



GUIDOMARIA DE CESARE

Trasparenza della motivazione e divieto di citare autori giuridici: spunti per il progressivo superamento di un superstizioso divieto (e per dirla *a là* Lucrezio: *tantum religio potuit suadere malorum*)*

Alla crescente sfiducia nell'operato della magistratura contribuiscono norme come l'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c., nella misura in cui fa divieto di citare autori giuridici, pregiudicando la trasparenza della motivazione. Tale disposizione, che sarebbe piaciuta all'Arouet, tradisce un ottimismo illuminista, per cui tutto il diritto starebbe nel Codice, alimentando la "chiusura epistemica" della giurisprudenza. Questo divieto da anacronistico diviene incostituzionale in quelle materie in cui, per ragioni istituzionali, non può formarsi nomofilachia, quali la volontaria giurisdizione o quella cautelare. In tali settori dovrebbe auspicarsi un'apertura al dialogo con la dottrina per garantire trasparenza e controllabilità dell'operato della magistratura. Gli effetti deflativi generali che questo genere di ragionamenti porta con sé non sono da sottovalutare: l'esplosione del contenzioso in materia cautelare è dovuta anche all'assenza di una guida nomofilattica, cui non può ovviamente supplire l'art. 363 c.p.c., perché la logica dell'*homo oeconomicus* sconsiglia di coltivare un'impugnazione destinata all'inammissibilità, né l'art. 363 *bis*, perché il costo della sospensione non è sempre sostenibile, a più forte ragione nell'ambito dei procedimenti sommari. Il superamento di questo divieto potrebbe condurre alla nascita di una sorta di "nomofilachia dal basso", ad una nuova epoca di dialogo tra i formanti, alla valorizzazione dal punto di vista ermeneutico della *soft law*, massima espressione dell'esperienza dottrinale, e dunque a una maggior trasparenza della motivazione.

The progressive erosion of public trust in the judiciary is also fuelled by provisions such as Article 118(3) of the Implementing Rules to the Code of Civil Procedure, insofar as it prohibits the citation of legal scholarship, thereby impairing the transparency of judicial reasoning. Such a provision – one that would likely have appealed to Voltaire – reflects an Enlightenment-inspired belief that law is contained within the Code, thus fostering a form of "epistemic closure" in judicial decision-making. What was once merely anachronistic becomes constitutionally problematic in those areas of law where, for institutional reasons, no consistent body of precedent or authoritative interpretative guidance can emerge – such as non-contentious jurisdiction or interim (provisional) proceedings. In these fields, openness to dialogue with academic legal writing may be constitutionally required in order to ensure transparency and accountability in the exercise of judicial power. The broader systemic effects of this approach should not be underestimated. The surge in interim litigation is also attributable to the absence of interpretative guidance at the apex level. Neither Article 363 nor Article 363-*bis* of the Code of Civil offer an effective substitute. From a rational-choice perspective, litigants are disincentivised from pursuing remedies likely to be declared inadmissible; nor is recourse to preliminary rulings always viable, given that the costs associated with a stay of proceedings are not

invariably sustainable, especially in the context of summary proceedings. Overcoming this prohibition could foster the emergence of a form of “bottom-up harmonisation of case law”, based on a renewed dialogue between courts and legal scholarship. It would also enhance, from an interpretative standpoint, the role of soft law – understood as the most refined expression of doctrinal elaboration – and thereby contribute to greater transparency in judicial reasoning.

Sommario: 1. L’anacronistico divieto di citare autori giuridici nelle sentenze: criticità. – 2. L’evoluzione storica del divieto di citare autori giuridici. – 2.1. Segue: il divieto nell’ordinamento italiano. – 3. Ragioni del superamento del divieto di citare autori giuridici nei settori del contenzioso in cui non è garantito l’accesso al giudizio di legittimità. – 3.1. Segue: il problema della reclamabilità dell’ordinanza che autorizza la descrizione industrialistica. – 3.2. Implicazioni della risoluzione della questione in un senso o nell’altro. – 4. Divieto di citare autori giuridici e *soft law*. – 5. Conclusioni.

1. L’anacronistico divieto di citare autori giuridici nelle sentenze: criticità.

Il pulviscolare frammento delle scienze dello spirito (*Geisteswissenschaft*) di cui siamo ad occuparci in questa sede conferma, ancora una volta, che la storia umana segue una traiettoria tutt’altro che lineare, secondo la logica dei “corsi e ricorsi storici”¹. È sufficiente evidenziare che l’assoluto divieto di citare autori giuridici nella motivazione delle sentenze – divieto certamente posto da una *lex imperfecta*², ma che resta comunque *lex*, esprimendo come tale delle linee di indirizzo che non possono certo essere trascurate in sede di ricostruzione del reale funzionamento del sistema di amministrazione della giustizia – ha subito negli ultimi tempi una sorta di modificazione genetica³. Il predominio della giurisprudenza sugli altri formanti si è tradotto nella funzione para-dottrina della Corte di cassazione: non saranno di certo sfuggite le “sentenze trattate” degli ultimi anni, il cui ecumenismo è sicuramente apprezzabile nell’ottica di evitare il contenzioso satellitare, così come la crescente

* Il presente contributo sviluppa la relazione tenuta al convegno «*Prova e teoria della decisione*» organizzato in data 08.05.2026 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Brescia.

¹ Come chiarito al § 2.

² In tal senso, cfr. Cass., 23 ottobre 2001, n. 12999; Cass., 6 giugno 1994, n. 8184. È però curioso osservare che in passato la contravvenzione del divieto di citare autori giuridici era severamente sanzionata. Per esempio, la Costituzione emanata dal Duca di Urbino nel 1613 sanciva che la violazione del divieto fosse prevista «[S]otto pena al Giudice che contraverà della privazione dell’Uffizio, agl’Avvocati e Procuratori della privazione dell’esercizio della professione loro, et alla Parte della perdita delle ragioni d’applicarsi alla parte osservante». In argomento, v. M. MORELLO, *Il problema delle citazioni nella crisi del diritto comune. Interventi a carattere antigiurisprudenziale in alcuni ordinamenti italiani tra XV e XVIII secolo*, in *Studi Urbinati*, 1-2, 2017, p. 161 ss., spec. 183 ss.

³ Per la ricostruzione storica del divieto nell’ordinamento italiano, v. M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l’art. 118 delle disposizioni per l’attuazione del vigente Codice di procedura civile italiano*, in *Riv. dir. rom.*, XIII, 2013, p. 1 ss.

enunciazione di principi di diritto nell'interesse della legge⁴, che però forse deviano la giurisdizione dal suo ruolo tradizionale: il giudice risponde ad un bisogno di giustizia, risolve un conflitto di interessi e non dà pareri⁵. Il suo dovere – *recte*: potere – decisorio dipende dalla proposizione di una specifica domanda giudiziale⁶. Sicché il tradizionale divieto di citare autori giuridici di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c.⁷, frutto di un ingenuo ottimismo illuminista, per cui tutto il diritto starebbe nel Codice, può forse oggi giustificarsi alla luce della considerazione per cui tutto il diritto *sta* nella giurisprudenza o, per dirla, con una metafora cara ai sostenitori del realismo giuridico⁸, «*law is what the judge had for breakfast*⁹». Questo genere di ragionamenti

⁴ Su cui v. il lavoro monografico di E. ODORISIO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino, 2018, p. 159 ss., spec. 258 ss., il quale peraltro esclude che tale possibilità possa configurare un'anomala forma di "giurisdizione consultiva". A proposito della portata sistematica dirompente dell'istituto, definito non a torto una sorta di *certiorari* in stile italico, v. le lucide pagine di C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*², Padova, 2012, p. 372 ss., spec. 375 ove viene messo in evidenza che «[N]el campo poi dei provvedimenti in camera di consiglio e di volontaria giurisdizionale la possibilità che venga proposto ricorso in perfetta consapevolezza della sua inammissibilità è da valutarsi con favore in quanto dopo l'accoglimento del ricorso, sia pure senza incidere sulla esistenza del decreto ritenuto illegittimo, l'ampia possibilità di modifica e di revoca da parte del giudice della volontaria giurisdizione potrà consentire di nuovo un corretto esercizio dei suddetti poteri di amministrazione in forma giurisdizionale di interessi privati».

⁵ Sembra essere questa l'idea che emerge da una delle (poche) sentenze edite in cui è menzionato il divieto di cui all'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c.: cfr. Cass., 19 maggio 2010, n. 12259, la quale ha dichiarato inammissibile il motivo di ricorso articolato ai sensi del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. (nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006) con cui il ricorrente aveva censurato la sentenza impugnata nella parte in cui, a fronte della presentazione di una nutrita bibliografia giuridica sul tema della presunzione di secondo grado, ne aveva affermato incidentalmente l'incompletezza, richiamando poi la norma sul divieto di citare autori giuridici nella motivazione delle sentenze per giustificare la mancata motivazione del giudizio di incompletezza. Secondo la S.c., «la censura è inammissibile, perché, a parte [...] l'irrelevanza della questione per la risoluzione della presente controversia, essa mira ad ottenere dalla Corte e, per suo tramite, dal giudice d'appello, la risoluzione, in sede giurisdizionale, di una discussione sulla prevalenza degli orientamenti dottrinali in tema di presunzione. Si tratta di un'attività propria della scienza giuridica, che trova la sua sede tipica nella relativa letteratura e che è, invece, implicitamente preclusa al giudice dal R.D. 18 dicembre 1941, n. 1368, art. 118, comma 3. Non che il giudice possa ignorare che tra i formanti del diritto opera, con la forza che riesce ad esprimere con la sua capacità dimostrativa nell'interpretazione normativa, anche la dottrina giuridica, ma egli deve utilizzare i suoi contributi in quei termini concettuali e sostanziali che siano strettamente strumentali rispetto alla risoluzione del caso controverso, restandogli precluso l'esame di tutte le questioni che, come quella qui prospettata, potrebbero essere risolte solo nella forma necessaria della documentazione bibliografica». Di certo non è compito del giudice affermare quale sia la dottrina prevalente su una certa questione, né la mancata motivazione sul punto può essere dedotta quale motivo di impugnazione.

⁶ A proposito della correlazione fra domanda giudiziale e potere/dovere decisorio del giudice: T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1965, p. 700 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, p. 122 ss.; V. COLESANTI, *Papillons (in tema di giustizia della decisione e poteri delle parti e del giudice)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 569 ss.

⁷ Su cui v. G. GORLA, *Civilin Judicial Decisions. An Historical Account of Italian Style*, in 64 *Tulane Law Review*, 1970, p. 747 ss.; A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del Codice di procedura civile. Commento aggiornato con le riforme*, Milano, 1992, p. 330; M. NUNZIATA, «In ogni caso [nella motivazione della sentenza] deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici»: la persistente attualità dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c., in *Nuovo Diritto*, 1994, p. 878 ss.

⁸ Su cui è d'obbligo rimandare alla classica esposizione di G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, p. 199 ss.

⁹ Merita osservare che proprio negli ordinamenti in cui, per effetto dell'eredità del realismo giuridico, è istituzionalmente riconosciuta alla giurisprudenza una funzione paranormativa, il dialogo con la dottrina tende a essere reso esplicito nella motivazione delle decisioni. Le pronunce dei giudici americani, tanto delle Corti federali quanto della Corte Suprema, sono

è condivisibile perlomeno rispetto a quei settori del contenzioso in cui è data la garanzia del ricorso per cassazione: la possibilità di adire la S.C. implica che le parti potranno sempre giovare della sua guida “nomofilattica”, la quale rende probabilmente superflua la citazione di autori giuridici. La correlazione tra la funzione istituzionale della S.C., scolpita nell’art. 65 del R.d. n. 12 del 1941¹⁰, e il divieto per i giudici di citare autori giuridici nei settori del contenzioso in cui è data la garanzia del ricorso straordinario¹¹, induce però ad azzardare un ragionamento *a contrario*: tale divieto sembra non avere ragion d’essere – alimentando peraltro sospetti di incostituzionalità¹² – in quelle materie in cui, per ragioni istituzionali, non è riconosciuta la garanzia del ricorso straordinario e, dunque, non può fisiologicamente formarsi nomofilachia, quali la volontaria giurisdizione o la tutela cautelare¹³. In tali settori l’apertura al dialogo con la dottrina potrebbe forse ritenersi costituzionalmente imposta per garantire trasparenza e controllabilità dell’operato della magistratura, in assenza di un controllo nomofilattico dall’alto. L’argomento letterale, su cui torneremo nel prosieguo, sembra veicolare tale convincimento: l’art. 118 disp. att. c.p.c. è rubricato «motivazione della sentenza», mentre la forma tipica del provvedimento adottato dal giudice in tali materie è quella dell’ordinanza o del decreto. Tuttavia, tale argomento non appare dirimente, mentre le ragioni legate all’efficientamento del sistema di amministrazione della giustizia rispetto a settori del contenzioso in via di saturazione sembrano maggiormente persuasive. Infatti, gli effetti deflativi che questo genere di ragionamenti innesca non sono da sottovalutare: per esempio, l’esplosione del contenzioso in materia cautelare è dovuta anche all’assenza di una guida nomofilattica, cui non può supplire l’enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge, ai sensi dell’art. 363 c.p.c.¹⁴, perché la logica dell’*homo oeconomicus* sconsiglia di

infatti costellate di note a piè di pagina e di richiami ad articoli scientifici e opere monografiche. Il giudice americano prende ordinariamente posizione sugli orientamenti dottrinali e, non di rado, li richiama a sostegno della soluzione interpretativa prescelta. Non è casuale, del resto, che i giudici delle Corti superiori siano tradizionalmente reclutati anche tra i docenti delle principali università. In argomento, v. U. MATTEI, *Il modello di Common Law*⁴, Torino, 2014, p. 215; v. anche il ciclo di conferenze tenute in Italia da G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*², a cura di Benedetta Barbisan, Bologna, 2025, p. 15 ss.

¹⁰ In argomento sia sufficiente un rinvio a A. PANZAROLA, *L’evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell’art. 65 ord. giud.*, in *I processi civili in cassazione*, a cura di De Santis e Didone, Milano, 2018, p. 118 ss., il quale individua la filosofia ispiratrice dell’art. 65 ord. giud., nell’ormai superato monopolio statale sulle fonti di produzione del diritto.

¹¹ Per l’analisi dei casi in cui la giurisprudenza esclude la possibilità di adire la S.C. ai sensi dell’art. 111, comma 7, Cost., cfr. R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, p. 135 ss.

¹² V. *infra* § 3.

¹³ In argomento v. l’ampio lavoro di M. MOROTTI, *Contributo allo studio del potere generale di cautelare tra giudici di merito e controllo delle corti supreme. Profili di diritto interno e comparato*, Torino, 2025, p. 237 ss., che sarà richiamato a più riprese nel prosieguo della trattazione.

¹⁴ Si suole escludere la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti cautelari anche in base ad argomenti di carattere consequenzialista: in primo luogo, il controllo nomofilattico sulle norme di carattere processuale non è assicurato nemmeno rispetto al processo a cognizione piena; inoltre, l’eventuale particolarismo delle Corti locali avrebbe a caldeggiare in materia cautelare interpretazioni al limite della ragionevolezza può sempre essere risolto attraverso il controllo di costituzionalità. In proposito, è stato affermato da S. CHIARLONI, *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Prime riflessioni su recenti proposte di*

coltivare un'impugnazione destinata all'inammissibilità¹⁵, non potendosi pretendere dal *quivis* un eroismo *a là* Protesilao¹⁶, né dal giudice la sollevazione del rinvio pregiudiziale

riforma del giudizio di cassazione, in *Giur. it.* 2003, p. 817 ss., che «pare esagerato introdurre il controllo nomofilattico anche sulle norme processuali per assicurare l'uniformità delle relative prassi. Si tratta di un controllo che al momento non esiste per quanto riguarda il processo ordinario di cognizione, dove le violazioni o false applicazioni delle leggi processuali sono possibile oggetto di ricorso solo quando abbiano dato luogo a violazione delle norme sulla competenza e sulla giurisdizione, o a nullità della sentenza o del procedimento, in un contesto di evoluzione legislativa che tende, grazie al cielo, a restringere la rilevanza delle mancate conformità al modello legislativo. Non esiste una ragione al mondo per andare in controtendenza. In secondo luogo, se le prassi difformi toccano le garanzie del giusto processo, il controllo nomofilattico è già esercitato adeguatamente dalla Corte costituzionale, mentre, se le garanzie non sono in gioco, il bisogno di uniformazione delle prassi non è così impellente da richiedere l'intervento di una Corte già oberata da troppo lavoro, anche perché tenderebbe ad alimentare un atteggiamento che ritengo nefasto, indirizzato a far prevalere le questioni processuali sulle questioni di merito, con conseguenze gravemente negative sulle esigenze di giustizia sostanziale». Ma v. in senso contrario F. CIPRIANI, *Nuovi presidenti e vecchi problemi della Corte di cassazione*, in *Foro it.* 1999, I, c. 1887; *Id.*, *Il controllo giudiziario degli atti societari*, in *Riv. dir. proc.* 1995, p. 69 ss., secondo cui bisognerebbe evitare settori del contenzioso in cui «regni l'anarchia» delle corti, anche in termini di accessibilità e prevedibilità delle decisioni; B. SASSANI, *Corte Suprema e jus dicere*, in *Giur. it.* 2003, p. 822 ss.; *Id.*, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2006, p. 217 ss., spec. 229 ss.; F. TOMMASEO, *La riforma del giudizio di cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia?* in *Giur. it.* 2003, p. 817 ss., spec. 827; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 880, secondo cui: «un settore così importante della tutela giurisdizionale non può non avere in generale un controllo che consenta il consolidamento di uniformi interpretazioni, riducendo l'ancora altissimo numero di contrasti esegetici delle norme del rito uniforme a quasi 5 lustri dalla sua introduzione nel codice»; nello stesso senso v. anche M. MOROTTI, *Contributo allo studio del potere generale di cautelare tra giudici di merito e controllo delle corti supreme*, cit., p. 238 ss., il quale, molto opportunamente, richiama l'esempio della revoca *ante causam* dell'amministratore di s.r.l. ex art. 2476, comma 3, c.c., oggetto di opposte vedute nella giurisprudenza di merito.

¹⁵ Non solo. Questo ragionamento vale anche rispetto a quelle cause in cui raramente viene coltivata l'impugnazione. Così, per esempio, le impugnazioni avverso le sentenze di interdizione o i decreti di apertura dell'amministrazione di sostegno risultano raramente coltivate, pur essendo la relativa legittimazione riconosciuta ad un'ampia platea di soggetti dagli artt. 473-bis.56 e 473-bis.58 c.p.c.; ciò anche in considerazione del fatto che tali soggetti non sono sempre assistiti da un difensore tecnico. In tale contesto si inserisce un persistente, ancorché occulto, contrasto giurisprudenziale circa il *discrimen* tra le due misure. Ferma la natura residuale dell'interdizione, come affermato dalla Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440), la giurisprudenza di legittimità, in linea con l'orientamento emerso nella giurisprudenza di merito all'indomani dell'entrata in vigore della L. 9 gennaio 2004, n. 6, ha ritenuto che l'interdizione trovi applicazione, oltre che nel caso di totale incapacità, soltanto nelle ipotesi in cui il soggetto, pur affetto da grave infermità mentale ostativa alla cura dei propri interessi, conservi un minimo di relazioni idonee ad esporre il patrimonio al rischio di atti pregiudizievoli. In questa prospettiva, si è conseguentemente escluso il ricorso all'interdizione nei confronti dell'*infirmus* privo di un patrimonio significativo o di una vita di relazione rilevante, mentre la misura è stata ritenuta più adeguata allorché il soggetto sia titolare di un patrimonio consistente e complesso, tale da richiedere una più incisiva protezione. Più di recente, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha rimesso in discussione tale impostazione, affermando che la mera consistenza del patrimonio non giustifica il ricorso all'interdizione, dovendosi piuttosto privilegiare la nomina di un amministratore di sostegno, eventualmente affiancato da professionisti qualificati nella gestione dei beni (cfr. Cass. 11 settembre 2015, n. 17962), in una prospettiva che è stata letta anche in termini di *interpretatio abrogans* dell'istituto dell'interdizione. Tale orientamento non risulta, tuttavia, uniformemente recepito dalla giurisprudenza di merito, la quale continua a valorizzare la consistenza e la complessità del patrimonio dell'*infirmus* quale criterio discrezionale tra interdizione e amministrazione di sostegno, anche in ragione della scarsa frequenza con cui i provvedimenti di incapacitazione sono oggetto di effettiva impugnazione (sul punto, v. R. MASONI, *Il giudice tutelare. Le competenze su minori e disabili*, Milano, 2018, p. 287 ss.).

¹⁶ Infatti, le parti non possono giovare della pronuncia resa ai sensi dell'art. 363 c.p.c. Da ciò deriva lo scarso *appeal* dell'istituto, atteso che parti non avrebbero alcun interesse a adire la S.c. e a sostenere i relativi costi (anche se l'art. 363 c.p.c., nella parte in cui allude al «provvedimento non ricorribile in cassazione» sembra essere stato inserito nel sistema

interpretativo in cassazione di cui all'art. 363 *bis* c.p.c.¹⁷, perché il costo della sospensione non è sempre sostenibile¹⁸, a più forte ragione nell'ambito dei procedimenti sommari o in quelli camerali¹⁹. Il superamento di questo divieto, perlomeno nei settori indicati, potrebbe tuttavia condurre alla nascita di una sorta di "nomofilachia dal basso", ad una nuova epoca di dialogo tra i formanti²⁰, alla valorizzazione dal punto di vista ermeneutico della *soft law*²¹, massima espressione dell'esperienza dottrinale, e dunque a una maggior trasparenza della motivazione.

proprio per consentire la creazione di una "nomofilachia cautelare"). È stato però proposto in dottrina di valorizzare l'efficacia del principio di diritto pronunciato nell'interesse della legge attraverso l'istituto della revoca o modifica del provvedimento cautelare, ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c. (cfr. A. PROTO PISANI, *Novità del giudizio di cassazione*, in *Foro it.* 2005, V, p. 254; F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*⁴, Bologna, 2026, p. 501-502; M. MOROTTI, *Contributo allo studio del potere generale di cautelare tra giudici di merito e controllo delle corti supreme*, cit., p. 241 ss.). Di questo genere di ragionamenti si rinviene traccia anche nell'elaborazione giurisprudenziale. In particolare, si legge in Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.* 2008, I, p. 766, in cui, oltre al ricorso per cassazione contro il provvedimento cautelare, era stato sollevato anche un regolamento preventivo di giurisdizione, il passaggio pertinente, seppur riferito alla decisione del regolamento di giurisdizione, che «l'eventuale esito positivo del regolamento potrebbe costituire mutamento di circostanze, in astratto idoneo a legittimare la parte a chiedere al Giudice che ha emesso il provvedimento urgente la revoca di esso, ai sensi dell'art. 669-*decies*». In proposito, è stato sottolineato da C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*², cit., p. 374, che l'accesso al giudizio di legittimità al solo fine di sentir pronunciare un principio di diritto nell'interesse della legge potrebbe dissuadere il giudice del merito ad appiattirsi sulla motivazione articolata dal giudice della cautela. Sul tema, v. *infra*, § 3.

¹⁷ In senso critico sulla sospensione automatica prevista dall'art. 363 *bis* c.p.c., cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *Judicium online*, 9 dicembre 2025, § 4, il quale, assai criticamente, osserva: «è un evidente controsenso, da un lato, affermare che la riforma del sistema giudiziario deve perseguire la riduzione dei tempi del processo e, dall'altro, contemplare un nuovo istituto che comporta la sospensione del processo che, come è noto, arresta il processo, allunga i tempi di definizione del giudizio ed impedisce sia pure momentaneamente al giudice di decidere e alla parte di avere giustizia. Sottolineava Salvatore Satta che la sospensione del processo è "un diniego di giustizia, sia pure temporaneo". Un istituto che dottrina e giurisprudenza considerano eccezionale perché contrario alla natura del processo, che è fatto per procedere e non per arrestarsi»; R. TISANI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie. II. Giudici e avvocati nel nuovo processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2024, p. 411 ss.; *Id.*, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione dell'art. 363-bis c.p.c. La disciplina. La casistica*, in *Giustizia civ.*, 2023, 2, p. 343 ss., spec. 387. Peraltro, anche il Consiglio Superiore della Magistratura, nella delibera approvata il 15.9.2021, pur osservando «che l'istituto può costituire un rimedio innovativo da sperimentare per evitare contrasti giurisprudenziali di merito e contenziosi seriali proliferino in modo eccessivo», non ha condiviso «la previsione dell'obbligo di sospendere l'intero giudizio».

¹⁸ Nel senso che la sospensione necessaria del processo è istituto difficilmente compatibile con la garanzia della ragionevole durata del processo, dovendosi dunque favorire interpretazione che ne riducano al massimo la durata, v. il pionieristico studio di A. GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 603 ss., spec. 612 ss., le cui idee sono state successivamente recepite da Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027 (sul punto, v. A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia civile e culture della riforma*, Milano, 2018, 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., 25 luglio 2016, n. 15339, 260 ss.; nello stesso senso, cfr. Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763 (su cui v. sempre A. GIUSSANI, *Efficienza giusta*, Torino, 2022, p. 135 ss.).

¹⁹ In questo senso, v. G. FRANCHI, *Intorno alla sospensione del procedimento di giurisdizione volontaria*, in *Giur. it.*, 1964, I, 2, p. 33 ss., spec. 37 ss.; S. MENCHINI, *La pregiudizialità contenziosa nei procedimenti (camerali) di volontaria giurisdizione (poteri del giudice ed effetti della decisione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1071 ss., spec. 1081 ss.; M. PACILLI, *La tutela camerale tra forme e garanzie*, Bologna, 2024, p. 147 ss.

²⁰ Su cui v. il celebre studio del R. SACCO, voce *Formante*, in *Dig. disc. priv.*, IV ed., VIII, Torino 1992, p. 428 ss.

²¹ Su cui v. *infra* § 5.

Lo sviluppo della nostra suggestione presuppone però la ricostruzione delle radici storiche del divieto in esame, di cui ci accingiamo a dar conto.

2. L'evoluzione storica del divieto di citare autori giuridici.

Nella *Western Legal Tradition* la sfiducia verso la commistione tra dottrina e giurisprudenza è segnata dalla promulgazione della c.d. legge delle citazioni: nel 426 d.C. l'imperatore d'Occidente Valentiniano III emanò una *constitutio* – da alcuni però attribuita a Teodosio II²² – che vietava ai giudici di citare opinioni di giuristi che non fossero Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino e Gaio²³, mentre le *opiniones* dei giuristi più antichi e, in particolare, quelle di Scevola, Sabino, Giuliano e Marcello, potevano essere adottate alla duplice condizione che fossero state oggetto di citazione da parte dei cinque giuristi anzidetti e che tale citazione fosse confermata dall'esibizione dei testi originali (*codicum collatione*)²⁴. In quell'epoca di progressiva decadenza della cultura giuridica, le opere dei giuristi erano così assunte al rango di *iura*²⁵, ossia di vere e proprie fonti del diritto. La molteplicità di soluzioni prospettate per i casi concreti dai giureconsulti risultava però quasi incomprensibili ai giudici, i quali com'è noto non erano esperti di diritto e tuttavia erano chiamati ad esercitare un potere discrezionale spesso eccessivo nel risolvere la controversia, potendo scegliere di attenersi alla soluzione enunciata da un giurista piuttosto che a quella di un altro. Sicché il *restraint* della *constitutio* del 426 mirava proprio a limitare e selezionare la possibilità di utilizzare gli scritti dei *prudentes*, al fine di garantire la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e l'uniformità di trattamento. È stato osservato che la legge delle citazioni conferma la subalternità dei pratici ai giureconsulti nel mondo antico e al contempo schiude un inaspettato profilo di criticità sul sistema di amministrazione della giustizia del Basso Impero²⁶: infatti, l'intervento di Valentiniano III

²² Per l'attribuzione della legge delle citazioni a Valentiniano III, v. A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero, I. La legge delle citazioni*, in *Studi Senesi*, LIII, 1939, p. 406 ss.; G. SCHERILLO, *La critica del Codice Teodosiano e la legge delle citazioni di Valentiniano III*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p. 155 ss., spec. 158; E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, Napoli, 1994, p. 416 ss. Per la ricostruzione dei precedenti interventi imperiali per limitare la possibilità di citare gli scritti dei giureconsulti, v. M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente Codice di procedura civile italiano*, cit., p. 1 ss.

²³ Sul sistema della *iurisprudencia* romana e sulla centralità degli Autori citati v. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1972, p. 28 ss.; v. anche le classiche pagine del E. BETTI, *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, p. 37 ss.

²⁴ Tuttavia, questa parte della *constitutio* è in odore di interpolazione: cfr. R. Lambertini, *La codificazione di Alarico II*, Torino, 1991, p. 79 ss.; M.A. DE DOMINICIS, *Sulla validità dei richiami a Scevola, Sabinus etc nella legge delle citazioni*, in *Synteleia*, I, Napoli, 1964, p. 552 ss.; M. TALAMANCA, *L'esperienza giuridica romana nel tardo-antico fra volgarismo e classicismo*, in *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità. Atti del Convegno di Catania del 27 settembre-2 ottobre, 1982*, Catania, 1985, p. 55 ss.

²⁵ Come testimoniato dal celebre Gai., *Inst.* 1.7.: «*Responsa prudentium sunt sententiae et opinioniones eorum, quibus permissum est iura condere; quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis uicem optinet; si uero dissentiunt, iudici licet quam uelit sententiam sequi; idque rescripto diui Hadriani significatur.*». Per un commento del passo, v. G. FALCONE, *I responsa prudentium in Gaio 1.7 e in Inst. 1.2.8*, in *Specula Iuris*, 2, 2022, p. 133 ss.

²⁶ Su cui v. G. SCHERILLO-A. DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano*, Milano-Varese, 1967, p. 397 ss.

sembra riconducibile alla volontà politica di evitare che i patroni sleali traessero in inganno i giudici adducendo citazioni di giuristi meno noti, ma comunque attendibili e autorevoli siccome insigniti del privilegio adrianeo dello *ius respondendi*²⁷. Tuttavia, è solo un secolo più tardi con l'intervento di Giustiniano che, nell'opera di trarre dagli *iura* e dalle *leges* "il troppo e il vano", vennero individuati con precisione i *responsa* vincolanti²⁸. Esula dalle finalità di questo lavoro l'esautiva ricostruzione della sorte della legge delle citazioni e dei principi cui si ispirava nel mondo romano-barbarico e in quello bizantino. Facendo dunque un vertiginoso balzo in avanti è però interessante notare che il fervore illuminista andò ben oltre l'iconoclastia della legge delle citazioni: la progressiva monopolizzazione delle fonti di produzione del diritto da parte dello Stato implicò anche che le opere dei giuristi potessero al più essere funzionali all'interpretazione dei testi giuridici, ma non anche alla configurazione dei precetti giuridici²⁹. Nell'idea del Filangieri e del Muratori, uno dei mali dell'*Ancien Régime* era proprio la commistione fra l'attività interpretativa e quella di *ius condere*, la quale contribuiva ad alimentare l'incertezza, a perpetuare i privilegi di classe e a ridurre la fiducia dei sudditi nell'operato della magistratura³⁰. Quando nel XIX secolo vennero promulgati i primi Codici di ascendenza napoleonica si impose la finzione di completezza dell'ordinamento giuridico, riducendo drasticamente lo spazio per le opinioni degli studiosi. Sicché, almeno inizialmente, il divieto di citare autori giuridici era correlato alla garanzia di certezza e prevedibilità delle decisioni, in netta rottura con la caotica situazione dell'*Ancien Régime*.

2.1. Segue: il divieto nell'ordinamento italiano

Se si guarda all'ordinamento italiano, già l'art. 265, comma 2, del Regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del Codice di Procedura civile, approvato con R.d. del 14 dicembre 1865, n. 2641 sanciva che «[N]ella compilazione dei motivi delle sentenze devono separarsi le questioni di fatto dalle questioni di diritto; si enunciano gli articoli di legge, sui quali la sentenza

²⁷ In questo senso, v. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Dalla legge delle citazioni all'art. 265 cpv. Reg. Gen. Giud.*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, III, Milano, 1938, p. 444.

²⁸ A. MARONGIU, *Legislatori e giudici*, cit., 447; nonché F. AMARELLI, *Codex Theodosianus e scientia iuris. Ruolo e compiti del giurista nella tarda antichità*, in *SDHI*, 2009, p. 50 ss.

²⁹ A. MARONGIU, *Legislatori e giudici*, cit., p. 462; Id., *L'ultima legge delle citazioni e la sua diretta ispirazione*, in *Studi T. Ascarelli*, III, 1968, p. 462 ss.

³⁰ L'avversione contro il ruolo interpretativo del giudice ha storia antica. Basti pensare al poeta Esiodo che, a suo dire, a causa di una sentenza ingiusta che gli negò l'eredità paterna in favore del fratello Perse, criticava i giudici, considerati "mangiatori di doni", soggetti che assecondavano le richieste dei loro "pari" aristocratici (cfr. Esiodo, *Le opere e i giorni*, I, Vv. 213-273). E da qui il *continuum* fino al giudizio giacobino verso i giudici, considerati "residui" aristocratici dell'*Ancien Régime*: cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, p. 71. Sono emblematici, al riguardo, gli artt. 4 e 5 del Code Napoléon, da cui può trarsi la volontà di "imbrigliare" il potere del giudice, negandone, sostanzialmente, la discrezionalità interpretativa e rendendoli una mera protesi della volontà del legislatore (Art. 4: *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*; Art. 5: *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*).

è fondata, e si fa un cenno conciso dei principi generali del diritto che avranno influito sulla decisione senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali». Sia in Francia che in Italia l'idea di fondo era quella per cui la legge contiene certi disposti che non hanno bisogno di essere spiegati: devono essere semplicemente applicati³¹. Si volle così circoscrivere il potere discrezionale dei giudici, riconducendolo unicamente a quanto specificamente prescritto dalla legge, per impedire un ruolo creativo all'autorità giudiziaria attraverso l'importazione nell'impianto della motivazione delle opinioni degli studiosi. Con la stabilizzazione dei moti rivoluzionari e l'abbattimento dell'*Ancien Régime*, il contributo della dottrina venne ridotto a letteratura o, per dirla, con le parole di Dworkin, la negazione di ogni forma di autorità alle opinioni degli studiosi li ridusse a «scrittori di una catena narrativa intenti a comporre un poema epico, la cui storia si snoda attraverso una catena interminabile di volumi che potranno essere scritti solo da numerose generazioni³²». L'idea che il giudice debba essere solo un soggetto, se non – con utopismo illuministico – un «essere inanimato» che applica meccanicamente la legge al caso concreto non ha tuttavia retto alla prova del budino. Il tramonto dall'*École de l'ésegesè* e dalla *Begriffsjurisprudenz* ha dimostrato che anche la giurisprudenza può percorrere percorsi creativi³³, finanche pienamente correttivi del dettato normativo per perseguire specifici interessi di politica giudiziaria che incidono sul corpo sociale al pari delle scelte del legislatore. Nessuno dubita che attualmente la giurisprudenza possa rendere *ius conditum* ciò che potrebbe al più essere considerato *ius condendum* sulla scorta di ragionamenti di carattere consequenzialista³⁴. Come si spiega allora la sostanziale continuità fra l'art. 265, comma 2, del Regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del Codice di Procedura civile e il vigente art. 118 disp. att. c.p.c.? È chiaro che l'argomento fondato sulla

³¹ E. PALICI DI SUNI, *Corti, dottrina e società inclusiva: brevi annotazioni a partire dalla sintesi dei risultati della ricerca*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei Professori sulle sentenze. I Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016, p. 18.

³² R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harv. Univ. Press, 1986, trad. it. a cura di L. CARACCILO DI SAN VITO, Milano, 1989, p. 379.

³³ In argomento, v. R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003, p. 74 ss.

³⁴ In argomento, cfr. l'ottimo lavoro di V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti. La modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia ultra-partes ed effettività della tutela*, Napoli, 2020. Il settore del contenzioso maggiormente interessato dal consequenzialismo giudiziario, ossia dalla tendenza della giurisprudenza a adottare certe pronunce di impatto socioeconomico tenendo principalmente conto delle conseguenze della decisione più che del disposto normativo, è sicuramente quello familiare. Valga in proposito ricordare la recente Cass., 12 marzo 2026, n. 5656, la quale ha rimesso alle Sez. Un. la questione relativa alla possibilità di estendere al minore nato all'estero da maternità surrogata il modello legislativo di riconoscimento dello *status filiationis* dei figli incestuosi, risultante dal combinato disposto degli artt. 251 e 278 c.c., per come interpretato della sentenza della Corte cost. n. 494 del 2002, ossia il modello dell'autorizzazione giudiziale al riconoscimento, imperniato sulla necessità di bilanciamento in concreto dell'interesse del minore con le istanze sottese ai limiti di ordine pubblico internazionale, benché ovviamente non vi sia alcuna affinità tra i figli nati da consanguinei e quelli nati all'estero da maternità surrogata (anzi) se non che l'evoluzione ordinamentale converge verso l'omogeneità dello *status* di figlio.

certezza e la prevedibilità delle decisioni non può più seriamente essere sostenuto in un ordinamento che *de facto* riconosce una funzione nomopoietica anche alla giurisprudenza.

A nostro modo di vedere, la risposta è più semplice di quanto possa apparire: nei settori del contenzioso in cui è garantito l'accesso al giudizio di legittimità, non si sente il bisogno di affrontare le opinioni degli studiosi, non tanto perché queste potrebbero minare la garanzia di indipendenza e imparzialità del giudicante³⁵, apparendo tale giustificazione quasi superstiziosa, quanto piuttosto perché il sistema ammette che il giudice di legittimità possa enunciare principi di diritto creativi e orientativi per i giudici di merito, svincolati dalla risoluzione del caso concreto, che rendono superfluo il riferimento all'elaborazione dottrinale. Qualcosa di più di un parere, ma qualcosa di meno della sentenza con cui il giudice assolve al proprio dovere decisorio, risolvendo la controversia dinanzi a lui. Ragioni di simmetria e di coerenza sistematica suggeriscono però che lo stesso divieto – il quale a ben vedere più che un *non fiat* è un *non necesse*, non potendosi di certo predicare la nullità della sentenza per vizio di motivazione o conseguenze sul piano disciplinare per il singolo magistrato – non possa valere quando l'accesso al giudizio di legittimità è precluso per ragioni istituzionali.

3. Ragioni del superamento del divieto di citare autori giuridici nei settori del contenzioso in cui non è garantito l'accesso al giudizio di legittimità

Resta da capire perché nei settori del contenzioso in cui è istituzionalmente precluso l'accesso al giudizio di legittimità il divieto di citazione di autori giuridici meriterebbe di essere superato. In dottrina è stata offerta una spiegazione che a noi sembra però poco convincente: si è detto che tale divieto entrerebbe in insanabile frizione con l'art. 9 Cost., nella parte in cui sancisce che «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica³⁶». Sembra di capire che l'incostituzionalità dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. dipenderebbe da un'errata allocazione degli incentivi³⁷: se non è concesso al giudice citare direttamente gli autori giuridici, quest'ultimi non sono incentivati a condurre la ricerca scientifica, finendo per

³⁵ Anche se, a ben vedere, tale conclusione stride con la pudica massima del giudice *peritus peritorum*, spettando sempre a quest'ultimo l'ultima parola e ciò comporta, riprendendo una celebre espressione, che quello giurisdizionale sia «*the least dangerous branch*» (A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Ind., 1962, ma il concetto ha radici tra le più profonde nella storia della teoria politica liberale: v. già, per es., A. HAMILTON, *The Federalist No. 78: The Judiciary Department*, in *Independent Journal*, 14 giugno 1788; cfr. anche, per es., L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, in 92 *Harvard Law Review*, 1978, p. 353 ss.; G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Mass., 1981, p. 16 ss.; M. SHAPIRO, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, Athens, Ge., 1988, p. 71 ss.).

³⁶ F. RINALDI, *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto comparato con particolare riferimento al "processo" costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 11.

³⁷ Sulla scorta dell'elementare principio di analisi economica del diritto secondo cui è efficiente quella regola che alloca l'incentivo in capo al soggetto che può assolvervi a minori costi (Sull'efficienza della regola che colloca incentivi e responsabilità in capo al soggetto in grado di raccogliere a minor costo le informazioni necessarie per ridurre gli errori è ormai classica l'esposizione di G. CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, p. 135 ss.).

mortificare il disposto costituzionale. A ragionare in questo modo dovrebbe però giungersi a predicare l'incostituzionalità di tutti quegli istituti che impediscono al giudice di attingere o citare direttamente contributi di carattere tecnico-scientifico utili alla risoluzione della controversia quando da essa implicati: dovrebbe pertanto dubitarsi anche della costituzionalità del divieto di scienza privata del giudice, dell'onere dell'allegazione e forse, in ultima analisi, dello stesso principio dispositivo. È chiaro che un'impostazione di questo tipo conduce ad una radicale rivisitazione del sistema di amministrazione della giustizia civile: in altri termini, l'argomento prova troppo.

Né può sostenersi la razionalità del divieto in discorso in ragione dell'esistenza nell'ordinamento di strumenti che consentono al giudice della nomofilachia di enunciare principi di diritto anche in settori del contenzioso in cui è precluso l'accesso al giudizio di legittimità. Si allude alla possibilità accordata dall'art. 363 c.p.c. al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione di chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi quando «il provvedimento non è ricorribile in cassazione». Benché si tratti di strumento perlomeno in astratto idoneo a garantire l'esatta osservanza della legge anche nei settori del contenzioso tradizionalmente estranei al sindacato della Corte di legittimità³⁸, l'esclusione di un'efficacia diretta della pronuncia della Corte sul provvedimento del giudice di merito ne riduce drasticamente l'*appeal*, disincentivando gli interessati dal coltivare un'impugnazione destinata all'inammissibilità³⁹. Altro sarebbe se la pronuncia resa dalla Cassazione potesse comunque indirettamente incidere sul provvedimento impugnato, determinandone, per esempio, in caso di enunciazione di un principio di diritto incompatibile con la decisione del giudice di merito, la modifica o la revoca ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c.⁴⁰, oppure la revoca ex art. 742 c.p.c. Tuttavia, una simile

³⁸ La giurisprudenza di legittimità ha individuato i presupposti legittimanti la richiesta del Procuratore generale di pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge rispetto ai provvedimenti non ricorribili per cassazione: essi devono essere l'impugnabili, ossia l'ordinamento non deve ammettere ulteriori mezzi di riesame, illegittimi, ossia pronunciati in violazione di legge, e deve sussistere un interesse pubblico, trascendente quello delle parti, all'affermazione di un principio di diritto di cui si ritiene opportuna una formulazione espressa l'illegittimità del provvedimento (cfr. Cass., 1° giugno 2010, n. 13332; Cass., sez. un., 11 gennaio 2011, n. 404; Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23469; Cass., 20 settembre 2017, n. 21854). In dottrina, v. ancora l'approfondito lavoro di E. ODORISIO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., p. 252 il quale afferma che «per quanto riguarda l'individuazione di quali siano i provvedimenti a cui si riferisce la seconda parte dell'art. 363, comma 1, c.p.c., la dottrina li ha agevolmente individuati, innanzitutto, nell'ambito di quei provvedimenti che, in quanto carenti dei requisiti della decisorietà e definitività, non possono essere oggetto di ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost.»; v. anche L. SALVANESCHI, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2019, p. 80; A. CRISCUOLO, *I provvedimenti ricorribili. Il ricorso nell'interesse della legge*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di G. IANNIRUPERTO e U. MORCAVALLO, Milano, 2007, p. 160 ss.; M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2013, p. 32 ss.; cfr. P. CICCIOLO, *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 483 ss.

³⁹ Cfr. E. ODORISIO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., p. 263.

⁴⁰ Per un'analisi della tesi in discorso, v. *supra* § 1, nota 16.

lettura rischia di porsi in contrasto con l'art. 363, comma 4, c.p.c. il quale esclude che il principio di diritto enunciato dalla Cassazione possa avere effetto sul provvedimento del giudice di merito⁴¹. Ne consegue che, una volta esclusa sia la tenuta dell'argomento fondato sull'art. 9 Cost., sia l'effettiva idoneità dell'art. 363 c.p.c. a colmare il *deficit* di nomofilachia nei settori sottratti al controllo di legittimità, il problema della razionalità del divieto posto dall'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. deve essere affrontato diversamente. È infatti proprio in tali ambiti che si manifesta, con maggiore evidenza, una lacuna strutturale dell'ordinamento: l'assenza di meccanismi capaci di assicurare la formazione di orientamenti interpretativi stabili e, conseguentemente, di garantire un adeguato livello di prevedibilità delle decisioni. In mancanza di un accesso effettivo al giudizio di legittimità, il giudice di merito è privo di un referente istituzionale deputato ad assicurare lo *ius constitutionis*. In questo contesto, l'elaborazione dottrinale può assumere una funzione diversa da quella tradizionalmente riconosciuta: essa potrebbe concorrere alla formazione del diritto giurisprudenziale, attraverso il dialogo con le Corti di merito. Si realizzerebbe così, in via di fatto, una forma di nomofilachia "dal basso", non istituzionalizzata ma nondimeno effettiva, fondata sul dialogo diffuso tra giudici e dottrina. In assenza di un vertice nomofilattico che possa intervenire autoritativamente, la stabilizzazione degli orientamenti è affidata a dinamiche orizzontali, nelle quali la circolazione delle idee giuridiche, attraverso la motivazione delle sentenze in cui si dà conto dell'*opinio doctorum*, assume un ruolo decisivo. Proprio alla luce di tali considerazioni, il divieto di citazione di autori giuridici nella motivazione delle sentenze appare quindi difficilmente giustificabile. Esso, infatti, priva il giudice di uno degli strumenti più immediati per rendere esplicito il percorso argomentativo seguito e, al contempo, ostacola la trasparenza del processo di formazione dell'interpretazione. Là dove l'ordinamento non appronta rimedi idonei a garantire lo *ius constitutionis* attraverso il controllo di legittimità, risulta quantomeno contraddittorio impedire al giudice di valorizzare apertamente quei contributi scientifici che possono supplire, almeno in parte, a tale carenza.

Sotto questo profilo, il divieto finisce per produrre un duplice effetto distorsivo. Da un lato, esso induce il giudice ad utilizzare comunque gli apporti della dottrina in modo implicito o mediato, dissimulandone l'incidenza effettiva sulla decisione; dall'altro lato, priva la comunità giuridica della possibilità di verificare e discutere apertamente i riferimenti teorici posti a fondamento della decisione. Ne deriva un impoverimento del circuito argomentativo complessivo, in cui la funzione critica e selettiva della dottrina viene, di fatto, neutralizzata. Se si considera, allora, che nei settori in cui è precluso l'accesso al giudizio di legittimità manca un

⁴¹ Ovviamente non è impossibile che le parti possano in qualche modo giovare della pronuncia della Cassazione; infatti, il principio di diritto enunciato può essere inteso in guisa di un nuovo argomento giuridico utile alla proposizione dell'istanza di revoca o modifica. Ciò non toglie che essa rimane priva di qualunque efficacia vincolante per il giudice di merito che può discostarsene (in quest'ordine di idee, v. M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, cit., p. 42).

efficace meccanismo istituzionale che garantisca «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità, del diritto oggettivo nazionale», la valorizzazione esplicita dell'elaborazione scientifica non rappresenta una indebita commistione tra funzione giurisdizionale e attività dottrinale, bensì uno strumento fisiologico di compensazione di un *deficit* strutturale del sistema. In definitiva, proprio perché l'ordinamento non assicura, in questi settori, l'intervento del giudice della nomofilachia, esso non può, senza cadere in contraddizione, precludere al giudice di merito l'accesso trasparente e dichiarato a quelle fonti argomentative che, in via di fatto, possono contribuire alla formazione di orientamenti tendenzialmente stabili.

Il superamento del divieto di citazione si giustifica, dunque, non già in funzione promozionale della ricerca scientifica, bensì come esigenza interna al sistema di amministrazione della giustizia, volta a consentire l'emersione di una nomofilachia diffusa quale succedaneo di quella istituzionale.

Ma vi è di più: quando non è accordata la garanzia dell'accesso al giudizio di legittimità, la decisione può spesso risultare incontrollabile e finisce così per minare in radice la trasparenza e la condivisibilità sociale dell'opera della magistratura, alimentando peraltro pratiche di *forum shopping* implicate dalla difficoltà di garantire un trattamento uniforme a livello nazionale⁴². L'idea di una "nomofilachia dal basso", alimentata dal riferimento alle opinioni degli studiosi o anche dagli strumenti di *soft law* per risolvere gli *hard cases*, può invece contribuire all'omogeneità delle decisioni, senza pagare lo scotto della sospensione necessaria del procedimento imposto dall'art. 363-bis c.p.c. o dell'inammissibilità del ricorso per cassazione finalizzato ad ottenere una la filantropica enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c.

Seguiamo ad illustrare alcuni esempi pratici rispetto ai quali l'esclusione della garanzia dell'accesso al giudizio di legittimità concorre ad alimentare l'emersione di orientamenti contrastanti a livello nazionale e pratiche di *forum shopping*.

3.1. Segue: il problema della reclamabilità dell'ordinanza che autorizza la descrizione industrialistica

L'entità del problema può essere compresa attraverso un esempio pratico di notevole complessità che induce a rimeditare la razionalità del divieto di citare autori giuridici nelle sentenze. Si allude all'assai spinoso problema della reclamabilità del provvedimento che

⁴² Sul tema v. le riflessioni di G.D. BROWN, *The Ideologies of Forum Shopping – Why Doesn't a Conservative Court Protect Defendants*, in 71 *North Carolina Law Review*, 1993, p. 649 ss., spec. 654 e 671: «[F]orum-shopping can be viewed as a desirable practice, furthering important interests of the plaintiff and advancing a number of systemic goals as well. The plaintiff and the defendant may well not stand on equal ground in terms of their choice of law. The plaintiff seeks to invoke a substantive law under which her claim will be upheld. As a general matter the legal system favors the provision of a remedy for those who seek such goals as the enforcement of contracts and compensation for injuries».

concede la descrizione industrialistica (e più in generale dei provvedimenti che autorizzano l'istruzione preventiva). Sul punto la giurisprudenza è divisa, mentre in dottrina sembra esserci maggiore concordia⁴³. Tuttavia, le argomentazioni spese dai due formanti non possono ritenersi coincidenti.

Considerate le particolarità dell'istituto, conviene muovere dalla ricostruzione del quadro normativo per comprendere le ragioni sottese ai due contrapposti orientamenti. La descrizione è senz'altro la più caratteristica tra le misure probatorie industrialistiche e autorali, perché non ha un corrispettivo nel diritto processuale comune. Tale misura assicura la fruttuosità della futura attività istruttoria, attraverso l'individuazione e, appunto, la descrizione dei possibili fatti costitutivi, impeditivi, estintivi o modificativi del diritto da far valere in sede di merito o delle cose che costituiscono prova di quei fatti riferibili ad un'attività di carattere contraffattivo⁴⁴. Diversamente dagli ordinari provvedimenti di acquisizione anticipata della prova, la descrizione non si limita ad assolvere tale funzione; in particolare, talora essa consente di individuare direttamente la violazione del diritto di proprietà industriale (come nel caso di descrizione di prodotti contraffatti); tal'altra, invece, consente di inferire la violazione della privativa industrialistica (si pensi alla descrizione di un macchinario utilizzato per la produzione di un prodotto contraffatto o dei documenti che restituiscono la dimensione dell'attività contraffattiva). Di talché, il *periculum* che assurge a presupposto per la concessione della misura è individuato nel rischio di dispersione della prova della contraffazione o del suo risultato (i.e.: il prodotto contraffatto) connaturato al decorso del tempo necessario per l'instaurazione del giudizio di merito e la formulazione delle istanze istruttorie. La descrizione sarebbe dunque strumentale all'efficienza del venturo giudizio di cognizione e, più precisamente, della fase dell'istruzione probatoria. Quanto asserito avvicina la misura della descrizione ai provvedimenti di istruzione preventiva, disciplinati nel Libro IV, Capo III, sezione III del Codice di Procedure Civile⁴⁵.

⁴³ Sul tema, v., *si vis*, G. DE CESARE, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, DPCleC, 2023, p. 35 ss., spec. 41, nota 19; ID., *L'incerto statuto normativo dell'esecuzione della descrizione industrialistica*, in *Giur. it.*, 11, 2022, p. 2420 ss., spec. 2424; F. FERRARI, *La disciplina cautelare in materia di proprietà industriale*, in G. TARZIA-A. SALETTI, *Il processo cautelare*, Padova, 2011, p. 698; M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 174 e segg., spec. 176.

⁴⁴ A proposito della ricostruzione della natura della descrizione come misura di istruzione preventiva v. G. FLORIDIA, *La tutela giurisdizione dei diritti di proprietà industriale*, in *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, III ed., Torino, 2009, p. 672; G. MODIANO, *Misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate nel corso di descrizioni giudiziarie*, in *Proprietà intellettuale e concorrenza. Studi in onore di A. Vanzetti*, Milano, 2004, p. 1044; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2009, p. 307; A. RONCO, *La tutela cautelare della prova*, in *Il processo industriale* (a cura di A. Giussani), Torino, 2012, p. 332; F. GHIRETTI, *commento all'art. 129 c.p.i.*, in *Codice della proprietà industriale*, a cura di A. Vanzetti, Milano, 2013, p. 1347; F. FERRARI, *La descrizione e il sequestro*, in *Prova e tutele nel diritto d'autore e nel diritto industriale* (a cura di G. CASSANO, V. FRANCESCHELLI e B. TASSONE), Milano, 2023, p. 844; nonché, nella manualistica, A. VANZETTI-V. DI CATALDO-M.S. SPOLIDORO, *Manuale di diritto industriale*¹⁰, Milano, 2025, p. 562.

⁴⁵ In proposito, appare condivisibile l'orientamento della giurisprudenza di merito secondo cui la descrizione industrialistica assolverebbe ad una duplice funzione: l'una di istruzione preventiva; l'altra *lato sensu* cautelare. Così secondo Tribunale Roma

Tale convincimento non è però unanimemente condiviso dalla giurisprudenza di merito. In proposito, il Tribunale di Bari, 6 luglio 2017, muovendo dalla natura *lato sensu* cautelare della descrizione, ha affermato, in controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario, che «è ammissibile il reclamo avverso il provvedimento che ha disposto la descrizione ai sensi dell'art. 129 c.p.i., poiché non solo l'applicabilità del reclamo non è espressamente esclusa, ma è anche ammessa dall'estensione ai provvedimenti cautelari previsti dal codice della proprietà industriale dell'intera disciplina del procedimento cautelare uniforme, senza che siano ravvisabili rispetto a quest'ultimo profili di incompatibilità della misura speciale, né deroghe specifiche⁴⁶». L'iter argomentativo del Tribunale barese muove dal combinato disposto degli artt. 129, comma 4, c.p.i. e 669-*quaterdecies* c.p.c. La prima disposizione sancisce che «i procedimenti di descrizione e di sequestro sono disciplinati dalle norme del Codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari, in quanto compatibili e non derogate dal

Sez. spec. Impresa, 29/12/2023: «La misura della descrizione è finalizzata all'acquisizione preventiva della prova della contraffazione e/o della violazione del diritto d'autore, configurandosi come rimedio di istruzione preventiva - in quanto rivolto al soddisfacimento di esigenze istruttorie relative al prospettato giudizio di merito - e come rimedio di natura cautelare, atteso che la sua concessione è comunque subordinata alla sussistenza di un rischio di dispersione della prova.». Parimenti, Tribunale Brescia Sez. spec. Impresa, 27/10/2022 ha affermato che «La misura della descrizione è strumento correlato al diritto di esercitare l'*onus probandi*, che, pur condividendo la natura cautelare delle altre misure anticipatorie, si differenzia da queste per avere ad oggetto, in via diretta, il diritto processuale alla prova e, solo in via indiretta, il diritto sostanziale di cui si chiede la tutela: da ciò consegue che il *fumus boni iuris* necessario ai fini della concessione del provvedimento di descrizione è integrato anche da una ragionevole possibilità della violazione.». Nel medesimo solco si pone Tribunale Bologna Sez. spec. Impresa, 21/04/2021 la quale, pur riconoscendo la funzione cautelare della descrizione, la accosta maggiormente, in ragione dell'utilità pratica che porta al ricorrente vittorioso, alle misure di istruzione preventiva: «Lo scopo della descrizione giudiziale è, in generale, quello di acquisire la prova sia dei denunciati illeciti, che della loro dimensione, e, in quanto tale, essa è strumentale rispetto al successivo giudizio di merito volto all'accertamento degli stessi. Essa, quindi, rappresenta un rimedio sia di istruzione preventiva (in quanto, come detto, rivolta al soddisfacimento di esigenze istruttorie relative al prospettato giudizio di merito, cui è direttamente strumentale), sia di natura cautelare, essendo la sua concessione, comunque, subordinata, da un lato, alla allegazione di fatti e circostanze in base ai quali poter ritenere, sulla scorta di un giudizio *ex ante* e non *ex post*, ragionevole il sospetto circa i denunciati illeciti.». Di medesimo avviso è la giurisprudenza meneghina: «Il procedimento di descrizione, disciplinato dagli articoli 129 e 130 c.p.i., è finalizzato all'acquisizione della prova della contraffazione del brevetto, ha natura di misura di istruzione preventiva - in quanto rivolta al soddisfacimento di esigenze istruttorie relative al prospettato giudizio di merito, cui è direttamente strumentale -, ed ha natura cautelare, in quanto la sua concessione è comunque connessa alla sussistenza di un rischio di dispersione della prova, che in alcuni casi necessita della sua preventiva acquisizione in quanto non altrimenti disponibile per il titolare del diritto asseritamente leso (invenzioni di procedimento, prodotti non ancora immessi in commercio, ecc.).» (cfr. Tribunale Milano, 18/05/2011; Tribunale Milano Sez. spec. Impresa, 16/01/2018). Mentre, in sede penale, il Tribunale Modena, 20/10/2020 ha affermato che «Il provvedimento che ordina la descrizione non ha natura cautelare, considerato che quest'ultima ha finalità essenzialmente istruttorie e non è destinata ad incidere sulle posizioni sostanziali del resistente, a differenza dei provvedimenti cautelari in senso stretto, quali l'inibitoria e il sequestro, e pertanto non può essere inquadrata all'interno dei provvedimenti cautelari, previsti al secondo comma dell'art. 388 c.p., e neppure può essere considerata una misura inibitoria o correttiva ai sensi del terzo comma del medesimo articolo.».

⁴⁶ Tribunale Bari 6 luglio, 2017, ord., consultabile all'indirizzo: www.eclegal.it, 26 settembre 2017, con nota critica di M. ADORNO, *La reclamabilità del provvedimento che accorda la descrizione di cui all'art. 129 del codice della proprietà industriale*. Più di recente, in termini analoghi, cfr. Trib. Torino 1° luglio 2021, n. 3351. In dottrina, questa tesi è stata articolata da F. FERRARI, *La descrizione e il sequestro, in Prova e tutele nel diritto d'autore e nel diritto industriale*, cit., p. 844.

presente codice», mentre la seconda si limita ad estendere le disposizioni dettate per il procedimento cautelare uniforme «agli altri provvedimenti cautelari previsti dal Codice civile e dalle leggi speciali». La correlazione fra la norma speciale e quella del c.p.c. dimostrerebbe, secondo l'ordinanza citata, la chiara volontà legislativa di estendere anche ai procedimenti cautelari industrialistici l'applicabilità del procedimento cautelare uniforme, ivi compreso lo strumento del reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. L'unico limite sarebbe rappresentato dalla compatibilità della disposizione prevista per il procedimento cautelare uniforme con le singolarità della descrizione e dalla previsione di una deroga espressa. Invero, ad avviso del giudice barese, «non si riesce ad individuare nel provvedimento concessivo della descrizione alcun profilo sostanziale o processuale tale da porlo in insanabile conflitto logico o giuridico con il normale rimedio impugnatorio in materia cautelare e, dunque, da farlo assurgere ad eccezione della regola generale della reclamabilità». Secondo l'ordinanza in esame, il reclamo sarebbe quindi l'unico mezzo a disposizione del soccombente per contestare in via immediata i vizi del provvedimento. Potrebbe peraltro valorizzarsi un'aporia sistematica per considerare ammissibile il reclamo contro il provvedimento che autorizza la descrizione: al pari della descrizione, anche il sequestro di prove, di cui all'art. 670 n. 2) c.p.c., consente l'acquisizione anticipata della prova, eppure nessuno dubita che il provvedimento autorizzatorio di tale forma di sequestro sia reclamabile.

La decisione del Tribunale di Bari si pone però in aperto e consapevole dissenso con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza. Così, per esempio, Tribunale Milano Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 30/08/2011, muovendo dalla sentenza n. 144 del 2008 della Corte costituzionale, che ha esteso l'ammissibilità del reclamo al provvedimento di rigetto dell'istanza di accertamento tecnico preventivo⁴⁷, ha affermato che «va ritenuto che alla piena reclamabilità dei provvedimenti che abbiano negato l'adozione del provvedimento di descrizione richiesto dalla parte - cui consegue il rilevante e potenzialmente irreparabile rischio di definitiva dispersione della prova o l'assoluta inaccessibilità alla stessa - non corrisponda analogo diritto in favore della parte resistente avverso la concessione del provvedimento nei suoi confronti⁴⁸».

⁴⁷ Corte cost. 7 giugno 2008, n. 144, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1071 ss., con nota di A.A. ROMANO, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*; in *Giur. it.*, 2008, p. 2255 ss., con nota critica di C. DELLE DONNE, *La Consulta ammette il reclamo contro i provvedimenti di diniego dell'istruzione preventiva ma non contro quelli di accoglimento: è vera parità delle armi?* in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 247 ss., con nota di F. FERRARI, *La reclamabilità del diniego di istruzione preventiva* e di P. LICCI, *Istruzione preventiva e reclamo: una soluzione che ancora non convince*; in *Foro it.*, 2009, c. 2634 ss., con nota editoriale di M. ADORNO.

⁴⁸ Nello stesso senso cfr. Trib. Roma 2 marzo 2015, ord., in *Riv. dir. ind.*, 2015, II, p. 296 ss., con nota di M. BARBIERI, *La procedura applicabile al provvedimento di descrizione nel diritto d'autore: istruzione preventiva o cautelare uniforme?*

La lettura meneghina sembra confortata dal raffronto proposto in dottrina tra le disposizioni dettate per la descrizione nella l.d.a. e quelle previste dal c.p.i.⁴⁹

La l.d.a., diversamente dal c.p.i., individua analiticamente le norme del Codice di rito applicabili alla descrizione autorale. In particolare: a) l'art. 162, comma 1, l.d.a. sancisce che alla descrizione si applicano le norme del Codice di procedura civile previste in tema di istruzione preventiva, «salvo quanto diversamente disposto dalla presente legge». Se ne deduce che, in assenza di una deroga espressa, alla descrizione autorale deve applicarsi l'art. 698, comma 2, c.p.c., secondo cui «l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito». La possibilità di applicare tale disposizione renderebbe superfluo lo strumento del reclamo contro i provvedimenti di accoglimento dell'istanza di descrizione autorale, atteso che il giudice del merito potrebbe sempre ritenere la prova così assunta irrilevante o, in caso di irregolarità formali, potrebbe addirittura ordinarne la rinnovazione; b) l'art. 161, comma 4, l.d.a. individua con acribia le norme del c.p.c. applicabili alla descrizione autorale. In particolare, tale disposizione prevede che la descrizione può essere concessa *inaudita altera parte* non solo nei casi di «eccezionale urgenza» di cui all'art. 697 c.p.c., ma anche per prevenire ostacoli alla corretta attuazione del provvedimento, non diversamente dalla logica sottesa all'art. 669-sexies, comma 2, c.p.c.; c) l'art. 161, comma 4, l.d.a. estende espressamente alla descrizione autorale il disposto degli artt. 669-octies, 669-undecies e 675 c.p.c.

Dall'analisi delle disposizioni della l.d.a. si trae il convincimento per cui almeno di regola il procedimento instaurato a seguito della domanda di descrizione segue la disciplina di cui al Libro IV, Capo III, sezione III del Codice di Procedura Civile, in tema di istruzione preventiva. Il legislatore ha poi espressamente previsto l'applicabilità di solo alcune disposizioni dettate per il procedimento cautelare uniforme. Se ne deve trarre, in base ad un ragionamento *a contrario*, che in assenza di un'apposita *relatio* da parte del legislatore le regole previste per il procedimento cautelare uniforme non sono applicabili alla descrizione, dovendosi conseguentemente escludere l'ammissibilità del reclamo contro l'ordinanza di accoglimento dell'istanza di descrizione autorale, dal momento che l'art. 669 terdecies c.p.c. non è richiamato dall'art. 162, comma 4, l.d.a.: *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

La disciplina del c.p.i. è invece assai più stringata. Non sembra però che la descrizione assuma fogge diverse nei due settori del contenzioso tale da giustificare la reclamabilità dell'ordinanza che la autorizzi. Invero, il rinvio che l'art. 129, comma 3, c.p.i. fa alle «norme del Codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari, in quanto compatibili e non derogati» è certamente ambiguo. Se lo si intende come circoscritto alle norme dettate in via generale per

⁴⁹ È questa l'argomentazione recentemente spesa a suffragio dell'inammissibilità del reclamo contro il provvedimento che autorizza la descrizione da Tribunale Ancona, sez. spec. impresa, 6 maggio 2026, ord.

i procedimenti cautelari – ossia agli artt. 669 *bis* c.p.c. ss. – giocoforza bisognerà concludere che il reclamo è dato, indipendentemente dal contenuto del provvedimento sull'istanza di descrizione. Se invece lo si interpreta come relativo al complesso delle norme che il Codice di procedura civile dedica ai procedimenti cautelari, valorizzando la clausola di compatibilità, si potrà concludere che il richiamo è da riferirsi ai soli procedimenti di istruzione preventiva e che quindi è reclamabile il solo provvedimento che *nega* la descrizione, non venendo altrimenti in gioco il diritto costituzionalmente garantito ad evitare la dispersione della prova, corollario del più generale principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Per converso, per giustificare la soluzione favorevole alla reclamabilità dell'ordinanza che concede la descrizione, la dottrina ha valorizzato l'argomento di carattere diacronico: dopo la riforma del 2010 è venuto meno quell'inciso, contenuto nell'art. 128, comma 4, c.p.i., che qualificava l'ordinanza che provvedeva sull'istanza di descrizione come «non impugnabile⁵⁰». Senonché tale argomento prova troppo. L'abrogazione dell'inciso contenuto nell'art. 128, comma 4, c.p.i. è un'implicazione della soluzione cui è pervenuta la già citata Corte cost. n. 144 del 2008, la quale ha aperto alla reclamabilità dei soli provvedimenti di rigetto delle istanze di istruzione preventiva⁵¹. L'argomento basato sulla successione di leggi nel tempo pretende di dimostrare la possibilità di reclamare l'ordinanza che provvede sulla descrizione in forza dell'abrogazione dell'inciso contenuto nell'art. 128, comma 4, c.p.i. a proposito dell'inimpugnabilità dell'ordinanza, trascurando però che tale disposizione si riferiva sia al provvedimento di accoglimento che a quella di rigetto.

All'indomani dell'intervento di Corte cost. n. 144 del 2008 tale disposizione fu infatti interpretata nel senso per cui «[l]n considerazione della assimilabilità della descrizione brevettuale al procedimento per accertamento tecnico preventivo del codice di procedura civile, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 128 c.p.i. deve portare a ritenere che anche il provvedimento di diniego della descrizione sia reclamabile e ciò in linea

⁵⁰ In tal senso, v. ancora F. FERRARI, *La descrizione e il sequestro, in Prova e tutele nel diritto d'autore e nel diritto industriale*, cit., p. 844-845.

⁵¹ Di cui conviene richiamare un passaggio argomentativo cruciale: «[S]e si ha riguardo alla reclamabilità dei provvedimenti di rigetto di istanze cautelari sostanziali, la non reclamabilità di quelli che respingono ricorsi per provvedimenti di istruzione preventiva si presenta quindi come un'incoerenza interna alla disciplina della tutela cautelare. La discrasia è ancora più puntuale e evidente rispetto al provvedimento di diniego di sequestro giudiziario per provvedere alla custodia temporanea di libri, registri, documenti, campioni e di ogni altra cosa da cui si pretende desumere elementi di prova, disciplinato dall'art. 670, secondo comma, del Codice di procedura civile. Né varrebbe obiettare che l'art. 669-septies cod. proc. civ. attribuisce al ricorrente, sussistendo determinate condizioni, la facoltà di riproporre l'istanza. Come questa Corte ha rilevato, la riproposizione della istanza al medesimo giudice che ha emesso il provvedimento di rigetto opera su un piano diverso da quello del reclamo e non assicura lo stesso livello di efficacia di questo (sentenza n. 253 del 1994). La non impugnabilità dei provvedimenti sia di rigetto che di accoglimento non comporta tuttavia parità di tutela tra le parti. Mentre, infatti, il pregiudizio che può subire il resistente per effetto della concessione ed esecuzione di un provvedimento di istruzione preventiva non è definitivo, in quanto ogni questione relativa all'ammissibilità e rilevanza è rinviata al merito, il danno che può derivare al ricorrente da un provvedimento di rigetto può essere irreparabile.».

con la sentenza della Corte Cost., n. 144 del 16 aprile 2008, la quale ha affermato l'illegittimità costituzionale degli artt. 669-quaterdecies e 695 c.p.c. nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza per l'assunzione dei mezzi di prova. Per rendere un'interpretazione costituzionalmente orientata, vi è da rilevare che nel caso di specie il Giudicante ha dovuto disapplicare il disposto di cui al comma 4 dell'art. 128 c.p.i.⁵². Pertanto, dall'abrogazione dell'art. 128, comma 4, c.p.i. potrebbe trarsi anche un argomento a favore della reclamabilità dei provvedimenti di rigetto dell'istanza di descrizione, ma non anche di quelli di accoglimento, a conferma dell'estrema difficoltà interpretativa della questione.

Pertanto, il rinvio dell'art. 129, comma 3, c.p.i. alle norme del Codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari potrebbe intendersi come comprensivo anche dell'ordito normativo dettato a proposito dei procedimenti di istruzione preventiva, previa verifica della loro compatibilità con la descrizione. Se ne deduce che, in assenza di una deroga espressa o di un'incompatibilità strutturale, anche alla descrizione autorale deve applicarsi l'art. 698, comma 2, c.p.c., il quale esclude la possibilità di reclamare l'ordinanza che concede la descrizione.

3.2. Implicazioni della risoluzione della questione in un senso o nell'altro

È evidente che la risoluzione in un senso o nell'altro della questione, oltre a incidere sull'instaurando giudizio di merito, dal momento che la descrizione consente di acquisire la prova della contraffazione, orienta il potere negoziale delle parti, riducendone il divario di aspettative circa l'esito del giudizio di merito⁵³: sicché la garanzia o meno dell'accesso ad un giudizio di riesame della decisione presa dal primo giudice ha delle conseguenze tutt'altro che trascurabili, considerando peraltro che la scelta del foro spetta al titolare della privativa, il quale potrebbe imporre al presunto *infringer* un giudizio dinanzi ad un Tribunale notoriamente contrario a ritenere ammissibile il reclamo, in ragione degli ampi margini di *forum shopping* riconosciuti dalla legge nel contenzioso industrialistico.

In tale contesto, in assenza di una guida nomofilattica, la possibilità di richiamare espressamente l'*opinio doctorum*, più che minare l'indipendenza del giudicante, garantisce la trasparenza della motivazione in funzione esoprocessuale, oltre che un contraddittorio latamente "trasversale" attraverso il confronto o la ricezione degli esiti cui è giunto un diverso formante, contribuendo a superare la tendenziale chiusura epistemica di parte della giurisprudenza⁵⁴.

⁵² Cfr. Trib. Milano, Sezione specializzata proprietà industriale e intellettuale, 28 giugno 2010, ord.

⁵³ per questo genere di riflessioni, con riguardo al contenzioso industrialistico, v. A. GIUSSANI, *Diritto processuale civile delle imprese*, Bologna, 2015, p. 61.

⁵⁴ Riprendendo i ragionamenti già sviluppati da F. AULETTA, *I «materiali della legge» nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 17 ss.

4. Divieto di citare autori giuridici e *soft law*

Resta da affrontare il diverso tema del rapporto tra il divieto posto dall'art. 118 disp. att. c.p.c. e gli strumenti di *soft law*. La recente pubblicazione delle *Model European Rules of Civil Procedure* (breviter: le *Rules*) rende il problema quanto mai attuale⁵⁵. Chi scrive ne ha già sottolineato l'utilità quale strumento ermeneutico per risolvere gli *hard cases*, in assenza di chiare indicazioni da parte del legislatore⁵⁶.

Non è del tutto estraneo alla cultura del giudice di merito richiamare la *soft law* a suffragio dell'interpretazione offerta, benché questa esprima una certa visione del diritto dei loro *drafters* e, più in generale, della comunità degli studiosi. Tuttavia, non sembra che l'art. 118 disp. att. c.p.c. osti alla possibilità di richiamare a suffragio di interpretazioni di carattere sistematico le *Rules* o altri strumenti di *soft law*⁵⁷, siccome un conto è il divieto di citazione diretta degli autori giuridici, altro è estenderlo al frutto del loro lavoro trasfuso in un testo di indirizzo di natura notoriamente compromissoria. Sorge quindi il dubbio che il mancato richiamo da parte della giurisprudenza di legittimità alla *soft law*, specialmente quando allegata dalle parti, abbia una funzione programmatica, rafforzandone la chiusura epistemica

⁵⁵ Rispetto ai quali si è già formata una letteratura alluvionale. Limitatamente ai contributi pubblicati in lingua italiana e di introduzione al sistema delle *Rules*, v. le pagine di R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2022, p. 717 ss.; ID., *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Questione giustizia*, 2023, p. 1 ss.; V. CAPASSO, *Metodo e merito della disciplina dell'istruzione probatoria nelle ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure*, in *DPCleC*, 1, 2026, p. 113 ss.; D. CASTAGNO, *Il case management giudiziale nelle ELI-Unidroit Model Rules tra cooperazione, proporzionalità e metodi (non più) alternativi di risoluzione delle controversie: verso una riforma di principi?* ivi, p. 227 ss.

⁵⁶ V., *si vis*, G. DE CESARE, *Appunti sulla tutela cautelare nel sistema delle Model European Rules of Civil Procedure*, in *DPCleC*, 1, 2026, p. 154 ss., spec. 163 ss.

⁵⁷ V., per es., Tribunale Brindisi 29 luglio 2025, n. 211, ord., che ha rimesso al Giudice delle leggi la questione della possibile illegittimità costituzionale, per contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità, dell'art. 614-bis c.p.c., nella formulazione anteriore al d.lgs. n. 149 del 2022, applicabile *ratione temporis*, nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione di fissare *ex post*, su istanza di parte o anche d'ufficio, un limite quantitativo massimo, ovvero anche solo temporale, all'operatività delle misure di coercizione indiretta, richiamando i Principi Unidroit in materia contrattuale e commerciale nella parte in cui ammettono il sindacato giudiziale sull'equilibrio complessivo del rapporto. Tale linea argomentativa sembra avere fatto breccia nel Palazzo della Consulta: Corte cost., 18 giugno 2026, n. 109, esclusa la necessità di una pronuncia manipolativa, ha ritenuto già ricavabile dal sistema, e segnatamente dall'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, lo strumento idoneo a neutralizzare il denunciato *vulnus* costituzionale. Secondo la Corte, quando l'*astreinte* è stata disposta senza termine finale o limite quantitativo e il protrarsi dell'inadempimento, decorso un apprezzabile lasso temporale, rileva la sopravvenuta inutilità della coazione indiretta, il giudice dell'opposizione può accertare, anche d'ufficio, la perdita di efficacia propulsiva della misura e delimitare, di conseguenza, la somma azionabile in via esecutiva. Tale controllo non incide sul contenuto decisorio del provvedimento *ex art. 614-bis c.p.c.*, né comporta una rivalutazione dei criteri discrezionalmente fissati dal giudice della cognizione o della cautela, ma attiene ad un fatto sopravvenuto alla formazione del titolo, costituito dal venir meno della sua *vis* compulsiva. In questa prospettiva, l'interpretazione costituzionalmente orientata consente di ricondurre la disciplina entro i principi di ragionevolezza, proporzionalità ed effettività della tutela giurisdizionale, evitando che la misura coercitiva, una volta esaurita la propria funzione tipica, si traduca in uno strumento di ingiustificata locupletazione del creditore e di sacrificio sproporzionato del debitore.

attraverso l'autoproduzione delle fonti "para-normative" (ossia le decisioni rese dalla Corte di vertice in funzione "esoprocessuale") che possono essere – *rectius*: vengono – direttamente utilizzate o invocate dal giudice⁵⁸. Quanto detto fino a questo punto dovrebbe consentire di utilizzare le indicazioni ritraibili dalla *soft law* anche al di fuori del *hortus conclusus* delle materie rispetto alle quali non è dato il rimedio del ricorso straordinario. In questa prospettiva, il dialogo fra formanti, avversato dall'art. 118 disp. att. c.p.c., potrebbe essere recuperato proprio attraverso la valorizzazione della *soft law*.

5. Conclusioni

Si potrebbe obiettare che il divieto di citare autori giuridici nella motivazione delle sentenze sia funzionale a evitare una selezione indiretta dei difensori tecnici: il mercato, infatti, tenderebbe così a premiare gli avvocati che svolgono anche attività accademica, o comunque gli studiosi-forensi i cui scritti siano richiamati dai giudici. In questa prospettiva, il divieto mirerebbe a scongiurare una regressione alla logica della Legge delle citazioni e, con essa, la formazione di nuove rendite di posizione.

L'argomento non persuade. Se il processo è *actum trium personarum*, l'apporto di difensori tecnici particolarmente qualificati non può essere percepito come un fattore patologico, ma semmai come una risorsa per il giudice e per il complessivo funzionamento della giustizia civile. In tale prospettiva, proprio l'esigenza di efficientamento del sistema suggerisce di non proteggere rendite di posizione prive di una reale giustificazione economica o funzionale. Il modello protezionistico sinora prevalente finisce infatti per nuocere non solo al sistema economico nel suo complesso, ma anche alla crescita dell'avvocatura, perché mortifica la competizione interna e le professionalità acquisite tanto dalle generazioni più risalenti quanto da quelle più giovani e, per queste ultime, può persino tradursi in un disincentivo all'esercizio della professione.

Guidomaria De Cesare
Magistrato

⁵⁸ In argomento, v. F. AULETTA, *I «materiali della legge» nel giudizio di cassazione*, cit., p. 22.