a scopo di esercizio forense. Discorso di chiusura del corso annuale (Scuola di pratica civile ed esercitazioni forensi nella R. Università di Genova, 1894)*, Genova, 1894, p. 6 ss., dove si legge: «Quando alcuni di voi, per turno scelti, prendeste il fascicolo della causa datovi da me e cominciaste a vedere un caso vero … e doveste esaminare documenti veri e prepararvi non ad un soliloquio in cui si ha sempre ragione, ma ad una pubblica disputa nella quale altri giovani erano i contraddittori … e quando altri di voi, da me presieduti, doveste ascoltare le arringhe, fare e scrivere la sentenza …, quando dico faceste tutto ciò, voi comprendeste che la pratica illuminata, studiata, onesta è il complemento ed è la fonte della scienza seria e vera». V. anche ID., *Scritti varii di diritto privato*, II, Torino, 1917, p. 37 ss.

[30] P. CALAMANDREI, in G. PASQUALI e P. CALAMANDREI, *L'Università di domani*, Foligno, 1923, p. 256 ss., spec. p. 271 ss., il quale – riprendendo e sviluppando le riflessioni del romanista e civilista tedesco Ernst Zitelmann (*Da römische Recht im künftigen Rechtsunterricht*, in *Deutsche Juristen Zeitung*, 26 (1920), p. 20 ss.) – osserva: «io credo che tanto per i corsi propedeutici quanto per quelli approfonditi, il metodo di insegnamento normale dovrebbe essere quello della esercitazione»; e ciò in quanto «la Università insegna ad imparare; che non vuol dire fare dotti, ma capaci; che cioè, anche nelle materie giuridiche, l'Università non deve appiccicare in testa agli studenti le soluzioni già preparate degli infiniti casi che la pratica presenta, ma deve educare la loro mente ad affrontare da sé i problemi nuovi e a trovare da sé la soluzione». In proposito v. anche M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università (studi-polemiche-raffronti)*, Milano, 1974, p. 53 ss.; M. TARUFFO, *L'insegnamento del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 551 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale civile*, *ibidem*, p. 543 ss.; R. CAPONI, *Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto processuale civile*, *ivi*, 2003, p. 127 ss.; ID., *Metodologie pratico-applicative per la didattica del diritto processuale*, in *Simulazione interattive per la formazione giuridica. Didattica del diritto tecnologie dell'informazione nuovi modelli di apprendimento*, a cura di D. Giuli, N. Lettieri, N. Palazzolo, O. Roselli, Napoli, 2007, p. 37 ss.

[31] F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 169 ss., spec. p. 170, il quale sottolinea l'esigenza che anche i corsi di giurisprudenza dovrebbero avere «una forma di insegnamento che corrispond(a), su per giù, all'insegnamento clinico» dei corsi di medicina e tale insegnamento «dovrebbe, appunto, fornire al discente quella somma di cognizioni e di esperienze, che si riferiscono non tanto al *sapere* quanto al *saper fare*» (corsivi nel testo).

[32] E. ALLORIO, *Sull'insegnamento universitario e postuniversitario del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 1326 ss., spec. p. 1328 ss., il quale, sebbene favorevole alla «clinica del diritto», si esprime criticamente, invece, sulla «riproduzione fittizia del processo nella scuola»; v. anche, a proposito dei metodi dell'insegnamento universitario di Allorio, E. DE MITA, *Maestri del diritto tributario*, Milano, 2013, p. 26 ss.

[33] L. GOLDSCHMIDT, *Rechtsstudium und Prüfungsordnung. Ein Beitrag zur Preussichen und Duetschen Rechtsgeschichte*, Stuttgart, 1887, p. 262, il quale invita a promuovere, nell'insegnamento del diritto, la «penetrazione scientifica della teoria attraverso la sua applicazione ai casi pratici».

[34] R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884, trad. it. *Serio e faceto nella giurisprudenza*, a cura di G. Lavaggi, con Introduzione di F. Vassalli, Firenze, 1954.

[35] R. VON JHERING, *Serio e faceto*, cit., p. 373.

l'uno si proponga di perseguire, a proposito di una stessa e comune materia, finalità completamente divergenti dall'altro»[36].

Esattamente un secolo fa, nel discorso inaugurale dell'a.a. 1920-1921 dell'Università di Siena, tenuto il 13 novembre 1921, Piero Calamandrei metteva in evidenza come le accuse di «dottrinarismo» rivolte agli insegnamenti giuridici si debbano in parte considerare fondate «di fronte alle esagerazioni cui sono giunti … certi seguaci intransigenti del metodo tecnico-giuridico», i quali – osserva ancora Calamandrei - «ritenendo estranea al campo del giurista ogni indagine che non miri alla astratta costruzione dogmatica degli istituti positivi, hanno rimpicciolito la nostra scienza ad una specie di giuoco cinese altrettanto ingegnoso quanto inconcludente» e hanno contribuito a rafforzare la convinzione dell'inutilità sociale dei giuristi esclusivamente teorici[37].

In secondo luogo, la stessa crisi del modello giuspositivista ha disvelato la consapevolezza che il diritto è un crogiuolo di opposti interessi, frutto della mediazione di valori, ideologie e conflitti.

Alla base della singola disposizione e della sua interpretazione vi sono scelte valoriali ben precise di cui il giurista già nel momento della sua formazione deve essere pienamente consapevole.

In fondo, anche per il sapere giuridico vale quello che insegnava Foucault con riferimento al sapere in generale, e cioè che sapere «non significa "ritrovare", e ancor meno ritrovarci», perché esso «non è fatto per comprendere, è fatto per prendere posizione»[38].

Osservata da una simile prospettiva, l'attività interpretativa - in funzione normativa - necessariamente richiede di tener conto anche degli specifici interessi che entrano in gioco con riferimento ad una determinata disposizione da interpretare o che comunque rilevano quando si tratti di sciogliere un'antinomia o di colmare una lacuna normativa o assiologica nella disciplina esistente. Come ammoniva Uberto Scarpelli, «quando un docente continui ad insistere per anni e per decenni nei suoi immutati schemi e modelli senza preoccuparsi di quel che accade fuori delle mura dell'università nella cultura e nel mondo, finirà per farsi intorno a

[36] R. VON JHERING, *Serio e faceto*, cit., p. 375 s., dove egli aggiunge anche, ovviamente con riferimento all'insegnamento del diritto romano, preso direttamente mira nello scritto, che «al tempo d'oggi ci si è ormai resi conto che i due metodi devono essere fusi in uno. L'insegnamento accademico odierno è inteso a dare allo studente la visione del diritto romano puro e del suo svolgimento storico e a fargliene penetrare lo spirito attraverso lo studio delle fonti, ma è anche al tempo stesso inteso a metter lo studente in grado di farne applicazione pratica nella vita».

[37] P. CALAMANDREI, *Governo e Magistratura*, 13 novembre 1921, in *Opere giuridiche*, II, Roma, 2019, p. 195 s.

[38] M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia* (1971), in *Microfisica del potere*, trad. it., Torino, 1977, p. 51. In proposito v. anche U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 28 ss., che parla di «iniziativa e consapevolezza culturale».

lui il vuoto e perfino i suoi allievi fedeli e ansiosi di cattedra dovranno riconoscere e dichiarare l'inattualità del suo insegnamento»[39].
Questo impone sempre più non solo un approccio interdisciplinare e meno settoriale nella formazione dello studente di Giurisprudenza, ma anche il dialogo del giurista con altre scienze sociali, come l'economia, la geopolitica o la sociologia, che consenta di analizzare e interpretare al meglio la realtà sulla quale il diritto è chiamato ad intervenire: «il giurista … se non sa altro che il diritto non sa neppure il diritto»[40].
E del resto, come osservava nel 2009 Taruffo per giustificare la scelta di intitolare la raccolta dei suoi scritti *Sui confini*, spesso i «confini» vengono utilizzati «come strumenti di chiusura a protezione di ciò che sta dentro contro ciò che sta fuori» di una determinata disciplina o area del sapere, mentre «non di rado ciò che si chiude fuori dal confine, ciò da cui il confine dovrebbe proteggere chi vi si rinchiude, è la realtà dei fenomeni di cui la "scienza rinchiusa" dice di volersi occupare»[41].

7. Riaffermazione della centralità del sistema nella (ri-)costruzione del manuale

Ebbene, se questa situazione sta cambiando o ha già cambiato il modo di insegnare diritto, il giurista accademico e i materiali che si utilizzano per la didattica universitaria non possono non tenerne conto, sebbene questo non significhi affatto assecondare supinamente alcune tendenze orientante, da un lato, verso l'eccessiva «praticizzazione» dell'insegnamento e, dall'altro, verso la creazione di una figura di giurista "liquido" o "fluido", non ancorato a solide basi categoriali e sistematiche e con una formazione sì interdisciplinare, ma molto rapsodica.
«Dobbiamo a tutti i costi far piazza pulita – ammoniva von Jhering nel lontano 1884 – della pazzesca illusione che la teoria non sia che una specie di matematica del diritto, il cui obbiettivo più alto possa essere solo quello di 'calcolare' correttamente i concetti»[42], e dunque, dalla convinzione che sia sufficiente concentrarsi sulla casistica e sui problemi che da essa scaturiscono per avere una buona formazione giuridica.
Piuttosto, occorre prendere atto che, come osservava già nel 2004 Natalino Irti in un noto saggio dal significativo titolo *La formazione del giurista nell'Università del 'saper fare'* con

[39] U. SCARPELLI, *Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione*, in *L'educazione del giurista*, I, *Modelli di Università e Progetti di riforma*, cit., p. 54 ss., spec. p. 55 s.
[40] F. CARNELUTTI, *Tempo perso*, IV, Firenze, 1959, p. 6. Anche E. FAZZALARI, *L'educazione giuridica in Italia*, in *L'educazione giuridica. I: Modelli di Università e progetti di riforma*, cit., p. 412, osserva che, siccome il giurista è chiamato «a compiti importanti anche in ordine allo *ius condendum*», per svolgere al meglio un tale compito di «ausilio … nella elaborazione delle leggi», «non basta al giurista il suo armamentario tecnico, anche se esso gli è indispensabile: egli deve affinare la sua sensibilità politica (intesa come impegno civile); deve essere in grado – in virtù di una preparazione incentrata ovviamente sul diritto, ma non priva della componente storica, sociologica, economica – di collaborare con il sociologo, con l'economista, insomma con gli altri … collaboratori di chi fa le leggi, dalla sintesi dei cui contributi devono dipendere le scelte».
[41] M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2009, p. 8.
[42] R. VON JHERING, *Serio e faceto*, cit., p. 362.

parole estremamente lucide, «ci troviamo in un'età di transizione, in uno di quei periodi di mezzo, dove scopi e forme di ieri non ci sono più, e scopi e forme di domani non ci sono ancora. Vediamo istituzioni che declinano e tramontano; percepiamo appena il nuovo inizio, i contorni di istituzioni future»[43].

Solo ripensando le categorie processuali tradizionali per adattarle al "nuovo" che avanza, si può impostare su basi rinnovate anche la didattica istituzionale[44] e, di riflesso, ipotizzare la ri-costruzione o ri-costituzione di un vero e proprio sistema processuale compiuto e univoco[45].

E in questo contesto è chiaro che il manuale non è più la spiegazione del sistema ideato dal legislatore, ma svolge la funzione di tentare di ricostruire quel sistema che pure il legislatore non ha più in mente. Una funzione ben diversa da quella che esso ha svolto nel passato.

In questo modo nuovo di ideare o impostare gli strumenti della didattica è chiaro che anche la didattica per casi, clinica o esperienziale che dir si voglia, non solo non si oppone all'altra, quella teorica o istituzionale, ma di essa diventa – deve diventare - supporto indispensabile. Tanto più se si considera che – per riprendere le parole di Carnelutti - «non vi è una gran differenza tra l'interprete di una musica e l'interprete di una legge» e ciò vuol dire, fra l'altro, «che per essere scienziati, occorre prima essere artisti del diritto»[46].

In altri termini, l'abbandono del metodo positivista e di un sistema logico-deduttivo e l'apertura ad un metodo nuovo, del «pensare problematicamente» o dell'«imparare facendo», non necessariamente significa rinunciare alla costruzione di un sistema nuovo e diverso, che tenga conto della casistica per correggere e attenuare le sue rigidità e per rielaborare e riempire di nuovi contenuti alcune delle categorie tradizionali[47].

---

[43] N. IRTI, *La formazione del giurista nell'Università del 'saper fare'*, in *La formazione del giurista. Atti del Convegno (Roma, 2 luglio 2004)*, a cura di C. Angelici, Milano, 2005, p. 1 ss.

[44] V. ancora N. LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 33, per il quale «la categoria concettuale, intesa come strumento ricostruttivo per indirizzare la disciplina, non costituisce un *a priori* nel procedimento operativo dell'interprete, ma semmai uno strumento di passaggio per pervenire ad un risultato plausibile».

[45] Riprendo ancora le parole di R. VON JHERING, *Serio e faceto*, cit., p. 364: «È una mera illusione credere che, per il solo fatto di essere stati formulati in un modo determinato, i concetti giuridici abbiano titolo ad essere ritenuti degli assiomi immutabili. Essi sorgono e cadono con le norme da cui derivano. Se queste cessano di essere idonee e vengono per questo comunque sostituite, anche i concetti corrispondenti devono scomparire o modificarsi, né più né meno di come dev'essere eliminata, allargata o cambiata una federa quando l'oggetto da rivestire venga sostituito o ingrandito o rimpicciolito. E. invece di opporsi alle innovazioni, la dottrina dovrebbe, se mai, salutarle con gioia, perché sono proprio le innovazioni a fornirle materia di nuove sistemazioni concettuali».

[46] F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 59, dove l'accostamento del diritto alla musica continua con l'ulteriore considerazione che «la verità è che leggere il codice è come leggere uno spartito. Secondo che passa o non passa per il cervello di Toscanini, la musica di Wagner è una o un'altra cosa. Quanto c'è dentro del creatore e quanto del ricreatore?». In proposito v. anche ID., *Mio fratello Daniele*, in ID., *Vita da avvocato. Mio Fratello Daniele. In Difesa di uno sconosciuto*, a cura di F. Cipriani e con prefazione di G. Alpa, Milano, 2006, p. 164: «Da ultimo, avendo X avuto occasione di scrivere che s'interpretano allo stesso modo una legge e uno spartito, qualcuno ha messo l'accento sul paragone».

[47] Osserva N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 39, che «si estingue il 'caso', come posizione logica e rapporto tra evento e fattispecie, ma nasce e cresce la 'casistica', il repertorio: cioè appunto, la 'statistica' di decisioni su vicende concrete e particolari».

E ciò nella consapevolezza che «il sistema, qualunque sistema, implica un *nesso unitario di contenuti*, una sostanza comune a tutte le norme»[48] e che, nel tempo che ci è dato di vivere, questo è decisamente più difficile di quanto non accadesse nel passato, ma certo non impossibile. Come opportunamente metteva in evidenza Riccardo Orestano in uno scritto della metà delgi anni '70, la vera opposizione «non è fra insegnamento teorico, che spesso – nella sua esteriorità – si fa coincidere con la lezione cattedratica, e insegnamento pratico, che spesso si fa coincidere con le esercitazioni casistiche, ma fra concezioni diverse del diritto, che possono assumere le vesti sia dell'una sia dell'altra forma d'insegnamento»[49]. Di conseguenza, «chi ritenga che il diritto sia costituito da un sistema di principi generali naturalisticamente o razionalmente determinati, di cui le norme costituiscono applicazioni particolari, potrà anche in un insegnamento casistico essere portato a presentare e studiare i casi come l'esemplificazione di quelle norme e le soluzioni come deduzioni di quei principi» e pervenire, mediante «operazioni induttive … ai principi generali e alla loro composizione in sistema»[50]. È questa evidentemente la sfida che siamo chiamati a raccogliere e che nasce dalla situazione di crisi delle categorie del passato, per molti versi logore e usurate, e quindi del sistema con riferimento al quale esse sono state costruite.

Senza quest'ambizione penso che la didattica istituzionale si riduca a ben poca cosa e finisce per tradire la sua stessa missione formativa.

Come ammoniva Vittorio Scialoja in un discorso tenuto al Senato nel 1913, nel quale motivava la sua contrarietà a improntare l'insegnamento universitario del giurista alla formazione pratica, «noi nelle università dobbiamo ricordarci sempre che è nostro compito preparare la mente del giovane, non dargli il piccolo bagaglio delle nozioni pratiche», mentre «parrebbe pericoloso … ridurre l'insegnamento ad una semplice preparazione alle professioni»[51]. Questo

---

[48] N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 39, il quale solleva il dubbio «se *oggi* di sistema (interno o esterno che sia) possa ancora parlarsi, se la varietà e la precarietà delle norme – regionali, nazionali, europee, internazionali – non lo degradi o converta in semplice '*ordinamento*', ossia in *scala logica che soltanto spieghi e costruisca la validità delle norme*, il loro nascere e modificarsi ed estinguersi in base a criteri predefiniti», per concludere che quel «*nesso unitario di contenuti*», che costituisce l'essenza stessa del *sistema*, «è proprio ciò che il nostro tempo rifiuta al diritto».

[49] R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, in *L'educazione giuridica. I: Modelli di Università e progetti di riforma*, cit., p. 135 ss., spec. p. 144.

[50] R. ORESTANO, *Sulla didattica*, cit., p. 144, dove anche la considerazione che «il problema è quindi un altro: non si tratta semplicemente di scegliere tra insegnamento teorico e insegnamento pratico, di rafforzare e sviluppare il secondo rispetto al primo, ma di cosa s'intenda – in definitiva – per "diritto" e di conseguenza per "scienza del diritto". Il nodo è sempre lì». In proposito v. anche A. GIULIANI, *Sistematica e* case-method *come metodi di istruzione giuridica*, in *Jus*, 1957, p. 319 ss.; ID., *Observations on Legal Education in Antiformalistic Trends*, in *L'educazione giuridica. I: Modelli di Università e progetti di riforma*, cit., p. 79 ss., sul cui pensiero in argomento v. anche F. TREGGIARI, *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'Ottocento*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di A. Giuliani*, a cura di N. Picardi, B. Sassani e F. Treggiari, Napoli, 2001, I, p. 431 ss.; ID., *L'educazione al diritto*, in *Sociologia*, n. 3/2010, p. 97 ss.

[51] V. SCIALOJA, *Sugli studi giuridici e sulla preparazione alle professioni giudiziarie* (Discorso in Senato, nella tornata del 20 maggio 1913), in *Scritti e discorsi politici*, II, cit., p. 198 ss., spec. p. 201; anche per A. CANDIAN, *Contro la «Clinica del Diritto»*,

per l'ovvia ragione che – come preconizzava lo stesso Scialoja in un altro famoso scritto - «un insegnamento di natura puramente pratica per cui il nostro giovane venisse a conoscere a menadito il codice civile quale è, non come prodotto scientifico, ma come diritto scritto, sarebbe perfettamente inutile professionalmente, perché questo giovane che venisse con la mente così chiusa …, si troverebbe immediatamente deluso nell'applicazione pratica …, in quanto la mutazione oggi non si fa per abrogazione o derogazione di articoli, ma si fa per l'introduzione di principi nuovi, per l'incrociamento di leggi di natura la più diversa e la più disparata»[52].

Antonio Carratta
Ordinario dell'Università di Roma Tre

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.

cit., p. 50, «bisogna svolgere nella scuola i principii del diritto positivo, come metodo rigorosamente scientifico. È il solo insegnamento che riesca sul serio formativo», mentre «la così detta clinica vien dopo, a laurea conseguita, e nei varii modi che sono praticati e che, quelli sì, possono essere di gran lunga rielaborati e migliorati».

[52] V. SCIALOJA, *Ordinamento degli studi*, cit., p. 208 s. V. anche R. ORESTANO, *Sulla didattica*, cit., p. 145 s., il quale osserva che, per raccogliere «l'anelito a recuperare al mondo del diritto e della sua scienza quanto più possibile la concretezza della vita, per un diritto a misura dell'uomo», è auspicabile «un insegnamento che sappia, in ciascuna disciplina e nel quadro generale degli studi giuridici, formare dei giovani in grado di cogliere questo dato essenziale», ossia la «storicità dell'esperienza giuridica, della nostra esperienza giuridica, in ogni sua manifestazione e nella sua integrale complessità». Solo in questo modo – conclude l'A. - «essi saranno preparati sul piano teorico, e predisposti dul piano pratico, a comprendere che il diritto serve e deve servire la vita e non la vita il diritto».



CESARE CAVALLINI

Manuali, materiali e il diritto processuale civile oggi

L'a. interviene alla tavola rotonda su “Manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile”.

The author contributes to the panel discussion on 'Manuals and materials for teaching civil procedural law'.

"Procedure is the most wonderful law school course to teach (...) The subject matter - which students suspect is going to bore them - actually deals with some of the most fundamental issues they will face as they begin to think about law as an institution". [1]

1. L’occasione che gli amici napoletani offrono oggi è assai stimolante, oltre che quanto mai opportuna. Non vi è alcun dubbio, non fosse che per la sentita partecipazione di oratori e pubblico, che il nostro sistema universitaria stia attraversando un momento di grande trasformazione, forse ancora maggiore e rapida di quanto i *participants* stessi siano consapevoli.
Di qui, discorrere tra amici di un tema, e momento, così complesso e intrigante offre lo spunto per alcune considerazioni anche di fondo, mirate sugli studi giuridici e in particolare sul diritto processuale civile, che da sempre ha costituito una *flagship* delle ormai desuete facoltà di giurisprudenza, oggi dipartimenti.

2. Credo che un ragionamento sul “manuale” di diritto processuale civile debba considerare svariati fattori, ma innanzi tutto debba dipanarsi seguendo, a mio avviso, due macro-direttive. La prima è data dalla (forse banale, ma nemmeno troppo) considerazione che il Manuale dovrebbe essere pensato e scritto per gli studenti universitari, i destinatari naturali ma nel contempo più difficili da raggiungere, da attirarne l’attenzione, allorché per la prima volta nel percorso di studi, affrontano il diritto processuale civile.
La seconda più rilevante e densa “macro” è data dal progressivo mutamento della lezione che un tempo pomposamente era definita *cattedratica*. Secondo un *mainstream* oggi imperante, la didattica dovrebbe strutturarsi non più (*soltanto*, aggiungo) nella classica lezione concettuale e definitoria, ma in qualche misura deve adeguarsi efficacemente al modello della c.d. *trasmissione delle competenze*, del *sapere per fare*, nel passaggio dalla teoria all’esperienza, al diritto in azione, al *problem solving*. [2]

[1] John Sexton (former President and Dean of NYU), *The Rules of the Game,* by Robin Pogrebin & Edward Klaris, NYU LAW SCHOOL papers, 2006, 26.
[2] Una completa panoramica della storia e dell’evoluzione dell’insegnamento del diritto in Italia si legge in V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, Pisa, 2021, sp. pp. 131 ss.

Un *imparare facendo,* una sorta di *auto-educazione*. [3]
Dalla teoria – nozionismo- definizioni, all'esperienza giuridica, se vogliamo ridurre all'essenza. Da non confondere con i c.d. *legal clinics*, mi riferisco alla riscoperta del metodo casistico langdelliano, del *two more cases next monday*. [4] Il passaggio dal *diritto sulla carta* al *diritto vivente* sembra oggi il modello più che opportuno, quasi vincente. Eppur ognun vede il diverso, seppur non così diversissimo, contesto nel quale un metodo schiettamente casistico si era fatto strada e consolidato nel sistema anglosassone, specialmente delle Law Schools americane: innanzi tutto il sistema anglosassone (U.S. e UK, allo stesso modo, l'ultima ancor più) vive di casi concreti, decisioni giurisprudenziali che non solo sono fonte del diritto, ma ne connotano l'essenza di questo in costante evoluzione, in buona sostanza delineando la società (e dunque il diritto) molto più incisivamente dei sistemi continentali. In secondo luogo, lo stesso metodo socratico-casistico non deve essere sopravalutato, per varie storiche e attuali ragioni: proprio Langdell sentì il bisogno di accompagnare tale modalità di insegnamento con qualcosa di solido e di paternità del professore stesso, fondando pochi anni a venire la *Harvard Law Review*, destinata a diventare ben presto il più autorevole contesto culturale, giuridico e politico dell'America tutta, e meta ambita su tutte degli scholars americani. E non è un caso, anzi, se proprio Langdell si offre ad inaugurare la rivista dedicando sei saggi (una monografia vera e propria, e forse un trattato) sull'origine storica del commo law, sulle tracce dei sistemi continentali e romanistici di formazione, spaziando sui vari rami del diritto , e così ponendo a "sistema" il complesso mondo dei casi e delle decisioni giurisprudenziali formanti il sistema medesimo. [5]

3. Date le premesse, il discorso deve focalizzarsi sul diritto processuale civile, prendendo in considerazione altre variabili, che dall'insegnamento della materia in senso generale, volgono il passo verso l'insegnamento in uno specifico contesto accademico piuttosto che altro,

[3] Il che è curioso, se non altro perché non consonante sulle modalità di verifica delle abilitazioni scientifiche nazionali, in cui la soppressione della prova didattica si fonda probabilmente sul presupposto che *sapere* equivale a *saper insegnare.*
[4] Il *case method*, o metodo casistico, Il metodo del caso, noto anche come metodo del caso o metodo casistico, è un approccio all'insegnamento del diritto tipico dei sistemi di common law. Questo metodo, ispirato al pensiero socratico e antidogmatico, è ampiamente adottato dalle facoltà di giurisprudenza negli Stati Uniti, con variazioni significative nel tempo. È stato introdotto per la prima volta da Christopher Langdell, preside della *Harvard Law School*, nel 1870, e ha avuto un impatto duraturo sulla formazione dei giuristi americani, fino ad oggi, seppur con varie deviazioni. Con il metodo casistico, agli studenti non vengono presentate regole generali di diritto in modo astratto; invece, si analizzano e discutono casi giuridici concreti, e aggiungerei, reali. Gli studenti sono incoraggiati a estrarre principi e regole generali di diritto attraverso l'analisi dei casi specifici. Questo processo di apprendimento mira a sviluppare le capacità di ragionamento critico e di applicazione pratica del diritto da parte degli studenti, piuttosto che impartire conoscenze dogmatiche.

[5] V. C. LANGDELL, *A Brief Survey of Equity Jurisdiction*, in *Harv. L. Rev.,* 1887-1888, pp. 1 - 355, che leggiamo oggi ristampato come monografia da *Legare Street Press*, 2022. Il testo è unanimemente considerato nell'area anglosassone come *culturally important, and part of the knowledge base of civilization as we know it*.

dell'accesso al medesimo, del possibile bacino in cui quel contesto viene ad operare, della funzione dell'insegnamento stesso, fruibile il più possibile, trovando un epilogo proporzionale tra tipologia d'insegnamento e contesto, struttura e funzione del medesimo.
Vi è un pensiero di fondo, comune, nondimeno, che vorrei esprimere, al di là dell'ironia, a mio modesto parere.
Nonostante il mainstream della c.d. *law in action* e del trasferimento delle competenze (come un saper fare) – uno *storytelling* che annoia quanto erra nel non voler o poter distinguere i vari corsi e rami del diritto - sono e rimango fermamente convinto che l'insegnamento del diritto processuale civile non possa prescindere dall'impartire le basi teoriche (cioè normative fondamentali, ordinarie, costituzionali e di matrice europea là dove implicate) che costituiscono il fondamento della giustizia civile.
Se il diritto processuale civile è, per così dire, la cornice nella quale trova attuazione la risposta dello Stato al bisogno di *global peace* dei propri *cives*, mediante il riconoscimento dei propri diritti per via di un provvedimento giurisdizionale utile, un rimedio pel appunto, piaccia o meno, il diritto processuale civile è innanzi tutto *giustizia* (civile), nella quale si compongono funzionalmente tecnicalità anche variabili e mutevoli, ma rimangono fermi i principi fondanti.
Un "libro di testo", un insegnamento del diritto processuale civile, a prescindere da mainstream del momento, deve impartire questa lezione, che spiega a qualunque studente il perché si studia la materia, quale significato ha nel contesto formativo di fondo, e non solo schiettamente giuridico.
Del metodo langdelliano possiamo e direi dobbiamo parlare, ma dobbiamo anche tenere in considerazione sia il metodo, sia la nostra disciplina, per l'appunto un disciplina *in* e *di agere*.
Nell'ottica di un *Manuale* (sulla cui valenza del termine e del contenuto tornerò oltre), coniugare il metodo casistico con una disciplina complessa quale la nostra, senza pregiudicare l'inquadramento generale, la visione d'insieme, e così disperderne i valori per un insegnamento si tecnico, ma prima di tutto di fondamenti della società, dei suoi bisogni primari ed essenziali (i noti *pillars*), implica uno sforzo diverso, e a mio parere, anche una condivisione della platea studentesca, chiamata a qualcosa in più del tradizionale.
Subentra quindi il mondo *experienced*, che se non altro rende il conto del vissuto, del testato, e dell'inesorabile evoluzione dei tempi. L'irrinunciabile inquadramento dei principi naturali, costituzionali e starei per dire globali della giustizia civile assolve il duplice scopo di indirizzare la spiegazione degli istituti di parte generale del Codice di procedura civile nel costante richiamo attuativo, ma anche (e non secondariamente) di convincere gli studenti, al primo contatto con la narrativa ormai tralatizia della materia noiosa e formalista, spesso inattuata dalla prassi etc. etc., che non solo tale non è, ma anzi l'esatto contrario. [6] Rivendicare

[6] Può risultare assai interessante ascoltare la appassionata intervista al Prof. Arthur R. Miller, in quel tempo (1986) Bromley Professor della Harvard Law School, che con grande efficacia eppur semplicemente sorprende l'interlocutore spiegando che

l'importanza cruciale del *diritto processuale civile* non vuole solo ricordare i nostri *patres*, che peraltro ebbero a giocare una partita in tempi alquanto diversi e "statici" e oggi desueti (a torto o ragione), ma soprattutto vuole (e dovrebbe, se ve ne fosse bisogno) ricordare come il posizionamento dei diritti fondamentali del cittadino, patrimoniali e personali, esercitati *uti singuli* o collettivamente, come persone fisiche o persone giuridiche, si scorge nel momento della rispettiva violazione. E che, pertanto, e nella rispettiva *tutela* che uno Stato, che si attua (anche) nel proprio ordinamento giuridico, trova la più alta forma di promozione di valori imprescindibili e mondiali, dalla solidarietà all'eguaglianza. E, in fine, che le regole attuative della tutela non sono noiose, ma concretano variando anche nel tempo, come uno Stato rimane uno Stato.
Il tutto con la stessa rilevanza, alla pari, anche geometricamente, nel quadrato dei *cornerstone* dell'ordinamento. Il resto segue, e sempre con quel quadrato dovrà confrontarsi.
Il "manuale", quindi comincia a delinearsi come un vero e proprio *teaching material*, se destinato agli studenti del quinquennio. Un testo che spieghi ma soprattutto accompagni gli studenti durante le lezioni, che dovranno ispirarsi al testo ma anche dicendo qualcosa in più e anche di diversamente affrontato. Ma, devo ammettere, il mio personale *experienced* mi agevola nel prospettare queste riflessioni, dovuto alla frequenza (e prim'ancora, ai numeri) degli studenti ammessi alle mie classi. Credo tuttavia, che almeno questa impostazione generale non conosca limiti o barriere di ogni tipo, ed anzi ancor più potrebbe risultare efficace in ogni luogo, pur in diversi contesti.
Siamo comunque distanti dal "Manuale" per l'esamificio. Che non è un problema del "Manuale" di per sé, ma semmai di un anacronistico modo di concepire gli studi universitari in materie giuridiche, ormai anche in tempi di lezioni *streaming* in presenza.

4. Si innesta così un punto fondamentale, a mio modo di vedere. Non *un* Manuale, ma *più* e *diversi* Manuali. Ritengo sia un punto fondamentale precisare questa notazione, in questo d'accordo con amici e colleghi autori di "Manuali", per due ordini di ragioni. In primo luogo, è lo stesso esistente che denota chiaramente una fioritura di testi per la didattica di diversa impostazione e struttura, con ogni probabilità scaturiti da opzioni dell'Autore derivanti dall'esigenza da soddisfare, per poi nel tempo essere modificati e completati. La seconda, invero, perché lo studio della nostra materia può avere, ed ha, diversi "momenti" nella formazione del giurista, prima e dopo la laurea.

---

il suo Corso, aggiungo che fece di Harvard Law, Harvard, al primo anno (1L) del J.D. (l'equivalente nostro del lungo quinquennio), non poteva avere e non aveva narrativa e la suggestione per i ragazzi di un corso su *Torts* o *Criminal Law and Procedure*, ove si parla di *murderer*.... v. https://www.c-span.org/video/?150511-1/civil-procedure-class, ove si ascoltano consonanti valutazione sulla difficoltà "importante" e sul valore educativo e formativo di Civil Procedure, anche e soprattutto in the U.S.

Questo secondo aspetto è significativo, seppur rappresentando un profilo abbastanza unico e tipico del nostro ordinamento del rapporto tra studi universitari e accesso alle professioni legali. Se per un verso il "Manuale" tende per definizione ad essere completo ed esaustivo della trattazione del Codice di rito, sia pur con un differenziato e personalizzato "ordine logico delle questioni", l'impostazione del come sono affrontati gli argomenti e gli istituti del processo può e forse dovrebbe variare a seconda del proposito dell'Autore, per lo più dichiarato nella prefazione. Ancora una volta, funzione e struttura del, o dei "Manuali" dovrebbero riflettere la platea cui sono destinati. Essi dovrebbero puntare su complete seppur ragionate trattazioni istituzionali, da completarsi con gli aggiornamenti giurisprudenziali *a latere*, se il proposito è una preparazione esaustiva per l'accesso alle professioni legali, sia scritte, ma soprattutto orali, nelle nuove forme dell'accesso all'avvocatura. Diversamente, io credo, il "Manuale" potrebbe rappresentare un vero e proprio *teaching material* che accompagni le lezioni, senza sovrapporsi e così scoraggiarle; che affronti i singoli argomenti, là dove possibile, con un approccio semplificato ma realmente didattico, vale a dire non meramente limitato ad una ragionata trascrizione del codice, con linguaggio il più possibile semplice in considerazione che la platea di destinazione affronta per la prima volta una materia la cui narrativa costante sappiamo tutti essere quanto di più infedele e contraria all'invero cruciale importanza nella formazione del giurista e non solo.
Se si pensa al modello della c.d. *flipped-class*, che alla fin fine rappresenterebbe (senza neppure troppa fantasia) l'edulcorazione innovativa dell'auto-educazione per target di apprendimento (confesso di sorridere mentre sto scrivendo), essa sì presuppone un preventivo studio " a casa" degli argomenti poi trattati a lezione (*two more cases next Monday*, per l'appunto), ma anche in definitiva un "Manuale" che favorisca, quanto a struttura, stile e "Handling", renda fruibile ed "educativo" il dialogo - un vero e proprio Q & A", tra docente e studenti.
Di qui allora un monito, a mio modesto avviso, s'intende: come peraltro noto nelle ultime fatiche di amici e colleghi, là dove il "Manuale" è destinato soprattutto agli studenti del corso di studi in giurisprudenza, credo veramente che a questo proposito il "Manuale" debba sempre meno riflettere nel testo le pur affascinanti speculazioni teoriche su alcuni istituti, per puntare di più all'essenza attuale dei medesimi, proprio per realizzare al meglio il proposito del *teaching material*, senza nel contempo banalizzare i concetti e le di questi applicazioni concrete.

5. Questa seconda parte dello scritto vuole invece affrontare un diverso ma collegato argomento, maggiormente centrato sul *diritto processuale civile oggi*, come dal titolo. Argomento senza dubbio connesso strettamente con l'insegnamento e il "manuale", seppur per taluni aspetti non del tutto coincidente. Riflette nondimeno l'idea generale del simposio napoletano sull'editoria scientifica oggi, in generale e nel diritto processuale civile, sulle

valutazioni ministeriali e dell'Anvur, in generale sulla direzione scientifica che la nostra materia trova in parte preconfezionata da rigidi schemi valutativi, su dati di quantità mascherati da qualità, e così via.

Se si perdona un riferimento personale al "Manuale", l'idea di accompagnare il volume sui principi generali, là dove possibile, con rilievi comparatistici con il processo civile americano-scelto per ragioni varie ma consonanti [7] - in realtà deriva da un approccio diverso che ho maturato nel tempo, e di cui ho già tratteggiato le linee fondamentali, in un duplice occasione. [8] Ed anzi, l'opportunità del simposio napoletano e questo scritto consentono, per così dire, di tirare le fila di un ragionamento più ampio, che dall'insegnamento e dalla "manualistica", si dirige quasi inevitabilmente verso lidi più ampi, e forse da sempre ancor più affascinanti e probanti. Se il professore universitario deve senz'altro essere innanzi tutto un bravo *teacher*, con i requisiti di sostegno didattico prima delineati (sempre, a mio parere, s'intende), il professore è tale anche (e direi congiuntamente) *through the quality of the research activity*. [9]

[7] Ragioni dovute essenzialmente a tre ordini di fattori: a fianco di una curiosità ed interesse personale nei riguardi della complessa macchina della giustizia americana, del cui noto *exceptionalism* oggi rimane poca traccia, si assommano due motivi precisi che ebbero a determinare la scelta. In primo luogo, l'importanza e la rilevanza che *civil procedure and justice* riveste nella formazione universitaria americana, e soprattutto la rilevanza scientifica della materia da sempre avuta, sia nella letteratura che nella *governance* degli atenei più importanti. Nel contesto delle riviste giuridiche americane, infatti, *flagships* o di settore, della imponente manualistica, sia classica sia sotto forma di *cases and materials*, lo studioso scopre un mondo particolare, attento alle tecnicalità e soprattutto alle nuances del *law of precedents*, ma mai disgiunta dal perseguimento dei grandi ideali di giustizia fatti propri dalla Costituzione americana e dall'art 1 delle *Federal Rules of Civil Procedure*. Un mondo che peraltro, se approfondito a dovere, e non limitato ad un purtroppo tradizionale sguardo snobista e superficiale di una così nettamente presunta superiorità del *civilian* – apre a ragionamenti di *cross-comparison* che inducono a riflessioni ulteriori e diversi rispetto a quelle di cui siamo abituati. Secondariamente, il proposito è anche quello di assecondare l'aspirazione dei destinatari immediati di questa mirata comparazione nella manualistica, vale a dire gli studenti, ormai molto attenti a sfruttare i moduli di *double degree* con prestigiose *law schools* soprattutto *overseas,* così già usufruendo di una visione generale del sistema della giustizia civile americana che appare nello sfondo di molti corsi impartiti nei vari LLM.

[8] Vedi 2 C. CAVALLINI - M. GABOARDI, *Should We Teach (a bit of) US Civil Procedure in the European Law Schools?,* in *Courts & Justice Law Journal*, 2020, pp. 109 ss. e più in generale, C. CAVALLINI, *Quale insegnamento del diritto processuale* ?, in *Riv. dir. proc.* 2018, pp. 451 ss. A questi studi si aggiunge ora un diverso e più ampio saggio, destinato all'insegnamento di un corso base di prossima attivazione, titolato per l'appunto (come l'insegnamento) *Global Civil Justice*, in *Notre Dame J. Int'l. & Comp. L.,* 2024, in corso di pubblicazione nel momento in cui si scrive, maggiormente di contenuti sistematici comparati e "riunificati" in quadro di fondamenti globali della giustizia civile, con quasi *unexpected* conclusioni.

[9] Anche qui, piaccia o no, va fatta chiarezza, a fronte di pratiche diverse, soprattutto nel campo degli studi giuridici, sul modello di ateneo e di faculty giuridica, nel rispetto delle leggi vigenti. Al di là delle variegate forme di compatibilità dell'insegnamento universitario (di ruolo) con l'esercizio delle professioni legali protette, del regime delle autorizzazioni, del formale "tempo" da dedicare, credo che nondimeno un vero regime liberale andrebbe prospettato, anche in considerazione delle risorse scarse destinate via via all'università, e in molti casi della necessità della "perizia" dei professori universitari su specifici temi coinvolti nelle vicende professionali. Una possibile chiave di volta in realtà c'è gia', ed è il modello di università che è "vigente" in Italia(e nel mondo, starei per dire, forse con ancor più nettezza): il modello della Research University, contrapposto a quello della Teaching University, è chiarissimo, considerati i sistemi valutativi della ricerca su modello VQR, sui premi monetari eccellenza riservati ai Dipartimenti per qualità e risultati della ricerca, per l'avanzata rilevanza dei *grants*, dai Prin ai più "blasonati" ERC, ed altri multiformi realtà vigenti a livello nazionale ed europeo. Insomma, se la Teaching University è a livello

Ed allora, credo che il ragionamento possa anche svilupparsi alla stregua del significato, didattico e scientifico, di un'indagine di raffronto, che chiamerei verticale, dei capisaldi del processo civile americano, delle *policies* che lo ispirarono e di come sono parzialmente evolute e mutate dal 1938 ad oggi, per lo più, ma non solo, come conseguenza dei grandi *overruling* della Suprema Corte; un raffronto, dicevo, verticale, in quanto può fornire lo strumento per una valutazione eterodossa (ma non forzata) del nostro sistema, soprattutto dopo la recente riforma del 2022. E questo potrebbe essere utile per capirne le prospettive future, sempre fatte salve le differenze che rimangono tra i sistemi continentali e quelli anglosassoni, nondimeno affievolentesi se sol ci si allontana dalle tecnicalità delle regole e si volge maggiore attenzione alle *policies* sottostanti ed ai propositi perseguiti.
Di qui, si tratterebbe di vedere, sia sul piano didattico che soprattutto scientifico, se siano i tempi maturi per impostare un *pattern* nuovo della nostra materia, che valorizzi l'esistente, ma non si limiti a difenderlo come qualcosa per cui l'immutabilità diventa un valore di per sé, a pena di una autoreferenzialità ben presto destinata ad una scomparsa annunciata (e null'affatto prematura).

6. La linea d'indagine è stimolante, come è sicuramente stimolante allontanarsi dallo stereotipo quasi cinematografico della giustizia civile americani come un affar tra privati, ricchi, e studi legali affamati di prebende e dediti praticamente solo alle *class actions* [10]; così come da quello inglese, che parrebbe ai più financo migliore perché scevro dal ritenuto barocchismo della giuria e volto alla provocazione spesso *coerced* del *settlement*, di cui la riforma del 1999 ha nondimeno aperto alla diffusione, ponendolo quasi a sbocco naturale del procedimento civile [11]. Che quelli continentali siano tanto meglio, in Francia come da noi?
Affrontare il punto non significa pertanto "tenere il punto" per forza. Dirò di più, in occasione di questo simposio: affrontare il punto può coinvolgere anche l'editoria scientifica in materia, in qualche misura e *cum grano salis*.

---

internazionale la c.d. Business School, o simili, ove l'accesso dei docenti non è subordinato necessariamente alla qualità della ricerca, ma dal dimostrabile alto livello di insegnamento misto a curriculum professionale, il modello *Research* è tutt'altro, pur non mettendo in secondo piano l'attività didattica. Espone le *faculty* a giudizi di merito., anche *uti singuli,* e questo dovrebbe funzionare ad un impegno costante sulla ricerca di qualità, che vi deve essere a prescindere dall'impegno "altrove". Come ogni rendiconto, esso funziona solo se vi siano adeguati, razionali e seri risvolti di apprezzamento o meno di tali risultati, che si possono attuare in varie forme, che qui non mi dilungo a prospettare. Ancora una volta il sistema anglosassone potrebbe fornire qualche spunto, senza che a ciò sia possibile obbiettare che "là" le Università sono Istituzioni private (non è vero del tutto, e suona a facile alibi, comunque).

[10] Ed anzi, all'opposto, una prospettazione interessante si legge in J. RESNIK, D.E. CURTIS, D.R. HENSLER, *Individuals Within the Aggregate: Relationships, Representation, and Fees*, in *New York Univ. Law Review*, 1996, 296 ss.; R.A. Nagareda, *Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism*, in *Vanderbilt Law Review,* 2009, pp. 1 ss.; D.B. SMITH, *Class Action and Aggregate Litigation: A Comparative International Analysis*, in *Penn State Law Review*, 2020, pp. 303 ss.

[11] Vedi diffusamente J.A. JOLOWICZ, *The Wolff Report and the Adversary System*, in *C.J.Q.,* 1996, pp. 198 ss.; J. SORABJI*, English Civil Justice After the Wolff and Jackson Reforms,* 2014, pp. 107 ss.

Innanzi tutto, mi propongo di sgombrare il campo da un possibile equivoco di fondo: l'elezione del sistema processuale civile e di giustizia americano a termine di comparazione e raffronto, per così dire, reciproco, non è una vera e propria scelta, ma rappresenta semmai lo *status quo* quasi inevitabile: per imponenza della letteratura scientifica, per autorevolezza e significato delle sentenze della Suprema Corte, per il continuo perseguimento della variabilità delle *policies* sottostanti e mutevole per le esigenze dei tempi. Ma allo stesso tempo, questo raffronto è tra modelli, anche al di là della specificità delle singole regole. E "il modello" di raffronto è il sistema continentale, di matrice comune pur nella diversità delle regole, che include il sistema processuale tedesco, i fasti scientifici del passato, nonché il sistema francese, e in generale europeo.

D'altro canto, una possibile (ma a mio avviso solo parzialmente riuscita) osmosi o almeno dialogo tra i due grandi modelli di raffronto, riduttivamente etichettabili di *common law* e *civil law*, è avvenuta con la redazione dell'*ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure* [12], che coinvolto un panel ricco anche di studiosi del processo americani, di cui si nota qualche traccia nell'elaborazione delle regole di *soft law.*

Di qui, e al di là delle specificità della giustizia civile americana e in generale di matrice anglosassone, mi sto persuadendo che una prospettazione del diritto processuale civile domestico possa realmente beneficiare, da vari punti di vista, di una linea d'insegnamento (innanzi tutto) comprensiva di una ragionata selezione di "*main issues*" in raffronto, dopo aver delineato il sistema processuale a livello generale e sottolineato le differenze principali, che nondimeno non sono così di ostacolo per un'efficace comparazione (e il porle di ostacolo spesso è frutto di un'aprioristica negazione, in nome di una altrettanto presunta valutazione di mediocrità di quel sistema e dei loro *participants*). E non solo, dato che la buona didattica nasce (anche) dalla buona ricerca, l'approccio suggerito apre, sia pur ragionevolmente, a un filone di ricerca che non posso certo definire innovativo in quanto tale, ma che senza dubbio non è limitato all'esportazione del nostro modello di tutela giurisdizionale civile, o all'importazione di quello straniero, o a una descrittiva visione di raffronto. [13]

---

[12] V. *Eli-Unidroit Model European Rules Of Civil Procedure*, Oxford, 2021.

[13] Vi è da dire che il punto affrontato nel testo è stato ed è ben presente e colto dagli studiosi d'oltreoceano, ove il tema della *legal education* costituisce un *field* specifico, con sue proprie riviste, ed è trattato spesso trasversalmente con il diritto comparato o meglio con la comparazione come metodo d'insegnamento e d ricerca delle single materie. V. infatti, D.B. OPPENHEIMER, *Using a Simulated Case File to Teach Civil Procedure: The Ninety-Percent Solution*, in *J. Of Leg. Ed.*, 2016, pp. 817, 838 (che nota come "*the approaches to active learning and teaching in context (...) ha[ve] worked well in civil procedure, pretrial practice (...), trial practice (...), and evidence*"); J. TIDMARSH, *Strategies And Techniques For Teaching Civil Procedure,* Boston, 2012; E.S. KNUTSEN et al., *The Teaching of Procedure Across Common Law Systems*, in *Osgoode Hall L. J.*, 2013, p. 2 (che si chiede "*what difference does the teaching of procedure make to legal education, legal scholarship, the legal profession, and civil justice reform?*"). D. BAMFORD et al., *Learning "How" of the Law: Teaching Procedure and Legal Education*, in *Osgoode Hall L. J.,* 2013, pp. 45, 49, I quali affermano: "*For countries in which civil procedure is currently included in the law school curriculum (...), critical reflection on the role procedure plays in the larger curriculum could enable civil procedure to serve that role better*"). Ma l'origine di tale dibattitto è più risalente e letta oggi assai lungimirante: v. infatti, J. DAINOW, *The Civil Law*

Possono darsi alcuni esempi concreti, che riflettono proprio come una possibile nuova sfida sia quella di comprendere se e come la *legal education* (a cui partecipa a piene mani, per così dire, il "Manuale") debba per definizione riflettere i diversi contesti di sistema e culturali delle (ritenute così) differenti famiglie legali di *civil law* e *common law* ovvero, al contrario, possa in qualche misura e su alcuni temi centrali, svoltare verso un modello integrato, volto ad una comprensione della materia domestica anche da un prospettiva e in un contesto più ampio e formativamente più spendibile e financo utile per gli studenti. [14]

Un primo esempio, che sovviene proprio a seguito della recente riforma del 2022, è dato dalle recenti ordinanze di cui agli artt. 183 *ter* e 183 *quater* c.p.c. Si tratta infatti di due omologhe previsioni introdotte *ex abrupto*, e forse in modo affrettato quanto alla disciplina, ma che potenzialmente aprono uno squarcio nel sistema più di quanto si possa di primo acchito immaginare, o potrebbero senza dubbio aprirlo sol se "coltivate" da una prospettiva più ampia e, per l'appunto di *cross-comparison*, anche in una visione *de lege ferenda*.

Ed infatti, nel sistema americano, le parti possono richiedere o il rigetto immediato della domanda attorea o il suo accoglimento immediato, sostenendo che le allegazioni non sono sufficienti a concretare l'interesse "*to state a claim*" o "*to strike an insufficient answer*". Allo stesso modo, dopo lo sviluppo della fase *pretrial* e le eventuali modificazioni delle pretese avanzate negli atti introduttivi, le parti possono richiedere un giudizio allo stato degli atti, che è sostanzialmente simile alla precedente richiesta di respingimento, ma può essere avanzata durante la fase avanzata del *pretrial*, quando emergono questioni rilevanti anche per i risultati della *discovery*. [15]

In modo leggermente diverso, la richiesta di *summary judgment* è oggi una delle modalità di risoluzione delle controversie alternative al processo e alla decisione tradizionale tramite giuria, ed è ampiamente utilizzata, specialmente quando, in risposta alle richieste sopra menzionate, la controparte presenta nuovi elementi (affidavit, interrogatori) o prove "*outside evidence*". I requisiti per il *summary judgment* sono chiari: chi richiede il giudizio deve dimostrare che non ci sono elementi di fatto controversi, mentre il resistente deve presentare prove contrarie che mettano in discussione i fatti come presentati dalla parte richiedente,

---

and the Common Law: Some Points of Comparison, in *The Am. J. Of Comp. Law,* 1966, p. 419 (che esplicitamente sosteneva che "*There is a naturally direct reciprocal influence between the nature of a legal system and the pattern of legal education. The nature of a legal system and the pattern of legal education. The former promotes the method of the latter, which in turn perpetuates the original character of the system*"); v. anche D.B. WILKINS, *Legal Realism for Lawyers*, in *Harv. L. Rev.*, 1990, p. 468.

[14] Aggiungo che questo approccio non è – né deve apparire – prerogativa quasi esclusivi di contesti accademici di un certo tipo e tradizione, ma al contrario e forse a fortiori dovrebbe essere un vero e proprio modello formativo, che suscita l'interesse e l'occasione per qualsivoglia studente, in qualsivoglia contesto.

[15] Art. 12 (b) (6); art. 12 (c) e art. 12 (f) Federal Rules of Civil Procedure (FRCP).

affinché il giudizio possa essere deciso solo come questione di diritto, senza la necessità di far valere materiale di fatto davanti alla giuria durante il processo. [16]

Come può rilevare, in termini di raffronto prima e di approccio metodologico nel *teaching* e nel *teaching material*, l'esempio prospettato? E nell'ampiezza di prospettive e di indagine che può aprire per la ricerca? Senza dubbio, io credo, essendo qui di interesse la prima domanda, un valore formativo ed esperienziale è percepibile negli occhi degli studenti più attenti allorché, nella spiegazione delle ordinanze italiane si accompagni la comparazione con gli istituti anglosassoni assai similari almeno dal punto di vista effettuale. Così da illustrarne le ragioni storiche che ebbero a determinarli e soprattutto le *policies* che la Suprema Corte segue per incrementarne sempre più l'utilizzo nell'ottica del bilanciamento di un processo *just, speed and inexpensive*, secondo il dettato dell'art. 1 FRCP: per poi valutare se mai tali *policies* sono o non sono state alla base del nostro recente intervento riformatore del processo, capirne nel tempo la sorte e l'eventuale evoluzione giurisprudenziale, e infine arrivare alla *res judicata,* attualmente punto distintivo di efficacia ed utilità che segna (ancora) la differenza tra i rispettivi strumenti di anticipazione del giudizio nei due ordinamenti.

Un secondo esempio, forse ancor più interessante e probante, è dato dall'orientamento giurisprudenziale ormai abbastanza consolidato sulle domande "alternative" , per non parlare di quello frettolosamente definito del "giudicato sulle questioni". Ed anzi, se vi è un percorso di "*bridge the gap*" tra le due famiglie legali, esso si nota molto chiaramente in questi due ultimi orientamenti giurisprudenziali. Merita un cenno qui il primo di questi nuovi orientamenti, quello per l'appunto sulle domande alternative e l'oggetto del processo, inaugurato nel 2015 da una ormai nota pronuncia delle Sezioni Unite. [17] Se infatti si considera il recentissimo dubbio che la stessa Cassazione sembrerebbe porre con riferimento all'(in)ammissibilità di tali domande per la prima volta nel grado d'appello, e così lavorando sul divieto di domande nuove *ex* art. 345 c.p.c. [18], l'approccio didattico e, come diremo, scientifico, può senza dubbio giovarsi dell'esame comparatistico "verticale", proprio in relazione a quegli ordinamenti che, pur se strutturalmente diversi, nondimeno conoscono tale oggi anche "nostro" orientamento di "dedotto e deducibile su domande", e lo conoscono nell'applicazione della *doctrine* della *res judicata*.

---

[16] Art. 56 (a)(b) FRCP.

[17] V. Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310. La letteratura scientifica sulla sentenza *de qua* e sulle seguenti, fino ad a oggi, è massiva, ma mi permetto di rinviare, oltre che i dovuti esaustivi riferimenti, al recente scritto di S. RUSCIANO**,** *Oggetto del giudicato e domande complanari,* elaborato in occasione di un simposio tenutosi in Bocconi nel novembre del 2023, ed ora in corso di pubblicazione, nel quale emerge un approccio preliminare al complesso tema direi consonante ai rilievi qui svolti.

[18] V., in ultimo Cass. (ord.) 18.08.2023, n. 24819. La pronuncia in realtà non pone di per sé un dubbio, escludendo esplicitamente che non è in contrasto con quella del 2015, che si riferisce al giudizio di primo grado. V. *funditus* nel testo, proprio in relazione al diverso approccio che si può avere sull'intera tematica.

Un approccio che può giovare ad una semplificazione del problema, sempre utile e apprezzata dagli studenti così come eventualmente dalla resa scritta in un "manuale". Il recente orientamento – che può ascriversi appieno al contesto della c.d. giurisprudenza creativo - evolutiva[19], lotta, per così dire, con l'esistente normativa stratificata, che assomma una speculazione teorica e non regolata anche 'essa da norme (*emendatio/mutatio*) con il progressivo inasprimento delle preclusioni e soprattutto la diversa funzione, seppur non natura, dell'appello civile. Un coacervo di altrettanto stratificate elaborazione teoriche, spesso decise sulla specificità del caso concreto, che hanno condotto ad una apparentemente ondivaga giurisprudenza, a seguito del *landmark case* deciso nel 2015.

L'orientamento inaugurato con la pronuncia del 2015 in tema di domande c.d. "complanari" è più semplice e lineare di quanto si possa pensare: se a fronte dell'unica e allegata vicenda storico-fattuale, che vi deve essere alla base di qualunque giudizio civile (comprensiva del fatto lesivo in una col fatto storico costitutivo di uno o più *petita immediati* (rimedi?) da chiedere per la tutela del proprio diritto, all'attore possono spettare alternativi "rimedi" (che paiono configurare "diritti diversi da far valere), tutti si consumano *in limine litis,* qualora siano diretti ad ottenere il medesimo bene della vita (Chiovenda) o a perseguire la stessa utilità /interesse pratico.

L'orientamento originatosi evolutivamente nel 2015, nell'ammettere ammette la domanda alternativa nella prima memoria di trattazione rappresenta alla fin fine un favor actoris, il cui scopo è quello di rafforzare l'orientamento medesimo, poggiato sull'efficienza del processo dovuta anche (ma non solo) a smorzare la pluralità di cause contro il convenuto, aggiungo *secundum eventum litis,* che rimarrebbe tale finché perde una buona volta a seguito di reiterate riproposizioni di tutele tutte derivanti dalla medesima vicenda storica, tutte storicamente coeve e comunque antecedenti alla proposizione del primo giudizio.

Se poi andiamo a vedere il richiamo alle *policies* sottostanti questo nuovo orientamento, vediamo che la Cassazione esplicitamente fa riferimento a specifici valori da perseguire, latamente costituzionali, quali la concentrazione, il divieto di frazionabilità e l'economia processuale, che richiamano quell'*efficiency* sottesa al principio della ragionevole durata. Valori richiamati anche dall'ultima, peraltro, non del tutto conferente pronuncia del 2023, là dove si esclude che la domanda alternativa, in quanto solo modificata in primo grado, sarebbe proponibile in appello, non ricadendo sotto il divieto dei *nova*.

S'inserisce a tal proposito il raffronto con il sistema anglosassone (sul punto inglese tanto quanto americano). E si inserisce già a livello di didattica, e *magari* anche a livello di "manuale", inteso come supporto alla didattica innanzi tutto, nel senso già visto. Si rinviene così, nel

[19] Ho avuto occasione recentemente di affrontare più a fondo il crescente ruolo della giurisprudenza c.d. "creativo – evolutiva" in C. CAVALLINI, *Processo civile e semplificazione del sistema: quale ruolo per la* iurisprudentia*?* In *Riv. dir. proc.* 2022, pp. 839 ss.

contesto di un sistema di *remedy law*, che la preclusione del dedotto e deducibile sui rimedi che avrebbero potuto essere proposti fin dall'origine (cioè fin dal primo *pleading*) sulla base della medesima vicenda storica tra le stesse parti costituisce da sempre l'oggetto della *res judicata* nel sistema americano [20] ed un effetto della *res judicata* nel sistema inglese, financo per effetto di un precedente datato 1876 [21]. E in entrambi i casi le *policies* sono identiche, e nella sostanza, quelle che stanno alla base del nostro recente orientamento delle Sezioni Unite. [22]

Tale raffronto consente di dare una spiegazione diversa, e direi aggiuntiva, io credo, al profilo adombrato dalla recentissima pronuncia del 2023 in tema di inammissibilità della domanda "complanare" in appello: proprio le statuizioni della Cassazione consentono di affrontare il problema in questa prospettiva: infatti, là dove statuiscono che il *novum* rappresentato dalla domanda "complanare" in appello non è in contrasto con l'ammissibilità in prima memoria di trattazione, trattandosi del giudizio di primo grado, in realtà sembrano confermare che il il ne bis in idem al rigetto della domanda (unica, proposta) sia un corollario naturale dell'" *one bit of the apple*", come storicamente determinatosi nei sistemi anglosassoni sulla base di valori dell'ordinamento oggi perseguiti anche dal nostro. Il raffrontato sistema anglosassone, fondato sul claim sì, ma *to state a relief*, quindi volto ad ottenere un rimedio, ci aiuta a prospettare una ragione in più: il punto sono i fatti storici (non tanto e solo individuatori del diritto), ma potenzialmente fondanti diversi rimedi concorrenti a perseguire quel "bene" o "interesse"), con la stessa rilevanza che acquisiscono in modo neppur così diverso nei sistemi di *remedy law*. [23]

Di qui il tema della proponibilità in appello o meno della "complanare " quasi non si pone. Il punto non è nemmeno l'art. 345 c.p.c., a ben vedere, ma proprio la coerenza dell'orientamento, nonché la funzione dell'appello non certo più, e da tempo una

---

[20] Si veda il *Restatement (Second) of Judgments*, § 131 (1982). V. anche A. VESTAL, *Res judicata/Preclusion/Expansion*, in *So. Cal. L. Rev.*, 1974, pp. 357, 359.

[21] *Henderson v. Henderson* (1843) 3 Hare 100, 115, Wigram V.C. Il principio è stato riformulato nel 2002: *Taylor v. Lawrence* (2002) EWCA Civ. 90 QB 528, at 6, *per* Lord Wolff; v. anche *Johnson v. Gore Wood & Co* (2002) 2 AC 1, 31 HL, *per* Lord Bingham.

[22] V. N. ANDREWS, *On Civil Process*, Cambridge, 2001, p. 511 (il quale specifica che "*the "principle of finality" is rooted in several interrelated policies. If a decision were not treated as final, many inconveniences would result: the dispute would continue to drag on; greater legal expense and delay would result; scarce "judge-time" would be spent re-hearing the matter; inconsistent decisions might follow; litigation would cease to be a credible means of settling disputes; finally, it would be a hardship on the victorious party if the first case were to be re-opened; the victor is entitled to assume that at the first action, he was not merely attending a dress rehearsal for further performances*." Per il sistema americano, v. J. FRIEDENTHAL Et Al., *Civil Procedure*, St. Paul, 2023, pp. 622-627, che sottolinenano come "*res judicata thus conserves scarce judicial resources and promotes efficiency in the interest of the public at large."* (ID., p. 623), come la stessa Scotus ha precisato bene in *Brown v. Felsen*, 442 U.S. 127, 131, 99 S. Ct. 205, 2209, 60 L Ed. 2d 767 (1979) (notando che "res *judicata thus encourages reliance on judicial decision, bars vexatious litigation, and frees the courts to resolve other disputes"*).

[23] V., seppur con riferimento al diverso profilo della *issue preclusion doctrine*, C. CAVALLINI, *Diritto, rimedio, res judicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 204.

prosecuzione del giudizio di primo grado. Il tutto in linea con l'origine del principio e le *values* sottostanti dei sistemi anglosassoni.

La conclusione si delinea quasi *ex se*. "Manuali", insegnamento, differenti funzioni, prospettiva esterna e allargata, una nuova possibile ricerca. Possibile, *not compelling* sicuramente, ma affascinante e per tante cose, utile.

Cesare Cavallini
Ordinario dell'Università Bocconi

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



GIUSEPPE DELLA PIETRA

Riflessioni in punta di penna sull'insegnamento del Diritto processuale civile all'alba del nuovo Millennio

L'a. interviene alla tavola rotonda su "Manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile".

The author contributes to the panel discussion on 'Manuals and materials for teaching civil procedural law'.

Vorrei qui partecipare tre interrogativi che mi pongo a ogni inizio di corso, per non dire a ogni avvio di lezione.
Il primo si addensa sulla perdurante indispensabilità del manuale. È ancora necessario un manuale? O conviene affidare l'insegnamento della procedura civile alla sola lezione d'aula? A mio avviso, il manuale è ancora indispensabile, e lo è, credo, per tre distinti, concomitanti motivi.
So di atenei blasonati che hanno abolito il manuale. Per certi versi li invidio, perché ciò fa presumere una percentuale di corsisti che sfiora il 100%. Chi, come me, insegna in un ateneo in cui il numero dei frequentanti è di molto inferiore a quello degli iscritti, è costretto a concludere che il manuale resta un sussidio indispensabile. Amerei davvero che la lezione orale e il contatto diretto fossero l'unica fonte di apprendimento, ma il manuale resta, ahimè, il solo mezzo per raggiungere tutti. Di qui la tendenza a trasfondere nei manuali il contenuto delle lezioni: non per una pratica scorciatoia, come talora si pensa, ma nell'illusione, forse inconsapevole, di riversarvi il distillato di quelle idee, di quelle visioni di quelle tecniche che ciascuno, nel suo piccolo, prova a elargire a chi, domani, potrà trovarsi a operare col processo civile.
Il secondo motivo dell'indispensabilità del manuale sta nel fatto che i corsi sono ormai organizzati per semestri (trimestri, di fatto), in blocchi, cioè, che impongono di serrare le file, di compattare il programma, di condensare gli argomenti. In questo clima, ben distante dai distesi ritmi annuali di cui ci giovammo quando toccò a noi di studiare per la prima volta il processo civile, il manuale tranquillizza: quello che ci è sfuggito, quello che non abbiamo potuto spiegare, quello che non abbiamo saputo riassumere sta là, nelle nostre pagine, a disposizione di tutti, anche di quelli che, frequentanti, hanno visto ridurre o sintetizzare il programma per la nostra ansia (la mia, perlomeno) di non arrivare a dire tutto.
Il terzo e più profondo motivo d'indispensabilità del manuale è quello, almeno per me, prevalente. M'inquieta non poco l'idea di licenziare laureati che non abbiano studiato sui libri.

Mi preoccupa, cioè, la prospettiva di laureare studenti che si dedichino poi a preparare un concorso senza avere la capacità e la pazienza di compulsare volumi. La mia personale visione è quella dell'università come grande, ultima palestra, nella quale allenare i ragazzi a leggere, comprendere, ritenere e esporre. Non importa se la scuola ancora assolve a questo compito, o vi ha abdicato. Se pur fosse, l'università mi pare l'estrema sede per far comprendere che il sapere non promana solo oralmente, e visivamente, dalla rete, ma si estrae anche, per non dir soprattutto, dalla carta. Su questa base, la politica di tramandare e rinsaldare nei giovani l'uso del libro m'induce ancora a suggerire l'impiego del manuale.

Scatta a questo punto il secondo quesito che mi rivolgo all'inizio di ogni corso: quale manuale? Certo, ce ne sono parecchi, tutti ottimi, tutti ben scritti, ma mi accorgo ogni anno di più che i nostri manuali (per primo quello di chi scrive) parlano a persone che operano secondo categorie concettuali, tecniche di apprendimento, schemi mentali che non sono più i nostri o, perlomeno, che non sono più i miei. E ogni anno che passa registro sempre più questo scollamento. Il timore è che i nostri manuali adoperino un linguaggio che immaginiamo comune, ma che comune non è. Ho vivida la sensazione che agli studenti scioriniamo costrutti, lemmi, concetti (dichiarativo, sistematico, opponibile, fra i più impenetrabili) che erano i nostri, un tempo, e che non sono più i loro, oggi. In disparte il latino (lingua ormai morta una seconda, definitiva volta), sono proprio il periodo, la sintassi, il frasario, perfino la lunghezza degli incisi che ci dividono dalle nuove generazioni.

Avevo pensato che fra le vie di soluzione potesse esservi la semplificazione, abbinata all'opzione visiva, ma neanche questo interamente appaga. Anzitutto, perché oltre una certa soglia non si può semplificare. Di poi, perché l'autore che semplifica continua a farlo secondo schemi e categorie che sono sempre e ancora i suoi, non già quelli dei suoi studenti.

S'innesta qui il terzo quesito di ogni inizio corso: che tipo di lezione conviene tenere? Secondo quale modello conviene spiegare?

Sono sempre più convinto che, proprio perché abbiamo di fronte ragazzi che apprendono con tecniche diverse e parlano un linguaggio che non è il nostro, la sequenza tradizionale, quella del codice, per intendersi, non è più idonea: principi generali, primo grado, impugnazione, esecuzione, tracciano un percorso lineare, ma proprio per questo non più attuale. Forse è giunto il tempo di pensare a un diverso modo di illustrare il diritto processuale civile. La materia resta identica, ma credo debba ormai somministrarsi con modelli radicalmente diversi, congeniali a un pubblico che si nutre di immagini, di icone, di *tap* sugli *smartphones*.

L'elaborazione di questi modelli, almeno da parte mia, è ancora nebulosa. Il prezzo, però, se non cambiamo, è di ridurre l'esame di diritto processuale civile (ma non solo questo, chiaramente) a un triste, vacuo *trade off*, in cui gli studenti fingono di darci quello che chiediamo e noi c'illudiamo di sentire quello che vogliamo.

Diceva Lacan che "amare è donare quello che non si ha a qualcuno che non lo vuole". Per chi ha amato la procedura civile fin dal primo incontro sui banchi dell'università, sarebbe amaro

concludere che l'insegnamento si è svuotato fino a questo segno. Sta a me, sta a noi, docenti di questa arcana, affascinante materia, invertire la tendenza. Basta soltanto volerlo.

Giuseppe della Pietra
Ordinario dell'Università degli studi di Napoli Parthenope

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



GIUSEPPE RUFFINI

L'insegnamento del diritto processuale civile e i manuali

L'a. interviene alla tavola rotonda su "Manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile".

The author contributes to the panel discussion on 'Manuals and materials for teaching civil procedural law'.

1. Desidero innanzitutto ringraziare gli Amici e Colleghi napoletani che ci hanno consentito di riunirci per discutere insieme ancora una volta, sotto diversi e concorrenti profili, delle modalità di comunicazione scientifica e didattica della materia oggetto dei nostri studi e a me, in particolare, di intervenire in una tavola rotonda dedicata ai manuali e materiali per la didattica del diritto processuale civile.
Quale ultimo partecipante a questa tavola rotonda, ottimamente presieduta dall'autore di uno dei più diffusi e prestigiosi manuali utilizzati nelle università per l'insegnamento della nostra materia, ho, assieme al dovere di non annoiarvi ripetendo condivisibili osservazioni già svolte dai Colleghi che mi hanno preceduto, quello di cercare di aggiungere al dibattito alcuni ulteriori spunti di riflessione.
Devo confessarvi che neanche io, in vista dell'incontro odierno, ho resistito alla tentazione di chiedere a Chat GPT cosa sia un manuale di diritto processuale civile, ottenendo una definizione che può in larga misura essere ritenuta accettabile: "un testo che fornisce una trattazione sistematica e organica delle norme e dei principi che regolano il processo civile [utilizzato] principalmente dagli studenti di giurisprudenza, dagli avvocati, dai magistrati e da altri professionisti del settore legale per comprendere le procedure e le regole che governano i procedimenti giudiziari civili".
È peraltro implicito in tale definizione, ed è confermato dall'espresso riferimento agli studenti quali primi fruitori di tale testo, che lo stesso non possa appartenere a qualsiasi genere letterario, ma debba necessariamente consistere in un manuale. Esso infatti, ancor prima di essere uno strumento di consultazione per avvocati, giudici e professionisti del diritto che si occupano di questioni concernenti il processo civile, costituisce uno strumento fondamentale per l'apprendimento del diritto processuale civile da parte degli studenti di giurisprudenza.
Sono pienamente d'accordo, a questo proposito, con di Giuseppe della Pietra, quando afferma che i manuali costituiscono uno strumento indispensabile per la didattica universitaria.
Dobbiamo però chiederci perché per la didattica universitaria siano indispensabili i manuali, e non ad esempio i trattati o le riviste scientifiche, oppure, in campo giuridico, i commentari o i codici arricchiti da apparati esplicativi o da commenti giurisprudenziali.
A me sembra che per la didattica universitaria siano indispensabili i manuali, e non anche gli altri strumenti appena menzionati, per la loro essenziale funzione di ponte tra l'attività di

formazione e la successiva attività lavorativa che i nostri studenti potranno essere chiamati a svolgere una volta terminata la loro preparazione.
Non è un caso che per indicare il libro di testo da utilizzare per la preparazione universitaria si utilizzi lo stesso termine che si usa per indicare i testi contenenti le istruzioni pratiche necessarie per utilizzare al meglio un determinato strumento.
I manuali universitari, infatti, hanno la funzione di fornire agli studenti, in modo organizzato, i concetti e le informazioni che sono loro necessari per comprendere una materia e intraprendere una determinata attività lavorativa, coniugando la sintesi alla completezza e all'aggiornamento, in modo tale da evitare la necessità di ricorrere a più testi per acquisire tali informazioni o comprendere il funzionamento di determinati istituti.
Non si tratta, ovviamente, di una semplice raccolta di indicazioni operative, di una guida pratica contenente istruzioni su come utilizzare al meglio qualcosa, anche se mi piace ricordare che la prima edizione del manuale di diritto processuale civile da me utilizzato durante gli studi universitari, a firma di Salvatore Satta, era stata preceduta da un volumetto che si proponeva, anche nel titolo, di fungere quale guida pratica dell'allora nuovo processo civile.
Il livello degli studi al quale un manuale universitario deve necessariamente collocarsi e la complessità delle attività lavorative che gli studenti universitari potranno essere chiamati a svolgere una volta terminato il percorso di studi richiedono che il manuale universitario sia scritto in modo chiaro e accessibile, tale da poter essere compreso anche da chi ancora non conosce la materia, ma al contempo da offrire agli studenti gli strumenti per una comprensione critica della stessa, consentendo loro anche di dissentire dalle soluzioni che vengono proposte in ordine ai vari problemi affrontati. Il manuale universitario, in altre parole, deve essere un testo di facile consultazione e comprensione, contenente una trattazione sintetica ma allo stesso tempo esauriente, ragionata, sistematica e aggiornata della materia che ne forma oggetto.
È ovvio che per la preparazione del giurista possano essere utilizzati anche altri strumenti: voci enciclopediche, trattati, monografie, articoli, sentenze e relative note, testi legislativi più o meno commentati, ragionati o esplicati, banche dati etc.; ed è anzi compito delle università mettere in condizione gli studenti di utilizzare correttamente anche tali strumenti, che saranno poi indispensabili nell'attività professionale di qualsiasi giurista. Ma anche ai fini dell'apprendimento di una materia giuridica è comunque necessario, in prima battuta, un manuale, qualcosa che, come suggerisce lo stesso termine, si pone a metà tra il testo di introduzione allo studio di una determinata materia, nel quale sono ovviamente esposti in modo sistematico i suoi istituti fondamentali, e le istruzioni operative necessarie a chi di tali istituti debba fare uso nella sua attività lavorativa, a beneficio di tutta la collettività.
Tutti noi, al termine degli studi universitari, abbiamo selezionato e collocato, in un posto speciale delle nostre librerie, i manuali che avevano maggiormente caratterizzato la nostra formazione e che, in prospettiva, ci sembrava potessero essere maggiormente utili per i nostri

successivi studi e per la nostra futura attività lavorativa; e tutti abbiamo guardato con profondo rispetto a tali testi, dei quali abbiamo cercato di interiorizzare i principi ispiratori e apprendere le nozioni fondamentali, e ai quali sapevamo che avremmo potuto ricorrere per cercare di risolvere o almeno per trovare gli elementi necessari per impostare i problemi che sicuramente avremmo dovuto affrontare in futuro.
Ad alcuni di essi si sono sostituite, nel tempo edizioni più aggiornate, alle quali abbiamo continuato a portare lo stesso rispetto e la stessa gratitudine che nutrivamo nei confronti dei testi che ci avevano consentito di comprendere i principi fondamentali di determinate materie, nella certezza di poterli continuare ad utilizzare quali fonti di riferimento e aggiornamento per una corretta impostazione e soluzione dei diversi problemi quotidianamente affrontati nella vita professionale.
A questa fiducia che gli studenti naturalmente ripongono nei manuali universitari corrisponde peraltro un'enorme responsabilità per i loro autori, che – come ammoniva Beniamino Andreatta – devono avere la consapevolezza che una società non potrà mai essere migliore dei manuali che vengono messi a disposizione degli studenti universitari.
Per quanto riguarda la mia esperienza personale, che è poi l'unica di cui posso parlare a ragion veduta, tale consapevolezza è ciò che mi ha portato a rimandare per molti anni la stesura di un manuale di diritto processuale civile e a volerne poi condividere la responsabilità con altri Colleghi ai quali mi accomuna una identica concezione del diritto e della giustizia.

2. Volendo riassumere i problemi che deve porsi chiunque voglia accingersi alla stesura di un manuale di diritto processuale civile, direi che gli stessi, come emerso anche dagli interventi che mi hanno preceduto, possano essere ridotti essenzialmente a quattro:
- a chi è destinato il manuale;
- quale debba essere lo stile dell'esposizione;
- quali siano gli argomenti da trattare;
- quale ne debba essere l'ordine.

Nessun dubbio mi sembra possa esserci sulla risposta da dare al primo quesito.
I naturali fruitori dei nostri manuali sono, innanzitutto, i nostri attuali studenti, in quanto futuri professionisti legali; ma tra i fruitori vi sono anche coloro che, avendo terminato gli studi universitari, si stanno preparando per affrontare prove concorsuali o esami di abilitazione e coloro – magistrati avvocati, notai, funzionari, giuristi d'impresa, consulenti – che, dovendo quotidianamente risolvere per ragioni lavorative questioni processuali, necessitino di uno strumento di agevole consultazione e aggiornamento che possa aiutarli nella corretta impostazione delle stesse.
Mi sembra, inoltre, che i nostri manuali debbano essere consultati, se non studiati, anche da coloro che cooperano, in diversa misura, alla stesura dei testi normativi destinati a riformare

la disciplina del processo civile, sul quale non è possibile intervenire se non si abbia piena consapevolezza del sistema sul quale dette riforme sono destinate a incidere.
Infine, ed è appena il caso di precisarlo, normali fruitori dei nostri manuali sono tutti i cultori del diritto processuale civile, primi fra tutti gli altri docenti, e quindi anche noi, chiaramente interessati, sia per la nostra attività didattica che per la nostra attività di ricerca scientifica, a essere parti attive del dibattito che ognuno dei manuali contribuisce ad alimentare.

3. Una tale varietà ed eterogeneità dei lettori pone ovviamente un problema nella scelta dello stile da adottare nell'esposizione della materia, essendo più che evidente che uno stile facilmente comprensibile da un professore o da un magistrato, oppure da un avvocato di lunga esperienza possa non esserlo affatto per uno studente che utilizzi il manuale per la preparazione dell'esame universitario.
Anche io peraltro penso, come Sergio Menchini, che nella scelta dello stile da adottare per i nostri manuali universitari non si possa prescindere dai principali e naturali fruitori degli stessi e cioè dai nostri attuali studenti, futuri professionisti del diritto, se non altro perché essi dedicano alla lettura e allo studio dei nostri manuali un tempo incomparabilmente maggiore di quello dedicato dalle altre categorie di lettori.
Pur essendo vero, infatti, che una trattazione della materia a livello scientifico implica l'utilizzazione di un linguaggio tecnico non accessibile ai profani, è altrettanto vero che l'introduzione a tale linguaggio è compito di noi docenti, che dobbiamo mettere i nostri studenti in grado di comprenderlo e di utilizzarlo correttamente.
Sotto questo profilo, contrariamente a quanto si potrebbe a prima vista pensare, l'autore di un manuale non è posto di fronte alla scelta tra l'abbassarsi al livello del lettore inesperto ovvero mantenersi a un livello consono alla complessità della materia, in modo da costringere il lettore ad elevarsi allo stesso; non è infatti possibile innalzare il livello di un lettore inesperto se non abbassandosi al suo livello, compiendo poi assieme a lui un percorso graduale.
Ovviamente il livello dal quale si deve partire è pur sempre un livello di uno studente universitario, verosimilmente al terzo anno del corso di laurea in giurisprudenza; ma occorre tenere presente che, pur se giunti al terzo anno del corso di laurea, non tutti gli studenti – anche a prescindere dagli studi fatti prima dell'iscrizione al primo anno – hanno una completa padronanza delle materie propedeutiche al diritto processuale civile, sicché, nel dubbio, è meglio non dare nulla per scontato. Come giustamente notava Giuseppe della Pietra, infatti, non è detto che quelli che noi riteniamo termini di uso comune appartengano al loro lessico.
La chiarezza espositiva, insomma, è la stella cometa che deve orientare la stesura di un manuale, giacché un manuale non chiaro non servirebbe allo scopo.
È in questa prospettiva che può e deve essere a mio avviso affrontato anche il problema relativo al ricorso agli esempi pratici, sul quale si sono soffermati Gianpiero Balena e Antonio Carratta. Senza indulgere alla tentazione di ridurre il diritto processuale civile ad una mera

analisi casistica, a me sembra che, compatibilmente con le esigenze di sinteticità, ai fini della spiegazione di alcuni concetti possa essere senz'altro utile ricorrere a esempi concreti e anche muovere dagli stessi; tale approccio, se e in quanto funzionale ad una migliore comprensione da parte degli studenti, non banalizza certamente il discorso, rendendolo semmai più adeguato allo scopo.
Ciò non significa degradare il manuale da testo scientifico a testo divulgativo, anche se in realtà, se per testo divulgativo si intende un testo facilmente comprensibile, un buon manuale deve necessariamente esserlo: esso peraltro non degrada, ma semmai assurge a testo divulgativo, beninteso tra i suoi naturali destinatari, svolgendo il compito che gli è proprio.
Non mi sembra, d'altra parte, che per i manuali possa valere la contrapposizione tra editoria scientifica, avente come obiettivo la qualità, ed editoria divulgativa, avente come obiettivo la diffusione. Da un lato, infatti, la qualità di un manuale risiede anche nella comprensibilità ed accessibilità dello stesso, dall'altro è evidente che qualsiasi autore di un manuale punti, in ragione dell'impegno profuso nella realizzazione dell'opera, alla sua massima diffusione.

4. Tutto ciò non può giustificare, ovviamente, una eccessiva semplificazione della materia.
È inutile negare che la nostra materia presenta problemi la cui soluzione può apparire a volte assai ardua, non soltanto per gli studenti; è stato già fatto a questo proposito l'esempio dei problemi attinenti al litisconsorzio nelle fasi di impugnazione, ma potrebbero farsene molti altri. Può essere forte la tentazione di non dedicare in un manuale il dovuto spazio a tali problemi, per non costringere gli studenti che debbano sostenere l'esame di diritto processuale, ma non intendano poi utilizzare tale materia nel loro lavoro, ad affrontare questioni con le quali contano di non doversi più confrontare nel corso della loro vita. Anche sul questo punto, però, mi trovo d'accordo con Sergio Menchini: occorre rifuggire da tale tentazione, nella consapevolezza che un buon manuale deve mettere qualsiasi studente in condizione di affrontare e risolvere tutti i problemi posti dalla materia. L'obiettivo non può essere quello di eliminare da una trattazione manualistica i problemi più spinosi, ma quello di riuscire ad esporli in maniera accessibile, eliminando le spine.
Altra questione è, invece, quella di stabilire se in un manuale di diritto processuale civile debbano essere trattati anche argomenti meno nobili o sistematicamente meno importanti, quelli che Fazzalari amava definire "di bassa cucina", quali le notificazioni, le comunicazioni, il deposito, la forma degli atti, la procura, i termini ed oggi anche tutte le varianti di tali problemi conseguenti all'introduzione nel processo della tecnologia informatica e telematica.
Se ho ben compreso il senso di alcuni interventi, qualcuno trai noi ritiene che il compito di insegnare tali argomenti non competa ai docenti di diritto processuale civile, che non sarebbero tenuti ad occuparsi di procedura. Al contrario, io ritengo che il compito di studiare e insegnare la procedura non possa che competere ai professori di diritto processuale e che l'abbandono della locuzione "procedura civile", nella denominazione della materia che tutti ci

onoriamo di insegnare, sia servito per evidenziare l'esigenza di uno studio sistematico del processo civile, in tutte le sue manifestazioni, e non già per esentare i professori di diritto processuale dallo studio, dall'inquadramento sistematico e dall'insegnamento degli istituti che possono sembrare meno interessanti, e tanto meno per escludere gli stessi dal sistema del processo civile.
Mi viene in mente, a questo proposito, la domanda perplessa e un po' sconsolata di un alto magistrato che, a margine di un convegno, a fronte della dichiarazione programmatica di un illustre studioso che avvertiva che nella sua relazione non si sarebbe occupato di problemi di stretta procedura, mi chiedeva deluso: "Ma allora, se di questi problemi non vi occupate voi processualisti, chi dovrebbe occuparsene?".
Tornando al tema che ci occupa, se all'insegnamento delle notificazioni, delle comunicazioni e dei depositi, sia in forma tradizionale che in forma telematica, non provvediamo noi, a chi tocca provvedere? E soprattutto, se non ce e occupiamo nei manuali, in quali testi gli studenti, gli avvocati, i giudici, il legislatore etc. potranno trovare gli strumenti per affrontare i problemi relativi a tali istituti? E che titolo avremo poi per lamentarci delle interpretazioni giurisprudenziali o anche delle norme legislative sistematicamente incoerenti ed inaccettabili alla luce dei principi fondamentali del processo?
Personalmente ritengo che chi scrive un manuale abbia il dovere di occuparsi anche di tali argomenti, segnalando al lettore i principali problemi interpretativi posti dalle norme vigenti e fornendogli almeno gli strumenti per cercare di risolverli.
Ciò non significa, ovviamente, che in un manuale di diritto processuale civile debbano essere affrontati tutti i problemi di diritto processuale già sorti nella pratica o che possano teoricamente sorgere, o che il manuale possa essere ridotto ad una rassegna di casi pratici; una pretesa del genere infatti, come ognuno vede, contrasterebbe con la duplice esigenza di sistematicità e di sinteticità e renderebbe il manuale del tutto inutile allo scopo, non diversamente da una cartina stradale nella quale le strade fossero riprodotte in scala 1:1.

5. Resta infine da affrontare il problema dell'ordine degli argomenti da trattare in un manuale di diritto processuale civile, evidentemente connesso al modo in cui ciascun autore pensa che la materia debba essere organizzata in sistema e quindi, in ultima analisi, del modo in cui il sistema deve essere ricostruito.
Credo che questo sia il problema fondamentale che ciascun autore di un manuale deve porsi tenendo conto della finalità didattica del manuale, che deve essere scritto in modo tale da consentire allo studente di leggere, comprendere e studiare il manuale seguendo l'ordine che agli argomenti ha dato l'autore e a quest'ultimo di svolgere le sue lezioni rispettando detto ordine, senza saltare da un capitolo all'altro.
Posto che, in fin dei conti, gli argomenti da trattare in un manuale di diritto processuale civile dovrebbero essere sempre gli stessi, è l'ordine in cui detti argomenti vengono affrontati al fine

di organizzare in modo sistematico la materia a differenziare un manuale rispetto ad un altro: e tale ordine, all'evidenza, non deve necessariamente essere quello del codice di procedura civile, per almeno due motivi.
In primo luogo, deve osservarsi che, accanto alle norme contenute nel codice di procedura civile, esistono moltissime altre norme processuali delle quali non si può non tenere conto ai fini della ricostruzione di un sistema che voglia essere effettivamente tale.
In secondo luogo, dal momento che il codice di rito è stato concepito, elaborato e modificato nel tempo all'evidente fine di disciplinare lo svolgimento dei processi civili, e non quindi per finalità didattiche, sarebbe assai strano che l'ordine delle norme in esso contenuto, a volte spostate da un libro all'altro, possa essere scambiato con l'ordine nel quale gli argomenti debbono essere affrontati al fine di offrire agli studenti una trattazione sistematica e razionalmente comprensibile della materia.
È a noi, quindi, che spetta riscostruire il diritto processuale civile, la cui crisi è resa evidente dal proliferare di disposizioni normative e di pronunce giurisprudenziali che non riusciamo più a collocare nel sistema che ci è stato tramandato dai nostri maestri e che sembra ormai aver perduto la capacità di orientare l'opera del legislatore e degli interpreti.
È ovvio che nella ricostruzione di questo sistema non possiamo prescindere da alcuni principi fondamentali, ancora oggi validi, posti al di sopra della legge dello Stato e, almeno dal mio punto di vista, anche della Costituzione. Ma non credo si possa concordare con Antonio Carratta quando, contrapponendo allo stato dell'odierna legislazione e della sua concreta applicazione giurisprudenziale il sistema del diritto processuale civile tramandatoci dai nostri *patres*, nega che tale sistema sia in crisi e vi sia bisogno di procedere alla sua ricostruzione, a cominciare dai manuali.
Il sistema del diritto processuale civile, infatti, altro non è se non l'organizzazione sistematica dei principi e delle norme che disciplinano, a vari livelli, il processo civile; un sistema che pretenda di prescindere da tali norme e dalle sentenze rese dai giudici sulla base delle stesse potrà anche piacere per la sua eleganza e coerenza interna, ma finisce per essere del tutto inutile.

Giuseppe Ruffini
Ordinario dell'Università di Roma Tre

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e

destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



ELENA D'ALESSANDRO

Ricerca, informazione e *dissemination* in diritto processuale civile: la Banca Dati di Merito Pubblica (Obiettivo PNRR M1-C1 Riforma 1.8)

L'a. indaga problemi e prospettive della nuova banca dati di merito pubblica.

The author investigates problems and perspectives of the new public trial courts' decision database.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Delimitazione dell'ambito di indagine. – 3. Il contesto: dall'Archivio Giurisprudenziale Nazionale alla Banca Dati di Merito Pubblica. – 3.1 *Segue*: le peculiarità della Banca Dati di Merito Pubblica nel panorama europeo. – 4. Nuove potenzialità per la ricerca (in specie: in diritto processuale civile). – 5. Gli obiettivi di informazione e *dissemination* e i potenziali rischi. – 6. Banca Dati di Merito Pubblica e precedente. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Con comunicazione del 13 Novembre 2023, il Ministero della Giustizia ha annunciato che il Dipartimento per la transizione digitale, l'analisi statistica e le politiche di coesione, tramite la sua Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati (DGSIA), in coerenza con gli obiettivi di digitalizzazione del P.N.R.R.[1], avrebbe lanciato a breve una "Banca Dati di Merito" finalizzata ad assicurare la consultazione telematica pubblica dei provvedimenti (e relative massime) in materia civile pubblicati dai tribunali e dalle corti di appello a partire dal 1° gennaio 2016. Restano al momento esclusi dalla banca dati i provvedimenti del giudice di pace – verosimilmente perché è solo dal 30 giugno 2023 che, presso tali uffici, è entrato in vigore il processo telematico – nonché i provvedimenti del tribunale per i minorenni, dove al momento non è operativo il processo telematico.

La ragione per cui la creazione di una "Banca Dati di Merito" delle decisioni civili costitutiva uno degli obiettivi del P.N.R.R. appare evidente non appena si ponga mente al fatto che la capacità di uno Stato di rendere disponibili gratuitamente *online* le proprie decisioni giurisdizionali (anche) in materia civile (oltre che commerciale e amministrativa) è uno degli indicatori dello *EU Justice Scoreboard*, ossia il documento europeo che misura e compara l'efficienza dei sistemi di tutela giurisdizionale dei 27 Stati membri[2]. Ad avviso della Commissione europea, l'accesso *online* alle decisioni giurisdizionali accresce la trasparenza del

[1] Obiettivo PNRR M1-C1 Riforma 1.8: creazione di una banca dati gratuita, pienamente accessibile e consultabile delle decisioni civili (la Banca Dati di Merito è stata però finanziata con i fondi del Programma Operativo Nazionale (PON) governance 2014-2020, REACT EU).

[2] V., in particolare, la p. 36 della edizione 2023 dello *EU Justice Scoreboard*, consultabile al *link* https://commission.europa.eu/system/files/2023-06/Justice%20Scoreboard%202023_0.pdf.

sistema giudiziario di un paese, e con ciò aumenta la fiducia dei cittadini nella giustizia e la consapevolezza dei loro diritti. Inoltre, in tal modo si consente agli operatori giuridici di utilizzare strumenti di *legal tech,* evidentemente percepiti come un'opportunità per avvocati e magistrati.

2. Delimitazione dell'ambito di indagine

La neo istituita "Banca Dati di Merito" è, in realtà, duplice e duplici sono le sue modalità di accesso e le funzionalità.

Vi è, innanzitutto, una "Banca Dati di Merito riservata agli uffici giudiziari" (BDR[3]), operativa dal 20 novembre 2023, che include i provvedimenti adottati in materia civile e penale da tribunali e Corti d'appello e le relative massime.

La BDR ambisce a soddisfare due bisogni degli uffici giudiziari:

1) il bisogno di condivisione degli indirizzi interpretativi in uso a livello locale;

2) la necessità di avere a disposizione strumenti telematici di ausilio per la redazione dei provvedimenti " ripetitivi" conclusivi del giudizio.

Gli stessi uffici giudiziari, in passato, avevano sovente sopperito a tali mancanze con strumenti "artigianali"[4], la cui esistenza era stata mappata, sull'intero territorio nazionale, dai 6 progetti PON Giustizia condotti per 18 mesi su tutto il territorio nazionale e terminati il 30 settembre 2023[5].

---

[3] Circa 250.000 utenti, secondo le recenti stime di DGSIA.

[4] Ne costituiscono un esempio i progetti pilota di giustizia predittiva avviati in alcune corti d'appello, come quella di Brescia, con l'ausilio della locale accademia.

[5] Con riferimento alla Macro Area dell'Italia Nord Ovest, v. il *Report* di Sintesi della Macroarea 01 realizzato nell'ambito del progetto *Next Generation UPP* (Progetto finanziato con il contributo dell'Unione europea, Programma Operativo Nazionale Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020, fondi SIE. Il *Report* è consultabile al *link* https://www.nextgenerationupp.unito.it/contenuti). V., in partic., la p. 41 "*Si rileva…la mancanza .. di banche dati giurisprudenziali di merito adeguatamente strutturate sia in ambito civile sia in ambito penale. Invero, in numerosi documenti programmatici dei singoli uffici della Macro Area ne era prevista la creazione al fine di una più efficiente circolazione interna delle decisioni ed una maggior condivisione degli indirizzi interpretativi in uso, nonché una diffusione esterna dell'orientamento dell'ufficio su determinate materie a disposizione della collettività. Questo obiettivo programmatico rientra tra i compiti assegnati agli addetti UPP; tuttavia, attesa la grave carenza di personale che si registra in tutti gli uffici della macroarea, risulta nella maggior parte dei casi ancora in programma, ma non attuato.*
Dai questionari somministrati agli utenti degli uffici, si registra una forte necessità di queste banche dati nei fori di maggiori dimensioni, contrariamente agli uffici di dimensioni più ridotte in cui si ritengono spesso sufficienti le riunioni periodiche di sezione e i canali comunicativi informali. Per lo più, lo strumento alternativo per far fronte a tale mancanza consiste nella creazione di cartelle condivise su server, variamente organizzate ma prive di indicizzazione e motori di ricerca […] si segnalano le esperienze del Tribunale Ordinario di Torino e del Tribunale Ordinario di Milano, ove sono invalse le prassi, all'interno di alcune sezioni civili, di creazione di banche dati "artigianali", ovvero ottenute attraverso gli strumenti di Word, Excel e Teams, per lo scambio di esperienze giurisprudenziali e per l'individuazione e uniformità degli indirizzi interpretativi più ricorrenti.".
V. altresì la p. 57, ove si sottolinea come l'uniformità della giurisprudenza locale sia conseguita *"tramite l'invio delle sentenze di appello ai giudici di primo grado del distretto e tramite l'acquisizione delle sentenze della Cassazione relative a sentenze della Corte di appello. In particolare questa attività si è estrinsecata presso la Corte di appello di Brescia e presso il Tribunale*

La BDR, consultabile tramite la Rete Unica Giustizia solo dagli utenti presenti nell'*Active Directory Nazionale* (ADR) offre agli uffici giudiziari funzionalità elaborate che si giovano dell'ausilio dell'intelligenza artificiale generativa[6], tra cui la "Redazione della sintesi dei provvedimenti", che, a differenza delle comuni massime, pone particolare attenzione ai fatti storici di causa. Tuttavia, tale banca dati, non essendo consultabile dagli accademici, non sarà fatta oggetto di esame nel contesto di questo saggio[7].

Vi è poi una "Banca Dati di Merito pubblica" (di seguito: BDP), operativa a partire dal 14 dicembre 2023, contenente tutti i provvedimenti civili (sentenze, decreti e ordinanze), pubblicati a partire dal 1° gennaio 2016 dai tribunali e dalle corti d'appello. La BDP, costantemente alimentata tramite il processo civile telematico e la relativa *consolle* del magistrato è destinata alla libera fruizione da parte di tutti i cittadini, nel pieno rispetto del GDPR (Regolamento (UE) 2016/679).

L'obiettivo che la BDP si prefigge è quello di offrire alla cittadinanza, nel cui nome la giustizia è impartita, la possibilità di conoscere le decisioni giurisdizionali di merito emesse in materia civile, posto che, come evidenziato nella più recente edizione dello *EU Justice scoreboard*, in tal modo cittadini e imprese possono avere maggiore consapevolezza dei loro diritti, mentre gli operatori del settore legale possono più facilmente fare uso del *legal tech*.

La BDP, infatti, mette gratuitamente a disposizione dei cittadini il testo integrale dei provvedimenti (sentenze, ordinanze o decreti) in materia civile emessi da tribunali o corti d'appello (esclusa – per ragioni non rese note dal Ministero[8] – la materia della famiglia e i provvedimenti in tema di minori e stato della persona[9]), nonché le relative massime

---

di Como. Si precisa che lo sviluppo attuale della circolarità della giurisprudenza non coincide con la creazione di banche dati giurisprudenziali di merito generalizzate, compiutamente disposte per la circolazione delle decisioni e degli indirizzi interpretativi dei vari Uffici Giudiziari. Appaiono comunque interessanti i casi del Tribunale di La Spezia e del Tribunale di Torino, presso i quali sono state create delle banche dati della giurisprudenza del singolo Ufficio, tali da raccogliere gli orientamenti di maggiore interesse – in quanto nuovi o tali da contrastare quelli precedenti".

Con specifico riferimento all'esperienza del Tribunale di Torino v. CICCARELLI, *Le banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo,* in *Questione giustizia*, 2022, consultabile al *link* https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-banche-dati-di-giurisprudenza-e-l-ufficio-per-il-processo.

[6] Per il cui utilizzo è stata prevista una formazione dedicata, anche a distanza, non accessibile dal pubblico.

[7] In considerazione del tema che ci è stato assegnato nell'ambito del presente convegno, non costituirà altresì oggetto di esame la c.d. giustizia predittiva e la sua incidenza sul mestiere del giudice. Su tema v. *ex multis* G. DE PASQUALE, *La giustizia predittiva in Francia: il trattamento DataJust, www.judicium.it.*;D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo,* in *Questione Giustizia*, 2019, https://www.questionegiustizia.it/articolo/stupidita-non-solo-artificiale-predittivita-e-processo_03-07-2019.php; J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 2018, tradotto in italiano da P. COMOGLIO, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019 e, nell'ambito della dottrina francese, D CHOLET, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil,* in *Archives de philosophie du droit*, 2018, p. 223 ss.

[8] Si tratta, infatti, di decisioni comunque pseudoanonimizzabili che, se di legittimità, sono disponibili in open access sul sito web della Corte di cassazione, e che in altri ordinamenti (ad es. in Francia) si è scelto di rendere disponibili in *open access.*

[9] Sono sicuramente esclusi dalla BDP i provvedimenti emessi all'esito di procedimenti pendenti davanti al tribunale per i minorenni per le ragioni che sono state indicate in apertura di saggio. Più "sfumati" – in concreto – apparivano, almeno al debutto della BDP, i confini dell'esclusione dei provvedimenti in materia di famiglia, minori e stato di competenza del

"arricchite" generate da un sistema di intelligenza artificiale generativa (c.d. "*abstract*" in cui l'idea è quella di valorizzare il fatto concreto).
Vi è, inoltre, una funzionalità che offre collegamenti con i precedenti conformi e difformi e con le decisioni emanate i successivi gradi di giudizio.
È infine possibile una ricerca per parole chiave, per riferimenti normativi ed anche tramite il linguaggio naturale.
La comunicazione del Ministero della Giustizia del 13 novembre 2023 non precisava se fosse ammesso lo scarico massivo di provvedimenti della BDP ovvero se fossero state contemplate misure di salvaguardia a riguardo (ossia a proposito del c.d. riuso del contenuto della BDP[10]), come si è fatto, ad esempio, in Spagna, dove il sistema automaticamente si blocca dopo lo scarico di un numero cospicuo di decisioni.
Nonostante il silenzio serbato dalla comunicazione, siffatte misure di salvaguardia sono state prese. Infatti:
i) da un lato, l'accesso alla BDP è limitato agli utenti muniti di SPID o di carta di identità elettronica italiana o CNS;
ii) dall'altro lato, al momento del lancio della BDP era impedito lo scarico e il salvataggio in locale delle decisioni consultate. Inizialmente, si era cioè scelto un percorso diverso rispetto a quello adottato per la banca dati delle decisioni della giustizia amministrativa o per quella della Corte di cassazione (nonché con riferimento al vecchio Archivio Giurisprudenziale Nazionale) che, come noto, sono accessibili senza previa identificazione e con provvedimenti liberamente scaricabili in formato pdf e stampabili. Successivamente, da gennaio 2024, si è tuttavia eliminata siffatta discrasia consentendo anche lo scarico e il salvataggio in locale delle decisioni contenute nella BDP.
Tutti i provvedimenti contenuti nel *repository* della BDP sono messi a disposizione dei cittadini in forma anonima. O meglio, i dati identificativi delle parti (persone fisiche o giuridiche) sono pseudoanonimizzati[11], sia in riferimento ai casi in cui la parte sia una persona fisica, come richiesto dal Regolamento (UE) 2016/679, sia nei casi in cui una delle parti sia una persona giuridica ("parte 1", "parte 2", "controparte 1", etc.). Sono anonimizzati anche i nomi degli

tribunale. All'esito di una prima analisi della BDP, compiuta nel dicembre 2023 risultavano disponibili provvedimenti in tema di ascolto del minore, stato della persona e diritti della personalità, adozione del minore, divorzio e separazione, nullità del matrimonio (voce "altri istituti relativi allo stato della persona e ai diritti della personalità"), ordini di protezione in materia familiare, provvedimenti concernenti la rettificazione di sesso (voce " stato della persona e diritti della personalità").
Alla data del 15 gennaio 2024 non risultavano più accessibili i provvedimenti in tema di ascolto del minore e la voce " stato della persona e diritti della personalità". Ancora presente, invece, le voci "Diritti della personalità (anche della persona giuridica)", "Separazione giudiziale", "Separazione consensuale", "Divorzio".

[10] Al quale tuttavia si applicano la direttiva 2003/98/EC del 17 novembre 2003 e la direttiva (EU) 2019/1024.

[11] Ai sensi dell'art. 4, c. 5 del Regolamento (UE) 2016/679, la pseudoanonimizzazione è il trattamento dei dati, all'esito del quale questi ultimi "non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile".

avvocati[12] che assistono le parti ("avvocato 1", "avvocato 2"), mentre restano in chiaro i nomi dei magistrati.
La pseudoanonimizzazione viene effettuata tramite un applicativo di IA che acquisisce automaticamente tutti i provvedimenti depositati telematicamente nei sistemi del processo civile telematico (PCT) e li pseudonimizza.
I cittadini hanno in ogni caso la possibilità di segnalare all'Amministrazione eventuali problemi di pseudoanonimizzazione.
La BDP si affianca ad altre banche dati aperte, gratuite e rilevanti per il processualcivilista, quali il *database* della Corte europea dei diritti dell'uomo[13], quelli Corte di giustizia dell'Unione europea[14], della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, dove le decisioni in materia civile e penale sono disponibili per esteso dal 2018[15]. In arrivo è altresì il *database* di merito della giustizia tributaria (progetto PRO.DI.GI.T).

3. Il contesto: dall'Archivio Giurisprudenziale Nazionale alla Banca Dati di Merito Pubblica

La BDP non è il primo tentativo, posto in essere in Italia, di realizzare una banca dati pubblica delle decisioni civili e commerciali[16]. Piuttosto, la BDP trae origine dall'esigenza di migliorare ed incrementare l'Archivio Giurisprudenziale Nazionale- Banca dati giurisprudenza di merito [17], che era anch'esso attivo sul Portale dei Servizi Telematici (PST)[18] ed accessibile dal 2018 a chiunque fosse dotato di SPID.
La costruzione dell'Archivio Giurisprudenziale Nazionale aveva preso avvio con l'art. 7 del decreto del Ministero della Giustizia (di seguito: D.M.) 1° ottobre 2015 recante misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'ufficio per il processo. L'art. 7 del D. M.,

[12] I nomi degli avvocati sono, invece, in chiaro nella banca dati delle decisioni della Corte di cassazione, della giustizia amministrativa, in quelle di altri Stati europei riguardanti pronunce in materia civile (es. Francia, Olanda e Regno Unito), nonché nelle banche dati relative alle decisioni delle corti internazionali (Corte di giustizia dell'Unione europea, Corte europea de diritti dell'Uomo), a tutela della trasparenza e della consapevolezza da parte dei clienti delle qualità dei propri legali.
Tuttavia, un ipotetico rischio di profilazione è stato individuato, da studi francesi, proprio con riferimento alla figura dell'avvocato. Segnatamente, si è fatto notare che alcuni algoritmi potrebbero collegare e correlare i risultati del giudizio con i nomi degli avvocati delle parti, spingendo gli avvocati a selezionare preventivamente i casi con maggiori probabilità di ottenere un esito favorevole o a rifiutare i casi meno promettenti e suscettibili di deteriorare le loro statistiche di *performance*. Paradossalmente, coloro che hanno maggiormente bisogno di un avvocato sarebbero quelli che avrebbero più difficoltà a trovarne uno. Così L. CADIET, nello studio *L'open data des décisions de Justice,* 2017, consultabile al *link* https://www.justice.gouv.fr/rapport-lopen-data-decisions-justice, 51.

[13] https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}.

[14] Curia.europa.eu.

[15] https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/.

[16] Perciò può darsi che la sua creazione non faccia guadagnare all'Italia posizioni nell'ambito dello *EU Justice Scoreboard.*

[17] Che era accessibile dal portale pst.giustizia.it fino al 1° dicembre 2023.

[18] Trattasi di una banca dati distinta dalla raccolta della giurisprudenza di merito disponibile sul portale *Italgiureweb.giustizia.it,* che, essendo accessibile soltanto ai magistrati, esula dall'oggetto della nostra indagine.

rubricato "banca dati della giurisprudenza di merito"[19], affidava a DGSIA il compito di porre in essere tutte le attività tecniche necessarie per assicurare l'avvio e la fruibilità su base nazionale di questa banca dati. Incaricava, però, i dirigenti degli uffici di stabilire, con cadenza annuale, i criteri per la selezione dei provvedimenti da inserire nella banca dati. Il loro inserimento nel *repository* non avveniva, pertanto, in modo automatico. La stessa norma individuava nei tirocinanti *ex* art. 73 D.L. n. 69/2013 ed *ex* art. 37 D.L. n. 98/2011, e nei componenti l'UPP, i soggetti deputati a svolgere l'attività di classificazione ed inserimento dei provvedimenti[20]. Nell'UPP rimodellato dalla Riforma Cartabia, tale compito avrebbe potuto essere svolto dagli addetti all'UPP.

Si trattava di un Archivio gratuito. In tal modo, l'Archivio Giurisprudenziale Nazionale si differenziava dalle banche dati di merito "private", gestite da varie case editrici e disponibili previo abbonamento a pagamento e che, comunque, non contengono la totalità delle decisioni di merito pronunciate, sul territorio italiano, dai giudici togati di primo e secondo grado, ma soltanto una selezione. I criteri in base ai quali siffatta selezione è effettuata, non sono noti all'utente.

L'Archivio Giurisprudenziale Nazionale conteneva, in forma integrale, i decreti, le ordinanze e le sentenze di merito in materia civile dei tribunali e delle Corti d'Appello che i magistrati decidevano di inserirvi, dopo averle anonimizzate. Tali provvedimenti erano scaricabili in formato pdf. L'Archivio aveva dei filtri di ricerca per Ufficio Giudiziario, sezione, magistrato, materia, numero di R.G., numero provvedimento, data di deposito, generalità delle parti e dei difensori. Vi era la possibilità di effettuare una ricerca nel testo per parola/e chiave.

---

[19] Ad avviso di M. CICCARELLI, *Le banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo,* § 3, tali banche dati avrebbero potuto includere anche "*quelle rilevazioni statistiche orientate alla ricognizione dei flussi di contenzioso; per fare qualche esempio: quante controversie aventi un dato oggetto (e sub-oggetto) sono definite da un ufficio, da una sezione*". Inoltre, ed era questa la seconda caratteristica peculiare di tali banche dati, "*si tratta(va) di strumenti attraverso i quali formare le nuove leve di giuristi, che operano all'interno degli uffici in preparazione dei pubblici concorsi ed esami*".

[20] Il CSM, a partire dalla delibera del 31 ottobre 2017, ha dettato alcuni criteri per la individuazione dei provvedimenti di merito da caricare sulla banca dati di merito di *Italgiureweb*. Segnatamente, occorre che si tratti:
- di decisioni che facciano applicazione di disposizioni di nuova introduzione;
- di decisioni che costituiscano prima applicazione di orientamenti innovativi della Corte di Cassazione, a maggior ragione se espressi a Sezioni Unite;
- di decisioni che costituiscano prima applicazione di pronunce della Corte Costituzionale;
- di decisioni riguardanti materie non oggetto di pronunce di Cassazione, a condizione che nell'archivio non siano già presenti provvedimenti dello stesso distretto sulla medesima materia e di analogo tenore;
- di decisioni che costituiscono espressione di soluzioni concrete adottate dai giudici della cognizione su temi decisori particolarmente rilevanti
- di decisioni di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

La delibera del 2017 e quelle successive sono pubblicamente consultabili (https://www.csm.it/web/csm-internet/norme-e-documenti/dettaglio/-/asset_publisher/YoFfLzL3vKc1/content/linee-guida-volte-allaindividuazione-delle-modalita-di-ricostituzione-di-una-banca-dati-della-giurisprudenza-di-merito).

Dunque, vi era già una banca dati nazionale dei provvedimenti di merito gratuitamente accessibile dalla cittadinanza. Di fatto, però, poiché la procedura di pseudoanonimizzazione dei provvedimenti doveva essere attivata dagli uffici giudiziari, l'Archivio Giurisprudenziale Nazionale era poco popolato. Ciò in ragione delle carenze di organico del personale di cancelleria e della conseguente necessità di assegnare gli addetti all'ufficio per il processo ad altre attività, considerate più urgenti della pseudoanonimizzazione.
Inoltre, la scelta delle decisioni da caricare nell'Archivio era affidata al magistrato (*recte*, all'addetto all'UPP) che effettuava la scelta tramite la sua *consolle*. Non vi era un automatismo di caricamento come accade, invece, per la BDP.
Insomma, nonostante le prassi virtuose di alcuni distretti di tribunale, in cui i provvedimenti da inserire nella banca dati venivano discussi e individuati collegialmente nelle riunioni *ex* art. 47-*quater* ord. giud., l'Archivio Giurisprudenziale Nazionale non aveva funzionato, come emerso nell'ambito delle ricognizioni effettuate nel contesto dei progetti PON Giustizia[21].
Forte di questa esperienza, e dunque grazie alla pseudoanonimizzazione tramite IA e al caricamento automatico delle decisioni, la BDP, per la prima volta ha reso disponibile al pubblico una enorme quantità di decisioni di merito di primo e secondo grado. Si tratta di oltre 3,5 milioni di provvedimenti.
Spiace solo constatare che l'accesso alla BDP è di fatto limitato ai soli cittadini italiani (a cui SPID e CIE sono riservate), senza dare modo anche agli stranieri interessati (come si è fatto, invece, in Spagna e in Francia) di usufruirne[22]. La trasparenza di un sistema giurisdizionale si misura anche dalla capacità di accedervi da altro paese. Altri cittadini europei, ad esempio, potrebbero essere interessati a vedere come, nel nostro ordinamento, la giurisprudenza di merito ha applicato una normativa europea o un precedente della Corte di giustizia.

3.1 Segue: le peculiarità della Banca Dati di Merito Pubblica nel panorama europeo

Sebbene l'accesso digitale "aperto" alle decisioni in materia civile e commerciale costituisca un indicatore dell'efficienza del sistema giustizia in seno allo *EU Justice scoreboard,* la scelta effettuata dall'Italia, con riferimento alla BDP, di mettere a disposizione della cittadinanza non solo le decisioni della corte di vertice, ma anche la quasi totalità delle decisioni di primo e secondo grado, è stata condivisa solo dalla Francia, sebbene il numero totale di decisioni di

[21] V., con riferimento alla Macroarea 01 (Italia-Nord ovest), *supra*, nota 5.
[22] Si tratta di un dato non privo di rilevanza pratica, considerato che negli studi elaborati dalla Commissione europea sulla digitalizzazione e l'open access (v. da ultimo il 2023 *Open Data Maturity Report*, disponibile al sito https://data.europa.eu/sites/default/files/odm2023_report.pdf) tra i fattori presi in considerazione e misurati per comparare, tra di loro i 27 Stati membri vi è anche l'impatto e la misura in cui sono riutilizzati i dati messi a disposizione del pubblico. In tale studio, la Francia risulta leader in Europa per il 2023.

merito là messe a disposizione sia inferiore a quello della nostra BDP[23]. La Francia, tuttavia, ha una banca dati pubblica migliore di quella italiana, quantomeno sotto il profilo della *dissemination*, non prevedendo vincoli di accesso legati alla titolarità di uno SPID o CIE e consentendo il libero scarico dei provvedimenti di legittimità e di merito, tutti accessibili attraverso il sito *web* della *Cour de cassation* (motore di ricerca *Judilibre*)[24]. Inoltre, in Francia, la scelta di rendere accessibili al pubblico tutte le decisioni di merito è stata preceduta da un ampio dibattito finalizzato ad individuare pregi e difetti di un *open access* esteso alle decisioni di primo e secondo grado[25]. In Italia, per contro, il dibattito sul tema (accademico e non solo) è stato assente. O meglio: inizia oggi, *ex post,* con questo Convegno dedicato.
La Germania ha invece compiuto una scelta diversa, investendo sulla totale disponibilità in *open access* delle sole decisioni della Corte federale di vertice (*Bundesgerichtshof*) A tale riguardo, occorre segnalare che, trattandosi di stato federale, sono i singoli *Land* a dover

[23] Al momento (gennaio 2024), in Francia, le pronunce disponibili in *open access* sul motore di ricerca *Judilibre* sono circa 800.000 di cui quasi 400.000 di merito (primo e secondo grado). Si stima che saranno rese disponibili più di 280.000 decisioni di merito all'anno (https://www.justice.gouv.fr/documentation/open-data-decisions-justice).

[24] Su *Judilibre*, oltre alle pronunce della *Cour de cassation* (in *open access* dal 2002 tramite il sito *legifrance.gouv.fr*) sono disponibili anche le decisioni di merito delle corti d'appello e dei tribunali di primo grado in materia civile. Nel 2023 *Judilibre* ha avuto oltre 6 milioni di accessi, così confermando così l'alto interesse degli utenti. Sul punto v. S. ZIENTARA-LOGEAY, *Open data des décisions des tribunaux judiciaires: une nouvelle étape novatrice*, in *Dalloz Actualité*, 12 gennaio 2024, https://www.dalloz-actualite.fr/interview/open-data-des-decisions-des-tribunaux-judiciaires-une-nouvelle-etape-novatrice. Con riferimento alle pronunce francesi civili di primo grado, una prima *tranche* di decisioni rese da 9 tribunali civili (tra cui Parigi e Marsiglia) emanate a partire dal 15 dicembre 2023 è stata messa in linea prima della pausa natalizia. Il resto delle decisioni di prime cure, incluse quelle dei tribunali di commercio dal 28 aprile 2021, saranno disponibili a partire dai primi mesi del 2024. Quelle del *Conseils de prud'hommes* saranno caricate su *Judilibre* a partire dal 30 settembre 2025. Tali decisioni sono anonimizzate unicamente con riferimento ai nomi delle persone fisiche ivi contenute. I nomi delle persone giuridiche, degli avvocati e dei magistrati sono, invece, in "chiaro". Tuttavia, come sottolinea S. ZIENTARA-LOGEAY, *loc. ult. cit.,* già dall'aprile 2022 la *Cour de Cassation* aveva dato indicazioni di pseudoanonimizzazione aggiuntive e più rispetto a quelle del GDPR. Tali raccomandazioni sono state fatte proprie anche dagli uffici giudiziari di primo e secondo grado, con un comunicato datato 6 novembre 2023. In basi a tali raccomandazioni viene pseudoanonimizzato anche il nome delle persone giuridiche nelle controversie riguardanti il diritto patrimoniale della famiglia.

[25] Il dibattito, oltralpe, è iniziato nel 2017, dopo che la legge del 7 ottobre 2016 *pour une République numérique*, ai suoi articoli 20 e 21, ha previsto la messa a disposizione del pubblico, a titolo gratuito (in *open data*), di tutte le decisioni giudiziarie - sia giurisdizionali che amministrative - "nel rispetto della vita privata delle persone interessate" (i.e. previa anonimizzazione, in conformità al GDPR). Da quel momento sono state costituite delle commissioni di studio per verificare quale fosse la modalità migliore per dare attuazione alla norma di legge attraverso un decreto del Consiglio di Stato. Il Ministero della giustizia ha altresì conferito al prof. Loïc CADIET il compito di coordinare un gruppo di lavoro incaricato di condurre uno studio preventivo su "*L'open data des décisions de Justice. Mission d'étude et préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*". Lo studio è stato realizzato nel 2017 da un gruppo di docenti accademici, magistrati ed avvocati guidati dal prof. CADIET ed è liberamente consultabile sul sito del Ministero della giustizia francese: https://www.justice.gouv.fr/rapport-lopen-data-decisions-justice. Lo studio emblematicamente si apre citando una frase di Augustin-Charles Renouard, consigliere della *Cour de cassation*, scritta nel 1839: "*Les jugements et arrêts des cours et tribunaux, que ces tribunaux soient composés d'un juge ou de plusieurs, ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent, ni des plaideurs qui les provoquent. Ils appartiennent au pays tout entier; leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens*".

decidere se rendere pubbliche le decisioni di primo e secondo grado[26]. Questo dato può aver rallentato il percorso verso l'*open access* delle decisioni di merito.
Anche nei restanti Stati membri non è comune l'accesso *open* alle decisioni di primo grado in materia civile [27].
Inoltre, pur dove è previsto un meccanismo di *open access* alle decisioni di merito (siano esse di primo o secondo grado, ovvero solo d'appello), come si evince dai dati raccolti e resi disponibili dallo *EU Justice scoreboard*[28], la selezione delle decisioni da rendere visibili in *open access* è sovente rimessa all'organo giudicante, e non automatica, come nei casi italiano e francese [29].

4. Nuove potenzialità per la ricerca in diritto processuale civile

L'accesso gratuito a milioni di decisioni emesse in primo e secondo grado nella loro integralità offre nuove opportunità alla ricerca, in quanto consente di analizzare approfonditamente gli orientamenti giurisprudenziali di merito, finora difficili da comprendere. Tale conoscenza era limitata alle informazioni che provenivano dagli attori locali delle giurisdizioni (magistrati e avvocati) e, per il pubblico di non addetti ai lavori, era limitata ai commenti eruditi ad alcuni provvedimenti casualmente giunti nelle loro mani, che la dottrina poteva fornire in riviste giuridiche specializzate disponibili a pagamento.
La diffusione massiva delle decisioni delle giurisdizioni di merito rappresenta per il processualcivilista un'opportunità per redigere rassegne di giurisprudenza assai più complete che in passato, ma, soprattutto, per sperimentare nuove tecniche di ricerca[30], destinate – è bene chiarirlo fin da subito – a potenziare, e non già a soppiantare, la tradizionale ricerca accademica ("*desk research*"), compiuta nella solitudine di una biblioteca, con il conforto dei classici del diritto processuale civile. La BDP offre al processualcivilista la possibilità di

[26] *2023 EU Justice Scoreboard*, cit., p. 37, nota alla figura 47, nonché F. FERRAND, in L. CADIET, C. CHAINAIS, J.-M. SOMMER, S. JOBERT, E. JOND-NECAND, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation*, 2022, volume 2, p. 4 ss., disponibile al *link*: https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Divers/Rapport%20open%20data/Rapport_Vol_2_La_Diffusion_des_donn%C3%A9es_d%C3%A9cisionnelles_et_la_jurisprudence_.pdf.
Il medesimo studio francese, nel suo vol. 1, p. 40-41, fa notare come anche nei paesi di *common law* sovente presi a riferimento per l'*open data* e gli studi empirici, ossia il Regno Unito e gli Stati Uniti, non vi sia (almeno alla data del gennaio 2024) una pubblicazione totale delle pronunce di primo grado ossia, rispettivamente, dei *tribunals* e delle *county courts* nonché, per gli Stati Uniti, delle giurisdizioni federali di grado inferiore.
[27] Ad es., in Spagna, come si evince dalla consultazione del motore di ricerca disponibile sul sito *web* del *Poder judicial* (https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp), vi è pubblicazione aperta della totalità delle decisioni di appello pseudoanonimizzate solo con riferimento alle persone fisiche (non solo della giurisdizione civile, ma di tutte le giurisdizioni, inclusa la penale), ma non di quelle di prime cure. Il sistema non consente lo scarico massivo di decisioni.
[28] *2023 EU Justice Scoreboard*, cit., p. 37, nota alla figura 47.
[29] Ciò è quanto si verifica, ad es., in Austria, Belgio, Finlandia, Olanda e Portogallo.
[30] L. CADIET, *L'open data des décisions de Justice,* cit., p. 23, § 13.

cimentarsi con la giurimetria (*i.e.* con l'utilizzo del metodo scientifico-matematico per affrontare problemi giuridici)[31], ossia con una branca della ricerca giuridica empirica, segnatamente la ricerca giuridica empirica quantitativa[32] ("*empirical legal research"*), assai diffusa negli Stati Uniti e, per quanto riguarda l'Europa continentale, diffusa soprattutto nei Paesi Bassi[33].

Gli studi empirici che utilizzano metodi quantitativi utilizzano le scienze matematiche e statistiche per estrapolare dati dalla casistica giurisprudenziale (o meglio: per "quantificare" alcuni fenomeni giuridici) costruendo studi di impatto sulla base di evidenze scientifiche. Sulla base di tali studi di impatto, ossia sulla base di dati statistici, il giurista – con maggiore forza e con la credibilità dei numeri – può, se del caso, chiedere modifiche normative al legislatore.

Si tratta di un'attività di ricerca di tipo quantitativo – che parte dall'esame del dato giurisprudenziale e dalla sua quantificazione – e che può contribuire a dare maggiore impatto pratico alla ricerca tradizionale del processualcivilista, rendendola *impact-oriented*[34]. Occorre, però, essere disposti ad uscire dalla propria *comfort zone* e ad aprirsi alle scienze esatte. È cioè necessario che il ricercatore processualcivilista, per quanto possibile, diventi un *legal data scientist*[35], ossia che abbia conoscenze di statistica (la cui importanza, per il processualista, era

---

[31] Alla giurimetria fa riferimento anche la lettera di incarico, conferito dalla *Cour de cassation* ad un gruppo di professori, magistrati ed avvocati, per lo studio delle conseguenze dell'introduzione di banche dati aperte in tema di giustizia civile. I risultati del lavoro sono riassunti nello studio, in due volumi curato da L. CADIET, C. CHAINAIS, J.-M. SOMMER, S. JOBERT, E. JOND-NECAND, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation*, 2022. Ambedue i volumi sono stati presentati in una conferenza tenutasi il 27 novembre scorso presso la *Cour de Cassation* dal titolo "*Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes?".* La registrazione dell'evento è disponibile sul canale *youtube* della *Cour de Cassation*.

[32] Vi sono poi gli studi empirici che usano metodi qualitativi, cioè che per la comprensione del diritto non usano matematica e statistica ma metodologie qualitative, prese a prestito dalle scienze sociali (interviste, etnografia, ricerca storica).

[33] *Ex multis*: E.S. PANNEBAKKER, H. PLUUT, S. VOSKAMP, W.S. DE ZANGER, *Empirical legal studies in the law school curriculum in the Netherlands: what is the state of the art and where do we go from here*?, in *The Law Teacher*, 2022, p. 384 ss.; G. DAVIES, *The Relationship between Empirical Legal Studies and Doctrinal Legal Research,* in *Erasmus Law Review*, 2020, p. 1 ss.; J. MCGILL, A. SALYZYN, *Judging by the Numbers: Judicial Analytics, the Justice System and its Stakeholders*, in *Dalhousie Law Journal*, 2021, p. 249 ss., disponibile in *open access* al *link* https://canlii.ca/t/t9g1.

Da noi v. V. CAPASSO, *(De)codificare la giurisprudenza*?, in i-*lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale,* 2019, fascicolo 12, p. 1 ss.

[34] Si formula una domanda a cui rispondere attraverso l'esame del dato empirico. Si esaminano le risultanze dello studio d'impatto e, con l'aiuto delle categorie classiche del diritto processuale civile, si elabora una risposta ad alto impatto pratico (l'impatto è dimostrato dall'evidenza statistica).

[35] In arg. R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers*, 3 ed., Oxford, 2023, p. 197.

segnalata da Carnelutti già negli anni cinquanta)[36] e di sociologia[37]. Il ricercatore, inoltre, dovrà saper lavorare in gruppo (perché sono milioni i provvedimenti tra cui cercare), con altri giuristi (anche in *partnership* con gli uffici giudiziari locali) e con non giuristi (informatici, statistici).
Si tratta, insomma, di costruire questa *expertise* nelle nuove generazioni, partendo dai dottorandi di ricerca[38], in modo che il giovane processualcivilista italiano abbia il medesimo tipo di *expertise* dei colleghi europei, e che possa essere competitivo anche in tali contesti.
Qui di seguito alcuni esempi di ricerche giuridiche empiriche che si potrebbero condurre usufruendo dei dati disponibili BDP[39]:
1) verificare quale è la portata applicativa di alcuni regolamenti europei, ad es. il regolamento UE n. 1896 del 2006 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, anche se i dati ricavabili dalla BDP sono inevitabilmente parziali, non essendovi comprese le decisioni del giudice di pace e non essendovi parimenti incluse le ingiunzioni di pagamento europee, in quanto emesse attraverso l'apposito modulo. La BDP offre però dati sui procedimenti di opposizione all'ingiunzione europea *ex* art. 17 regolamento UE n. 1896 del 2006[40];

---

[36] F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.,* 1951, p. 201 ss., spec. p. 207, dove l'Illustre processualista che "*della matematica non solo ha bisogno il fisico, ma anche il giurista*". E aggiungeva, con incredibile modernità, "e *se finora non se n'è valso fu perché ha costruito le leggi empiricamente (i.e. per prova ed errori, N. d. A.), come per tanto tempo si sono costruite empiricamente le navi o le case. Dall'empirismo la formazione del diritto è cominciata a uscire quando s'è cominciato a mettere la statistica al suo servigio…. È interessante come l'intuizione ci abbia guidato, un tempo, a collocare l'insegnamento di statistica nelle facoltà di giurisprudenza: un implicito riconoscimento del bisogno, che dovrebbe averne il giurista. Per esempio, una riforma penale, senza il sussidio della statistica penale è una riforma ad occhio, che non si dovrebbe ammettere ormai*".

[37] La necessità di una formazione interdisciplinare per il giurista che ambisca ad aiutare il legislatore era già stata valorizzata da E. FAZZALARI, *L'educazione giuridica in Italia*, in AA.VV., *L'educazione giuridica, I. Modelli di Università e Progetti di riforma*, Perugia, 1974, p. 406 ss., spec. p. 412: "*non basta al giurista il suo armamento tecnico, anche se esso è indispensabile; egli […] deve essere in grado di collaborare con il sociologo, con l'economista, insomma…con gli altri collaboratori di chi fa le leggi*".

[38] Pongono enfasi su questo aspetto L. CADIET, C. CHAINAIS, J.-M. SOMMER, S. JOBERT, E. JOND-NECAND, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence,* Vol. 1, cit., p. 146 ss.

[39] Ricerche empiriche sono già state realizzate da colleghi costituzionalisiti o amministrativisti usufruendo delle rispettive banche dati aperte. V., ad esempio, P. PASSAGLIA, *The Italian Constitutional Court and the Use of Comparative Law: An Empirical Analysis,* in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, https://brill.com/view/journals/iric/2/1/article-p93_005.xml.; L. DELLA PELLEGRINA, N. GAROUPA, *Choosing between the Government and the Regions: An Empirical Analysis of the Italian Constitutional Court Decisions*, in *European Journal of Political Research*, Vol. 52, 2013, p. 1 ss. Con riferimento al processo amministrativo e all'impiego della ricerca giudica empirica in relazione alle decisioni del Consiglio di Stato v. il progetto dal titolo "*Laboratorio sentenze*" del prof. CAVALLO PERIN dell'Università di Torino, https://www.nextgenerationupp.unito.it/eventi-e-news/laboratorio-sentenze.

[40] La ricerca testuale nella BDP, mediante l'espressione "*Regolamento (UE) n. 1896/2006*", effettuata il 30 dicembre 2023, ha prodotto circa 10.000 risultati. All'esito dell'esame delle prime 150 decisioni mostrate dal sistema, risultano 18 provvedimenti emessi all'esito di una opposizione a ingiunzione di pagamento europea, geograficamente dislocati su tutto il territorio nazionale, a differenza di quanto si sarebbe potuto immaginare, ossia: Trib. Firenze, 20 febbraio 2018; Trib. Castrovillari, 11 luglio 2023; Trib. Trento, 15 febbraio 2022; Trib. Torino, 4 giugno 2020; Trib. Prato, 7 marzo 2017; Trib. Genova, 8 gennaio 2021; Trib. Reggio Emilia, 15 marzo 2022; Trib. Brescia, 15 luglio 2021; Trib. Taranto, 24 marzo 2017; Trib. Roma, 4 agosto

2) misurare la concreta portata di alcune sentenze-cardine della Corte di giustizia: ad esempio quale è stata la portata concreta della sentenza *Interedil*[41] nel nostro ordinamento? Quanto è stata di fatto "erosa" la portata dell'art. 382 c.p.c.[42]?
3) verificare quale è la portata applicativa dell'art. 281-*duodecies*, comma 4, c.p.c., secondo cui il giudice conceda, se sussiste un "giustificato motivo", un primo termine perentorio non superiore a venti giorni per precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, per indicare i mezzi di prova e produrre documenti e un ulteriore termine, non superiore a dieci giorni, per replicare e dedurre prova contraria. Sul *web* è disponibile un verbale di una riunione online della sez. X civile del Tribunale di Milano del 16 marzo 2023 che detta indicazioni in proposito, ma sarebbe utile avere maggiori ragguagli sul tema, se del caso in vista di un correttivo normativo;

2023; Corte app. Catania, 30 gennaio 2020; Trib. Arezzo, 10 maggio 2016; Trib. Palermo, 15 febbraio 2017; Trib. Ragusa, 11 gennaio 2016; Trib. Cuneo, 7 luglio 2016; Trib. Pisa, 21 marzo 2018; Trib. Cuneo, 20 maggio 2019; Trib. Prato, 1° dicembre 2016.
Nella BDP sono inoltre presenti provvedimenti emessi in riferimento ad ingiunzioni di pagamento europee rilasciate in altro Stato membro ed utilizzate per attivare un procedimento esecutivo in Italia che, da noi, hanno dato luogo ad opposizione all'esecuzione. Vedi, ad es., Trib. Palermo, 20 giugno 2023; Trib. Milano, 2 novembre 2023.

[41] Corte di giustizia, 20 ottobre 2011, causa C-369/09, *Interedil S.r.l.,* ECLI:EU:C:2011:671. In tale pronuncia, la Corte di giustizia ha affermato che "Il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale (l'art. 382 c.p.c., N. d. A.) ai sensi della quale egli deve attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte".

[42] Una prima analisi della giurisprudenza di legittimità disponibile sul sito *web* della Corte di cassazione e di merito presente nella BDP, alla data del 30 dicembre 2023, mostra come l'impatto della sentenza *Interedil* sull'applicazione dell'art. 382 c.p.c. non sia stato affatto "significativo".
Segnatamente, con riferimento all'incidenza della decisione della Corte di giustizia sull'operatività dell'art. 382 c.p.c. sono solo due le decisioni di legittimità rinvenibili nella banca dati liberamente accessibile dal sito *web* della Corte di legittimità:
1) Cass., 25 maggio 2023, n. 14624 che ha fatto derivare dalla pronuncia *Interedil* il principio per cui (punto 3.4 della decisione) "Nell'ambito dei rimedi volti ad attenuare la vincolatività decisoria interna al fine di prevenire la formazione di giudicati di merito in contrasto con il diritto europeo, da questo indirizzo deve trarsi l'ulteriore conseguenza secondo cui neppure il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione ex art. 384 c.p.c., secondo comma (anch'esso portatore di una preclusione endoprocessuale di tipo conformativo, ma estranea ai connotati accertativi del fatto propri del giudicato *ex* art. 2909 c.c.) vincola il giudice del rinvio a fronte di confliggenti successive pronunce della CGUE aventi efficacia immediata, quale *jus superveniens*, nell'ordinamento nazionale"; e, soprattutto,
2) Cass. Sez. un., 4 aprile 2022, n-10860, in *Giur. it.,* 2023, p. 80 con nota di PENASA, *La cedevolezza della statuizione della S.C. sulla giurisdizione contraria al diritto UE* secondo cui "a seguito di statuizione sulla giurisdizione da parte della S.C. adita in sede di regolamento, il giudice nazionale non di ultima istanza avanti al quale il processo prosegua è ammesso a sollevare questione pregiudiziale ex art.267 TFUE avanti alla Corte di Giustizia qualora dubiti della conformità di questa statuizione al diritto UE; - in tal caso, la vincolatività della statuizione interna sulla giurisdizione viene meno soltanto all'esito della decisione della Corte di Giustizia dalla quale si evinca l'effettiva contrarietà di questa statuizione al diritto UE, e nei limiti della contrarietà così emergente ".
Con riferimento, invece, alla giurisprudenza di merito, la ricerca testuale nella BDP attraverso le parole chiave "*Interedil*" e "382 c.p.c." ha offerto 17 risultati, i quali, tuttavia, sono tutti relativi a procedimenti relativi alla insolvenza di imprese in cui la pronuncia de qua è stata applicata in ragione dei suoi contenuti esplicativi della regola della giurisdizione sulla "sede effettiva" di cui al regolamento sull'insolvenza transfrontaliera.

4) verificare cosa accade all'esito dei rinvii pregiudiziali *ex* art. 363 *bis* c.p.c. decisi dalla Corte di cassazione[43]: quante volte il giudizio termina in prime cure, perché le parti rinunciano all'appello? Se si tratta di decisioni su questioni che attengono al merito e dunque sottoposte alla S. C.: con quale frequenza i giudici di merito non hanno fatto applicazione della decisione della cassazione enunciata *ex* art. 363 *bis* c.p.c. sulla base di una *quaestio facti* fissata provvisoriamente dal giudice di merito, perché la *quaestio facti* è stata definitivamente fissata, all'esito del giudizio di prime cure, in maniera differente rendendo così inservibile la decisione della S.C.? E ancora: qual è – quantitativamente – la portata persuasiva delle pronunce *ex* art 363 *bis* c.p.c. per i giudici diversi da quelli del procedimento in corso? Quanti vi si conformano[44]? In tal modo si potrebbe concretamente misurare l'utilità pratica del nuovo istituto in termini di riduzione del contenzioso e di facilitazione della uniformità della giurisprudenza. E se risulta che l'istituto non ha funzionato come si sperava (ossia come sta funzionando in Francia; ordinamento a cui ci si è ispirati), si potrebbero condurre degli studi empirici qualitativi con l'aiuto della sociologia per comprendere cosa, nel tessuto sociale italiano, ha determinato siffatto risultato. Inoltre, attraverso sistemi di giustizia predittiva, si potrebbe anche cercare di volgere lo sguardo verso il futuro (" *forecasting the future*"), cercando di comprendere quale potrebbe essere l'impatto nel lungo periodo, in termini deflattivi e nomofilattici, dell'istituto, se del caso individuando strumenti giuridici correttivi per renderlo più efficiente in tal senso;
5) infine, alcune ricerche empiriche potrebbero riguardare proprio l'impatto della BDP e della BDR sul processo civile. Si potrebbe, per esempio verificare:
i) se, a seguito della messa a disposizione della BDP e della BDR, aumenterà la percentuale di motivazioni "identiche" (c.d. conformismo giurisprudenziale[45]). Si tratta di uno dei rischi che taluno lega alla diffusione delle banche dati aperte e al proliferare di tecniche di intelligenza artificiale;

---

[43] C. d. *diagnostic analytics*, *i.e.* comprendere il passato ed il presente, cercando di individuare le ragioni per cui tali risultati si sono prodotti e quale fenomeno giuridico o sociale li ha causati.

[44] A tal proposito, diamo conto di una prima ricerca empirica condotta dalla sottoscritta nella BDP nel marzo 2024 (dati aggiornati al 15 marzo 2024), effettuata in base alla parola chiave "*art. 363-bis c.p.c.".* La ricerca ha prodotto 1268 risultati. In nessuna delle decisioni presenti tra i risultati si dichiarava di non volersi conformare ad un precedente interpretativo della Corte di cassazione. Piuttosto, 26 decisioni hanno spontaneamente recepito Cass., sez. I, 16 ottobre 2023, n. 28727 che, come noto, ha ammesso il cumulo delle domande di separazione e di divorzio anche nel procedimento su domanda congiunta, e almeno 1220 sono state le pronunce che hanno recepito Cass., sez. lav., 27 ottobre 2023, n. 29961, con cui si è stabilito che la c.d. carta del docente spetta anche agli insegnanti non di ruolo. Emblematiche, in tal senso, le parole contenute nella motivazione di Trib. Lucca, 28 febbraio 2024, n. 107: "*Questo Giudice si riporta a quanto affermato dalla Suprema Corte in tale sentenza, da intendersi qui integralmente richiamata e trascritta anche ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c., stante l'autorevolezza della Corte e considerata l'identità delle questioni sottese nonché la funzione del nuovo istituto introdotto dalla c.d. Riforma Cartabia*".

[45] "*risque d'une fossilisation de la jurisprudence*".

ii) ovvero, se tali banche dati aperte determineranno un cambiamento nella tecnica di motivazione dei provvedimenti dei giudici di merito, nel senso che le motivazioni si arricchiranno di citazioni ai precedenti di merito conformi, nella consapevolezza che la forza dell'argomentazione della singola decisione non sarà più sufficiente se non è sostenuta dalla comunità degli altri giudici non di vertice, attraverso le decisioni già pronunciate.
Le ricerche che qui abbiamo indicato a mero titolo esemplificativo[46], e che potranno essere poste in essere grazie alla BDP, per poter essere sviluppate necessitano che siffatta tipologia di ricerca, in quanto empirica ed ibrida, non sia considerata, dall'accademia, una ricerca di "serie B" rispetto a quella tradizionale (denominata, in inglese, "*desk research*")[47], ad esempio in sede concorsuale o di ASN. Altrimenti, inevitabilmente, la ricerca giuridica empirica resterà marginale nell'ambito del settore IUS/15.

5. Gli obiettivi di informazione e *dissemination* in diritto processuale civile e i potenziali rischi

La BDP ambisce a rafforzare la diffusione del diritto e con essa, il senso di giustizia nei cittadini e la conoscenza che questi ultimi dovrebbero avere del sistema giurisdizionale civile (obiettivo di informazione e *dissemination*). L'esistenza di banche dati "aperte alla cittadinanza" è tipica di uno Stato in cui il sistema giustizia è trasparente, in cui ciascun interessato ha libero accesso ai precedenti giudiziali (non solo quelli di legittimità).
Un siffatto sistema, che ha i suoi evidenti pregi, porta, però, inevitabilmente con sé anche dei rischi.
Il primo rischio è quello di creare un senso di disorientamento nella collettività, essendo difficile per il pubblico non esperto trovare informazioni in una massa informe di decisioni, tale e quale è la BDP [48].
A tale riguardo, uno dei compiti che attende (anche) il processualista è quello della «*mise en système de la multitude*»[49]. Occorre, cioè, offrire al cittadino e alle imprese delle "cartine di tornasole", delle guide tematiche che li aiutino ad orientarsi tra milioni di decisioni, che, da sole, non possono certo essere qualificate come "giurisprudenza". In Francia, a tale riguardo,

[46] Molti altri esempi potrebbero aggiungersi a quelli indicati nel testo.
[47] Pongono enfasi su tale aspetto L. CADIET, C. CHAINAIS, J.-M. SOMMER, S. JOBERT, E. JOND-NECAND, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence,* Vol. 1, cit., p. 149 ss.
[48] Lo osservano, con riferimento alla omologa banca dati francese, L. CADIET, *L'open data des décisions de Justice,* cit., 23, § 14 e P. DEUMIER, *L'effet de l'open data sur la jurisprudence des juges du fond*, in *Il diritto processuale civile italiano e comparato*, 2023, https://www.ildirittoprocessualecivile.it/wp-content/uploads/2023/07/3_2023_contributo-03.pdf, nonché, in lingua italiana, *L'effetto dell'open data sulla giurisprudenza dei giudici di merito*, ora in V. CAPASSO (a cura di), *En faveur d'un proces civil artificiellement intelligent,* Napoli, 2024, p. 63 ss.
[49] L. CADIET, C. CHAINAIS, J.-M. SOMMER, S. JOBERT, E. JOND-NECAND, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence,* Vol. 1, *cit.*, p. 20; L. CADIET, C. CHANAIS, *Quale giurisprudenza nell'era degli* open data *giudiziari ?* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 565 ss., spec. p. 571.

si è suggerito di promuovere – con apposito sostegno economico – la realizzazione di tesi di dottorato aventi ad oggetto siffatte ricerche empiriche, magari scritte "sul campo", in cooperazione con gli uffici giudiziari[50].
Potrebbe altresì trattarsi di guide tematiche realizzate con il sostegno economico di editori di banche dati private. A tale riguardo – ma il tema esula da quello che mi è stato assegnato – non si può ignorare che i provvedimenti contenuti nella BDP (o meglio il loro uso) suscitano un interesse economico per gli editori[51] e che potrebbe porsi un problema di "utilizzazione" per fini economici dei dati della BDP.
L'ulteriore rischio – e si immagina, in questo caso, un utente esperto, capace di districarsi tra tali informazioni tutte " orizzontali" – è che la trasparenza si trasformi in un *boomerang*, ingenerando un effetto contrario rispetto a quello auspicato dalla Commissione Europea ossia un abbassamento della fiducia nella giustizia, quando il cittadino o l'impresa riscontra che sussistono contrasti nella giurisprudenza di merito riguardanti l'applicazione di una medesima norma di legge, e che tali contrasti sono numerosi.
Quanto più numerosi sono i contrasti, tanto più rischia di abbassarsi la fiducia del cittadino e delle imprese nelle istituzioni. Per questo, a fronte di riscontrati contrasti giurisprudenziali, la dottrina d'oltralpe suggerisce che siano incrementati l'uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e del ricorso per cassazione nell'interesse della legge. E dovrebbe/potrebbe essere proprio la dottrina (anche processualcivilistica), all'esito di ricerche empiriche, a segnalare quali sono i settori dove vi è estrema necessità di un intervento dei giudici di legittimità. Ciò, anche per ribadire fermamente che la disponibilità in *open access* delle decisioni di merito non scalfisce il ruolo nomofilattico delle Corti di vertice.

6. Banca Dati di Merito Pubblica e precedente

Un'ultima riflessione va dedicata alla incidenza delle BDR e BDP sul concetto di "precedente". Anche la decisione di merito (non solo quella di legittimità) contribuisce alla formazione della regola giuridica. Pertanto, sarà interessante verificare – tramite ricerche empiriche – se la BDP porterà ad attribuire funzione "di precedente" (persuasivo) anche alla giurisprudenza di merito.
Quando, negli ordinamenti continentali, si parla di "precedente", quasi sempre si fa riferimento alla decisione di legittimità (*recte:* del giudice superiore)[52]. Il sistema, cioè, è stato

[50] L. CADIET, C. CHAINAIS, J.-M. SOMMER, S. JOBERT, E. JOND-NECAND, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence,* Vol. 1, cit., p. 20.
[51] V., a mero titolo esemplificativo, https://lesentenze.it/prezzi. Il sito offre servizi a pagamento di consultazione di un archivio di sentenze di merito, con possibilità di effettuare ricerche nelle motivazioni dei provvedimenti per parola chiave, per foro, per giudice, etc.
[52] V., a titolo esemplificativo, la definizione che ne offre S. CHIARLONI, voce *Precedente*, in N. IRTI (a cura di), *Dizionario di diritto privato*, Milano, 2009, p. 163: "*il sostantivo « precedente » coned il provvedimento di un giudice (generalmente) superiore*

di regola caratterizzata da una direzione verticale e da una logica discendente del precedente[53].
Adesso, invece, vi è teoricamente la possibilità che il precedente operi anche orizzontalmente (tra giudici di merito di pari grado), ossia secondo una modalità per cui il precedente è solo la decisione anteriore di un caso concreto (dunque, suscettibile di essere emessa anche da un'autorità di merito) a cui un giudice di merito successivo può attingere per il suo valore orientativo rispetto all'attuale processo[54].
Ciò, tuttavia, può far sorgere il rischio di un conformismo giurisprudenziale – che tenderebbe sempre più a guardare solo verso il passato e non già verso il futuro[55] – ed il conseguente impoverimento del ragionamento giuridico[56]. Anche questo è un settore di ricerca di potenziale interesse per il processualcivilista.
Sarà, infine, interessante verificare se la BDP e la BDR renderanno meno rilevante – ovvero diversamente rilevante – il problema, a lungo affrontato in dottrina, della tecnica di redazione delle massime[57], considerato che la BDR, a disposizione dei magistrati, è integrata con programmi di intelligenza artificiale in grado di generare automaticamente sintesi di provvedimenti che valorizzano assai fatti di causa.

---

visto dalla prospettiva del giudice inferiore il quale ritenga, per il suo caso, di dover affrontare la medesima questione giuridica già risolta dal primo".

[53] In proposito, per tutti, L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile,* Torino, 2018, p. 234 ss.

[54] V. infatti la definizione di V. MARINELLI, *Precedente giudiziario,* in *Enc. Dir., Annali*, VI, Milano, 2002, p. 871, secondo cui "*Il termine si riferisce a una decisione giudiziaria anteriore, considerata nel suo valore orientativo rispetto all'attuale giudizio, in ordine alla stessa questione o ad altra che renda utile un raffronto*".

[55] Sul ruolo creativo della giurisprudenza e la sua capacità di "fabbricare" diritto rispondendo a nuovi bisogni della società, prima che intervenga il legislatore restano insuperabili le pagine di O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Berlin, 1885 e P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Opere giuridiche,* I, Napoli, 1965, p. 647- 648.

[56] In arg. v., oltralpe, L. CADIET, C. CHANAIS, *Quale giurisprudenza nell'era degli* open data *giudiziari?,* in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 2023, p. 565 ss., spec. P. 573 ss.
Negli anni 2000 si era pionieristicamente occupato dei rapporti tra informatica e precedente anche V. MARINELLI, *Precedente giudiziario,* cit., p. 893-894: "*Lungi dal consolidare i precedenti mediante... fotomontaggio o scannerizzazione, bisogna porsi di fronte ad essi con sguardo critico, dialettizzando la loro lettura. Occorre cioè prospettare e svolgere con ampiezza dubbi e obiezioni, riferiti sia alla portata della regola giurisprudenziale, sia al rapporto del caso anteriore con quello attualmente in giudizio*".
Sul tema, risulta peraltro ancora di estrema attualità lo scritto di F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.,* 1949, I, p. 41 ss., spec. p. 42 dove si fa riferimento al fatto che, molto spesso, le massime sono consolidate "*dall'abitudine. Il giudice non ha più da scegliere, tra le massime, quella che gli pare migliore, ma quella abituale. Error communis facit jus*".

[57] Per tutti, e senza pretesa di completezza, v. M. LUPOI, *Giuscibernetica, informatica giuridica. Problemi per il giurista*, in *Foro it.,* 1970, p. 740 ss., spec. p. 750, che lamentava, nella tecnica di massimazione adottata in Italia, la mancanza di una scansione fattuale che rendesse possibile "*tipizzare i fatti di una serie di controversie vertenti sul medesimo tema*"; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 118 ss., spec. p. 131 ss., nonché, più di recente, V. MARINELLI, *Precedente giudiziario,* cit., p. 891 ss. e PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., p. 117 ss.

7. Conclusioni

"*Il diritto non declina: il diritto si adegua*" diceva CALAMANDREI, aggiungendo che " il *giurista non è un conservatore di vecchie formule fuori d'uso, quasi come chi dicesse il conservatore di un museo di anticaglie: è un vivo e vigile interprete dei tempi, che tanto meglio sa adempiere alla sua funzione quanto meglio riesce a sentire le esigenze umane della storia*"[58].

La trasformazione digitale e le banche dati pubbliche offrono al processualcivilista nuove opportunità, che si pongono accanto ai filoni di ricerca tradizionale. Per sfruttare a pieno tali potenzialità occorre essere disposti a lasciare la *comfort zone* per abbracciare nuovi approcci, sfruttando le tecnologie disponibili e il dialogo con le scienze esatte.

La BDP può così diventare un fertile terreno di ricerca, capace di aiutare il processualista a svolgere il proprio ruolo di interprete e, se del caso, di consulente del legislatore, sulla base, però, non di una (ormai desueta) metodologia "per prova ed errori" in cui l'impatto si misura *ex post*, ma di ben più efficaci studi scientifici d'impatto che consentono di stimare *ex ante* quale sarà la portata pratica – il beneficio – della riforma proposta.

Elena D'Alessandro
Ordinario dell'Università di Torino

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.

[58] P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1955, p. 252 ss.



VALENTINA CAPASSO

Open data giudiziari, protezione dei dati personali e *accountability* del giudice: esperienze straniere

La recente messa a disposizione della banca dati delle decisioni di merito pone all'attenzione dello studioso italiano un problema già postosi in Francia, ove nel 2016 è stato deliberato l'*open data* delle decisioni giudiziarie: quello della diffusione dei dati dei magistrati e del possibile *profilage* degli stessi.

The recent release of the database of trial decisions brings to the Italian scholar's attention a problem that has already arisen in France, where the open data of judicial decisions was decided in 2016: that of the dissemination of magistrates' data and their possible profiling.

Sommario: 1. Introduzione: *open data vs.* divieto di utilizzo dei dati. Un paradosso? – 2. *Open data* e "bisogno di regolazione" – 2.1 Prima relativizzazione: un "bisogno" essenzialmente riconducibile alla diffusione massiva delle decisioni di merito – 2.2 Seconda relativizzazione: un "bisogno" avvertito a prescindere dall'*open data* – 3. Il *quomodo* della regolazione – 3.1 Prima ipotesi: la *public is public policy* – 3.3 Seconda ipotesi: la riproduzione in linea della *practical obscurity* "fisica" – 4. Un'ipotesi di soluzione: la *transactional licence* per lo sfruttamento del *Find case law service* inglese

1. Introduzione: *open data vs*. divieto di utilizzo dei dati. Un paradosso?

Se i temi che compongono il titolo della relazione assegnatami costituissero altrettante parole chiave legate da un AND, l'ipotetico motore di ricerca restituirebbe verosimilmente una serie di risultati univocamente riconducibili ad un solo sistema: quello francese, che, dopo aver guadagnato, nel 2019, il triste primato nella criminalizzazione del *profilage* dei magistrati, ne conserva tuttora l'esclusiva nel panorama internazionale; ciò che non ha mancato di attirare l'attenzione (e le critiche) della stampa anche straniera[1], e che, prima ancor che censurabile, è apparso ai più frutto di atteggiamento incoerente da parte del legislatore, il divieto essendo stato calato nel quadro dell'attuazione dell'*open data* delle decisioni giudiziarie, approvato solo 3 anni prima, con la L. 2016-1321 del 7 ottobre 2016, *Loi pour une République numérique,* e ufficialmente presentato come massimo indice di trasparenza nella e della amministrazione della giustizia[2].

[1] Non stupisce allora che la dottrina francese abbia tentato di correggere l'immagine internazionale del sistema di provenienza, chiarendo che ad essere vietata, allo stato, non è qualunque attività di *legal analytics*, ma la sola profilazione individuale (F. G'SELL, *Predicting courts' decisions is lawful in France and will remain so*, in www.actualitesdudroit.fr, 2 juillet 2019); ma l'impressione che il divieto, pur così circoscritto, costituisca un privilegio irragionevole, piuttosto che una guarentigia necessaria, resta.

[2] V., per tutti, E. FOUREL - Y. RAHMANI, *Réutilisation des données d'identité des magistrats : Quel avenir pour la justice prévisionnelle ? Le juge français face aux legaltech*, in *Droit & Croissance*, 15 janvier 2020, p. 4, per il rilievo secondo cui «[i]*l*

In realtà, più che di incoerenza, il legislatore francese sembra poter essere tacciato di precipitazione: calato dall'oggi al domani nel contesto della più ampia riforma del 2016, l'*open data* è stato infatti approvato senza discussioni, senza studi d'impatto preventivi, senza un obiettivo politico chiaro[3]. Così, è solo a seguito della diffusione del rapporto esitato dalla c.d. commissione Cadiet[4], istituita anche al fine di comprendere – dunque, solo *a posteriori* – le implicazioni della riforma che si è posto il problema dell'anonimizzazione e/o pseudonimizzazione dei dati e, con esso, quello della tutela della *privacy* degli operatori istituzionali, evidenziandosi, nel rapporto, l'esistenza di opinioni contrastanti quanto all'opportunità, o meno, di oscurare anche i dati relativi all'ufficio (magistrati e personale di cancelleria)[5]. In particolare, pur non mancando, anche tra le file della magistratura, opinioni nettamente contrarie all'oscuramento – *in primis* in ragione del dovere di rendiconto che grava su ciascun esponente dell'autorità giudiziaria –, il rapporto rappresenta ampiamente le ragioni dei fautori della soluzione opposta – ragioni riconducibili ai rischi del *profilage* (*forum shopping*, moltiplicazione delle istanze di ricusazione, pressioni e, in taluni casi, finanche minacce all'incolumità dei magistrati) e alla superfluità del dato relativo all'autore delle singole decisioni rispetto al fine ultimo dell'*open data* (la migliore conoscibilità della giurisprudenza, di per sé massiva e impersonale) – nonché una serie di soluzioni intermedie, quali quelle di procedere ad oscuramenti solo parziali, in base al grado di rischio (rischio minore con riferimento alle decisioni di legittimità e, in genere, a quelle collegiali), e/o di risolvere per altra via i problemi ipotizzati (ad esempio, mediante un rafforzamento delle garanzie della collegialità e del principio del giudice naturale)[6]. Ma il legislatore, ormai pressato dalla necessità di passare finalmente alla fase attuativa ed esclusa, dopo alcuni tentennamenti, l'opzione per la pubblicazione di sentenze anonime[7], ha scelto la via più *rapida*

---

existe une contradiction apparente entre, d'une part, le fait de publier les décisions de justice pour les rendre accessibles à tous les justiciables et, d'autre part, interdire la libre utilisation, par les justiciables, d'un élément présent dans ces publications».

[3] P. DEUMIER, *L'effetto dell'*open data *sulla giurisprudenza dei giudici di merito,* in V. CAPASSO (a cura di)*, En faveur d'un procès civil artificiellement intelligent. Une approche comparative*. Atti del Convegno di Napoli, 12 maggio 2023, Napoli, 2024, p. 63 ss.

[4] *L'open data des décisions de justice. Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, Rapport à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, in www.justice.gouv.fr, novembre 2017 (di seguito: *rapport Cadiet*).

[5] *Rapport Cadiet*, cit., p. 43 ss.

[6] Principio non presidiato, in Francia, da una norma di rango costituzionale (R. ROMBOLI, *Composizione del giudice e principi costituzionali*, in *Foro it.,* 1976, c. 101); ciò che si riflette tutt'ora nelle pratiche, peraltro estremamente eterogenee, di distribuzione interna degli affari (sul punto, v. E. JEULAND, *Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire, in RFAP,* 2008, p. 33 ss.).

[7] L'art. 19 del progetto di legge approvato dal Senato prevedeva l'adozione di modalità tali da prevenire «*tout risque de ré-identification des magistrats, fonctionnaires de greffe, des parties et leur entourage* […], *ainsi que tout risque, direct et indirect, d'atteinte à la liberté d'appréciation des magistrats et à l'impartialité des juridictions* ». Accogliendo l'emendamento CL 914, la *commission des lois* dell'*Assemblée nationale* ha, tuttavia, limitato l'oscuramento dei dati degli operatori

per liberarsi dai rischi che il *profilage* dei magistrati avrebbe potuto comportare: quella di vietarlo[8].

Ora, la constatata, perdurante unicità della soluzione francese – pur poco sorprendentemente invocata come esempio da parte della nostra magistratura associata, nell'immediatezza dell'entrata in funzione della banca dati delle decisioni di merito[9] – sembrerebbe suggerire che il richiesto confronto con le «esperienze straniere» debba esaurirsi con il vaglio *critico*, in tutti sensi, di una sola esperienza. Vaglio critico che – una volta scartate le poche voci che pur si sono levate a favore dell'estensione *sic et simpliciter* della disciplina in materia di tutela della *privacy* anche ai magistrati – a propria volta sembrerebbe potersi esaurire nella considerazione che *come* pare fuor di dubbio che l'intestazione "In nome del popolo" dei provvedimenti decisori porta con sé la necessaria assunzione della relativa responsabilità, e così impone che ciascuno di essi sia sempre e apertamente imputabile al proprio autore, *così*, una volta rese pubbliche e riutilizzabili le decisioni, altrettanto pubblici e riutilizzabili dovrebbero essere i dati relativi ai magistrati che quelle hanno reso.

Questo era, in effetti, il mio convincimento iniziale; e invece, se continuo a ritenere che un divieto assoluto, come quello stabilito dal legislatore francese, non trovi sufficienti giustificazioni (né tra quelle addotte, né tra quelle ulteriormente ipotizzabili), il confronto con altre esperienze e, soprattutto, con l'elaborazione della dottrina straniera mi ha infine indotto a dubitare che alla pubblicità del dato debba accompagnarsi necessariamente e indefettibilmente il suo libero riutilizzo. Ciò che, invece, mi pare possa trarsi dall'osservazione del fenomeno in prospettiva comparata è – anzitutto – che una correlazione necessaria, se c'è, passa tra *open data* e necessità di governarne le implicazioni, e dunque di regolare l'utilizzo dei dati (I); e – in secondo luogo – che la regolamentazione, se rispetto al tema che interessa non pare poter implicare l'estensione *sic et simpliciter* di quella volta a tutelare la *privacy* delle parti, sembra comunque potersi almeno ispirare a quella nelle modalità (II).

---

istituzionali ai soli casi in cui la divulgazione degli stessi sia suscettibile di «*porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage*»: cfr. T. COUSTET, *Open data : les députés déverrouillent l'anonymisation des décisions*, in *Dalloz actualité*, 9 novembre 2018.

[8] L'art. 33 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice vieta il riutilizzo dei dati personali dei magistrati e dei membri della cancelleria quando tale attività abbia « *pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées* ». Il divieto è presidiato da sanzioni sia amministrative (irrogate dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* o CNIL) che penali (cfr. art. 226-18 CP, che prevede la reclusione fino a 5 anni e una multa fino a € 300.000, nonché artt. 226-24 e 226-31 CP, che importano il divieto di esercitare l'attività nell'ambito della quale è stato commesso il reato).

La previsione ha superato il vaglio di legittimità costituzionale, avendone il Conseil constitutionnel avallato la *ratio*, i.e. quella di evitare « des pressions ou des stratégies de choix de juridiction de nature à altérer le fonctionnement de la justice » (cfr. Cons. const. 21 mars 2019, no 2019-778 DC, pt 93, in *AJ Famille*, 2019, 172, obs. V. AVENA-ROBARDET, *Réforme de la justice*; v. però T. DOUVILLE, *Open data des décisions de justice, cinq ans après : état des lieux et perspective*, in *Légipresse* 2021, p. 55, secondo cui «*la collégialité des audiences et l'obligation de mobilité des magistrats réduisent l'importance de ce risque*».

[9] V. il comunicato "*L'urgenza di anonimizzare i nomi dei giudici sulle sentenze pubblicate*", in www.areadg.it, 21 dicembre 2023.

2. *Open data* e "bisogno di regolazione"

L'idea della necessità di far seguire all'opzione dell'*open data* la regolazione delle sue conseguenze mi pare consenta anzitutto di ridimensionare il significato dell'attuale isolamento della soluzione francese sotto il profilo dell'*an* (fermo il rigetto del *quomodo*); perché essa rappresenta un *unicum* non solo dal punto di vista normativo, ma anche, e prima ancora, da quello del fenomeno regolato, la stessa estensione dell'*open data* non trovando attualmente pari, quantomeno tra i Paesi democratici. Se è vero, infatti, che il vero primato, dal punto di vista cronologico, pare spettare alla Cina, ove l'obbligo di pubblicare tutte le decisioni rese vige già dal 2014, è chiaro che lì un problema di tutela degli autori delle stesse neppure si pone, lo scopo (implicito, ancorché evidente) della pubblicità risiedendo nella volontà non di assicurare la trasparenza dell'attività giudiziaria, bensì di controllare l'operato dei giudici, onde immediatamente individuare eventuali deviazioni dalla legge (e, quindi, dalla dottrina del partito)[10].

Circoscrivendo, allora, l'analisi alle sole esperienze realmente comparabili, quantomeno sotto il profilo che interessa, va innanzitutto menzionato, con riferimento ai Paesi UE, il recente rapporto "*Tableau comparatif sur l'encadrement de l'accès en données ouvertes aux décisions de justice*", realizzato dal gruppo *Justice en ligne*, nel quadro della presidenza francese del Consiglio UE. Da esso si trae che la maggioranza degli Stati membri prevede una pubblicazione solo selettiva delle decisioni (spesso, seppur non sempre, da ritenersi limitata, direttamente o indirettamente, a quella delle pronunce delle giurisdizioni superiori), e anche quelli – Estonia e Malta – che pongono quale principio quello della pubblicazione generalizzata, lasciano poi spazio alla discrezionalità del giudice o del collegio la valutazione di (in)opportunità di procedervi. E se è vero che anche la Francia, come altri 10 Paesi, esclude la pubblicazione delle decisioni relative a materie particolarmente sensibili, l'*open data* disposto nel 2016 e in via di realizzazione non sembra tuttora trovare una pari estensione altrove.

Il risultato non cambia ampliando il raggio di indagine: così, ad esempio, nel Regno Unito, nonostante le decisioni siano qualificate come «*official public records*» dalla s. 8 del Public Records Act 1958, non esiste, allo stato, alcuna banca dati pubblica completa, né il *Find case law service*[11] recentemente posto in essere da *The National Archives* – e di cui dirò qualcosa in più nelle conclusioni – pare aver colmato tale vuoto, il *database* essendo ancora ben lungi dal potersi dire completo (soprattutto con riferimento alle decisioni delle Corti inferiori)[12].

---

[10] B.L. LIEBMAN - M. ROBERTS - R.E. STERN - A.Z. WANG, *Mass Digitization of Chinese Court Decisions: How to Use Text as Data in the Field of Chinese Law*, in *J.L. & Courts*, 2020, p. 177 ss.

[11] https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/about-this-service.

[12] P. MAGRATH - G. BERESFORD, *Publication of listed judgments: Towards a new benchmark of digital open justice*, in www.iclr.co.uk, 2023.

Parimenti manca una banca dati sfruttabile e completa delle sentenze statunitensi: vero è che il sistema PACER (*Public Access to Court Electronic Records*) raccoglie (e consente l'accesso a)gli atti di tutti i procedimenti avviati innanzi alle Corti federali, ma il *database* è assolutamente inadeguato alla ricerca[13]; con la conseguenza che – soprattutto con riferimento alle decisioni delle *trial courts* – gli operatori (studiosi, ma anche e *in primis* giudici) sono costretti ad avvalersi delle banche dati private, con i connessi (e verificati) problemi di *selection bias* che questo comporta rispetto all'attendibilità dei risultati[14]; problemi ai quali, allora, può dubitarsi sfuggano in generale i *tools* di *judicial analytics*, che pure hanno sinora trovato massima espansione proprio negli Stati Uniti[15]. Rispetto all'altro estremo della piramide giudiziaria, poi, si discute da anni della zona grigia in cui la Corte suprema scientemente relega alcune attività, l'opinione maggioritaria esprimendosi in favore di una maggiore pubblicità[16]: non appare casuale, allora, che – discorrendosi del tema del divieto di trasmissione televisiva degli *oral arguments* della *Supreme Court*, delle decisioni rese *per curiam* in ipotesi di parità dei voti (nei casi in cui il *panel* risulti accidentalmente composto da 8, invece che da 9 *Justices*), della piena disponibilità dei *working papers* da parte dei magistrati supremi – il recente divieto francese sia stato richiamato dagli *scholars* più che per puntare il dito, per evidenziare come il male sia comune[17].

2.1 Prima relativizzazione: un "bisogno" essenzialmente riconducibile alla diffusione massiva delle decisioni di merito

In sostanza, l'*open data* ancora non è realtà nella stragrande maggioranza dei Paesi, ove pure la pubblicità delle decisioni supreme è ampiamente garantita da decenni; e la mia insistenza sulle lacune relative alle decisioni di merito non è casuale. Infatti, se è vero che i problemi teorici tendenzialmente prescindono dalla dimensione *quantitativa* dei fenomeni regolandi, neppure può trascurarsi che le conseguenze pratiche dell'accesso indiscriminato alle (e del

---

[13] Come spiega A.A. REINERT, *Measuring selection bias in publicly available judicial opinions*, in *Rev. Litig.,* 2018, p. 258, «[t]*o find a judicial decision of interest, one must first identify a case, then view the docket, find the docket entry for the decision, and view it on a pdf browser. There is no way, through PACER, to conduct any mass text-based search for particular judicial opinions*». Identico problema si riscontra con riferimento alle decisioni d'appello: cfr. K. CARLSON - M.A. LIVERMORE - D.N. ROCKMORE, *The Problem of Data Bias in the Pool of Published U.S. Appellate Court Opinions*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 2020, p. 224 ss.

[14] A.A. REINERT, *Measuring*, cit., p. 255 ss.

[15] G. LUPO, *The ethics of Artificial Intelligence: An analysis of ethical frameworks disciplining AI in justice and other contexts of application,* in *Oñati Socio-Legal Series*, 2022, p. 637.

[16] E.J. SEGALL, *Invisible Justices: How Our Highest Court Hides from the American People*, in *Georgia State University L.R.,* 2016, p. 787; N.S. MARDER, *The Supreme Court's Transparency: Myth or Reality?,* ivi, p. 849 ss.; S.R. WEST, *The Supreme Court's Limited Public Forum*, in *Wash. & Lee L. Rev. Online*, 2017, p. 572 ss.; R.A. POSNER, *The Federal Judiciary: Strengths and Weaknesses*, Boston, 2017, *passim*.

[17] F. BAUMANN - F. FAGAN, *When more isn't always better: The ambiguity of fully transparent judicial action and unrestricet publication rules,* in *Int'l R. Law & Economics*, 2023, p. 2, testo e nota 8.

potenziale riutilizzo illimitato delle) decisioni delle Corti supreme e dei giudici di merito (quest'ultimo costituendo, come visto, la reale novità dell'*open data*) si differenziano anche dal punto di vista *qualitativo*: e ciò vale già con riferimento ai principali rischi identificati dal *rapport Cadiet*.

Così, quelli di *forum shopping*, ove realmente sussistenti – evidentemente, per difetto originario della disciplina della competenza –, si pongono solo laddove sia riscontrabile un'articolazione territoriale degli uffici: ciò che di norma non vale per le Corti supreme. D'altro canto, anche la paventata moltiplicazione delle istanze di ricusazione, in ipotesi fondata su *bias* dimostrati dagli algoritmi di profilazione, ammesso che sia veicolabile attraverso i motivi eventualmente previsti dalla disciplina nazionale, sembra suscettibile di verificarsi pressoché esclusivamente in relazione a controversie *fact intensive*, quali sono di norma quelle che si pongono innanzi ai giudici di merito. Viceversa, l'eventuale *profiling* di un giudice di legittimità potrà semmai condurre ad identificare una giurisprudenza personale: ciò che ha pubblicamente fatto la recente Cass., 11 novembre 2022, n. 33270, che ha individuato un contrasto in relazione alla questione dell'applicabilità, o meno, della sanzione di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115/2002, in caso di improcedibilità del ricorso per cassazione non iscritto a ruolo, tra la giurisprudenza della Corte e quella di un unico estensore. Epperò, l'adozione di una certa interpretazione della legge non solo risulta difficilmente riconducibile in maniera univoca ad un pregiudizio di fondo rilevante, ma neppure richiede di passare sotto silenzio: anzi.

Con riferimento alle questioni di diritto, tuttavia, i profili critici non si esauriscono qui. Invero – e stavolta sono gli studiosi statunitensi di *behavioral law and economics* a ricordarlo – se è fenomeno generalmente riscontrabile quello del mutamento del comportamento di un operatore osservato e consapevole di esserlo, nella specie tale fenomeno si traduce – per quanto interessa gli analisti economici del diritto di *common law* – in un potenziale *deficit* di informazione dovuto alla dissimulazione, nelle *opinions*, delle vere ragioni poste a base della decisione; per quanto può rilevare per il giurista, e in particolare per il giurista italiano, in un incentivo al conformismo. Fenomeno, quest'ultimo, di per sé ambivalente dal punto di vista economico (potendosi leggere in chiave di apprezzabile uniformazione o di censurabile appiattimento della giurisprudenza, secondo che l'attenzione si appunti sul valore della certezza del diritto o su quello del conseguimento della maggiore efficienza del diritto giurisprudenziale, anche a mezzo del suo progressivo mutamento al mutare delle esigenze sociali); ma certo tanto più bisognoso di considerazione dal punto di vista normativo in un Paese quale il nostro, ove la recente riforma dell'ordinamento giudiziario ha elevato al rango legislativo la verifica, ai fini della valutazione di professionalità del magistrato, della tenuta nei

gradi successivi dei provvedimenti dallo stesso resi[18]. E tale ultima considerazione conferma, *praticamente*, l'accennato diverso rilievo della diffusione massiva delle decisioni di merito e – in ultimo – quanto ancora una volta gli studiosi stranieri solo *teorizzano*, ovvero che il fenomeno risulta tanto meno accentuato quanto più si risale la piramide giudiziaria: vuoi per la diversa esposizione cui sono (abituati e comunque) tenuti i giudici supremi e quelli di merito, vuoi per il differente grado di esperienza degli uni e degli altri, vuoi, ancora, per la – tendenziale – diversa composizione dello stesso organo giudicante, la collegialità connotandosi sempre più spesso quale caratteristica dei giudici dell'impugnazione.

*2.2 Seconda relativizzazione: un "bisogno" avvertito a prescindere dall'*open data

Ora, la valutazione della serie di implicazioni che l'*open data* è suscettibile di spiegare spetta evidentemente alla stessa autorità titolata a disporlo; ed è comprensibile, seppur non necessariamente condivisibile, che nell'agenda politica dei diversi Paesi il momento della regolazione non sia ancora arrivato, mancando l'opzione per l'accesso aperto, e quindi lo stesso fenomeno reale da regolare.

Ciò non esclude, però, che la dottrina e/o altre istituzioni comincino ad interrogarsi sul tema: ed infatti, benché la maggiore attenzione sia ovunque dedicata al problema della tutela della *privacy* delle parti, non mancano spunti anche relativamente al tema che interessa; spunti che ancora una volta consentono di relativizzare la critica avverso il sistema francese, poiché dimostrano che le preoccupazioni espresse dalla commissione Cadiet non costituiscono una novità, né dal punto di vista cronologico né nel panorama internazionale.

Basti pensare che, in Belgio, ove tuttora risulta liberamente accessibile solo una minima parte della giurisprudenza, l'autorità garante in materia di *privacy* – la *Commission de la protection de la vie privée* (CPVP) –, dopo aver segnalato, in un parere del 1996[19], i rischi che la progressiva messa a disposizione online di ampie raccolte giurisprudenziali indagabili sulla

[18] L'art. 3, comma 1, lett. g), l. 17 giugno 2022, n. 71 ha delegato il Governo a «prevedere che, ai fini della valutazione di cui all'articolo 11, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, il consiglio giudiziario acquisisca le informazioni necessarie ad accertare la sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento, nonché, in ogni caso, che acquisisca, a campione, i provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato in valutazione nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio»; ora, come traspare dal testo, una verifica in tal senso era già prevista: in particolare, la Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 "*Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati, con le modifiche apportate dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 25 luglio 2012, 6 marzo 2014, 13 marzo 2014, 14 maggio 2014, 23 luglio 2014, 24 luglio 2014, 10 settembre 2014, 26 marzo 2015, 12 aprile 2017, 25 ottobre 2017 e 21 febbraio 2018*", al Capo V, punto 2) lett a), annovera(va), tra gli «indicatori della capacità», «l'esito, nelle successive fasi e nei gradi del procedimento, dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, relativi alla definizione di fasi procedimentali o processuali o all'adozione di misure cautelari, accertato attraverso la comunicazione dei dirigenti degli uffici e da valutarsi, ove presenti caratteri di significativa anomalia, anche alla luce del rapporto esistente tra provvedimenti emessi o richiesti e provvedimenti non confermati o rigettati, rapporto da valutarsi altresì avuto riguardo alla tipologia ed alla natura degli affari trattati ed alla evoluzione giurisprudenziale».

[19] CPVP, Avis n° 07/96 du 22 avril 1996.

base di vari criteri di ricerca (compreso quello relativo al nome delle parti) avrebbe potuto comportare per la privacy dei litiganti, ha – con ulteriore parere dell'anno successivo – sottolineato come «[l]*a protection des données concerne non seulement les données relatives aux parties, mais également celles des juges ou auxiliaires de la justice, voire celles de tiers cités par le jugement*»[20]. E, benché al tempo la conclusione ultima della Commissione sia stata nel senso che «[p]*our les noms des magistrats, des experts ou des avocats et, de manière générale, des auxiliaires de justice,* […] *le droit du public de connaître l'identité de ceux qui ont prononcé la décision et qui y ont collaboré semble prépondérant*», salva la possibilità di prevedere un eccezionale «*droit à la dépersonnalisation*» su richiesta (ma solo per gli «*auxiliaires de justice*»), la stessa Autorità è tornata sul tema con una più recente raccomandazione, mutando avviso e così risolvendo in favore della *privacy* – anche dei magistrati – il vaglio di proporzionalità richiesto dalla legge nazionale in materia di dati personali[21] ai fini del loro trattamento[22]. Bilanciamento, questo, che ha ricevuto l'avallo di almeno parte della dottrina[23], essendosi sostenuto – da un lato – che il concetto di dato personale, come definito dalle fonti europee, appare sufficientemente ampio da ricomprendere anche quelli degli operatori pubblici del processo e – dall'altro, con quella che, seppur non evocata, appare un'applicazione del principio di minimizzazione dei dati di cui all'art. 5 GDPR – che «*la seule finalité liée au controle du pouvoir judiciaire (correcte*

[20] CPVP, Avis n° 42/1997 du 23 décembre 1997, che prosegue osservando che «*on peut imaginer la facilité avec laquelle un internaute averti recueillera l'ensemble de la jurisprudence relative à des licenciements pour motifs graves pour en extraire les nom et adresse des employés mis en cause, ou identifiera les médecins dont la responsabilité aurait été mise en cause devant les tribunaux. Le comportement d'un juge face à tel ou tel type de conflits pourra être évalué statistiquement et le nom d'un avocat pourra être associé à un pourcentage d'issues favorables de procès*».

[21] *Loi du* 8 *décembre* 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (LPV).

[22] «*L'article 4, § 1, premier alinéa, 2° de la LVP prévoit que les données à caractère personnel collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables. […] La décision par laquelle un litige est réglé comporte un certain nombre de données à caractère personnel […] Compte tenu de l'article 149 de la Constitution, la publication de ces décisions en les rendant accessibles à des tiers gratuitement par voie électronique – ce qui permet un contrôle élargi du fonctionnement des juridictions (pas d'arbitraire, motivation correcte, respect des dispositions légales) ainsi qu'une connaissance plus étendue de la jurisprudence – peut être qualifiée de traitement ultérieur compatible avec la finalité initiale (règlement des litiges) pour laquelle ces données ont été collectées. […] Dans le cadre de ce traitement ultérieur, ne peuvent être traitées que les données adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement (article 4, § 1, premier alinéa, 3° de la LVP). […] Dans la mesure où le traitement ultérieur "publication" vise un contrôle et une connaissance étendus de la jurisprudence, la question se pose de savoir si, à la lumière de l'article 4, § 1, premier alinéa, 3° de la LVP, il est proportionnel que les données à caractère personnel mentionnées dans les décisions soient également publiées. […] La Commission estime qu'une réponse négative s'impose parce que le contrôle porte sur le contenu ainsi que sur l'aspect juridique et qu'à cet égard, les données à caractère personnel ne sont pas du tout pertinentes. Cela vaut pour les données à caractère personnel qui concernent à la fois les parties, les avocats, les tiers, les juges et les greffiers* » : CPVP, *Recommandation* n° 03/2012 *du 8 février* 2012.

[23] J. MONT, *RGDP : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ?,* in *Journal des Tribunaux*, 2019, p. 442 ss.

application de la loi, respect de l'exigence de motivation, lutte contre l'arbitraire) ne peut pas affaiblir la protection des données à caractere personnel des juge», essendo peraltro l'obiettivo di controllo democratico già sufficientemente garantito a «*par le fait que les audiences sont, pour la plupart, publiques, et que les décisions originales sont consultables aux greffes des juridictions*»[24].

3. Il *quomodo* della regolazione

La tesi da ultimo riportata, nella sua duplice articolazione (inclusione dei dati personali dei magistrati nell'ambito di applicazione del GDPR e consequenziale applicazione del principio di minimizzazione), consente di passare al secondo dei punti da analizzare: quanto della disciplina dedicata ai dati delle parti o dei terzi comunque coinvolti dal giudizio (e dunque menzionati dalla decisione) sia estensibile ai magistrati.

In realtà, che i dati di questi ultimi possano essere assimilati, ai fini del trattamento, a quelli di ogni altro soggetto, mi sembra fortemente dubitabile, proprio per quella necessità di imputazione del *dictum* di cui discorrevo all'inizio (del resto riconosciuta, infine, dallo stesso legislatore francese). Ciò non toglie, però, che dalla riflessione relativa alla tutela della *privacy* dei soggetti privati possano trarsi alcune indicazioni.

***3.1 Prima ipotesi: la* public is public policy**

In effetti, la notazione secondo cui la pubblicità è già garantita dalla possibilità di consultare i provvedimenti giudiziari in cancelleria potrebbe essere utilizzata per fondare una conclusione esattamente opposta: perché potrebbe sostenersi che il dato che è già pubblico, tale debba rimanere, e che quindi – una volta digitalizzati i registri che quei dati contengono – sia necessario garantire in rete tutto quanto è già consentito fare fisicamente. Ed è interessante osservare che questo modo di ragionare (la c.d. *public is public policy*) sia esattamente lo stesso che è stato posto a base della *Privacy Policy for Electronic Case Files* adottata dalle Corti federali statunitensi, in accoglimento dei suggerimenti contenuti nel *Report on Privacy and Public Access to Electronic Case Files* presentato nel 2001 dal *Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management*[25]: in sostanza, «[t]*he Judicial Conference policy is that documents in case files generally should be made available electronically to the*

[24] *Ibid*.

[25] Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management, *Report on Privacy and Public Access to Electronic Case Files, Reviewed by the Committees on Court Administration and Case Management, Criminal Law, Automation and Technology, Rules of Practice and Procedure and the Administration of the Bankruptcy System and submitted to the Judicial Conference for approval*, in www.govinfo.gov, 2001.

same extent they are available at the courthouse, provided that certain "personal data identifiers" are not included in the public file»[26].
Anche rispetto alle parti, del resto, potrebbe dirsi che, come la pubblicità delle udienze consente a chiunque di accedere fisicamente all'aula di giustizia e – così – conoscerne l'identità e ogni altra eventuale caratteristica emergente dalla discussione, così dovrebbe garantirsi a chiunque di ottenere le medesime informazioni online.

3.3 Seconda ipotesi: la riproduzione in linea della practical obscurity *"fisica"*

Il ragionamento segue lo stesso schema di quello proposto in relazione ai magistrati, eppure appare in questo caso meno convincente. E la ragione è presto spiegata, e dallo stesso *Report*, ove – accanto alla *public is public policy* – si prospettava un'alternativa, *i.e.* quella di riprodurre in rete la c.d. *practical obscurity*[27]*:* concetto, quest'ultimo, noto per essere stato posto – anzitutto negli USA, più recentemente in Europa – alla base del *right to be forgotten*, e che nella specie si declina considerando che l'*astratta* accessibilità ai provvedimenti (pur non anonimizzati) garantita prima della digitalizzazione finiva, in realtà, per non porre *pratici* problemi di tutela della riservatezza, i costi (in termini non solo economici, ma *in primis* di tempo) necessari alla consultazione dei dati risolvendosi in un forte filtro – evidentemente – anche all'ulteriore trattamento degli stessi da parte dei terzi (trattamento in sostanza limitato all'uso per finalità difensive o, semmai, di ricerca)[28]. Muovendo da tale constatazione si comprende allora che l'accesso indiscriminato in rete, abbattendo quei costi e così estendendo a dismisura la platea degli utilizzatori, non costituisce – come la *public is public policy* presupporrebbe – una mera traduzione dello stato di fatto esistente; sicché, ove l'obiettivo sia davvero quello di semplicemente mutare la via di accesso, quest'ultimo dovrebbe essere articolato secondo un sistema di autorizzazioni differenziate per categorie di utenti (avvocati nell'esercizio del proprio mandato difensivo; *scholars*; terzi interessati allo sfruttamento economico dei dati).
E se tale opzione è sostenuta da parte della dottrina statunitense, che ricorda come da ben prima che il tema della tutela della *privacy* assumesse le dimensioni attuali le Corti americane abbiano mostrato la consapevolezza della necessità di bilanciare la c.d. *presumption of openness* di matrice illuministica con altri interessi, vuoi delle parti, vuoi della stessa amministrazione della giustizia (dunque sostenendo che tale approccio relativistico debba

[26] Cfr. le *Committee Notes on Rules* alla *Rule* 5.2. FRCP (*Privacy Protection For Filings Made with the Court*), che impone agli avvocati delle parti di oscurare parzialmente alcuni dati.
[27] Sul tema la letteratura è molto ampia: v., tra gli altri, P.C. FILE, *A History of Practical Obscurity: Clarifying and Contemplating the Twentieth Century Roots of a Digital Age Concept of Privacy,* in *Un. Baltimore School of Law J. Media Law & Ethics*, 2016, p. 4 ss., e D.S. ARDIA, *Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity*, in *Un. Illinois L.R.,* 2017, p. 1385 ss., anche per ulteriori riferimenti.
[28] P.A. WINN, *Online Court Records*: *Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information*, in *Wash. L.R.,* 2004, p. 316.

essere conservato, pur necessariamente mutando nelle modalità)[29], è interessante notare – tornando al nostro tema – come verso una soluzione analoga convergano le considerazioni di entità e studiosi della più varia estrazione: così, se già con riferimento alla soluzione francese si è evidenziato come i rischi identificati dal *rapport Cadiet* avessero riguardo alle possibili distorsioni causate dalle parti (e fossero dunque tali, semmai, di giustificare un divieto di utilizzo solo *in parte qua*)[30], una modulazione dell'autorizzazione al riutilizzo dei dati è ipotizzata tanto dalla CEPEJ – che, nella Carta etica, sostanzialmente facendo propri i timori ritenuti dal legislatore francese, suggerisce l'adozione di un principio di precauzione, nella valutazione sia dell'*an* della diffusione del dato (in ipotesi da limitare in ragione del tipo di controversia e/o del grado di giurisdizione), sia, per quanto qui maggiormente rileva, dei soggetti abilitati ad accedervi, indipendentemente dall'opzione, o meno, per l'*open data*[31] – quanto dagli *scholars* canadesi, che ben più approfonditamente si sono misurati sia con il tema dell'autorità titolata a regolamentare l'utilizzo dei dati giudiziari (inclusi quelli dei magistrati) che con quello del contenuto stesso della regolamentazione[32]. Ma se le considerazioni svolte con riferimento a tali profili interessano poco in questa sede, in quanto strettamente legate al contesto di provenienza, ben più interessanti – e trascendenti l'orizzonte nazionale – sono quelle relative alle *rationes* della regolamentazione stessa, almeno una delle quali sembra potersi condividere senza riserve: quella del controllo dell'affidabilità dei *tools* di *judicial analytics* e – quindi – dei risultati dagli stessi prodotti[33].

---

[29] *Ibid*.

[30] E infatti v'è chi sottolinea che se – come pare – la *ratio* del divieto posto dal legislatore francese risiede nella volontà di evitare che la profilazione diventasse un «servizio disponibile per le parti processuali», è evidente che «al mutare della funzione attribuita, la valutazione […] p[ossa] mutare, ad esempio nel caso in cui il medesimo strumento algoritmico venga utilizzato quale risorsa finalizzata alla formazione e all'aggiornamento dei giudici, svolgendo quindi una funzione interna alla magistratura». In sostanza, «il giudizio di ammissibilità rispetto a tali strumenti non p[uò] essere fornito in termini assoluti, ma de[ve] essere contestualizzato, in quanto necessariamente riferito alla e calibrato sulla funzione concretamente svolta da questi ultimi, l'individuazione della quale non può che essere rimessa alla discrezionalità e alla responsabilità del Parlamento. È la funzione attribuita, quindi, non la tecnologia adottata che diviene giuridicamente rilevante e che orienta il giudizio di ammissibilità della seconda rispetto alla prima»: così S. PENASA, *Intelligenza artificiale e giustizia: il delicato equilibrio tra affidabilità tecnologica e sostenibilità costituzionale in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2022, p. 306.

[31] CEPEJ, *Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*, Adoptée lors de la 31e réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg, 3-4 décembre 2018, 27 ss., ove, in particolare, il suggerimento di di vagliare «*la possibilité d'exploiter cette information hors open data, par les institutions judiciaires même ou des tiers habilités, à des fins de connaissance de la jurisprudence*».

Si noti, peraltro, che la conclusione non risulta decisivamente fondata sulla normativa europea in materia di privacy (la verifica di conformità rispetto alla quale viene, anzi, dalla Commissione espressamente fatta salva), e quindi su di una nozione estensiva di dato personale quale quella ventilata nella dottrina belga, quanto sull'idea che sia errato derivare dalla scelta in favore per l'*open data* altresì la necessità di una pubblicazione integrale delle decisioni, comprensiva – quindi – dei dati relativi ai *professionnels de justice*, ovvero giudici, avvocati e cancellieri.

[32] J. MCGILL - A. SALYZYN, *Judging by Numbers: How will judicial analytics impact the justice system and its stakeholders?,* in *Dalhousie L.J.,* 2021, p. 249 ss.

[33] *Ibid*., p. 278.

Ciò pone anzitutto problemi di metodo: per fare un esempio banale, è evidente che una comparazione tra giudici fondata sul tasso di accoglimento di una certa tipologia di domande sarebbe falsata se espressa in termini percentuali bruti, ove i *dataset* di partenza relativi a ciascuno di essi fossero numericamente troppo distanti, diverso essendo il peso di ciascuna pronuncia di un determinato segno secondo che il magistrato se ne sia viste assegnare 10 o 100.
In secondo luogo, problemi di *design* dell'algoritmo: ancora esemplificando, ove l'obiettivo fosse quello di verificare il tasso di riforma delle decisioni rese da un certo giudice, il *tool* non potrebbe trascurare la distinzione tra i *reversal* in rito e in merito, o ancora un eventuale *revirement* intervenuto nel periodo tra l'emanazione della sentenza e la sua riforma.
L'elenco potrebbe continuare, ma la conclusione appare chiara: il problema non è dato dal *profiling* in sé, ma dalle possibili conseguenze negative dovute all'incontrollata diffusione di risultati sostanzialmente errati, eppur capaci – per la forza che il dato numerico intrinsecamente spiega, quando non accompagnato da una interpretazione, e a volte anche a prescindere da quella – di influenzare, negativamente quanto immeritatamente, l'opinione pubblica. Mutuando le considerazioni da altri svolte a proposito della recente riforma dell'ordinamento giudiziario, «la tenuta di un provvedimento nei gradi successivi è oggettivamente un elemento che ha un valore, perché il magistrato non è una monade e fa parte di un sistema complesso, in cui si misura con le interpretazioni esistenti, anche eventualmente per discostarsene, se è giusto, con coraggio e con competenza. | Esiste, però, una differenza tra un dissenso consapevole e ben argomentato e un provvedimento scadente, frettoloso o irresponsabile, così come esiste una differenza tra l'indiscutibile necessità di portare avanti indagini e processi penali difficili, controversi e dagli esiti non scontati e plurime, plateali smentite dibattimentali o in appello di quelli che si rivelano, alla fine, soltanto processi che hanno un esito soprattutto mediatico, con irrimediabili danni alla reputazione e alla vita delle persone coinvolte»[34].

4. Un'ipotesi di soluzione: la *transactional licence* per lo sfruttamento del *Find case law service* inglese

Anche di queste implicazioni sembra essersi fatto carico il sistema inglese: ho ricordato prima il *Find case law service*[35], recentemente promosso ad iniziativa del governo del Regno Unito; come pure ho accennato, il *database* risulta ancora lacunoso, pur avendo la vocazione a divenire completo. Ciò che più interessa rilevare in questa sede, tuttavia, è la scissione operata tra messa a disposizione dei dati – generale e gratuita – e possibilità del loro utilizzo, che risulta

[34] O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, in *Questione giustizia*, 2-3/2022, p. 89.
[35] https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/about-this-service.

invece limitato. Sono, infatti, previsti, due tipi di licenza: la *Open Justice Licence*[36], che non necessita di richiesta ed autorizzazione preventive, e che consente il riutilizzo dei dati, ma non l'analisi computazionale degli stessi. Onde praticare quest'ultima è, invece, necessario presentare domanda di *transactional licence*, mediante la compilazione di un questionario dettagliato, articolato su di uno schema definito "*five safes*"[37] (con sezioni volte a raccogliere dati volti a verificare il grado sicurezza rispetto ai soggetti coinvolti, al progetto in sé, ai dati utilizzati, al procedimento di elaborazione degli stessi e alla diffusione dei risultati). Così, se non pare essere mai stato messo in dubbio che tra i dati diffusi vi siano anche quelli relativi ai magistrati autori delle decisioni, pure tale categoria è espressamente menzionata tra quelle rispetto alle quali è necessario dar conto del verosimile impatto dell'utilizzo ipotizzato; sicché – deve ritenersi – è anche ove sorgano criticità rispetto a tale profilo che la licenza potrà essere negata in quanto potenzialmente in grado di «*jeopardise the proper administration of justice*»[38].
Con i dovuti aggiustamenti, questa mi sembra l'esperienza alla quale realmente ispirarsi: perché, se non è certo dato ravvisare un diritto del giudice a non essere profilato, è invece sicuramente configurabile l'interesse del sistema di amministrazione della giustizia a che lo sia correttamente.

Valentina Capasso
Ricercatrice dell'Università di Napoli "Federico II"

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024

[36] https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/open-justice-licence.
[37] https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/transactional-licence-form.
[38] *Ibid*.



SALVATORE BOCCAGNA

Cento anni con la Rivista di diritto processuale

L'a. interviene alla tavola rotonda su “Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile”.

The author contributes to the panel discussion on Identity, complementarity and relevancy of editorial sources of civil procedural law'.

1. Se dovessi provare a esprimere con una formula ciò che caratterizza la *Rivista di diritto processuale* rispetto ad altre riviste, pur autorevoli, dedicate allo studio e all’approfondimento del diritto processuale, direi che questo tratto distintivo risiede nel suo valore identitario. La *Processuale* costituisce infatti, come è stato scritto, il «luogo identitario» dei processualisti italiani: un luogo, la cui vicenda si identifica con la storia della dottrina processualistica nel nostro paese.
Questa identificazione appare palese sin dalla fondazione della *Rivista* (di cui quest’anno ricorre il centenario), fondazione il cui artefice fu, com’è noto, Francesco Carnelutti (che allora aveva da poco iniziato la sua carriera da processualista con l’*exploit* della *Prova civile* e la successiva chiamata a Padova, appunto, sulla cattedra di diritto processuale civile), il quale intuì che la svolta impressa da Chiovenda negli studi di diritto processuale non sarebbe stata completa senza una rivista, che egli concepì sul modello della *Rivista di diritto commerciale* di Sraffa e Vivante, riservando a sé (è lui stesso a raccontarlo, in occasione della ripresa delle pubblicazioni avvenuta nel 1946 dopo l’interruzione dovuta all’inasprirsi della guerra) il ruolo attivo di Sraffa, e a Chiovenda quello di padre nobile che era stato di Vivante.
E non è un caso che il primo numero si aprisse proprio con lo scritto di Chiovenda (che la direzione della *Rivista* ha voluto ripubblicare quest’anno in occasione del centenario) sull’*Oralità e la prova*, in cui il Maestro rivendicava (non senza una certa enfasi) alla nuova creatura il compito di difendere, «sola nel mondo» (La *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess* aveva infatti interrotto le sue pubblicazioni nel 1920, mentre aveva avuto breve vita l’esperimento francese della *Revue de procédure civile et commerciale*), l’«autonomia della nostra scienza», prima di impegnarsi, in polemica con Mortara, in una serrata difesa dei principi del processo orale.
Sin dalla sua fondazione, dunque, la *Processuale* ha rappresentato, potremmo dire, l’organo ufficiale della scuola processualistica italiana, di cui ha saputo garantire, pur nell’avvicendarsi delle generazioni, l’unità (metodologica, e finanche stilistica) e la continuità.

2. Ciononostante, essa non è mai stata la rivista di *una* scuola, nel senso del prevalere di un determinato orientamento scientifico e/o di una determinata impostazione ideologica a scapito degli altri.

Anche negli anni in cui, prima e dopo la rinascita postbellica (che segna il passaggio dall'originaria denominazione di *Rivista di diritto processuale civile* a quella attuale di *Rivista di diritto processuale*), la *Rivista* è dominata dalla personalità per tanti aspetti ingombrante di Francesco Carnelutti, essa non cesserà mai di porsi quale luogo di confronto, e spesso di scontro, tra diverse sensibilità, aperto (e proprio per merito di Carnelutti) al contributo di cultori di altre discipline (specie del diritto civile e commerciale, da Tullio Ascarelli ad Aurelio Candian, da Enrico Finzi a Salvatore Pugliatti e più recentemente Natalino Irti, mentre per il diritto pubblico piace ricordare il contributo di Massimo Severo Giannini – che sulla *Processuale* pubblicherà in tre puntate tra il 1963 e il 1964, il suo *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* – e Mario Nigro) e all'apporto di scrittori provenienti dal mondo dell'avvocatura e della magistratura.
Il predominio della figura di Carnelutti si manifesta, in quegli anni, soprattutto nell'*Indice bibliografico* che egli cura, quasi esclusivamente in prima persona, dal 1927 al 1965, anno della sua morte, avocando a sé il compito di «recensire tutto e tutti» (Cipriani), ma in realtà seguendo criteri personalissimi nella scelta delle opere da segnalare. I libri che Carnelutti recensisce sono fondamentalmente quelli (per fortuna moltissimi) che attirano la sua attenzione («onnivora» l'ha definita Enzo Vullo), offrendogli il destro per esprimere il suo pensiero, spesso attraverso giudizi sprezzanti che assumono il tono di feroci stroncature.
Ma anche nell'epoca in cui la *Processuale* fu, per molti versi, la rivista *di* Carnelutti, essa non divenne mai veicolo di un pensiero unico. Prova ne sono le svariate polemiche che si accendono sulle sue pagine, spesso innescate proprio dalla scintilla delle recensioni carneluttiane, e al fuoco delle quali si sono temprati alcuni dei concetti fondamentali della nostra disciplina. Dalla polemica con Liebman sulla cosa giudicata, a quella, sempre con Liebman, sul titolo esecutivo, a quella «trilaterale» con Liebman e Cappelletti sul concetto di eccezione; ma vanno ricordate altresì, quelle di carattere ideologico, sugli orientamenti pubblicistici della scienza del processo (che oppose Satta e Cristofolini, a partire dalla famosa prolusione patavina del primo del 1936), o su storia e pubblicizzazione del processo (Satta e Allorio), o quelle che, all'indomani dell'entrata in vigore del c.p.c. del 1940, videro contrapporsi difensori e critici del nuovo codice.

3. La fine del periodo carneluttiano segna il passaggio, con la direzione di Enrico Tullio Liebman e forse ancor più con quella di Giuseppe Tarzia (che addirittura rifiutò di comparire come direttore sul frontespizio), da uno stile di direzione connotato da una accentuata personalizzazione (è lo stesso Liebman a rilevarlo commemorando nel 1984 i sessant'anni della *Rivista*), a uno ispirato a una maggiore sobrietà. Con la creazione del comitato di direzione, la *Processuale* diventa anche formalmente la rivista dei processualisti italiani. Il «drago» Carnelutti è soppiantato, sul frontespizio, dai «dragonetti», bersaglio dell'affilata ironia di Salvatore Satta (a margine di un'altra polemica, questa volta con Garbagnati, sul titolo

esecutivo). Questo processo di apertura si sarebbe poi compiuto, anni dopo, con l'istituzione, accanto a quella milanese, della redazione romana, a testimoniare anche geograficamente l'appartenenza della *Rivista* a tutti i processualisti italiani.
Sono, quelli immediatamente successivi alla morte di Carnelutti, gli anni in cui si assiste a una profonda trasformazione degli studi giuridici in genere e di quelli di diritto processuale in particolare. Basti pensare all'impatto esercitato dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e alla poderosa opera di adeguamento dell'ordinamento processuale intrapresa a partire dagli anni sessanta dalla Corte costituzionale.
Cambia, parallelamente, anche il metodo dei nostri studi, con il superamento del concettualismo tradizionale e il diffondersi di nuovi strumenti di indagine, dall'analisi storica a quella comparatistica.
Questo profondo rinnovamento investe, e non poteva essere altrimenti, anche la *Processuale*, attraverso l'opera di una nuova generazione di studiosi: basti ricordare, quanto agli studi sulla giustizia costituzionale, gli scritti di Mauro Cappelletti; quanto alla storia e al diritto comparato quelli, rispettivamente, di Picardi e di Taruffo.
Di lì a poco la nostra dottrina inizierà anche a riflettere su se stessa, sulla sua storia, sul suo contributo all'evoluzione del diritto processuale. Ed è ancora la *Rivista* a ospitare, sul volgere del millennio, la polemica, innescata dagli studi di Franco Cipriani, tra «revisionisti» e «negazionisti» a proposito del c.p.c. del 1940 e del suo carattere più o meno autoritario. Una contrapposizione, dalla quale mi sembra sia in qualche modo germinata, di lì a qualche anno, la fondazione, ad opera dello stesso Cipriani, del *Giusto processo civile*.

4. Siamo così arrivati al presente, del quale è sempre difficile parlare, perché si tratta, in ultima analisi, di parlare di noi, del nostro lavoro, del significato di quello che facciamo. In ciò mi pare risieda il senso più profondo di quest'incontro, e di altri che lo hanno preceduto, come quello organizzato dall'Associazione la scorsa primavera sull'insegnamento del diritto processuale civile (e che vide, tra gli altri, l'appassionato intervento di Carmine Punzi).
Questo nostro interrogarci costituisce probabilmente il segno di una crisi, che stiamo attraversando, alla faticosa ricerca di un'identità che sentiamo di aver smarrito.
Molte certezze del passato sono svanite, tra cui la fiducia nel «sistema» e nel contributo che possiamo dare alla sua costruzione. Il mito positivistico della riforma ha lasciato il posto al «cantiere sempre aperto» degli interventi di un legislatore poco o punto incline al dialogo con gli studiosi. La stessa giurisprudenza è ormai da tempo incamminata su binari di una sempre più accentuata autoreferenzialità.
Sotto altro profilo, gli attuali sistemi di reclutamento universitario inducono i giovani a scrivere il più possibile nel minor tempo possibile (secondo la logica del *publish or perish*), e ciò comporta sicuramente il rischio, diciamo così, di privilegiare la quantità sulla qualità.

5. Come può una rivista giuridica, anzi la più antica e prestigiosa rivista giuridica del nostro settore, contribuire ad affrontare questa crisi?
Fondamentalmente, direi, rimanendo fedele a se stessa. Il che non significa, si badi bene, rifare oggi (non sarebbe possibile!) la stessa rivista di cento anni fa. Ma significa rimanere fedeli allo spirito che animò cento anni fa i suoi fondatori, quando decisero di dotare i processualisti italiani di quel «luogo identitario» che è stata, e resta ancora oggi la *Processuale*. Ciò implica, in concreto:
1) Sforzarsi di mantenere alto il livello qualitativo degli scritti. A questo riguardo, mi è stato raccontato che Liebman leggeva personalmente tutti gli scritti, e non si faceva scrupolo di restituire al mittente quelli giudicati non adeguati o semplicemente non ancora pronti per la pubblicazione; ciò lo conduceva ad instaurare un dialogo con gli autori, specie quelli più giovani, che lo portava ad essere in qualche modo (come ho sentito dire non ricordo più da chi) «maestro [oltre che dei propri, anche] degli allievi altrui».
2) Riannodare, per quanto possibile, il dialogo con la giurisprudenza, dialogo che la *Rivista* ha sempre coltivato sin dalla sua fondazione mediante la pubblicazione di note alle sentenze che ambiscono ad essere non meramente informative ma veri e propri saggi.
Sul punto, mi sembra ancora molto attuale quanto scriveva, all'indomani della nascita della *Rivista*, Carnelutti in una lettera all'allora redattore-capo Calamandrei del 25 maggio 1924 recentemente pubblicata per merito di Bruno Cavallone: «*Godo che tu sia d'accordo con me anche sull'importanza della seconda parte della Rivista. Quello che tu scrivi riguardo alla freschezza delle sentenze e ai mezzi adatti per ottenere questo pregio, ha certo molta importanza. Ma la esperienza della redazione della Rivista di diritto commerciale e la esatta per quello che pare a me concezione della funzione di questa seconda parte, mi inducono a ritenere che le sentenze fresche non siano proprio ciò che sulla nostra Rivista si può cercare e in ogni modo si può trovare. Basta riflettere alla pubblicazione trimestrale per comprendere che noi saremo sempre in arretrato sui giornali di giurisprudenza, a mio avviso non nuoce affatto che le sentenze da noi riportate siano riportate da altri periodici, purché esse siano per il loro contenuto e sopratutto per le note interessanti rispetto allo sviluppo scientifico e pratico del diritto processuale. Vorrei dire che la nostra parte giurisprudenziale ha non tanto uno scopo informativo quanto uno scopo formativo; per informarsi gli avvocati adoperano altri giornali e sopratutto i repertori*».
E a proposito del dialogo con la giurisprudenza e dello scopo formativo della rivista, vorrei ricordare qui gli *Osservatori* (della Corte costituzionale e della Cassazione civile), istituiti per volontà di Edoardo Ricci proprio allo scopo di rendere più organica e meno occasionale l'analisi delle tendenze giurisprudenziali. In particolare, l'*Osservatorio della Cassazione civile*, attualmente curato dalla redazione romana, si è trasformato, per merito di Giuseppe Ruffini, in una vera e propria palestra per i più giovani. La preparazione di ogni rassegna è preceduta da una riunione (che si tiene, solitamente di sabato, a Roma tre), in cui un gruppo di giovani (e

meno giovani) studiosi selezionano e discutono le pronunce da includere nella rassegna. Si tratta di un'esperienza formativa davvero preziosa, che sembra avere almeno in parte raccolto l'eredità delle riunioni che si svolgevano nell'ambito dei vecchi (e mai sufficientemente rimpianti) dottorati monodisciplinari.

Per concludere: i tempi che stiamo vivendo non sono meno certo «travagliosi» (per motivi diversi, e in un certo senso opposti: allora si trattava dei travagli di una scienza nascente, oggi di quelli di una scienza che sembra avere smarrito il senso della propria funzione) di quelli in cui la *Rivista di diritto processuale* vedeva la luce cento anni fa. Sicché il richiamo, formulato dai nostri padri nel presentare ai *Lettori* la nuova rivista, ad essere «*àlacri e vigili per assolvere un compito anche più grave del consueto, poiché legislatori e giudici hanno maggior bisogno di consiglio e di aiuto*» sembra conservare ancora oggi tutto il suo valore.

Con questo spirito, dunque, la *Rivista di diritto processuale*, con l'autorevole guida di Bruno Cavallone e Carmine Punzi, e il fondamentale contributo di Elena Merlin (sua vera e propria animatrice), si affaccia sul suo secondo secolo di vita. Auguriamole insieme (altri) cento di questi anni!

Salvatore Boccagna
Ordinario dell'Università di Napoli Federico II

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024



ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA

La *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*

L'a. interviene alla tavola rotonda su "Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile".

The author contributes to the panel discussion on Identity, complementarity and relevancy of editorial sources of civil procedural law'.

Sommario: 1. Dal passato… – 2. Passando per il presente … – E pensando al futuro.

1. Dal passato…

Perché partire dal passato?

Perché, come scrive Tito Carnacini, nell'introduzione del volume che festeggia il trentennale della Trimestrale[1], citando Niccolò Tommaseo: "*La storia di quel che fu fatto aiuta a vedere il da farsi*".

La rivista prende l'avvio nell'immediato dopoguerra[2], su iniziativa di grandi giuristi: Antonio Cicu, Enrico Redenti, Tullio Ascarelli, quest'ultimo appena di ritorno dall'esilio brasiliano, in un virtuoso confronto con l'editore Antonino Giuffrè[3]; si aggiungeranno, da subito, Walter Bigiavi e poi Tito Carnacini.

Il primo numero è del 1947 e la presentazione è volutamente sottotono. Scrivono Cicu, Redenti e Ascarelli, firmando in questo ordine[4]: "riteniamo che la nuova rivista possa avere un suo posto ed una sua utile funzione senza invadere il campo di altre già largamente accreditate e con le quali confidiamo anzi di allacciare proficui rapporti di integrazione reciproca".

I primi temi scelti sono divisione (Cicu) e compensazione (Redenti): non a caso vengono scelti due temi di ampio respiro di teoria generale e, anche per questo motivo, tipicamente interdisciplinari.

È il segno distintivo della Trimestrale, fin dalla sua origine: ed è anche il segno distintivo della scuola di Enrico Redenti, dapprima, e di Tito Carnacini, di poi, che dirigerà la rivista a lungo e

[1] AA. VV., *Trent'anni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1980, p. 1 ss.

[2] Su tutti questi aspetti F. CARPI, *Antonio Cicu, le Accademie e le iniziative editoriali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 816.

[3] G. CASTELLANO, in *Trent'anni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., p. 36 ss. riporta minuziosamente il carteggio fra il prof. Cicu e l'editore dott. Giuffrè, che ad un certo punto scrive: "c'è attesa per questa nuova rivista, data la situazione attuale delle altre riviste […]" (p. 37). L'a. definisce l'editore "acuto e lungimirante" e racconta che, pur essendo il rapporto con l'editore di piena collaborazione e rispetto reciproco, si era posto qualche problema economico. Scrive infatti Antonino Giuffrè (p. 39): "Certo che la rivista verrà una bella cosa. Ma desidererei da parte della Direzione maggiore comprensione delle difficoltà finanziarie che devo superare per continuare, coi costi che aumentano continuamente, e con le quote abbonamento che fissate al principio dell'anno non si possono mutare". Era il 1947, ma sono parole di sorprendente attualità, in epoca di profondo mutamento del settore dell'editoria scientifica.

[4] Lo sottolinea F. CARPI, *op. loc. citt.*

la lascerà in mano a Federico Carpi e Umberto Romagnoli, entrambi suoi allievi, in un assai fecondo intreccio fra discipline processuali e sostanziali.
Non a caso, al festeggiamento per il trentennale della rivista, parteciperanno studiosi delle più diverse discipline: oltre a Tito Carnacini, Enrico Pattaro, Gaetano Castellano, Luciano Spagnuolo Vigorita, Giuseppe Franchi, Massimo Severo Giannini.
Il tempo passa: con il mutamento della società muta anche il modo di affrontare il cambiamento[5], e la Trimestrale si trova davanti alla sfida di cogliere ed attuare queste nuove modalità[6].
Lo avverte molto bene Umberto Romagnoli, quando, nel 1977, incaricato di tirare le fila del bell'incontro tenuto in occasione del trentennale, chiama la rivista ad evolversi, rispetto alla funzione tradizionale di "servire alle professioni e di esserne servita"; la invita ad esibire, piuttosto,[7] "l'immagine di uno strumento per sanare la frattura esistente tra il diritto dei

[5] Tito Carnacini, nella sua *Introduzione* al volume sul trentennale (cit. nella nota 1), mette molto bene in evidenza l'intreccio fra il mutare della società e il diritto: scrive infatti che la funzione delle riviste giuridiche "è quella di individuare, diagnosticare e trattare fatti e norme, i primi quali figli di un mondo che nel suo continuo divenire guai a lasciarlo allo stato brado, le seconde per accertarne l'esatto significato e portata e, se del caso, per sollecitarne la riforma o la estensione. Tranne per i fatti, sulla cui realtà del resto il giurista non incide materialmente limitandosi ad assumerli come punto di riferimento, tutto il rimanente è parola, è soltanto labile parola. Nulla di paragonabile, quindi, agli spazi infiniti e concreti che le scienze esatte hanno dinanzi a loro, ai frutti spesso meravigliosi che ne traggono giorno per giorno. D'altra parte, anche il muoversi nell'aere terso dei rapporti umani come si muove il diritto, nato dall'uomo e per l'uomo, ha il suo fascino: donde e perché è sorto quell'istituto giuridico, quale la sua puntuale portata, quale il suo divenire? Questi gli interrogativi di tutti coloro che ne fanno oggetto di studio, di applicazione quotidiana, che perfino si pongono a monte delle norme per crearle. *Neque Hesperus neque Lucifer sic admirabilis est".*

[6] Anche Castellano (*op. cit.,* p. 61) sente l'esigenza di una svolta: "ha trovato piena conferma l'ipotesi che la rivista rispecchia pienamente i pregi e i difetti della cultura giuridica italiana del dopoguerra. Pregi e difetti rappresentati da quanto di meglio e di peggio vi fosse nel concettualismo giuridico […] La rivista ha influenzato o soltanto subito determinate impostazioni dottrinali e giurisprudenziali? A questo quesito non è possibile, io credo, dare una risposta univoca. In certi settori e per certi periodi l'influenza della rivista è stata sicuramente notevole [..]. Per altri settori la *Trimestrale* o si è limitata a registrare in maniera episodica un dibattito altrove molto nutrito […] o ha addirittura ignorato l'emergere di nuovi problemi […]. La rivista ha corrisposto agli interessi di fondo, quanto a metodi e contenuti, del ceto giuridico? Se per ceto giuridico si intende quello tradizionale delle professioni forensi, la risposta non può che essere affermativa […] Ma quando l'interesse del ceto dei giuristi si è esteso anche, e doverosamente, ai problemi di politica del diritto la *Trimestrale* ha mancato l'occasione di farsi, per questo aspetto, strumento di cultura […] Con l'ultima domanda si chiede se la rivista abbia agito secondo un programma consapevole di organizzazione della cultura giuridica oppure se esso sia ricostruibile, nella migliore delle ipotesi, soltanto *ex post* e, in questo caso, per quali periodi e (o) discipline, […] La valutazione complessiva presuppone una scelta di fondo: quella del significato da attribuire alla frase "organizzazione della cultura giuridica" e alla parola "programma".

[7] U. ROMAGNOLI, in *Trent'anni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* cit., p. 112-113. Vale la pena riportare le sue parole: "La *Trimestrale* "sentiva" di servire alle professioni e di esserne servita. Poi questa corrispondenza biunivoca si è incrinata. La proliferazione di riviste giuridiche ne è una testimonianza, malgrado la sua intrinseca ambiguità: il fenomeno potrebbe essere interpretato come un segno di vitalità o come l'effetto di una crisi che covava da tempo. Fatto sta che l'*habitat* tradizionale della *Trimestrale* è stato picconato, e forse i provvedimenti-tampone non sono più sufficienti. […] Ad ogni modo, non credo che valga la pena per una rivista come la *Trimestrale* appiattirsi su un pubblico di giudici o avvocati che

dottori e l'esperienza […]" e a divenire "più agile, vivace ed aggressiva, spostando il suo baricentro dalla ricerca speculativa ad indagini sulla *law in action*".
E mi piace riportare la sua conclusione: "Per la *Trimestrale* insomma il problema non è quello di campare bensì quello di superare la soglia dei suoi trent'anni senza dimostrarli".

2. Passando per il presente …
Sono passati quasi cinquant'anni, ma quella domanda è sicuramente ancora molto attuale. La Trimestrale dimostra i suoi – quasi - ottant'anni?
Certo, molta acqua è passata sotto ai ponti ed i cambiamenti ci sono stati.
Nuove rubriche si sono inserite nell'impianto tradizionale: dapprima la rubrica "varietà", poi giustamente modernizzata e maggiormente valorizzata in "discussioni e approfondimenti", per venire incontro proprio all'esigenza di vivacità ed agilità di cui parlava Umberto Romagnoli.
E poi "il punto su" per riprendere l'indovinatissima rubrica "sentenze d'un anno", che nasceva per essere non un mero commento ad una sentenza ma il tentativo di cogliere le direzioni dei grandi orientamenti della giurisprudenza, in un fruttuoso confronto con la dottrina, per ogni settore del diritto, al mutare dei tempi: data la sempre crescente complessità della casistica, il nome della rubrica è cambiato per permettere di restringere l'analisi a singoli istituti, ma l'intenzione è rimasta la stessa.
Ed ancora la necessità di adibire uno spazio apposito ai *focus* sulla giustizia, perché una rivista che si occupa di processo non può fare a meno di affrontare il torrente di riforme degli ultimi anni, anche solo per tentare di arrestarlo o deviarlo in più piccoli rivoli.
Le nuove rubriche non devono però distogliere dall'importanza delle altre, ed a questo proposito va detto che gli attuali criteri di valorizzazione della produzione scientifica andrebbero ripensati, in quanto rischiano di mettere in secondo piano apporti fondamentali per il progresso del diritto, come le note alla giurisprudenza[8].
Nell'epoca della sintesi e della chiarezza, già da lungo tempo, per iniziativa dei suoi Direttori (oggi a fianco di Federico Carpi siede Paolo Biavati), la Trimestrale ha introdotto un limite di

(si dice e forse è vero) leggono poco e svogliatamente. Non credo che ne valga la pena perché un serio aggiornamento culturale permanente costa fatica, sempre e comunque. Non è il caso di cadere nell'eccesso opposto, naturalmente. Con senso di equilibrio e realismo bisogna invece puntare su un'attività promozionale qualificata, idonea ad esibire della *Trimestrale* l'immagine di uno strumento per sanare la frattura esistente tra il diritto dei dottori e l'esperienza. […] Informare, documentare, sprovincializzare: questo lo *slogan* d'una *Trimestrale* rinnovata nei metodi (anche espositivi) e nei contenuti". L'a. offre ulteriori spunti sul più generale ruolo delle riviste giuridiche nel suo contributo in *La cultura delle riviste giuridiche italiane,* a cura di Grossi, Milano, 1983, p. 121.

[8] Coglie il punto R. CALVANO, *Per una critica della valutazione (di riviste giuridiche, acronimi e altre cose tristi)*, in *Pol. dir.*, 2023, p. 17.

pagine o, meglio, di caratteri, certamente indotto dai confini di un fascicolo cartaceo, ma rivelatosi, ameno per me, un utile spinta a sviluppare un *habitus* mentale alla sintesi.
Last but not least, un segno fondamentale di quella vivacità auspicata da Umberto Romagnoli è rappresentato dai Seminari annuali, incontri "su argomenti raffinati, come momento aggregante e stimolante", scrive efficacemente Federico Carpi[9]: argomenti sempre scelti in una prospettiva interdisciplinare, che continua ad essere il *leit motiv* della Rivista.
Una cosa non è invece cambiata.
La Trimestrale è prima di tutto un luogo di persone e di dialogo umano. È Giuseppe Franchi[10] a ricordarlo: "Una rivista è innanzitutto un gruppo di persone e dalle loro caratteristiche: se ne trae lo spirito o anche l'anima divisa o multiforme."
Un luogo non solo ideale, per tutti noi che vi contribuiamo con i nostri scritti, ma anche fisico per chi ha la fortuna di viverne la quotidianità. Dalle origini, nello studio del prof. Redenti, e poi nello studio del prof. Carnacini, di cui ho ancora vivida la visione con gli occhi della giovane apprendista qual ero, fino ad oggi, nello studio del prof. Carpi, presso il quale il ritrovo settimanale è anche una bella occasione di confronto e di dialogo: umano, appunto.

3. E pensando al futuro.
Dove sarà la Trimestrale al compleanno dei cento anni? Non possiamo saperlo con certezza, ma certamente dovrà aver sciolto il nodo che attanaglia la ricerca scientifica nell'era del *web*: la convivenza fra carta e rete [11] tema a cui è oggi strettamente congiunto l'altrettanto nodale argomento della ricerca "democratizzata", vale a dire ad accesso libero.

---

[9] F. CARPI, *Umberto Romagnoli e la "Trimestrale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 143 ss. Vale la pena riportare le sue parole: "È vero, com'egli [ndr. Umberto Romagnoli] scrive in occasione del "trentennale", che la rivista è un galeone storico al quale non è facile cambiar direzione e velocità, però nascono, per suo impulso, i "Seminari" su argomenti raffinati, come momento aggregante e stimolante. Anzi, il primo inaugura la nuova sede di Giuffrè in via Busto Arsizio, allora quasi in aperta campagna. Anche gli "amministrativi" mostrano di apprezzare la nostra presenza, vita dell'editore (nei primi tempi col mitico dott. Rossi in testa)."
[10] G. FRANCHI, in *Trent'anni*, cit, p. 88 ss.
[11] In un bell'articolo intitolato *The New Age of the Book*, in *The New York Review of Books*, 18 Marzo 1999, lo storico Robert Darnton descrive la sua idea di "libro piramidale": "*I think it possible to structure it in layers arranged like a pyramid. The top layer could be a concise account of the subject, available perhaps in paperback. The next layer could contain expanded versions of different aspects of the argument, not arranged sequentially as in a narrative, but rather as self-contained units that feed into the topmost story. The third layer could be composed of documentation, possibly of different kinds, each set off by interpretative essays. A fourth layer might be theoretical or historiographical, with selections from previous scholarship and discussions of them. A fifth layer could be pedagogic, consisting of suggestions for classroom discussion and a model syllabus. And a sixth layer could contain readers' reports, exchanges between the author and the editor, and letters from readers, who could provide a growing corpus of commentary as the book made its way through different groups of readers*". Un ottimo esempio di convivenza fra carta e rete, ben lontano dal fluire disordinato e spesso incontrollato di informazioni che il *web* ci offre.

Il Piano nazionale della scienza aperta di cui al d.m. n. 268 del 2022[12] si prefigge alcuni obiettivi da eseguire entro il 2027: la finalità è specialmente legata alla valutazione della ricerca, nell'intento di renderla più trasparente[13], ma certamente i riflessi sull'editoria scientifica giuridica non sono secondari[14].

Lo stesso Piano suggerisce di implementare, oltre che le pratiche di archivio ad accesso libero con embargo temporale (c.d. *green*[15]), nonché l'immediata pubblicazione *open access* (c.d. *gold*), anche la stipula di "contratti trasformativi": in pratica, la cifra pagata agli editori viene destinata a coprire le spese di pubblicazione invece di quelle di lettura, rendendo così tutta la letteratura scientifica immediatamente aperta.

Una svolta epocale, che per le riviste commerciali potrebbe concretizzarsi in diverse modalità di attuazione, fra cui, ad esempio, quella di dare all'autore la scelta dell'accesso aperto in una

[12] Il d.m. citato, a sua volta, fa riferimento alla direttiva Ue 2019/1024 del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (attuata dal d.lgs. n. 200/21, e preceduta dalla raccomandazione n. 417 della Commissione del 17 luglio 2012 e n. 790 25 aprile 2018), nonché al lancio, da parte della Commissione, nel 2016, dell'"European Open Science Cloud". La direttiva citata si riferisce «dati della ricerca», intesi come "documenti in formato digitale, diversi dalle pubblicazioni scientifiche, raccolti o prodotti nel corso della ricerca scientifica e utilizzati come elementi di prova nel processo di ricerca, o comunemente accettati nella comunità di ricerca come necessari per convalidare le conclusioni e i risultati della ricerca". Il Piano nazionale della scienza aperta, si propone di favorire la scienza aperta in un raggio più ampio, intesa come "la possibilità di reperire in rete le pubblicazioni scientifiche, i dati e ogni altro risultato della ricerca e dell'insegnamento scientifico, assieme ai metadati che li rendono fruibili, senza costi per l'utente e senza barriere giuridiche e tecniche". Il movimento è internazionale: durante la conferenza generale dell'Unesco, tenutasi a Parigi dal 9 al 24 novembre 2021, è stata adottata la raccomandazione sulla scienza aperta.

[13] Si legge a p. 10: "La valutazione della ricerca è necessaria per investire le risorse in maniera informata, per valutare il ritorno degli investimenti, e per responsabilizzare l'uso dei fondi pubblici. L'accesso aperto ai risultati della ricerca può costituire un elemento di trasparenza per rafforzare l'intero processo valutativo. La scienza aperta realizza le condizioni per una modifica condivisa del sistema di valutazione, ampliando il concetto di impatto anche al di fuori del perimetro accademico. A livello europeo (*ERC*, alcuni importanti Atenei) si è avviato il superamento degli indici di impatto editoriale nella valutazione dei progetti di ricerca e delle carriere accademiche".

[14] "Il mercato della comunicazione scientifica attuale vede, in alcune importanti aree scientifiche, pratiche oligopolistiche che pregiudicano la scienza aperta. Gli autori e i revisori non vengono retribuiti, e, con la cessione gratuita dei diritti patrimoniali d'autore, i gruppi editoriali acquisiscono un controllo totale e duraturo delle pubblicazioni. L'oligopolio determina anche una politica incontrollata di aumento dei prezzi di pubblicazione, che hanno raggiunto livelli insostenibili, e rende in gran parte non accessibili al pubblico i termini e le clausole dei contratti di abbonamento. I rapporti con gli editori sono in corso di ridefinizione in molti Paesi Europei con l'obiettivo di ottenere l'accesso aperto immediato, e di razionalizzare e rendere trasparenti i contratti di abbonamento alle riviste da parte delle istituzioni accademiche e di ricerca finanziate con fondi pubblici. Occorre infine sostenere le alternative "aperte" a carattere non commerciale". Una netta presa di posizione, che necessiterebbe però di distinguo a seconda del settore di ricerca.

[15] L'editore permette agli autori degli enti di ricerca la possibilità di pubblicare nel **sito *web* personale** o nel ***repository* istituzionale** la **versione *post-print*** dei propri articoli ad accesso aperto.

rivista tradizionale dietro pagamento[16], ma che vedrà, al contempo, la nascita di nuovi editori, che il Piano chiama "nativamente aperti"[17], anche in seno alle stesse Università[18].
È una sfida alla quale i nostri editori tradizionali non possono sottrarsi e che anche la Trimestrale dovrà affrontare: con un *caveat*, tuttavia.
Il rischio dell'*open access* nativo, di cui il Piano è ben consapevole, è che si perda il valore della "sede editoriale": alla base della ricerca a libero accesso sta, infatti, l'idea che la qualità del contenuto debba prevalere sul prestigio del suo contenitore[19].
Idea condivisibile in astratto, che va però calata nelle diversità dei singoli settori di ricerca e nelle tipicità degli studi umanistici. E soprattutto non si deve dimenticare che la ricerca è fatta da uomini e le riviste scientifiche come la Trimestrale ne rappresentano l'aggregazione, la comunanza tramite il confronto e la multiformità delle opinioni.
La sfida sarà vinta, insomma, solo se la Trimestrale saprà fare del "luogo di persone" di cui parlava Giuseppe Franchi il suo punto di forza; supererà allora la soglia dei suoi ottant'anni senza dimostrarli.

Elena Zucconi Galli Fonseca
Ordinario dell'Università di Bologna

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.

[16] Si suole parlare di *double dipping*, poiché l'editore, in questo caso, riceve un doppio pagamento, sia da parte degli abbonati, sia da parte degli autori che scelgono l'accesso aperto.
[17] In tal caso, i costi di pubblicazione rappresentano l'unica risorsa economica per l'editore.
[18] Oppure, ad esempio, attività editoriali in seno ad altri enti di ricerca e associazioni scientifiche nazionali o europee.
[19] La Dichiarazione di San Francisco sulla valutazione della ricerca, elaborata in occasione del convegno annuale della Società americana di biologia cellulare a San Francisco, il 16 dicembre 2012, mira a "eliminare l'uso di metriche relative alle riviste scientifiche, come i *Journal Impact Factor*, dai criteri per la distribuzione di fondi per la ricerca, per le assunzioni e le promozioni", esprime "la necessità di valutare la ricerca scientifica per i suoi meriti intrinseci piuttosto che sulla base della rivista in cui viene pubblicata" e "di sfruttare le opportunità offerte dalla pubblicazione on-line" (cfr. *sfdora.org*).



AUGUSTO CHIZZINI

Il giusto processo civile

L'a. interviene alla tavola rotonda su “Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile”.

The author contributes to the panel discussion on Identity, complementarity and relevancy of editorial sources of civil procedural law'.

Come noto, si suole dire che sono cinque le classiche domande del buon cronista, e io oggi voglio essere questo: *quando, dove, chi, come* e *perché*. Mi atterrò rigidamente a questa scaletta, con una breve chiosa finale di più generale portata.
Quando: l’idea di una rivista nuova dedicata al processo civile matura già in Franco Cipriani penso alla fine degli anni 90, dopo i primi suoi lavori sulla storia della scienza processualista e direi anche - ma qui andiamo un po’ sulle opinioni – a seguito delle polemiche che si erano accese, gli attacchi che aveva ricevuto con riferimento alla sua rilettura dei *Patres*. Quando viene a Parma nel 2001, al convegno da me organizzato, su suo cortese ma pressante impulso, in occasione del centenario della prolusione parmense di Chiovenda, su *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, aveva già una chiara idea sul cosa fare, lamentava già la necessità di nuove voci che venissero ad arricchire il contesto generale.
Dove: una rivista certo non si colloca spazialmente, ma senza dubbio *Il Giusto processo civile* è una realtà che si colloca geograficamente - e lo vuole essere – in una realtà che è del tutto diversa e distante da quella in cui predominavano allora le consolidate riviste giuridiche: Milano, Padova, Torino, insomma il profondo nord, la Padanìa. Ricordo benissimo il giorno in cui ci trovammo tutti i direttori qui a Napoli, per andare dall’Editore, in via Mezzocannone, e facendo un giro per la città mi diceva: “vede Chizzini, questa era una grande capitale lo si vede dai palazzi, dalla struttura della città, dalla sua storia stessa, altro che Milano”. Vi era la piena consapevolezza che anche attraverso una impresa culturale di questo genere si può contribuire all’interesse generale di una determinata collettività, in questo senso intesa in senso assai ampio, comprensiva di tutto il sud d’Italia, del quale Franco ha sempre rilevava una evidente (quanto ingiustificata) marginalizzazione, anche in termini di ‘potere accademico’.
Questo *dove* poi si sostanziava presso la casa editrice di un vecchio amico, che Franco conosceva dal momento dei primi passi nell’università, Piero Perlingieri, il quale proprio in quegli anni diede un impulso straordinario ad un investimento soprattutto (ma non solo) culturale che ha credo pochi confronti nell’Italia di quei tempi. E che dobbiamo ancora ringraziare per la fiducia e la generosità. Si vuole senza dubbio contribuire al rilancio di una grande tradizione editoriale e pubblicistica presente nell’antico Regno delle Due Sicilie e che, dall’Unità in poi, per tante ragioni era andata scemando. La piemontizzazione del sistema giuridico aveva comportato inevitabilmente anche questo.

Chi, ossia i protagonisti. In primo luogo, senza dubbio, Franco Cipriani. Credo che Egli avesse una idea precisa, volesse una direzione possibilmente giovane, soprattutto se paragonata a quella delle altre riviste: accanto all'amico e coetaneo Girolamo Monteleone, a cui lo avvicinava non solo una antica amicizia, ma anche tante delle idee "politiche" attorno al processo (del resto, era l'ordinario di riferimento dell'altra grande capitale del Regno delle Due Sicilie), volle dei giovani: non solo l'allievo Giampiero Balena, uno dei più brillanti ordinari della (allora) penultima generazione, ma anche, di pari età e livello, Sergio Menchini; nonché *last and least* il sottoscritto. Perché Augusto Chizzini? Me lo sono chiesto varie volte…allora non c'era nessun direttore nelle grandi paludate riviste che appartenesse - diciamo - ai nostri (nuovi) concorsi. Certo, credo volesse un aggancio nel nord, la rivista non poteva essere limitata geograficamente al centro-sud; ma si rivolse a me non solo perché allievo di Cerino-Canova, per il quale aveva nutrito amicizia e aveva ancora vivo rispetto, ma soprattutto per la mia passione per la storia del processo, per una affinità personale che sorse immediata quando mi chiese - ci conoscevamo appena – perentoriamente: Chizzini, perché non organizza un convegno sul centenario della prolusione parmense di Chiovenda su *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*? Il mio intervento in questo convegno poi divenne il mio primo contributo sulla rivista *Antiquam exquirite matrem*. Come ho già ricordato, quando venne a Parma in una freddissima e nevosa giornata di Dicembre, aveva già in mente se non tutto, certo molto. Aveva assai apprezzato il mio studio sul *codice di processura civile parmense* del 1820, ne aveva discusso con Nicola Picardi e questo gli aveva fornito l'occasione per avere di me una idea diversa, diversa da quella che si era fatta leggendo *L'intervento adesivo* e *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, e altri lavori, troppo austriacanti per lui.
Come: come si doveva realizzare un tale progetto culturale? Una rivista pensata originariamente - e così è stata fino al 2008 - come quadrimestrale, caratterizzata da un forte orientamento non direi polemico, ma certo di *politica del diritto*, nel senso più nobile e coinvolgente del termine: doveva avere un'anima propria, non doveva diventare il mero collettore di tanti disparati contributi. La pagina di presentazione, così sobria ma nel contempo assai caratterizzata, lo annuncia chiaramente, anche con qualche ingenuità che poi inevitabilmente si scontra con la realtà (come l'idea di non porre un limite alla dimensione dei contributi…).
Per quanto riguarda il nome prescelto, il merito credo sia di Piero Perlingeri, come lo stesso mi ha riferito, ed è un titolo che volutamente dice molto; siamo negli anni immediatamente successivi alla modifica dell'art. 111 Cost., ed esso definisce immediatamente, in presa diretta verrebbe da dire, ove voleva indirizzarsi il nostro progetto.
Ci si impegna su di una prospettiva in parte diversa, si passa dal guscio, dal contenitore, al gheriglio, al contenuto, appunto a quel *giusto processo*, che a tanti appariva non adeguatamente valorizzato in una concezione troppo pubblicistica e formale del processo stesso. Ma questo ci introduce già all'ultima domanda, al *perché*.

Perché: è questo il punto più complesso. Individuare il 'perché' delle azioni umane è sempre operazione difficile, se non impossibile: alla *causa proxima* si affianca sempre (a volte si contrappone) la *causa remota*, questa poi è spesso molteplice, recondita, presenta infinite sfaccettature, neppure avvertite unitariamente da quegli stessi che sono artefici dell'impresa. Con riguardo alle ragioni espressamente palesate nelle paginette di presentazione: un ruolo determinante sicuramente l'ebbe la pratica considerazione che in quegli anni, causa un oggettivo ingolfamento delle redazioni, bisognava aspettare molto (a volte davvero troppo) tempo per vedere pubblicato un proprio lavoro; i giovani si vedevano spesso postergati ai *seniores*. Vi era poi la necessità d'impostare le ricerche in una mutata prospettiva, a queste aggiungerei - se me lo consentite, ma qui parlo a nome strettamente personale - sicuramente, qualche polemica, qualche attacco un po' scomposto che Franco aveva subito, sulle altre riviste, per le sue ricerche sui *patres*,

Ma le cause remote, quelle profonde, erano altre, ben più radicate. Ogni esperienza culturale è frutto del suo tempo: *Der Zeit ihre Kunst, der Kunst ihre Freiheit.* Il *Giusto processo civile* è espressione e a sua volta segna un radicale mutamento.

Bisogna, allora, *revoir le passè.*

La *Rivista di diritto processuale civile* come pure la *Trimestrale* erano senza dubbio espressione, assai alta, di un modo di concepire la scienza processuale: *diritto* quindi non solo come diritto oggettivo, regola processuale, ma come *diritti nel processo*, tutto è costruito attorno ai diritti: dedotti nel processo e da dedurre nel processo, del resto il *focus* ruota attorno al rapporto giuridico, che non è altro che la sommatoria di situazioni giuridiche. E', a ben vedere, ancora la struttura classica della pandettistica, con la quale si organizza l'intero mondo del giuridico.

Carnelutti poi cerca di ampliare la prospettiva, quando la *Processuale* diviene *Rivista di diritto processuale* dal 1946: ma si rimane in quell'alveo, credo sia ormai una posizione di retroguardia, proprio in quegli anni terribili, sta cambiando tutto. In fondo lo stesso Carnelutti se ne accorge poco dopo: "*Torniamo al giudizio*" scrive proprio sulla sua *Rivista* nel 1949. Basta leggersi questo contributo per percepire come il cambiamento di prospettiva sia radicale, anche per il vecchio maestro.

La Costituzione, le trasformazioni sociali impongono una svolta, lenta a maturare. Non è certo un caso come, accantonando le riviste di settore, non certo meno rilevanti e significative per delineare il quadro (si pensi alla prestigiosa *Rivista dell'arbitrato* e ora la neonata *Giustizia consensuale*), si possa osservare che, dal *Giusto processo civile* in poi, il fulcro si posti dal diritto al processo, dalla regola statica a divenire del giudizio in quanto tale: nascono, appunto, *Il giusto processo civile* pirma, poi *Judicium*, *Il processo* tout court.

Perché questo? Vi sono credo delle ragioni, nulla viene dal caso. Emergeva, alla luce della acquista consapevolezza del radicale mutamento che impone la Carta costituzionale e, in particolare, la già richiamata modifica dell'art. 111 Cost., circa la necessità di ripensare al processo, alle idee base che ne costituivano la struttura fondamentale.

Se in una visione rigorosamente logico-normativista il parlare di "giusto processo regolato dalla legge" appare un *non sense*, una di quelle espressioni che avrebbe potuto compiere Alice nel paese delle meraviglie, davanti alla Regina di Cuori, in quel simulacro di processo che si consuma in qualche tana del giardino; questo non è sicuramente vero per il giurista sensibile, sia alla storia sia al presente, al giurista che sa ben cogliere come un processo possa essere - e sia stato nella storia - profondamente ingiusto, quando la *machinery* del formalismo rischia di travolgere tutto.
Questo si percepisce bene quando torniamo alla lezione di Chiovenda, per il quale la concezione pubblicistica, l'attuazione della legge – la legge, ricordo, era la somma garanzia per il cittadino nello stato liberale, nello stato di diritto – da strumenti appunto di tutela per le parti nel processo, in un mutato assetto sociale e politico rischiavano di diventare una odiosa gabbia, una inaccettabile limitazione per le fondamentali garanzie, a fronte dell'indiscutibile, percepito da tutti, accrescimento del ruolo della giurisdizione e del potere giudiziario che ne è diretta espressione.
Come ha bene avvertito Massimo Severo Giannini nell'incontro fiorentino del 1983 - i cui atti sono raccolti in un prezioso volumetto dei *Quaderni fiorentini*) - voluto da Paolo Grossi sulla cultura delle riviste giuridiche, dalla prospettiva del rapporto giuridico si deve passare a quello dell'istituto giuridico, che non è norma o meglio non è assorbito interamente dalla norma, ma è osmotico, si relaziona con l'esterno, con il mondo vero, con la realtà sociale.
Bisognava, allora, trovare il modo per dare una ulteriore voce anche a queste istanze. Si era nel pieno di anni di riforme incessanti e che si succedevano (e si susseguono tuttora) l'una all'altra; si percepiva un continuo rafforzamento della posizione del giudice dinnanzi ad un sempre più indebolita avvocatura (per tante ragioni, soprattutto endogene alla stessa): si doveva tracciare una linea, immaginare una politica del processo e in questa direzione si muoveva il nostro progetto, qui si colloca il *Giusto processo civile*. Vuole porsi come garanzia (ulteriore, senza credersi i soli) di un processo rispettoso delle parti e di quelle regole processuali, che come è stato evidenziato (*rectius*: ricordato a tutti) soprattutto da Giovanni Verde nel suo intervento all'ultimo Convegno della nostra Associazione, proprio qui a Napoli, sono e devono essere criteri di controllo nell'esercizio di un potere, quello giurisdizionale, che in fondo, al di là di ogni paludamento ed ogni necessità, è sempre potere dell'uomo sull'uomo.

Vengo alla chiosa finale. Questi temi pongono ora una domanda, o meglio impongono una determinazione che non esiterei a definire strategica, in quanto coinvolge l'essenza del nostro agire, anche per il tramite di una rivista: a venticinque anni dalla riforma del 1999 ha ancora una ragione attuale e virente l'occuparsi di giusto processo, delle sue garanzie strutturali, o ciò che impulsa è altro, sicché diversamente dovrebbe indirizzarsi il nostro ricercare?
I valori della ricerca, i suoi scopi sono certo storicamente determinati, cambiano con l'agire dell'uomo, si trasformano, mutuano senza sosta, questo è fuor dubbio. Dopo una conquista,

dopo l'assestarsi di determinati principi - i quali sempre rispondono ai problemi del presente, quindi sono storicamente confinati - si pongono nuovi bisogni, quindi nuovi temi e nuove risposte.
Per Wach e Chiovenda, nello stato liberale, il problema era quello dell'attuazione della legge per garantire uno strumento di attuazione degli interessi tutelati, dei diritti soggettivi; nello stato costituzionale, dopo la sbornia autoritaria, il problema è divenuto quello del controllo dell'esercizio del potere (non solo del legislativo e dell'esecutivo, ma anche del giudice), proprio perché la tragedia immane delle due guerre civili che hanno devastato l'Europa ha fatto capire che anche tramite il processo, le sue forme e le sue garanzie, si possono perpetrare somme ingiustizie, laceranti violenze; oggi, nell'immediato, il bisogno preminente sembra essere quello dell'efficienza del sistema giustizia, del bisogno di assicurare tutela in una società sempre più complessa, in cui le controversie, proprio a cagione dei quella intrinseca complessità ed articolazione, tendono inevitabilmente a moltiplicarsi, ad espandersi, sicché viene naturale il dubbio sulla permanente attualità del mezzo, ossia del giusto processo civile, a soddisfare questi nuovi bisogni.
Ma non bisogna dimenticare che i nuovi temi, che inevitabilmente si pongono e si porranno, spesso sono legati a quelli del passato, presentano nuove forme ma sostanza permane, continua a ritornare carsicamente: un esempio concreto può farsi richiamando il problema attualissimo della direttiva europea in tema di azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica (la c.d. SLAPP) (ora approvata il 7 marzo 2024). Ma non si era detto che il tema dell'azione era morto e sepolto? Invece torna attuale ed emerge sotto nuove forme, impongono attente rivalutazioni, ma i valori in gioco permangono.
Pongo in chiusura una domanda, scomoda, ma che si deve avere l'onestà di affrontare nella sua semplice crudezza: con *Il giusto processo civile* siamo riusciti nell'intento? Abbiamo perseguito con coerenza la missione che ci eravamo proposti? E soprattutto: saremo in grado di adeguarci alle nuove domande, ai nuovi bisogni?
Evidentemente, la risposta la devono dare i lettori. Noi possiamo solo riproporci di continuare in questo non facile, ma affascinante cammino.

Augusto Chizzini
Ordinario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica

e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024



MAURO BOVE

Sulla comunicazione del diritto dell'arbitrato

L'a. interviene alla tavola rotonda su "Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile".

The author contributes to the panel discussion on Identity, complementarity and relevancy of editorial sources of civil procedural law'.

Sommario: 1. Premessa – 2. Preliminari – 3. Le diverse aggettivazioni della comunicazione giuridica – 4. La rivista dell'arbitrato: identità ed utilità – 5. Conclusione di sintesi

1. Premessa

Nell'ambito di una vasta riflessione avente ad oggetto il problema della comunicazione giuridica nel settore del diritto processuale civile, con vocazione di ricerca, d'informazione e d'insegnamento, vorrei occuparmi del problema dal punto di vista editoriale di una rivista specialistica: la rivista dell'arbitrato. Invero si tratta di comprendere l'identità e la complementarità delle fonti editoriali del diritto processuale civile e così del ruolo specifico della suddetta rivista.

2. Preliminari

La comunicazione è un'attività umana (mi limito a questo!), di cui si dovrebbe comprendere la struttura, l'oggetto, gli strumenti ed il fine. Limitandoci a quanto interessa nel nostro contesto, che si riferisce alla comunicazione del diritto ed anzi del diritto processuale civile in particolare, almeno alcuni dati di partenza mi sembrano evidenti.

Innanzitutto mi sembra evidente come in questo convegno il tema della comunicazione giuridica, legandosi qui alle sfere della ricerca, dell'informazione e dell'insegnamento, voglia essere declinato mantenendo fuori dal discorso la comunicazione giuridica più legata alla soluzione-decisione di un singolo caso: non quella retorica dell'avvocato che, seguendo la logica della lotta, prima comunica col cliente[1] e poi, a cominciare dalla domanda, col giudice e quindi vuole ottenere la vittoria nel concreto, né quella prescrittiva del giudice che, dopo essere stato interlocutore dei difensori delle parti, seguendo la logica della giustizia trova il vero nel concreto (applicazione della norma di diritto e fissazione della norma concreta quale conseguenza necessitata) ed imponendolo lo spiega in un circuito circolare nel quale con la

[1] Se si vuole, ad essere precisi, la prima comunicazione parte dal cliente che, esponendo la sua pretesa al difensore in linguaggio grezzo, ha innanzitutto bisogno che essa si trasformi in possibile domanda in giudizio, quindi venga in un certo senso "tradotta" in linguaggio giuridico, quello che poi accomunerà quel difensore sia col difensore avversario sia col giudice. Su questi temi vedi il risalente saggio di F. CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1, 1940, 65 ss.

decisione i ruoli s'invertono, essendo il giudice colui che comunica e le parti coloro che assumono il ruolo di interlocutori.
Insomma, se qui il problema della comunicazione giuridica vuole riferirsi ai piani della ricerca, della informazione e dell'insegnamento, esso vuole assumersi in riferimento ad ogni attività di accrescimento culturale, ipotizzando sempre una classe di interlocutori che, quand'anche difficilmente comprende gli *omnes*, tuttavia resta comunque ampia, dovendovisi includere: studiosi, professionisti e studenti. Ciò almeno nella normalità della vita quotidiana, perché al livello più alto di quelle attività di comunicazione giuridica dovrebbe usufruire anche il legislatore, il quale, avendo il compito di formulare regole nuove, dovrebbe partire dalla conoscenza del sistema giuridico dato.
In secondo luogo, prima di soffermarsi sul senso delle vocazioni citate (ricerca, informazione, insegnamento) e magari calarle nell'osservazione del modo di essere di una singola rivista (qui la rivista dell'arbitrato), bisogna accordarsi su un significato minimo delle parole "comunicazione" e "diritto" (*rectius*: diritto processuale civile), che non possono essere slegate.
Il comunicare è l'azione con cui si trasferisce ad altri la conoscenza di un oggetto[2]. Essa esige sempre dei segni che sistemicamente compongono un linguaggio, con l'uso del quale l'interlocutore può recepire l'oggetto comunicato. Peraltro, a seconda del tipo di oggetto questa azione può servirsi di diverse tipologie di segni, insomma di linguaggi diversi: a parte il linguaggio comune che utilizza parole e che possiamo chiamare verbale, si pensi al linguaggio musicale o al linguaggio non verbale.
Se l'oggetto sta nel "diritto", mi sembra evidente che l'azione della comunicazione abbia quale suo veicolo il linguaggio verbale, il quale, constando di segni che chiamiamo "parole", utilizza concetti elaborati dalla mente umana, ognuno dei quali rappresenta la sintesi di un insieme di enti riportabili ad esso e, quindi, alla parola che lo individua. Tali segni, poi, nella comunicazione vengono sempre combinati insieme, ancora per mezzo della ragione, al fine di formare ciò che chiamiamo "discorso" o "ragionamento".
Inoltre, è evidente come tale linguaggio, quando si tratta del diritto, abbia una caratterizzazione elitaria, ossia impossibilitata a rivolgersi alla comunità degli *omnes*, essendo quel linguaggio composto da parole e concetti tecnici, appartenenti ad una data branca specialistica del sapere.
Da questi pochi rilievi derivano delle conseguenze.
Innanzitutto direi che nella comunicazione giuridica non vi è spazio per la comunicazione non verbale, che si ha certamente nella comunicazione politica, ancorché l'attività politica abbia spesso a che fare col diritto, come anche in certe attività che toccano tangenzialmente la sfera giuridica: si pensi alla comunicazione potremmo dire "triadica" che si ha nella mediazione

[2] Esistono anche conoscenze non trasferibili: si pensi alla conoscenza mistica. Ma ovviamente esse qui non interessano.

civile. In queste sfere comunicazione verbale e non verbale si intrecciano, perché la relazione si ha sia su un piano razionale sia su un piano emotivo.
Inoltre la comunicazione del diritto, come avviene nell'ambito di ogni area scientifica, non può avvalersi di ogni mezzo e non può ipotizzare interlocutori indistinti: in particolare sembrano del tutto inadeguati i mezzi di comunicazione di massa, che si rivolgono agli *omnes*.
Per quanto si voglia elevare il livello di conoscenza dell'uomo medio nelle nostre comunità, lo scoglio del linguaggio, che rinvia a bagagli concettuali assai complessi, di cui si deve conoscere sia la portata generale sia la loro utilizzabilità nei tanti casi della vita, è insuperabile. E, anzi, ormai i livelli di specializzazione sono talmente elevati che gli stessi professionisti rischiano di avere difficoltà a dialogare tra di loro se si occupano di branche diverse della stessa scienza. Di conseguenza, l'idea di istituire Banche Dati aventi ad oggetto un'infinita mole di provvedimenti giudiziari, gratuitamente aperte al pubblico, può avere un valore d'immagine in uno Stato democratico, ma poco di più. Insomma l'idea di favorire una generalizzata *dissemination* in campo giuridico, al fine di elevare il senso di giustizia di una comunità, ha sostanzialmente il sapore della demagogia e nella peggiore delle ipotesi potrebbe anche risultare pericolosa, fornendo ai cittadini un'illusione di conoscibilità[3].
Mi rendo conto come simili affermazioni possano subire gradazioni a seconda dei temi.
Ma, se trattando di alcune grandi questioni, tra cui magari quelle più legate ai diritti fondamentali delle persone, una diffusione di massa di alcune conoscenze giuridiche può anche essere attuata seriamente (aumentando il livello di consapevolezza dei cittadini), mi pare difficile che, dato il suo oggetto (la disciplina di un metodo di lavoro per trovare ed imporre un comando concreto alle parti in lite), per il diritto processuale civile si potrebbe dire la stessa cosa. Insomma, una conoscenza specialistica può essere "volgarizzata" solo a condizione che il linguaggio a ciò necessario perda i caratteri tecnici originari, in altri termini si "volgarizzi" anch'esso.
Ad essere franchi, ciò è seriamente possibile solo per alcuni oggetti.
Vi sono istituti giuridici che presuppongono questa possibilità: si pensi al referendum abrogativo (art. 75 Cost.), col quale si chiama tutto il popolo ad esprimersi sull'abrogazione di una legge. Ebbene, esso può funzionare realmente solo nella misura in cui il tema che ne è oggetto è comunicabile in forma non tecnica ed, invero, l'incomprensione di questo aspetto ineliminabile ha portato ad ampi fallimenti nei tempi più recenti.
Ma in tante altre situazioni, e nel campo del diritto processuale civile in particolare (dotato di un alto tasso di tecnicità), i tentativi di volgarizzazione sono spesso, al fine di una comunicazione di massa, del tutto menzogneri: si pensi ai roboanti titoli di giornale che, nel

[3] Per comprendere la pericolosità di questa illusione si pensi, guardando ad un altro campo scientifico, a quante persone, già oggi, tendono ad avvalersi del c.d. dott. Google al posto di medici concreti in concrete strutture sanitarie. È inevitabile che il mezzo di comunicazione di massa costruisca un linguaggio a-tecnico, col rischio che manipolazioni linguistiche e semplificazioni comunichino al cittadino una pseudoscienza.

corso dell'elaborazione della riforma Cartabia annunciavano il drastico taglio dei processi civili (anche) perché si sarebbe arrivati alla prima udienza "preparati", nascondendo la ben più complessa realtà delle cose!
Altro è che una grandissima massa di dati possa essere offerta alla IA al fine di elaborare linee di applicazione del dritto e così favorire l'alleggerimento del lavoro umano.
Insomma, ed in definitiva, dato l'oggetto della comunicazione ed il linguaggio necessario al suo servizio, il ruolo delle riviste specialistiche di settore nel campo del diritto processuale civile è ineliminabile.
Chiarito ciò, si aggiunga come nella comunicazione giuridica ci sia poco di oggettivo, incrociandosi in essa un doppio atto creativo. In primo luogo nell'atto di trasferimento della conoscenza giuridica, che parte da una doppia interpretazione: quella della legge (o si dovrebbe dire del "diritto vivente", perché il concetto di diritto implica anche la serie delle applicazioni della legge, quindi la giurisprudenza) e quella del caso o della serie di casi da ordinare secondo la legge. In secondo luogo nell'atto di ricezione da parte di colui che è destinatario della comunicazione, il quale a sua volta conosce, non la cosa in sé, quale oggetto della comunicazione, né l'interpretazione che della cosa in sé abbia fornito il soggetto della comunicazione, bensì la sua interpretazione del ragionamento.
Ciò, mi sembra, è inevitabile se solo si pensa a come possiamo definire "il diritto", quale oggetto di comunicazione. Tale parola fa emergere una direi "naturale" esigenza dell'uomo di ordinare la realtà, su un piano del dover essere, nel momento in cui si ha relazione tra le persone e tra le persone ed il mondo circostante. Così, quale che sia l'obiettivo più specifico dei diversi discorsi giuridici (ricerca, informazione, insegnamento), l'oggetto da comunicare implica sempre un insieme di: regole, problemi, casi pratici.
Insomma, quale che sia il livello della comunicazione giuridica, quale che sia il suo scopo immediato, quale che sia l'interlocutore, la comunicazione del diritto è sempre, al contempo, creazione del diritto. Sia su un piano generale sia nel concreto, perché in ogni caso quella comunicazione avviene per mezzo della ragione umana, che maneggia regole giuridiche date, usa altre regole (tratte dalla logica, dall'esperienza e dalla cultura) per comprendere le regole giuridiche e rapportarle ai casi della vita così risolvendo problemi generali o specifici.

3. Le diverse aggettivazioni della comunicazione giuridica

Se quello che abbiamo accennato è vero, potrebbe essere assai discutibile la possibilità di distinguere con chiarezza diverse strutture della comunicazione giuridica a seconda delle sue diverse vocazioni o, se si vuole più semplicemente, dei diversi obiettivi del ragionamento o del discorso giuridico: ricerca, informazione, insegnamento.
Prendiamo il piano che di primo acchito potrebbe apparire il più semplice: la comunicazione informativa.

Certamente la pubblicazione di un testo di legge nella Gazzetta Ufficiale può definirsi, al di là della sua valenza giuridica, di semplice comunicazione di un dato composto da un insieme di segni linguistici.
Ed allo stesso modo di pura comunicazione informativa si tratta quando una rivista pubblica un testo normativo, derivante da una fonte istituzionale (pubblica) o anche da un soggetto privato, come ad esempio accade per i regolamenti delle Camere arbitrali. Ed ancora sempre di pura comunicazione si tratta quando in una banca dati sono inserite migliaia (se non milioni) di provvedimenti giudiziari (ancorché si possa ipotizzare una scelta nei rinvii per mezzo di parole-chiave).
Ma, per il resto, sembra assai difficile definire i binari entro i quali deve restare un testo informativo, anche se tradizionalmente siamo abituati a riportare alcuni generi "letterari" a quella vocazione: la classica rassegna di giurisprudenza, spesso palestra per i giuristi in erba, ovvero i c.d. scritti a prima lettura delle ormai alluvionali ed irrazionali riforme della giustizia civile che si affastellano inutilmente, se non dannosamente, da troppi anni.
In quest'ultimi certamente non vi è lo scopo della ricerca, bensì di quella informazione che si fa sempre più anche formazione permanente, la quale pur si differenzia dall'attività d'insegnamento. Invero, questa si rivolge propriamente al giovane giurista, al quale si trasferiscono sia le conoscenze di base, istituzionali e concettuali, sia un metodo per l'approccio al ragionamento giuridico, ossia la tecnica per giungere a porre le domande di base nell'ambito di ogni discorso giuridico, sia esso rivolto al concreto (avvocato, giudice) sia esso rivolto al generale (ricercatore, legislatore). La formazione permanente, invece, si rivolge ad un giurista che già agisce nel mondo dell'esperienza e dovrebbe avere più propriamente una vocazione di aggiornamento di conoscenze già prima acquisite ed applicate.
Insomma, se lo studente deve essere introdotto nella sfera del linguaggio esoterico, di cui ancora nulla sa, il giurista appartiene già alla *élite* di riferimento, dovendo inseguire l'evoluzione di quel linguaggio, che non resta statico, perché le regole e la loro applicazione subiscono mutamenti continui.
Lasciando perdere l'attività d'insegnamento, a cui non deve rivolgersi una rivista giuridica, e rimanendo alla comunicazione informativa, non si può escludere in essa una certa creatività del comunicatore che inevitabilmente si fa interprete dell'oggetto da comunicare.
Ciò è inevitabile e metodologicamente corretto nel momento in cui si organizza l'oggetto dell'informazione, piano sul quale ben possono esservi scelte metodologiche diverse. Inoltre l'informazione esige una prospettiva sistematica quando la legge tace: si pensi alla mancanza, nell'ultima riforma sull'arbitrato, di un'esplicita soluzione della questione attinente alla valenza della declinatoria di competenza nel passaggio da una via all'altra. E, restando ancora all'ultima riforma dell'arbitrato, sempre una prospettiva sistematica può chiarire la comunicazione informativa nel momento in cui, a proposito dell'obbligo della c.d. *disclosure*, si vuole coordinare la sanzione della nullità dell'accettazione dell'arbitro con la previsione del

rimedio di cui all'art. 813-*bis* c.p.c. Oppure ancora si vuole comprendere quali tra i motivi di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c. siano spendibili in sede di reclamo avverso un provvedimento cautelare degli arbitri (ovvero avverso il diniego).
In tutti questi casi l'informazione corretta si arricchisce della formulazione di ipotesi, precisamente di quelle che sono (teoricamente e praticamente) immaginabili alla luce del singolo istituto e del tessuto sistematico in cui esso è calato, senza la necessità di scegliere ed argomentare la soluzione preferibile.
Altro è che il comunicatore si spinga a piegare la legge nuova al suo desiderio di ordinazione della realtà. Qui egli non racconta la realtà, bensì ciò che egli vorrebbe che fosse la realtà.
Si pensi, ancora a proposito dell'ultima riforma dell'arbitrato, a quelle voci che si sono levate in riferimento alla potestà cautelare degli arbitri in modi del tutto *contra legem*. Qualcuno ha detto che questa potestà trova la sua fonte nella volontà delle parti (non bastando la legge) anche in riferimento al potere di sospensiva delle delibere assembleari di società e qualcun altro ha detto che le parti possono attribuire all'arbitro una potestà cautelare concorrente con quella del giudice statale.
È evidente quanto questa informazione ragionata vada al di là del segno, ossia della legge chiara, col doppio danno di creare confusione sui problemi specifici e di distrarre interpreti ed operatori dall'individuazione dei problemi veri del testo di legge.
La vocazione informativa è assai utile, se resta nei limiti. Ed essa è la base per l'evoluzione del sistema, nelle sue applicazioni e poi nella ricerca. Quindi base per il ricercatore e base per il pratico, avvocato e giudice.
Ma ci sono generi ibridi: si pensi alla classica nota a sentenza. Quella che comunemente si definisce "redazionale" dovrebbe caratterizzarsi per la pura e semplice vocazione informativa, sui precedenti giurisprudenziali certamente, ma anche al limite sui minimi riferimenti dottrinali. Eppure la c.d. nota a sentenza può avere ben altro spessore, potendo essa rappresentare un luogo di profonda riflessione che, partendo da un caso deciso, risale a principi ed al sistema, per poi tornare al concreto ed alla serie di casi simili per il futuro.
Infine, il massimo tasso di creatività dovremmo averlo nella formazione e quindi nella comunicazione dei prodotti di ricerca. Qui l'azione umana sale al vertice della conoscenza del sistema giuridico, magari dal punto di vista di un determinato istituto quale oggetto principale d'indagine, elaborando teorie che facciano comprendere il reale giuridico ed anche ne promuovano l'evoluzione.
Altro è che nella nostra esperienza ormai da diversi anni molti libri e molti articoli in rivista si riducano alla narrazione di problemi ed opinioni espresse da altri (rispetto all'autore), senza che tutto ciò sia base per la costruzione di una teoria che abbracci un istituto o un insieme di istituti, ma solo fine a sé stessa. Insomma una narrazione in cui il narratore vuole solo far emergere l'abbondanza delle sue letture, senza apportare alcun mattoncino alla costruzione della casa comune della scienza processualcivilitica.

Una comunicazione informativa fuori dai suoi naturali limiti ed una ricerca al di sotto delle sue esigenze tradiscono il fine della crescita culturale di una comunità, con effetti peggiorativi a catena a tutti i livelli: accademico, professionale e legislativo.

4. La rivista dell'arbitrato: identità ed utilità

La rivista dell'arbitrato è una pubblicazione trimestrale caratterizzata da una vocazione specialistica o, come altri direbbero, settoriale, in quanto il suo oggetto di osservazione sta solo nel fenomeno della giustizia privata, ancorché in essa da qualche anno emergano anche scritti che si occupano di strumenti propriamente alternativi alla giustizia, come ad esempio è la mediazione.

Tuttavia, la sua settorialità non la riduce nell'angolo di un angusto particolare, perché il modo in cui sono affrontate le tematiche spinge inevitabilmente ad aprire lo sguardo verso molti ambiti del diritto.

Nella rivista vivono sia la vocazione della ricerca sia quella della informazione, se così possiamo dire pura o ragionata. La cosa è evidente dallo schema di ripartizione degli scritti a cui la rivista da molti anni cerca di rimanere fedele. Compatibilmente con il materiale disponibile, la ripartizione consta tendenzialmente di 5 parti.

La prima parte è dedicata alla formazione e comunicazione della ricerca, quella che è definita "**Dottrina**", in cui trovano spazio i saggi nei quali si illustra e si promuove l'evoluzione delle idee nel mondo dell'arbitrato, italiano ed internazionale.

Nella seconda parte sono pubblicate le pronunce della giurisprudenza che viene definita ordinaria, essenzialmente proveniente da ordinamenti statali o sovrastatali. Così questa parte è ulteriormente suddivisa in ulteriori 3 parti, distinguendosi tra giurisprudenza italiana, giurisprudenza straniera e giurisprudenza europea.

Nella terza parte si ha la giurisprudenza arbitrale, distinguendo tra quella italiana e quella straniera o internazionale.

Nella quarta parte si pubblicano quelle che un tempo erano definite semplicemente rassegne e che oggi sono definite rassegne e commenti.

Infine nella quinta parte abbiamo documenti e notizie.

Da questo telaio è evidente quanto l'identità della rivista, sia pure dal punto di vista del complesso fenomeno dell'arbitrato ed oggi anche del più vasto ambito delle c.d. ADR, attinga ad una complessa vocazione di informazione, formazione permanente, ausilio alla ricerca ed alla pratica degli arbitrati, interni ed internazionali.

Insomma, emerge la complessità degli interlocutori e la varietà degli scopi editoriali.

Si ha informazione pura nel momento in cui la parte quinta pubblica testi di leggi e regolamenti, nonché fornisce notizie su altre pubblicazioni, in particolare libri.

Si ha informazione ragionata nelle rassegne che curano sia la parte giurisprudenziale sia quella dottrinale, italiana e straniera.
Si ha vasta informazione ragionata nelle parti dedicate all'esperienza, sia dal punto di vista di giudici pubblici (statali, stranieri o della UE) sia dal punto di vista della giurisprudenza arbitrale, non solo italiana. Questa, peraltro, finisce per essere una parte essenziale all'identità della rivista, perché è qui, più che in altre sue parti, che i diversi interlocutori possono attingere conoscenze utili alle diverse esigenze dell'agire giuridico: dell'arbitro, dell'avvocato in arbitrato, del giudice statale che si deve occupare dei rapporti tra arbitrato e processo, del ricercatore.
Si ha poi la parte della dottrina, che con uno sguardo interno e transnazionale mette a punto idee sistematiche per meglio comprendere la regola e la sua vita nell'esperienza.

5. Conclusione di sintesi

Insomma, la rivista dell'arbitrato ha un'identità poliedrica calata in una perenne attualità, perché inarrestabile è il fiume delle riforme, l'abbondanza dei materiali dottrinali e giurisprudenziali, insomma la complessità del pensiero e dell'agire nel mondo degli arbitrati.
La rivista dell'arbitrato è uno strumento importante di ordinazione e comprensione del diritto dell'arbitrato ossia, a loro volta, dei modi e delle possibilità di ordinazione dell'esperienza nel settore, quel diritto che è sempre fatto di regole, problemi e casi della vita.

Mauro Bove
Ordinario dell'Università degli Studi di Perugia

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



SILVANA DALLA BONTÀ

Giustizia consensuale.
Sulle ragioni di una nuova Rivista

Lo scritto restituisce la relazione tenuta all'Università degli Studi di Napoli Federico II, il 26 gennaio 2024, in occasione del Convegno dedicato a "La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale: ricerca, informazione, insegnamento", ed in particolare, in questo, alla Tavola Rotonda su "Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile". In qualità di direttrice responsabile e condirettrice con la Professoressa Paola Lucarelli, dell'Università di Firenze, della Rivista semestrale *Giustizia consensuale*, l'a. tratteggia idea fondativa e genesi della Rivista, fondata nel 2021 per accogliere contributi, in lingua italiana o inglese, sulle tematiche, classiche ma sempre attuali, che ruotano intorno al binomio che unisce "giustizia" e "consenso". Riprendendo le suggestioni di Francesco Carnelutti sulla complessità del "conflitto" quale fenomeno distinto dalla "lite", e di Mauro Cappelletti sul ruolo della "co-existential justice", la Rivista si indirizza all'indagine delle molteplici ramificazioni della sfidante relazione tra autonomia privata, processo civile e vie a-giurisdizionali di soluzione del contenzioso, nell'intento di offrire alle riflessioni che se ne occupino uno spazio editoriale autonomo ed interdisciplinare.

This article encapsulates the report delivered, on 26 January 2024, at the University of Naples Federico II on the occasion of the Conference dedicated to 'The Scientific and Didactic Communication of Procedural Law: Research, Information, Teaching', and notably of the Round Table on 'Identity, Complementarity and Topicality of the Editorial Sources of Civil Procedural Law'. The author, in her capacity as Editor-in-Chief and Director together with Professor Paola Lucarelli of the University of Florence, outlines the founding idea and genesis of the biannual law journal *Giustizia consensuale* (Consensual Justice), founded in 2021 to welcome contributions, in Italian or English, on the classic but always expanding and topical issues that revolve around the fascinating and yet challenging theme that unites 'justice' and 'consent'. Building on Francesco Carnelutti's suggestions on the complexity of 'conflict' and its distinction from 'litigation', and Mauro Cappelletti's propositions on the role of a 'co-existential justice', the Journal investigates the many ramifications of the relationship between private autonomy, civil process and a-jurisdictional avenues of solving disputes, with the intention of offering an autonomous and interdisciplinary editorial space to the reflections that deal with them.

Sommario: 1. La Rivista *Giustizia consensuale* in un Convegno dedicato all'informazione scientifica e didattica del diritto processuale civile. – 2. Sulla genesi di un nuovo progetto editoriale al cospetto di Riviste di lunga e risaputa tradizione. – 3. Le ragioni fondative della Rivista e la sua connessione con il diritto processuale civile: gli orizzonti (ancora) aperti dal binomio che unisce "giustizia" e "consenso". – 4. Nel ripensamento della giurisdizione l'attualità dei temi intorno al rapporto tra processo ed autonomia privata. – 5. L'avvertita

esigenza di un autonomo contenitore editoriale dedicato al confronto su concezione, legittimità, praticabilità di una giustizia consensuale. – 6. L'impostazione interdisciplinare e 'bilingue' della Rivista. – 7. La struttura della Rivista e la sua progressiva articolazione in sezioni. – 8. La centralità dell'attenzione alle prassi e al dato empirico quale angolo visuale per rimeditare il concetto e il servizio di giustizia e giurisdizione nonché i ruoli delle tradizionali professioni legali. – 9. Le sfide future per un sistema integrato di giustizia co-esistenziale.

1. La Rivista *Giustizia consensuale* in un Convegno dedicato all'informazione scientifica e didattica del diritto processuale civile

Profonda e sentita è la gratitudine verso gli organizzatori della presente, pregevole iniziativa, dedicata all'informazione scientifica e didattica del diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II – i Professori Ferruccio Auletta, Salvatore Boccagna e Nicola Rascio – per aver voluto generosamente includere, nella sezione del Convegno che accoglie importanti Riviste della materia, anche la giovane Rivista semestrale *Giustizia consensuale*; Rivista che dirigo insieme alla Professoressa Paola Lucarelli, Ordinaria di Diritto Commerciale nell'Università di Firenze, e che in questa sede, onorata, rappresento, in qualità di Direttrice responsabile.

L'invito e l'opportunità di poter presentare, in questo illustre consesso, un contenitore editoriale che da pochi anni si è affacciato nel panorama delle riviste scientifiche indirizzate al diritto processuale civile, costituiscono *per se* un riconoscimento importante; un credito accordato alla Rivista che diventa – per chi questo progetto editoriale ha promosso, elaborato e sostenuto – autorevole ma esigente esortazione a proseguire con dedizione, rigore e disciplina nel suo sviluppo, sotto l'occhio attento e vigile della comunità scientifica.

2. Sulla genesi di un nuovo progetto editoriale al cospetto di Riviste di lunga e risaputa tradizione

Nella cornice di un Convegno sulla comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale civile tra ricerca, informazione ed insegnamento e, in questo, al cospetto di Riviste di lunga e risaputa tradizione[1], la giovane vita di *Giustizia consensuale* impone di dar conto delle ragioni che ne mossero la fondazione nel 2021, e che indussero l'editore che la pubblica – l'*Editoriale Scientifica* – ad abbracciare questo progetto – e direi financo quest'avventura – editoriale, che

[1] La presentazione della Rivista *Giustizia consensuale* è stata inclusa nella sezione del Convegno di cui alla nota precedente, dedicata a "Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile" ed organizzata in forma di Tavola rotonda, che ha accolto la *Rivista di diritto processuale* (rappresentata da Salvatore Boccagna), la *Rivista semestrale di diritto e procedura civile* (rappresentata da Elena Zucconi Galli Fonseca), *Il Giusto processo civile* (rappresentata da Augusto Chizzini), *Il processo* (rappresentata da Roberto Martino), la *Rivista dell'arbitrato* (rappresentata da Mauro Bove), *www.judicium.it* (rappresentata da Bruno Sassani) e *www.ildirittoprocessualecivile.it* (rappresentata da Gian Paolo Califano).

entra nel 2024 nel suo quarto anno di vita[2].
La fondazione di una nuova Rivista reclama sempre, tanto più in un contesto editoriale quale quello odierno, sempre più affollato e complesso, una valutazione attenta e rigorosa sulla sua opportunità e sulle prospettive di suo successo, e pertanto, fatalmente, una prognosi realistica, direi addirittura severa, circa il tasso di interesse, e così di gradimento, che essa può riscontrare presso il pubblico accademico, professionale e persino 'laico'.
È, questa, una valutazione che risponde non solo a stringenti logiche di mercato – sempre più pressanti nel mondo dell'editoria, anche non di settore – ma pure alla doverosità di un serio auto-esame in coloro che avanzano l'idea di un progetto editoriale. L'interesse e la curiosità scientifica di un singolo o di pochi, infatti, non bastano a giustificare e sostenere nel tempo una (nuova) Rivista, che ove non fondata su una visione solida di ciò che scientificamente si vuole proporre e di quale assetto si intenda imprimere alla sua organizzazione, è destinata miseramente a fallire. Con indubbio dispiacere per chi quel progetto editoriale ha intrapreso e con comprensibile disappunto, oltre che della comunità scientifica cui la Rivista si è umilmente affacciata, della casa editrice che l'ha generosamente sostenuta[3].
Giustizia consensuale, quindi, nasce sì da un'intuizione, ma da un'intuizione sottoposta a previa verifica di un Comitato scientifico articolato – per interdisciplinarità ed internazionalità – che ha ritenuto, altrettanto generosamente, di darvi – con la sua sapienza, autorevolezza ed esperienza – adesione e sostegno[4].

---

[2] Il fascicolo di lancio della Rivista *Giustizia consensuale* vede la luce nel luglio del 2021. Oltre ad un'iniziale introduzione del progetto editoriale a firma di chi scrive, esso raccoglie il contributo della condirettrice P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una* spinta *generosa verso il cambiamento*; e i saggi di F.P. LUISO, *La "proposta" del mediatore*; A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato. Conciliazione nell'arbitrato. Appunti sparsi fra diritto, psicologia e prassi*; N. ANDREWS, *Procedure, Party Agreement, and Contract*; M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*; T. ARRUDA ALVIM e M. BELLOCCHI, *Mediazione. Il frutto di un buon esercizio del diritto*; C. RULE, *Reinventing Justice with Online Dispute Resolution*; S. DALLA BONTÀ, *Una giustizia "co-esistenziale"* online *nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*.

[3] Il rigore e la meticolosità di tali valutazioni risultano peraltro indispensabili alla luce del vaglio che l'Agenzia per la valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR) è chiamata a svolgere per la classificazione delle riviste scientifiche ai fini del calcolo degli indicatori dell'Abilitazione Scientifica Nazionale e dell'accreditamento dei corsi di dottorato di ricerca. *Giustizia consensuale* ha ricevuto dall'ANVUR il riconoscimento di scientificità in Area 12 – Scienze giuridiche il 31 luglio 2023.

[4] Compongono il Comitato scientifico della Rivista: Neil Andrews (University of Cambridge); Teresa Arruda Alvim (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); Silvia Barona Vilar (Universitat de València); Beatriz Belando Garín (Universitat de València); Antonio Briguglio (Università di Roma Tor Vergata); Oscar G. Chase (New York University); Augusto Chizzini (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Claudio Consolo (Università di Roma Sapienza); Fulvio Cortese (Università di Trento); Daria de Pretis (Università di Trento); Monica Delsignore (Università di Milano Bicocca); Vincenzo Di Cataldo (Università di Catania); Maria Rosaria Ferrarese (Università di Cagliari, Scuola Nazionale dell'Amministrazione); Gabriele Fornasari (Università di Trento); Cristina Fraenkel-Haeberle (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer); Yulin Fu (Peking University); Cesare Glendi (Università di Parma); Juan F. Herrero Perezagua (Universidad de Zaragoza); Javier López Sánchez (Universidad de Zaragoza); Francesco P. Luiso (Università di Pisa); Maurizio Manzin (Università di Trento); Barbara Marchetti (Università di Trento); Marino Marinelli (Università di Padova); Luca Nogler (Università di Trento); Teresa Pasquino (Università di Trento); Federico Puppo (Università di Trento); Margherita Ramajoli (Università di Milano La Statale); Giuseppe Ruffini (Università di Roma Tre); Colin Rule (Stanford Law School); Karen Tokarz (Washington University in St. Louis);

Di quell'intuizione vorrei qui offrire breve restituzione, non solo perché dovuta nel confronto con Riviste tanto illustri sin qui rappresentate da Chi mi ha preceduto, ma anche al fine di sottolineare la connessione che segna questo giovane prodotto editoriale con la materia oggetto delle riflessioni odierne, e cioè il diritto processuale civile; pur non negandosi che *Giustizia consensuale* superi di quest'ultimo i confini, per aprirsi con intenzione – e sul punto tornerò più innanzi – all'interdisciplinarità.

3. Le ragioni fondative della Rivista e la sua connessione con il diritto processuale civile: gli orizzonti (ancora) aperti dal binomio che unisce "giustizia" e "consenso"

L'idea fondativa della Rivista *Giustizia consensuale* muove dalla constatazione che siano da tempo espressione dello *Zeitgeist* emersione, attenzione e financo imposizione del binomio che unisce "giustizia" e "consenso"; e che ciò si riscontri non solo nel contesto domestico[5], ma anche, e financo soprattutto, a livello sovranazionale ed internazionale[6].

Si pensi – solo per citare un esempio recente e paneuropeo[7] – ai principi enunciati in esordio alle ELI/Unidroit *European Rules of Civil Procedure*, e cui queste si intonano[8]: *Co-operation*,

Roberto Toniatti (Università di Trento); Nicolò Trocker (Università di Firenze); Sara Valaguzza (Università di Milano La Statale); Gerhard Wagner (Humboldt-Universität zu Berlin); Elena Zucconi Galli Fonseca (Università di Bologna).

[5] Di questa emergente prospettiva dava conto chi scrive nelle pagine introduttive del fascicolo d'esordio della Rivista, n. 1/2021, p. 1 ss.; nonché P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una* spinta *generosa verso il cambiamento*, cit., p. 15 ss., che constata l'avanzare di una "rinnovata concezione di giustizia", accompagnata da "una più moderna concezione della professione legale", concezioni fino a ieri costrette "nei binomi giustizia/processo e processo/sentenza"; per un *excursus* storico sul punto v. S. BARONA VILAR, *Sfide e pericoli delle ADR nella società digitale e algoritmica del secolo XXI*, in *Giustizia consensuale*, 2021, p. 249 ss.

[6] Così N. ANDREWS, *Procedure, Party Agreement, and Contract*, cit., p. 67 ss., che in mirabile affresco tratteggia le combinazioni, sempre più frequenti a livello internazionale, tra consenso e giurisdizione: dagli accordi di procedura destinati a disciplinare il processo secondo la volontà delle parti, sino a quelli che escludono l'esercizio della funzione giurisdizionale, *i.e.* dalla comvenzione arbitrale, alle clausole 'multi-livello', a quelle di conciliazione della lite per via negoziale o mediativa; T. ARRUDA ALVIM e M. BELLOCCHI, *Mediazione. Il frutto di un buon esercizio del diritto*, cit., p. 143 ss., prec. p. 148, che mettono in luce l'influenza, culturale prima ancora che giuridica, esercitata a livello globale dal sistema di giustizia 'pluralista' (*multi-door courthouse*) elaborato nell'ordinamento statunitense da Frank Sanders, sistema pensato con l'intento di indirizzare il contenzioso verso la via più adeguata di sua soluzione.

[7] Per un'introduzione ai fondamenti delle *Model European Rules of Civil Procedure*, con particolare riguardo a loro genesi, modalità di confezione ed aree di intervento, v. R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, in *RablesZ*, 2022, p. 421 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 717 ss.

[8] Trattasi delle *European Rules of Civil Procedure* adottate nel 2020 dall'*European Law Institute* e dall'Unidroit, sulla scia dei *Transnational Principles of Civil Procedure* e delle *Transnational Rules of Civil Procedure*, stese dall'*American Law Institute* e dall'Unidroit nel 2004. Risultato di un imponente quanto fecondo lavoro iniziato nel 2013 con il coinvolgimento di 40 soggetti, tra accademici e pratici provenienti da 25 giurisdizioni, oltre che di osservatori esterni della Commissione dell'Unione europea e della Conferenza dell'Aia, le *European Rules of Civil Procedure*, combinando armonicamente principi comuni alle pur variegate culture processuali europee, elementi salienti della disciplina processuale dell'Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee, rappresentano un modello di disciplina del processo civile non solo per i singoli ordinamenti nazionali ma anche per le istituzioni euro-unitarie. Per il testo di questa legge modello v. *ELI – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021.

Proportionality e *Settlement*[9]; tre principi che, quali 'tria' identificativi di una nuova 'costruzione integrata di giustizia', esaltano la soluzione consensuale del contenzioso *ante causam* e lite pendente[10] – in tale ultima ipotesi anche mediante rafforzamento degli strumenti di *judicial case management*[11]; nonché, più in generale – è questo uno dei significati della *Co-operation* – grazie al potenziamento degli obblighi reciproci di parti ed avvocati e al ripensamento in senso cooperativo di relazione e dialogo tra giudice, avvocati e parti[12].
Architettura della giustizia, quella offerta dalle *European Rules of Civil Procedure*, che ambisce al raggiungimento di una "proporzionalità" nell'esercizio della funzione giurisdizionale statuale[13], che lungi dallo sminuirne centralità ed indefettibilità, ne vuole invero favorire

[9] Ai *Principles* è dedicata la *Part I*, *Section 2* delle *European Rules of Civil Procedure.* Sulla decisione di anteporre alle *rules* 'di dettaglio' i 'principi' v. L. CADIET e S. AMRANI-MEKKI, *(Rules 2-8) General Principles: Co-operation and Proportionality*, in A. STADLER, V. SMITH e F. GASCÓN INCHAUSTI, *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Chelthenham-Northhampton, 2023, 2.001-2.014. L'idea, non nuova ma di influenza illuministica, trova i suoi antesignani nei *principes directeurs du procès* del codice di procedura civile francese del 1960, nonché negli *Overriding Objective* delle *Civil Procedure Rules* inglesi della riforma di Lord Woolf. Quali espressione dell'"esprit du code" (così G. CORNU, *L'élaboration du Code de procédure civile*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, p. 241 ss., prec. pp. 250-255), essi assolvono ad una funzione tanto ermeneutica quanto euristica, ponendosi quali guida nell'interpretazione e al contempo disciplina di profili non esplicitamente regolati dalle *rules*.

[10] In questo senso si legge, quale declinazione del principio di *Co-operation*, la *rule* 3(a) – "[p]arties and their lawyers must: (a) take reasonable and appropriate steps to settle dispute amicably" – nonché, quale articolazione del principio di *Settlement*, la *rule* 9(1), secondo cui "[p]arties must co-operate in seeking to resolve their dispute consensually, […] before […] proceedings begin". Perchè ciò avvenga, un ruolo decisivo riveste l'avvocato, cui la *rule* 9(2) impone di "inform the parties about the availability of consensual dispute resolution methods, assist them in selecting the most suitable method, and, where appropriate, encourage its use".

[11] Nel modello di giustizia civile delineato dalle *European Rules of Civil Procedure*, la promozione della soluzione consensuale della controversia lite pendente insiste in primo luogo sul dovere del giudice, da un lato, di assicurarsi che le parti considerino l'eventualità di un componimento bonario della controversia nella fase preparatoria del processo (*rule* 10(1)); dall'altro, di informativa delle parti sull'esistenza di metodi consensuali di soluzione della lite (*rule* 10(2)). Il dovere di informativa giudiziale si coniuga con quello degli avvocati, ponendosi a suo 'rinforzo'. La maggiore probabilità di successo dell'informativa giudiziale sui meccanismi di soluzione consensuale della controversia può derivare dall'autorevolezza del giudice, in ragione della sua indipendenza, terzietà e imparzialità, nonché dall'inserirsi la sua informativa in un processo già avviato, in cui quanto ivi emerso potrebbe indurre le parti a (ri)considerare l'opzione conciliativa della lite.

[12] La *rule* 2, nel prevedere che "[p]arties, their lawyers and the court must co-operate to promote the fair, efficient and speedy resolution of the dispute", fa propria una concezione del processo quale cosa "né solo delle parti né solo del giudice". Se è vero, infatti, che l'instaurazione del processo civile è risposta all'interesse privato delle parti, esso al contempo comporta l'esercizio di una funzione, quella giurisdizionale, che è pubblica e finanziata dallo Stato. Di qui, il dovere di cooperazione tra parti, avvocati e giudice, onde assicurare la più proporzionata soluzione della controversia, grazie ad un loro dialogo effettivo nonché all'eventuale contrattualizzazione della procedura mediante accordi processuali tra parti o accordi di procedura tra parti e giudice: così L. CADIET e S. AMRANI-MEKKI, *(Rules 2-8) General Principles: Co-operation and Proportionality*, cit., 2.020-2.023.

[13] Il principio di proporzionalità, quale criterio prestato dall'economia al diritto, dovrebbe rispondere all'esigenza di effettività dell'accesso alla giustizia e diventare perciò punto di equilibrio tra efficienza ed equo processo, sì che la risorsa scarsa della giurisdizione possa essere garantita a tutti. Di qui la necessità di volgere costantemente lo sguardo al concreto conflitto/contenzioso, ma al contempo alle pendenze che gravano sull'intera macchina giudiziaria, sì che le risorse vengano distribuite equamente. V., ancora, a riguardo L. CADIET e S. AMRANI-MEKKI, *(Rules 2-8) General Principles: Co-operation and*

l'indirizzo verso quelle situazioni conflittuali e contenziose che realmente abbisognano dell'intervento dello *jus dicere*[14]. Il 'dire il diritto' del giudice è, d'altronde, risorsa preziosa, cui ricorrere con sapiente oculatezza, sì che la funzione giurisdizionale possa spiegarsi al meglio, ovvero in modo rapido ed efficace, in quel contenzioso che del *dictum* del giudice davvero necessita[15].

4. Nel ripensamento della giurisdizione l'attualità dei temi intorno al rapporto tra processo e autonomia privata

La progressiva emersione del binomio "giustizia" e "consenso", sospinta (anche) dalla crisi delle tradizionali strutture di regolazione dell'istituzione-Stato e dall'affermazione di una visione individualistica riluttante all'obbedienza a 'norme' imposte[16], ha indotto a ritenere che meritasse uno spazio editoriale suo proprio la riflessione sul tema del rapporto tra giustizia ed autonomia privata. Ancorché noto ed arato, infatti, esso è parso dai contorni ancora bisognosi di adeguata ricostruzione e dovuto approfondimento.

In un contesto storico, culturale, sociale, economico e giuridico in cui forti si avvertono il

Proportionality, cit., 2.039; R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 453 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, cit., p. 726 ss.

[14] Lo ricorda chi scrive in Mediation: A Sleeping Beauty. *La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 251 ss., prec. pp. 281-282, richiamando le penetranti riflessioni di G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1155 ss., spec. p. 1156 ss.; A. GARAPON, *Le Gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, 1996; e R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Questione Giustizia*, 30 maggio 2023.

[15] Così nuovamente P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una* spinta *generosa verso il cambiamento*, cit., p. 27 ss.

[16] Lo ricorda S. BARONA VILAR, *Sfide e pericoli delle ADR nella società digitale e algoritmica del secolo XXI*, cit., p. 253, che sottolinea come i metodi di *alternative dispute resolution* siano stati in origine disegnati – in particolare nell'ordinamento statunitense – 'in contrapposizione' al sistema dei tribunali, del processo giurisdizionale, dell'autorità pubblica, e cioè al modello statuale, per poi andare con esso gradualmente ad integrasi. Da anti-giurisdizionali, essi sono stati cioè nel tempo avvertiti, più correttamente, come a-giurisdizionali, nonché quali contesti, anch'essi, di produzione del diritto. D'altronde, i metodi consensuali di soluzione del conflitto – ricordano A. SIMONICINI e E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 3 ss., prec. p. 7, richiamando le acute riflessioni di P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996, p. 268; G. COSI, *L'accordo e la decisione. Il conflitto tra giudizio e mediazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, pp. 735-736, e SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in ID., *Scritti minori*, I, a cura di G. Zanobini, I, Milano 1950, p. 311 ss.; nonché ID., *L'ordinamento giuridico* (1918), 2ª ed., Firenze, 1946 – "produc[ono] *ordine*, dunque ordinamento, dunque diritto. L'ordine *negoziato*, che sostituisce l'ordine *imposto*, diviene così non solo fenomeno regolatore delle relazioni sociali, ma vera e propria fonte del diritto, perno di un ordinamento giuridico che, inteso in senso romaniano, si organizza e si alimenta dal basso". Tale regolamentazione dal basso – rammenta L. BREGGIA, recensendo T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 673 ss. richiamando il pensiero di Nicolò Lipari – è peraltro consustanziale al processo di costituzionalizzazione del diritto, che in ragione di tale processo "non può più scendere dall'alto di un'imposizione, ma sale dal basso di una condivisione": "è un diritto *ex parte societatis*", che riesce così – per usare l'efficace immagine di T. GRECO, *Giustizia consensuale, alle radici del diritto*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 661 ss., prec. pp. 662-663 – nel superamento di un modello "sfiduciario", verticalistico e autoritativo del diritto, per aprire invece alla sua dimensione orizzontalistica, e cioè di fiducia tra consociati, secondo la formula, rovesciata, di "*ubi societas, ibi ius*".

ripensamento della giurisdizione[17], la diffusione di un ventaglio sempre più ampio di modalità a-giurisdizionali di soluzione del conflitto[18], il bisogno di una giustizia partecipativa e di prossimità che ponga al centro la persona[19], è sembrato urgente dedicare un apposito contenitore editoriale alle spinose questioni sollecitate dalla relazione tra processo e strumenti consensuali di risoluzione della lite.

Il riferimento è qui a questioni di ordine sistematico, ma al contempo pratico, che superando il classico, e pur ancora impegnativo, problema della giurisdizione civile condizionata al cospetto del dato costituzionale e sovranazionale[20], si estendono a quelle – rinnovate dagli

[17] Tale moto di ripensamento trova ragione, da un lato, nella constatazione della scarsità della risorsa giurisdizionale, come rimarca P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una* spinta *generosa verso il cambiamento*, cit., p. 19; dall'altro, nel dettame costituzionale, come con penetrante indagine dimostrano A. SIMONICINI e E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., p. 16, nel cercare e rinvenire nella nostra Costituzione il fondamento di una concezione della "giustizia oltre la giurisdizione". Pur non negandosi che giustizia possa darsi "nella giurisdizione", tramite la tutela dei diritti secondo l'ordine imposto dall'applicazione della norma generale ed astratta al caso concreto, gli aa. sostengono, infatti, che i due concetti – giustizia e giurisdizione – non presentino, alla luce della dato costituzionale, identica co-estensione, essendo la prima a perimetro più ampio della seconda. Se la Costituzione ne dà evidenza nella previsione in capo ai consociati di un dovere inderogabile di solidarietà sociale di cui all'art. 2 e non solo di un diritto di agire in giudizio, prova ne dà anche l'esperienza concreta. Non v'è dubbio infatti – rammenta G. BUFFONE, recensendo in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 265 ss., il volume di M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Roma, 2022 – che "[t]utte le parti in causa, tutti i protagonisti del processo, vogliono sentirsi 'narratori del proprio conflitto'": nel processo, però, esse sono costrette a farlo in un contenitore "a maglie strettissime che filtra solo gli elementi utili e necessari per la decisione", dove "c'è tanto spazio per il diritto e non ci sono mai sufficienti posti liberi per i sentimenti": "Processo e Conflitto diventano le moderne facce opposte di Giano bifronte, destinati ad essere così vicini e, allo stesso tempo, così distanti". In questo direzione anche P. CONSORTI, *Oltre la mitezza, la gentilezza del diritto*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 667 ss., che avanza la proposta di un "diritto gentile", che si prende cura delle relazioni personali e fa prevalere la dimensione dell'ascolto rispetto a quella dell'assertività, che insiste sugli elementi unitivi a discapito di quelli divisivi e che non si appoggia sull'esercizio del potere, ma sulla ricerca del consenso.

[18] La varietà degli strumenti a-giurisdizionali di soluzione del conflitto emerge (anche) allargando l'orizzonte oltre l'ambito della giustizia civile, per abbracciare quelle amministrativa, tributaria, penale, internazionale: sul punto si tornerà a breve nel testo.

[19] In questi termini P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una* spinta *generosa verso il cambiamento*, cit., p. 21 ss., nel richiamare l'insegnamento di E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893, secondo cui uno dei fondamenti della coesione sociale e dell'appartenenza alla comunità è il coinvolgimento dei cittadini nella vita delle istituzioni, anche attraverso la partecipazione di costoro – quali beneficiari della giustizia – al suo miglior funzionamento; buon funzionamento che passa attraverso l'adoperarsi per la soluzione autonoma del conflitto sino a quando divenga inevitabile la via giudiziale.

[20] Vi ritornano A. SIMONICINI e E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., p. 7 ss., che evidenziano come, a rimanere fermi al tema della giurisdizione condizionata al previo tentativo di mediazione, il rapporto tra quest'ultima e il dato costituzionale si riduca alla concezione della mediazione quale "mezzo" per deflazionare il carico giudiziario, non cogliendosi, però, così l'orizzonte più ampio che la Costituzione schiude al riconoscimento della mediazione quale "fine", consentendo quella gestione responsabile dei rapporti interpersonali richiesto dal dovere costituzionale inderogabile di solidarietà sociale. Ritorna sul tema della mediazione c.d. obbligatoria, a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, A.M. TEDOLDI, *La mediazione civile e commerciale nel quadro della riforma ovvero: omeopatia del processo*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 477 ss., prec. 487 ss. *Extra moenia*, constata il crescente *favor* legislativo verso l'obbligatorietà del previo tentativo di soluzione consensuale della lite, S. BARONA VILAR, *Sfide e pericoli delle ADR nella società digitale e algoritmica del secolo XXI*, cit., p. 257 ss.; ritorna sul tema anche G. DE PALO, *Mediating Mediation Itself. The Easy Opt-Out Model Settles the Perennial Dispute between Voluntary and Mandatory Mediation*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 285 ss.; nonché, in un'attenta

incessanti moti di riforma[21] – relative all'innesto nel processo di meccanismi di giustizia auto-compositiva[22]; al ruolo del giudice nella promozione della conciliazione della lite sino a farsi fautore di proposte transattive o conciliative dalle ricadute sulle spese di giudizio[23]; al *milieu* processuale 'scritto' o 'orale' in cui quegli interventi abbiano luogo e dello snodo del rito in cui essi si inseriscano[24].

Di qui, la sfida della Rivista di vagliare la fattibilità di un possibile punto di equilibrio tra processo e 'altra' giustizia, in un quadro in cui quest'ultima non finisca per risolversi in mere forme 'apocrife' della via giurisdizionale, ma sappia rappresentare un *quid aliud* e *pluris* rispetto al processo[25], sì da consentire un orizzonte di giustizia co-esistenziale frutto dell'equilibrata co-esistenza (e co-efficienza) di quella giurisdizionale ed a-giurisdizionale[26], tanto più indispensabile in quel tipo di contenzioso che origina da rapporti di durata e relazioni

---

indagine sul rapporto tra tentativo di conciliazione *ante causam* e allocazione delle spese processuali, J.F. HERRERO PEREZAGUA, *Accordarsi o soccombere*, *ivi*, 2022, p. 39 ss., prec. p. 68 ss.

[21] Tra i continui moti di riforma della giustizia civile, indubbio rilievo ha rivestito l'intervento del d.lgs. n. 149 del 2022, su cui, con riguardo alle novità che hanno interessato la disciplina della mediazione civile e commerciale finalizzata alla conciliazione, v. ancora A.M. TEDOLDI, *La mediazione civile e commerciale nel quadro della riforma ovvero: omeopatia del processo*, cit., p. 477 ss.

[22] Ne discorre da ultimo L. BREGGIA, *Una giustizia plurale tra autonomia, responsabilità e autorità*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 691 ss., prec. p. 696, che sottolinea come ciò abbia segnato "anche il ruolo del giudice, faticosamente tratto dalla *sua turris eburnea*, in seguito alla lenta e complessa trasformazione dell'assetto organizzativo e funzionale del potere giudiziario ideato quando la giurisdizione si concepiva positivisticamente come applicazione unilaterale, meccanica, passiva, 'tecnica' della legge da parte di funzionari-burocrati".

[23] Chi scrive evidenzia l'impatto sul ruolo del giudice determinato dalla riforma del processo di cognizione di primo grado secondo i riti ordinario e semplificato, introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, in *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri* lato sensu *conciliativi del giudice un innesto possibile?*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 587 ss.

[24] Sul punto, sempre dalla prospettiva dei 'riti riformati' dal d.lgs. n. 149 del 202, ancora ID., *op. loc. ult. cit.*, con attenzione peraltro a quel prezioso lavoro 'dal basso' svolto dagli Osservatori sulla Giustizia civile che, già prima della c.d. riforma Cartabia, avevano messo in primo piano l'importanza dell'oralità nel processo, anche in vista della promozione giudiziale di una soluzione consensuale della lite. Solo così, d'altronde, ricorda L. BREGGIA, *Una giustizia plurale tra autonomia, responsabilità e autorità*, cit., p. 696, il giudice non corre il rischio di divenire un mero "burocrate macinatore di controversie", per farsi invece "giudice delle relazioni", in quanto capace di comprende il "modo in cui la parte percepisce il conflitto, cosa questo significhi per lei, in quale ambito di relazioni si collochi, quale è il vero interesse che la muove e così via". Solo così, d'altronde, egli si farebbe giudice "di prossimità".

[25] Ove inidonee ad offrire un *quid aliud* e *pluris* rispetto al processo, le vie a-giurisdizionali finirebbero per rivelarsi mero spazio di 'dialogo' tra forte e debole, dove – per dirla con J.-B. H. Lacordaire, *Conférences de Notre Dame de Paris*, *1835-1851*, Paris, 1855 – "è la libertà ad opprimere". Perché la totale libertà, nel 'dialogo' tra forte e debole, diventa dispotismo, ed allora solo la legge – e il processo in cui quella si attua – "affrancano", diventando legge e processo le forme – forse uniche – di garanzia sociale: così S. DALLA BONTÀ, *Una giustizia "co-esistenziale"* online *nello spazio giuridico europeo?*, cit., pp. 243-244.

[26] La felice quanto fortunata espressione – divenuta oramai classica – è, come noto, di M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *56 Modern L. Review*, 1993, p. 282 ss., prec. pp. 287-288, il quale vedeva i maggiori benefici della "co-existential justice", a confronto con le fratture provocate dalla spada della decisione giudiziale che inesorabile 'separa' il torto dalla ragione, in quei conflitti che meglio sarebbero superati grazie ad una soluzione condivisa tra le parti, che consentirebbe loro di "co-esistere" nel prosieguo della relazione destinata a continuare anche dopo l'emersione del conflitto.

sensibili come quelle familiari entrate in crisi[27].
Non solo. Il binomio che unisce "giustizia" e "consenso" è parso emergere nella riattualizzazione di temi classici, ma ancora controversi, che intersecano il diritto processuale civile alla ricerca della prevedibilità della soluzione della lite, tanto più se transfrontaliera[28]. Ci si riferisce al complesso ambito degli accordi destinati ad incidere sullo svolgersi del processo – l'annosa questione degli accordi processuali nella collaborazione tra parti, ma anche tra parti e giudice[29] – nonché al tema di legittimità, inquadramento ed effetti dell'accertamento consensuale[30].
Orizzonti, per così dire classici, cui si sono aggiunti quelli oltremodo sfidanti, anche in punto di garanzie fondamentali – e di cosiddetta *procedural justice*[31] – avanzati dal ricorso nella

[27] In queste ipotesi, più che in qualsiasi altra – ricorda ancora ID., *op. ult. cit.*, p. 288 – la lite si mostrerebbe come un'episodica (ancorché conflittuale) interruzione della relazione tra le parti, anziché una sua fatale e definitiva rottura, con la conseguenza che non la spada dello *jus dicere*, ma la riguadagnata coesistenza tra i soggetti coinvolti ne costituirebbe la migliore soluzione: la relazione genitoriale, infatti, nonostante la crisi familiare, non avrà mai ad interrompersi, ma piuttosto a trasformarsi, nel suo modo di essere vissuta e praticata, a seguito del passaggio dalla famiglia unita alla bi-genitorialità. In questo senso e in questo ambito, v., acutamente, F. DANOVI, *La giustizia consensuale nella crisi familiare*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 353 ss., che avanza, con sensibilità profonda e forma elegante, l'opzione di una nuova iconografia della giustizia in cui "la dea bendata deve in questo campo togliersi la benda, seppellire la spada e allungare la mano della bilancia verso le parti e i diversi professionisti che possono coadiuvare nel raggiungimento di un accordo". Sulla promozione di una giustizia consensuale grazie allo strumento della negoziazione assistita in ambito familiare v. C. CECCHELLA, *La negoziazione assistita nelle controversie sulla crisi delle relazioni familiari dopo la riforma con legge n. 206 del 2021*, *ivi*, 2022, p. 25 ss.
[28] In questo senso v. la puntuale analisi di N. ANDREWS, *Procedure, Party Agreement, and Contract*, cit., p. 67 ss., prec. p. 70 ss., che delinea tutte le possibili intersezioni tra processo/procedimento, accordo tra le parti e contratto; nonché G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Verso una teoria generale degli accordi processuali. Premesse ricostruttive*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 81 ss., prec. p. 103 ss., che correttamente rinviene la fortuna degli accordi processuali nel loro potenziale di diminuzione del rischio processuale per le parti, e in ciò la ragione sociale ed economica della crescente e diffusa scelta degli ordinamenti di istituzionalizzare gli accordi processuali mediante la loro tipizzazione e la previsione di rimedi volti a sanzionarne la violazione.
[29] Sul punto, ancora una volta, ID., *op. loc. ult. cit.*; nonché A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato. Conciliazione nell'arbitrato. Appunti sparsi fra diritto, psicologia e prassi*, cit., p. 53 ss., e ivi il riferimento alle c.d. clausole *multi-step*. Più in generale, sugli accordi processuali tra le parti e su loro natura, classificazione, esemplificazione, in vista di una ricostruzione sistematica dell'istituto, v. SCHUMANN BARRAGÁN, *Verso una teoria generale degli accordi processuali*, cit., p. 81 ss.; in particolare sugli accordi processuali nell'ordinamento brasiliano alla luce del nuovo codice di procedura civile del 2015: v. C. SCARPINELLA BUENO, *Meccanismi di giustizia consensuale nel diritto processuale brasiliano. Un'introduzione in chiave comparata*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 557 ss., prec. p. 570 ss., che affronta peraltro il tema degli accordi sulla procedura tra parti e giudice che assumano la forma del c.d. calendario del processo.
[30] Su cui v. M. GRADI, *Teoria dell'accertamento consensuale: storia di un'incomprensione*, in *Giustizia consensuale*, 2021, p. 303 ss., che in una fine indagine sul negozio di accertamento con cui le parti pongono fine ad una controversia giuridica determinando consensualmente il contenuto del loro rapporto per il passato ed il futuro, giunge a ricostruire tale figura quale negozio con funzione dichiarativa della situazione giuridica esistente fra le parti ed al contempo con effetto innovativo, di carattere prettamente processuale, consistente nel rendere vincolante il giudizio concordemente espresso dai contraenti in ordine alla loro relazione giuridica.
[31] Così A.J. SCHMITZ, L. AKIN OJELABI e J. ZELEZNIKOW, *Researching Online Dispute Resolution to Expand Access to Justice*, in *Giustizia consensuale*, 2021, p. 269 ss., che pur evidenziando le potenzialità dei meccanismi di *online dispute resolution* quali strumenti per ampliare l'accesso alla giustizia, rimarcano la necessità di indagini approfondite, empiriche e tecniche sulle effettive garanzie che essi assicurano, anche rispetto a soggetti deboli, vulnerabili e non assistiti da avvocati. Sulle non poche questioni sollevate dal passaggio da una giustizia spaziale, territoriale e in presenza ad una a-spaziale e a-temporale v. M.R. FERRARESE,

composizione della lite alla tecnologia[32], ed in particolare all'Intelligenza Artificiale, al punto da divenire questa la "quarta parte" della procedura[33].

5. L'avvertita esigenza di un autonomo contenitore editoriale dedicato al confronto su concezione, legittimità, praticabilità di una giustizia consensuale

Pur nella consapevolezza di come le questioni evocate abbiano trovato e trovino attenzione ed approfondimento nelle Riviste esistenti, è sembrato di cogliere che i tempi fossero maturi per dar vita ad un bacino editoriale a se stante, che si offrisse quale spazio specificamente dedicato alle questioni sollecitate dalla combinazione, per certi versi provocatoria, delle parole – e prima ancora delle nozioni e dei valori – di "giustizia" e "consenso". Uno spazio editoriale in cui fosse immediato, e quindi agevole, per lo studioso, il pratico e anche il 'laico', rinvenire studi, commenti ed opinioni tra loro beneficamente contrastanti – anche aspramente contrastanti – su concezione, legittimità e praticabilità di una giustizia consensuale.

L'urgenza di un contenitore editoriale 'unitario' si è avvertita peraltro alla luce della trasversalità delle questioni che ruotano attorno alla giustizia consensuale. Superando i confini non solo domestici, ma anche disciplinari del diritto processuale civile, esse investono, infatti, oltre al piano sostanziale civile e commerciale[34], tante altre discipline e 'giustizie', da quella

in *Giustizia consensuale*, 2021, p. 46 ss., nella segnalazione e recensione di A. GARAPON e J. LASSÈGUE, *Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, edizione e presentazione italiana a cura di M.R. Ferrarese, Bologna, 2021.

[32] Lucido affresco è offerto a riguardo da C. RULE, *Reinventing Justice with Online Dispute Resolution*, cit., p. 169 ss.; e dalla prospettiva del c.d. *Digital Services Act* v. P. ORTOLANI, *The Resolution of Content Moderation Disputes under the Digital Services Act*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 533 ss.

[33] Così, ancora, ID., *op. cit.*, p. 184 ss., che richiama l'espressione "quarta parte" – coniata da E. KATSH e J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, 2001 – per sottolineare come nell'*online dispute resolution* la tecnologia occupi "a seat at the table alongside the other parties: party one and party two (the disputants in an individual case), and party three (the human neutral, either an arbitrator or a mediator). The fourth party is a way to conceptualize the role of technology in assisting the resolution of a case by giving ODR a seat at the table alongside the human parties".

[34] Nel campo civile merita segnalare la peculiare attenzione che reclamano, per delicatezza e singolarità delle dinamiche che le segnano, le diverse ramificazioni del contenzioso lavoristico: su cui v. S. BRUN, '*Proceduralizzazione' dei poteri datoriali e mediazione sindacale. Il laboratorio trentennale in materia di licenziamenti collettivi*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 79 ss.; A. GIULIANI, *Percorsi di valorizzazione dell'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro in una prospettiva diacronica*, *ivi*, 2023, p. 111 ss.; nonché, alla luce delle recenti riforme a riguardo, C. SCOGNAMIGLIO, *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro. Verso un nuovo ruolo dell'avvocato nel riequilibrio delle situazioni di asimmetria negoziale?*, *ivi*, p. 151 ss.; quel contenzioso che si intreccia con il diritto commerciale, e che ha dato luogo al vasto tema della soluzione negoziale della crisi di impresa: su cui v. la puntuale disamina di G. TRISORIO LIUZZI, *La composizione negoziata. Una soluzione consensuale della crisi d'impresa*, *ivi*, 2023, p. 395 ss.; e nonché le questioni ancora aperte circa la relazione tra azioni di classe, collettive e soluzione consensuale, su cui v. l''analitico esame di B. ZUFFI, *Azione di classe e ADR: un binomio in via di definizione*, *ivi*, 2022, p. 413 ss.

amministrativa[35], tributaria[36], penale[37] ed internazionale[38].
Delle riflessioni che anche in queste discipline il binomio "giustizia" e "consenso" sospinge, quindi, non possono che avvantaggiarsi quelle che attraversano il diritto processuale civile, nella consapevolezza che – come sottolineava Francesco Carnelutti nelle sue *Lezioni di Diritto Processuale civile* con la lungimirante lucidità del precursore[39] – la complessità del conflitto, nel momento in cui si fa lite (o meglio: liti) giuridicamente qualificata(e), si infrange in diverse

[35] L'indagine del rapporto tra "giustizia amministrativa" e "consenso" prende abbrivio nelle pagine della Rivista dalle riflessioni introduttive e fondative di M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, cit., p. 123 ss.; riprese da P. DURET, Soft law*, ADR, sussidiarietà: una triade armonica*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 331 ss.; A. CASSATELLA, *Il procedimento amministrativo come strumento di giustizia consensuale. Potenzialità e limiti*, *ivi*, p. 117 ss.; A. D'ERRICO, *Le* Alternative Dispute Resolution *nelle controversie pubblicistiche: verso una minore indisponibilità degli interessi legittimi?*, *ivi*, 2021, p. 385 ss.; per trovare poi approfondimento in specifiche declinazioni del tema, in M. DELSIGNORE e M. MERSINI, *Gli strumenti per la composizione dei conflitti ambientali nella realizzazione delle infrastrutture per la crescita*, *ivi*, 2023, p. 445 ss.; S. TRANQUILLI, *I contratti istituzionali di sviluppo (CIS) e i modelli di risoluzione e prevenzione dei conflitti tra pubbliche amministrazioni*, *ivi*, p. 47 ss.; V. DI CAPUA, *La funzione 'mediatrice' dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie. La segreteria tecnica quale strumento di riequilibrio delle parti in lite*, *ivi*, p. 187 ss.; e, con fine analisi che intreccia l'angolatura processuale con quella amministrativistica, in F. AULETTA e A. MASSERA, *Giustizia consensuale e p.a.: l'accordo bonario per i lavori, i servizi e le forniture nel quadro degli 'altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale*, *ivi*, 2022, p. 279 ss.

[36] V. le riflessioni di L. BIANCHI, *La conciliazione giudiziale tributaria. Criticità applicative e prospettive di riforma*, in *Giustizia consensuale*, 2021, p. 147 ss.; nonché C.M. MARIOTTINI, *ivi*, 2023, p. 701 ss., nel segnalare W. HASLEHNER, T. LYONS KC, K. PANTAZATOU, G.KOFLER, ALEXANDER RUST (eds), *Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2023.

[37] Dal punto di vista penalistico dirompente è il fenomeno della c.d. giustizia riparativa, quale paradigma altro da quello punitivo, e per la cui comprensione diventa indispensabile un raffronto 'serrato' tra i due, teso ad evidenziare, da un lato, i caratteri essenziali della giustizia riparativa, quale giustizia comunitaria, dialogica, non violenta, che tenta di superare il dolore cagionato dal male criminale; dall'altro, la soluzione delle spinose questioni di un suo innesto nella giustizia punitiva che la renda complementare sul piano processuale e addirittura sostitutiva della pena sul piano sostanziale. Su benefici e criticità di questa "autentica rivoluzione" (culturale, prima che giuridica), v. le eleganti riflessioni di apertura al tema di R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 389 ss.; nonché V. BONINI, *Consenso e giustizia penale: dal mercato globale alla bottega sartoriale*, *ivi*, 2023, p. 681 ss.; e, da un punto di vista pratico-applicativo, alla luce della riforma introdotta dalla l. n. 131 del 2021 e dal d.m. attuativo n. 150 del 2022, E. MATTEVI, *Strutture e figure professionali nella disciplina organica della giustizia riparativa. Il ruolo della formazione del mediatore esperto*, *ivi*, 2023, p. 589 ss. In prospettiva comparata, dall'angolatura del dibattito spagnolo su mediazione penale e casi di violenza di genere, v. O. FUENTES SORIANO, *Riflessioni sulla fattibilità della mediazione penale nei casi di violenza di genere*, *ivi*, p. 487 ss.

[38] Offre una panoramica sul ruolo della consensualità nella gestione e soluzione del contenzioso internazionale pubblico A. CIAMPI, *La giustizia consensuale internazionale*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 3 ss.

[39] Sempre illuminante la ricostruzione sistematica offerta da F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1926, pp. 4-3, e 130-131, laddove Egli definisce il conflitto come uno scontro di interessi tra due o più soggetti, in cui il soddisfacimento dell'uno esclude (o sembra escludere) il soddisfacimento degli altri: uno scontro destinato a generare una forza centrifuga della convivenza civile. Dal conflitto si differenzierebbe, invece, la lite, identificandosi quest'ultima con il conflitto giuridicamente qualificato, in cui un soggetto pretende tutela giuridica di un interesse in contrasto con quello di un altro e quest'ultimo resiste mediante contestazione o lesione della pretesa verso di lui avanzata. Nella lite, le parti coinvolte, scontrandosi intorno al regolamento giuridico del conflitto, controverterebbero quindi tra due o più applicazioni della norma, manifestando il loro intento di non accettare soluzioni che non corrispondano alla propria valutazione normativa della fattispecie controversa.

giurisdizioni (civile, penale e amministrativa), rendendo con ciò impervia una soluzione olistica del problema che le ha generate.

6. L'impostazione interdisciplinare e 'bilingue' della Rivista

È a mente di una tale visione fondativa che si sono conseguentemente declinate impostazione e struttura della Rivista *Giustizia consensuale*.

Quanto all'impostazione, due ne sono sembrati *ab initio* gli imprescindibili tratti distintivi: l'interdisciplinarità e la doppia lingua – italiano o inglese – ammesse per la pubblicazione nella Rivista.

L'interdisciplinarità è stata sospinta, come poc'anzi si accennava, dalla percezione dell'unitarietà, pur nell'indubbia complessità, del fenomeno del conflitto, che, unico ancorché destinato a toccare piani diversi del vivere, finisce per frammentarsi in tanti contenziosi allorquando diventi conflitto giuridicamente qualificato – per riprendere, ancora una volta, la felice immagine di Francesco Carnelutti[40]. Ebbene, la consensualità, quale via di soluzione del contenzioso ammessa ad eludere la previa qualificazione giuridica del fatto imposta dallo *jus dicere*, schiude le porte all'eventuale superamento – alla 'ricucitura', direbbe Mauro Cappelletti[41] – di quella frammentazione, e così alla soluzione in radice, e perciò definitiva, del conflitto[42].

Chiaro è pertanto come una Rivista che ponga a suo oggetto di indagine e critica la "giustizia consensuale" non possa che aprirsi a tutte le discipline giuridiche che trattino del conflitto, nella convinzione che le riflessioni dell'una non possano che portare beneficio alle altre.

Verso un'esaltazione dell'interdisciplinarità, pur nel rigore scientifico di ciascun singolo sapere, muovono d'altronde, in ambito internazionale, europeo e anche domestico, i bandi di finanziamento della ricerca; approccio, questo, che pur discutibile sotto taluni profili, ha il pregio di richiamare all'unità del sapere e alla necessità di mantenere, sempre, una visione d'assieme dei fenomeni oggetto di studio[43].

---

[40] Ancora ID., *op. loc. ult. cit.*, nonché ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1926, p. 299; e ID., *Lite e funzione processuale (postilla)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 23.

[41] Così M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., p. 288, con la sua iconica definizione di "mending justice".

[42] Notava ancora F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1926, p. 14, come, sorta la lite ed avviato il processo, quella entri in questo mediante la posizione, da parte dell'attore, con il suo atto introduttivo, di una serie di questioni di fatto e/o di diritto, affinché il giudice, risolvendole, decida la lite. Spesso accade però – osservava con lucidità lo stesso Carnelutti – che le questioni portate al giudice dall'attore (e, nel contraddittorio, dal convenuto) sono solo parte di quelle che hanno generato il conflitto, con la conseguenza che "se talune questioni rimangono fuori [dal processo], il pericolo è che la lite si riaccenda in seguito sulle questioni non discusse".

[43] Come ricorda il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (https://www.mur.gov.it/it/aree-tematiche/ricerca/programmi-di-finanziamento/progetti-di-rilevante-interesse-nazionale-prin), il programma PRIN (Progetti di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale) è destinato al finanziamento di progetti di ricerca pubblica, al fine di promuovere il sistema nazionale della ricerca, rafforzare le interazioni tra università ed enti di ricerca e favorire la partecipazione italiana

Oltre che alla trasversalità, il tema della giustizia consensuale reca con sé, come sopra si cennava, quello della 'transfrontalierità', interessando, da tempi più o meno recenti, la dimensione non solo domestica, ma anche sovranazionale, europea e straniera[44]. Di qui, la convinzione che la Rivista dovesse schiudersi ad un dialogo 'linguisticamente' comprensibile anche *extra moenia*, grazie all'impiego, in alternativa alla lingua italiana, di quella inglese. Ciò è parso garanzia di visibilità e conoscibilità all'estero di una Rivista che ambisca – anche grazie alla composizione internazionale del suo Comitato scientifico – ad emergere oltre confine.

7. La struttura della Rivista e la sua progressiva articolazione in sezioni

Se questi sono i tratti che hanno segnato l'impostazione della Rivista sin dal suo esordio, la sua struttura ne ha subìto in questi primi anni di vita una progressiva evoluzione. Pur nella sua giovane età, *Giustizia consensuale* è, oserei dire, cresciuta, come deve pretendersi da un prodotto editoriale che si inserisce in un panorama già nutrito di prestigiose ed accreditate Riviste. Riviste con cui *Giustizia consensuale* si è confrontata e si confronta, con l'umiltà che deve sempre accompagnare una giovane ancorché audace impresa.

Se innegabile è, quindi, che dello studio, della frequentazione e dell'emulazione della 'grandi' Riviste *Giustizia consensuale* si sia nutrita, essendone in questo debitrice, essa al contempo ha cercato e cerca la sua individualità strutturale, determinata invero dalla specificità della materia che tratta.

Di qui la progressiva, maggiore articolazione delle sezioni in cui si divide la Rivista, che, dopo il fascicolo di esordio, è andata via via enucleando, oltre alla sezione dedicata ai Saggi, quella indirizzata all'Osservatorio su legislazione e regolamenti – intendendosi con questi anche i regolamenti di organismi, comprese le istituzioni camerali ed arbitrali, deputati alla composizione consensuale della lite – nonché quella riservata all'Osservatorio sulla giurisprudenza, chiamata a dare risposte ai tanti profili applicativi che segnano l'attuazione della normativa dedicata alla composizione consensuale nella sua connessione ed

alle iniziative relative al Programma Quadro di ricerca e innovazione dell'Unione Europea, che per il periodo 2021-2027 va sotto il nome di *Horizon Europe*, e che mira a realizzare obiettivi e attività di ricerca e innovazione che non possono essere realizzati in modo efficace dai singoli Stati membri (https://research-and-innovation.ec.europa.eu/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe_en). Entrambi gli schemi di finanziamento di progetti di ricerca esaltano l'interdisciplinarità quale valore aggiunto della forza e dell'impatto delle ricadute concrete del progetto finanziato.

[44] In questo senso le osservazioni di A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato. Conciliazione nell'arbitrato. Appunti sparsi fra diritto, psicologia e prassi*, cit., p. 53 ss.; nonché C.M. MARIOTTINI, *The Singapore Convention on International Mediated Settlement Agreements: A New Status for Party Autonomy in the Non-Adjudicative Process*, in *Giustizia consensuale*, 2021, p. 347 ss.; G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Verso una teoria generale degli accordi processuali*, cit., p. 103 ss.; Z.R. CALO, *Commercial Mediation in the Gulf Cooperation Council. The Development of ADR in the Middle East*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 317 ss.; nonché, dalla prospettiva del contenzioso generato dalla crisi familiare, M.S. COFFEE e M.A. KUCINSKI, *Arbitrating a Multi-Jurisdictional Children's Dispute*, *ivi*, p. 615 ss.

integrazione con la via giurisdizionale[45]. Osservatori cui si è aggiunto quello sulle prassi.

8. La centralità dell'attenzione alle prassi e al dato empirico quale angolo visuale per rimeditare il concetto e il servizio di giustizia e giurisdizione nonché i ruoli delle tradizionali professioni legali

L'Osservatorio sulle prassi si è rivelato d'altronde indispensabile nell'indagine delle diverse ramificazioni del tema della giustizia consensuale.

In un ambito che si pone a cavallo tra giurisdizione e vie a-giurisdizionali di soluzione del conflitto e che reclama pertanto una rinnovata riflessione sul ruolo di tutti i soggetti coinvolti – parti, avvocati, giudici, organismi chiamati ad erogare un servizio conciliativo, docenti universitari e non deputati alla formazione[46] – si intende, infatti, l'importanza di dar conto e sottoporre a verifica genesi, contenuto e diffusione di buone pratiche, promosse anche attraverso meccanismi di c.d. *soft law*, relative al componimento della controversia in via stra- e endo-processuale, *ante causam* e lite pendente[47].

---

[45] Nell'annotazione della giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sulle diverse forme di 'prossimità' tra giustizia consensuale e processo, si inseriscono, aprendo la prima apparizione nella Rivista della sezione dedicata all'Osservatorio sulla giurisprudenza, le considerazioni di D. DALFINO, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo, tra vizi di fondo e ipocrisia del legislatore*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 427 ss., a commento di Cass., sez. un., 8 settembre 2020, n. 19596, sull'onere di instaurazione del procedimento di mediazione in ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo allorché si discuta di controversia soggetta *ex lege* al tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Per un aggiornamento sugli orientamenti della giurisprudenze di legittimità in merito all'ambito applicativo della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi v. l'analisi di V. ANSANELLI, *Qualche minimo* update *sulla composizione del conflitto tramite consulenza tecnica preventiva*, *ivi*, 2023, p. 531 ss.

[46] Mettono in primo piano l'impegnativo ed urgente tema della formazione dei professionisti legali al servizio della soluzione del conflitto P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 337 ss., prec. p. 348 ss., che alla volta della riforma della disciplina della mediazione introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, avverte sul fatto che "la sveglia suona per la formazione", ed in particolare per la formazione universitaria che – alla luce della necessità indicata dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, di aggiornare gli obiettivi qualificanti dei corsi di laurea – dovrebbe orientarsi per "la previsione dell'insegnamento 'Negoziazione e Mediazione' nel corso di laurea in Giurisprudenza, ed eventualmente facoltativo negli altri corsi di laurea": essa, infatti, "è divenuta urgente, configurando la giustizia consensuale un nuovo sapere, una nuova professione, una nuova cultura per la società contemporanea"; nonché M. BOVE, *Insegnare la mediazione nell'Università*, *ivi*, p. 169 ss., che affronta la questione, teorica e pratico-applicativa, di 'come' insegnare la mediazione nel *curriculum* universitario; tema su cui v. il resoconto di A.M. FELICETTI, *Un'occasione di confronto tra Università e Organismi di mediazione. Note da un recente Convegno*, *ivi*, p. 367 ss. Dalla prospettiva del giudice, del suo ruolo di promozione della giustizia consensuale e quindi della sua necessaria formazione a riguardo v. L. BREGGIA, *Una giustizia plurale tra autonomia, responsabilità e autorità*, cit., p. 697 ss.; dalla prospettiva dell'avvocato, anche in merito ai suoi doveri deontologici, v. A. ATTI, *Profili deontologici della professione del mediatore e dell'avvocato in mediazione*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 637 ss.

[47] In questo senso prezioso è stato e continua a rivelarsi l'apporto fornito dagli Osservatori sulla Giustizia civile, quali associazioni nate spontaneamente in molti distretti giudiziari allo scopo di favorire il confronto e la collaborazione tra soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nei processi di miglioramento di qualità ed efficienza della giustizia civile (magistrati, avvocati, personale dell'amministrazione giudiziaria, professori universitari, professionisti, linguisti ed altri esperti). Ne è prova la formulazione di possibili 'correttivi' alla disciplina del processo civile consegnata dalla c.d. riforma Cartabia, avanzata

Non solo. Lo spettro di soluzioni del conflitto che un sistema integrato di giustizia offre – dalle vie a-giurisdizionali a quelle giurisdizionali – impone una prospettiva attenta al dato empirico, e così ad indagini che, da un lato, si improntano alla statistica, dall'altro, volgono attenzione all'analisi economica del diritto. In questo senso si spiegano i contributi, pubblicati in questa sezione, che rappresentano dati raccolti grazie a ricerche empiriche e restituiti anche mediante tabelle e grafici[48]. Lungi dal costituire un appiattimento del complesso tema della giustizia sui 'numeri', cui potrebbe indurre una lettura centrata sul solo dato statistico dei *reports* del *Doing Business Project* e degli *EU Justice Scoreboards*, studi di questo taglio hanno invero il pregio di avvicinare la Rivista ad un confronto con la realtà. In particolare: con quell'analisi economica del diritto che nella pratica segna – e lo dovrebbe fare in modo più scientifico che per approssimazione ed intuito – la scelta della via di soluzione più conveniente, nel senso di più appropriata, al caso concreto, nel quadro del rapporto fiduciario tra avvocato e cliente e della consulenza stragiudiziale che il primo offre al secondo.
Perché se si è detto che si compone consensualmente la lite "in the shadow of the law"[49], non può negarsi che si opti per la via più adeguata di soluzione del conflitto "in the shadow of in-court proceedings".

9. Le sfide future per un sistema integrato di giustizia co-esistenziale

È in questo orizzonte che si aprono le sfide presenti e future della promozione di un sistema integrato di giustizia; un sistema che riesca nel non facile, ma sfidante obiettivo di combinare virtuosamente modi diversi di giungere alla composizione della complessità del conflitto, in una concezione allargata di giustizia che sappia andare oltre la sua identificazione con la

dall'Assemblea nazionale degli Osservatori sulla Giustizia civile, tenutasi a Catania il 16-18 giugno 2023, e restituita da L. BREGGIA, *Una proposta degli Osservatori sulla Giustizia civile in merito alla riforma del processo civile. Tra buone prassi e auspicati correttivi al d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Giustizia consensuale*, 2023, p. 381 ss.

[48] V. i risultati di ricerche svolte 'sul campo' e restituiti da F. VALASTRO, *La mediazione in videoconferenza. Dalla situazione emergenziale agli orizzonti futuri. Dati e note a margine di un'indagine empirica*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p. 221 ss.; C. MANCUSO e A.M. FELICETTI, *Sistemi di* dispute resolution *per le università: primi spunti di riflessione*, *ivi*, p. 635 ss.; nonché, per indagini condotte *extra moenia*, A. MARIGHETTO e L. DAL PUBEL, *Consumer Protection and Online Dispute Resolution in Brazil*, *ivi*, 2021, p. 447 ss.; D. NIGMATULLINA e R. ZHU, *A Study on the Use of Mediation in Combination with Arbitration. The Experience of East Asia with Focus on Mainland China*, *ivi*, 2022, p. 181 ss.; R. BERETTA, *The Evolving Landscape of Online Dispute Resolution. A Study on the Use of ICT in International Civil and Commercial ODR*, *ivi*, 2023, p. 227 ss.

[49] In *Una giustizia "co-esistenziale"* online *nello spazio giuridico europeo?*, cit., p. 243 ss. e ivi nt. 111, chi scrive richiama il riferimento all'appropriata quanto suggestiva formula coniata da R.H. MNOOKIN e L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce*, in *Yale L. Journal*, 1979, p. 950 ss., prec. p. 968, che ammoniscono sul fatto che la via di soluzione della lite alternativa al processo non debba svolgersi "nel vuoto", ma all'"ombra della legge": è ciò che la legge assicura alle parti in caso di mancato accordo, infatti, a costituire per loro, nel negoziato, "merce di scambio", una sorta di "dotazione" ("they bargain in the shadow of the law […]. In other words, the outcome that the law will impose if no agreement is reached gives each (party) certain bargaining chips – an endowment of sorts"). È questo ciò che preserva le parti da un negoziato senza regole, e così al ribasso. Sulla stessa linea H. GENN, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2010, p. 125, che ben evidenzia come la mediazione senza la credibile minaccia di una possibile decisione giudiziaria appare come il "suono di una sola mano che applaude" ("Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping").

giurisdizione. Torna così, ancora una volta, in ciclica chiusura, il tema della co-esistenza, in termini di co-efficienza, di giurisdizione e vie a-giurisdizionali di soluzione del contenzioso.
Tema cui la giovane Rivista *Giustizia consensuale*, non all'ombra ma alla luce del faro delle 'Grandi', spera di continuare ad offrire nel futuro il suo contributo.

Silvana Dalla Bontà
Ordinario dell'Università di Trento

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



GIAN PAOLO CALIFANO

La Rivista *on line open access* www.ildirittoprocessualecivileitalianoecomparato.it

L'a. traccia la ancor breve esperienza della Rivista DPCIeC e svolge qualche considerazione sul nuovo Regolamento Anvur delle Riviste scientifiche e di fascia A.

The a. traces the still brief experience of the DPCIeC journal and makes some considerations on the new ANVUR Regulation for scientific and class A journals

Cari tutti, nel ringraziarVi ancora una volta per l'organizzazione e l'ampia partecipazione a questo Convegno, mi accorgo che abbiano notevolmente sforato i tempi previsti per la sua conclusione e che molti sono in ansia per treni e aerei che devono riportarli a casa.
Sicché, anche approfittando di ciò che sulla Rivista ha già detto Ferruccio Auletta, evito ripetizioni e mi limito a ricordare che tutto nacque dal comune intento di cari amici (Ferruccio, Giuseppe della Pietra, Fabio Santangeli, Nicola Rascio, Salvatore Boccagna, Renato Nazzini, ecc.) di immaginare una Rivista che (nelle originarie intenzioni), con le nuove tecnologie e aperta a chiunque gratuitamente, per reggersi i costi della stessa, su quello che è stato definito "mecenatismo privato", si proponesse: a) di avvicinare i giovani agli studi di diritto processuale, in ogni ssd, e, b) di interloquire con la magistratura e l'avvocatura, sul presupposto che molti dei nostri scritti risultano forse un po' troppo "autoreferenziali", con la conseguente carenza di dibattito tra Giuristi impegnati in professioni e ruoli diversi da quelli universitari.
Ciò detto, comincio col confessare un apparente paradosso: sono qui a rappresentare, appunto, una Rivista on line, mentre, contestualmente amo il cartaceo. Pur godendo, come ognuno di noi, dell'accesso gratuito alle risorse bibliotecarie dell'Ateneo, con immediato accesso a tutte le più prestigiose Riviste giuridiche, resto ad esempio abbonato personalmente ad alcune di esse (per tutte, ma non soltanto: la Rivista di Diritto processuale); e ancora compro ogni anno il Repertorio del Foro italiano in cartaceo. E ciò perché, mentre la ricerca on line finisce con l'essere molto selettiva, sfogliare un fascicolo cartaceo o compiere una ricerca giurisprudenziale sul Foro it. Rep. consente di al contempo "scoprire" molti contributi e novità che, altrimenti, facilmente sfuggirebbero alla mia attenzione.
È però innegabile che una Rivista on line open access consente, non solo immediati interventi anche "a prima lettura" sulle riforme che, direi quasi quotidianamente (sic!) il legislatore ci propone, ma anche di proporre saggi che, per ovvie ragioni, non hanno i limiti di spazio tipici del cartaceo. Saggi, quindi, anche al limite di piccole monografie. Ciò che, in tempi nei quali troppo ad ogni livello ci si informa velocemente ma superficialmente, per quanto estratto dai motori di ricerca più importanti, su siti meramente "informativi", credo costituisca indubbiamente un passo importante verso più serio approfondimento dei temi cui di volta in volta si è interessati.

Concludo con quale breve osservazione sul nuovo Regolamento per la classificazione delle Riviste, da poco approvato con Delibera del Direttivo dell'ANVUR (n. 306 del 21/12/2023). E lo faccio per ciò che mi ha destato qualche perplessità nel leggere il Regolamento medesimo (se ben l'ho ben capito). Tralascio, quindi, quanto in tema già ampiamente ricordato dall'amico e collega Dalfino.

Orbene, l'art. 11, secondo comma del predetto nuovo Regolamento stabilisce che «Ai fini dell'inclusione di una Rivista negli elenchi delle Riviste scientifiche e delle Riviste di classe A è necessario che gli organi editoriali siano composti da studiosi provenienti da Università ed Enti o Istituti di ricerca o da studiosi ed esperti provenienti da Istituzioni pubbliche e Enti privati di comprovata qualificazione e prestigio, sia italiani che esteri». La norma non mi sembra chiara. Coinvolgere taluno negli organi editoriali di una Rivista significa stimolarne l'impegno e auspicabilmente acquisirne contributi: ammessi a tali organi i docenti universitari (di qualsiasi ruolo), mi chiedo se, tanto più per una Rivista che vuol proporsi come luogo di confronto tra università, magistratura e avvocatura, sia possibile cooptare un bravo avvocato o un bravo magistrato afferente ad un ufficio giudiziario di merito (do per scontato che, alla luce della norma, possano partecipare agli organi editoriali magistrati del Consiglio di Stato e anche della Corte di cassazione).

Ancora, il medesimo art. 11, terzo comma, penultimo capoverso, prevede che «gli organi editoriali con compiti decisionali rispetto alla pubblicazione, considerati globalmente» non possano «prevedere più del 20% di componenti accademici in quiescenza (col limite massimo innalzato al 40% «in casi eccezionali e con adeguate motivazioni, su proposta del GdL e con deliberazione del Consiglio Direttivo». Ad avercene Maestri in quiescenza che vogliano ancora dedicarsi a compiti direttivi (e di ricerca) nelle riviste scientifiche! Perché limitarne il numero?

In fine: l'art. 16, primo comma, lettera b) primo capoverso, stabilisce che «ai fini dell'attribuzione della classe A, è necessario che la rivista sia sede del dibattito nazionale e internazionale rispetto al Settore concorsuale di classificazione, presentando obiettivi ed ambiti scientifici, disciplinari e interdisciplinari ad esso pienamente pertinenti; *la diffusione è inoltre comprovata dalla numerosità degli autori appartenenti alla comunità scientifica di riferimento, che devono essere in maggioranza studiosi strutturati presso università o Enti e Istituti di ricerca italiani e stranieri ovvero dotati di ampio e documentato prestigio nella comunità scientifica nazionale*». Anche qui mi chiedo perché mai un magari "stanco" contributo di un docente universitario debba essere considerato capace di stimolare importante dibattito scientifico più di un bel saggio scritto da giovane studioso esordiente.

Qui mi fermo, anche perché trovo invece assai giustificate le ulteriori norme del Regolamento. Sulle tre che ho invece segnalato, e, ripeto, ammesso che io le abbia ben interpretate, mi permetterei, con la modestia che mi è consueta, di proporre nuova riflessione o, almeno, un chiarimento.

Concludo ringraziando ancora una volta tutti voi e i tanti cari Amici e Colleghi che hanno voluto impegnare uno o due giorni di viaggio e soggiorno a Napoli, per regalarci i propri interventi. Segno, peraltro, nell'armonia che ancora sopravvive del nostro settore scientifico disciplinare, in un ambiente, quello universitario, oggi troppo "concorrenziale" per molteplici versi e motivi.

Gian Paolo Califano
Ordinario dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.



ROBERTO MARTINO – MIRKO ABBAMONTE

La Rivista *Il processo*

Nel presente contributo si riporta il breve intervento di presentazione della Rivista giuridica quadrimestrale Il processo svolto da Mirko Abbamonte alla tavola rotonda dal titolo Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile (La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale: ricerca, informazione, insegnamento - Università Federico II, 26 gennaio 2024), integrato con alcune riflessioni e considerazioni di Roberto Martino, Direttore Responsabile della Rivista.

This article features the brief presentation of the quarterly legal journal "Il Processo," delivered by Mirko Abbamonte during the roundtable discussion titled "Identity, Complementarity, and Relevance of Editorial Sources in Civil Procedural Law" (The scientific and educational communication of procedural law: research, information, teaching - University of Federico II, January 26, 2024) supplemented with some insights from Roberto Martino, the Editor-in-Chief of the journal.

La nostra giovane Rivista giuridica quadrimestrale è nata quasi come una scommessa[1]. Sul finire del 2018 abbiamo pubblicato il primo fascicolo optando per il formato cartaceo, in un periodo contraddistinto dal crescente sviluppo di portali e riviste scientifiche online e/o in open access (tra cui spicca sicuramente – per diffusione e autorevolezza – *Judicium*, la rivista online creata da Bruno Sassani, che ha fatto da "apripista") che offrono la possibilità di condividere con la comunità scientifica i risultati delle proprie ricerche quasi in tempo reale.

L'idea di dare vita ad una nuova Rivista cartacea nasce – come spiegato nella presentazione del primo fascicolo[2] – innanzitutto dalla necessità di offrire un ulteriore spazio di discussione e confronto con l'obiettivo di ribadire la centralità delle regole processuali nonché un adeguato bilanciamento di tutte le garanzie fondamentali del giusto processo.
L'esigenza di un'adeguata riflessione sui momenti centrali della giurisdizione è diventata ancora più pressante in un'epoca in cui si assiste — come ha sottolineato in un suo *Editoriale*, Romano Vaccarella[3] — al proliferare di *«una legislazione processuale contro il processo»*. Le recenti riforme del processo civile, così come anche le recenti prassi giurisprudenziali, rispecchiano un diritto processuale dello "stato di eccezione", caratterizzato da un sempre più largo approccio utilitaristico e quantitativo alle problematiche processuali, dalla promozione

[1] In questi termini si può parlare, almeno inizialmente, dell'idea che, nell'estate del 2018, Roberto Martino ha prospettato ad Emanuele Degennaro, Presidente dell'Università LUM, e che è stata subito accolta con entusiasmo da Antonio Barone e, successivamente, dagli altri amici e colleghi che attualmente compongono la Direzione scientifica della Rivista.
[2] R. MARTINO, *«Il processo». Una nuova rivista*, in *Il processo*, 2018, 3, p. 1 ss., spec. p. 3 ss.
[3] R. VACCARELLA, *Il processo civile sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Il processo*, 2018, p. 27.

dei principi a scapito delle regole procedurali, dalla graduale penetrazione del principio di sinteticità degli atti processuali, dalla delegittimazione della legalità procedurale, nonché dall'esortazione alla semplificazione ed alla flessibilità[4].

In questa cornice storica, caratterizzata dalla cronica crisi e inefficienza del sistema giudiziario, sembra essere sempre più diffusa l'idea per cui le regole processuali, in fin dei conti, rappresentano delle formalità che possono essere anche sacrificate in nome dell'efficienza del sistema giustizia, intesa essenzialmente in termini di celerità e ragionevole durata del processo e, quindi, come garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale.

A tale riguardo, però, si impone un chiarimento in ordine ai rapporti tra efficienza del sistema ed effettività della tutela giurisdizionale. Si può dire che, in termini generali, l'efficienza – riferita ad una determinata organizzazione – misura la capacità costante di rendimento e di rispondenza alle funzioni o ai fini dell'organizzazione medesima. Inteso in questi termini, il principio di efficienza, applicato al processo, dovrebbe essere indissolubilmente connesso con l'altro principio dell'effettività della tutela giurisdizionale. Pare, infatti, che – in virtù della garanzia costituzionale del "giusto processo" – la funzione principale dell'organizzazione giudiziaria sia quella di assicurare, attraverso il processo, l'effettività della tutela, attribuendo ad ogni utente della giustizia tutto quello che gli è garantito dall'ordinamento, cioè dal diritto sostanziale[5]. In effetti, nella considerazione del legislatore i due principi sono indissolubilmente connessi, nel senso che l'aumento dell'efficienza del sistema giustizia giova sempre e comunque nell'ottica della ragionevole durata dei processi e, di conseguenza, dell'effettività della tutela giurisdizionale[6].

La questione, tuttavia, merita di essere approfondita, tenendo conto del diverso piano sul quale operano oggi il principio di effettività della tutela ed il principio di efficienza della giustizia, e del reale rapporto tra i due principi.

---

[4] DI recente su questi temi A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2021, *passim*.

[5] In effetti, il processo può definirsi "*giusto*" solo in quanto conduca alla pronuncia di una decisione "*giusta*", tale cioè da dare concreta e fedele attuazione a quell'assetto di interessi astrattamente delineato dal diritto sostanziale: così, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 6° ed., I, Bari, 2023, p. 68. Sembra corretto ritenere che, secondo il diritto positivo (artt. 2907 c.c., 24 Cost., 6 CEDU), lo scopo del giusto processo concerne la tutela effettiva dei diritti. Sul punto cfr., ad es., P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, 3ª ed., Bologna, 2016, p. 30 s.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. Principî generali*, I, Milano, 2023, p. 25 ss.; nonché, quanto alla necessità che il processo consegua una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti, ai sensi dell'art. 6 e 13 CEDU, B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, 7ª ed., Milano, 2019, p. 22.

[6] Ad esempio, la legge 26 novembre 2021, n. 206, recante Delega al Governo per "*l'efficienza*" del processo civile, prevede espressamente tra i principi e criteri direttivi quello di «*assicurare la semplicità, la concentrazione e l'effettività della tutela e la ragionevole durata del processo*», con ciò saldando in un connubio indissolubile l'efficienza del processo con la sua ragionevole durata e l'effettività della tutela: così, l'art. 1, comma 5, lett. a), l. 206/2021. Cfr., anche, la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, in *Gazz. Uff. – Serie generale* n. 245 del 19 ottobre 2022, Supplemento straordinario n. 5, 1 ss., spec. 6, che richiama gli «obiettivi di "semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile"» , precisando che tali obiettivi, «pur mantenendo ciascuno una loro specificità, operano sovente, all'interno delle singole innovazioni proposte, in forma congiunta, contribuendo nel loro insieme a perseguire il valore dell'effettività della tutela giurisdizionale, che rappresenta una sorta di unitaria "stella polare" di riferimento nel sistema della giustizia civile».

Sempre più si fa strada, anche nella dimensione del processo, un approccio economicistico, di tipo utilitaristico e "quantitativo", alle problematiche processuali, che pretende di dedurre il giusto dall'utile e che, ad esempio, applica il principio di proporzionalità anche al processo civile, nel quadro di una visione utilitaristica *à la* Bentham[7]. Ne consegue che, in analogia con quanto accade per i sistemi produttivi, anche per il sistema giustizia l'efficienza viene vista essenzialmente in termini di produttività, intesa come capacità di adottare i provvedimenti che definiscono i diversi procedimenti. In altri termini, l'organizzazione giudiziaria viene riguardata alla stessa stregua di un sistema produttivo, che viene considerato efficiente quando minimizza i costi a parità di risultati o massimizza i risultati a parità di costi. Ciò che conta è perseguire l'interesse generale a che il sistema giustizia, nel suo insieme, funzioni. Data una certa quantità di risorse destinate alla giustizia, l'efficienza – così intesa - misura la celerità dell'esame delle domande di giustizia e la capacità degli uffici giudiziari di smaltire il carico del contenzioso su di essi gravante. In altri termini, il principio di efficienza riguarda direttamente la gestione delle risorse (scarse) destinate al servizio giustizia e attiene propriamente alla dimensione (quantitativa) della realizzazione dell'interesse generale al funzionamento, nel suo complesso, della macchina della giustizia.

Discorso diverso va fatto per il principio di effettività della tutela, che affonda le sue radici nel rapporto tra diritto sostanziale e processo e che viene garantito sia a livello costituzionale che internazionale (v. artt. 24 e 111 Cost.; art. 6 CEDU; art. 47 Carta dei Diritti fondamentali dell'UE) . In definitiva, il diritto alla tutela giurisdizionale va annoverato tra i diritti inviolabili della persona, in quanto funzionale alla attuazione delle situazioni soggettive previste e tutelate sul piano del diritto. Le disposizioni in esame garantiscono, altresì, l'effettività della tutela: il singolo utente della giustizia deve ottenere, attraverso il processo, tutto quello che gli è assicurato dall'ordinamento, cioè dal diritto sostanziale[8].

---

[7] Sul punto, cfr., da ultimo, A. PANZAROLA, *Principi e regole in tema di utilitarismo processuale*, cit., p. 42 ss., 49 s., ove, ad esempio, con riferimento al c.d. abuso del processo si mette in evidenza che nella fondazione giurisprudenziale della controversa nozione in esame «ha un posto di rilievo il riferimento alla attuazione di un programma con finalità collettive di gestione di una risorsa scarsa (come quella giudiziaria)», programma – aggiungerei io - che fa perno sul principio della ragionevole durata del processo, (malamente) inteso in senso oggettivo ed efficientista, piuttosto che come diritto del singolo utente della giustizia ad una tutela effettiva.

[8] Sul punto, è opportuno richiamare quanto statuito a tale riguardo dalla stessa Corte Costituzionale, con orientamento costante. «Al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere (sentenza n. 212 del 1997). L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (sentenza n. 18 del 1982): un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedimentali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione» (così, Corte Cost. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giust. Pen.* 1999, I, 161, punto 3.1.

Il principio di effettività della tutela si colloca, pertanto, in una dimensione essenzialmente individuale (qualitativa), quale diritto fondamentale di ogni utente del servizio giustizia. Viceversa, il principio di efficienza opera sul piano dell'interesse generale ad una oculata gestione delle risorse e al corretto funzionamento del sistema giustizia.

A tale riguardo, va rilevato che da molti anni, ormai, l'obiettivo primario da conseguire sul piano normativo deve essere, secondo il legislatore, quello di aumentare, nel massimo grado possibile, l'efficienza del processo, intesa come capacità di soddisfare la domanda di giustizia in tempi rapidi. La maggior parte degli interventi legislativi adottati negli ultimi anni – sino alla recente riforma Cartabia (d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) - mira, sempre più, alla introduzione di tecniche di tutela caratterizzate dalla riduzione e semplificazione delle attività processuali, con l'obiettivo evidente di "accelerare" la tutela giurisdizionale. Basti pensare alla riforma del giudizio di cassazione (d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito nella l. 25 ottobre 2016, n. 197) che - nel dichiarato intento di soddisfare l'aspirazione «urgentissima» di abbreviare i tempi del processo davanti alla Suprema Corte – ha elevato a procedimento ordinario per la decisione dei ricorsi il procedimento camerale, ulteriormente semplificato rispetto al passato. Tale scelta è stata, peraltro, confermata dalla riforma Cartabia, anzi diremmo ancor più rafforzata, ove si pensi al nuovo procedimento «per la decisione accelerata» dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati (art. 380-*bis* c.p.c., modificato dal d.lgs. n. 149/2022). Alla medesima politica legislativa, volta ad un recupero dell'efficienza del processo attraverso la riduzione e semplificazione delle attività processuali, possono essere ricondotti molti altri interventi, più o meno recenti, del nostro legislatore[9].

---

della motivazione in diritto, che richiama e riconduce a sistema una serie di suoi precedenti; cfr., in particolare, Corte Cost. 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, 2141 ss.; Corte Cost. 27 dicembre 1965, n. 98, punto 2 della motivazione in diritto, secondo cui l'inviolabilità del diritto alla tutela giurisdizionale discende anche dalla considerazione che di tale diritto è stata fatta nell'art. 6 della CEDU; Corte Cost. 2 febbraio 1982, n. 18, in *Giur. cost.* 1982, I, 138 ss.).

[9] A mero titolo esemplificativo si può richiamare la previsione, nel 2009, del nuovo procedimento sommario di cognizione (artt. 702 ss. c.p.c., inseriti dall'art. 51 l. 18 giugno 2009, n. 69), quale alternativa al rito ordinario del tribunale in composizione monocratica. Con la riforma Cartabia, l'ambito di applicazione del rito sommario, denominato processo "semplificato" di cognizione e corretto ed integrato su alcuni aspetti v. (artt. 281-*decies* e ss. c.p.c., introdotti dal d. lgs. n. 149/2022), è stato ampliato: il nuovo rito è sempre applicabile nelle cause a decisione monocratica e può trovare applicazione anche nelle cause a decisione collegiale, quando i fatti di causa non sono controversi, oppure quando la domanda è fondata su prova documentale, o è di pronta soluzione o richiede un'istruzione non complessa. Sempre a titolo esemplificativo, si pensi alle nuove ordinanze di accoglimento o rigetto della domanda, previste dagli artt. 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c. introdotti dalla riforma Cartabia. Altro significativo esempio può essere rinvenuto nella previsione della possibilità di pronunciare, con ordinanza *in limine litis*, l'inammissibilità dell'appello che non abbia una ragionevole probabilità di accoglimento (artt. 348 *bis* e 348 *ter* c.p.c., introdotti dall'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modif., nella l. 7 agosto 2012, 134). Certamente, la richiamata previsione – che tanti problemi ha suscitato sin dalla sua apparizione – è stata modificata dal d. lgs. n. 149 del 2022. Tuttavia, a seguito della riforma Cartabia il giudice di appello può pronunciare sulla manifesta infondatezza dell'appello, oltre che sulla sua inammissibilità, in forma semplificata, con sentenza motivata in maniera sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi (v. il nuovo art. 350-*bis* c.p.c.). Senza dimenticare l'introduzione, qui e là, di riti stravaganti a cognizione piena, pur dopo che il legislatore, con il c.d. decreto sulla semplificazione dei riti (d.

La previsione di strumenti processuali semplificati rispetto al paradigma ordinario di tutela, diretti a derogare a quest'ultimo nell'ottica della accelerazione della tutela giurisdizionale e dell'efficienza del processo, può porre il problema del rispetto dei diritti costituzionali fondamentali, *in primis* il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ed il diritto di difesa delle parti[10]. Ed anche quando non si scenda sotto la soglia del "minimo" costituzionale, il depotenziamento dei poteri e delle facoltà delle parti, che di norma consegue alla semplificazione del rito o comunque a scelte mirate all'efficienza del processo "a costo zero", impone comunque di valutare l'impatto sui cittadini della relativa disciplina.

Per dirla con parole di Andrea Panzarola, che esprime, a tale riguardo, serie e condivisibili preoccupazioni[11], quando si maneggia un concetto come quello di utilità collettiva, facilmente gli altri valori o aspirazioni recedono: «la dimensione *quantitativa* dell'interesse generale può fagocitare, per sua natura, i profili *qualitativi* della tutela giudiziaria individuale»; e così, «il contenuto *soggettivo* dei diritti alla giustizia si indebolisce (sino a dissolversi) sotto il fardello costituito dal categorico contenuto *oggettivo* (economicistico) di un principio 'sfrenato' (ma meglio si direbbe di un '*valore*' tirannico)»[12].

Per contrastare questa pericolosa deriva, chiunque abbia a cuore le sorti della giustizia «è chiamato a dare il proprio contributo»[13].

---

lgs. 1° settembre 2011, n. 150), aveva individuato per la cognizione piena (soltanto) tre modelli di riferimento (il rito ordinario di cognizione; il procedimento sommario di cognizione; il rito del lavoro): si pensi al processo per l'equa riparazione dei danni derivati dall'eccesiva durata dei processi, che, dopo la riforma del 2012, si articola in una prima fase di tipo monitorio ed in una seconda fase regolata dalle norme sui procedimenti in camera di consiglio ex artt. 737 ss. c.p.c. [v. art. 3 l. 24 marzo 2001, n. 89, come sostituito dall'art. 55, comma 1, lett. c), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modif., nella l. 7 agosto 2012, n. 134].

[10] Sul punto, sia consentito rinviare a R. MARTINO, *Il processo civile di fronte all'emergenza: "accelerazione" del rito e tramonto del principio di oralità*, in *Il processo*, 2023, p. 1 ss., spec. p. 10 ss., ove la questione viene approfondita con riguardo specifico alla progressiva sostituzione della trattazione scritta a quella orale e alla conseguente incidenza del criterio economicistico ed efficientistico sul principio di oralità. Considerato che il connubio, diremmo millenario, tra contraddittorio e oralità rappresenta (o, meglio, dovrebbe rappresentare) uno snodo essenziale del processo civile, il tramonto del principio di oralità può essere indicato come un aspetto emblematico degli interventi legislativi e delle interpretazioni giurisprudenziali di quest'ultimo periodo, nella direzione dell'indebolimento del contenuto soggettivo dei diritti alla giustizia sotto la spinta della dimensione quantitativa dell'interesse generale. Sui rischi di un'eccessiva semplificazione dei modelli processuali, cfr., ad es., E. M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 885 ss. In ordine, poi, al pericolo che può derivare dalla considerazione del fattore temporale in termini di riduzione massima della durata del procedimento, cfr. P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 1/2017, p. 109 ss., spec. 112 s., secondo cui il principio della ragionevole durata assume un valore "sussidiario" rispetto ad altri principi, che vanno considerati "primari", quali il diritto di difesa e l'imparzialità dei giudici.

[11] Cfr. A. PANZAROLA, *Principi e regole in tema di utilitarismo processuale*, cit., p. 55 s.; v. anche ID., *Alla ricerca dei* substantiala processus, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 680 ss.

[12] Così, A. PANZAROLA, *Principi e regole in tema di utilitarismo processuale*, cit., p. 55.

[13] Così R. MARTINO, *Il processo civile,* cit., p. 15.

Oggi però le riflessioni sul processo rischierebbero di risultare poco fruttuose e, comunque, quasi chiuse in sé stesse, ove venissero limitate alla disamina dei singoli processi giurisdizionali regolati dal nostro ordinamento, senza aprirsi ad un vero confronto che li abbracci tutti. Ciò, sia in una prospettiva sincronica – non limitata, peraltro, ai soli processi nazionali ma estesa anche alle esperienze degli altri ordinamenti, statali e sovranazionali -, sia in una prospettiva diacronica, essendo innegabile che lo studio dell'evoluzione storica degli istituti processuali, arricchisce la capacità di comprensione e di applicazione, da parte dell'interprete, anche della disciplina vigente.

Tale metodo di indagine è, per la verità, già suggerito dai plurimi interventi legislativi e giurisprudenziali che, da sempre, hanno assegnato al processo civile una funzione di punto di riferimento per (molti) altri processi. È sufficiente qui ricordare che, anche dopo la recentissima riforma del processo tributario (d. lgs. 30 dicembre 2023, n. 220), l'art. 1, comma 2, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, continua a disporre il rinvio alla disciplina del codice di procedura civile per tutto quanto non disposto dalle norme speciali ivi contenute, e con esse compatibili.

Ma il discorso è più profondo, affonda le sue radici nella stessa Carta costituzionale e riguarda tutti i processi giurisdizionali. Come ha ricordato anche Francesco Luiso nel suo precedente intervento, i principi del giusto processo cristallizzati nell'art. 111 della Costituzione non riguardano esclusivamente la giustizia civile ma si riferiscono al fenomeno processuale nel suo complesso.

Emblematica, a tale riguardo, è la complessa vicenda giurisprudenziale relativa all'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost., che ha interessato le alte Corti italiane ed europee ed è culminata nella pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Randstadt*[14]. Tale complessa vicenda induce nuovamente ad interrogarsi sulla essenza del principio di unità funzionale della giurisdizione. Non conta che la funzione giurisdizionale sia esercitata da un solo ordine o da più ordini giurisdizionali. Ciò che conta veramente, ai fini della garanzia del cittadino alla tutela giurisdizionale, è che alle magistrature diverse dall'ordinaria venga assicurato il necessario quoziente d'indipendenza, che valga a garantire, a livello istituzionale, la loro terzietà ed imparzialità; e che vengano, altresì, assicurate alle parti tutte le altre garanzie funzionali ad un corretto esercizio del potere giurisdizionale.

In altri termini, il disegno costituzionale può dirsi compiutamente realizzato soltanto in quanto, a prescindere dalle diversità degli organi della giurisdizione, la pronuncia di merito sia emessa all'esito di un processo «giusto», condizione prima per pervenire ad una decisione che si manifesti come «giusta», tale, cioè, da dare concreta e fedele attuazione a quell'assetto di

[14] Cfr. Corte Giust. UE, 21 dicembre 2021, *Randstadt*, su cui v., se vuoi, R. MARTINO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla* querelle*, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura*, in *Il processo,* 2021, p. 566 ss.

interessi astrattamente delineato dal diritto sostanziale.
Al di là del fatto che, con riferimento ai giudici speciali, restano ancora dubbi sulla loro effettiva indipendenza e professionalità, ciò che preme qui rilevare è che l'effettività della tutela davanti alle diverse giurisdizioni implica l'applicazione di regole procedurali rispondenti ai principi del «giusto processo», in maniera conforme da giurisdizione a giurisdizione. Non è possibile, in altri termini, che il giudice amministrativo o il giudice contabile adottino una interpretazione di una norma processuale in contrasto con i principi del «giusto processo» e tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda; mentre, se la domanda fosse stata proposta davanti al giudice ordinario, questi avrebbe adottato una soluzione in linea con quei principi costituzionali tale da condurre alla pronuncia sul merito; e viceversa. Il pluralismo organizzativo delle giurisdizioni non può andare a discapito dei diritti dei cittadini ad un provvedimento sul merito, nel pieno rispetto delle regole sul «giusto processo».
Pur nel pluralismo organizzativo, ciò che conta veramente – secondo la Costituzione – è la «unicità dei tratti della tutela giurisdizionale»[15], da qualunque organo essa venga impartita. Il pluralismo delle giurisdizioni risponde all'esigenza di assicurare a certe categorie di controversie giudici maggiormente adeguati alla loro decisione. Ciò non toglie, però, che il loro compito è quello di rendere giustizia, e renderla tutti i giudici secondo particolari contenuti e tratti definiti già nella Costituzione. Il problema, allora, non è soltanto quello di assicurare l'univoca lettura delle singole regole processuali che disciplinano l'esercizio della giurisdizione amministrativa, contabile, ordinaria. Il problema è anche assicurare una univoca lettura delle norme costituzionali sulla giurisdizione, in maniera tale che i tratti comuni delineati per l'esercizio dell'attività giurisdizionale vengano rispettati in tutti i processi, soprattutto per scongiurare il rischio di denegata giustizia.

Di qui l'idea, che caratterizza e distingue la nostra Rivista nel panorama scientifico ed editoriale italiano, di creare un ulteriore spazio per condividere riflessioni, idee ed esperienze di studiosi di diversa estrazione. Come è stato sottolineato nella presentazione della Rivista, «*gli studi processuali non devono avere un ambito meramente settoriale ma devono superare gli steccati ed aprirsi al confronto con gli altri e diversi settori interessati dal fenomeno processuale*».
Questo spiega anche il titolo della rivista, semplice ed essenziale, che però al tempo stesso racchiude il minimo comun denominatore di una attività scientifica e professionale che abbraccia una pluralità di settori scientifici.
La necessità di aprirsi ad un confronto più ampio, che superi i confini tracciati dai singoli settori processuali, è ben descritta da Remo Caponi, il quale scrive *«Per chi avverte in modo pressante*

[15] Così, I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici «speciali» (sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 cost.)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, p. 1383 ss., ora in I.M. MARINO, *Scritti giuridici*, a cura di A. Barone, II, Napoli, 2015, 891 ss., p. 912.

l'esigenza di immergere la sua opera nella propria stagione di vita, senza rimanere schiavo dello spirito del tempo, non vi è forse momento più opportuno di quello attuale per vivere un intenso momento di meditazione. Infatti, nelle fasi di radicale cambiamento dei fondamenti della vita individuale e della convivenza delle comunità, cresce il bisogno di fare il punto della situazione, allargando il quadro dei punti di vista sostenibili, e così di distinguere ciò che è durevole da ciò che è caduco nel nostro modo di essere al mondo e di vedere le cose della vita. Riflessioni di questo genere non si possono condurre nell'isolamento personale e nel chiuso della propria disciplina scientifica, ma aprendosi al dialogo»[16].

Logica conseguenza dell'idea di fondo che anima il progetto della nuova Rivista è la costituzione di una Direzione scientifica che copre pressoché tutte le aree interessate dal fenomeno processuale. Una Direzione composita: sia per la varietà delle aree rappresentate, sia per la varietà delle Università da cui provengono i Direttori, italiani e stranieri; sia, infine, per la presenza di alcuni maestri accanto a studiosi giovani e meno giovani, tutti riconosciuti nelle comunità scientifiche di riferimento.

Alla base del nuovo progetto vi è, però, anche una ulteriore ragione di ordine pratico. Come è stato più volte evidenziato nel corso della Tavola rotonda, oggi anche «il numero dei contributi offerti alle nostre riviste è cresciuto vistosamente, con la duplice conseguenza che talune di esse sono state costrette a prevedere limiti dimensionali che fino a qualche tempo fa sarebbero apparsi innaturali, e che i tempi di pubblicazione si sono inevitabilmente allungati». Da qui il convincimento che l'apertura di ulteriori spazi per i cultori del fenomeno processuale, qualunque sia il settore dell'intervento giurisdizionale, possa rappresentare, di per sé, una positiva novità[17].

Un altro aspetto fondamentale da porre in risalto in questa sede è il ruolo delle Università. Crediamo che la nostra Rivista sia una delle pochissime riviste, se non forse l'unica, ad essere interamente finanziata e sostenuta da una Università. Sin dal primo momento in cui gli è stata prospettata l'idea di una nuova rivista processuale il prof. Emanuele Degennaro, Presidente della LUM "Giuseppe Degennaro" vi ha aderito con entusiasmo e ne ha reso possibile l'attuazione creando tutte le condizioni necessarie per poter avviare il nuovo progetto editoriale. Un sostegno fondamentale che ancora oggi la LUM continua ad assicurare e che ha ci consentito di ottenere il prestigioso riconoscimento della collocazione nella lista ANVUR delle riviste di classe A.

[16] R. Caponi, *Frammenti di teoria del processo civile Una premessa introduttiva*, in *Il processo*, 2019, p. 10 s.
[17] R. Martino, *«Il processo»*, op. loc. cit.

In conclusione, è naturale interrogarsi sulle nuove sfide che la nostra giovane Rivista è chiamata ad affrontare.

Sono passati più di vent'anni da quando, con le Dichiarazioni di Budapest (2002) e Berlino (2003) la comunità scientifica ha evidenziato la necessità di garantire l'accesso libero e gratuito online all'informazione scientifica, in un'ottica di equità, progresso e disseminazione di saperi. Tuttavia, solo quando, oltre dieci anni dopo, le istanze Open Access sono state fatte proprie da parte dei più importanti enti finanziatori della ricerca a livello nazionale e internazionale, il principio dell'accesso aperto si è (in parte) realizzato. Va segnalata in questa direzione la specifica richiesta, formulata nei bandi di finanziamento competitivo della ricerca, che le pubblicazioni frutto dei progetti finanziati siano *open access*, a fronte, in caso contrario, di una riduzione del finanziamento concesso. Anche il Programma Nazionale per la Ricerca 2021-2027 - Piano nazionale per la scienza aperta[18] si pone l'obiettivo di facilitare il reperimento in rete delle pubblicazioni scientifiche senza costi per l'utente e senza barriere giuridiche e tecniche.

È evidente che oggi la vera sfida che le riviste scientifiche dovranno affrontare è quella di iniziare ad adeguarsi concretamente a questo epocale cambiamento. La qualità della ricerca ne trarrà sicuramente giovamento.

A tale stimolante sfida *Il processo* non intende certo sottrarsi, se necessario anche attraverso nuove scelte organizzative ed editoriali che possano facilitare l'epocale cambiamento legato al libero accesso alle pubblicazioni scientifiche, senza barriere giuridiche e tecniche.

Roberto Martino
Ordinario dell'Università "G. D'Annunzio" Chieti-Pescara

Mirko Abbamonte
Associato dell'Università LUM Giuseppe Degennaro

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024.

[18] Il cui documento è reperibile su sito del Ministero (https://www.mur.gov.it/sites/default/files/2022-06/Piano_Nazionale_per_la_Scienza_Aperta.pdf).



FRANCESCO PAOLO LUISO

La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale: ricerca, informazione, insegnamento

Considerazioni conclusive

L'a. presenta le osservazioni conclusive all'esito del Convegno organizzato dalla Rivista trimestrale open access "Il Diritto processuale civile italiano e comparato"

The a. submits concluding remarks at the outcome of the conference organised by the open access quarterly journal 'Il Diritto processuale civile italiano e comparato'.

Qualche considerazione finale sugli interessanti e variegati interventi. Vorrei partire dal titolo di questo incontro, che è "La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale". Il titolo non precisa diritto processuale *civile*, anche se poi tutti hanno parlato appunto di questo.

Il fatto è che quello che oggi è il diritto processuale civile come si insegna è, per ragioni storiche, solo una parte del diritto processuale civile. Ad esempio, il diritto concorsuale è rimasto fuori sol perché nelle precedenti codificazioni era contenuto nel quarto libro del codice di commercio. Se non ci fosse stato il quarto libro del codice di commercio, probabilmente oggi sarebbe trattato all'interno del c.p.c., come lo è l'esecuzione forzata singolare.

Così il diritto processuale amministrativo è rimasto all'interno del diritto amministrativo. Quando ai miei tempi ho studiato il diritto amministrativo, che era un corso biennale, il libro di testo era lo Zanobini: nel primo anno del biennio si studiava il diritto amministrativo sostanziale, al secondo anno il diritto amministrativo processuale,

Dobbiamo quindi vedere cosa ha in comune il diritto processuale non penale. Quest'ultimo sta a parte perché risponde ad una logica del tutto diversa.

Il diritto processuale in senso lato civile è il sistema di tutela dei diritti. E dobbiamo portar dentro anche le cosiddette ADR, che sono erroneamente definite come giustizia complementare. Ma non è così, perché complementare vuol dire qualcosa che viene dopo, mentre le ADR vengono prima, così come la cura medica precede la cura chirurgica. Come prima di farsi tagliare il dito si cerca di curarlo con una pomata o con antibiotici, così prima di rivolgersi ad un meccanismo aggiudicativo (giurisdizione o arbitrato) si cerca di vedere se la controversia può risolversi in via negoziale.

Ma se il diritto processuale – e qui sto parlando della giurisdizione e dell'arbitrato – è un sistema di tutela dei diritti, ciò significa che esso ha una sua logica interna, paragonabile a quella dei principi matematici che sono gli stessi sia in un sistema decimale sia in un sistema binario. Pertanto, se noi partiamo da certi postulati – se cambiamo i postulati, il discorso cambia: nel diritto processuale comunista sovietico i postulati erano del tutto diversi; ed anche

in quello nazista, se ricordiamo l'articolo di Calamandrei sull'abolizione del processo civile in Germania – per cui il diritto processuale è al servizio del diritto sostanziale, deve attuarlo e non modificarlo; per cui deve dare tutto quello e proprio quello che prevede il diritto sostanziale; per cui la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione, tutti principi contenuti nelle carte costituzionali nazionali e supernazionali, allora tutto questo comporta che ci sono dei principi necessari che si applicano a qualunque sistema normativo che a quei postulati si ispira.
Per mutare questi principi, occorre mutare i presupposti. Ciò fa sì che vi sono delle conseguenze necessarie, che si riflettono appunto sul manuale. Occorre far capire quali sono questi principi, spiegando agli studenti che il diritto processuale è più semplice del diritto sostanziale, perché fra il diritto di famiglia e la trascrizione delle domande giudiziali c'è un abisso, mentre fra gli effetti della successione nel diritto controverso e gli effetti del pignoramento non c'è un abisso, perché ritorna la stessa logica: la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione. E in questo contesto non si deve usare uno strumento eccessivo, come nel nostro previgente codice nel quale si prevedeva la nullità dell'atto di alienazione del bene pignorato, bensì applicare il principio del minimo mezzo, e deflettere dalle norme sostanziali quanto basta per raggiungere lo scopo, prevedendo così la inopponibilità della alienazione al creditore procedente ed ai creditori intervenuti, e non la nullità della stessa.
È chiaro che in questa ottica la giurisprudenza è fondamentale, e non perché ha sempre ragione, ma perché essa fornisce i problemi che sono effettivamente sorti. Personalmente ho fatto un'esperienza di questo tipo. Nel 1992 ho scritto un libro sul processo del lavoro, ed ho studiato la giurisprudenza dei precedenti venti anni ed i manuali sulla materia scritti nell'imminenza della riforma. Ebbene, la maggior parte dei manuali non ci aveva indovinato, perché aveva trattato problemi che poi si erano rivelati inesistenti, e non aveva visto invece problemi che l'esperienza aveva rivelato esistenti.
Quindi, se la Cassazione mi dice che la decisione nel merito comporta che il giudice abbia deciso implicitamente sulla sussistenza della giurisdizione, occorre ribadire nettamente che questa è una stupidaggine. Se poi il legislatore introduce una norma come l'attuale art. 37 c.p.c., allora la limitazione del rilievo della carenza relativa di giurisdizione al giudizio di primo grado va benissimo: è una soluzione apprezzabile. Ma se poi il legislatore scrive che il difetto relativo di giurisdizione può essere rilevato dalla parte – ovviamente non dall'attore: il principio di autoresponsabilità di cui all'art. 157 c.p.c. lo vieta – solo se oggetto di uno specifico motivo di impugnazione, l'interprete deve distinguere: una cosa è il motivo di impugnazione quando la questione di giurisdizione è stata decisa, altra cosa è il motivo di impugnazione quando l'eccezione di giurisdizione non è stata sollevata in primo grado. Nel primo caso si tratterà di un vero e proprio motivo di impugnazione, che onera chi lo utilizza di motivare le

ragioni del suo dissenso; nel secondo caso non c'è niente da "impugnare", e quindi il motivo di impugnazione equivale ad una mera proposizione dell'eccezione.
Per concludere: il manuale che scrissi a suo tempo lo scrissi sulla base delle lezioni che avevo fatto, guardando negli occhi gli studenti, per percepire uno sguardo attonito – che dà il segnale di non essersi spiegati bene – oppure uno sguardo sorridente – che conforta di essere stati chiari – e ciò è fondamentale.
Non voglio tediarvi oltre, e vi ringrazio della vostra attenzione.

Prof. Francesco Paolo Luiso
Presidente dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCIeC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024

INDICE

Speciale Riforma

LUIGI ROSARIO LUONGO

I COMPONENTI DEGLI UFFICI PER IL PROCESSO E LA SELEZIONE DEI PRESUPPOSTI DI «MEDIABILITÀ» DELLA LITE 1

FABIO SAVINO

SUL RAPPORTO TRA NULLITÀ DELLA SENTENZA E PREGIUDIZIO EFFETTIVO: LA MODIFICA DELL'ART. 101 C.P.C. COMMA 2, PUR EVOCANDO IL PREGIUDIZIO EFFETTIVO E FACENDO RIAFFIORARE I DUBBI CHE LE SEZIONI UNITE AVEVANO CHIARITO, NON FONDA IL POSSIBILE RICONOSCIMENTO NORMATIVO 79

MARCELLO STELLA

IL GIUDICE GARANTE DEL CONTRADDITTORIO: IL NOVELLATO ART. 101 C.P.C. E I RIFLESSI IN MATERIA DI INVALIDITÀ PROCESSUALE 101

FEDERICO FERRARIS

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA FORMAZIONE DI MEDIATORI (CIVILI) E FORMATORI: "MUCH ADO ABOUT NOTHING"? 194

Saggi

RAFFAELE SANTORO

L'ANIMA DEL PROCESSO MATRIMONIALE CANONICO TRA DINAMICHE PASTORALI E PROIEZIONI SINODALI 17

GIAN PAOLO CALIFANO

LA CORREZIONE DEI PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE TOGATO E DEGLI ARBITRI.....26

CLAUDIO DE FALCO

IL PERFEZIONAMENTO DELLA NOTIFICA TELEMATICA IN CASO DI CASELLA PEC DEL DESTINATARIO "PIENA" 69

GIULIO NICOLA NARDO

LA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE NEL SISTEMA DELLA TUTELA DEI DIRITTI 116

TERESA ARRUDA ALVIM

PROSPECTIVE OVERRULING ALLA BRASILIANA – CON IL CONTRAPPUNTO DELL'OVERRULING ALL'ITALIANA.....150

LUCIA D'ARCANGELO

I CRITERI DI COMPETENZA ALTERNATIVI CONCORRENTI POSTI DALL'ART. 413, COMMA 2, C.P.C. E L'AMBITO OPERATIVO DI APPLICAZIONE DELLA PROROGATIO DEL CRITERIO DELLA DIPENDENZA 180

ANTONIO ANGIOI

IL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI NEI RAPPORTI DI DIRITTO PRIVATO E I RELATIVI MEZZI DI TUTELA GIURISDIZIONALE 214

GUIDOMARIA DE CESARE

LA NON FINALITY-RULE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ISRAELIANO: POSSIAMO FARE A MENO DELL'IRRETRATTABILITÀ DELLA COSA GIUDICATA?.....237

GUERINO BIASUCCI

OSSERVAZIONI SULLA DOVEROSITÀ DELLA NOTIFICA AL CONTUMACE DELL'ATTO DI INTERVENTO DEL SUCCESSORE A TITOLO PARTICOLARE EX ART. 111 C.P.C. 250

Speciale convegno « La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento»

FERRUCCIO AULETTA

INTRODUZIONE 258

ILARIA PAGNI

SCIENZA GIURIDICA ED EDITORIA: LO STATO DELL'EDITORIA SCIENTIFICA E IL DIRITTO PROCESSUALE 261

DOMENICO DALFINO

I PERIODICI DI INFORMAZIONE SCIENTIFICA E IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE 273

ANDREA PANZAROLA

LA CLASSIFICAZIONE DELLE FONTI E IL RUOLO DELLE SOCIETÀ SCIENTIFICHE: L'ASSOCIAZIONE ITALIANA FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO CIVILE 283

GIAMPIERO BALENA

INTERVENTO SU "MANUALI E MATERIALI PER LA DIDATTICA DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE" 292

ANTONIO CARRATTA

IL RUOLO DEI MANUALI NELLA DIDATTICA DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE 295

CESARE CAVALLINI

MANUALI, MATERIALI E IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE OGGI 309

GIUSEPPE DELLA PIETRA

RIFLESSIONI IN PUNTA DI PENNA SULL'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE ALL'ALBA DEL NUOVO MILLENNIO 322

GIUSEPPE RUFFINI

L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE E I MANUALI.....325

ELENA D'ALESSANDRO

RICERCA, INFORMAZIONE E DISSEMINATION IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE: LA BANCA DATI DI MERITO PUBBLICA (OBIETTIVO PNRR M1-C1 RIFORMA 1.8).....333

VALENTINA CAPASSO

OPEN DATA GIUDIZIARI, PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E ACCOUNTABILITY DEL GIUDICE: ESPERIENZE STRANIERE.....350

SALVATORE BOCCAGNA

CENTO ANNI CON LA RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE.....363

ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA

LA RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE.....368

AUGUSTO CHIZZINI

IL GIUSTO PROCESSO CIVILE.....374

MAURO BOVE

SULLA COMUNICAZIONE DEL DIRITTO DELL'ARBITRATO.....380

SILVANA DALLA BONTÀ

GIUSTIZIA CONSENSUALE. SULLE RAGIONI DI UNA NUOVA RIVISTA.....386

GIAN PAOLO CALIFANO

LA RIVISTA ON LINE OPEN ACCESS WWW.ILDIRITTOPROCESSUALECIVILEITALIANOECOMPARATO.IT.....402

ROBERTO MARTINO – MIRKO ABBAMONTE

LA RIVISTA IL PROCESSO.....405

FRANCESCO PAOLO LUISO

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....414

Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo, salvo diversamente specificato, sono stati sottoposti a blind peer review, secondo il procedimento descritto nella Rivista, sub Referaggio.