

Principi, norme, regole sul processo (*)

di GIORGETTA BASILICO

SOMMARIO: 1. Primo approccio alla relazione tra norme processuali ordinarie e principi sul processo. — 2. Norme del processo e norme sul processo: le ragioni di una scelta non solo lessicale. — 3. I principi che governano il processo e la loro genesi. — 4. Poche e semplici considerazioni sul tema dell'interpretazione delle norme processuali. — 5. Lettura di principi e norme attraverso l'attività giurisprudenziale. — 6. Considerazioni a margine sul c.d. diritto vivente. — 7. Dalla regola di giudizio al principio: il ruolo della legislazione extranazionale. — 8. Considerazioni su alcuni principi che sorreggono il processo civile, di particolare e progressiva rilevanza: sul principio di sinteticità degli atti. — 9. *Segue*: sul principio di effettività della tutela. — 10. Conclusioni.

1. Primo approccio alla relazione tra norme processuali ordinarie e principi sul processo.

Avrei potuto intitolare questo mio contributo alla normativa “del processo”, ma ho preferito dire “sul processo”, intendendo necessariamente la prima definizione come insieme di regole che ne predispongono l'andamento o lo svolgimento, mentre la seconda come attinente ai contenuti normativi dell'attività processuale, spesso avulsi dal formalismo dell'altra categoria: le prime sono regole tecniche, contenute prevalentemente nel codice di procedura civile, e comunque in una legge ordinaria, caratterizzate da un piuttosto rigido formalismo, funzionale ad un regolare ed uniforme andamento del processo, che innanzitutto garantisce le parti nelle loro aspettative, ma predispone anche dei limiti per

(*) Il contributo è destinato ad una raccolta di scritti sulla legge processuale coordinata dall'autrice.

il giudice nell'esercizio dei suoi poteri; le seconde sono regole esaminabili esclusivamente in un'ottica funzionale, intrinseca a quella che sorregge il processo, nell'ottica, cioè, del raggiungimento dello scopo del processo — la tutela giurisdizionale domandata — e quindi come insieme di elementi che ad esso contribuiscono.

La riflessione si svilupperà tendendo all'identificazione dei diversi piani su cui si pongono le leggi processuali (sul processo), allo scopo di verificare quale sia il ruolo da esse svolto nell'assetto generale della disciplina dello stesso. Più in particolare, l'intento è quello di verificare il ruolo del rapporto tra principi e norme ordinarie, attraverso l'analisi della natura e della collocazione dei primi nel sistema normativo generale ⁽¹⁾. Da qui la scelta di concentrare l'indagine sul contenuto-funzione delle leggi processuali, piuttosto che sugli aspetti formali delle stesse, ancorché, con particolare riguardo ai principi, assuma profondo rilievo un ulteriore elemento, la genesi di essi.

Non v'è dubbio che almeno per alcuni dei principi si possa parlare di sovraordinazione rispetto alle norme ordinarie, ma questa affermazione non può essere generalizzata, perché la definizione stessa dei principi va incontro a diversi percorsi, dei quali proprio quello genetico mi sembra particolarmente degno di approfondimento.

Non si può fare a meno di constatare che, all'interno della vasta compagine dei principi, si possa operare una gradazione, che qui assumo nel modo più elementare ⁽²⁾: si considerino innanzitutto quelli che sono autentici principi, quelli cioè, di rango costituzionale; essi sono indiscutibilmente tali (si vedrà, *infra*, se sia più opportuno definirli addirittura valori) già *ratione loci*,

(1) La ricerca mi impone di instaurare un dialogo con Andrea Panzarola e con alcuni dei suoi lavori più recenti, con la lettura dei quali mi sono trovata quasi sempre d'accordo; il tenore del dialogo confido che emerga nel corso di queste riflessioni: in partic. v. ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, *passim*.

(2) Cfr. B. CAPPONI - R. TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2014, 7 ss., con i quali non si può non condividere il fondamentale richiamo a Salvatore Satta ed alle riflessioni che lo Studioso articola su questo tema in una serie di scritti.

perché contenuti in un atto normativo primario quale la Carta costituzionale, quindi ricavabili da una fonte gerarchicamente superiore rispetto alle norme ordinarie; scendendo di livello, troviamo quelli non costituzionalizzati, quindi appartenenti ai ranghi della normativa ordinaria e addirittura quelli non scritti, o ancora non scritti, dato che il legislatore, in alcuni casi, ha recepito il principio dopo la sua diffusione.

Le regole primarie, pertanto — cioè i principi di rango costituzionale — manifestano la loro superiorità rispetto alle norme ordinarie in quanto ne orientano il contenuto e le finalità sin dal momento dell'elaborazione nelle mani del legislatore; questa è una relazione scontata. Non con altrettanta certezza si può parlare dei principi di altro livello di cui ho fatto cenno ⁽³⁾.

Ed allora si impone immediatamente un'altra considerazione: quali sono i criteri in base ai quali procedere all'inquadramento ed alla comprensione delle due categorie richiamate di principi? Come ho già accennato, saranno quello genetico e quello funzionale.

Pertanto, nei confronti dei principi di rango costituzionale non si deve fare altro che riconoscerli e quindi, da parte del legislatore, modulare la propria attività in senso loro conforme e, da parte del giudice, farne applicazione, di volta in volta secondo criteri che, però, possono divergere, almeno in considerazione della necessità di mediazione della norma ordinaria, tra la sfera prescrittiva e quella applicativa; per definire, invece, il giusto ruolo degli altri, quelli di genesi diversa dalla Carta costituzionale,

⁽³⁾ Le osservazioni sviluppate nel testo sul tema del rapporto tra norme processuali di genesi differente e non paritaria, prendono l'avvio dal richiamo ad essenziali contributi di Andrea Proto Pisani e, in particolare, *Id.*, *Limiti all'attenzione della dottrina prevalentemente alla necessità di interventi sulla struttura e non anche sui bisogni di tutela*, in *Foro it.*, 2018, V, ora nella Raccolta di scritti *Persona umana e processo civile*, Milano, 2022, 89 ss., ma anche *Id.*, *L'ineliminabile irrompere dei valori nell'interpretazione e la conseguente incapacità della corte di cassazione – costituita da giudici di carriera – di fornire ai cittadini interpretazioni certe. Necessità di iniziare la riflessione sul come assicurare questo risultato indispensabile per la garanzia della parità di trattamento rispetto alla legge*, *ivi*, 131 ss.

occorre necessariamente esaminarne l'aspetto funzionale, quello del ruolo che di volta in volta possono svolgere nel sistema ⁽⁴⁾.

Quanto ai principi di rango costituzionale, da tempo si dibatte sull'esatta collocazione, ovviamente non soltanto lessicale, degli stessi nell'ambito delle regole od in quello dei valori. È una disquisizione che, in generale, è opportuno lasciare agli studiosi del diritto costituzionale e, più in generale, del diritto sostanziale; nell'ottica del processualista credo non si possa che propendere per la prima soluzione: i principi funzionali al processo sono delle regole; forse quelli di cui qui si discute sono delle macro-regole, ma pur sempre tali ⁽⁵⁾. Ma poi, perché la regola dovrebbe risultare

⁽⁴⁾ Per una chiara sintesi sulle “fonti costituzionali” del codice di procedura civile, v. B. CAPPONI - R. TISCINI, *op. cit.*, 17, ma anche 77 ss.

⁽⁵⁾ Il tema, articolato essenzialmente attraverso la dicotomia norme/valori, meglio, principi/valori, con specifico riguardo al tema dell'interpretazione delle norme della Carta, è stato oggetto di vivace disputa tra importanti costituzionalisti (si segnalano, in particolare, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costit.*, 2001, 45 ss. e F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it* 2005); per una sintesi del problema, v. A. CERVATI, *Valori costitutivi e modifiche testuali*, in *Libro dell'anno Treccani*, 2016, secondo il quale la scrittura di una costituzione ha «lo scopo di testimoniare il riconoscimento di alcuni valori storici costitutivi della vita sociale», per cui «è corretto parlare di «principi» costituzionali, così come di «valori costitutivi» quali momenti iniziali per la convivenza, riconosciuti dalla collettività in ragione del loro contenuto storico, etico e politico». Lo stesso tema non è stato, tuttavia, trascurato né dai processualcivili, né da cultori di altre discipline viciniori: v., per es., A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 493 ss., che individua una linea di demarcazione nell'entrata in vigore della Carta costituzionale – della quale precisa che la prima parte è costituita da «principi, o quanto meno da regole non analitiche» — oltre la quale, quindi dopo il 1948, «è dovere del giudice effettuare, offrire ... interpretazioni della legge ordinaria ... costituzionalmente orientate» (e direi che ciò vale anche ove il giudice, per salvare il testo di legge ordinaria, sia chiamato a fare veri e propri bilanciamenti fra principi costituzionali) (495 ss.); di particolare interesse è la riflessione di L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica. Scritti*, rist. Milano, 2011, spec. 240 ss., dove introduce il concetto di “principi dogmatici assiomatici”, che distingue dai principi “problematici o dialettici”: i primi possono essere formulati dal legislatore come norme — principio, oppure essere inespressi, condensati in formule dottrinali (le *regulae iuris* del diritto romano), essi sono “disposizioni di principio”, soggetti ad interpretazione: es. tipico è il principio di ragionevolezza; gli altri sono “enunciati interpretativi di secondo grado, derivati in via di astrazione ideatrice dagli enunciati di primo grado, che attribuiscono un significato a testi di legge particolari”. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, rist. Macerata, 2018, Quodlibet, 21, testo e nt. 2, avvertiva dell'errore nell'uso promiscuo delle parole “norma” e “regola”, evocando la

così diversa dal “valore”? Chi può negare che una regola, specialmente se di rango superiore, sottenda sempre un valore? Essa non sia, cioè, casuale o destinata a riempire un catalogo, ma affondi le sue radici in un’idea valoriale, generalmente ben connotata dal punto di vista etico o etico-sociale?

Si disquisisce anche, in dottrina, sulla richiamata distinzione ai fini della certezza del diritto, apparendo ad alcuni che il diritto per regole sia più certo del diritto per principi, ma forse la funzione del principio non è quella di conferire certezza ⁽⁶⁾. Il ruolo del principio è quello di occupare il livello superiore rispetto alla regola di immediata e diretta applicazione, di ispirarla e contemporaneamente di modellarla, ma la certezza, di volta in volta, del risultato di giustizia che si può realizzare, deriverà sempre dalla seconda perché, come ho accennato sopra, essa è a ciò funzionalmente destinata. Una volta che il principio si sia consolidato e le norme si siano ad esso opportunamente adeguate, non vedo problema di certezza del diritto ed anche l’interprete è adeguatamente indirizzato nella sua attività.

letteratura tedesca che attribuiva alla parola *norm* non il significato di regola, ma quello di comando, di imperativo; di non minore interesse è l’opinione, marcatamente tendente alla riflessione filosofica, di A. LO GIUDICE, *La tentazione tirannica dei valori assoluti*, in AA.VV., *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da covid 19*, Napoli, 2021, 137 ss., il quale distingue tra etica dei valori — allorché l’obiettivo sia quello dell’attuazione del valore a prescindere dai mezzi o dalla procedura seguiti — ed etica dei principi, certamente compatibile con i fondamenti dello Stato costituzionale, per i quali è rilevante il percorso seguito piuttosto che il risultato ottenuto, con la conseguenza che si supera, così, il criterio della sopraffazione di un individuo sull’altro.

⁽⁶⁾ Sono di grande interesse, in dottrina, le riflessioni di G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 2, 517 ss., sul tema della certezza del diritto in relazione con l’esistenza dello Stato costituzionale: è possibile che molti dei fattori di possibile certezza entrino in crisi nel contesto dello Stato costituzionale perché la certezza del diritto non appare più come il valore preminente, avendo ceduto il passo alla Costituzione: più si dà effettività alla Costituzione, più si ha certezza della legge; quando il diritto per regole presenta un più elevato grado di certezza rispetto al diritto per principi, la certezza del diritto “diventa un valore tra gli altri presenti nel pantheon costituzionale”, costantemente in bilanciamento con essi (si v. 535). Altri spunti di grande interesse sul tema della certezza del diritto, ma nell’ottica dell’attività del giudice come “attività di concretamento della norma”, si leggono in C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, 2022, 118 ss., laddove ripercorre il pensiero del filosofo Flavio Lopez de Onate.

Dalle poche considerazioni svolte, si può, pertanto, cominciare a trarre una prima conclusione: i principi di rango costituzionale sono quelli che, a pieno titolo, si collocano in posizione sovraordinata rispetto alla norma (processuale), la quale deve necessariamente richiamarli ed ispirarsi ad essi.

Oggi vanno posti sostanzialmente sullo stesso piano quelli di provenienza europea, secondo un'equiparazione che genera da occasioni risalenti, *in primis* l'adesione dell'Italia alla Comunità economica europea (CEE) — così definita in quel momento — nel 1957 ⁽⁷⁾.

La normativa sovranazionale e specialmente europea, rilevante ai fini della sua applicazione diretta sul processo civile, si incardina essenzialmente su due articoli: l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, che riconosce a tutti il diritto ad un equo processo sulle situazioni soggettive di cui siano titolari e l'art. 13, della stessa Convenzione, che riconosce a tutti il diritto ad un "ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale". Le norme appena ricordate rappresentano dei capisaldi del sistema giurisdizionale nazionale della tutela dei diritti, conformato alle stesse: da lì si evince che il diritto al giusto processo e ad un adeguato accesso al giudice per le tutele debba intendersi come un diritto fondamentale di ciascuno, perfettamente rientrante nel novero di quelle situazioni cui la normativa inter-

(7) Occorre segnalare anche il rilievo progressivamente crescente assunto, in ambito nazionale, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, datata 1950 ed entrata in vigore nel nostro Paese nel 1955; ma il suggello definitivo al primato di quelle norme rispetto alla legge ordinaria nazionale è stato impresso, nel 2007, da due fondamentali sentenze della Corte costituzionale, la n. 348 e la n. 349, entrambe del 24 ottobre, che riconobbero dignità (para)costituzionale alle regole poste dalla CEDU, cui le norme di produzione interna si sarebbero dovute adeguare, essendo, fondamentalmente, recessive. Il rafforzamento della primazia delle norme internazionali su quelle interne si è realizzato con l'emanazione della carta dei diritti fondamentali dell'UE, data a Nizza nel 2000, con conseguente rimodulazione della gerarchia delle fonti: al pari delle norme costituzionali, infatti, si debbono collocare quelle norme della Convenzione EDU e quelle della Carta europea dei diritti fondamentali; a seguire, vi sono regolamenti europei — di portata generale e direttamente applicabili all'interno degli Stati membri —, le direttive — che abbisognano di essere recepite in un provvedimento per poter esplicare i loro effetti —, infine le leggi dello Stato.

nazionale ricordata fornisce riconoscimento e tutela. Il soggetto tenuto ad assicurare che la normativa nazionale sia conforme ad essa è, naturalmente, lo Stato.

Altro fondamentale ruolo è svolto dalla giurisprudenza europea, *in primis* dalle pronunce della Corte di giustizia UE, vincolanti in toto per il giudice che ha effettuato il rinvio pregiudiziale, ma anche per gli altri giudici, quando si sia pronunciata sulla violazione di un diritto fondamentale (così, per es., espressamente, secondo C. cost., 7 giugno 2012, n. 150, che ha considerato *ius superveniens* un sopravvenuto mutamento di giurisprudenza della Corte EDU) (8).

In sintesi, la situazione odierna è tale che, anche in sede processuale e quindi con riguardo a quella normativa, il diritto internazionale, e specialmente se si tratti di norme convenzionali o eurounitarie, prevale su quello nazionale, per cui il legislatore ordinario non può che conformare le proprie regole a quei superiori principi, ai quali già la Carta costituzionale è conforme e si pone allo stesso livello (9).

Qualche problema interpretativo può sorgere, invece, per i principi che hanno una genesi diversa dalla Carta costituzionale

(8) Ma il ruolo delle pronunce della CGUE è fondamentale anche per la produzione ed il consolidamento progressivo di principi generali del diritto, dei quali nel testo della TUE si fa solo cenno: i principi in essa contenuti non hanno efficacia immediatamente precettiva, ma un'efficacia sostanzialmente di indirizzo, sia per il legislatore che per il giudice; se il diritto nazionale entra in contrasto con detti principi, il giudice (nazionale) può procedere alla diretta disapplicazione della norma interna, senza necessità del vaglio della Corte costituzionale: cfr., per chiarezza di riferimenti, R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, 124 ss.

(9) Il fenomeno è descritto come quello della "tutela multilivello", su cui v., solo esemplificativamente, G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Giudice comune, diritti fondamentali, corti europee*, Pisa, 2020, 8 ss.; M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, disponibile on line dal sito ufficiale della Corte costituzionale, 1 ss.; E. MOTTESE, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: una integrazione "limitata"*, in *Fogli di lavoro per il diritto internazionale - Università di Catania*, 2010, disponibile on line; L. SALVATO, *La complessità del sistema delle fonti del diritto: le norme costituzionali e sovranazionali*, in *Quest. Giust.*, 2022, 1 ss.

o dalla normativa europea equiparata, sui quali occorre riflettere per comprendere l'effettivo ruolo che sono destinati ad avere nella formazione e nell'applicazione della legge ordinaria.

2. Norme del processo e norme sul processo: le ragioni di una scelta non solo lessicale.

Vorrei, a questo punto, tornando al dubbio espresso nell'*incipit* di questo contributo, cercare innanzitutto una definizione di norma processuale o di legge ordinaria processuale, definizione che non può vertere — anche se non ne può prescindere, ovviamente — tanto sulla fonte — codice di procedura civile o legge ordinaria —, piuttosto scontata, quanto sul contenuto e naturalmente sulla funzione ⁽¹⁰⁾.

Legge processuale è certamente quella che serve al processo, ma che serve per quale ragione, o per realizzare quale scopo? Essa è innanzitutto quella che fornisce al processo le sue regole, quindi consiste, da questo punto di vista, nell'insieme delle regole che consentono la vita e lo sviluppo di un processo, la sua articolazione; ma è anche quella che consente al processo il raggiungimento dello scopo che il sistema — *id est* l'insieme delle sue leggi — gli ha assegnato: la realizzazione della tutela dei diritti.

Pertanto due sono le prospettive attraverso le quali cercare di definire la legge processuale: quella strutturale e quella funzionale; ritengo di voler privilegiare, nell'indagine, la seconda.

Coerentemente, però, debbo innanzitutto richiamare un'idea

⁽¹⁰⁾ Un riferimento bibliografico fondamentale è, a questo punto, rappresentato dal contributo di S. LA CHINA, *Norma (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 411 ss.; ma più attuale riflessione è, invece, quella di B. CAPPONI - R. TISCINI, *op. cit.*, 10 s., sul tema dello sconfinamento della norma processuale civile dal contesto del codice di rito, in direzione di leggi speciali: ivi si fa riferimento spec. al d.r. n. 122/1941, legge sull'Ordinamento giudiziario, e alla l. n. 218/1995, Riforma del sistema di diritto internazionale privato; è imprescindibile, tuttavia, in premessa, la lettura di N. BOBBIO, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007, 71 ss., il quale parte dal riconoscimento della distinzione tra teoria strutturale del diritto, identificabile in ottica giuridica, e teoria funzionale del diritto, esaminabile in ottica sociologica.

di processo che sia con essa congruente: ritengo, infatti, che non si possa ragionare sul significato della legge processuale se prima non si abbia la consapevolezza di cosa sia il processo e poiché le “nozioni” (uso qui un termine volutamente generico) di processo sono varie e capaci di sottendere anche un fondamento ideologico, è necessario ancora una volta operare una scelta. Inizierò col pensare il processo come struttura procedimentale funzionale al diritto sostanziale, funzionale, cioè, alla realizzazione concreta delle prescrizioni sostanzialistiche e quindi del diritto del soggetto che, attraverso quelle prescrizioni, ne sia titolare, ogni volta che sia mancata la cooperazione di altro soggetto del rapporto giuridico e quindi sia necessario ricorrere al giudice ⁽¹¹⁾.

Recenti letture mi consentono una sintesi del mai completamente sopito problema del fondamento del processo e della sua natura; e qui subentra il profilo ideologico: secondo l'idea liberale, il processo è attività prevalentemente di parte, o per lo meno ampiamente disponibile per le parti e dalle stesse governata, che realizzano così l'istanza di tutela che ad esso aveva dato vita; secondo un'idea più progressista, ancorché risalente — perché origina dalle riflessioni di Giuseppe Chiovenda — il processo è attività (sempre di parte, ma) governata dal giudice in funzione della tutela delle parti. Si tratta della nozione più autenticamente pubblicistica del processo, che non esclude affatto, né ridimensiona, il ruolo delle parti, tenute costantemente ad un comportamento processuale attivo e che reciprocamente non limiti le prerogative dell'una o dell'altra, ma che, contemporaneamente, dia conto al giudice, il quale ha potere di direzione di quelle stesse attività ed è contemporaneamente responsabile e garante dell'attuazione del contraddittorio.

⁽¹¹⁾ Cito qui, per primo e un po' per tutti, lo Studioso che, con grandissima chiarezza ed in plurime occasioni, ha sostenuto la tesi che ho sinteticamente replicato nel testo: A. PROTO PISANI, *I rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 37 ss., tesi successivamente ribadita in altri scritti; sulla stessa linea, I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Studi dedicati a Maurizio Converso*, cit., 387; ma anche R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, 13 ss.

Se la scelta preferenziale cade sull'idea che il processo è una struttura pubblicistica, quindi governata dal diritto pubblico, già così si delinea lo spazio dell'indagine sulla norma processuale, che è quello, appunto, del diritto pubblico⁽¹²⁾. Detta profilazione appare coerente, da un lato, con la necessità di respingere qualunque tentativo, anche normativo, di fare del processo un'attività privatistica di reciproco scambio tra le parti; dall'altro, con la necessità di allineare il processo ai ranghi dell'attività giuri-

(12) Sembra dubitare della natura pubblicistica del diritto processuale civile G. RUFFINI, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2023, 68 s., attraverso una triplice motivazione: il giudice statale, pur munito di poteri autoritativi, «trova la propria legittimazione nell'intera collettività e non nello Stato apparato»; la sua posizione non è quella di un pubblico funzionario perché i suoi atti sono riferibili «all'ordinamento nella sua universalità»; appartiene all'ambito della giurisdizione civile anche l'attività processuale svolta dagli arbitri, che non sono (art. 813, comma 2, c.p.c.) né pubblici ufficiali, né incaricati di pubblico servizio. Non tutte le segnalate motivazioni mi trovano d'accordo, in particolare non la prima, perché a mio avviso il giudice trova la sua legittimazione solo nella legge; non la terza, perché malgrado la progressiva giurisdizionalizzazione dell'arbitrato, attraverso le varie riforme che si sono succedute a partire dagli anni '90 del secolo scorso, il processo arbitrale continua ad essere un processo privato, ancorché il lodo finale produca *ex lege*, almeno se rituale, gli stessi effetti della sentenza di giudice. Negli anni '70 del secolo scorso, in un momento in cui il sistema italiano non aveva ancora sperimentato la riforma del processo del lavoro, S. CHIARLONI, *Diritto processuale civile e società di classi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 733 ss., poi ripubblicato in un volume dal titolo *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975, spec. 22 ss., sosteneva che l'impronta pubblicistica delle riflessioni di Chiovenda era stata del tutto emarginata e il processo civile, sia nelle forme ordinarie del II libro, sia in quelle dei processi speciali, mostrava una chiara impronta classista: la premessa di ciò era rappresentata dal fatto che «le leggi processuali – rispecchiando in ciò le leggi sostanziali – hanno come loro cardine la celebrazione della proprietà privata e del suo uso capitalistico». Sull'indiscutibile natura pubblicistica del processo civile, che pure si occupa della tutela di situazioni soggettive tipicamente privatistiche, A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, 4 ss. Tra le riflessioni più recenti è particolarmente interessante quella di G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, in *Id.*, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti*, Torino, 2023, 5 ss., il quale riflette sul passaggio, sempre restando nell'orbita della nozione pubblicistica del processo, dall'idea chiovendiana della giurisdizione come “potere” a quella attuale di giurisdizione come “servizio” (si v. 8 ss.), che pone l'accento sull'aspetto funzionale dell'atto processuale più che sulla sua natura, imponendo una diversa idea anche della forza di giudicato, che non si sorregge più sulla soggezione degli *omnes* all'atto concretizzante l'esercizio di un potere, bensì sull'“in sé del servizio richiesto”, presupponente la giustizia della modalità di svolgimento del processo, che abbia garantito costantemente alle parti le proprie difese.

sdizionale, indubbiamente pubblicistica, connotata dalla presenza imprescindibile del giudice.

La norma processuale, pertanto, non può che essere una norma di diritto pubblico, dal punto di vista della sua collocazione formale, e non può che essere una norma strumentale rispetto a quelle sostanziali, che disciplinano staticamente l'identità delle situazioni giuridiche sostanziali e dei soggetti che ne sono titolari: la strumentalità delle prime si realizza proprio nella funzione, che esse esplicano, di determinare meccanismi di tutela delle situazioni giuridiche narrate nelle seconde ⁽¹³⁾.

La breve ricognizione sin qui fatta rappresenta la base su cui costruire la riflessione sui rapporti tra principi e norme alla quale mi accingo, precisando ancora una volta che i percorsi da seguire sono quello genetico e quello funzionale, per cui si partirà dal momento dell'immissione nel sistema del principio stesso, quindi si tenderà verso l'esame dell'incidenza che principi e norme producono sul risultato di tutela giurisdizionale di un diritto, scopo effettivo del processo.

3. I principi che governano il processo e la loro genesi.

Sono partita da una premessa che è giunto il momento di approfondire: la genesi diversa dei principi che governano il processo e le eventuali conseguenze sui risultati dello stesso.

Afferma Remo Caponi che non esistono principi "sul processo" ma solo principi "comuni a diversi tipi di processo" ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Già A. Rocco, *L'interpretazione delle leggi processuali*, Roma, 1906, 16 ss., definiva la norma processuale "secondaria" rispetto a quella di diritto materiale.

⁽¹⁴⁾ Id., *Autonomia del processo costituzionale*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, II, Milano, 2022, 937. Rileggendo le pagine di L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica*, cit., 240 ss., i principi riferibili al processo, in particolare a quello civile, si possono ricondurre alla categoria che l'A. definiva «dogmatici assiomatici», principi che, avendo, appunto, valore assiomatico, «non hanno bisogno di alcuna giustificazione di ordine sostanziale»; all'interno di questa categoria, poi, i principi su cui qui si discute possono ricondursi alla sottocategoria delle c.d. «disposizioni di principio», principi dogmatici «espressi», cioè «formulati dallo stesso legislatore nella veste di norme – principio»: qui l'A. richiama (nt. 9 di pagina 241) Crisafulli, che così definisce i principi formulati nella «nuova costituzione del 1947».

L'affermazione si può, in buona parte condividere. Il principio, specialmente con riferimento a quello di genesi costituzionale, per sua natura deve coprire uno spettro ampio il più possibile; è evidente, però, che essendo differenti le ragioni fondanti le tre macro-categorie di processo previste nel nostro ordinamento — quello penale, quello civile e, in buona parte, quello amministrativo —, difficilmente i principi generali potranno fungere in tutte le direzioni. In conseguenza anche l'indagine cui mi appresto incontra un primo confine delimitato dal processo civile e quindi da quelli che più specificamente lo governano.

Sui fondamentali principi di genesi costituzionale che presiedono al processo civile si sono spese numerose pagine ed espresse molteplici opinioni, che non si possono qui ripercorrere. Vorrei però segnalare una prima particolarità, la diversa collocazione di essi all'interno della stessa Carta: gli artt. 24, comma 1, e 25, comma 1, in parte prima e nel titolo dedicato ai rapporti civili; l'art. 111 nel titolo IV dedicato alla magistratura, più specificamente alla giurisdizione. Occorre inoltre precisare che l'art. 24 si può considerare norma precettiva, di diretta applicazione, mentre l'art. 25, comma 1 e, ancor più, l'art. 111, commi 1, 2, 6 e 7, sono programmatiche, contengono quindi una riserva di legge ordinaria destinata a dare alle stesse attuazione ⁽¹⁵⁾.

In particolare con riguardo alla generalità (e atipicità) del diritto di azione, l'ottica prescelta dal costituente è soggettiva, è quella del titolare, dell'avente diritto, appunto: il costituente non vuole spiegare cos'è il diritto di azione, ma riconoscerlo in capo a "tutti", almeno entro il limite della dimensione spaziale di appli-

⁽¹⁵⁾ Non sembra concordare con l'opinione espressa nel testo — ancorché credo che appaia necessario osservare a fondo lo spirito delle sue parole — G. MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, ora in *Scritti sul processo civile*, Roma, 2012, 233 ss., secondo il quale, dopo aver ribadito lo spessore del nuovo art. 111 e del suo rango di norma costituzionale, afferma che quella è norma «di immediata efficacia precettiva nei riguardi del legislatore dei giudici e dei cittadini»; essa ha, inoltre, «un'efficacia dichiarativa, non costitutiva, avendo avuto il merito di rendere esplicito e incontrovertibile quel che già costituiva il presupposto implicito, ma non per questo oscuro, del nostro sistema giudiziario».

cazione della Carta — quella dello Stato — ed evocando chiaramente altro e generale sovrano principio, che è quello contenuto nell'art. 3, il principio di uguaglianza ⁽¹⁶⁾.

L'art. 111, invece, almeno per i commi 1, 2, 6 e 7 che riguardano la giustizia civile, incontra come destinatari una categoria comunque più ristretta di cittadini, coloro che sono concretamente coinvolti nell'attività giurisdizionale, come parti o come giudici.

A mio avviso i principi c.d. consacrati, che ho appena ricordato, a prescindere dal loro carattere precettivo o programmatico, svolgono un ruolo chiaro ed inequivocabile, di orientamento e delimitazione di confini, della norma processuale, sia nel momento della sua redazione, sia, soprattutto, nel momento della sua applicazione. Essi, come ho già accennato, operano in una duplice direzione: il legislatore ordinario è tenuto ad osservarli per imprimere alla legge processuale, che si accinge a redigere, una direzione univoca con il principio, una evidente congruenza con esso, che potrà essere giudicata a posteriori comunque solo dalla Corte costituzionale, in sede di giudizio di legittimità della specifica norma; il secondo destinatario della regola di congruenza tra norma processuale ordinaria e principio costituzionale, è certamente il giudice, che se ne deve far carico al momento dell'interpretazione, finalizzata all'applicazione di essa: qualsivoglia dubbio interpretativo non può che essere risolto nell'ottica del principio sovrastante, salvo il potere di impugnazione della sentenza ad opera delle parti ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Il tema della generalità/atipicità del diritto di azione è stato condiviso da tutta la dottrina processualciviltistica, ma è attribuibile a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist. Napoli, 1960, 16 ss., il quale estrapolò il diritto-potere di agire in giudizio dalla sfera del diritto soggettivo tutelando, rendendolo autonomo da esso e funzionale (anche) alla realizzazione della volontà di legge, oltre che alla realizzazione concreta del diritto soggettivo violato.

⁽¹⁷⁾ Non mi intratterrò sul tema del giudizio di costituzionalità delle leggi, in particolare di quelle processuali, tuttavia non posso esimermi dal richiamare, qui, il pensiero di V. ANDRIOLI, *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 529 ss., oggi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, 160 ss., spec. 178 ss., dove l'A. vede il fondamento del giudizio di costituzionalità di una legge in «un giudizio di valore sulla opportunità costituzionale di consentire al testo di continuare a

Riprende qui il mio dialogo con Andrea Panzarola, in particolare dalla rilettura del capitolo VI della monografia già citata sopra; il riferito capitolo è dedicato a Carnelutti e i principi, tra metodo dogmatico e teoria generale del diritto: *ivi* l'Autore, dopo aver evidenziato come attraverso la teorica carneluttiana il ruolo fondamentale dei principi sia integrativo, sia, cioè, quello di colmare lacune o antinomie dell'ordinamento, riferisce pure che secondo il Maestro, i principi generali "non sono diritto" perché il diritto è solo "comando" e quindi, evidentemente, i principi non sono comandi (18).

Passerà del tempo per la progressiva affermazione dei principi nel processo civile, tempo nel quale irrompono la Costituzione del 1948 e la successiva affermazione delle tesi di Vezio Crisafulli (19), sull'esistenza (di principi) del diritto costituzionale "prima e indipendentemente dalla legge ordinaria". Da lì un crescendo di attenzione per gli stessi da parte dei processualisti che, come afferma l'Autore con cui sono in ideale colloquio (si veda a pagina 196), continuano a muoversi nella duplice dimensione delle regole e dei principi.

Questa affermazione, che non posso non condividere, è semplicemente il frutto della evoluzione del sistema normativo nel

produrre oppur no proposizioni normative»; dalle parole di Andrioli trae spunto G. VERDE, *Sul potere giudiziale*, cit., 266, per affermare che il giudizio della Corte costituzionale su disposizioni che esprimono "valori" proietta le sue decisioni sul futuro, diversamente da quelle dei giudici ordinari, che "dovrebbero riguardare il passato".

(18) Da qui si spiega, secondo l'A., il ruolo assolutamente marginale dei processualcivili nel convegno pisano del 1940 sui "principi generali dell'ordinamento giuridico fascista" (in particolare 189-190); del convegno pisano del 1940 si occupa anche G. VETTORI, *Effettività della tutela (dir. civ.)*, in *Enc. Dir. Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss., spec. 384 s., il quale precisa che il codice che in quel momento era in preparazione non appariva allineato all'ideologia del tempo ed allora «i principi sovrapposti al codice e a tutto l'ordinamento dovevano consentire questo allineamento»; i giuristi dell'epoca espressero subito molte perplessità, all'esito delle quali fu scritto l'art. 12 disp. prel. «che fa riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

(19) *Id.*, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, come citato da Andrea Panzarola in nt. 18 di p. 191 della monografia di cui sopra. Il passare del tempo era riuscito a scongiurare l'equiparazione tra principio e ideologia, conducendo il primo verso la direzione della regola di rango superiore.

suo complesso, operato dall'avvento della Carta e, successivamente, dalla concreta operatività della Corte costituzionale. Ma il risultato odierno, ormai consolidato, è quello dell'applicazione diretta dei principi, in una duplice direzione: quella del giudice, che in più occasioni ne fa concreta applicazione al caso concreto, ma anche quella del cittadino, che è tenuto, col suo comportamento, ad uniformarsi ad essi, a prescindere dalla mediazione di una norma ordinaria ⁽²⁰⁾.

4. Poche e semplici considerazioni sul tema dell'interpretazione delle norme processuali.

Quasi in via incidentale, ma ineludibile, desidero fare poche considerazioni sul tema dell'interpretazione della norma, nel caso di specie quella processuale. Il tema è enorme, ha impegnato generazioni di studiosi, principalmente sostanzialisti, ed esigerebbe uno studio a sé stante; ma non è questo l'oggetto del presente contributo, per cui mi limiterò, appunto, a poche riflessioni.

Il fondamentale punto di partenza è rappresentato dall'art. 12 disp. prel. c.c., il cui primo comma è norma di carattere generale, che può ritenersi comprensivo, nel suo ampio novero, anche della legge processuale, mentre il secondo comma si occupa, più specificamente, della regola ermeneutica da osservare per la decisione di una determinata controversia.

In linea generale, la corretta applicazione della legge si realizza attribuendo ad essa il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e (fatto palese) dalla intenzione del legislatore» ⁽²¹⁾. La suddetta regola generale, tuttavia, non appare esaustiva per un'indagine sull'ermeneutica

⁽²⁰⁾ La spiegazione concisamente offerta nel testo mi pare trovi riscontro nelle riflessioni di G. PINO, *La certezza del diritto*, cit., 543 ss., il quale, preso atto che col passaggio dallo Stato legislativo allo Stato costituzionale «il meta-valore non è più la certezza ma il pluralismo» (testo e nt. 41 per importanti riferimenti dottrinali), afferma, in conseguenza, che «la costituzione è documento giuridico pienamente normativo ... suscettibile di applicazione giudiziale (diretta o indiretta)»; «la certezza della legge viene indebolita dalla effettività della costituzione» (in particolare 536).

⁽²¹⁾ B. CAPPONI - R. TISCINI, *op. cit.*, 136 ss.

della norma processuale.

Il secondo comma dello stesso art. 12, come ho già accennato, è più specificamente funzionale all'interpretazione, in sede decisoria, di una controversia, quindi certamente più vicina alle problematiche della legge processuale, ancorché non esclusivamente ad essa, essendo necessaria, per potersi decidere una controversia e quindi per un corretto ed efficace esercizio di potere giudiziale, innanzitutto l'individuazione e l'interpretazione della norma sostanziale a cui sia riconducibile il caso concreto ⁽²²⁾. Tuttavia su questa base si costruisce il profilo oggettivo dell'interpretazione delle norme, in

(22) L'aspetto funzionale dell'interpretazione è particolarmente evidente in L. MEN-
GONI, *Metodo e teoria giuridica*, cit., 161, secondo il quale l'interpretazione si compie
solo come risoluzione di un problema pratico: domanda e risposta. Già T. ASCARELLI, *Pro-
blemi giuridici*, I, Milano, 1959, 12, parlava dell'interpretazione come (attività) non coin-
cidente con il dato interpretato, ma come «ricostruzione» che si svolge «sempre ricondu-
cendosi al dato interpretato eppur sempre modificandolo»; «l'interprete continuamente
costruisce una tipologia della realtà sociale in funzione dell'applicazione della norma»:
sembra quindi, dalle riflessioni dell'A., che non si possa semplicemente assumere una
norma e fornirne una lettura, ma che l'interpretazione appare come una sorta di costruzio-
ne realizzata attraverso la norma e il significato che l'interprete le attribuisce attraverso
il riferimento alla fattispecie astratta; l'interpretazione è dunque «attività creativa, non
logico-deduttiva, ma vincolata ai valori che la società in quel momento esprime»: così
secondo M. STELLA RICHTER, Voce dedicata a *Tullio Ascarelli*, in *Treccani Diritto on line*,
2012, § 3. Ancor prima dell'opinione di Ascarelli, il problema dell'interpretazione aveva
interessato studiosi come A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, cit., 10 ss.,
il quale — come già riferito sopra, nt. 13 — afferma la natura “logica” e non giuridica
delle norme di interpretazione, così come, espressamente, la natura di norme secondarie
o norme-mezzo, alle leggi processuali, evidentemente, rispetto alle norme sostanziali. Il
duplice profilo dell'interpretazione evidenziato nel testo, oggettivo e soggettivo, trova
corrispondenza nelle riflessioni, prima di E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*,
Padova, 1984, 6 ss., 19 ss. ed oggi, di A. CARRATA, *Il giudice e l'interpretazione
della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 159 ss., il quale evidenzia,
per l'interpretazione della legge processuale, una «contiguità fra oggetto (disposizione) e
soggetto (giudice) ... che manca quando oggetto dell'interpretazione sia una disposizione
di natura sostanziale». Lo sviluppo del saggio di Antonio Carrata è articolato sul pensie-
ro di Emilio Betti e sui limiti di applicazione dei canoni ermeneutici bettiani alle norme
processuali; tuttavia il tema appena ricordato della “contiguità” soggetto-oggetto ricorre
costantemente, per cui, secondo l'A., il giudice, se interpreta la norma sostanziale, «sta
decidendo dell'operato dei contendenti», mentre nel caso dell'interpretazione e dell'ap-
plicazione della norma processuale, «sta valutando il proprio operato»: è direttamente lui
il destinatario della norma e del precetto, in quanto, riprendendo il linguaggio bettiano,
chiamato a dare attuazione al precetto.

particolare di quella processuale; ma altrettanta incidenza sulla delimitazione del problema dell'interpretazione è rivestita dal profilo soggettivo; in particolare per la legge processuale, quell'attività è espressamente demandata al giudice: solo a lui spetta il compito di interpretarla; qualunque altro soggetto che si accingesse a farlo non è, naturalmente, impedito da una legge o da un atto amministrativo, ma il suo tentativo sarebbe assolutamente irrilevante.

La suddetta considerazione, peraltro, mi sembra possa intendersi come un rafforzativo di quel criterio funzionale che ho cercato di convalidare a fondamento dell'indagine sulla legge processuale ⁽²³⁾.

Il processo interpretativo della norma processuale, pertanto, si dipana attraverso due percorsi o direzioni: il primo è quello del rapporto tra la norma ordinaria di specie ed il principio, di volta in volta, generale — riguardante, cioè, tutto il processo — oppure specifico, di quella parte del processo cui la norma in esame appartiene; il secondo percorso è quello funzionale: la lettura, o interpretazione della norma processuale non può che essere finalizzata, come dice lo stesso art. 12, comma 2, disp. prel c.c., alla risoluzione della controversia, a trovare, cioè, la modalità di sussunzione del caso concreto nella norma astratta, affinché il primo possa risolversi in attuazione del bisogno di tutela dell'istante ⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ All'interno della presente riflessione, appare particolarmente significativa l'opinione di Andrea Proto Pisani, il quale parla dell'interpretazione come di lettura congiunta "in combinato disposto" di principi e norme: v. ID., *L'ineliminabile irrompere dei valori*, cit., 136: essa appare in linea, secondo la riflessione di G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, 62 ss., con quel che l'A. definisce «interpretazione dottrinale», di tipo speculativo, non direttamente finalizzata all'applicazione, come è invece quella giudiziaria (ivi, 61 ss.), destinata all'adozione di decisioni autoritative su casi concreti; l'opinione trova, inoltre, conforto nella riflessione di altri studiosi che sul quel tema lo hanno preceduto: v. per es., significativamente, quella di L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica*, loc. ult. cit., sul quale v. anche, più specificamente, *infra*, nt. 25, nonché quella di A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi*, cit., 10 s. già ampiamente richiamata.

⁽²⁴⁾ Sono chiare ed esaustive le parole di E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 38 ss., sull'interpretazione "adeguatrice" ai principi (costituzionali) e contemporaneamente "al passo con la storia"; ma in linea con esse anche le considerazioni più recenti di G. PINO, per le quali v. *supra* nt. 23.

La soluzione così brevemente prospettata riconosce il ruolo imprescindibile dei principi nel complesso della normazione generale sul processo, tale che l'interprete è tenuto ad effettuare una lettura della seconda in senso orientato esattamente verso di essi, sia nel caso in cui siano sovraordinati, sia in quello in cui siano pariordinati (v. per es., in tale duplice senso, il principio del contraddittorio, contenuto nella Costituzione così come nel codice di procedura civile).

L'inquadramento della norma processuale come delineato attraverso una lettura che origini dall'art. 12, comma 2, disp. prel., trova conforto in opinioni molto autorevoli, anche se meno recenti: nel pensiero di Giuseppe Capograssi, ma anche in quello di Salvatore Satta, è invalsa l'idea della norma giuridica — e, credo di poter aggiungere, specialmente di quella processuale — come funzionale alla risoluzione di problemi pratici ⁽²⁵⁾. Ma se questo è il profilo funzionale della norma processuale, quello strutturale, come ho già accennato, non può non passare attraverso la convergenza di essa con i principi, convergenza che spetta primariamente all'interprete riscontrare.

Quelli sommariamente enunciati sono parametri generali a sostegno del procedimento ermeneutico di una norma; c'è da chiedersi, tuttavia, se e quanto possano influire su quel procedimento i mutamenti sociali ed economici che si verificano all'interno del territorio nel quale si estende l'efficacia della norma.

Arturo Rocco sosteneva che il diritto processuale non risen-

⁽²⁵⁾ Il pensiero di Capograssi cit. nel testo è ripreso e sintetizzato da L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica*, cit., spec. *Attualità di Giuseppe Capograssi*, 229 ss., in cui l'A. col quale intrattiene il dialogo si esprime proprio in questi termini: «la scienza giuridica è una scienza ermeneutica, orientata non all'esegesi di testi, ma alla soluzione di problemi di decisione pratica» (v. spec. nt. 7 di pagina 231). Il ruolo dell'interpretazione secondo S. SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile*, IV, Padova, 1970, 10 ss., è quella di elemento centrale del rapporto tra il giudice e la legge: oggi, dopo il «travaglio delle rivoluzioni che hanno scosso il mondo», «se il giudice dipende dalla legge, anche la legge dipende dal giudice, onde è necessario trovare il punto di incontro tra questi due ineliminabili elementi»: esso è rappresentato dall'interpretazione, «è la stessa legge che si affida al giudice per il suo concretamento» (pagina 13).

te, se non limitatamente, l'influsso dei mutamenti sociali (26). È un'opinione che oggi presenta una limitata valenza; non può, inoltre, non considerarsi il ruolo di quell'interpretazione evolutiva che la giurisprudenza, specie di legittimità, costantemente offre, a volte addirittura incidendo sui principi, specialmente nel senso di riformularne l'applicazione o addirittura di elaborarne di nuovi, che essa impone, da quel momento in poi, come regole ermeneutiche, condizionando il percorso decisionale degli stessi nella direzione configurata: si pensi, per es., alla genesi ed alla storia del principio di ragionevole durata del processo, sul quale tornerò più avanti.

Oggi, a mio avviso, l'incidenza dei fenomeni socio-economici ed anche culturali sul complesso delle norme processuali è evidente e, direi, inevitabile. Il sistema giuridico è, in certo qual modo, avvitato: il recepimento di istanze socio-economiche e culturali induce il sotto-sistema normativo ad una revisione costante, la quale, ovviamente, non può non conformarsi a quelle istanze, che vengono veicolate attraverso l'attività parlamentare ed improntano di sé le norme, soggette a rapida e frequente rimodulazione. Per esempio, nel momento in cui si diffonda nella società, e specialmente nei settori economici di essa, l'idea che la lunghezza e farraginosità strutturale del processo civile impediscano un'adequata diffusione degli investimenti, in Italia, da parte di imprenditori esteri, è evidente che quell'idea non può non sollecitare il legislatore alla modifica delle norme processuali, le quali, pur congruenti con fondamentali principi di rango costitu-

(26) *Id.*, *L'interpretazione delle leggi processuali*, cit., 16 ss.: la considerazione fatta dall'A. presuppone un concetto, già riportato sopra, di norma processuale come "secondaria" rispetto a quella di diritto materiale; tuttavia, precisa l'A. (in particolare 22 ss.), il diritto processuale non è del tutto insensibile ai nuovi rapporti e nuovi bisogni sociali: esso, inteso «come complesso di norme regolatrici di una funzione dello Stato», non può non risentire dei mutamenti che, per il trasformarsi delle idee politiche e sociali, subisce il concetto dello Stato, dei suoi compiti, delle forme e degli scopi della sua attività». Non esattamente nello stesso senso SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 38, secondo il quale «il concetto del diritto ... deve contenere l'idea dell'ordine sociale», quindi «il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto ..., è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge ...».

zionale e non, sembrano non riuscire a rispondere adeguatamente ad istanze, certamente non normative, ma economiche, allora ritenute fondamentali.

Nel momento successivo, in cui il giudice si troverà ad interpretare la nuova norma per addivenire alla risoluzione di un caso concreto, dovrà, oltre che tenere in considerazione i classici criteri ermeneutici sopra sommariamente riferiti, anche tener conto del nuovo profilo funzionale — perché in fondo di quello si tratta — che la norma, nuova a sua volta, contiene: essa dovrà ottemperare anche ad istanze economiche e quindi, come concretamente accade, l'accelerazione impressa dal legislatore al processo attraverso le nuove norme dovrà orientare il giudice almeno con riguardo ai poteri discrezionali che gli sono attribuiti, i quali dovranno essere esercitati essenzialmente in ottica di accelerazione dell'esito del processo, pur senza che si violino, naturalmente, classici principi essenziali come quello del contraddittorio ⁽²⁷⁾.

Spesso quando un'idea nuova comincia a pervadere la società, è la Corte di cassazione che se ne fa carico, secondo due possibili modalità: o recependo direttamente quell'istanza ed elaborando un criterio di giudizio che applica al caso concreto, criterio che, con ogni probabilità, in un momento successivo verrà tradotto in norma giuridica (del tema mi occuperò nelle pagine seguenti); oppure fornendo nuova interpretazione di norme già esistenti, in senso conforme alle nuove istanze socio-economiche: esempio di tale seconda modalità è quanto accaduto, in tema di ragionevole durata del processo, per es. con la mutata lettura, da un certo momento in poi, dell'art. 37 c.p.c., sul rilievo del difetto di giurisdizione ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Ancorché in ambito sostanzialistico, ma forse non solo, già da tempo pregevoli studiosi hanno ritenuto di poter superare lo spazio fisico di applicazione delle norme giuridiche in favore di uno spazio molto più ampio e connotato dalla preponderanza di rapporti economici, rappresentato dai mercati: così N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Bari, 2006, 49 ss.

⁽²⁸⁾ Quello cit. nel testo è solo un esempio, ma piuttosto eclatante e molto discusso tra gli interpreti; si tratta della decisione con la quale le Sezioni unite diedero il definitivo via libera a quel filone interpretativo che, sulle questioni più disparate, induceva la Supre-

Proprio in ragione di queste poche considerazioni fatte sul tema dell'interpretazione della norma processuale, si può provare a trarre una prima conclusione: Il comma 2, dell'art. 12 disp. prel. continua a rappresentare il punto di partenza per l'esercizio dell'attività ermeneutica di una norma processuale, tuttavia non si può non prendere atto del fatto che le regole ermeneutiche, col tempo, mutano, ne emergono di nuove, e quindi, anche da quel punto di vista, sussiste una variabilità delle stesse che, se da un lato, favorisce un approccio più attuale e concreto — forse anche più effettivo — alla norma, dall'altro può, a volte, apparire discutibile, quando non destabilizzante ⁽²⁹⁾.

5. Lettura di principi e norme attraverso l'attività giurisprudenziale.

La breve sintesi appena svolta sull'attività ermeneutica di una norma processuale mi consente di tornare sul tema dei principi, che — come ho già detto — se di rango costituzionale, sono fondanti, sia al momento dell'elaborazione della norma da parte del legislatore, sia al momento dell'interpretazione della stessa da parte del giudice. Sono quelli che, come ho già avuto modo di precisare sopra, sono vincolanti, per cui l'adeguamento agli stessi si rende necessario in entrambe le fasi appena delineate.

ma Corte ad una rimodulazione, spesso radicale, della lettura di una norma processuale, in omaggio ad un principio dalla stessa elaborato o rielaborato, capace di modificare completamente le sorti del processo al quale venisse applicato. Nella fattispecie si trattava della decisione di Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, con la quale la Corte declinò innovativamente la nozione di giudicato implicito su questione processuale — nel caso di specie il difetto di giurisdizione — in omaggio proprio al principio di ragionevole durata del processo. Tra i numerosi commentatori della sentenza, mi limito a segnalare S.A. VILLATA, *Efficacia «panprocessuale» della pronuncia implicita sulla giurisdizione contenuta in sentenza di merito passata in giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1032 ss. e, *si vis.*, G. BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263 ss.

⁽²⁹⁾ È di grande interesse la conclusione rassegnata, alla fine delle sue riflessioni, da G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 347 ss., il quale riconosce all'interpretazione un ruolo "integrativo" delle norme, tale che la stessa abbia una valenza "materialmente costituzionale".

C'è da chiedersi, a questo punto, quale sia il livello di vincolatività espresso dagli altri principi, quelli la cui genesi non è nella Carta fondamentale, ma che sono entrati comunque a far parte del sistema, pur muovendo dall'elaborazione giurisprudenziale.

Affinché quella vincolatività si realizzi è necessario, a mio avviso, che quello che nasce come criterio interpretativo in seno all'attività giurisprudenziale trovi, ad un certo momento, ingresso nel sistema normativo, almeno a livello di legge ordinaria; occorre, cioè, che il legislatore lo recepisca e lo condivida, imprimendo ad esso quella capacità di espansione *erga omnes* che è propria della legge e non solo della pronuncia giurisprudenziale. Occorre, cioè, che il criterio da essa elaborato venga tradotto in una norma, capace, appunto *erga omnes*, di generare quell'obbligo di conformazione.

Ma qui si inserisce necessariamente un altro tema, quello del rapporto e dei reciproci limiti, tra la pronuncia del giudice — in particolare di legittimità — e il prodotto dell'attività legislativa. Il tema si è delineato spesso, negli ultimi decenni, nelle discusse forme del “*prospective overruling*”, cioè del mutamento di opinione, a partire da un certo momento, della Corte di cassazione, la quale modifica la lettura e quindi l'interpretazione di una norma, rispetto ad un orientamento sino a quel momento consolidato e sul quale le parti del processo avevano fatto affidamento, andando in direzione differente, se non addirittura opposta alla precedente; e tutto questo a valere non, ovviamente, per il futuro, ma proprio perché siamo in ambito giurisprudenziale e non normativo, a valere da ora, cioè dal caso concretamente sottoposto all'esame della Corte in quel momento ⁽³⁰⁾.

(30) Per una disamina accurata sia del percorso evidenziato nel testo, che delle ipotesi maggiormente significative esaminate dalla giurisprudenza, v. B. CAPPONI - R. TISCINI, *op. cit.*, 136 ss., spec. 141 ss., i quali si pongono — e pongono al lettore — l'interrogativo se la giurisprudenza si debba considerare fonte di diritto, fornendo, nelle pagine successive, una ovvia e condivisibile risposta negativa; l'opinione, tuttavia, non è uniforme: precisa R. CAPPONI, *Prospective overruling. Bilancio di una vicenda*, in *Dogmatica giuridica*, cit., 211 ss., spec. 214, che in presenza, oggi, di un assetto normativo pluralistico (le c.d. fonti multilivello), «sono venute meno le ragioni storiche» a sostegno della negazione

Il descritto fenomeno, come si è costantemente rilevato, produce effetti particolarmente dirompenti sulla legge processuale, proprio per la sua immediata e diretta incidenza su processi pendenti, che vedono cambiarsi “le regole del gioco in corsa”⁽³¹⁾, durante, cioè, lo svolgimento degli stessi, con conseguenze a volte nefaste sui diritti delle parti. Sui rimedi a quelle conseguenze si è variamente discusso, sia in dottrina che in giurisprudenza; la soluzione maggiormente diffusa tra gli interpreti è quella della rimessione in termini della parte che abbia, senza sua colpa, subito le conseguenze processuali della nuova interpretazione di una certa norma, offerta dalla giurisprudenza, confidando nella diversa interpretazione già consolidata⁽³²⁾.

Posto così il problema, il ruolo della norma e quello della decisione di giudice potrebbero apparire se non identici, per lo meno molto vicini. In realtà la differenza è marcata, essendo il

del carattere di fonte di diritto delle pronunce giurisprudenziali, «la direzione di marcia è segnata».

⁽³¹⁾ 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.

⁽³²⁾ Il caso maggiormente rappresentativo — anche se non il solo — di *overruling* giurisprudenziale è quello relativo alla estensione della regola sulla dimidiazione del termine di comparizione, di cui all'art. 645, comma 2, c.p.c., al termine di costituzione dell'opponente, in un processo di opposizione a decreto ingiuntivo: la relativa decisione è stata assunta dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza 9 settembre 2010, n. 19246, molto contestata dalla dottrina e quindi oggetto di grande attenzione da parte di essa: v. *ex multis*, R. CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in *Judicium.it*, 2010; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1337 ss.; per una ricostruzione del percorso che ha condotto le Sezioni unite a quella pronuncia, nonché dei successivi interventi anche normativi sul punto, v. G. BASILICO, *Le modifiche relative al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010 – 2013*, a cura di C. PUNZI, Torino, 2013, 229 ss. Sul tema della rimessione in termini nelle ipotesi di decadenza dall'esercizio di un potere processuale di parte, a causa del mutato orientamento interpretativo intervenuto, è favorevole, *ex multis*, G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1390 ss., mentre opera del distinguo, scandagliando il rapporto tra affidamento incolpevole e dovere di precauzione, G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, *ivi*, 1073 ss., spec. 1090 ss.

nostro sistema giuridico-processuale improntato al principio di non vincolatività assoluta della pronuncia giurisprudenziale⁽³³⁾; pertanto *ab origine* il rapporto tra la pronuncia giurisprudenziale — e quindi il principio di diritto in essa contenuto — e la legge è totalmente divaricato. Come è noto, il principio di diritto espresso dalla Suprema Corte, ancorché a sezioni unite, non vincola in assoluto tutti gli altri giudici che si occuperanno dello stesso caso o di casi analoghi e nemmeno, in certa parte, quello di rinvio in quella causa, il quale, motivando adeguatamente, può dissentire da esso. Sul tema, tuttavia, il legislatore degli ultimi anni e delle ultime riforme è intervenuto con un tendenziale rafforzamento del vincolo prodotto dalla decisione di legittimità, almeno nel caso in cui essa si fosse consolidata in un certo arco di tempo: il pensiero corre, per es., all'art. 360-*bis* (introdotto con la l. n. 69/2009) e specialmente al n. 1, che sanziona l'inammissibilità del ricorso in cassazione allorché il provvedimento impugnato abbia deciso una questione di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e lo stesso non contenga elementi idonei a modificare l'orientamento consolidato⁽³⁴⁾.

Diverso è il ruolo delle norme. Osservando il fenomeno in senso ascendente e riferendoci specificamente alla norma processuale, sia le parti che il giudice sono tenuti all'osservanza rigorosa delle stesse ed alla conformazione ad esse, rispettivamente,

⁽³³⁾ È di interesse la riflessione di L. PASSANANTE, *Quando l'apparenza inganna: pronunce «ampliative» di diritti processuali e tutela dell'affidamento*, in *Foro it.*, 2019, I, 969 ss., il quale contesta la scelta rimediabile della rimessione in termini propria di tanta dottrina, riconoscendo la validità e l'opportunità della stessa solo nel caso in cui l'applicazione del nuovo orientamento giurisprudenziale valga solo per il futuro (questo sarebbe il vero *prospective overruling*), non anche per il presente; il ricorso alla rimessione in termini è necessario e utile solo se «si continuerà a predicare, secondo la teoria classica — che i *common lawyers* denominano «*declaratory theory of adjudication*» — la natura dichiarativa e la correlativa efficacia *naturaliter* retroattiva del nuovo orientamento».

⁽³⁴⁾ Sul tema v. A. CARRATTA, *Il giudizio di cassazione nell'esperienza del «filtro» e nelle recenti riforme legislative*, in *Giur. it.*, 2013, 241 ss.; R. TISCINI, *Il filtro in cassazione nella giurisprudenza della Corte*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1028 ss. In giurisprudenza, Cass., 6 novembre 2023, n. 30774 secondo la quale il precedente giurisprudenziale, ancorché proveniente dalle Sezioni unite, non rientra mai tra le fonti del diritto.

dei propri atti e dei propri provvedimenti, mentre il legislatore impegnato nella redazione di una norma ordinaria, non può che lavorare in modo congruente con i principi di rango superiore. In conseguenza le soluzioni rimediali all'inottemperanza alle suddette regole sono diverse: se non è osservante il giudice, le parti del processo hanno, fino in Cassazione, la *chance* delle impugnazioni; se invece non ottempera il legislatore, occorrerà sempre un intervento giudiziale, ma per condurre la norma al cospetto della Corte costituzionale e sentirne dichiarare l'illegittimità.

Quanto alla Corte di cassazione, come ho già osservato — al di là dei casi in cui la stessa elabori una nuova regola di giudizio, sia pur congruente con istanze socio-economiche di ampia diffusione, oppure, valutando l'opportunità di quel criterio ai fini di una più efficace somministrazione della tutela — quando la stessa addivenga semplicemente ad una diversa interpretazione di norma esistente, fatta alla luce di un certo principio e quindi riconoscendo a quello valore preminente su ogni altro, potrà accadere che non incontri alcuna, o scarsissima, condivisione nel mondo della ricerca ed in quello delle aule di giustizia, ma comunque quella scelta risulti, alla fine, funzionale ad una migliore tutela. Per esempio, in tutte le occasioni in cui la Corte abbia deciso privilegiando il principio di ragionevole durata del processo, essa aveva fatto, ormai, una scelta chiara, che sembrò alla stessa risolutiva di uno dei fondamentali problemi che affliggevano — ed in parte ancora affliggono — la giustizia civile: la durata eccessiva — a volte abnorme — del processo civile, che occorreva ricondurre ad un tempo "ragionevole", intervenendo sulle situazioni più disparate ed anche su diversi passaggi del percorso processuale, certamente non predefiniti ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Per una breve ricognizione della genesi del principio riferito nel testo, va detto subito che essa non si incontra nell'art. 111, comma 2, Cost., né rappresenta l'evoluzione normativa di una tesi elaborata dalla giurisprudenza, anche se il contributo della stessa nella reale affermazione del principio è stato fondamentale. Formalmente occorre ripartire dall'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che contiene in sé tutti i principi che il legislatore italiano, nel 1999, ha trasfuso nell'art. 111, comma 2, Cost., compreso quello di ragionevole durata. Ma è difficile dissentire da chi ritiene che il prin-

Nel proprio armamentario normativo, peraltro, la Corte dispone da lungo tempo di uno strumento che, nel presente, si va rafforzando sempre di più, con l'avallo del legislatore: mi riferisco alla nomofilachia, regola di giudizio che trova la sua genesi nell'art. 65, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12⁽³⁶⁾, secondo il quale tra i compiti della cassazione come "organo supremo della giustizia", c'è quello di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge". Sono due, quindi, i compiti così istituzionalmente attribuiti; tra di essi è il secondo che ha assunto, nel tempo, una portata sempre più ampia, la quale ha trovato coronamento in una serie di articoli del codice di procedura civile, *in primis* nell'art. 363, a norma del quale, in mancanza di ricorso di parte (quindi di impugnazione della sentenza), il Procuratore generale della Cassazione può sollecitare la corte alla pronuncia di un principio di diritto nell'interesse della legge, "al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi"; ma addirittura, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, il principio di diritto può essere pronunciato anche d'ufficio⁽³⁷⁾.

Quindi, la Corte è tenuta ad assicurare l'uniforme interpretazione della legge, ma nessun vincolo è imposto dal legislatore alla determinazione delle modalità attraverso le quali detta operazione si debba svolgere; mi sembra quindi che, proprio in questa ottica, non sia preclusa alla Corte l'applicazione innovativa di

cipio fosse, in realtà, già immanente nel nostro sistema processuale come «componente fondamentale del principio di effettività della tutela giurisdizionale assicurata dall'art. 24, comma 1, Cost.» e del diritto alla difesa in ogni stato e grado del processo, assicurata dal secondo comma dello stesso articolo: così l'efficace sintesi di A. CARRATTA, *Processo ragionevolmente breve*, in *Treccani on line*, 5 aprile 2011.

⁽³⁶⁾ Per una ricostruzione storica della formazione del sistema giudiziario in Italia fino all'epoca dell'emanazione del r.d. n. 12/1941, v. P. BIAVATI - G. GUARNIERI - C. ORLANDI - N. ZANON, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, 33 ss.

⁽³⁷⁾ La struttura attuale dell'art. 363 è quella fornita dal d. lgs. n. 40 del 2006. In argomento v. A. CARRATTA, *Artt. 360 – 391-ter*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, I, Bologna, 2007; E. ODORISIO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino, 2018, 159 ss.; R. TISCINI, *Artt. 360 – 365*, in *AA.VV., Commentario del codice di procedura civile*, IV, Torino, 2013, 548 ss.; *si vis* G. BASILICO, *Sulla funzione nomofilattica delle pronunce nell'interesse della legge*, in *www.rivistagiustizia.it*, 2018.

principi che essa, ad un certo punto, ritenga funzionali ad un migliore andamento del processo. È quanto accaduto, per esempio, con le decisioni sopra citate in tema di difetto di giurisdizione o con quelle in tema di dimidiazione del termine di comparizione per l'opponente a decreto ingiuntivo: le pronunce sono avvenute proprio nell'ottica di una durata più ragionevole del processo, provocando una situazione di *overruling*, tuttavia destinata a stabilizzarsi ed uniformarsi nel tempo, in applicazione proprio dell'altra regola, quella della nomofilachia.

È legittimo domandarsi se anche il fenomeno della emersione, ad opera della giurisprudenza, di criteri nuovi di giudizio, che essa tende a generalizzare e stabilizzare, fino ad assurgere al rango di principi, si possa considerare compenetrato strettamente con la funzione nomofilattica intrinseca all'attività della Corte; se si possa, quindi, affermare che i nuovi criteri di giudizio elaborati e fatti propri nel tempo dalla cassazione trovano, nella loro evoluzione verso il rango di principi, l'avallo di quello nomofilattico. La risposta mi pare debba essere positiva, non perché abbia un fondamento teorico, ma semplicemente perché corrisponde ad uno stato di fatto ⁽³⁸⁾.

Anche per questo motivo si può, oggi, parlare di rafforzamento del principio nomofilattico, che sembra quasi aver trovato nuova ragione della propria esistenza, essendo non fine a se stesso, ma utile per l'affermazione di nuovi principi che nascano con più limitato, intrinseco spessore.

In conseguenza, l'ampliamento, anche a livello normativo, della portata nomofilattica del giudizio di cassazione, non sembra più corrispondere solo al principio generale riferito, ma deve

⁽³⁸⁾ Si potrebbe pensare, per es., al c.d. principio di ragionevolezza: si tratta semplicemente di un criterio di giudizio, generale e trasversale, che conduce il giudice verso una decisione che, evidentemente tra le varie ipotizzabili, appaia come quella più ragionevole, quindi conforme non solo o non tanto ad una lettura rigorosa delle norme, anche sostanziali, di riferimento, quanto ad un criterio di giustizia e, come secondo alcuni (per es. R. CAPONI, *Procedimento sommario di cognizione e canone di proporzionalità*, in *Dogmatica giuridica*, cit., I, 343 ss.), di proporzionalità della decisione rispetto ad un saggio bilanciamento degli interessi coinvolti nella fattispecie oggetto di giudizio.

essere letto in ottica congruente con altri principi, di spessore più ampio e generale, tra cui, per esempio, quello della semplificazione e sinteticità degli atti: la valorizzazione di un principio esistente o il consolidamento di un nuovo criterio nomofilattico di giudizio dovrebbe, così, condurre ad una contrazione dei ricorsi in cassazione e, spingendosi oltre, ad una contrazione delle iniziative processuali sin dal primo grado ⁽³⁹⁾.

6. Considerazioni a margine sul c.d. diritto vivente.

Potrei tentare — senza risultati particolarmente positivi — una sintesi delle considerazioni sin qui svolte sull'incidenza, nel sistema, degli indirizzi ermeneutici giurisprudenziali tendenti alla stabilizzazione, facendo riferimento ad un concetto molto diffuso a partire almeno dagli anni '80 del secolo scorso, che è quello di "diritto vivente". È un concetto per il quale — al di là del profilo lessicale, certamente significativo — non ho nutrito mai particolare apprezzamento, se non altro perché non riesco ad identificare, a contrario, un diritto che non sia vivente: in particolare quello processuale ha un suo divenire intrinseco che non può che dimostrare la permanente vitalità, qualunque ne sia la prospettiva di

⁽³⁹⁾ Ancora sul tema della nomofilachia, vorrei fare qui una breve riflessione, un po' a latere delle considerazioni fatte nel testo e traendo spunto da un colloquio avuto con Remo Caponi, sulla massimazione delle sentenze. Come si osserva pianamente in dottrina, le massime elaborate dall'Ufficio massimario della cassazione, pur senza essere vincolanti per i giudici di futuri giudizi che si trovassero di fronte alle medesime questioni di diritto, «finiscono in pratica con l'orientarli nel senso delle decisioni della Cassazione», «in ragione della forza stessa delle argomentazioni giuridiche su cui si fondano» (così C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2023, 272). Accade a volte, tuttavia, che il sistema delle massime finisca per astrarsi completamente dai casi concreti per diventare una sorta di breviario del pensiero e delle decisioni della Corte; a volte, cioè, la massima è talmente avulsa dal caso concreto da partecipare alla formazione del processo nomofilattico su un certo tema in modo quasi indipendente dal caso di specie — che comunque tende al giudizio e non alla nomofilachia — comprimendo, così, quella delle due funzioni della Cassazione che, in realtà, è la principale ai fini dell'esigenza di tutela dell'avente diritto. Su questi temi v. G. MICCOLIS, *Nomofilachia, sezioni unite e "questione di particolare importanza"*, in *Quest. Giust.* novembre 2020; B. CAPPONI, *La corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Judicium.it*, aprile 2020.

osservazione. Quindi, dal concetto di diritto vivente si dovrebbero espungere solo le norme abrogate, tutto quello, cioè, che non è soggetto ad applicazione nella realtà dei processi.

Ma la nozione non è così ampia. In realtà il diffuso significato di questa espressione è un altro.

Il concetto ha trovato la sua genesi in una sentenza della Corte costituzionale, la n. 276 dell'11 dicembre 1974, dove «il sintagma “diritto vivente” viene definito, mutuando la formulazione delle ordinanze di rimessione, come “il sistema giurisprudenziale” formatosi nel difetto di espresse disposizioni»⁽⁴⁰⁾. Esso si è, poi, ampiamente diffuso con riferimento ad un certo approdo giurisprudenziale, sull'interpretazione di una data norma, che nel tempo si stabilizzi, assumendo la fisionomia di un orientamento costantemente espresso dalla Corte di legittimità su un certo tema, evidentemente poco chiaro, a volte addirittura carente dal punto di vista normativo.

Parliamo, quindi, di orientamento giurisprudenziale, di un diritto — se così lo si voglia definire — di formazione pretoria⁽⁴¹⁾.

In particolare, nella decisione pioniera che ho appena ricordato, la Corte costituzionale ritenne infondate le censure dei giudici di merito proprio su un certo orientamento formatosi in tema di procedura fallimentare, dagli stessi definito “diritto vi-

⁽⁴⁰⁾ Così secondo L. SALVATO, *Profili del “diritto vivente” nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quest. Giust.*, fasc. febbraio 2015, par. 2; la questione scrutinata, come precisa l'A. in nt. 4, riguardava alcuni articoli della legge fallimentare; sul tema, con esemplare chiarezza, v. M. CAVINO, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. pubbl. Aggiornamento*, Torino, 2010, 134 ss., spec. 137, dove si individua l'elemento di distinzione tra diritto vivente e consuetudini interpretative, il quale risiede, per il primo, nella provenienza da organi giudiziari; ma di particolare interesse è anche la constatazione (si v. pagina 140) che a partire dagli anni 90 la corte costituzionale si è trovata più volte a mettere in discussione “orientamenti giurisprudenziali di cui essa stessa riconosce il radicamento”.

⁽⁴¹⁾ Precisa G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 346 s., che quando si realizza un'interpretazione consolidata di una certa norma, quindi un diritto vivente, quella certa interpretazione si “incorpora” nel diritto positivo e quindi «l'univocità interpretativa in questo caso è anche costitutiva dell'unica risposta giusta al problema ...»; la conseguenza è che l'interprete che se ne voglia discostare dovrà fornire «appositi e particolarmente cogenti argomenti giustificativi»; quindi quando l'interpretazione si cristallizza in un orientamento consolidato, «ha effetti creativi».

vente”, «ossia il “sistema giurisprudenziale” formatosi, nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge fallimentare, circa la disciplina dei giudizi derivanti dal fallimento, interrotti per effetto della chiusura dello stesso, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato». Qui appare chiaro, pertanto, che in quelle fattispecie censurate, a monte dell’orientamento consolidatosi, sussisteva un difetto di espresse disposizioni della legge vigente; a quelle istanze la Corte rispose rilevandone l’infondatezza e affermando che «Il sistema di diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza, corrisponde ai criteri cui si informa la disciplina della materia fallimentare, e non contrasta con principi o precetti costituzionali» (42).

In tal modo si aprirono le porte ad una sorta di funzione integrativa di norme da parte della giurisprudenza, legittimata ad intervenire, con attività ermeneutica, anche laddove il sistema normativo non fornisse adeguata risposta al caso di specie, risultando, almeno in parte, carente. È evidente che la descritta situazione, nel percorso evolutivo ricevuto dal “diritto vivente”, è differente rispetto a quella in cui l’orientamento si formi a livello solo interpretativo, perché l’assetto normativo della fattispecie è adeguato e sufficiente (43).

(42) È di particolare interesse, oltre che di attualità, la considerazione della nozione di “diritto vivente” e della sua espansione, fatta da C. cost., 10 novembre 2023, n. 202, in occasione della pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 669-*quaterdecies* e 695 c.p.c., dichiarati parzialmente illegittimi: la Corte, dopo aver considerato la “vivenza” della norma come «una vicenda per definizione aperta», afferma che «un’interpretazione consolidata da parte della Corte di cassazione, rilevante per la formazione del «diritto vivente» può sussistere in relazione a quella parte della pronuncia nella quale si esprime effettivamente la *ratio decidendi* rispetto alla questione di diritto rimessa all’attenzione del giudice di legittimità, e non anche ad eventuali *obiter dicta*, anche se volti ... a rafforzare le motivazioni della decisione»; in senso favorevole, sul contenuto oggettivo, alla decisione della Corte, v. da ult., F. FRADEANI, *Sul reclamo cautelare avverso il rigetto del ricorso per accertamento tecnico preventivo con finalità conciliativa ex art. 696-bis c.p.c.*, in www.rivistagiustizia.it, 2023, 2 (in corso di pubblicazione).

(43) Non è questa la sede per indagare sul tema da ult. delineato, non è tuttavia eludibile l’indagine, quando si parla di diritto vivente, sul più generale tema della certezza del diritto, approfondito, *ex multis*, da M. CAVINO, *Diritto vivente*, cit., spec. 142 ss. (ma

Non sono pochi i casi, tuttavia, in cui la Corte costituzionale, piuttosto che avallare un certo orientamento interpretativo, si limiti a sollecitare il legislatore ad intervenire, sanando la denunciata carenza normativa; ma è altrettanto frequente che il legislatore non ottemperi alla sollecitazione o lo faccia in modo tardivo o inadeguato.

Al di là del significato che il concetto porta con sé, mi pare che produca un risultato non completamente apprezzabile, che è di contrapposizione, a volte quasi di prevaricazione, rispetto alle norme di legge. La giurisprudenza di legittimità, ma anche quella costituzionale, riconducono la riferita definizione, di volta in volta, ad un orientamento interpretativo di una certa norma che si sia stabilizzato nel tempo, superando l'approccio letterale di base, generalmente sull'assunto che il nuovo orientamento risulti più concreto e quindi più favorevole alla realizzazione della tutela dei diritti, invocata dalla parte con riferimento a quella norma.

Nel concreto si tratta, almeno in certi casi, di una sorta di appiattimento della norma sul caso concreto (o su una serie omogenea di casi concreti); si verifica, così, un'inversione del tradizionale sillogismo per il quale la decisione del caso concreto debba tendere al contenuto della norma astratta ed uniformarsi ad esso. Le soluzioni interpretative omogenee che danno vita al diritto vivente può accadere che conducano ad un modellarsi della norma — attraverso quella certa lettura — sulle situazioni sostanziali di volta in volta dedotte in giudizio, che, se effettivamente funzionale ad un miglior risultato di tutela, non genera problemi, altrimenti, se non produttivo di quel risultato, rischia di concretizzarsi in un abuso ⁽⁴⁴⁾.

La salvaguardia del sistema non può che risiedere nella non vincolatività dell'interprete al diritto vivente, per cui vanno as-

rinvio anche alle considerazioni svolte, in ottica alquanto differente, *supra*, testo e nt. 6).

⁽⁴⁴⁾ Una chiara ipotesi di realizzazione di quel sillogismo all'incontrario si è realizzato con la vicenda, già richiamata sopra, della dimidiazione del termine di comparizione dell'opponente a decreto ingiuntivo, anche se in quel caso, come già sottolineato, la disfunzione generata dalla Cassazione è stata in parte sanata dal legislatore.

sunte sempre *cum grano salis* quelle decisioni la cui pronuncia avvenga con esclusivo richiamo ad un orientamento consolidato, con esclusione, o disattenzione, di ogni altra considerazione motivazionale. Quella non vincolatività, però, rischia di essere solo astratta perché se e nella misura in cui la giurisprudenza di legittimità faccia proprio quel certo orientamento, dando vita ad un'ipotesi di diritto vivente, è consequenziale che si predisporrà ad accogliere le impugnazioni contro le decisioni che, magari su efficace contestazione di parte, siano andate in diversa direzione.

7. Dalla regola di giudizio al principio: il ruolo della legislazione extranazionale.

Si può dire, così, di essere tornati al punto di partenza della presente riflessione. La distinzione tra principi normativi di genesi differente e, conseguentemente, la loro capacità di incidenza sui soggetti che ne sono i naturali destinatari.

Credo si possa affermare con relativa certezza che, al momento dell'elaborazione ed enunciazione del nuovo criterio di giudizio da parte della giurisprudenza, non ci troviamo ancora di fronte ad un principio. Come ho cercato di ricostruire nelle righe precedenti, ancorché la giurisprudenza tenda, di fronte all'elaborata regola, a consolidarla ponendola su un piano orizzontale di applicabilità alle più disparate controversie, al di là, ovviamente, di quella dalla quale la stessa sia generata, tuttavia quella prima fase di elaborazione e di stabilizzazione della regola non ne fa un principio.

In conseguenza l'eventuale disattenzione alla stessa che si dovesse verificare, per es. da parte di una sezione della Suprema Corte diversa da quella che l'ha elaborata, non avrebbe gravi conseguenze, al massimo si assisterebbe ad una rimessione alle Sezioni unite per la risoluzione del contrasto. Un sicuro rafforzamento della stessa, infatti, si realizzerà nel momento in cui dovessero farla propria, in una pronuncia, le Sezioni unite, ma restiamo pur sempre allo stadio di regola di giudizio, sia pure più stringente; non siamo ancora a livello di principio.

Allo stadio appena descritto, in conseguenza, il vincolo all'os-

servanza della nuova regola, che si determina in capo al giudice di merito, sussiste nei limiti di cui agli artt. 392 – 394: non si va oltre il vincolo prodotto dal principio di diritto, quanto al caso di specie, e dal principio (o criterio) nomofilattico, al di là di quello. L'eventuale inosservanza di esso da parte del giudice di merito può condurre, unitamente ai relativi motivi, all'impugnazione della sua sentenza, facilmente destinata all'accoglimento ⁽⁴⁵⁾.

L'autentica progressione in ruolo di quel criterio avverrà solo a seguito di un ineludibile passaggio, consistente nella sua recezione da parte del legislatore e nella trasposizione di esso in una norma giuridica. Solo così la regola di giudizio assume lo *status* di principio.

Da qui è facile, mi pare, rispondere alla domanda che mi ero posta, sulla reale differenza, in termini di efficacia e vincolatività, tra i principi di genesi normativa, specialmente costituzionale, e quelli che hanno altra genesi, la quale non può che essere giurisprudenziale. Solo i primi sono veri principi, quindi solo i primi sono vincolanti *erga omnes*; i secondi, diversamente, possono solo diventare tali se e nella misura in cui se ne faccia carico il legislatore traducendoli in una norma.

Negli ultimi decenni, peraltro, anche grazie ad una serie di riforme del processo civile, il fenomeno della trasfusione in norma di una regola di giudizio, elaborata dalla giurisprudenza, si è verificato con una certa frequenza. È accaduto, per esempio, con il principio di sinteticità e semplificazione degli atti, che solo di recente ha trovato riscontro normativo nelle norme ordinarie,

⁽⁴⁵⁾ Osservavano, in tempi ormai lontani, A. PIZZORUSSO - A. PROTO PISANI, *La Corte di cassazione. Note introduttive (1987)*, in *Foro it.*, 1987, V, 16 ss., ora in A. PROTO PISANI, *La giustizia civile tra Costituzione e fede*, Napoli, 2023, 65 s., che, in virtù del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, non potrà accadere che nell'interpretazione del diritto sostanziale o del diritto processuale «applicabile da dei giudici di merito» una certa interpretazione possa essere preferita ad altre perché «idonea a ridurre il numero dei ricorsi», mentre se le norme riguardano direttamente il giudizio di cassazione, in sede di interpretazione la Corte deve tentare di scegliere quella «che meglio le consente di assolvere i propri compiti istituzionali», quindi capace di incidere sul numero dei ricorsi e sui tempi della decisione.

quelle del codice di procedura civile riformato (46).

Le considerazioni appena svolte mi riportano a quella iniziale, relativa all'instaurazione di un dialogo, sui temi presenti, con Andrea Panzarola, di cui mi sembra di poter condividere il pensiero proprio sul punto da ultimo enunciato: l'inidoneità del criterio di giudizio elaborato dalla giurisprudenza ad assurgere a principio del processo, almeno fino a che non sia stato recepito dal legislatore e trasformato, quindi, in norma giuridica (47). L'essenziale ragione di ciò consiste nella scarsa capacità di incidenza ed espansione del criterio di giudizio, limitata allo spettro delle decisioni giurisprudenziali, ed in carenza di un vincolo assoluto che ne imponga l'osservanza: in sintesi, esso non ha, in senso lato, forza di legge.

In conseguenza, assume sempre particolare rilievo il momento genetico del principio: solo se si radica in una norma di legge, il principio può definirsi veramente tale ed operare immediatamente *erga omnes*, ma soprattutto vincolando il legislatore ordinario alla sua osservanza, pena la sottoposizione al giudizio della Corte costituzionale. Se invece esso si forma in un ambito diverso da quello dell'attività legislativa, frutto, in particolare, di elaborazione giurisprudenziale, fino a che non abbia trovato consacrazione in una norma, certamente non produrrà la stessa efficace vincolatività del primo.

Ma a questo punto è necessario richiamare altra genesi di principi, allo scopo di verificare se quella categoria segua lo stesso percorso di quelli di formazione giurisprudenziale, o se, inve-

(46) Tra le modifiche, nel senso indicato nel testo, contenute nel d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, occorre segnalare *in primis* quelle apportate all'art. 121 c.p.c., norma tradizionalmente dedicata alla «libertà di forme» degli atti processuali, oggi espressamente dedicata pure alla «chiarezza e sinteticità degli atti», che, attraverso delle aggiunte alla rubrica e al dettato del primo ed unico comma, impone proprio che gli atti del processo siano redatti secondo quella nuova prescrizione; ma il tema ricorre pure in altri contesti normativi, quale, per es., l'art. 342, primo comma, dedicato alla «Forma dell'appello», in cui il legislatore della riforma ha specificato che l'articolazione della motivazione che sorregge l'atto di appello deve indicare, a pena di inammissibilità, una serie di punti attentamente individuati previa numerazione, "in modo chiaro, sintetico e specifico".

(47) *Id.*, *Regole e principi*, cit., 18 ss.

ce, sia idonea a produrre efficacia vincolante immediata al pari di quelli normativi. Mi riferisco ai principi di origine extranazionale, frutto o di un atto normativo del parlamento europeo, oppure della decisione di una corte europea ⁽⁴⁸⁾.

Non mi soffermo sul tema del recepimento delle disposizioni normative europee, che esula dalle mie competenze, ma al di là delle ipotesi, brevemente esaminate sopra, di elaborazione di un principio attraverso le norme di una Convenzione, se e nella misura in cui quest'ultimo venga fatto oggetto di altro atto normativo, per es. di una direttiva, non si può negare che abbia incidenza diretta all'interno dei vari Stati aderenti, ancorché non si tratti di incidenza diretta sulla vita dei cittadini. Si può, quindi, ritenere che il contenuto della direttiva produca un'efficacia (latamente) vincolante nei confronti degli Stati comunitari, nel senso che questi ultimi sono obbligati ad uniformarvisi attraverso la legislazione interna, ma molto spesso accade che il procedimento normativo di uniformazione avvenga con grande ritardo rispetto alla data di emanazione di quella. È evidente a quel punto che, una volta intervenuta la legge nazionale che faccia proprio il principio contenuto nella direttiva, nessun ostacolo si frapponga più alla efficacia di esso nei confronti dei cittadini e dei giudici chiamati ad applicare quelle norme ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Per es., come ho già ricordato *supra*, nt. 36, il principio di ragionevole durata del processo si suole ricondurre alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848. Ma è necessaria subito un'osservazione: gli artt. 6, 7 e 8 della Dichiarazione parlano della garanzia di accesso alla tutela e di diritto ad una tutela per chiunque, tutela eguale e priva di discriminazioni (tra l'altro le norme appaiono chiaramente volte in direzione del penale piuttosto che del civile), non di durata ragionevole del processo. Si è sostenuto in dottrina, tuttavia, che quel il principio fosse immanente nel nostro ordinamento già prima della previsione realizzata con il nuovo art. 111 Cost.: così A. CARRATTA, *Processo ragionevolmente breve*, cit.

⁽⁴⁹⁾ Appare significativo, a titolo di esempio, il percorso fatto dalla normativa dedicata alla tutela del consumatore: la prima legge organica in argomento è il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), emanata a seguito di delega conferita al governo dall'art. 7, l. 29 luglio 2003, n. 229, che esigeva l'attuazione della Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997 e, soprattutto in tema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, di varie Raccomandazioni della Comunità europea. Sempre in attuazione di una Direttiva europea, la normativa consumeristica viene modificata, almeno per la parte relativa alla

Decisamente più blando, ancorché non irrilevante, appare il vincolo prodotto dalla decisione di una delle Corti europee, per il quale rinvio alle considerazioni fatte sopra ⁽⁵⁰⁾.

Pertanto, con riguardo al principio di formazione extranazionale, comunque acquista rilievo, ai fini dell'efficacia e dell'espansione dello stesso, il fatto che il legislatore nazionale se ne faccia carico, solo che in tal caso ci troveremo di fronte ad una legge di recepimento del principio se esso fosse normativo, ad una legge ordinaria comune, se il nuovo principio fosse di elaborazione giurisprudenziale.

8. Considerazioni su alcuni principi che sorreggono il processo civile, di particolare e progressiva rilevanza: sul principio di sinteticità degli atti.

I passaggi finali di questa riflessione mi danno la possibilità di soffermarmi — sia pur brevemente e attraverso una scelta determinata solo dall'interesse personale — su due principi cardine del processo civile, cui ho già fatto ripetutamente cenno, ma che esigono, almeno in funzione dell'ampiezza del loro attuale spazio applicativo, ulteriore approfondimento: si tratta di quello di sinteticità degli atti processuali e di quello di effettività del processo, meglio della tutela somministrata attraverso il processo.

L'occasione è favorevole per fare una ulteriore precisazione relativa ancora alla natura dei principi qui in esame. Mi sembra che una distinzione al loro interno possa essere fatta in questa direzione: esistono principi che si potrebbero definire “fattuali”, destinati a trovare concreta realizzazione/attuazione attraverso attività processuali; mentre per altri si potrebbe parlare di principi “ideali”, che trovano realizzazione non o non solo per mezzo di at-

tutela giurisdizionale, con l. 12 aprile 2019, n. 31, che la trasferisce all'interno del IV libro del c.p.c., artt 840-*bis* – 840-*sexiesdecies*; nel 2023, in attuazione della Direttiva 2020/1828/CE, la normativa consumeristica di cui ai citati articoli del c.p.c., viene ulteriormente modificata con d. lgs. n. 28/2023, che introduce la c.d. azione rappresentativa a tutela dei consumatori.

⁽⁵⁰⁾ V. spec. testo e nt. 8.

tività materiali, bensì anche, o solo, a livello superiore, attraverso la predisposizione normativa di determinati istituti del processo.

L'esempio tipico del primo tipo è rappresentato proprio dal principio di sinteticità degli atti, il quale, al di là della necessaria previsione normativa, trova concretezza solo nella redazione adeguata, e quindi conforme a norma, degli atti processuali, norma che dovrebbe determinare pure la conseguenza (processuale) del mancato adeguamento.

Esempio lampante del secondo tipo è proprio quello, sopra richiamato, di effettività della tutela, che trova concreto riscontro non solo o non tanto nella struttura del singolo atto processuale, quanto nel sistema, meglio in alcune regole che il sistema processuale si è dato, tendenti a far sì che esso possa perseguire il miglior risultato possibile di tutela. In sintesi, si potrebbe dire che il fondamento e quindi lo spazio di realizzazione concreta del principio di effettività si trovi nella funzione del processo e, quindi, nelle regole che ad essa presiedono.

Ma occorre subito, a mio avviso, una ulteriore precisazione: può accadere — e concretamente accade, proprio all'interno dei principi che stiamo esaminando — che alcuno di essi, pur godendo di autonoma espansione, non sia connotato da altrettanto autonoma genesi; esso sia, cioè, riconducibile ad altro principio o ad altra categoria di essi, del quale appare come una specificazione: è esattamente quello che accade con il principio di sinteticità degli atti — ma non solo, come specificherò tra poco — che non nasce come autonoma elaborazione da parte della giurisprudenza, bensì come diramazione del più ampio e “ideale” principio di ragionevole durata del processo⁽⁵¹⁾. Quest'ultimo, pertanto, si configura

(51) Si può discutere, poi, come è stato a lungo fatto in passato, negli anni immediatamente successivi alla riforma costituzionale del 1999, se lo stesso principio di ragionevole durata del processo sia da ricondurre all'ampio e indifferenziato contenitore del “giusto processo” di cui al primo comma, dell'art. 111 Cost.; in questa sede, tuttavia, la discussione non appare necessaria, per cui mi limito a richiamare, per tutti, S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1010 ss., ma anche nelle riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, Napoli, 2020, 73 ss., spec. 90 ss.

quasi come una categoria, univocamente definita ed improntata nella direzione di rendere il processo civile meno defaticante per le parti, ma è talmente ampio e denso di sfaccettature da riuscire a gemmare altri principi che comunque ad esso si conformino: così accade per quello più volte riferito di sinteticità degli atti, ma indubbiamente accade, per esempio, anche per quello contenente il divieto di frazionamento della domanda giudiziale di fronte ad un rapporto obbligatorio unitario.

Ma restando sul principio di sinteticità, l'aspetto che senz'altro fa riflettere è quello relativo alla identificazione del criterio attraverso il quale si realizza l'osservanza di esso. Ho cercato di definire quest'ultimo come "fattuale", il che comporta che qualunque disquisizione, generica o definitoria, su di esso, rischi di apparire priva di significato concreto. È evidente, come ho cercato di chiarire anche nelle pagine precedenti, l'imprescindibilità della previsione normativa, affinché quella che sarebbe una semplice regola affermatasi nella prassi diventi principio; ma proprio quella previsione normativa rischia di essere carente al momento dell'applicazione concreta del principio in esame, quindi al momento della redazione di atti processuali, di parte o di giudice, ad esso conformi, per il motivo semplice che lo stesso legislatore è, oggettivamente, in difficoltà nel determinare la misura di conformità di quegli atti.

È evidente che una delle numerose sfaccettature del problema della lungaggine dei processi e dell'affollamento delle cause civili è stato ed è rappresentato da una sorta di eccesso di scrittura, dall'abitudine — che mi pare riguardi sia alcuni avvocati che alcuni magistrati — di predisporre atti processuali prolissi e/o ripetitivi; ma si tratta, comunque, a mio avviso, di un problema di prassi consolidata nel tempo, non certamente di diritto, e comunque di un problema alquanto marginale.

Il fatto che il legislatore si sia indotto ad occuparsene, pensando di regolarlo normativamente, mi sembra una soluzione in parte rischiosa e in parte inutile: la difficoltà di stabilire concretamente e preventivamente la misura degli atti, sta nel fatto che essa

sia necessariamente variabile a seconda dell'impegno e della difficoltà che il merito di ciascun giudizio pone; per cui il semplice richiamo ad un generico concetto di "sinteticità" dell'atto, come lo troviamo nel nuovo art. 121 c.p.c., mi appare alquanto privo di concretezza e di opportunità. Tuttavia il legislatore dell'ultima riforma ha ritenuto di affrontare *funditus* il problema per cui, a seguito della prescrizione normativa contenuta nell'art. 4, comma 3, lett. b), d.l. n. 149/2022, modificatrice dell'art. 46 disp. att. c.p.c., il Ministro della Giustizia ha emesso un decreto, il n. 110 del 7 agosto 2023, nel quale si esplicitano «i criteri di redazione ...» degli atti processuali, di parte e di giudice, con la specificazione di tetti quantitativi da osservare — riguardo, per es., al numero delle battute — e dei limiti alla derogabilità degli stessi ⁽⁵²⁾.

Ma c'è un altro problema, conseguente alla premessa sin qui enunciata e strettamente connesso all'effettiva realizzabilità ed efficacia del principio, che è quello della sanzione applicabile in caso di sua violazione. La soluzione non è nella norma, la quale — si tratta dell'art. 10 del decreto ministeriale sopra citato — invece, prevede l'istituzione di un «osservatorio permanente sulla funzionalità dei criteri redazionali e dei limiti dimensionali stabiliti dal presente decreto al rispetto del principio di chiarezza e sinteticità degli atti del processo»; si tratta, verosimilmente, di un organismo di controllo a fini statistici ed allo scopo di apportare eventuali correzioni successive alla norma (la verifica in tale senso è prevista, nel seguito dell'articolo, a cadenza biennale), ma certamente non in grado di infliggere una sanzione all'avvocato o al magistrato che abbia disatteso la normativa generale.

Il tema della sanzione, pertanto, viene definito dalla legge, ma in concreto affidato necessariamente alla giurisprudenza; ai

⁽⁵²⁾ Meritano segnalazione, in particolare, le disposizioni del d.m. che prevedono un limite dimensionale per gli atti di parte, oltre al rispetto di criteri redazionali predefiniti, mentre per i provvedimenti giudiziari, si esige solo la seconda prescrizione, la quale si aggiunge al necessario rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità (artt. 3 e 7), nonché l'art. 8 prescrittivo delle "specifiche tecniche" per l'utilizzazione degli schemi informatici nella redazione degli atti.

sensi del nuovo art. 46 disp. att. c.p.c., infatti, il mancato rispetto delle regole che sostengono il principio di chiarezza e sinteticità degli atti di parte non ne determina, ovviamente, l'invalidità — salvo che l'atto risulti concretamente inidoneo al raggiungimento dello scopo — ma “può” essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese processuali ⁽⁵³⁾.

La soluzione prescelta è frutto di un attento confronto tra la dottrina e gli organismi rappresentativi dell'avvocatura e della magistratura ⁽⁵⁴⁾, all'interno del quale comunque spicca il diverso orientamento ripetutamente prescelto dalla Cassazione, che ancora si esprime in termini di inammissibilità del ricorso non conforme ai criteri sin qui considerati ⁽⁵⁵⁾.

È evidente che l'elaborazione di un criterio sanzionatorio per far fronte alle ipotesi di violazione della norma impositiva di limiti di sinteticità degli atti è molto difficile, ma non si può non concludere nel senso che, ove quel criterio non venga elaborato, la norma è in bianco e quindi le possibilità di disattenzione della stessa sono senz'altro numerose.

Ai sensi dell'art. 5 del citato d.m. del 7 agosto 2023, n. 110, in aderenza a quanto già previsto dall'art. 46 disp. att. c.p.c., è possibile derogare ai limiti dimensionali prescritti in ragione della tipologia, del valore, della complessità della controversia, ma anche del numero delle parti o della natura degli interessi coinvolti: la facoltà di superare il limite dimensionale è rimessa al difensore, il quale si dovrà far carico, in tal caso, di motivare

⁽⁵³⁾ Diversamente, per il processo amministrativo, l'art. 13-ter disp. att. c.p.a. prescrive, al comma 5, che il giudice è comunque tenuto ad esaminare “tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti”, mentre può astenersi dall'esaminare quelle contenute nelle pagine eccedenti il limite, senza che ciò rappresenti motivo di impugnazione per le parti.

⁽⁵⁴⁾ Per un'accurata sintesi del problema v. F. DE GIORGIS, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in *Judicium*, 2023, § 6 e 7, anche per ampia ricognizione bibliografica.

⁽⁵⁵⁾ In arg. v. G. RATTI, *Il principio di sinteticità e chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1027 ss.; in giurisprudenza, di recente, v. Cass., 24 luglio 2023, n. 22085, ma nello stesso senso anche Cons. Stato, 13 ottobre 2023, n. 8928.

sinteticamente la sua scelta ⁽⁵⁶⁾.

Nella soluzione adottata dal legislatore della riforma, il principio di sinteticità è associato a quello di chiarezza dell'atto, concetto in sé ancora più fluido e per il quale la determinazione dei confini è ancora più incerta; ma anche qui il profilo più discutibile appare quello della sanzione, per la quale possono valere senz'altro le considerazioni appena svolte.

9. Segue: sul principio di effettività della tutela.

Quanto al principio di effettività della tutela, quindi di idoneità delle norme (processuali) ad assicurare che il processo produca il miglior risultato possibile in favore dell'avente diritto, ma contemporaneamente ad un risultato perfettamente congruente con il sistema, l'interesse degli interpreti si è rafforzato di recente, ma in realtà esso è compartecipe del sistema processualcivilistico da sempre, o quanto meno dalla nascita del vigente codice di rito e dalla legislazione speciale parallela che lo accompagna; da sempre, cioè, il legislatore si è sforzato, in vari modi, di predisporre un assetto normativo che garantisse una tutela effettiva, oltre che efficace, al titolare del diritto istante ⁽⁵⁷⁾.

Oggi il principio catalizza l'attenzione degli interpreti essenzialmente in modo proporzionale al fermento di riforme che connota gli ultimi decenni, quasi a giustificarlo nella ricerca spasmodica di quel risultato. È più facile, quindi, configurarlo, ancora una volta partendo da quello di dimensione più ampia e genera-

⁽⁵⁶⁾ Per una riflessione sul più problematico dei criteri di deroga, quello della complessità della causa, v., *ex multis*, R. CAPONI, *processo civile e nozione di controversia "complessa": impieghi normativi*, in *Foro it.*, 2009, V, 136 ss.

⁽⁵⁷⁾ L'opzione prescelta in questa sede è quella dell'indagine sul principio di effettività del processo e quindi della tutela giurisdizionale; per una riflessione, corredata da ampia rassegna di dottrina, sulla differenza tra il concetto di effettività del diritto e quello di effettività della tutela giurisdizionale, v. G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, febbraio 2018, spec. 7 ss. Parla di «triplice declinazione del principio di effettività», dopo aver disquisito di necessario adattamento dei rimedi processuali alle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di G. GRISI, Napoli, 2019, 689 ss., spec. 695 ss.

le, che qui mi sembra essere il principio del giusto processo di cui all'art. 111, comma 1, Cost.: perché il risultato della tutela possa essere effettivo, è necessario innanzitutto che il processo attraverso il quale essa si concreta sia “giusto”. Ma il concetto di giustezza del processo è già di per sé polifunzionale e denso di plurimi significati; nell'ottica di queste riflessioni, esso credo che debba essere inteso espungendo il profilo di tanti significati e privilegiando quello funzionale, nella direzione della concretezza dei risultati: la tutela giurisdizionale può dirsi effettiva solo se e nella misura in cui il risultato concretamente ottenuto nel caso di specie sia concreto, quindi la parte che l'abbia domandata abbia potuto disporre di una serie di strumenti processuali idonei a garantire l'effettività, appunto, di quel risultato, quindi la migliore corrispondenza tra quanto domandato al giudice e quanto ottenuto attraverso il suo provvedimento ⁽⁵⁸⁾.

Al di là della diffusione attuale del suddetto principio, non si può non osservare che la sua origine è risalente, ancorché, allora, inespressa: senza dubbio la famosa intuizione chiovendiana per la quale il processo debba dare all'avente diritto tutto quello e proprio quello che egli avrebbe avuto diritto di conseguire sulla base delle norme sostanziali ⁽⁵⁹⁾, già concretizzava il contenuto di quello che oggi si definisce principio di effettività. In conseguenza, sotto il profilo definitorio, non sarebbe necessario aggiunge-

⁽⁵⁸⁾ Non si può non concordare con la “triplice declinazione” di A. CARRATA, *Tecniche di attuazione*, loc. cit., che vede concretato il principio di effettività nelle regole sull'accesso al giudizio, in quelle sull'adeguatezza del rimedio e in quelle sulla «ragionevole durata della tutela»; da ult., per un'analisi del principio nell'ambito dei rapporti familiari e alla luce della riforma Cartabia, v. E. CAMILLERI, *Il prisma dell'effettività e l'ordine possibile delle relazioni familiari. Considerazioni a margine della riforma Cartabia*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, gennaio 2023, 30 ss., spec. 41 ss., dove inquadra le «nuove prospettive e nuovi contenuti del dibattito sui formanti del diritto di famiglia», che evidenziano le plurime sfaccettature del «prisma dell'effettività», concludendo che la riforma pone al centro del suo ordito la somministrazione della più adeguata quantità di tutela a favore dell'avente diritto: si tratta, prevalentemente, di effettività endoprocessuale (quindi, mi permetto di aggiungere, priva pressoché di risultati in termini qualitativi rispetto al risultato di tutela).

⁽⁵⁹⁾ *Id.*, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, rist. Milano, 1992, 110.

re altro. Diversa è invece la situazione con riguardo ai contenuti effettivi del principio e quindi con riguardo alle scelte fatte, nel tempo, dal legislatore processuale, nell'intento di attribuirgli concretezza.

Pur nella sinteticità della presente elaborazione, va detto subito che il non breve lasso temporale trascorso tra la diffusione dell'idea chiovendiana sopra richiamata e la diffusione del c.d. principio di effettività, non rende giustizia dell'emersione, anche in senso formale, e quindi della diffusione, di quest'ultimo, sicuramente tardive; si può ritenere, mi pare, che gli interpreti in senso ampio abbiano tardivamente preso atto non solo dell'esistenza del principio, quanto soprattutto della disponibilità, nel nostro sistema, di una serie di strumenti che sin dall'inizio contribuivano a rendere effettiva la tutela giurisdizionale somministrata; ciò che appare tardiva, pertanto, è, più precisamente, l'elaborazione di un collegamento tra quegli strumenti e l'effettività.

Siamo di fronte, mi pare, ad un caso di preesistenza di certi contenuti rispetto al momento della elaborazione di essi, una sorta di presa d'atto successiva alla realizzazione concreta di quelli ⁽⁶⁰⁾.

Senza voler ripercorrere le tante opinioni che, negli ultimi anni, hanno favorito quella emersione, è tuttavia evidente che già la disciplina di alcuni macro-settori della normativa processual-civilistica nazionale era protesa in quella direzione: mi riferisco, per es., alla tutela cautelare, ma anche all'esecuzione forzata e poi, al suo interno, all'esecuzione in forma specifica. È evidente che il diritto oggetto del processo, che possa, in quel percorso, disporre di quelle forme di tutela, gode senz'altro di una tutela effettiva ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ G. VETTORI, *Effettività della tutela (dir. civ.)*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss., ripercorre i risultati della lettura del principio di effettività, fatta dalla Corte di cassazione, dalla Corte di giustizia e dalla CEDU, nonché, ovviamente, dalla dottrina.

⁽⁶¹⁾ È ineludibile, qui, il richiamo alla sentenza di C. cost., 28 giugno 1985, n. 190, a firma di Virgilio Andrioli, che riconobbe la portata generale e necessaria della tutela cautelare, riconoscendo l'esperibilità di quella urgente *ex art. 700 c.p.c.* anche nel processo amministrativo che, sino a quel momento, conosceva come unica misura cautelare la "sospensiva"; un richiamo alla «tanta parte» avuta dal pensiero di Chiovenda sulla

Eppure gli interpreti, come ho già osservato, sono sembrati non prenderne atto per molto tempo dopo Chiovenda, fino a che non sono stati ridestati dall'avvento della normativa europea e specialmente di quei trattati all'interno dei quali viene addirittura riconosciuto e consacrato come tale il diritto di ogni cittadino ad una tutela giurisdizionale effettiva, che oggi si connette *in primis* all'esistenza di norme idonee a rendere effettivo l'accesso al giudice ⁽⁶²⁾.

riflessione di Andrioli, prima, e di Proto Pisani, poi, si legge in I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 362, testo e nt 38, dove l'A. rimarca le differenze tra i casi in cui il principio di effettività della tutela «ha consentito scelte coraggiose» e casi in cui il legislatore, facendo prevalere un bilanciamento di interessi, abbia operato nella direzione opposta.

⁽⁶²⁾ Richiamo in parte i riferimenti contenuti nella prima parte di questo lavoro (spec. nt. 7 e 8), in particolare il riconoscimento esplicito contenuto nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, o Carta di Nizza, e negli artt. 7 e 13 della CEDU; sulla necessità di predisposizione di una effettiva tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e sulla determinazione dei relativi contenuti, si è più volte espressa anche la Corte di giustizia UE, sia pure prevalentemente per la risoluzione di questioni di diritto penale. Sull'effettività della tutela come effettività dell'azione concretamente esercitabile, v. N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 439 ss., spec. 450 ss., ove l'A. approfondisce il tema dei rimedi effettivi di cui chi accede alla giustizia deve poter disporre, fatto proprio dalla CEDU recuperando una più confacente applicazione dell'art. 13. In ottica di accesso alla giustizia, ma anche di concretezza e quindi effettività dei rimedi, v. D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 907 ss. Precisa I. PAGNI, *Effettività della tutela*, cit., 356, che è merito della Corte di Strasburgo e della Corte di giustizia, oltre ad aver tracciato il quadro delle garanzie «nel processo», quello di aver «fatto emergere i contenuti del diritto al processo». Di grande interesse e concretezza è pure la riflessione di G. VETTORI, *Effettività della tutela*, cit., 381 ss., che si estende sia sul piano normativo, nazionale ed europeo, sia su quello giurisprudenziale, ma sempre nell'ottica della strumentalità della tutela al diritto sostanziale, per cui «il rimedio presuppone sempre l'esistenza di una situazione giuridica protetta» (ivi 403); sulla stessa linea è A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, 826 ss. Per un'analisi dell'art. 47 e della sua destinazione, “interna” in confronto di istituzioni, organi e organismi dell'Unione, compresa la Corte di giustizia e i Tribunali, e “esterna” in confronto degli Stati membri, “nell'attuazione del diritto dell'Unione”, v. G. VITALE, *Il principio di effettività*, cit., 11; ancora secondo G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato. Saggi*, 2017, 18, il principio di effettività è utilizzato dalla CGUE «per dare massima in attuazione alle Direttive in presenza di posizioni protette dell'ordine comunitario», mentre la Corte EDU si è occupata di garantire l'effettività del diritto di proprietà, delle tutele contrattuali e dei

Ma il ruolo propulsivo di certe idee non può essere attribuito solo alla normativa europea, la quale, prima della recezione nel nostro sistema, è stata preceduta dall'avvento della Carta costituzionale nel 1948, che conteneva in sé, già dalla versione originaria, gli elementi costitutivi di quelle idee, se non altro perché privilegiava, diversamente dal sistema precedente, la persona umana e i suoi diritti, piuttosto che la proprietà e i beni, sul quale esso si incardinava e soprattutto conteneva in sé l'art. 24, matrice del diritto di azione, spettante astrattamente ed indifferentemente a tutti i cittadini ⁽⁶³⁾.

È evidente, quindi, che la riflessione chiovendiana rappresenta solo la base di un percorso che, nel tempo, si è modellato sia in conformità alle sollecitazioni di provenienza europea e nazionale, sia in conseguenza dell'emersione di situazioni giuridiche nuove o di nuova denominazione, che presentavano esigenze di tutela a volte inesplorate fino a quel momento: in tale contesto, si pensi, per es., all'ampliamento progressivo dello spazio riservato alla tutela inibitoria e, anche in correlazione con esso, all'introduzione nel sistema di una figura generale di misura coercitiva, attraverso l'art. 614-bis c.p.c., a tutela di situazioni giuridiche diverse dalle obbligazioni per pagamento di una somma di denaro, che nella versione originaria del codice di rito non esisteva e che, col tempo e con le riforme che si sono succedute, è stata senz'altro potenziata ⁽⁶⁴⁾.

diritti sociali, in una serie di direzioni che l'A. esplicita dettagliatamente; sul richiamo alla concreta differenza tra il diritto di accesso alla giustizia e il diritto ad ottenere effettivamente quanto spetta, v. R. ORIANI, *Il principio di effettività*, cit., 25 ss.

⁽⁶³⁾ Per una serie di importanti riflessioni sul tema, v. A. PROTO PISANI, *Limiti all'attenzione della dottrina prevalentemente alla necessità di interventi sulla struttura e non anche sui bisogni di tutela*, cit., 89 ss.; con tono molto critico e poco condivisibile, S. CHIARLONI, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 521 ss., spec. 543 s., che arriva a definire la lettura dell'art. 111, fatta da C. cost., n. 303 del 1986, come «formalismo delle garanzie» poiché «il diritto di azione non merita protezione costituzionale quando si è già titolari del diritto di agire per l'esecuzione forzata».

⁽⁶⁴⁾ Sul punto dell'ampliamento dello spazio della tutela inibitoria, è fondamentale riferire dell'apertura ad essa nell'ambito della tutela del consumatore, avvenuta con l'art. 7 della Direttiva 93/13/CEE. Quanto alle vicende della misura coercitiva generale *ex art.*

Cosa accade in caso di violazione del principio di effettività della tutela (giurisdizionale)? Proprio in ragione dell'ampiezza del principio la risposta non è facile né univoca.

Le direzioni dell'indagine sono almeno due:

se la violazione si realizza per mancanza di strumenti, quindi il legislatore è stato carente nel predisporre un determinato meccanismo processuale che avrebbe sicuramente potenziato il grado di tutela per quella certa situazione giuridica;

se la violazione si realizza perché, pur in presenza di un determinato strumento processuale di tutela, il giudice, col suo provvedimento, impedisca alla parte di utilizzarlo o, in altro modo, ne vanifichi l'utilizzazione.

Credo che nel secondo caso la strada maestra sia rappresentata dall'impugnazione del provvedimento giudiziale ⁽⁶⁵⁾; nel primo, invece, si esige un intervento del legislatore di tipo innovativo, quindi introduttivo di una nuova norma o della modifica di altra già esistente, non immediatamente utile per il caso concreto da cui l'esigenza sia sorta; oppure attraverso un pronunciamento della Corte costituzionale, che potrebbe anche fungere immediatamente per la risoluzione del caso concreto.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, quindi, non deroga alla regola sopra espressa, che impone la previsione normativa affinché un principio possa veramente definirsi tale;

614-bis, si deve riscontrare l'ampliamento della previsione dopo l'entrata in vigore della norma nel 2009, che ha condotto, con il recente d. lgs. n. 149/2022, alla possibilità di concessione della stessa anche da parte del giudice dell'esecuzione, oltre che di quello della cognizione. Sul tema delle misure coercitive e sull'analisi dei personali ripensamenti avvenuti nel periodo antecedente al 2009, v. A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, cit., 833; imprescindibilmente, A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione*, cit., 700 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cito, solo esemplificativamente, la pronuncia di Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2022, n. 28975, in *www.rivistagiustizia.it*, 2022, II, 139 ss., con mia nota, *Il termine di proposizione dell'appello nel processo sommario di cognizione*, con la quale la Corte, accogliendo il ricorso, ha precisato quale sia il *dies a quo* per la proposizione dell'appello contro l'ordinanza pronunciata in primo grado in un processo sommario di cognizione, contrapponendosi decisamente alla soluzione offerta dalla Corte d'appello nel precedente grado di giudizio.

ma contemporaneamente non trova univoca definizione in una norma; rappresenta, bensì, il contenuto, l'espressione, di una serie di istituti processuali, idonei allo scopo di somministrare all'avente diritto una tutela giurisdizionale non purchessia — quello sarebbe un risultato solo formalmente raggiunto — ma proprio quella a cui esso aveva interesse, quella congruente con il bisogno rappresentato al giudice attraverso la domanda ⁽⁶⁶⁾.

Il che non significa che quella domanda debba comunque essere accolta; l'effettività della tutela si realizza anche nel caso in cui la domanda venga rigettata, purché però l'avente diritto abbia potuto usufruire di strumenti processuali adeguati, che gli consentissero di operare per ottenere positivo riconoscimento del suo diritto, ancorché, alla fine, quello non sia intervenuto per oggettiva infondatezza della pretesa.

Sono condivisibili, pertanto, quelle opinioni che agganciano direttamente il principio di effettività all'art. 24 Cost., o considerandolo come una sorta di ampliamento della portata precettiva dell'articolo ⁽⁶⁷⁾, oppure considerando la norma costituzionale come elemento fondativo — anche se non il solo — del principio, nell'ottica della atipicità della stessa garanzia di accesso alla tutela, in presenza del solo interesse dell'istante ⁽⁶⁸⁾. Personalmente

⁽⁶⁶⁾ È molto netta l'opinione di C. RASIA, *Una critica al formalismo processuale da parte della Corte di cassazione*, disponibile *on line*, il quale condivide una decisione definita antiformalistica della Suprema Corte, l'ordinanza del 5 giugno 2019, n. 15276, secondo la quale è preferibile sempre che la domanda di giustizia venga esaminata nel merito. Precisa G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio*, cit., 20, che il principio di effettività è previsto nell'art. 13 (v. sopra nt. 62) della CEDU e come tale utilizzato dalla Corte EDU come «antidoto all'astrattezza delle situazioni soggettive e come strumento che amplia i compiti positivi degli Stati nell'attuazione dei rimedi adeguati alla protezione sostanziale».

⁽⁶⁷⁾ Così con molta chiarezza, G. VETTORI, *Effettività*, cit., 381 ss., il quale richiama la sentenza di C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, I, 1152, che individua nell'art. 24 «non solo il diritto ad un “giusto processo”, ma anche il diritto ad una tutela sostanziale effettiva». V. pure D. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine di Cassazione 21255/2013*, in *Persona e mercato. Materiali e commenti*, 2014, 61.

⁽⁶⁸⁾ Così I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 387; nello stesso senso si può leggere G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio*, cit., 18, dove riferisce l'opinione di Cass., 27 giugno 2013, n. 21255 e di altre su tematiche specifiche — quale, per

ritengo che l'imprescindibile riferimento appena ricordato, proprio nel suo ampio ed atipico contenuto, contenga in sé il principio di effettività, in relazione al quale l'art. 24, *ab origine* norma precettiva, diviene programmatica, poiché dovrà comunque essere il legislatore ordinario a predisporre gli strumenti processuali di tutela effettiva dei soggetti, rendendo concreta la regola generale dettata dalla Costituzione (69).

10. Conclusioni.

La breve riflessione fatta nelle pagine precedenti mi consente di giungere ad alcune conclusioni, convalidando il presupposto da cui sono partita, secondo il quale il migliore inquadramento della norma processuale non è di tipo statico, e quindi formale o classificatorio, ma di tipo funzionale: la legge processuale può rappresentare meritevole oggetto di indagine solo se la si intende come legge dettata in funzione della tutela giurisdizionale dei diritti (almeno per quel che riguarda la legge processuale civile).

È proprio e sempre nell'ottica della realizzazione dello scopo istituzionale che appare legittimo porsi il problema del rapporto che intercorre, all'interno della vasta compagine delle norme

es., il rilievo officioso di nullità del contratto — che considera il principio di effettività come regola cardine dell'ordinamento costituzionale, volta ad «assicurare il diritto ad un rimedio adeguato al bisogno di tutela» di quella certa situazione sostanziale.

(69) Altra tendenza manifestata dagli interpreti riguarda il collegamento tra il descritto principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello di ragionevole durata del processo o di “efficienza” dello stesso, sempre chiovendianamente inteso, nel senso che la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione; in tale direzione il principio di effettività finisce per operare in modo congruente con quello di efficienza della giurisdizione: occorre possibilmente evitare che un processo, pur assistito dalla presenza di tutti i meccanismi idonei a rendere effettiva la tutela, non raggiunga l'ottimale risultato perché impedito dall'eccessiva lunghezza dello stesso e quindi dall'eccessivo ritardo nella somministrazione proprio di quella tutela: la riflessione è di I. PAGNI, *Effettività della tutela*, cit., 357, ma anche di R. ORIANI, *op. cit.*, 74 s. Per una lettura recente del principio, al quale viene “raccordato” quello di strumentalità delle forme processuali, si v. Cass., Sez. Un., 12 marzo 2024, n. 6477 che impone, a pena di nullità, la sottoscrizione con firma digitale del ricorso per cassazione redatto e notificato in forme telematiche, a meno che non sia possibile ricavare *aliunde* elementi comprovanti la certa paternità dell'atto, in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo.

processuali, tra la legge, che è necessariamente legge ordinaria, e i principi, che appartengono alla normativa di rango superiore e quindi si pongono necessariamente come sovraordinati rispetto alle prime; essi peraltro non perdono la loro connotazione neppure nei casi in cui il principio trovi una sua collocazione anche all'interno del testo di legge ordinaria, come nel caso, già richiamato, del principio del contraddittorio.

Quindi, posto come punto di partenza l'inquadramento funzionale della legge processuale in genere, al suo interno il rapporto che intercorre tra principio e norma ordinaria è chiaro: la sovraordinazione del primo rispetto alla seconda fa sì che quello sia costantemente condizionante l'altra, la quale vi si deve conformare, sia nel momento genetico — quindi mediante osservanza da parte del legislatore — sia nel momento applicativo, con correlativo obbligo di decisione congruente da parte del giudice. Quella sin qui descritta è una relazione, mi pare, indiscussa e indiscutibile, come dimostra anche la giurisprudenza costituzionale, con le decisioni — non numerosissime, in verità — che le è dato di pronunciare in tema di legge processuale.

In conseguenza l'asse dell'indagine si è spostata su altro interrogativo: quali sono i principi che si collocano nel solco appena descritto? La risposta mi è parso che non potesse prescindere da un'indagine di tipo genetico, che ripercorresse, cioè, il momento formativo dei principi di volta in volta presi in esame, per capire se, almeno allo stato attuale, tutti quelli che vengono definiti con quell'unico lessico, appartengano effettivamente ad un'omogenea categoria oppure no.

La risposta cui aspiravo è stata negativa, il che impone necessariamente di operare un distinguo, all'interno dell'ampia compagine dei principi, tra quelli ab origine radicati in una norma di legge — generalmente, come ho già segnalato, di rango superiore a quella ordinaria e specialmente di rango costituzionale — e gli altri che vengono immessi nel sistema pur essendo di genesi non normativa.

Il riferimento cade qui, evidentemente, sui principi costruiti

attraverso l'attività giurisprudenziale: non si vuole, con ciò, certamente demonizzare quel tipo di attività giurisprudenziale, a volte meritoria, ma appare necessario attribuire a ciascuno dei prodotti, normativo o giurisprudenziale, il giusto ruolo, non, ovviamente, a scopo classificatorio, ma sempre in ottemperanza a quella funzionalità che spiega l'esistenza stessa e l'operatività della norma processuale.

Ed allora, convenendo con una serie di riflessioni di Andrea Panzarola, più volte evocato nel corso del lavoro, si è preferito non già negare la natura — o meglio la potenzialità — dei “principi” di elaborazione giurisprudenziale, ma offrire agli stessi un inquadramento di tipo subordinato rispetto a quelli di genesi normativa, definendoli regole di giudizio e ritenendo che comunque essi possano assurgere al rango di principi, ma solo se e dopo che il legislatore li abbia recepiti trasformandoli in una norma.

È quanto accaduto, come ho già sopra evidenziato, con alcuni c.d. principi, quale quello di ragionevolezza delle decisioni, o quello, ancora più attuale, di chiarezza e sinteticità degli atti: il primo è rimasto a livello di regola aulica, invocata dalla giurisprudenza per le ragioni più disparate ⁽⁷⁰⁾, ma sostanzialmente mai recepito in una norma, non potendosi considerare recezione, per es., l'abrogato disposto dell'art. 348-bis, primo comma, in base al quale l'appello poteva essere dichiarato inammissibile perché non dotato della ragionevole probabilità di essere accolto.

In conseguenza il c.d. principio di ragionevolezza resta, a mio avviso, una regola di giudizio, mentre quello di chiarezza e sinteticità degli atti, nato sicuramente con analoga caratteristica, può dirsi assunto a principio in ragione della recezione normativa di cui ho parlato nelle pagine precedenti.

In verità le regole di giudizio che rimangono tali nel tempo sono pochissime; ciò che ha creato dei problemi è spesso la modalità di emersione ed affermazione di determinati — almeno nel

⁽⁷⁰⁾ È ciò che rende preferibile il richiamo alle riflessioni di carattere filosofico di S. ZORZETTO, *Ragionamento giuridico e ragionevolezza*, in AA.VV., *Intorno al ragionamento giuridico*, Roma, 2022, 13 ss.

divenire — principi, che la giurisprudenza faccia, dando vita, per esempio, ai casi di *overruling* sopra richiamati.

In conseguenza, se un problema di confine tra le ricordate categorie di norme processuali dovesse sussistere, si potrebbe porre nel periodo intermedio tra l'elaborazione-acquisizione dello stesso e la presa in carico da parte del legislatore; è quel periodo in cui, dietro il paravento — inteso in senso letterale e non deteriore — della motivazione, la giurisprudenza elabora una regola, la fa propria nel caso concreto e ne proietta l'applicazione nel futuro: questo potrebbe essere un momento critico nel quale la norma processuale recede rispetto alla regola di elaborazione giurisprudenziale, senza che quest'ultima possa considerarsi ancora principio. Si realizza così una sorta di criticità nella gerarchia delle fonti, non rilevante dal punto di vista statico, della gerarchia stessa, quanto dal punto di vista degli effetti che quella situazione produce sul processo in corso.

Il problema del confine, o meglio dei ruoli, pertanto, sorge non nel rapporto tra norma processuale e principio (che sia effettivamente tale e come tale sovraordinato ad essa), ma tra norma processuale e regola di giudizio, che la giurisprudenza elabora ed impone, a prescindere dal fatto che sempre, o quasi sempre, quelle regole di giudizio siano congruenti con le esigenze del processo e funzionali ad una realizzazione più effettiva della tutela giurisdizionale.

Al di là, quindi, del profilo definitorio, la regola di giudizio di volta in volta elaborata dalla giurisprudenza non è un principio, col quale la legge ordinaria si debba rapportare secondo i canoni tradizionali della gerarchia delle fonti; ciò che può apparire discutibile è l'utilizzazione che la giurisprudenza ne faccia a mo' di principio, che Andrea Panzarola, proprio con riguardo alla chiarezza e sinteticità degli atti, ha considerato "utilitaristico" ⁽⁷¹⁾; tuttavia, al di là del severo giudizio appena riportato, penso che la salvaguardia del contegno giurisprudenziale evidenziato non

(71) *Id.*, *Principi e regole*, cit., spec. 25 ss.

possa che risiedere proprio nel richiamo del criterio funzionale: l'elaborazione e l'utilizzazione della nuova regola di giudizio, al di là della possibilità che sia utile per risolvere il caso concreto, è sicuramente funzionale alla tutela e ad un migliore risultato di essa. Se così non fosse, la decisione che l'ha accolta sarebbe illegittima. Quindi il criterio funzionale, già prescelto per una migliore lettura delle norme processuali e dei rapporti tra le stesse ed i principi sovrastanti, rappresenta una salvaguardia per determinate scelte della giurisprudenza, allorché si accinga a decidere invocando una regola, pur utile, ma non codificata.

ABSTRACT: Il saggio contiene una riflessione sulla legge processuale sviluppata secondo un criterio funzionale e sui rapporti tra principi e norme ordinarie. L'A. si sofferma, in particolare, sui principi di sinteticità degli atti e di effettività della tutela giurisdizionale.

ABSTRACT: *The essay contains a reflection on procedural law developed according to a functional criterion and on the relationships between ordinary principles and norms. The author focuses, in particular, on the principles of conciseness of pleadings and effectiveness of judicial protection.*