



Governance e Giustizia: le regole del processo civile italiano

(Governance and Justice: the rules in the italian civil procedure)

Giorgio Costantino

Professor at the University of Rome (Roma Tre)

Abstract: The article deals with the discussion on how governance could or should be a concept applied to Civil Justice

Keywords: Governance. Civil Procedure. Civil Justice.

Sommario: 1.- Premessa. Oggetto e piano dell'indagine. 2.- Ricognizione delle fonti. 3.- Le garanzie costituzionali ed internazionali. 4.- Le nozioni di «giusto processo». 5.- La disciplina processuale. 6.- La giurisprudenza. 7.- Massime, *obiter dicta* e «precedenti»: esempi. 8.- La soggezione del giudice alla legge. 9.- Gli Osservatorii, i protocolli, le *local rules*: l'*ordo judicarius* moderno.

1.- Il termine «*governance*» e, in particolare, l'espressione «*corporate governance*» si sono diffusi nel linguaggio giuridico italiano soprattutto in occasione della riforma del diritto societario, avviata con la legge delega 3 ottobre 2001, n. 366¹; «*corporate governance*», o «governo societario», indica l'insieme di regole, che disciplina la gestione delle società di

¹ V. la scheda, la relazione e gli atti della Commissione «Mirone» e quelli della Commissione «Rovelli» in www.giustizia.it, nonché, con specifico riferimento alla specifica disciplina processuale contestualmente introdotta e, quindi, abrogata dall'art. 54, co. 5°, l. 18 giugno 2009, n. 69, R. RORDORF, *La problematica evoluzione del diritto societario*, in *Questione Giustizia*, 1999, 1, 45 ss.; P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 78 ss.; ID., *Dalla legge Draghi al progetto Mirone. Un quadro d'insieme*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, p. 410 ss. V., inoltre, G. COSTANTINO, *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Società*, 2000, 2, 161 ss.; ID., *Il processo commerciale, Commento agli artt. 1 – 33 d. leg. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, Padova, 2009; ID., *Sugli effetti della abrogazione del processo commerciale*, in *Società*, 2009, 8, 1049; ID., *La disciplina transitoria della l. n. 69/09 e la abolizione di riti*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1241.



capitali ed include quelle dei rapporti tra i vari soggetti che vi sono coinvolti: soci, organi di gestione e di controllo.

L'analisi che segue è limitata alla analisi dell'insieme di regole, che disciplina il processo civile italiano, vuoi per ragioni di competenza specifica, vuoi perché diversi sono gli obiettivi e, quindi, i principi alla base della giustizia penale, vuoi, infine, perché la «*governance*» del processo civile costituisce, sul piano teorico e scientifico, l'archetipo e il termine di riferimento degli altri modelli processuali.

L'art. 44 l. 18 giugno 2009, n. 69, con il quale è stata attribuita la delega per il «riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato», infatti, ha stabilito che le disposizioni delegate dovevano essere coordinate «con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali». In attuazione di questo criterio direttivo, il codice del processo amministrativo, di cui al d.leg. 2 luglio 2010, n. 104, all'art. 39, contiene un rinvio generale, «esterno», al codice di procedura civile, in più punti richiama specifiche norme del processo civile e, in altri, ne riproduce il testo². Analoghe disposizioni sono contenute nell'art. 1, co. 2°, d.leg. 31 dicembre 1992, n. 546, per il processo tributario, e nell'art. 26, r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, per il processo contabile; nell'ambito di quest'ultimo, inoltre, l'art. 1, co. 174°, l. 23 dicembre 2005, n. 266, si riferisce a «tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile».

Per espressa previsione legislativa, dunque, la disciplina del processo civile costituisce «espressione di principi generali».

Oggetto dell'indagine che segue, pertanto, è l'analisi delle regole che governano il processo civile italiano.

A tal fine, si procederà preliminarmente ad una ricognizione delle fonti normative. Questo passaggio si manifesta comunque doveroso, perché, come si vedrà, la varietà di queste, la tecnica legislativa e le questioni interpretative e di coordinamento suscitano la tentazione di prescindere dai profili formali.

² V. G. COSTANTINO, *Note a prima lettura sul Codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, 237.



L'attenzione sarà, quindi, orientata sul valore della giurisprudenza e sull'efficacia del «precedente» nella interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni processuali.

Saranno, quindi, indicati i limiti, in riferimento alle disposizioni che regolano l'andamento del processo, del principio per il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», di cui all'art. 101, co. 2°, Cost.

Infine, si darà conto dei fenomeni di autoregolazione del processo in Italia: delle esperienze degli Osservatorii della giustizia civile, dei Protocolli d'udienza, nonché della applicazione del processo civile telematico (PCT).

L'obiettivo consiste nell'indicare in un moderno *ordo iudicarius*, frutto della collaborazione di tutte le figure di operatori della giustizia (magistrati, avvocati, funzionari di cancelleria, professori), la «*governance*» della giustizia e, quindi, le effettive regole che governano il processo civile.

2.- Ai sensi dell'art. 1, disp. prel., «Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 4) gli usi».

Ai sensi dell'art. 117, co. 1°, Cost. «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»: l'Unione Europea, il Parlamento nazionale, le Regioni producono atti aventi forza di legge.

Le fonti europee prevalgono su quelle nazionali. A tal fine, ai sensi dell'art. 267 TFUE (*ex art. 234 TCE*), i giudici nazionali sottordinati «possono» domandare alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, mentre gli organi giurisdizionali di ultima istanza «sono tenuti» «a rivolgersi alla Corte»³. La violazione o la disapplicazione del diritto europeo, anche se

³ Da ultima, per l'incompatibilità dell'art. 3, co. 2 *bis*, d.l. 25 marzo 2010, n. 40, convertito in l. 22 maggio 2010, n. 73, che consente la definizione di alcune controversie tributarie, con il diritto europeo, v. Cass. 4 agosto 2010, n. 18055, in *Foro it.* 2010, I; in riferimento ad altre e diverse disposizioni tributarie nazionali, nel senso, infatti, che «44. ... queste disposizioni violano l'obbligo di garantire una riscossione equivalente dell'imposta in tutti gli Stati membri. 45. ... la legislazione italiana produce un effetto contrario nella misura in cui i contribuenti colpevoli di



imputabile ad organi giurisdizionali, è fonte di sanzioni, per lo Stato, cosicché si è posto il problema della responsabilità dei giudici in riferimento all'azione di rivalsa⁴.

I confini delle competenze dello Stato e delle Regioni sono segnati dall'art. 117 Cost.; ai sensi del co. 4°, la regola generale è per la competenza regionale: «spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato». La questione è oggetto di un contenzioso fittissimo ed intenso⁵.

Norme di produzione secondaria sono prodotte dalle autorità indipendenti o sono frutto di regole convenzionali⁶. La fonte del potere regolatore risale comunque a norme primarie,

frode risultano favoriti dalla legge n. 289/2002», v. Corte CE 17 luglio 2008, causa C-132/06, *id.* 2009, IV, 84; ma nel senso che la sentenza della Corte CE «deve essere interpretata restrittivamente e non ha, quindi, effetti sul diverso istituto della definizione delle liti fiscali pendenti», v. Cass., ss.uu., 17 febbraio 2010, n. 3676, *id.*, 2010, I, 1157.

⁴ La Corte CE, infatti, è stata recentemente investita da un ricorso della Commissione contro l'Italia, ai sensi dell'art. 258 TFUE, perché, «nell'escludere qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da attività di interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuata da tale organo giurisdizionale, e nel limitare tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave in forza dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, della legge italiana 13 aprile 1988, n. 117, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza del principio generale della responsabilità degli Stati enunciato dalla Corte nella sua giurisprudenza per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei loro organi giurisdizionali di ultimo grado»: ricorso C-379/10 del 28 luglio 2010. Cfr., sulla questione, Corte CE 13 giugno 2006, n. 173/03, in *Foro it.* 2006, IV, 417, con note di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, di A. PALMIERI *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, e di T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*. V. anche, tra gli ultimi, per indicazioni, M. CONDINANZI, *I giudici italiani «avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno» e il rinvio pregiudiziale*, in *Dir. Unione Europea*, 2010, 295; F. FERRARO, *La [ir]responsabilità dei giudici nazionali per violazione del diritto dell'Unione*, in www.csm.it; *Id.*, *La responsabilità risarcitoria degli stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, *passim*; P. PIVA, *La responsabilità dello stato-giudice nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2009, 451; nonché A.M. ROMITO, *Violazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale e responsabilità dello stato*, in *Giusto processo civ.*, 2008, 413. E v., inoltre, in relazione alla esperienza tedesca, R. CAPONI, *La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca*, in *Foro it.*, 2010.

⁵ V. l'ultima *Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

⁶ N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI E M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 287; G. CARRIERO, *Il controllo sull'attività assicurativa: istituzioni, obiettivi e strumenti*, in *Società*, 2009, 813; *Id.*, *Codici deontologici e tutela del risparmiatore*, in *Foro it.*, 2005, V, 196; ora in *Id.*, *Economia e diritto*, Milano, 2010. V., inoltre, per ulteriori indicazioni, S. FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e governance nel modello europeo)*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 5; A. MIRONE, *Le «fonti private» del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa ecc.*, 2009, I, 264; G. SCOGNAMIGLIO, *I nuovi modi di formazione del diritto commerciale: i principi las/lfrs come fonti del diritto contabile*, in *Riv. dir. privato*, 2008, 235; v. anche gli atti del convegno *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di V. DI CATALDO e M. SANFILIPPO,



sebbene talvolta la mera esistenza di esso susciti la tentazione di prescindere dai confini segnati dalle prime⁷.

«L'accertamento della legge straniera – applicabile in forza di eventuali norme di rinvio - è compiuto d'ufficio dal giudice», ai sensi dell'art. 14 l. 31 maggio 1995, n. 218.

E' controversa l'applicazione dei regolamenti emessi dagli enti locali, ai quali l'art. 117, co. 6°, Cost. attribuisce potestà regolamentare⁸.

La violazione e la falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro costituisce motivo di ricorso per cassazione, al pari della violazione di legge⁹, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., ma il deposito del contratto collettivo che si assume violato è considerato un onere della parte e condizione di procedibilità del ricorso¹⁰.

Le questioni relative all'anatocismo nei contratti bancari hanno rinverdito il dibattito sugli usi, che, ai sensi dell'art. 8 disp. prel., hanno efficacia solo in quanto richiamati dalle leggi e dai regolamenti, salvo che sia diversamente disposto¹¹.

Al cospetto della pluralità delle fonti, è inevitabile che l'attenzione teorica si sia orientata sui problemi generali di coordinamento. La bibliografia sul tema è ormai imponente¹².

Milano, 2009. V. anche M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, *passim*.

⁷ V., da ultimo, in relazione al regolamento del Consiglio Nazionale Forense sulle specializzazioni, G. SCARSELLI, *Note sul regolamento del Consiglio nazionale forense per il riconoscimento del titolo di avvocato specialista*, in *Foro it.*, 2010, V, 317.

⁸ Nel senso che «il giudice non è tenuto a conoscerne né a ricercarne d'ufficio il contenuto», v. Cass. 7 giugno 2006, n. 13336, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 241; ma nel senso che «le norme dei regolamenti comunali edilizi sono, per effetto del richiamo contenuto negli art. 872 e 873 c.c., integrative delle norme contenute nel codice in materia di distanze tra costruzioni, sicché il problema della scienza ufficiale di tali norme che il giudice è tenuto ad applicare si pone negli stessi termini di quello delle norme del codice civile», v. Cass. 25 novembre 1996, n. 10450, *id.*, Rep. 1996, voce *cit.*, n. 328.

⁹ Da ultimo, anche per indicazioni, v. F. ROSELLI, *La violazione e la falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in G. IANNIRUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², MILANO, 2010, 243.

¹⁰ In questo senso, Cass., ss.uu., 23 settembre 2010, n. 20075.

¹¹ V. da ultime, Cass. 2 dicembre 2010, n. 24418, sulla quale si è già aperto un intenso dibattito, nonché sulla scia di Cass., ss.uu., 17 aprile 1999, n. 3845 (in *Foro it.*, 1999, I, 1429), Cass. 18 gennaio 2006, n. 870, 22 marzo 2005, n. 6187, 25 febbraio 2005, n. 4095 e n. 4092, *id.* 2006, I, 1762.

¹² Tra gli ultimi, anche per indicazioni, v. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 479; *Id.*, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, *passim*; *Id.*, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 727; A. DI MAJO, *Fonti convenzionali e comunitarie in concorrenza sulle*



Occorre anche ricordare che, ai sensi dell'art. 12 l. 31 maggio 1995, n. 218, «il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana» e, ai sensi dell'art. 117, co. 2°, lett. l), «lo Stato ha legislazione esclusiva – in materia di - l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa».

Per quanto riguarda la *governance* della giustizia, pertanto, la ricognizione delle fonti può arrestarsi a quelle nazionali e a quelle statali.

Prima e al di sopra di qualunque fonte ordinaria, tuttavia, la disciplina processuale deve rispettare le garanzie costituzionali ed internazionali.

3.- Ciascuna e tutte le disposizioni processuali debbono essere conformi agli artt. 3, 24 e 111 Cost., all'art. 47 della «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (richiamata dall'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, quale modificato dal Trattato di Lisbona, ratificato con l. 2 agosto 2008, n. 130), e all'art. 6 della «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea » (CEDU), ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848.

L'osservanza dei principii e dei valori deducibili dalla Costituzione della Repubblica Italiana, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea costituisce un doveroso criterio interpretativo di ogni testo normativo nazionale, europeo, statale, regionale, convenzionale, primario o secondario. La conformità delle disposizioni processuali alla Costituzione, al diritto dell'Unione Europea e alla Convenzione sui diritti dell'uomo è garantita, rispettivamente, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di giustizia (Corte CE) e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

regole di conflitto, in *Corr. giur.*, 2009, 1157; A. PIZZORUSSO, *è possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Foro it.*, 2009, V, 215; ID., *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, id., 2007, V, 33; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 147; ID., *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, *ibidem*, I, 413; A. LUMINOSO, *Fonti comunitarie, fonti internazionali, fonti nazionali e regole di interpretazione*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2009, 659; V. SCARABBA, *Tra fonti e corti - Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, *passim*. E. v. anche L. CARLASSARRE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2008, II, 2, 536; nonché gli atti del convegno *Il nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo fra le corti*, in *Riv. dir. privato*, 2010, fasc. 2, 3.



Ciò significa che, almeno sulla carta, questo è il migliore dei mondi possibili, perché non è mai esistito, nella storia dell'umanità, un momento nel quale fosse riconosciuto a tutti, cittadini e non cittadini, senza distinzione di sesso, razza, religione o altro, il diritto ad un processo giusto e alla tutela effettiva, ad ottenere, come dicevano i padri, «tutto quello e proprio quello che si avrebbe diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale». Se il mugnaio di *Saint Souci* poteva sperare che vi fossero giudici a Berlino¹³, oggi chiunque non solo gode delle garanzie appena indicate, ma, se queste sono negate anche dal legislatore nazionale, può trovare tutela a palazzo della Consulta, alla Corte del Lussemburgo ed alla Corte di Strasburgo.

Il che, se si volge lo sguardo al passato, può generare soddisfazione, perché le garanzie attualmente disponibili sono il punto di arrivo di un percorso che è partito molto tempo addietro: nel 250 a.C. Appio Claudio pubblicava nel foro le leggi delle dodici tavole, affinché le regole giuridiche non fossero più un mistero per iniziati; nella *Magna Carta Libertatum* del 1215 si legge: «*Nulli negabimus, nulli differimus justitiam*»; tuttavia, se si volge lo sguardo al presente, può generare sconforto, perché l'esperienza quotidiana mette in evidenza le profonde contraddizioni tra i principii ed i valori formalmente riconosciuti e la realtà effettuale; se, infine, si volge lo sguardo al futuro può stimolare l'impegno a contribuire al superamento di tali contraddizioni anche mediante l'analisi delle regole che governano il processo civile italiano.

In questa prospettiva, la compresenza di più testi normativi contenenti le garanzie fondamentali e la coesistenza di più corti deputate a garantirne l'osservanza implica che si dia conto degli strumenti di coordinamento.

¹³ Come è noto, secondo una leggenda tedesca, Arnold, mugnaio di San Souci, Potsdam, all'esito di conflitti giudiziari protrattisi per quasi trenta anni, ottenne finalmente giustizia dall'imperatore Federico II di Prussia; Rosina, moglie del mugnaio, avrebbe affermato: «Ci sarà un giudice a Berlino».



4.- L'art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ha aggiunto cinque capoversi all'art. 111 della Costituzione¹⁴. Il primo ed il secondo comma della disposizione novellata hanno un portata generale.

L'espressione «*giusto processo*» rinvia a tre modelli: quello conforme ai principii costituzionali, quali deducibili dalla Costituzione e soprattutto dalla giurisprudenza del giudice delle leggi anteriore al 2000; quello conforme ai principii della Convenzione sui diritti dell'uomo, elaborati ed applicati dalla Corte di Strasburgo in applicazione dell'art. 6 della Convenzione, nonché dalle corti territoriali e dalla giurisprudenza italiana in applicazione della legge 24 marzo 2001, n. 89, e ripetuti dall'art. 47 della carta di Nizza; e può indicare, infine, il modello deducibile dal novellato art. 111 Cost.

Fino al 31 dicembre 1999, la disciplina processuale doveva garantire il diritto di azione e di difesa, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ai sensi degli artt. 24, co. 1° e 2°, e 113, l'uguaglianza formale e sostanziale delle parti, ai sensi dell'art. 3, 1° e 2° co., la precostituzione per legge di un giudice «naturale», ai sensi dell'art. 25, l'autonomia e la indipendenza della magistratura e del singolo giudice, ai sensi degli artt. 101 ss., la ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 2° (ora 7°). In una delle ultime sentenze precedenti la riforma costituzionale¹⁵, il Giudice delle leggi ha individuato «le garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute» nella «possibilità del contraddittorio», nella «stabilità della decisione» e nella «impugnabilità con ricorso per cassazione».

Con la legge costituzionale del 1999 si è precisato che il processo, per essere «giusto» deve essere «regolato dalla legge», deve svolgersi «nel contraddittorio tra le parti», «in condizioni di parità», «davanti a un giudice terzo ...» e «... imparziale»; e si è anche stabilito che «la legge ne assicura la ragionevole durata».

¹⁴ Si rinvia, anche per indicazioni, a G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in Atti del Convegno «Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile"», a cura di M. G. CIVININI e C. VERARDI, in *Quaderni di Questione giustizia*, Milano, 2000, 255; ID., *Il giusto processo civile*, in Atti del Convegno «Giusto processo civile e penale» a cura di M. L. Campiani, Napoli, 2004, 193 ss.; ID., *Il giusto processo di fallimento*, in *La tutela dei crediti nelle procedure concorsuali*, a cura di A. DIDONE e P. FILIPPI, MILANO 2002, 1; nonché ID., *L'azione processuale contabile nell'assetto del giusto processo contabile*, in *Amm. Contabilità*, 2002, 1.

¹⁵ Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Foro it.*, 1999, I, 1118.



Ne consegue che, nel mutato quadro costituzionale, non basta invocare la giurisprudenza costituzionale anteriore in funzione del giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87. Le soluzioni alle quali essa era pervenuta possono ora essere richiamate solo se ed in quanto compatibili con il «giusto» processo, quale definito dal novellato art. 111 Cost.

Le garanzie scolpite in questa disposizione e, comunque, già deducibili dal sistema, peraltro, coincidono con quelle già previste dall'art. 6 della Convenzione sui diritti dell'uomo, assunto a modello per la riforma costituzionale.

Quest'ultimo, infatti, sotto la rubrica «*diritto a un equo processo*», al co. 1°, dispone: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. [. . .]».

L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a sua volta, stabilisce: «1. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. 2. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. 3. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

A ben vedere, non vi è contraddizione tra i testi normativi appena indicati, tra i principi ed i valori previsti in materia di giustizia dalla Costituzione della Repubblica Italiana, quelli affermati della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e quelli riconosciuti dalla Convenzione sui diritti dell'uomo.

In questo senso è anche la giurisprudenza.



Già si è ricordato che la violazione o la disapplicazione del diritto europeo, anche se imputabile ad organi giurisdizionali, è fonte di sanzioni, per lo Stato, e che si è posto il problema della responsabilità dei giudici in riferimento all'azione di rivalsa¹⁶.

Per quanto riguarda i rapporti tra Costituzione e Convenzione sui diritti dell'uomo, tra Corte costituzionale e CEDU, appare opportuno dar conto delle indicazioni della Corte costituzionale¹⁷.

In base ad una ampia premessa, diretta a collocare nel sistema le disposizioni convenzionali, la Corte ha concluso nel senso che essa «e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri. A questa Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana».

Delineato il quadro e l'operatività delle garanzie fondamentali, la ricognizione delle fonti processuali implica un ulteriore passaggio: l'individuazione delle norme processuali.

5.- Appare ragionevole dubitare che le queste ultime si esauriscano nelle disposizioni del codice di rito¹⁸.

¹⁶ Cfr. sopra, testo e nota 4.

¹⁷ V. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39, con note di R. ROMBOLI, A. TRAVI, CAPPUCCIO e GHERA; in *Corriere giur.*, 2008, 193, con note di LUCIANI e CONTI, in *Giur. it.*, 2008, 309, con nota di REPETTO e 2008, 565, con note di CONFORTI e CALVANO. Cfr., anche per ulteriori indicazioni, le relazioni di C. CONSOLO e di R. CAPONI al XVII Convegno nazionale dell'Associazione tra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009.

¹⁸ Cfr. B. CAPPONI, *La legge processuale civile. Fonti interne e comunitarie. Applicazione e vicende*³, Torino, 2009, spec. 8.



In primo luogo e in generale, il sistema, per definizione completo unitario ed armonico, non costituisce un dato immanente ma è comunque il frutto di un'opera di classificazione: la completezza, l'unità e l'armonia sono, in ogni caso, frutto di un'attività ordinatoria; è l'interprete, che si sforza di classificare i fenomeni, al pari dello studioso di scienze naturali che, ad esempio, classifica i bovini come mammiferi ruminanti placentati e le formiche o le api quali imenotteri sociali.

In secondo luogo, non è realistico assumere il vigente codice di rito quale criterio sistematico di classificazione della *materia processuale*: nel testo del codice convivono, tra l'altro, norme del 1940-42, del 1950, del 1973, del 1990, del 1995, del 1998, del 2001, del 2005, del 2006, del 2008, del 2009. Il codice è l'insieme di tessere di un mosaico, le figure del quale l'interprete è chiamato ad individuare. Una delle più impegnative, seppur fastidiose, attività, infatti, consiste nel tentare di risolvere le numerose questioni di coordinamento tra disposizioni ispirate a diverse *rationes*, nel tentativo di costruire un sistema, che certamente, per quanto riguarda la vigente normativa codicistica, non è un dato immanente.

In terzo luogo, l'utilizzazione del codice quale criterio di classificazione rischia di abbandonare ad altri settori materie di non secondaria importanza: basti pensare, ad esempio, ai processi di separazione e di divorzio, a quelli minorili; alla tutela dei diritti sindacali e del pubblico impiego; alle forme di tutela dei diritti in materia di proprietà industriale; alla tutela del consumatore; a tutte le materie che trovano la propria fonte nella disciplina comunitaria.

Le disposizioni processuali non sono soltanto quelle contenute nel codice di procedura civile emanato il 28 ottobre 1940 ed entrato in vigore il 21 aprile 1942.

Non sembra, inoltre, possibile prescindere dal verificare l'operatività della disciplina del processo civile richiamata in altri contesti: nel processo amministrativo dall'art. 39 d.leg. 2 luglio 2010, n. 104, nel processo contabile dagli artt. 26, r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, e 1, co. 174°, l. 23 dicembre 2005, n. 266, e nel processo tributario dall'art. 1, co. 2°, d.leg. 31 dicembre 1992, n. 546.



In questa prospettiva, un ragionevole criterio di classificazione può essere fornito dal d.m. 24 ottobre 2000, per il quale il settore IUS/15 «Diritto processuale civile» comprende «gli studi relativi alla disciplina del fenomeno processuale nell’ambito civilistico (dal procedimento di cognizione al procedimento di esecuzione), al diritto processuale del lavoro, al diritto dell’arbitrato ed al diritto fallimentare (con particolare riferimento agli aspetti processuali), nonché gli studi relativi alle dottrine generali del processo per quanto attiene al versante civilistico».

Questa ampia definizione consente di comprendere tra le fonti del diritto processuale ogni testo normativo che regoli gli strumenti di tutela delle situazioni subiettive.

La ricognizione delle fonti del diritto processuale implica, pertanto, l’elenco delle riforme generali che si sono succedute dopo l’emanazione del codice ancora vigente, nonché quello delle normative specifiche.

Il codice di procedura civile è stato approvato con il r.d. 28 ottobre 1940, n. 1443, ed è entrato in vigore il 21 aprile 1942. Già il r.d. 18 dicembre 1941, n. 1368, introdusse norme non meramente di attuazione, ma integrative della nuova disciplina processuale; altre non secondarie modifiche sono contenute nel r.d. 20 aprile 1942, n. 504, emanato un giorno prima l’entrata in vigore.

La l. 14 luglio 1950, n. 581, e il d.P.R. 17 ottobre 1950, n. 857, noti come la «Novella del 1950», contengono la prima, radicale riforma del codice.

La l. 11 agosto 1973, n. 533, nota come la «Novella del 1973» ha riformato il processo del lavoro, sul quale è, da ultima, intervenuta la l. 4 novembre 2010, n. 183.

La «Novella del 1990» è contenuta nella l. 26 novembre 1990, n. 353, e l. 21 novembre 1991, n. 374, modificate ed integrate dai dd.l. 16 dicembre 1993, n. 521, 14 febbraio 1994, n. 105, 14 aprile 1994, n. 235, 18 giugno 1994, n. 380, 8 agosto 1994, n. 493, non convertiti in legge, e dal d.l. 7 ottobre 1994, n. 571, quest’ultimo convertito in l. 6 dicembre 1994, n. 673,



nonché dai dd.l. 21 aprile 1995, n. 121, 21 giugno 1995, n. 238, 9 agosto 1995, n. 347, non convertiti in legge, e dal d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito in l. 20 dicembre 1995, n. 534¹⁹.

Il d.leg. 17 gennaio 2003, n. 5, ha introdotto il «processo commerciale», poi abrogato dall'art. 54, co. 4°, l. 18 giugno 2009, n. 69.

Tra il 2005 e il 2006, sulla giustizia civile si è scatenato uno *tsunami* di riforme. L'ondata riformatrice è stata avviata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, al quale hanno fatto seguito la l. 28 dicembre 2005, n. 263, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 271, non convertito in legge, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51, e la l. 28 febbraio 2006, n. 52.

Il d.leg. 2 febbraio 2006, n. 40, ha riformato la disciplina dell'arbitrato e il procedimento innanzi alla Corte di cassazione.

La tutela collettiva risarcitoria è stata regolata dall'art. 140 *bis*, del codice del consumo di cui al d.leg. 6 settembre 2005, n. 206; il testo è stato modificato dall'art. 49, co. 1°, l. 23 luglio 2009, n. 99; l'entrata in vigore è stata prevista dall'art. 23, co. 16°, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102.

Con la l. 25 luglio 2005, n. 150, è stata approvata la riforma dell'ordinamento giudiziario, poi attuata con diversi decreti legislativi, in parte modificati dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269, e dalla l. 30 luglio 2007, n. 111.

La riforma delle procedure concorsuali è stata attuata con il d.leg. 9 gennaio 2006, n. 6, seguito dal decreto «correttivo» 12 settembre 2007, n. 169, e da ulteriori modifiche parziali.

Lo *tsunami* di riforme del 2005/2006 è stato, in parte «corretto» dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, che costituisce l'ultima, rilevante «Novella».

¹⁹ Sul testo originario della disciplina transitoria della «Novella» del 1990, sui rinvii della sua entrata in vigore e sui decreti legge emanati nell'imminenza di questa, v. G. COSTANTINO, *La disciplina transitoria della l. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Documenti giustizia*, 1991, n. 7/8, 1 ss.; *Il processo civile nel 1993 (Note sul rinvio della riforma)*, in *Foro it.*, 1992, V, 417 ss.; *Il processo incivile nel 1995. (Note sulla applicazione dimezzata della riforma)*, *id.*, 1995, V, 225 ss.; *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995 n. 238)*, *id.*, 1995, V, 321 ss.; *Il processo civile e Biancaneve (Note sulla l. 20 dicembre 1995, n. 534)*, *id.*, 1996, V, 1 ss., tutti ora in *Scritti sulla riforma della giustizia civile (1982 - 1995)*, Torino, 1996.



Numerosissimi provvedimenti legislativi hanno modificato singoli aspetti della disciplina processuale ed altri sono annunciati²⁰.

Appare ovvio rilevare che le riforme del processo e della giustizia non sono un evento straordinario. In una società complessa ed in rapida evoluzione, esse sono una reazione fisiologica ai mutamenti sociali ed economici. Questi ultimi, a loro volta, richiedono una continua opera di manutenzione.

Senonché la pendolarizzazione del quadro normativo rende incerta la *governance* della giustizia.

Il processo commerciale o societario era stato presentato come uno strumento risolutivo dei conflitti economici, come una anticipazione «di una riforma organica di tutto il processo civile» e come «una sperimentazione generalizzabile in un futuro prossimo»²¹. Il quesito di diritto di cui all'art. 366 *bis* c.p.c. era stato previsto per «meglio finalizzare l'attività della Corte alla decisione delle questioni di diritto e di evitare che il ricorso si limiti ad una mera ripetizione degli argomenti sostenuti nelle precedenti fasi»²². Analoghe ragioni efficientiste sono state invocate per l'estensione del rito del lavoro alla infortunistica stradale. L'art. 180 c.p.c. era stato introdotto, nel 1995, contro la riforma attuata con la l. 26 novembre 1990, n. 353, ed è stato eliminato a far tempo dal 1° marzo 2006. Il dibattito su ciascuna di queste riforme ha avuto forti caratterizzazioni ideologiche; ha messo in sordina gli aspetti tecnici,

²⁰ Si rinvia a G. COSTANTINO, *Le riforme della giustizia civile nella XIV Legislatura*, in *Riv.dir. proc.*, 2005, 15 ss.; nonché, per i successivi sviluppi, alle *Rassegne di legislazione* (1° giugno – 30 settembre 2005), *id.*, 2005, 1277; (1° ottobre – 31 dicembre 2005), *id.*, 2006, 181; (1° gennaio – 31 marzo 2006), *id.*, 2006, 617; (1° aprile – 30 giugno 2006), *id.*, 2006, 935; (1° luglio – 30 settembre 2006), *id.*, 2006, 1273; (1° ottobre – 31 dicembre 2006), *id.*, 2007, 261; (1° gennaio – 28 febbraio 2007), *id.*, 2007, 797; (1° marzo – 30 giugno 2007), *id.*, 2007, 1089; (1° luglio – 31 agosto 2007), *id.*, 2007, 1367; (1° settembre – 30 ottobre 2007), *id.*, 2007, 1677; (1° novembre – 31 dicembre 2007), *id.*, 2008, 289; (1° gennaio – 30 aprile 2008), *id.*, 2008, 869; (1° maggio – 30 giugno 2008), *id.*, 2008, 1169; (1° luglio – 31 ottobre 2008), *id.*, 2008, 1785; (1° novembre 2008 – 28 febbraio 2009), *id.*, 2009, 579; (1° marzo 2009 – 30 giugno 2009), *id.*, 2009, 1113; (1° luglio – 31 agosto 2009), *id.*, 2009, 1445; (1° settembre 2009 – 28 febbraio 2010), *id.*, 2010, 514; (1° marzo – 31 agosto 2010), *id.*, 2010, 1244. V. anche *Id.*, *L'accelerazione del processo civile*, in *Atti del Convegno «I tempi della giustizia»*, Napoli, 2010, 3.

²¹ Così il Comunicato n. 88 del Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2003. Cfr. anche, per indicazioni, G. COSTANTINO, *Il processo commerciale, Commento agli artt. 1 – 33 d. leg. 17 gennaio 2003*, n. 5, cit.

²² Così la Relazione al d.leg. 2 febbraio 2006, n. 40. Cfr. UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione sullo stato della giurisprudenza n. 22 del 13 febbraio 2009*, e n. 25 del 3 marzo 2008, *Formulazione del quesito di diritto ai sensi del nuovo art. 366 bis cod. proc. civ. – Stato della giurisprudenza* (red. A. CARRATO), in www.cortedicassazione.it.



relativi alla congruità dei mezzi ai fini. Ma il fallimento di ciascuna di esse è stato determinato proprio dalla inidoneità degli strumenti rispetto agli obiettivi enunciati.

La tecnica legislativa, infatti, è, spesso, eufemisticamente carente.

Basti ricordare, ad esempio, che l'art. 26, co. 1°, lett. a) e b), d.leg. 2 febbraio 2006, n. 40, ha sostituito, nel quinto comma dell'art. 23 l. 24 novembre 1981, n. 689, l'espressione «ricorribile per cassazione» con «appellabile» ed ha abrogato l'ultimo comma, ai sensi del quale «la sentenza è inappellabile ma è ricorribile per cassazione»; il primo comma (ai sensi del quale «il giudice, se il ricorso è proposto oltre il termine previsto dal primo comma dell'art. 22, ne dichiara l'inammissibilità con ordinanza ricorribile per cassazione»), tuttavia, non è stato modificato, cosicché le ordinanze dichiarative della inammissibilità dei ricorsi tardivi sono rimaste ricorribili direttamente per cassazione²³.

Ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., nel testo novellato nel 2009, la sezione «filtro» dovrebbe valutare l'«ammissibilità» del ricorso ai sensi dell'art. 375, co. 1°, nn. 1) e 5), c.p.c., mentre la sezione «competente» dovrebbe provvedere ai sensi dell'art. 375, co. 1°, nn. 2) e 3). La prima, quindi, potrebbe dichiarare inammissibile il ricorso «anche per mancanza dei motivi», accoglierlo o rigettarlo «per manifesta fondatezza o infondatezza»; la seconda dovrebbe ordinare l'integrazione del contraddittorio, la notificazione dell'impugnazione ai litisconsorti nelle cause scindibili o la rinnovazione di essa, l'estinzione del processo. Appare evidente che non può essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso, né la manifesta infondatezza o la manifesta fondatezza se la notificazione è nulla o se il contraddittorio non è integro.

Non sono, poi, infrequenti i casi in cui la redazione delle nuove disposizioni è il frutto di uno sciatto «taglia ed incolla».

Al fine di consentire un'istruttoria «aperta» nel secondo «grado» del nuovo procedimento sommario, l'art. 345, co. 3°, c.p.c., è stata copiata nell'art. 702 *quater* c.p.c.: è

²³ In questo senso v. Cass. 25 novembre 2008, n. 28147, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, n. 29; nel senso che l'appello è regolato dalla disciplina ordinaria, v. Cass. 19 giugno 2009, n. 14520, *id.*, 2010, I, 114; e, nel senso che non opera la regola del foro erariale, v. Cass., ss.uu., 18 novembre 2010, n. 23825 e n. 23826, 22 novembre 2010, n. 23594.



stato cancellato il «non»; è stato sostituito «salvo che» con «quando», «indispensabili» con «rilevanti»; è stata conservata la seconda parte del periodo: «ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile»; ma, nel nuovo contesto, questa non sembra abbia senso alcuno.

Ai sensi dell'art. 145 *bis*, co. 2°, del t.u. bancario di cui al d.leg. 1° settembre 1993, n. 385, aggiunto dall'art. 8 d.leg. 13 agosto 2010, n. 141, il ricorso si propone al «Tribunale amministrativo regionale», ma deve essere «depositato presso la cancelleria della Corte d'appello». Il testo evidentemente riproduce altra disposizione, per la quale la competenza era della corte di appello, ma a questa è stato sostituito il Tar soltanto nella prima parte²⁴.

La frenesia legislativa, la mutevolezza e l'opacità dei testi normativi²⁵ hanno generato, tra l'altro, una serie di effetti, dei quali occorre dar conto anche in questo contesto.

In primo luogo, hanno orientato la prevalente attenzione e le energie degli interpreti e degli operatori alla comprensione dei nuovi testi normativi ed alla soluzione delle inevitabili questioni di coordinamento: l'esigenza di una continua e ripetuta analisi delle mutevoli regole che governano il processo civile italiano ha prevalso sull'impegno per far funzionare la giustizia. In considerazione dell'incremento della domanda di commenti e di incontri sulle nuove discipline, si è, quindi, in più occasioni, rilevato che il primo effetto delle continue riforme consiste in un rilancio dell'editoria giuridica e del turismo processuale.

In secondo luogo, hanno rinforzato le spinte verso le interpretazioni assolutamente «creative», che prescindono dai testi normativi, spesso difficili da comprendere e da coordinare. Ha, sovente, reso impossibile il dibattito ed il confronto, i quali implicano, invece, una comune base di riferimento: se ciascun interprete manifesta i propri desideri e le proprie aspirazioni prescindendo dalla lettera e dai possibili significati dei testi normativi, non è possibile neppure il dissenso; occorre limitarsi a prendere atto della diversità di vedute.

In terzo luogo, hanno richiamato l'attenzione sul ruolo della giurisprudenza. Constatato che il legislatore è venuto meno al suo compito, vuoi per incapacità tecnica, vuoi per inseguire

²⁴ Su questa disposizione è stato annunciato un decreto correttivo.

²⁵ Ulteriori esempi di tecnica legislativa nelle *Rassegne di legislazione*, citt.



risultati di mera immagine, la «*governance*» della giustizia civile è ricercata nella giurisprudenza.

6.- Appare, infatti, una ragionevole via di fuga dalla frenesia legislativa, dalla mutevolezza e dall'opacità dei testi normativi, rifugiarsi nelle indicazioni giurisprudenziali: quali che possano essere le interpretazioni delle disposizioni ambigue e contraddittorie, le indicazioni della giurisprudenza sembrano comunque offrire un porto sicuro. I disorientamenti e le lacune tecniche del legislatore rivalutano la funzione di nomofilachia della Corte di cassazione, che, ai sensi dell'art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, «quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale».

La nomofilachia, infatti, «risponde all'esigenza diffusa ... di razionalizzare lo strumento del processo e di rafforzarne la configurazione di servizio per la tutela dei diritti, nella quale rientra la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali, che assicura, da un lato, l'uguaglianza delle decisioni nei casi simili e concorre, dall'altro, alla tempestiva definizione della controversia»²⁶. «E' d'altra parte acquisito, che la giurisprudenza operi nell'ordinamento come sostanziale fonte di diritto e per questo è essenziale non solo che ci sia una corte di legittimità, ma che possa operare in modo corrispondente alla sua funzione»²⁷. «Oggi nessun giurista munito di un minimo di sensibilità storica e di elementare buon senso negherebbe alla dottrina e alla giurisprudenza pratica un ruolo protagonista nella evoluzione del diritto continentale europeo e, quindi, un ruolo produttivo di regole giuridiche»²⁸.

²⁶ Così U. MORCAVALLO, *Sistema di principi e tutela dei diritti*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 6.

²⁷ Così P. VITTORIA, *Il filtro per l'accesso al giudizio di legittimità*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 139.

²⁸ Così G. VIDIRI, *Le nullità processuali e il giusto processo*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 315.



Alla contrapposizione tra «norma» e «testo», risalente ad Ascarelli²⁹, è subentrato il riferimento al «diritto vivente»³⁰.

Senonché, si è anche ricordato che «nel quadro degli equilibri istituzionali del nostro ordinamento, il giudice, anche al livello (funzionalmente) superiore della nomofilachia non sia abilitato a creare il diritto»³¹.

L'ampio e approfondito dibattito sul ruolo della giurisprudenza³², infatti, non può prescindere dall'art. 101, co. 2°, Cost. per il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». Sebbene non sia ragionevole disconoscere che la «norma» effettiva sia quella che emerge dalla interpretazione giurisprudenziale dei testi normativi, occorre anche prendere atto che la sua efficacia vincolante si fonda sulla forza di persuasione e, quindi, sono legittimi ed ammissibili,

²⁹ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, 351, e ora in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, 140.

³⁰ Anche per indicazioni, v., da ultimo, M.R. MORELLI, *L'enunciazione del principio di diritto*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 508.

³¹ Così, M.R. MORELLI, *L'enunciazione del principio di diritto*, cit., 511.

³² La nomofilachia e il ruolo della giurisprudenza nel sistema delle fonti (cfr., sopra, la nota 11), costituiscono il filo conduttore di tutti i contributi raccolti in *Il nuovo giudizio di cassazione*², a cura di G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO, cit., nonché di quelli raccolti nella prima edizione, Milano, 2007. V. anche la Relazione dell'Ufficio del Massimario - gennaio 2010, *Riflessioni su continuità ed innovazione per l'applicazione dell'art. 360 bis c.p.c.*, in www.cortedicassazione.it. Sul tema, un riferimento imprescindibile nella cultura non solo italiana sono le ricerche di G. GORLA, del quale v. la voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXIII, nella quale sono indicati tutti gli scritti dell'A. sull'argomento. V., inoltre, senza pretesa di completezza, R. CALVO, *La giurisprudenza come fonte del diritto comune moderno?*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2009, 1; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 709; G. VIDIRI, *La nuova nomofilachia: diritti più certi e processi più rapidi*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*¹, cit., 21; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279; S. EVANGELISTA e G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, *id.*, 2005, V, 82 ss.; F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contratto e impr.*, 2004, 1; L.P. COMOGLIO e V. CARNEVALE, *Il ruolo della giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1037 ss.; S. MAZZAMUTO, *Certezze e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di «enforcement» del precedente*, in *Politica del diritto*, 2003, 157; V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, 881; S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 1; G. SALMÈ, *Interpretazione e nomofilachia*, in *Questione giustizia*, 2001, 937; AA. VV. *Diritto giurisprudenziale* a cura di M. BESSONE Torino, 1996, e, in particolare, i contributi di R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, 1, di G. BORRÈ, *La Corte di cassazione oggi*, 160; M. R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169; M. TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 19; M. PIVETTI, *Quale Cassazione. Quale nomofilachia*, *id.*, 1991, 836; M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 349; M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impr.*, 1988, 545 ss.; S. SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, 256; N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 201.



anche ai sensi dell'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. i tentativi diretti alla formulazione di una «norma» diversa, comunque fondata sui medesimi testi di legge.

Ex positivo jure, le fonti della disciplina processuale sono quelle sopra indicate. Le decisioni della Cassazione, ai sensi dell'art. 384, co. 2°, c.p.c., sono vincolanti per il giudice di rinvio, «il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte», ma si tratta di una questione interna al processo³³.

Quelle delle sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, co. 3°, c.p.c., sono vincolanti per le sezioni semplici³⁴, ma l'eventuale violazione di questa disposizione è priva di conseguenze: se una sezione semplice disattende le indicazioni delle sezioni unite, il provvedimento non è impugnabile, né sono previste sanzioni nei confronti dei magistrati³⁵.

In realtà, il «precedente», in base alla richiamata disposizione costituzionale e alle risalenti e approfondite ricerche sul ruolo della giurisprudenza, è tale perché persuade; indica, tra le diverse interpretazioni possibili, quella che l'organo giudicante ha applicato ed applicherà in futuro. Se l'«organo supremo della giustizia» ha deciso una controversia in un determinato modo, è ragionevole prevedere che definirà nello stesso modo controversie simili, cosicché, ai sensi dell'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c., il ricorso è «manifestamente infondato», «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla

³³ La vicenda relativa alla c.d. pregiudizialità amministrativa che ha preceduto il codice del processo amministrativo di cui al d.leg. 2 luglio 2010, n. 104 (nel quale la questione è stata definita all'art. 30, con la previsione di un termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria), è, in questa prospettiva, esemplare: dopo la sentenza 22 luglio 1999, n. 500 (in *Foro it.*, 1999, I, 2487), e dopo le pronunce della Corte costituzionale che hanno fatto giustizia del riparto di giurisdizione per blocchi di materie (Corte cost. 5 luglio 2004, n. 204, e 28 luglio 2004, n. 281, *id.*, 2004, I, 2594; 11 maggio 2006, n. 191, *id.* 2006, I, 1625), si era posto il problema della tutela risarcitoria, qualora questa non fosse stata chiesta congiuntamente all'azione di annullamento dell'atto o del silenzio della p.a. Se, infatti, non dubitava della sussistenza della giurisdizione amministrativa, qualora l'azione tendesse all'annullamento dell'atto (o del silenzio) e al risarcimento del danno, è apparso problematico il caso in cui il risarcimento fosse stato chiesto separatamente dall'annullamento dell'atto o indipendentemente da questo. La Cassazione ha affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa: Cass. 13 giugno 2006, n. 13659 (*id.*, 2007, I, 3181). Di fronte al rifiuto del giudice amministrativo di adeguarsi al «precedente», la Corte ha ribadito tale criterio di riparto di giurisdizione ed ha affermato che il rifiuto del giudice amministrativo di riconoscere il diritto al risarcimento indipendentemente dall'annullamento dell'atto (o del silenzio) equivale alla negazione della propria giurisdizione, cosicché i relativi provvedimenti vincolano il giudice di rinvio e possono essere impugnati per cassazione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c.: Cass. 23 dicembre 2008, n. 30254, *id.*, 2009, I, 731 ss.

³⁴ Si rinvia a G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 301.

³⁵ La violazione del diritto europeo e delle indicazioni della Corte del Lussemburgo, invece, è fonte di sanzioni per lo Stato: cfr. sopra la nota 4.



giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi da confermare o mutare l'orientamento della stessa»³⁶.

In questa prospettiva, come ha insegnato Gino Gorla e come ritiene l'assoluta maggioranza degli studiosi dell'argomento, l'*obiter dictum* non costituisce «precedente»; questo è limitato, invece, alla *ratio decidendi*, in riferimento alla concreta fattispecie oggetto del giudizio. L'individuazione della *ratio decidendi*, infatti, è una delle questioni che maggiormente appassiona i giuristi di *common law*³⁷.

Nella medesima prospettiva, le «massime», sovente frutto della estrapolazione di un brano della motivazione, talvolta estraneo all'effettivo *decisum*, costituiscono spesso una falsa rappresentazione della realtà. Da tempo, infatti, è stata segnalata l'opportunità di numerare le righe delle motivazioni, secondo la prassi accolta dalla Corte CE e dalla CEDU, affinché sia possibile richiamare ed invocare direttamente i brani significativi, senza verificare la corrispondenza della «massima» all'effettiva decisione. Il che consentirebbe anche di liberare le energie attualmente impegnate in un lavoro che la disponibilità, anche grazie alla rete, dei testi integrali delle decisioni rende sempre meno utile, ma presuppone un adeguamento delle tecniche di redazione dei provvedimenti³⁸.

Gli *obiter dicta* e i principii enunciati «nell'interesse della legge», ai sensi dell'art. 363 c.p.c.³⁹, peraltro, possono rivelarsi un prezioso strumento in relazione all'*overruling*: se la Corte intende mutare il proprio indirizzo, gli *obiter dicta* e i principii enunciati «nell'interesse della legge» consentono, per un verso, di evitare le conseguenze dannose per coloro che avevano

³⁶ Nel senso, appunto che, in tal caso, il ricorso sia «manifestamente infondato», non «inammissibile», come prevede la lettera dell'art. 360, n. 1, c.p.c., v. Cass. 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, I, con osservazioni di G. COSTANTINO e nota di G. SCARSELLI, e in *Corriere giur.*, 2010, 11, con nota di C. CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato "stare decisis": la prima ordinanza sull'art. 360-bis c.p.c.*

³⁷ V., anche per indicazioni, U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto civ.*, Torino, 1996, XIV, 148.

³⁸ Il tema è da tempo oggetto di attenzione e di dibattito anche all'interno della Corte: v., da ultimo, anche per indicazioni, L. MACIOCE, *Tecniche di redazione dei provvedimenti di legittimità*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 473.

³⁹ Sui quali, v., da ultimo, per una utile e ragionata rassegna dell'applicazione della disposizione, A. CRISCUOLO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 57.



confidato nell'orientamento improvvisamente disatteso, e, per altro verso, di adeguarsi al nuovo indirizzo annunciato dalla Corte. La stessa Corte, infatti, ha avvertito gli effetti devastanti degli improvvisi *revirement*: «visto dalla parte di chi ha già fatto ricorso al giudice di cassazione, l'*overruling* si risolve in un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e in una somministrazione all'arbitro del potere-dovere di giudicare dell'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell'atto di impugnazione»⁴⁰.

In ogni caso, nell'ordinamento positivo vigente, il «precedente» in senso tecnico, l'*obiter dictum* ed il principio enunciato «nell'interesse della legge», ai sensi dell'art. 363 c.p.c., possono contribuire a determinare la *governance* della giustizia soltanto se sono persuasivi⁴¹. Il primo ha una qualche efficacia, perché, come si è già osservato, se un caso è stato già deciso, appare ragionevole ritenere che casi simili saranno decisi nello stesso modo e se la decisione proviene dall'«organo supremo della giustizia», i provvedimenti difformi dei giudici di merito potranno essere annullati. Gli altri sono mere opinioni, autorevoli o autorevolissime, ma la forza persuasiva deriva dagli argomenti che li sorreggono; se questi non sono persuasivi, può dubitarsi che la stessa Corte, chiamata a decidere una specifica controversia, si adegui alla estemporanea affermazione contenuta in un *obiter dictum* o al principio di diritto enunciato in astratto.

7.- Alcuni esempi possono confermare questi rilievi.

Le Sezioni Unite affermarono di aver composto un contrasto sulla possibilità di chiedere per la prima volta in appello gli interessi; la sentenza rilevava che alcune decisioni

⁴⁰ Così, in motivazione, Cass. 2 luglio 2010, n. 15811, e Cass. 17 giugno 2010, n. 14627, in *Foro it.*, 2010, I, 3050.

⁴¹ Nella prospettiva indicata nel testo, si manifesta incompatibile con il vigente sistema la proposta di applicare ai mutamenti di giurisprudenza i principii operanti per lo *ius superveniens*: in questo senso, v. 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, V, 311. Nell'ordinamento positivo vigente unitariamente considerato, la giurisprudenza non è una fonte del diritto. I mutamenti di giurisprudenza, pertanto, hanno per oggetto le disposizioni innovativamente interpretate, dalle quali soltanto proviene la forza cogente. Una risposta agli effetti, a volte devastanti, degli improvvisi e ripetuti mutamenti di giurisprudenza, va ricercata altrove, soprattutto evitando che si ripetano. La strada percorribile non appare quella di legittimarli.



ammettevano la nuova domanda ed altre la ritenevano inammissibile. Ma il contrasto era fittizio: per i crediti di valore non anche per quelli di valuta, la domanda era ritenuta ammissibile, perché l'azione di condanna relativa ai primi comprende anche gli accessori, ma la distinzione era scomparsa dalle massime⁴².

La facilità con la quale, oggi, sono reperibili i testi integrali delle sentenze limita i casi di travisamento delle decisioni ad opera delle massime, ma l'onda lunga della falsa rappresentazione della realtà manifesta talvolta ancora i suoi effetti⁴³.

L'*obiter dictum* contenuto in una recente sentenza delle sezioni unite⁴⁴ ha realizzato effetti devastanti. Sulla scia di una risalente decisione⁴⁵, nonostante le critiche della dottrina, la giurisprudenza era nel senso che, se l'opponente a decreto ingiuntivo avesse fissato termini di comparizione inferiori a quelli legali, doveva costituirsi, a pena di improcedibilità ai sensi dell'art. 645 c.p.c., nei termini dimezzati: la questione riguardava, quindi, la dimidiazione dei termini di costituzione nel caso di abbreviazione dei termini di comparizione. Nel caso oggetto di decisione, l'opponente aveva fissato termini di comparizione inferiori a quelli legali. L'orientamento della giurisprudenza è stato confermato, ma, nella motivazione, si afferma anche che «esigenze sistematiche» inducono a ritenere che la dimidiazione dei termini dovrebbe operare sempre e comunque. L'estemporanea affermazione ha suscitato un intenso

⁴² V. Cass. 11 marzo 1996, n. 1935, con nota di G. COSTANTINO, *Limiti alla applicabilità dell'art. 345 co. 1° c.p.c.*, in *Corriere giur.*, 1996, 909; la questione era anche estranea alla materia del contendere, perché si discuteva del prezzo di un contratto preliminare, al quale, pacificamente, l'art. 1499 cod. civ. non è applicabile. V. anche, in un contesto normativo diverso dall'attuale, nel senso che le nuove eccezioni, allora ammissibili in appello, dovevano essere proposte con l'atto introduttivo e che, se proposte dall'appellato, implicavano la proposizione di appello incidentale, Cass. 27 gennaio 1978, n. 386, e Cass. 23 settembre 1977, n. 4058, con nota di G. COSTANTINO, *Le nuove eccezioni nel giudizio di secondo grado*, in *Foro it.*, 1978, I, 1472; l'orientamento anteriore, tuttavia, era nel senso che, quando le nuove eccezioni si traducono, in concreto, in motivi di appello dovevano essere proposte con l'atto di impugnazione; questa precisazione era scomparsa dalle massime; anche in quella ipotesi, il contrasto non era reale.

⁴³ V. Cass. 5 aprile 2007, n. 8521, con nota di R. POLI, *Sul potere del giudice d'appello di determinare gli accessori dei crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 2009, I, 3478.

⁴⁴ Cass. 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro it.*, 2010, I, 3014, con nota di richiami di A.D. DE SANTIS e con commento di C.M. BARONE, R. CAPONI, G. COSTANTINO, D. DALFINO, A. PROTO PISANI E G. SCARSELLI, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo*.

⁴⁵ Cass. 12 ottobre 1955, n. 3053, in *Foro it.*, 1955, I, 1454, e in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 1454.



contenzioso, prese di posizione e, addirittura, la presentazione di proposte di legge⁴⁶. Si è, quindi, giustamente affermato che «proprio perché il giudice è soggetto solo alla legge (e non alla Corte di cassazione) il rimedio alle decisioni sbagliate dei giudici di legittimità — la cui funzione nomofilattica si esercita soltanto con l'autorevolezza, non certo *ex auctoritate* — è ben più elementare: basta non tenerne conto»⁴⁷.

Analoghi effetti potrebbero realizzare le decisioni, non il mero *obiter dictum*, con le quali si è affermato che la data certa del credito è un fatto costitutivo, che il creditore che chiede l'ammissione al passivo delle procedure concorsuali deve allegare e provare e la cui mancanza è rilevabile d'ufficio⁴⁸; la soluzione, che sovverte un orientamento consolidato senza investire le sezioni unite ai sensi dell'art. 374, co. 3°, c.p.c., si fonda sull'esigenza di consentire il rilievo d'ufficio, escluso dalla qualificazione della mancanza della data certa quale eccezione in senso stretto; ma non è stata considerata la possibilità che essa fosse un'eccezione in senso lato, comunque rilevabile *ex officio*.

Ha destato scalpore l'improvviso *revirement* sulla interpretazione dell'art. 37 c.p.c., per il quale «il difetto di giurisdizione ... è rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo»: si è affermato che, se il giudice di primo grado ha deciso la causa nel merito e la questione di giurisdizione non ha formato motivo di appello, su di essa si forma il giudicato implicito, cosicché il motivo di ricorso ad essa relativo è inammissibile⁴⁹. La rilettura della disposizione è stata fondata, tra l'altro, sul principio della ragionevole durata del processo.

⁴⁶ V. il d.d.l. n. 1830/S/XVI e il d.d.l. n. 1836/S/XVI. V. anche, per l'indicazione delle diverse reazioni, la nota di richiami di A.D. DE SANTIS, cit.

⁴⁷ Così App. Roma, 17 novembre 2010, in *Foro it.*, 2010, I.

⁴⁸ Cass. 8 novembre 2010, n. 22711 e Cass. 14 ottobre 2010, n. 21251, in *Foro it.*, 2010, I, con osservazioni di M. FABIANI e nota di G. COSTANTINO, *La data certa del credito nell'accertamento del passivo: «della Corte il fin è la meraviglia»*.

⁴⁹ V. Cass. 30 ottobre 2008, n. 26019 e Cass. 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, 806, con nota di G.G. POLI, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071, con note di E.F. RICCI e di V. PETRELLA, in *Corriere giur.*, 2009, 372, con note di R. CAPONI e di F. CUOMO ULLOA, in *Giur. it.*, 2009, 406, con nota di R. VACCARELLA, *ibidem*, 1459, con nota di A. CARRATTA, in *Giusto processo civ.*, 2009, 263, con nota di G. BASILICO.



Quest'ultimo costituisce ormai un *leit motiv* delle pronunce di inammissibilità o di rigetto della Corte⁵⁰. Il riferimento al principio della ragionevole durata del processo, tuttavia, sovente non costituisce l'effettiva *ratio decidendi* della pronuncia ovvero non costituisce la *ratio decidendi* esclusiva. Se lo fosse, le decisioni avrebbero una portata eversiva del sistema, perché il principio di ragionevole durata è uno dei principi del giusto processo e non può essere ritenuto prevalente sugli altri⁵¹.

Pronunciandosi, infine, nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c., la Corte ha affermato che, nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale, questo ha giurisdizione anche qualora siano coinvolti diritti fondamentali, quale, appunto, il diritto alla salute⁵². Sennonché, era considerato, principio pacifico quello per il quale «l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute ... o l'integrità personale»⁵³. Cosicché, qualche mese dopo, la stessa Corte ha ribadito il principio in relazione alla immunità di stati stranieri nelle controversie concernenti diritti fondamentali e la dignità umana⁵⁴. Ma, sulla scia del *revirement* del 2007, l'art. 4 d.l. 23 maggio 2008, n. 90, conv. in l. 14 luglio 2008, n. 123, ha devoluto al giudice speciale tutte le controversie attinenti alla gestione dei rifiuti in Campania, comprese quelle «relative a diritti costituzionalmente tutelati»; analoghe previsioni sono contenute nel codice del processo amministrativo, di cui al d.leg. 2 luglio 2010, n. 104⁵⁵.

⁵⁰ V. la Relazione n. 35/2009 dell'Ufficio del Massimario, *La presenza dello jus constitutionis nella giurisprudenza della Corte di cassazione: gli approdi alla luce dell'art. 111 cost.; qualche profilo di criticità*, in www.cortedicassazione.it.

⁵¹ V., in base al menzionato principio, nel senso che è insindacabile il provvedimento con il quale è negata l'autorizzazione a chiamare un terzo in causa, Cass. 23 febbraio 2010, n. 3209, in *Riv. dir. proc.*, 2010, con nota di E.F. Ricci, *Nooo! (La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia bisognosa di attuazione a killer di garanzie)*, e in *Foro it.*, 2010, con nota di G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*.

⁵² Cass. 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2008, I, 766, in *Giur. it.*, 2008, 2055, e in *Giust. civ.*, 2008, I, 1437. La decisione richiama, in motivazione Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140 (in *Foro it.*, 2008, I, 436), ma il richiamo non si manifesta pertinente, perché il giudice delle leggi si era occupato della tutela risarcitoria chiesta per la violazione di diritti fondamentali, non anche della giurisdizione esclusiva per la loro diretta tutela.

⁵³ Così Cass., ss.uu., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1259.

⁵⁴ Cass., ss.uu., 29 maggio 2008, n. 14201, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2255.

⁵⁵ Sul tema, il 29 ottobre 2010, si è svolto un incontro presso la Corte di Cassazione «*Diritti fondamentali e tecniche di tutela tra giudice ordinario e giudice amministrativo*»; in www.cortedicassazione.it, il Report a cura di A. LAMORGESE.



Attualmente la Corte appare orientata nel senso di rendere pubbliche nel sito della medesima le ordinanze di rimessione delle sezioni semplici alle sezioni unite, al fine di provocare un dibattito sui possibili mutamenti di giurisprudenza, di utilizzare a questo scopo l'art. 363 c.p.c., di rivedere le tecniche di massimazione e di concordare un «protocollo» sulle tecniche di motivazione, anche al fine di evitare gli *obiter dicta*.

Queste lodevoli iniziative annunciate confermano i rilievi appena svolti sulla nozione di «precedente», sulle massime, sugli *obiter dicta* e sul «principio enunciato nell'interesse della legge».

Affinché il primo possa determinare la *governance* della giustizia, occorre che persuada; la persuasione deriva dal consenso e questo può essere più facilmente conseguito attraverso il confronto. D'altro canto, gli improvvisi mutamenti di giurisprudenza generano sconcerto e rendono più difficile la realizzazione del consenso, perché, indipendentemente dalla possibilità di condividere la soluzione accolta, possono essere considerati come manifestazioni di arbitrio. L'annuncio dell'*overruling*, comunque frutto di dibattito, invece, può consentire l'individuazione di argomenti che rendano la nuova soluzione compatibile con il principio di legalità.

In attesa della realizzazione di questi buoni propositi, occorre ribadire che, sul piano formale, nell'ordinamento positivo vigente, non esistono strumenti che vincolino alla osservanza dei precedenti, degli *obiter dicta* o dei principii pur enunciati «nell'interesse della legge», ai sensi dell'art. 363 c.p.c.

La regola è nel senso che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge».

8.- La portata precettiva dell'art. 101, co. 2° Cost. è tradizionalmente determinata in negativo: si ritiene che il principio sancisca l'insindacabilità, fuori del processo, dei provvedimenti giurisdizionali.

Ne sono, quindi, considerate applicazioni l'art. 2, l. 13 aprile 1988, n. 117, e l'art. 2 d.leg. 23 febbraio 2006, n. 109, per i quali non è fonte di responsabilità civile o disciplinare «l'attività



di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove»⁵⁶. La *ratio* di tali previsioni è individuata nell'esigenza di garantire che il controllo sui provvedimenti giurisdizionali sia compiuto esclusivamente nell'ambito del processo, mediante i rimedi da questo previsti, cosicché ogni tentativo di portare fuori del processo il controllo sui provvedimenti giurisdizionali, suscita apprensione per la sopravvivenza dello Stato di diritto e del principio di legalità.

Ma il principio per il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» ha anche, ovviamente, un significato positivo: i giudici sono tenuti ad osservare la legge; esso corrisponde al primo dei requisiti del «giusto processo», che, ai sensi dell'art. 111 Cost., deve essere «regolato dalla legge».

La «legge» non è soltanto quella sostanziale; comprende anche la disciplina del processo.

Da questo punto di vista, queste regole costituiscono il punto di arrivo della evoluzione successiva al superamento dell'*ordo iudicarius*.

In diritto comune, infatti, la disciplina processuale era il frutto della elaborazione, stratificata nel tempo, da parte degli stessi giudici; era considerata una materia pratica, estranea alla formazione del giurista, la cui conoscenza era acquisita con la frequentazione delle corti. La cristallizzazione delle disposizioni regolatrici del processo riflette l'esigenza del potere statale di controllare l'operato dei giudici⁵⁷. La *governance* della giustizia affidata a norme

⁵⁶ La responsabilità civile presuppone l'«ignoranza», il «travisamento dei fatti» o la «negligenza inescusabile». La responsabilità disciplinare è subordinata alla verifica della sussistenza del dolo o della colpa grave; questa consiste nella «grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile», nella «affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento», nella «negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento», ovvero nella «emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione». In questo senso era anche pacificamente interpretato l'art. 18, r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511.

⁵⁷ V., anche per ulteriori indicazioni, N. PICARDI, *Introduzione al Code Louis*, I, *Ordonnance civili*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano 1996, IX; A. GIULIANI e N. PICARDI (a cura di), *Modelli storici della procedura continentale*, Tomo II, *Dall'ordo iudicarius al codice di procedura civile in L'educazione giuridica*, VI, Napoli 1994; nonché N. PICARDI, voce *Processo civile (dir. moderno)* in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 113; ID., voce *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Digesto*⁴, II, Torino, 1989, §§ 5 ss.; ID., *Giurisdizione e sovranità - Alle origini*



generali ed astratte contenute in disposizioni statuali è, storicamente, un fenomeno relativamente recente.

Dal punto di vista scientifico, l'oggetto del diritto processuale sono, in primo luogo, le tecniche di accertamento del fatto, la disciplina delle prove⁵⁸, mentre la «procedura» è talvolta ancora considerata un fenomeno eminentemente pratico⁵⁹.

Nell'ambito delle disposizioni processuali, alcune implicano un potere-dovere del giudice, cosicché la violazione determina l'invalidità del provvedimento, sindacabile in sede di impugnazione; altre implicano un potere discrezionale, l'esercizio del quale è sindacabile con esclusivo riferimento alla motivazione; altre ancora regolano l'esercizio di poteri meramente ordinatori e sono affatto insindacabili.

Basti pensare, quali esempi del primo tipo, al potere-dovere di rilevare il difetto di giurisdizione, l'incompetenza, la regolarità delle notificazioni e della costituzione delle parti, e, in genere, l'osservanza del principio del contraddittorio. Nei casi, ad esempio, di litisconsorzio necessario ai sensi dell'art. 102 c.p.c., il giudice di primo grado «deve» ordinare l'integrazione del contraddittorio; se non lo fa, la sentenza sarà nulla e la nullità potrà essere rilevata dai giudici delle impugnazioni, i quali, a loro volta, «devono» rimettere la causa, ai sensi degli artt. 354, co. 1° e 383, co. 3°, c.p.c.

Si considerino, quali esempi del secondo tipo, i provvedimenti sulla rilevanza dei mezzi di prova e sulla valutazione dei medesimi, ai sensi dell'art. 116, co. 1°, c.p.c.; nonché i provvedimenti cautelari, presupposto comune dei quali è la sussistenza di un «pregiudizio» ovvero di un *periculum in mora*: nella valutazione di esso, il giudice dispone di margini di discrezionalità; questa, però, è sindacabile in sede di reclamo, ai sensi dell'art. 669 *terdecies*

della giurisdizione statale, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 685, anche in *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

⁵⁸ Cfr., da ultimi, anche per indicazioni, B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1; M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, *ibidem*.

⁵⁹ «Il mio scopo principale si è di giovare con quest'opera a due sorte di persone; cioè a quegli Officiali di Corti inferiori, che n'avranno bisogno, ed a' giovani, i quali uscendo dalla Scuola degl'istituti legali, sono in procinto d'andare nel Foro»: così D. MORO, *Pratica civile, Proemio*, Napoli, 1774.



c.p.c., cosicché è ampio ed approfondito il dibattito sulla nozione di esso⁶⁰. La mancata previsione di rimedi nei confronti di alcuni provvedimenti di sospensione della esecuzione, invece, rende vane le discussioni sui presupposti di essi: il giudice, infatti, può sospendere l'esecuzione per «gravi motivi», ai sensi degli artt. 283, 431, co. 6°, 615, co. 1°, 624, 649 c.p.c., 830, co. 4°, c.p.c., 22, co. 7°, l. 24 novembre 1981, n. 689, art. 24, co. 6° e 7°, e 29, co. 1°, d.P.R. 26 febbraio 1999, n. 46, 152, co. 5°, d.leg. 30 giugno 2003, n. 196; può sospenderla per «gravi ragioni», ai sensi degli artt. 65, co. 3°, r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, e 57, co. 3°, r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, per «gravi e fondati motivi» ai sensi degli artt. 64 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, e 56 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736; per scongiurare un «gravissimo danno», ai sensi degli artt. 431, co. 3°, 447 *bis*, co. 4°, c.p.c., ovvero un «grave ed irreparabile danno», ai sensi dell'art. 373 (richiamato dagli artt. 410 e 407 c.p.c.), o un «danno grave ed irreparabile», ai sensi dell'art. 47, co. 1°, d.leg. 31 dicembre 1992, n. 546; la reclamabilità di quelli emessi dal giudice della esecuzione ha reso evidente la contraddizione già presente nel sistema⁶¹.

La prevalente attenzione scientifica, nei limiti appena indicati, è orientata, non solo in Italia, sui provvedimenti del primo e del secondo tipo⁶².

Quelli del terzo tipo sono generalmente negletti⁶³.

Eppure il funzionamento del processo civile, l'effettiva *governance* della giustizia dipende proprio da questi ultimi⁶⁴.

⁶⁰ Nel senso che alla discrezionalità del primo giudice si sovrappone quella del giudice del reclamo, v. *Appunti sulle proposte di riforma urgente del processo civile in Studi in memoria di Augusto Cerino Canova*, Padova, 1992, II, 667 ss..

⁶¹ Cfr., per indicazioni, G. COSTANTINO, *La tutela giurisdizionale dei diritti al trattamento dei dati personali (Note a prima lettura dell'art. 152 d.leg. 30 giugno 2003, n. 196)*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2004, 1221. Nell'ambito di quel modello processuale, il giudice, *in limine litis*, può concedere provvedimenti cautelari e può sospendere i provvedimenti del Garante che siano stati impugnati: nell'un caso, l'ordinanza è reclamabile, nell'altro no.

⁶² Anche per indicazioni, si rinvia a G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1012.

⁶³ Cfr., peraltro, A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1927, I, e Padova, 1935, II; R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996. V. anche A. PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, *Foro it.*, 2002, V. 65.

⁶⁴ Cfr. G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss.



Basti pensare, ad esempio, alla possibilità di rinviare la prima udienza di trattazione ai sensi dell'art. 168 *bis*, co. 5° c.p.c., per il quale «il giudice istruttore può differire, con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni. In tal caso il cancelliere comunica alle parti costituite la nuova data della prima udienza». L'applicazione o la disapplicazione di questa disposizione incide sul funzionamento del processo: se i flussi di ingresso sono rilevanti, può apparire conveniente frazionare il numero di cause da portare all'udienza, al fine di provvedere consapevolmente su ciascuna di esse, anche se ciò comporta un differimento dei tempi di comparizione ed un maggior lavoro per la cancelleria; il formale rispetto dei tempi indicati nell'atto di citazione e l'esigenza di non gravare la cancelleria di oneri ulteriori, infatti, determina un affollamento dell'udienza, alla assegnazione automatica dei termini di cui all'art. 183, co. 6°, c.p.c., in assenza di ogni verifica sulla specifiche esigenze di ciascuna causa.

I provvedimenti di questo tipo non solo non costituiscono oggetto di analisi scientifica, ma la predeterminazione dei criteri applicativi si presta ad essere considerata un attentato alla autonomia ed alla indipendenza del giudice⁶⁵.

La mera circostanza che possa essere – e sia formalmente stato - avanzato un dubbio del genere indica i limiti della *governance* della giustizia: l'andamento del processo, il suo effettivo

⁶⁵ Un magistrato, ha, infatti, formulato uno specifico quesito per sapere dal C.S.M. «se l'indicazione delle udienze civili contenuta nella tabella dell'ufficio giudiziario di appartenenza sia o meno vincolante, atteso il principio dell'autonomia del giudice civile nella direzione del processo, evincibile dagli artt. 175 e 168 *bis*, comma 5, c.p.c. nonché 81 e 81 *bis* disp. att. c.p.c.». La VII Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura, con Deliberazione del 19 ottobre 2010, ha risposto «nel senso che la previsione nella tabella dell'ufficio giudiziario dell'indicazione dei giorni di udienza di ciascun magistrato risponde alla necessità che le tabelle costituiscono "essenziale atto organizzativo degli uffici giurisdizionali"; i presidenti degli uffici giudiziari devono fondare, a norma di circolare, il proprio progetto tabellare - dunque la previsione del numero delle udienze – sull'analisi dei flussi e delle pendenze, in maniera da poter elaborare compiuti programmi di definizione dei procedimenti, tesi a garantire la ragionevole durata dei processi; al giudice civile è riconosciuta dalle norme processuali autonomia nell'organizzazione e nella gestione delle udienze secondo le previsioni contenute negli artt. 175 e 168 *bis*, comma 5, c.p.c. nonché 81 e 81 *bis* disp. att. c.p.c.; le competenze del giudice civile nella gestione dell'attività d'udienza devono collocarsi sistematicamente e razionalmente nella su indicata cornice organizzativa, nell'ambito della quale egli si trova ad operare, sicché, approvato il progetto tabellare, il giudice civile è tenuto a celebrare le udienze individuate nel progetto tabellare salve motivate e specifiche esigenze da comunicare tempestivamente al magistrato».



funzionamento, dal punto di vista meramente formale, sono affidati all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice ai sensi dell'art. 175 c.p.c.⁶⁶.

Il che determina prassi diverse da ufficio ad ufficio e, spesso, anche da stanza a stanza del medesimo ufficio. E suscita scandalo negli studiosi della organizzazione: «a fronte di un'unica legge processuale, certa e uguale per tutti, i giudici specializzati nella trattazione dei procedimenti di lavoro, assistenza e previdenza, traducono in pratica le medesime disposizioni normative in maniera spesso profondamente differente»⁶⁷.

Ma ciò che sorprende lo studioso dell'organizzazione, appare assolutamente fisiologico per il giurista: «*they wanted lawyers who went into any federal courts (...) to know what to expect and not to have to undergo a initiation period or to rely on the wisdom of local practitioners*»⁶⁸.

I limiti della *governance* della giustizia fin qui messi in evidenza indicano banalmente il quadro istituzionale delle fonti della disciplina processuale, ma non escludono che l'andamento del processo possa essere altrimenti regolato.

9.- Quanto affermato da David Shapiro nella frase appena riportata, infatti, ha messo in moto, ormai da circa venti anni, un movimento diretto ad attuare una effettiva *governance* della giustizia.

Di quanto è stato fatto e di quanto si potrebbe ancora fare, appare opportuno limitarsi a dare conto, prescindendo dalle numerose questioni che queste esperienze hanno contribuito a risolvere e da quelle ancora aperte.

⁶⁶ Il che, ad esempio, escluderebbe anche la mera possibilità di un dibattito sulla gestione del ruolo del giudice «in parallelo» o «in sequenziale». Ma v. da ultimo, in riferimento alla ricerca di P. ICHINO, D. COVIELLO e N. PERSICO sulla gestione delle controversie di lavoro nei tribunali di Milano e di Torino, l'Incontro della formazione decentrata del C.S.M. di Milano, «Da giudici in affanno a giudici in recupero. I giudici civili tra nuovi modelli organizzativi, valutazioni di professionalità e responsabilità disciplinare».

⁶⁷ Così L. VERZELLONI, *Stanza che vai, prassi che trovi. Riflessioni organizzative sulla giustizia del lavoro* (18 giugno 2010), in http://www.nelmerito.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1092&Itemid=1.

⁶⁸ D. SHAPIRO, *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in 137 U. Pa. L. Rev., 1989, p. 1974.



Bari, Bologna e Salerno sono state le sedi dei primi confronti tra operatori della giustizia, avvocati, magistrati, funzionari di cancelleria, professori, in funzione della realizzazione di un progetto comune, nella consapevolezza che la cattedrale della giustizia è, appunto, un edificio comune, alla manutenzione del quale tutti possono e debbono cooperare.

In queste sedi, la riforma del processo civile del 1990 – 1995 ha orientato l'attenzione sui provvedimenti ordinatorii, tradizionalmente ignorati dal punto di vista scientifico perché assolutamente insindacabili.

Già l'introduzione del procedimento cautelare uniforme, nel febbraio del 1993, peraltro, aveva aperto un dibattito sulla organizzazione dell'ufficio giudiziario: sui criteri di designazione dei magistrati e sulla formazione dei collegi per i reclami. Aveva richiamato l'attenzione sulla fondamentale esigenza della circolazione delle informazioni all'interno dell'ufficio giudiziario; sulla prevedibilità dell'esito come prevalente strumento deflattivo. Nel sistema anteriore, infatti, i provvedimenti cautelari erano emanati dal presidente o da un suo delegato e da pochissimi altri magistrati in ciascun ufficio, cosicché sui sequestri e sui provvedimenti d'urgenza erano maturate competenze specifiche ed esclusive. Il dibattito generale sui poteri dei capi degli uffici e sulla competenza «tabellare», allora ancora di là da venire, venne orientato sul potere cautelare, diffuso dagli art. 669 *bis* ss. c.p.c. tra tutti i magistrati, anche in relazione alla formazione dei collegi per i reclami.

Sulla rilevanza degli aspetti organizzativi in funzione della efficienza della giustizia civile è stata svolta una ricerca, finanziata dal C.N.R.⁶⁹ sul *case management* negli Stati Uniti e sugli sviluppi del processo federale⁷⁰. Grazie ad un successivo finanziamento⁷¹, studiosi americani hanno tenuto lezioni e conferenze in Italia.

A queste ricerche ed alle prime esperienze informali sui procedimenti cautelari, la riforma del processo ordinario, prima, e la istituzione del giudice unico, poi, hanno dato un forte impulso: i *Quaderni* di «Prassi comune» di Bologna ed i *Quaderni baresi* raccolsero le

⁶⁹ Contratto n. 92.01647.

⁷⁰ I risultati sono, in parte, illustrati in G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, cit.

⁷¹ Contratto n. 93.01541.



prime esperienze applicative sulla riforma, posero in risalto la rilevanza dei provvedimenti ordinatorii; questi, poi, hanno cominciato a trovare spazio anche nelle tradizionali riviste giuridiche, che li avevano, fino ad allora, ignorati.

La prima occasione di confronto tra le prassi applicative sul nuovo processo fu a Bari il 30 ed il 31 maggio 1997, nel convegno, organizzato dall'Osservatorio barese, «Un progetto per la giustizia civile». Lo stesso anno, dal 14 al 16 febbraio, l'Osservatorio barese aveva organizzato un convegno sulle «Misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa», mettendo a confronto le esperienze degli operatori del settore penale con quelli della materia fallimentare, di coloro che consideravano prevalentemente l'aspetto sanzionatorio e di coloro che si occupavano della gestione e della liquidazione di patrimoni⁷².

Quella occasione ha costituito un passaggio fondamentale dal punto di vista teorico e della maturazione della consapevolezza degli Osservatori, perché riunì esperienze e prospettive totalmente diverse ed estranee tra loro e consentì di cogliere i nessi tra i diversi aspetti organizzativi.

Un secondo progetto di ricerca sulle esperienze maturate nel primo periodo di applicazione della riforma non fu approvato dal Consiglio Nazionale delle Ricerche. Molto più tardi, quando le esperienze degli Osservatori sulla giustizia civile erano ormai diffuse, fu possibile realizzare un PRIN (Progetto di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale⁷³), i risultati del quale furono illustrati nell'Assemblea Nazionale di Firenze del 17 – 18 giugno 2006.

L'11 ed il 12 dicembre 1999, all'indomani della istituzione del giudice unico, ancora a Bari, il tema del confronto fu «Il giudice unico e la giustizia civile. Dalle riforme dei processi alla riforma della organizzazione»⁷⁴.

⁷² Soltanto gli Atti di questo secondo convegno furono pubblicati, Bari, 1998.

⁷³ Prot. 2005125451.

⁷⁴ Il manifesto del convegno riproduceva la locandina di un famoso film, nel quale Totò e Peppino de Filippo chiedevano ad un vigile milanese «*Noio volevon savuar l'indiriss ...*» della giustizia»: Totò e Peppino, infatti, tentavano di usare un linguaggio diverso dal proprio per comunicare con l'istituzione, ma il vigile rispondeva in dialetto milanese; si esprimeva in modo incomprensibile per il cittadino che gli aveva chiesto aiuto. Quel dibattito fu appunto diretto ad individuare i modelli organizzativi idonei ad essere compresi dagli utenti, affinché l'istituzione giudiziaria fosse al servizio del cittadino.



Ormai le esperienze degli Osservatorii sulla giustizia civile si andavano diffondendo.

L'8 ed il 9 giugno 2001, a Vietri sul Mare, per iniziativa dell'Osservatorio di Salerno si discusse di «Quale giustizia per il giusto processo» e della formazione comune di avvocati e magistrati. Fu l'ultima occasione di confronto con un magistrato che era stato l'anima ed il promotore di ogni iniziativa: Carlo Verardi.

Il 15 ed il 16 novembre 2002, a Reggio Calabria, gli Osservatorii si confrontarono su «Giustizia civile tra legalità ed efficienza»: l'attenzione fu orientata sull'applicazione dell'art. 47 *quater* dell'ordinamento giudiziario, ai sensi del quale «il presidente di sezione, oltre a svolgere il lavoro giudiziario, dirige la sezione cui è assegnato e, in particolare, ... distribuisce il lavoro tra i giudici e vigila sulla loro attività, curando anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione».

Il 12 ed il 13 dicembre 2003, a Roma, si tenne una «assemblea aperta» sulle prassi applicative.

Il 30 ottobre 2004, ad Alghero, gli Osservatorii sulla giustizia civile si riunirono per discutere per confrontare i protocolli di udienza, ormai elaborati in molti uffici giudiziari; in quella occasione venne anche presentato un progetto di riforma del processo civile, che costituisce la base della Novella del 2009.

Quando i protocolli d'udienza costituivano, ormai, un modello diffuso in molti tribunali, il 17 maggio 2005, l'Osservatorio barese tentò di rilanciare l'esperienza con un incontro intitolato «Ricomincio da tre», nel quale fu presentata una terza versione del protocollo, elaborato una prima volta quasi dieci anni prima. Ma l'iniziativa non ebbe seguito.

Dopo l'assemblea aperta di Roma del 2003 e la parentesi di Alghero del 2004, da quella di Firenze del 2006 su «Prassi e norma tra cultura e diritto», l'Assemblea Nazionale degli Osservatorii sulla giustizia civile è diventata un appuntamento annuale: a Verona il 2-3 giugno 2007 «Dialogo processuale e buone relazioni tra giudici ed avvocati», a Salerno l'1-2 giugno 2008 «Percorsi comuni tra diritto e processo», a Reggio Calabria il 29-30 maggio 2009 «Un



ufficio modello: un modello di ufficio giudiziario», a Bologna, il 29-30 maggio 2010 «I tribunali al tempo della crisi».

La struttura delle assemblee annuali è ormai determinata; gli Osservatorii sulla giustizia civile, dove sono operativi, sono diventati laboratori di ricerca su settori specifici: le tecniche di redazione degli atti e dei provvedimenti, le controversie risarcitorie, il contenzioso familiare, i processi esecutivi; alla occasione di confronto comune si affiancano i gruppi di lavoro⁷⁵.

La progressiva specializzazione degli Osservatorii ovvero la concentrazione dell'attenzione su settori specifici del contenzioso costituisce una evoluzione delle esperienze.

Queste sono inevitabilmente differenziate sul territorio nazionale. Dipendono dall'impegno dei protagonisti della vicenda processuale: poiché si fondano sul consenso e sulla capacità di persuasione, non è difficile che entrino in crisi se questi mancano. A tal fine ruoli determinanti giocano le capacità dei dirigenti degli uffici e la motivazione degli operatori, come risulta dalla profonda differenza dei dati statistici provenienti dai diversi uffici giudiziari. Per questa ragione, non sono attuabili negli uffici troppo grandi, nei quali è difficile, se non impossibile uno scambio di esperienze; né nei luoghi dove è più frequente il *turn-over* dei magistrati e del personale di cancelleria. L'esperienza più significativa, che, per la sua stabilità e per la sua durata, prescinde da fattori personali, è, probabilmente, quella veneta, dove, soprattutto grazie alle sinergie realizzate tra ordini degli avvocati (uniti nella Unione Triveneta⁷⁶), uffici giudiziari, associazioni degli industriali e istituzioni pubbliche, è più facile realizzare il consenso sulle prassi più efficienti.

La effettiva *governance* della giustizia civile attraverso il *court* e il *case management* è ormai una realtà⁷⁷, i dibattiti sui modelli organizzativi e sulla professionalità sono frequenti e,

⁷⁵ Gli atti dei primi convegni, i resoconti delle assemblee annuali, i documenti degli Osservatorii della giustizia sono tutti pubblicati nel sito http://it.groups.yahoo.com/group/osservatori_justiziacivile/files/. Qui è anche una rassegna dei Protocolli, curata da G. BERTI ARNOALDI VELI, presentata a Firenze nel 2006 e successivamente aggiornata.

⁷⁶ Cfr. <http://www.avvocatitriveneto.it/>.

⁷⁷ Anche per indicazioni, tra gli ultimi, v. M. DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 282; C. GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, in *Questione giustizia*, 2010, 107.



nonostante quanto previsto dall'art. 175 c.p.c., sono considerati un fenomeno assolutamente fisiologico.

Indubbiamente, come è avvenuto in alcune sedi, queste esperienze possono esaurirsi, ma possono anche crescere e diffondersi, superando gli ulteriori ostacoli: lo dimostrano anche le iniziative recentemente annunciate dalla Corte di cassazione⁷⁸.

La diffusione delle *best practices*, infatti, costituisce l'obiettivo della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ)⁷⁹.

Esse possono trovare uno strumento acceleratorio nella informatizzazione della giustizia⁸⁰.

La realizzazione di un *ordo judicarius* moderno, nell'ambito del quale la *governance* del processo civile sia effettiva, perché condivisa, e, quindi, uniforme e nota agli operatori appare un obiettivo che merita di essere testardamente perseguito⁸¹, sebbene la cultura giuridica, pur riconoscendo l'importanza e la rilevanza dei profili organizzativi, tenda a considerarli altro da sé⁸².

⁷⁸ Cfr. sopra.

⁷⁹ Cfr. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp.

⁸⁰ Il processo civile telematico (PCT), già operante in alcune sedi, recentemente ha superato, in altre, la fase di sperimentazione ed è passato a quella operativa: l'elenco degli uffici nei quali sono attivi i servizi telematici è in <http://www.processotelematico.giustizia.it/pdapublic/index.jsp?sid=1&id=10&pid=10>. V. anche V. DI CERBO, *Moduli organizzativi e strumenti informatici per l'attuazione della riforma del giudizio di cassazione*, in G. IANNIRUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 323. Ma è stata annunciata la cessazione dell'assistenza applicativa ai computer degli uffici giudiziari dal 1° gennaio 2011. Queste esperienze possono esaurirsi con spreco delle risorse e delle energie finora impiegate per attuarle.

⁸¹ E' un percorso irto di ostacoli, come lo è stato lo sviluppo del *court* e del *case management* negli Stati Uniti e, poi, nel Regno Unito: v. per indicazioni, G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, cit.; Id., *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, cit. Sulle esperienze recentemente realizzate dall'altra parte del mondo, nel Nuovo Galles del Sud, v. A. MARFORDING, A. EYLAND, *Civil Litigation in New South Wales: Empirical and Analytical Comparisons with Germany* (July 2010). University of New South Wales Faculty of Law Research Series. University of New South Wales Faculty of Law Research Series 2010. Working Paper 28. □ <http://law.bepress.com/unswwps/flrps10/art28>.

⁸² In una recente opera istituzionale di diritto processuale civile (N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano 2006), infatti, si contrappone il «metodo dogmatico-sistematico», che avrebbe «portato ad un crescente grado di astrazione (...) determinando così uno stacco tra teoria processuale, estremamente raffinata e pratica processuale, disastrosa e, comunque, non in linea con gli standards europei» al «diverso orientamento», per il quale «il punto centrale della ricerca viene spostato sul funzionamento dell'apparato giudiziario»; tale metodo è qualificato «sociologia della giustizia». Si indica, tuttavia, un percorso di sintesi nella «logica argomentativa».



Abraham Chayes ricordava che «*Holmes admonished us in one of his most quoted aphorism to focus our attention on “what the courts will do in fact, and nothing more pretentious”*»⁸³. Virgilio Andrioli scriveva che «la lunga notte della giustizia minaccia di procrastinarsi a date indefinite; più precisamente, le speranze dell’aurora sono affidate alla volontà interpretativa di singoli operatori pratici (magistrati e difensori), solleciti di preservare il *minimum* di valori, riuscito indenne dalla edace opera dei controriformatori e, ancora più a monte, all’insegnamento di quei docenti, che ravvisano lo scopo del processo civile nella risoluzione dei casi concreti e non nella prospettazione e nello scioglimento di questioni di diritto, tanto eleganti quanto astratte, e credono nella collaborazione fra giudici e parti nella gestione della giustizia»⁸⁴.

In quest’ultima risiede la effettiva *governance* del processo civile, come indicano anche, dopo l’ultima ventata riformatrice, le iniziative annunciate dalla Corte di cassazione, affinché l’esercizio della nomofilachia sia il frutto del consenso e non dell’arbitrio e, quindi, la giurisprudenza possa essere considerata a pieno titolo tra le fonti del diritto e della *governance* della giustizia.

Per queste ragioni, «anelare ed attendere non basta e ci comporteremo in altra maniera: ci metteremo al nostro lavoro ed adempiremo al “compito quotidiano” nella nostra qualità di uomini e nella nostra attività professionale»⁸⁵, tentando di far fruttare i talenti che a ciascuno sono stati affidati, perché il «servo inutile sarà gettato nelle tenebre dove è pianto e stridor di denti»⁸⁶.

⁸³ *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harv. L. Rev.*, 1976, 1271.

⁸⁴ *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 23.

⁸⁵ Così M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, tr. it. Torino, 1967, p. 43.

⁸⁶ Mt, 25, 30.