



Associazione italiana
fra gli studiosi del processo civile



XXIX Conferenza dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore"
sui rapporti tra diritto ed economia

LA TRASPARENZA NEL PROCESSO CIVILE

Milano, 5 febbraio 2015

Aula Magna "Emilio Alessandrini-Guido Galliö"
Palazzo di Giustizia
Corso di Porta Vittoria

Prevedibilità delle decisioni

GIORGIO COSTANTINO
ordinario di diritto processuale civile, Università degli Studi, Roma Tre



**fondazione
cariplo**

Sommario: 1. Premessa: oggetto e scopo dell'indagine.- 2. La frenesia legislativa.- 3. La tendenza alla sommarizzazione e alla degiurisdizionalizzazione.- 4. La ricognizione dell'esistente e l'organizzazione del servizio giustizia.- 5. Verso un nuovo *ordo judicarius*.- 6. La prevedibilità delle decisioni in sede di legittimità.-

1.- Nella relazione per l'inaugurazione del corrente anno giudiziario, il Primo Presidente della Corte di cassazione ha fatto proprie le parole di uno studioso del processo civile ed ha citato un brano di Michele Taruffo: «Per quanto riguarda la Corte di cassazione, l'aspirazione resta quella di assicurare l'uniformità della giurisprudenza, e con essa la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni future. La prevedibilità ó come ha scritto Michele Taruffo - può svolgere anche una funzione economica, dato che se la decisione è prevedibile si può evitare di ricorrere al giudice, giacché ó una giurisprudenza costante si può conoscere più facilmente e quindi orienta in modo più efficace i comportamenti dei consociati»¹. Il riconoscimento, da parte del primo magistrato della Repubblica, della rilevanza della questione mediante le parole di uno studioso del processo civile conferma la centralità della questione, che sembrerebbe ovvia e scontata.

L'efficienza della giustizia, della quale la prevedibilità delle decisioni costituisce un elemento essenziale, comporta la cooperazione di tutte le figure professionali a diverso titolo coinvolte. Come altrove si è ripetuto, la cattedrale della giustizia è un edificio alla costruzione ed alla manutenzione del quale sono chiamati tutti gli operatori: magistrati, avvocati, studiosi, personale amministrativo. Nelle pagine che seguono, si intende dare conto del contesto e delle esperienze realizzate: in particolare, nella prima parte, sono segnalati gli ostacoli che si frappongono alla prevedibilità delle decisioni e, nella seconda, si indicano gli strumenti, nell'ambito dei giudizi di merito e di quello legittimità, in funzione dell'obiettivo.

Si manifestano, tuttavia, opportune alcune precisazioni preliminari sul significato e sulla funzione della prevedibilità delle decisioni.

In primo luogo, quest'ultima si presta ad essere valutata in riferimento all'accertamento dei fatti e all'applicazione delle norme, non anche in relazione alla persona del giudice o alla qualità delle parti. Questi profili assumono rilevanza nell'ambito della diversa questione della terzietà ed imparzialità del giudice; la decisione dovrebbe essere prevedibile e non dovrebbe essere sospetta; a tal fine, la disciplina positiva offre una vasta gamma di strumenti². In questa sede, invece, la prevedibilità della decisione è considerata esclusivamente dal punto di vista oggettivo: sono considerati gli strumenti per prevedere l'esito della controversia indipendentemente dalle persone del giudice e delle parti e dalla qualità di queste ultime.

In secondo luogo, occorre tenere presente che la prevedibilità della decisione non significa immutabilità della giurisprudenza. Ciò implicherebbe l'incapacità dell'esperienza giuridica ad adeguarsi ai mutamenti sociali ed economici. A tal proposito, si è soliti distinguere la giurisprudenza sulle questioni processuali, rispetto alle quali prevale l'esigenza della certezza, da quella sulle questioni sostanziali, che implica un continuo adeguamento alla realtà sociale ed economica: mentre sul piano sostanziale e, in particolare, in riferimento alla interpretazione delle clausole generali o delle norme elastiche ed alla determinazione dei poteri del giudice in materia è fisiologica e doverosa l'evoluzione giurisprudenziale e l'adeguamento ai valori sociali ed economici, sul piano processuale i valori prevalenti consistono della certezza e della uniformità della interpretazione.

In terzo luogo e per quanto riguarda la funzione, occorre ribadire che la prevedibilità delle decisioni soddisfa l'interesse alla predeterminazione dei rischi e, pertanto, dei costi e contribuisce, quindi, alla deflazione del contenzioso. Essa assolve, quindi, una funzione rilevante, se non fondamentale,

¹ Così G. SANTACROCE, Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014, in <http://bit.ly/1Dnq0ac>, p. 22.

² Per indicazioni, si rinvia a *Terzietà ed imparzialità del giudice e nullità della sentenza*, in nota a Cass. 8 maggio 2013, n. 10732, e a Cass. 4 aprile 2012, n. 5426, in *Foro it.*, 2014, I, 186.

vuoi in relazione al funzionamento del sistema giuridico nel suo complesso, vuoi in relazione all'esercizio dell'attività economica.

In quarto e decisivo luogo, infine, la prevedibilità delle decisioni interferisce con il principio di uguaglianza. Le disposizioni legislative contengono le regole generali ed astratte. È ragionevole aspettarsi che esse siano applicate in modo uniforme.

In questa prospettiva, la prevedibilità delle decisioni assume un ruolo centrale e fondamentale non soltanto in relazione alla efficienza della giustizia civile e allo svolgimento delle attività economiche, ma in riferimento alla struttura stessa del sistema politico e sociale.

Nel 450 a. C., Appio Claudio fece pubblicare nel foro le leggi delle dodici tavole, affinché ciascuno potesse conoscere preventivamente le leggi che i giudici erano chiamati ad applicare, le decisioni giudiziali non fossero manifestazione di arbitrio e potessero, quindi, essere condivise o criticate. Nel 1215, nella *Magna Charta Libertatum*, fu stabilito che «*nulli negabimus justitiam*». Dal 1927 al 1939, nelle pagine di questa *Rivista*, allora soltanto «civile», Antonio Segni segnalava i provvedimenti legislativi di «*esclusione della tutela giurisdizionale*».

Oggi, in nessun caso, la tutela giurisdizionale può essere esclusa o limitata; i giudici sono soggetti soltanto alla legge; il processo deve essere «*giusto*».

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 dal Trattato sull'Unione Europea), e all'art. 6 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (CEDU). 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 UE) e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

Ne consegue 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 alla tutela effettiva e ad un processo giusto, ad ottenere «tutto quello e proprio quello che si avrebbe diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale» (G. Chiovenda). In questo contesto, non ha senso il richiamo alla vicenda di Antigone; non è necessario il richiamo alle «leggi non scritte». È la rivincita di Creonte. Se il mugnaio di *Saint Souci* poteva sperare che vi fossero giudici a Berlino, 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.

Se si volge lo sguardo al passato, questa constatazione può generare soddisfazione e gratitudine per il patrimonio di valori che le generazioni precedenti hanno trasmesso. Se, tuttavia, si volge lo sguardo al presente, essa può generare sconforto, perché l'esperienza mette in evidenza le profonde contraddizioni tra i principi ed i valori formalmente riconosciuti e la realtà effettuale. Se si volge lo sguardo al futuro, tuttavia, può stimolare l'impegno a contribuire al superamento di tali contraddizioni.

Giustizia civile, uguaglianza e principio di legalità sono complementari. Per un verso, la tutela giurisdizionale non può essere riconosciuta se non ai diritti: in nessun caso, la selezione degli interessi meritevoli di tutela è compiuta dal giudice nel processo, ma, in ogni sistema, quale che sia la tecnica adoperata, preesiste a questo. Per altro verso, dato un diritto non può essere negata la tutela, la tutela *effettiva* e la tutela *uguale*, in base a decisioni prevedibili.

Questi obiettivi sono imposti, anche al legislatore ordinario, dai testi legislativi fondamentali. Meritano di essere perseguiti anche perché la certezza della soddisfazione dei diritti riconosciuti dalla normativa sostanziale favorisce il funzionamento dell'economia e gli investimenti. Ma una terza ragione si manifesta assorbente.

Oltre e al di là delle previsioni legali e delle esigenze della economia, essa risale alle aspirazioni dei rivoluzionari della fine del 1700: il superamento del sistema feudale; il riconoscimento a ciascuno dei propri diritti, indipendentemente dalla appartenenza ad un gruppo o ad un consorzio, affinché i

provvedimenti giurisdizionali siano l'applicazione di regole predeterminate, come voleva 2500 anni fa Appio Claudio, e non un *favor principis*.

Quest'ultima è, probabilmente la ragione più forte che spinge ad operare per l'efficienza della giustizia e per la certezza del diritto ed a reagire alle spinte verso un ritorno al sistema feudale, nel quale il rispetto della persona riceve un riconoscimento soltanto in ragione della appartenenza ad un gruppo e nel quale, quindi, la questione della prevedibilità della decisione dipende dalle persone del giudice e delle parti e dalle qualità o dell'appartenenza di queste ultime.

2.- Prima di procedere all'analisi degli strumenti e delle esperienze realizzate in funzione della prevedibilità delle decisioni, tuttavia, occorre anche dare conto del contesto nel quale essi si collocano e degli ostacoli che si frappongono al perseguimento dell'obiettivo.

Un sistema complesso quale la giustizia civile richiede continui aggiustamenti. Ma non si può pensare di sovvertire continuamente il sistema. Gli interventi legislativi, invece, sono stati sovente diretti a realizzare un risultato di immagine. È frequente la definizione di «legge manifesto». Essi riflettono la pericolosa tendenza alla fuga *dal* processo in luogo della difesa *nel* processo.

Rinviando, per indicazioni ed approfondimenti, alla *Rassegna di legislazione* nella *Riv. dir. proc.*, nonché agli scritti raccolti in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Torino, 2011, occorre ricordare che la riforma del 1990 (l. 26 novembre 1990, n. 353), frutto di un intenso ed esteso dibattito avviato tra gli studiosi del processo civile nel Congresso di Bari del 1985, ha vissuto in un lungo limbo ed è entrata in vigore, unitamente alla legge istitutiva del giudice di pace (l. 21 novembre 1991, n. 374), il 21 aprile 1995, ma è stata contestualmente modificata da decreti legge reiterati nel corso della primavera, dell'estate e dell'autunno di quell'anno: dd.l. 21 aprile 1995, n. 121, 21 giugno 1995, n. 238, 9 agosto 1995, n. 347, e 18 ottobre 1995, n. 432, conv. in l. 20 dicembre 1995, n. 534. Già allora, numerosi studiosi manifestarono «viva preoccupazione per le sorti della giustizia civile, la cui disciplina è stata frettolosamente modificata in assenza di qualsivoglia dibattito e/o confronto con le diverse categorie degli operatori e prescindendo da ogni valutazione dell'impatto delle modificazioni medesime»³.

A quella riforma della disciplina processuale hanno fatto seguito la riforma dell'ordinamento giudiziario con la istituzione del giudice unico: la l. 16 luglio 1997, n. 254, attuata con il d.lgs. 20 marzo 1998, n. 51, e la l. 5 maggio 1999, n. 155, attuata con il d.lgs. 3 dicembre 1999, n. 491. Con i primi provvedimenti sono state soppresse le preture. Il tribunale, infatti, era diventato, di regola, un organo monocratico; non avrebbe avuto, quindi, senso la compresenza di due uffici di primo grado con la medesima composizione; la collegialità innanzi al tribunale fu prevista quale deroga alla regola generale dagli artt. 48 r.d. 30 dicembre 1941, n. 12, e 50 *bis* c.p.c. nel testo nell'occasione novellato. I secondi hanno istituito i «tribunali metropolitani» nelle città di Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino.

Per cancellare il «marchio d'infamia» determinato dalle condanne dell'Italia per la durata irragionevole dei processi innanzi alla Corte di Strasburgo, venne emanata la l. 24 marzo 2001, n. 89. Ma il rimedio interno per il risarcimento dei danni conseguenti alla durata irragionevole del processo in violazione dell'art. 6 CEDU si è rivelato una soluzione peggiore del male. L'art. 55, co. 1, lett. *c ó f*), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, ne ha modificato il contenuto.

Il processo commerciale o societario è stato introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e fu 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». È stato abrogato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

³ V. l'appello pubblicato in *Il Sole - 24 Ore* e in *Italia Oggi* del 27 luglio 1995, sottoscritto da Elio Fazzalari, Aldo Attardi, Vittorio Denti, Carmine Punzi, Andrea Proto Pisani, Angelo Bonsignori, Giovanni Verde, Federico Carpi, Franco Cipriani, Ferruccio Tommaseo, Nicolò Trocker, Renato Oriani, Girolamo Bongiorno, Giorgio Costantino, Modestino Acone, Claudio Consolo, Domenico Borghesi, Gianpiero Balena, Sergio Menchini, Giuseppe Olivieri, Bona Ciaccia Cavallari, Lorian Zanutigh, Giovanni Arieta, Elena Frascaroli Santi e Giuseppe Trisorio Liuzzi.

Tra il 2005 e il 2006, sulla giustizia civile si è scatenato uno *tsunami* di riforme. Nel d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, sono state inserite tutte le proposte in materia di giustizia esaminate nel corso della legislatura, che si avviava alla conclusione. Per correggere, integrare, modificare, ampliare quell'intervento legislativo, fino alla fine della legislatura, nell'aprile del 2006, si sono susseguiti freneticamente numerosi altri provvedimenti legislativi: 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.

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

Con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, è stato riformato l'arbitrato e il procedimento innanzi alla Corte di cassazione: i quesiti di diritto di cui all'art. 366 *bis* c.p.c. furono previsti 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». Sono stati soppressi dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

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.

Nel gennaio 2007 è stato avviato un altro processo riformatore, conclusosi nella successiva legislatura e con un diverso governo, con la l. 18 giugno 2009, n. 69, presentata come un provvedimento risolutivo. Essa conteneva anche importanti deleghe: grazie ad esse, con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, è stato emanato il codice del processo amministrativo; il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, contiene la «riduzione e la semplificazione dei procedimenti civili di cognizione». È stato anche emanato il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha previsto la mediazione obbligatoria; questa previsione è stata, però, dichiarata costituzionalmente illegittima per eccesso di delega da Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272; è stata reintrodotta, con significative modifiche, dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98. È stata estesa ed ancora riformata dal 12 settembre 2014, n. 132 conv. con l. 10 novembre 2014, n. 162.

Con specifico riferimento alle controversie di lavoro, è stata emanata la l. 4 novembre 2010, n. 183, con l'obiettivo di limitare i poteri del giudice e diffondere l'arbitrato. Sulla stessa linea è l'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. La l. 28 giugno 2012, n. 92, ha previsto un nuovo autonomo procedimento in materia di licenziamenti individuali, ma l'art. 11 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, ne esclude espressamente l'applicabilità ai licenziamenti intimati ad alcune categorie di lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

La tutela collettiva risarcitoria è disciplinata dall'art. 140 *bis* del codice del consumo, nel testo modificato dall'art. 49, co. 1°, l. 23 luglio 2009, n. 99; è in vigore dal 1° gennaio 2010, e si applica «agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore». Sono state esercitate circa venti azioni collettive risarcitorie e si sono per lo più concluse con pronunce di inammissibilità. L'art. 6 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, ha modificato l'art. 140 *bis* del codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206. In luogo della singolare previsione per la quale i diritti al risarcimento dei danni devono essere «identici», si è stabilito che devono essere «omogenei». Il risarcimento dei consumatori segue altre strade.

La riforma delle procedure concorsuali è stata realizzata con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, seguito dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Sono sopravvenuti il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51, e il decreto «correttivo»: il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169. Poi si sono succeduti il d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in l. 28 gennaio 2009, n. 2, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha introdotto il concordato con riserva. Hanno fatto seguito il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98, e il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 4.

Pochi mesi dopo la sua introduzione, la disciplina della crisi da sovraindebitamento è stata profondamente e radicalmente modificata: la l. 27 gennaio 2012, n. 3, infatti, era in concorrenza con il d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, conv. in l. 17 febbraio 2012, n. 10. L'art. 18 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha rinnovato la materia.

La frenesia legislativa in materia di giustizia civile si è rafforzata con l'aggravarsi della crisi economica.

Con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con l. 24 marzo 2012, n. 27, sono state istituite le «sezioni specializzate in materia di impresa». La istituzione di questi uffici, operativi dal 20 settembre 2012, è stata disposta «senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche», indipendentemente da ogni valutazione sul tessuto economico e sui flussi di contenzioso, ma anche, banalmente, dal numero dei tribunali del distretto o della regione.

L'art. 1, co. 1° - 5°, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, ha avviato la revisione delle circoscrizioni giudiziarie: i dd.lgs. 7 settembre 2012, n. 155, e n. 156, hanno soppresso 31 tribunali, 220 sezioni distaccate di tribunale e 667 uffici del giudice di pace.

Contestualmente alla introduzione di nuove disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, l'art. 3 l. 10 dicembre 2012, n. 219, ha modificato l'art. 38 disp. att. c.c. ed ha dettato nuovi criteri di riparto della competenza tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni; al fine di eliminare ogni discriminazione tra figli, anche adottivi, l'art. 2 della stessa legge, ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi. Il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, ha introdotto ulteriori significative novità sostanziali e processuali.

L'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, ha riformato la disciplina dell'appello.

Grazie all'art. 16 bis, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, il processo civile telematico è passato, dalla fase sperimentale e limitata ad alcuni uffici giudiziari, a diventare la regola generale. L'art. 44, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, ne ha differito l'immediata entrata in vigore - originariamente prevista per il 30 giugno 2014 - con riferimento ai procedimenti iniziati prima di tale data, fissando per essi il termine del 31 dicembre 2014.

Altre, non secondarie, modifiche della disciplina processuale sono contenute nel d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98.

Il 30 giugno 2014, il Governo in carica ha annunciato i dodici punti per la riforma della giustizia civile: «(1) Giustizia civile - Riduzione dei tempi. Un anno in primo grado; (2) Giustizia civile - Dimezzamento dell'arretrato; (3) Proposte di interventi in materia di processo civile per la famiglia e le imprese; (4) Csm: più carriera per merito e non grazie all'appartenenza; (5) Csm: chi giudica non nomina, chi nomina non giudica; (6) Responsabilità civile dei magistrati sul modello europeo (7) Riforma del disciplinare delle magistrature speciali (amministrativa e contabile); (8) Norme contro la criminalità economica (falso in bilancio, autoriciclaggio); (9) Riforma del Libro XI del codice di procedura penale per l'adeguamento alle Convenzioni internazionali; (10) Intercettazioni (diritto all'informazione e tutela della privacy) (11) Informatizzazione integrale e Innovazione organizzativa del sistema giudiziario; (12) Riqualificazione del personale amministrativo»⁴.

Sono stati, quindi, emanati il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 1990, n. 114, intitolato «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari»; il d.l. 12 settembre, n. 132, conv. in l. 10 novembre, n. 162, intitolato «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile».

Come solitamente avviene, disposizioni di rilevanza processuale sono contenute anche nella legge di stabilità: la l. 23 dicembre 2014, n. 190; nonché nel d.l. 31 dicembre 2014, n. 292, intitolato «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative».

Il disegno di legge delega sul terzo dei dodici punti di riforma annunciati è stato presentato alla Camera l'11 marzo 2015: è il d.d.l. n. 2953/C/XVII. Le proposte riprendono, in parte, quelle

⁴ In <http://bit.ly/1sUSkRk>.

elaborate dalla commissione nominata dal ministro Severino e presieduta da Romano Vaccarella e consegnate il 1° dicembre 2013.

Contro l'alluvione legislativa si sono espressi, con appelli rimasti inascoltati, il Consiglio Nazionale Forense e l'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile⁵.

La pendolarizzazione del quadro normativo rende imprevedibili gli esiti delle controversie.

Essa orienta 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 prevale sull'impegno per far funzionare la giustizia.

Il primo effetto delle continue riforme consiste in un rilancio dell'editoria giuridica e del turismo processuale.

Convivono disposizioni processuali del 1940-42, del 1950, del 1973, del 1984, del 1990, del 1995, del 1998, del 2001, del 2005, del 2006, del 2008, del 2009, del 2010, del 2011, del 2012, del 2013, del 2014. Lo stesso 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.

Diversi sono stati i tentativi di porre mano ad una riforma complessiva, riscrivendo interamente il codice di rito. Ma non hanno avuto alcun esito: il «Progetto Liebman»⁶, il «Progetto Tarzia»⁷; il «Progetto Vaccarella»⁸; il «Progetto Proto Pisani»⁹; il «Progetto Vaccarella», consegnato al ministro Cancellieri il 1° dicembre 2013. Questi progetti, tuttavia, hanno per oggetto soltanto la normativa codicistica. Nessuno di essi propone di inserire nel futuro codice, come si è fatto altrove e come sarebbe doveroso, tutta la normativa sulla tutela giurisdizionale civile. In questa direzione era la *Relazione* presentata nella IX Legislatura, alla Commissione Giustizia del Senato dal sen. Nicolò Lipari¹⁰.

La frenesia legislativa rinforza le spinte verso le interpretazioni assolutamente creative, che prescindono dai testi normativi, spesso difficili da comprendere e da coordinare. Il che rende 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, nonché da una valutazione degli interessi in gioco, non è possibile neppure il dissenso; occorre limitarsi a prendere atto della diversità di vedute.

Se, poi, tale atteggiamento è assunto da chi ha il potere di giudicare, ogni discorso sulla prevedibilità della decisione si manifesta impossibile. Si può soltanto evocare il poeta Giovan Battista Marino, per il quale «E' del poeta il fin la meraviglia, parlo dell'eccellente e non del goffo, chi non sa far stupir, vada alla striglia!». Ma si tratta di esempi abnormi e limitati nei confronti dei quali appare doveroso reagire, senza, peraltro, fare di tutte le erbe un fascio.

⁵ Nel documento dell'Associazione, si afferma, tra l'altro: «L'Associazione rileva, inoltre, che, anche non tenendo conto dei gravi problemi di compatibilità con il dettato costituzionale, l'esercizio della delega finirebbe per aggravare ulteriormente i già numerosi problemi creati agli operatori dal disordinato avvicinarsi di riforme legislative rivelatesi sostanzialmente inutili, senza offrire un valido contributo alla riduzione dei suoi ormai intollerabili tempi e distogliendo attenzione ed energie vuoi dal funzionamento della giustizia civile, vuoi dalle iniziative assunte dallo stesso Governo sul piano organizzativo. Sottolinea, infine, la rilevante incidenza che avrebbe quest'ennesimo intervento di riforma del codice, privo di un compiuto disegno sistematico al pari degli altri susseguitisi negli ultimi anni, sugli inevitabili costi di transizione dalla precedente alla nuova disciplina processuale».

⁶ In 35° Quaderno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Milano, 1979.

⁷ In *Giur. it.*, 1988, IV, 257.

⁸ Oggetto del d.d.l. C/XIV/4573.

⁹ In *Foro it.*, 2009, V, 1.

¹⁰ In *Giust. civ.*, 1985, II, p. 520 ss., e in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1986, p. 318 ss.

3. Oltre alla frenesia legislativa e alla conseguente pendolarizzazione del quadro normativo, un ulteriore, grave ostacolo alla prevedibilità delle decisioni è costituito dalla tendenza alla sommarizzazione.

In generale, occorre ricordare che le regole processuali costituiscono il punto di arrivo della evoluzione successiva al superamento dell'*ordo judicarius*.

In diritto comune, la disciplina processuale era il frutto della elaborazione, stratificata nel tempo, da parte degli stessi giudici, delle prassi operative; 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 giudici. La disciplina del processo affidata a norme 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 prove, mentre la «procedura» è, talvolta, ancora considerata un aspetto eminentemente pratico e, talvolta, fastidioso.

La prevedibilità della decisione si colloca comunque alla fine di un percorso predeterminato, il processo. Il mistero del giudizio, talvolta evocato nell'ambito delle discussioni generali sul ruolo e sulla funzione della tutela giurisdizionale, assume rilevanza soltanto quando si è disegnato il percorso che conduce, appunto, al *giudizio* e si sono individuati i criteri di valutazione. Solo a questo punto entrano in gioco le questioni generali tra le quali si colloca, appunto, la prevedibilità della decisione.

Se il giudice può regolare il processo «nel modo che ritiene più opportuno», l'affermazione secondo la quale la cognizione è comunque piena rischia di ridursi ad un mero *flatus vocis*, perché, in assenza di previsioni legali sullo svolgimento del processo, non potrà essere denunciato alcun *error in procedendo*.

La tutela sommaria ovvero la previsione di forme più rapide e più semplici per conseguire gli stessi effetti conseguibili all'esito di un processo a cognizione piena è stata tradizionalmente prevista per ragioni di economia processuale ovvero in considerazione della peculiarità delle situazioni sostanziali oggetto di tutela. Così, ad esempio, si consente al creditore che vanta un credito con i requisiti di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., di ottenere un titolo esecutivo *inaudita altera parte*; o si consente a chi vanta il diritto agli alimenti di ottenere immediata tutela, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un concreto pregiudizio. La sussistenza di quest'ultimo deve essere allegata e provata da chi invoca la tutela cautelare. In ogni caso, la pronuncia di un provvedimento a cognizione sommaria non preclude l'accesso alla cognizione piena, nell'ambito della quale l'esercizio dei poteri del giudice e delle facoltà delle parti è regolato dalla legge.

Nel 2009, tuttavia, con l'art. 702 *bis* c.p.c., si è consentito l'accesso alla tutela sommaria per scelta dell'attore, ma la previsione legislativa non ha avuto successo. Nel 2011, il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c. è stato imposto, quale unica forma di tutela, in tutte le ipotesi previste dal capo III del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. Nel 2012, il rito speciale sui licenziamenti di cui all'art. 1, co. 47 ss., l. 28 giugno 2012, n. 92, consente al giudice di regolare il processo «nel modo che ritiene più opportuno», vuoi nella fase sommaria che si conclude con ordinanza, vuoi nel giudizio di opposizione che si conclude con sentenza, vuoi in sede di reclamo innanzi alla corte di appello; l'art. 11 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, ne ha limitato l'applicazione. Nel 2014, ai sensi dell'art. 183 *bis*, c.p.c., aggiunto dall'art. 14 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162, il giudice può ordinare che il processo ordinario prosegua nelle forme di cui all'art. 702 *ter* c.p.c.

Anche nell'ambito delle ripetute riforme, soprattutto in materia di rapporti familiari e di tutela dei minori, nonché nell'ambito delle procedure concorsuali, le regole per la definizione dei conflitti sono affidate all'esercizio dei poteri discrezionali del singolo giudice, mediante il ripetuto rinvio al procedimento camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., che è introdotto con ricorso, si conclude con decreto e nell'ambito del quale il giudice può «assumere informazioni».

La Corte costituzionale ha ripetuto più volte che questa scarsa disciplina processuale è compatibile con i principi costituzionali, perché «il garante di questo equilibrio non può che essere il giudice, al quale spetta un potere di direzione del processo, nel rispetto del principio dispositivo e dei diritti di difesa».

Senonché la diffusione della tutela sommaria, non collegata a ragioni obiettive, quali l'economia processuale o la natura degli interessi in gioco, e, soprattutto, senza alcuna possibilità di un successivo accertamento a cognizione piena, determina inevitabilmente incertezze applicative ed è fonte di violazione del principio di uguaglianza, perché l'assenza di regole processuali predeterminate genera il rischio della formazione di prassi difformi da ufficio a ufficio giudiziario, e soprattutto quello di una regressione al sistema feudale nel quale prevale la logica della appartenenza e la decisione è un *favor principis* e non l'applicazione di regole predeterminate e preventivamente note.

In questo contesto, la prevedibilità della decisione rischia di dipendere dalla persona del giudice. Quest'ultimo, inoltre, disponendo di ampi poteri discrezionali sulla gestione del processo, è esposto ad ogni tipo di pressione, anche illecita, e non ha la possibilità di trincerarsi dietro le previsioni legali che segnano i confini dei suoi poteri.

Un'efficace risposta alla frenesia legislativa, alla tendenza alla sommarizzazione e ai rischi di prevalenza delle logiche di appartenenza e di regressione al sistema feudale che l'una e l'altra possono provocare, può essere fornita dalla organizzazione giudiziaria.

4. A questo proposito, tuttavia, appare opportuno preliminarmente ricordare che è stato formulato uno specifico quesito per sapere dal Consiglio Superiore della Magistratura «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». Nella ovvia risposta della VII Commissione del C.S.M., resa con Deliberazione del 19 ottobre 2010, si ribadisce che l'autonomia e l'indipendenza del magistrato non riguardano i profili organizzativi, né l'attività dei dirigenti, ma non si richiama l'art. 2, comma 1°, lett. n), 23 febbraio 2006, n.109, per il quale «la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti» costituisce illecito disciplinare.

Questo episodio, pur isolato, è indicativo delle reazioni agli interventi organizzativi e di razionalizzazione. Esso è espressione di uno dei più pericolosi *idola fori*, che costituiscono il principale ostacolo alla prevedibilità delle decisioni, e, quindi, alla attuazione dei principi di legalità e di uguaglianza. L'autonomia e l'indipendenza della magistratura riguardano soltanto il giudizio non anche i profili organizzativi.

In questo senso sono gli artt. 2, co. 2°, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, sulla responsabilità disciplinare, e l'art. 2, co. 2°, l. 13 aprile 1988, n. 117, anche nel testo novellato dalla l. 27 febbraio 2015, n. 15, sulla responsabilità civile, per i quali non è, di regola, sindacabile l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove.

Gli errori nella decisione sono fisiologici; lo strumento per evitarli è il processo, affinché il giudizio sia il frutto di un percorso predeterminato dalla legge e non di arbitrio; gli strumenti per porvi rimedio sono le impugnazioni. La responsabilità disciplinare, civile, contabile, nonché quella penale per abuso d'ufficio, ai sensi dell'art. 323 c.p., non è e non può essere lo strumento per rimediare agli errori del giudice nell'esercizio della giurisdizione. Essa implica il tradimento della giurisdizione e, conseguentemente, giustifica l'uso di mezzi esterni al processo e l'applicazione di sanzioni nei confronti del giudice che ha tradito il suo compito e le sue funzioni.

La prevedibilità delle decisioni, con tutto ciò che essa implica, dipende, come ricordava Abraham Chayes, da «what the courts will do in fact, and nothing more pretentious»¹¹; dipende dal corretto svolgimento del processo. Questo, a sua volta, dipende anche dai profili organizzativi.

Questi ultimi, infatti, sono considerati dalla relazione annuale sull'efficienza e sulla qualità della giustizia della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia¹² e dalla «Relazione annuale al

¹¹ *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harv. L. Rev.*, 1976, 1271

Parlamento e al Governo sui livelli e la qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini» del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro¹³.

Recentemente, contestualmente al rinnovato impegno sulle riforme della disciplina processuale, il Ministero della giustizia ha avviato altre parallele iniziative, efficacemente definite dal capo del Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, Mario Barbuto, le «complanari» della riforma.

Per la prima volta, da molti anni a questa parte, si è ritenuto che la riforma del processo civile presupponga una ricognizione dell'esistente ovvero, utilizzando ancora la metafora, una «valutazione di impatto ambientale».

Nell'ottobre 2014 è stato presentato il censimento degli affari civili e della produttività degli uffici giudiziari; il 17 novembre 2014 sono stati presentati gli indici di produttività degli uffici giudiziari.

Il 14 gennaio 2015 è stato presentato il «Programma Strasburgo» per lo smaltimento dell'arretrato¹⁴.

Tra gli allegati a quest'ultimo vi è anche un modello di circolare, intitolata «Prescrizioni e consigli per la trattazione delle cause civili», che riproduce quella adottata tempo addietro dai presidenti dei tribunali di Torino, di Genova e di Prato. Se ne consiglia l'adozione a tutti i presidenti di tribunale.

Questi consigli e, in particolare, quelli di cui ai punti da 4 a 20 del modello di circolare costituiscono piana applicazione della disciplina vigente e possono sembrare ovvi e scontati.

Queste iniziative del Ministero della giustizia e, in particolare, della Direzione della Organizzazione giudiziaria segnano un deciso mutamento di tendenza nell'atteggiamento dell'amministrazione centrale, finora prevalentemente orientata verso obiettivi di mera immagine e si manifestano coerenti con le indicazioni della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ).

Il censimento degli uffici giudiziari costituisce una base imprescindibile per ogni ulteriore intervento legislativo.

Il modello di circolare applicativa fa seguito a quelle autonomamente assunte da dirigenti degli uffici giudiziari, nonché alle esperienze degli Osservatori della giustizia, ormai operativi da oltre un ventennio¹⁵.

Queste esperienze sono nate e si sono sviluppate in base al rilievo per il quale, nell'ambito delle disposizioni processuali, alcune implicano un potere-dovere del giudice, cosicché la loro 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.

Queste ultime sono solitamente ignorate dal punto di vista scientifico e, come si è ricordato, la predeterminazione dei criteri applicativi si presta ad essere considerata un attentato alla autonomia ed alla indipendenza del giudice. Eppure il funzionamento del processo civile, l'effettiva *governance* della giustizia dipendono proprio da questi ultime.

L'attribuzione al potere discrezionale del singolo giudice dei criteri applicativi delle disposizioni che regolano l'esercizio dei poteri ordinatori, inoltre, determina prassi diverse da ufficio ad ufficio e, spesso, anche da stanza a stanza del medesimo ufficio e suscita scandalo negli utenti e negli studiosi della organizzazione.

Il modello di circolare consigliato dalla Direzione della Organizzazione Giudiziaria (D.O.G.) ai presidenti di tribunale corrisponde e riproduce i protocolli d'udienza già adottati in molti uffici giudiziari e frutto della collaborazione delle diverse figure di operatori.

5. Con specifico riferimento alla prevedibilità delle decisioni, in molti uffici giudiziari, alla elaborazione di modelli concordati di *case management* hanno fatto seguito iniziative dirette a predeterminare le soluzioni applicative relative a specifiche questioni ed a singoli aspetti.

¹² CEPEJ: <http://bit.ly/1HJhpFo>.

¹³ C.N.E.L., <http://bit.ly/1wVmdwf>.

¹⁴ In <http://bit.ly/1BSHy2U>.

¹⁵ V. i diversi protocolli in <http://bit.ly/1J20s4s>; e v. anche G. GILARDI, *Organizzazione e uffici giudiziari. Organizzazione e osservatori*, in *Il libro dell'anno del Diritto Treccani 2012* e in <http://bit.ly/1wnWIZF>; G. BERTI ARNOALDI VELI, *Protocolli per la giustizia civile*, in *Il libro dell'anno del Diritto Treccani 2014* e in <http://bit.ly/15sbM5O>.

In molti uffici, ormai, «protocolli d'udienza», «linee guida», accordi tra i dirigenti degli uffici e i consigli dell'ordine indicano le *local rules*, come avviene nei sistemi di *common law*, dove, per ogni ufficio giudiziario, possono essere consultate le prassi applicative.

Al cospetto della evanescenza o della opacità della disciplina positiva, nonché dell'ampiezza dei poteri discrezionali attribuiti al singolo giudice, la risposta degli operatori che hanno a cuore i valori fondamentali dello stato di diritto è stata quella di incidere sulla circolazione delle informazioni.

Tredici anni fa, il 15 ed il 16 novembre 2002, a Reggio Calabria, gli Osservatori della giustizia si confrontarono sull'applicazione dell'art. 47 *quater* dell'ordinamento giudiziario di cui al r.d. 31 gennaio 1941, n.12, ai sensi del quale «il presidente di sezione, oltre a svolgere il lavoro giudiziario, dirige la sezione cui è assegnato e, in particolare, 1° distribuisce il lavoro tra i giudici e vigila sulla loro attività, curando anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione».

Lo «scambio di informazioni» all'interno della sezione e dell'ufficio giudiziario potrebbe sembrare ovvio scontato, ma sovente non lo è. L'art. 47 *quater* r.d. 31 gennaio 1941, n. 12, non trova generale e diffusa applicazione.

Gli strumenti tradizionali, peraltro, si sono rivelati, a tal fine, insufficienti ed inadeguati.

Le riviste giuridiche cartacee sono, da tempo, in grave crisi. Anche quelle telematiche, indubbiamente più rapide e più efficaci, hanno una funzione diversa da quella di fornire informazioni sul funzionamento di un singolo ufficio giudiziario.

Nel sito internet del Tribunale di Milano si trova la più ampia quantità di informazioni sulle prassi applicative e sui criteri interpretativi, soprattutto in materia di procedure concorsuali. Al sito della sezione specializzata per le imprese del Tribunale di Milano hanno aderito anche le corti di appello di Brescia e di Genova, i tribunali di Roma, di Genova, di Torino e di Bologna, ma le informazioni fornite dagli uffici aderenti sono fortemente differenziate.

La prevedibilità della decisione non dipende dalla norma generale ed astratta ma dalla realizzazione di un nuovo *ordo judicarius*, favorito dagli strumenti tecnologici.

Alcuni esempi possono essere indicativi di questa tendenza.

Come si è rilevato la normativa del rito speciale sui licenziamenti di cui all'art. 1, co. 47 ss., l. 28 giugno 2012, n. 92, attribuisce ai poteri discrezionali del singolo giudice il potere di regolare lo svolgimento del procedimento vuoi nella prima fase, vuoi nel giudizio di opposizione, vuoi in sede di reclamo. Le sezioni lavoro di molti tribunali hanno indicato, nei rispettivi siti, le *local rules*, riempiendo di contenuti specifici l'evanescente disciplina positiva.

Alcuni tribunali hanno adottato protocolli per la definizione delle spese ordinarie e straordinarie nell'ambito delle controversie di separazione. Sulla consulenza tecnica preventiva in materia previdenziale di cui all'art. 445 *bis* c.p.c., che ha una diffusione quasi pari a quella del procedimento ingiuntivo, sono reperibili in rete protocolli e linee guida, nei quali si indicano gli orientamenti delle sezioni lavoro, nonché verbali delle riunioni sul tema, nei quali si dà atto dei diversi orientamenti manifestatisi nello stesso ufficio. Alcuni tribunali pubblicano gli elenchi e gli sviluppi delle procedure concorsuali volontarie, concordati preventivi e accordi di ristrutturazione, cosicché gli utenti possono preventivamente conoscere gli orientamenti per la ammissione ai sensi degli artt. 160 o 182 *bis* l.f.

Il sito *contention.eu* fornisce informazioni sulla giurisprudenza di tutti gli stati dell'Unione Europea in materia di espulsione e di trattenimento nei centri di accoglienza. Il tema è oggetto di un progetto di ricerca, diretto da Enrica Rigo, i cui primi risultati sono stati presentati il 4 dicembre 2014¹⁶.

Queste variegate esperienze rispondono alla medesima logica che ha spinto Appio Claudio a pubblicare nel foro le leggi delle dodici tavole: se si conosce prima quali sono i criteri di giudizio, la decisione diventa prevedibile, può essere criticata se si discosta dai parametri convenuti o solitamente adottati o se non tiene conto delle peculiarità del caso specifico. In ogni caso, la decisione non è un mistero affidato all'astro del giudicante.

¹⁶ Cfr. <http://bit.ly/1zu7OLH>.

Esse scongiurano o limitano il rischio della violazione del principio di uguaglianza almeno in riferimento alle controversie pendenti nel medesimo ufficio.

L'aspirazione a prassi e criteri uniformi su tutto il territorio nazionale merita di essere perseguita, ma, allo stato, è ancora da realizzare.

Una decisa inversione di tendenza potrebbe essere offerta dalla attuazione del processo civile telematico. L'ambizione alla base del progetto al suo esordio, infatti, era quella di rendere ogni ufficio giudiziario una casa di vetro, assolutamente trasparente per gli operatori e per gli utenti. L'attenzione prevalente è stata poi dedicata alla comunicazione, alla notificazione ed al deposito degli atti. L'obiettivo iniziale può essere ripreso.

6. Il compito di garantire il rispetto del principio di uguaglianza di fronte alla legge, anche attraverso la prevedibilità delle decisioni, spetta alla Corte di cassazione; questa, 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».

In riferimento al ruolo e alle funzioni della Corte, la questione della prevedibilità delle decisioni si presta ad essere esaminata da due diversi punti di vista: il primo riguarda i rapporti della Corte con i giudici di merito; si tratta di verificare come le pronunce di legittimità garantiscano «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale»; il secondo riguarda la prevedibilità delle decisioni della stessa Corte.

«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»¹⁷. Alla contrapposizione tra «norma» e «testo», risalente a Tullio Ascarelli, è subentrato il riferimento al «diritto vivente». Senonché, occorre riconoscere 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»¹⁸.

L'ampio e approfondito dibattito sul ruolo della giurisprudenza, 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, 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 soltanto le disposizioni legislative.

Le decisioni della Cassazione, ai sensi dell'art. 384, co. 2°, c.p.c., sono vincolanti soltanto 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 processo.

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

Anche in riferimento alla giurisprudenza di legittimità, si pone, quindi, il problema della circolazione delle informazioni. Nel 1923, con l'abolizione delle corti regionali e con l'unificazione della Cassazione in Roma, è stato istituito l'Ufficio del Massimario. Da oltre dieci anni,

¹⁷ Così P. VITTORIA, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*², Bari, 2015, 463.

¹⁸ Così M.R. MORELLI, *L'annunziatazione del principio di diritto*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², MILANO, 2010, 508.

quest'ufficio pubblica una rassegna annuale delle decisioni della Corte¹⁹. Dal 18 luglio 2014, nel sito della Corte sono reperibili tutte le decisioni in materia civile²⁰. La conoscenza della decisioni e degli orientamenti può essere considerata un problema superato.

Si tratta, piuttosto, di valutare il «precedente».

In questa prospettiva, come ha insegnato Gino Gorla e come ritiene l'assoluta maggioranza degli studiosi dell'argomento, *obiter dictum* non costituisce «precedente»; questo è limitato 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 nei sistemi dove opera la regola dello *stare decisis*.

Senonché, le «massime», sovente frutto della estrapolazione di un brano della motivazione, talvolta estraneo all'effettivo *decisum*, costituiscono spesso una falsa rappresentazione della realtà. Attualmente, inoltre, sono generalmente disponibili i testi integrali dei provvedimenti, cosicché le utilità delle «massime» è considerevolmente ridotta.

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.

Gli *obiter dicta* e i principii enunciati «nell'interesse della legge», ai sensi dell'art. 363 c.p.c., 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 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, *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»²¹.

In ogni caso, nell'ordinamento positivo vigente, il «precedente» in senso tecnico, *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 persuasivi.

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.

Il vincolo, per i giudici di merito, delle decisioni della Corte deriva, comunque, dalla possibilità di ottenere l'annullamento delle decisioni difformi. Il che presuppone che la questione possa essere esaminata dalla Corte e non sia, invece, da questa insindacabile.

La prevedibilità delle decisioni all'interno della stessa Corte è stata rafforzata dalla riforma del 2006, che ha modificato l'art. 374 c.p.c. ed ha reso vincolanti, per le sezioni semplici, le pronunce delle sezioni unite.

Senonché la 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 magistrati.

¹⁹ In <http://bit.ly/1KjzRk1>.

²⁰ In <http://bit.ly/1Cp8pSF>.

²¹ Così, in motivazione, Cass. 2 luglio 2010, n. 15811.

Un'ulteriore strumento per garantire l'uniformità della giurisprudenza della Corte consiste nella utilizzazione del marchio *certalex* sulle questioni oggetto di giurisprudenza consolidata: al 31 gennaio 2015, esso contrassegna 147 questioni.

L'attribuzione alla Corte del potere di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., il vincolo derivante dalle decisioni rese a Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374, co. 3°, c.p.c., l'uso del marchio *certalex*, i ripetuti interventi organizzativi sul funzionamento della Corte, tuttavia, non sono, di per sé, risolutivi.

Nonostante tutto ciò, si leggono ancora pronunce in contrasto con orientamenti consolidati, che affermano principi e regole privi di riscontro nel diritto positivo ovvero, soprattutto in relazione a normative sopravvenute, che ne forniscono letture in contrasto con la lettera e la possibile *ratio* delle disposizioni.

Si tratta di un rischio probabilmente inevitabile in considerazione del carico di lavoro della Corte e della conseguente obiettiva difficoltà di adempiere sempre ai compiti attribuiti dall'art. 65 o.g.

Come avviene per la tutela della salute, non possono essere pretermessi i vantaggi del sistema sanitario nel suo complesso, ma occorre reagire agli episodi di malasana.

In riferimento all'attività della Cassazione, ancora una volta, la risposta risiede nel dialogo e nel confronto.

È opportuno ricordare, a questo proposito, che, già nel celebrare il decennale della Cassazione unica, nel 1933, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Ludovico Mortara mettevano in evidenza l'importanza del dialogo, soprattutto sulle questioni processuali, tra la giurisprudenza e la dottrina.

Anche in considerazione della prevalente attenzione del legislatore alla mera immagine, la funzione della Corte è comunque essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto, nonostante qualche incidente di percorso.

Molte soluzioni sono opinabili, ma, come tali, possono essere prospettate in sede scientifica, al fine di provocare un confronto ed un dibattito.

Appare, invece, doveroso reagire ad ogni deviazione della Corte dai suoi compiti istituzionali, criticando non solo le pronunce non condivise nel merito, ma, soprattutto, quelle fondate su ragioni di mera immagine o dirette a stupire il lettore con la novità o l'originalità della soluzione, alle quali, peraltro, la stessa Corte, nella sua composizione più autorevole, solitamente provvede a porre rimedio²².

Esemplare, in questo senso, è stata la vicenda relativa alla prevalenza attribuita al principio della ragionevole durata del processo su ogni altra garanzia del «giusto processo» ex art. 111 Cost. Ma quella stagione può considerarsi finalmente e definitivamente superata²³. I vivaci contrasti provocati da quella vicenda hanno contribuito a consolidare un'esperienza, allora già in atto, di dialogo sulla giurisprudenza della Corte.

²² Cfr., sulla data certa del credito nell'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali, Cass., 8 novembre 2010, n. 22711, e 14 ottobre 2010, n. 19251, in *Foro it.*, 2011, I, 67, con nota di chi scrive; a quelle decisioni ha fatto seguito Cass., ss.uu., 20 febbraio 2013 n. 4213, *id.*, 2013, I, 1137. Sulla nozione di sentenze non definitive su questioni ai sensi dell'art. 360, comma 3°, c.p.c., v. Cass. 9 luglio 2014, n. 15601, e 2 luglio 2014, n. 14991, *id.*, 2014, I, 3098, con nota di G. BALENA, A. CARRATTA, D. DALFINO, V. MASTRANGELO, G. OLIVIERI, A. PROTO PISANI, G. RUFFINI e di chi scrive; la questione è stata, quindi, rimessa alle Sezioni Unite da Cass. 26 marzo 2015, n. 6127 «anche alla luce delle posizioni dottrinali emerse negli anni di applicazione della norma in scrutinio». V. anche Cass. 23 gennaio 2015, m. 1238, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, con nota di chi scrive.

²³ Ne è stata emblematica espressione Cass. 9 settembre 2010, n. 19246, sui termini di costituzione nella opposizione a decreto ingiuntivo. La questione è stata, quindi, rimessa, con una motivazione esemplare, alle Sezioni unite, da Cass. 22 marzo 2011, n. 6514. E poi, anche intervenuto il legislatore, con la l. 29 dicembre 2011, n. 218. All'esito, anche il dibattito sugli effetti dei mutamenti di giurisprudenza, repentini ed imprevedibili può ritenersi concluso: la Corte, nella sua composizione più autorevole, ha colto l'occasione di fare il punto sui principi che regolano la materia: Cass., ss.uu., 11 luglio 2011, n. 15144. Per indicazioni, si rinvia a *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in questa *Rivista*, 2011, 1073.

In occasione della rimessione alle Sezioni Unite di questioni di rilevante interesse processuale, la Corte si apre al confronto con la dottrina e con gli operatori, affinché, poi, la decisione della Corte, nella sua composizione più autorevole, possa tenere conto del dibattito sviluppatosi sul tema²⁴.

Nell'ambito di questo percorso, nell'anno in corso, si sono svolti e sono previsti incontri, *Dialogoi*, sui rapporti tra il principio di diritto *ex art. 363 c.p.c.* e le questioni di legittimità costituzionale²⁵, sulla rilevanza dell'ufficio del difetto di capacità processuale²⁶, sulla nozione di prove «indispensabili»²⁷; nonché sulla impugnabilità dell'ordinanza che dichiara inammissibile l'appello privo di una ragionevole probabilità di accoglimento *ex art. 348 ter c.p.c.*, rimesso alle ss.uu. da Cass. 12 gennaio 2015, n. 223, e previsto per il 3 giugno 2015.

In realtà, il valore della prevedibilità delle decisioni, tanto nei giudizi di merito quanto in quello di legittimità, come ogni talento, deve essere messo a frutto e coltivato e non soltanto invocato. Altrimenti si rischia di finire dove «è pianto e stridor di denti» (Mt, 25, 30). Il che, nel caso specifico, significa una regressione al sistema feudale, nel quale prevale la regola della appartenenza ed è mortificata la dignità dell'individuo.

²⁴ V. <http://bit.ly/16522py>.

²⁵ V. <http://www.giur.uniroma3.it/?q=node/25320>.

²⁶ V. <http://www.giur.uniroma3.it/?q=node/25611>.

²⁷ V. <http://www.giur.uniroma3.it/?q=node/25828>.