

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE - PHD IN LEGAL STUDIES

Ciclo 33

**Settore Concorsuale:** 12/F1 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

**Settore Scientifico Disciplinare:** IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

L'EFFICACIA NORMATIVA DELLE BUONE PRASSI NEL PROCESSO CIVILE

**Presentata da:** Carolina Mancuso

**Coordinatore Dottorato**

Renzo Orlandi

**Supervisore**

Elena Zucconi Galli Fonseca

**Esame finale anno 2021**

# INDICE

<b>PREMESSE</b> .....	7
1. Lo scopo della ricerca. ....	7
2. Metodologia di ricerca.....	12
<b>PRIMA PARTE: LA CRESCENTE RILEVANZA DEL DIRITTO VIVENTE E DELLE REGOLE PRATICHE NELLA GOVERNANCE DEL PROCESSO</b> .....	<b>15</b>
<b><u>CAPITOLO PRIMO: GLI ACCORDI COLLETTIVI SULLA GESTIONE DEL PROCESSO: UN'ANALISI EMPIRICA DEL FENOMENO</u></b> .....	<b>15</b>
1. Alcuni cenni sulla nascita del fenomeno degli Osservatori sulla .giustizia civile: l'elaborazione di <i>buone prassi</i> e la loro formalizzazione in protocolli d'intesa.....	15
1.1. segue: verso la definizione del concetto di <i>buone prassi</i> nella logica degli <i>Osservatori sulla giustizia civile</i> .....	23
2. Il contenuto variabile e multiforme dei protocolli: un tentativo di classificazione. ....	30
3. Note conclusive: primi spunti di riflessione sulle <i>buone prassi</i> tra regole di cortesia, di <i>case management</i> e di interpretazione delle norme processuali .....	42

**CAPITOLO SECONDO: BREVI NOTE COMPARATISTICHE: GLI ACCORDI PROCESSUALI COLLETTIVI TRA AUTONOMIA DISPOSITIVA E AUTONOMIA NORMATIVA .....45**

1. Il duplice scopo della presente indagine: il metodo comparatistico come strumento per migliorare la comprensione del fenomeno delle *buone prassi* nell'ordinamento italiano.....45
2. La funzione dispositiva dei *contrats de procédure* nella gestione del processo civile francese..... 50
  - 2.1. *segue: le principali linee del dibattito sviluppatosi intorno al fenomeno della contractualisation du litige e della contractualisation de l'instance...* 55
3. L'(auto)regolazione del processo davanti alle Corti internazionali: il modello integrato della Corte di giustizia dell'Unione Europea. ....59
  - 3.1. *segue: il ruolo delle Raccomandazioni sulle domande di rinvio pregiudiziale e delle Istruzioni pratiche alle parti.....*63
4. Il sistema multiforme delle fonti processuali adottato dalla Corte internazionale di giustizia.....71
  - 4.1. *segue: la natura e lo scopo delle Practice Directions nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. ....*73
5. Note conclusive al capitolo secondo: l'individuazione di un approccio «privatistico» e «pubblicistico» di analisi. ....79

**SECONDA PARTE: ANALISI SISTEMATICA DEL FENOMENO DELLE BUONE PRASSI FORMALIZZATE NEI PROTOCOLLI D'INTESA.....81**

**CAPITOLO TERZO: PRIMA IPOTESI RICOSTRUTTIVA. IL PROTOCOLLO COME ACCORDO PROCESSUALE CON FUNZIONE DISPOSITIVA: L'APPROCCIO PRIVATISTICO .....81**

1. Alcune considerazioni iniziali: la rinnovata funzione dell'autonomia privata in campo processuale. ....81

2.	Autonomia privata e processo civile nell'ordinamento italiano: è possibile riconoscere uno spazio al <i>Konventionalprozess</i> ? .....	84
3.	La categoria degli accordi giuridici processuali: tipologie, caratteristiche essenziali e prime valutazioni di compatibilità. ....	93
3.1.	<i>L'accordo processuale come atto dispositivo del giudizio: profili di incompatibilità con i protocolli e ricostruzione.</i> .....	100
4.	Note conclusive al capitolo terzo: l'abbandono dell'approccio privatistico.....	104

**CAPITOLO QUARTO: SECONDA IPOTESI RICOSTRUTTIVA. IL PROTOCOLLO COME STRUMENTO DI REGOLAZIONE FLESSIBILE E COLLETTIVA: L'APPROCCIO PUBBLICISTICO .....**

**107**

**SEZIONE PRIMA: LA NOZIONE E LA RILEVANZA GIURIDICA DEL DIRITTO «MORBIDO» O SOFT LAW NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.....**

**107**

1.	Introduzione al capitolo quarto: la rilevanza del «diritto collettivo».....	107
2.	La mutevole nozione di diritto «morbido» tra ragioni di fluidità ed esigenze di certezza: una premessa teorica. ....	112
2.1.	<i>segue: il difficile compito di circoscrivere gli elementi essenziali del diritto soft.</i> .....	116
3.	Il problema della rilevanza giuridica tra principi e criteri di identificazione.....	125
4.	Brevi osservazioni conclusive alla sezione prima. ....	132

**SEZIONE SECONDA: IL DIRITTO SOFT NEL SISTEMA PROCESSUALE CIVILE ITALIANO.....**

**134**

1.	La rilevanza giuridica dei protocolli nel prisma della regolazione del processo civile.....	134
1.1.	<i>segue: verso la riconduzione dei protocolli al modello del soft law.</i> .....	147

2.	Diritto <i>soft</i> e processo civile: un'apparente antinomia? Problemi e possibili rimedi alle questioni di ordine costituzionale: il rispetto del principio di indipendenza del giudice.....	150
2.1.	<i>segue: il rispetto del principio di legalità ex art. 111 Cost. ....</i>	154
3.	Non solo protocolli davanti alla Corte di cassazione: verso il modello delle Corti superiori.....	163
4.	L'impatto della regolamentazione <i>soft</i> davanti alle Corti di merito e il rischio del «federalismo giudiziario».....	173
4.1.	<i>segue: l'esempio della regolamentazione del processo civile durante l'emergenza da Covid-19 e il rinnovato ruolo del soft law: protocolli, raccomandazioni e linee guida vincolanti. ....</i>	175
5.	Note conclusive alla sezione seconda.....	181
<b>CONCLUSIONI.....</b>		<b>183</b>
1.	Il modello del <i>soft law</i> processuale: vantaggi e svantaggi. ....	183
2.	Riflessioni conclusive sull'evoluzione del sistema di regolamentazione del processo civile.....	185
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>		<b>194</b>

*In realtà, ciò che plasma il processo,  
ciò che gli dà la sua fisionomia tipica non è la legge processuale,  
ma è il costume di chi la mette in pratica.  
Il diritto scritto non è che un contorno esterno,  
entro il quale il rilievo, coi colori ed i chiaroscuri, è dato dal costume.*

*(CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954)*

# PREMESSE

SOMMARIO: 1. Lo scopo della ricerca. – 2. Metodologia di ricerca.

## **1. Lo scopo della ricerca.**

Lo scopo del presente lavoro di ricerca è quello di dare una qualificazione giuridica e una collocazione sistematica alle *buone prassi* processuali, ossia regole pratiche sorte dal confronto ragionato e dalla negoziazione collettiva, formalizzate all'interno di accordi, denominati protocolli d'intesa.

Una simile esigenza sistematica deriva dalla crescente funzione di indirizzo organizzativo e interpretativo svolto da tali strumenti atipici, creati «dal basso» e mossi da una cultura comune, orientata al cambiamento e al progresso dell'efficienza del servizio giustizia.

Il ricorso sempre più frequente all'adozione di questi accordi – rinnovato, se non accresciuto di recente con il «processo dell'emergenza da Covid-19» –, impone una riflessione di ampio respiro, ad oggi mancante <sup>1</sup>, sul ruolo svolto dalle *buone prassi* nell'amministrazione della giustizia, accanto al diritto ufficiale.

---

<sup>1</sup> La dottrina si è infatti concentrata principalmente sull'analisi storico-descrittiva del fenomeno delle *buone prassi* e dei protocolli, per cui v. il lavoro di VERZELLONI, *Analisi organizzativa degli osservatori e dei protocolli d'udienza: una lettura comparata del fenomeno*, in *Quaderni di giustizia e organizzazione*, 2008, p. 45 ss., inquadrato nell'ambito del progetto ministeriale PRIN, dal titolo *Il processo civile giusto ed efficiente: organizzazione degli uffici, informatizzazione, protocolli d'udienza ed accordi processuali*, volto a fornire una mappatura delle diverse realtà degli Osservatori e a valutarne le logiche organizzative di base. Minore attenzione sistematica, invece, è stata dedicata all'analisi delle problematiche riguardanti la natura giuridica degli strumenti in esame, anche se il tema risulta comunque oggetto di riflessione in alcuni scritti, tra cui in particolare, v. TURRONI, *I Protocolli d'intesa e la loro rilevanza giuridica: tra regola e fatto*, in *Giur. it.*, 2018, p. 784 ss.,

Del resto, il riconoscimento dell'importanza della prassi nella regolazione del processo civile non rappresenta un dato recente.

Come rilevava Calamandrei a soli pochi anni dall'entrata in vigore dell'odierno codice di procedura civile, mentre la storia del processo è stata caratterizzata dalla progressiva trasformazione della pratica in diritto processuale, ad oggi si assiste al fenomeno inverso, ormai disillusi dalla concezione positivista di «razionalizzazione del potere»<sup>2</sup>, secondo cui l'apposizione di regole rigide e formali sarebbe necessaria alla compiuta ed efficiente regolazione del processo civile.

Già allora si prendeva coscienza del fatto che nessun procedimento, inteso in senso lato, potesse essere regolato da norme così dettagliate e rigorose da non lasciare nessuno spazio all'iniziativa dei soggetti che sono chiamati a darne attuazione<sup>3</sup>.

---

sulla rilevanza giuridica dei protocolli conclusi davanti alla Corte di cassazione, e CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 7-12, invece, sul rapporto tra protocolli e sistema delle fonti.

<sup>2</sup> CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 27. Lo stesso autore, a p. 30 e 31: «apparentemente tutto il diritto processuale è racchiuso nei codici: e sulla base del diritto codificato la dottrina innalza costruzioni monumentali di concetti, maestose come cattedrali gotiche. Ma in realtà il processo non è questo: *non è soltanto questo*» (...). «Oggi devo riconoscere che il processo qual è scritto nel codice non è che un modello vuoto che nel tradursi in realtà assume diverse figure secondo la diversa sostanza che dentro vi è colata: tanto che dallo stesso unico modello possono venir fuori, in diverse circoscrizioni giudiziarie dello stesso Stato, procedure dei più svariati tipi, che, quantunque pretendano tutte di esser fedele attuazione della stessa legge processuale, hanno tra loro minor somiglianza di quella che hanno i figli della stessa madre».

<sup>3</sup> In tale contesto, assumo rilievo gli studi offerti dall'ermeneutica giuridica, secondo cui il momento di produzione della norma giuridica non viene separato da quello della sua interpretazione o applicazione da parte degli operatori del diritto; v. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. italiana di Vattimo, Milano, 1995, p. 382, secondo il quale tramite l'interpretazione si verifica un perfezionamento creativo della legge, che si rende necessario specialmente laddove il senso di un testo normativo non si lascia comprendere facilmente.



Tale riflessione risulta ancora più calzante nell'attuale contesto normativo, spesso incerto, farraginoso e disorganico, tanto da risolversi in un mero «schema», nelle cui imperfezioni o lacune si insinua la prassi, capace anche di trasformare la figura dello stesso «schema» disegnato dal legislatore <sup>4</sup>.

Ebbene, proprio la spinta verso la continua valorizzazione della prassi, insieme alla necessità di rendere omogenea l'applicazione delle norme processuali almeno all'interno dello stesso ufficio giudiziario, hanno portato alla nascita di gruppi di lavoro permanenti, denominati Osservatori sulla giustizia civile, nell'ambito dei quali gli operatori del diritto (magistrati, avvocati, cancellieri, professori universitari, etc.) hanno la possibilità di discutere questioni processuali, individuando prassi virtuose già formatesi nell'ambito di uno specifico ufficio giudiziario, ovvero accordandosi sulla creazione di nuove pratiche di organizzazione e interpretazione, per poi inserirle all'interno dei protocolli.

Con gli Osservatori, l'interpretazione delle norme processuali diviene dunque coinvolgimento e cooperazione tra gli operatori, i primi in grado di comprendere i mutamenti della realtà e i necessari adattamenti della norma processuale in chiave evolutiva <sup>5</sup>, in un'ottica di valorizzazione dei principi del giusto processo e sua ragionevole durata (art. 111 Cost.), del buon andamento e imparzialità della

---

<sup>4</sup> CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 32, il quale rileva come, anche in seguito all'entrata in vigore del codice del 1942, l'andamento del processo variava da regione a regione, sulla base di prassi ormai consolidate in base alle tradizioni locali. Addirittura l'a. distingue tra «rito ambrosiano», da Sant' Ambrogio, per indicare il rito seguito a Milano e «rito gennariano», da San Gennaro, per indicare il rito seguito a Napoli, evidenziando come, sulla base delle realtà sociali delle relative città, variasse l'importanza, l'uso e l'applicazione di molti istituti.

<sup>5</sup> GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni Fiorentini*, 2001, p. 497, secondo cui: «l'ora che stiamo vivendo costituisce, anzi, il trionfo della prassi dopo secoli di appiattimenti e costrizioni innaturali. Ovviamente, quando parlo di prassi, mi riferisco alla operosità di giudici, avvocati, notai (...), oggi tutti coinvolti nella produzione del diritto».

pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e della tutela delle garanzie difensive (art. 24 Cost.).

Gli operatori del diritto si sono così progressivamente riappropriati di una funzione attiva nella regolamentazione del processo.

Peraltro, il fenomeno della regolamentazione negoziata non si esaurisce nel settore della giustizia civile, anzi prende spunto da altre esperienze, ormai diffuse in tutti i settori del diritto <sup>6</sup>, ove si assiste ad una crescente elaborazione di strumenti meta-giuridici <sup>7</sup>, nati dalla prassi sociale e culturale che si affiancano alle norme di legge, integrandole <sup>8</sup>.

Le ragioni di tale fenomeno vengono spesso ricondotte alla complessità del mondo post-moderno che ha reso sempre più spesso inadeguata la predisposizione di norme giuridiche che sapessero disciplinare compiutamente interi settori; sicché, la produzione di testi normativi formulati per principi, ha richiesto (e richiede) un costante lavoro di interpretazione in senso lato integrativa.

La globalizzazione ha poi contribuito all'importazione più o meno consapevole di soluzioni adottate nel mondo del *common law*, promotore di un atteggiamento empirista, che riconosce ampio valore all'attività dei giuristi e dei tecnici <sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> GROSSI, *op. cit.*, p. 493 ss., il quale dà atto di un cambiamento nel nostro sistema giuridico dettato da una «crisi di fonti», che sta segnando il progressivo passaggio dalla legge alla prassi come strumento primario di produzione del diritto. Sul tema, v. anche CAPOGRASSI, *Il problema di V. E. Orlando*, in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 353, secondo cui si tratta di un processo volto ad incrinare il sistema c.d. dualistico tra legge e contratto, verso una sempre maggiore crisi della centralità dello stato, quale processo ad oggi in corso di maturazione e già oggetto di passate riflessioni da parte di insigni giuristi, tra cui v. SANTI ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi - saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969 e CASSESE, *La crisi dello stato*, Bari, 2002.

<sup>7</sup> MENGONI, *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica - Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 159.

<sup>8</sup> GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 376 ss. e in particolare il capitolo dedicato a «il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica».

<sup>9</sup> GROSSI, *op. cit.*, p. 506.

La combinazione dei predetti elementi ha così incentivato l'intervento diretto degli operatori professionali nella creazione di strumenti volti a guidare la loro attività, in un'ottica di maggiore efficienza.

In definitiva, si assiste ad un pluralismo sempre più accentuato di strumenti di regolazione che tende all'atipicità, sia con riguardo al procedimento di creazione delle previsioni, sia con riguardo alla forma e all'efficacia delle stesse <sup>10</sup>. L'atipicità, tuttavia, porta con sé inevitabili problemi di qualificazione, non esistendo una chiara collocazione degli atti atipici nel sistema.

Ebbene, proprio queste problematiche si pongono alla base del presente lavoro di ricerca.

Peraltro, l'assetto sistematico assunto come chiave di questa indagine, non è finalizzato ad irrigidire la natura delle *buone prassi*, riconducendole aprioristicamente nell'ambito di classificazioni concettuali <sup>11</sup>, così svilendone al tempo stesso la forma fluida e modificabile.

È finalizzato, invece, a razionalizzare, coordinare e inquadrare dal punto di vista teorico strumenti che, proprio perché creati «dal basso», rischiano di rimanere estranei al sistema processuale, non giustiziabili e, in definitiva, privi di un'identità <sup>12</sup>; sicché, la mancanza di un siffatto inquadramento impedisce al giurista di interrogarsi sull'impatto del fenomeno sull'ordinamento processuale contemporaneo e sull'impostazione che ne risulta dall'originaria formulazione

---

<sup>10</sup> Il panorama risulta dunque diverso da quello assestatosi con il diritto moderno di circa due secoli fa, in quanto lo stato non si pone più come il «produttore necessario del diritto», v. GROSSI, *op. cit.*, p. 497 e il sistema delle fonti non si può più descrivere come una piramide gerarchica, quasi esclusivamente monopolizzata dalla legge, quale opera autosufficiente e immutabile.

<sup>11</sup> Ciò nell'idea che anche la ricerca giuridica non debba esaurirsi nella mera analisi dogmatica, ma debba diventare analisi profonda degli eventi, nonché dei cambiamenti e delle condizioni sociali ed economiche che incidono sull'agire umano, per inquadrarne la rilevanza giuridica; sul punto, v. GROSSI, *op. loc. ultt. citt.* e CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, Torino, 2014, XV.

<sup>12</sup> COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, p. 9 ss.

del codice del 1942<sup>13</sup>; in tal senso, dunque, questo studio costituisce una necessaria premessa per un successivo lavoro di ricerca volto ad una ricostruzione, in chiave evolutiva, delle fonti di regolazione del processo civile. In questa sede, si cercherà di raggiungere lo scopo prefissato partendo da una concezione realistica, priva di preconcetti dottrinali, riconducendo il fenomeno delle *buone prassi* formalizzate nei protocolli all'interno di specifici limiti ed evitandone estensioni eccessive, nella consapevolezza che il sistema processuale non costituisca un dato immanente ed immutabile, essendo invece il frutto di un'attività ordinatoria, volta ad assicurarne l'unità e l'armonia.

## **2. Metodologia di ricerca.**

Così delineato lo scopo del presente lavoro di ricerca, si intende in questa sede esporre la metodologia di analisi.

Il lavoro di ricerca sarà suddiviso in due parti: la prima parte, comprensiva dei *capitoli primo e secondo*, sarà dedicata alla dimostrazione della crescente rilevanza del diritto «vivente» e delle regole pratiche nella *governance* del processo, nella prospettiva nazionale ed internazionale.

Tale analisi sarà finalizzata, in primo luogo, ad ottenere una piena comprensione del fenomeno delle *buone prassi* e dei protocolli d'intesa, nonché a delineare, tramite brevi note comparatistiche, i possibili approcci da seguire e le questioni problematiche da affrontare nell'analisi di tali forme di «contrattazione collettiva».

La seconda parte, invece, comprensiva dei *capitoli terzo e quarto*, sarà dedicata alla vera e propria ricostruzione della natura giuridica dei citati strumenti

---

<sup>13</sup> FERRARA, *La nozione dei rapporti processuali*, in *Saggi di diritto processuale*, Napoli, 1915, *passim.*, p. 2 ss. e DENTI, voce *Negozi processuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 143.

protocolli, in base agli approcci propriamente definiti a partire dalla comparazione.

Più segnatamente, nel *primo capitolo* si seguirà un approccio empirico.

Si analizzerà, infatti, il fenomeno degli Osservatori sulla giustizia civile e dei protocolli in chiave storico-evolutiva, svolgendo poi una comparazione tra i protocolli più significativi, cioè quelli che assumono un forte valore orientativo circa le caratteristiche essenziali dell'intero fenomeno e che, per queste ragioni, si prestano a fornire le basi per il loro successivo inquadramento giuridico.

Si tratterà di un'analisi strettamente funzionale, mirata a sottolineare gli aspetti che nei capitoli successivi risulteranno fondamentali per la valutazione del profilo della natura e della rilevanza giuridica di tali strumenti.

La scelta di limitare in tal senso l'analisi storico-descrittiva è dettata principalmente dallo scopo della presente ricerca che, come si è avuto modo di evidenziare, intende concentrarsi sugli aspetti teorico-sistematici del fenomeno delle *buone prassi*, piuttosto che su quelli organizzativi.

Del resto, sono già presenti, nel panorama dottrinale, studi che hanno investigato i protocolli come strumenti di organizzazione complessa; detti studi verranno quindi presi in considerazioni come punti di partenza per l'individuazione delle peculiarità poi valorizzate nella fase dedicata all'inquadramento giuridico.

Nel *secondo capitolo* si svolgeranno, invece, alcuni cenni di carattere comparato circa le modalità di regolamentazione processuale presso altre Corti nazionali e internazionali.

La scelta di svolgere questa breve analisi muove dalla consapevolezza che la comparazione funge, non solo da stimolo alla circolazione dei modelli, ma consente una migliore conoscenza del dato scientifico <sup>14</sup>.

Ebbene, la comparazione con altre esperienze significative – scelte in base alle ragioni che emergeranno nel corso della trattazione – sarà condotta

---

<sup>14</sup> SACCO, *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di Sacco, Milano, 1980, p. 243.

principalmente con finalità di politica del diritto, non tanto improntata alla riforma del sistema processuale nazionale, quanto, piuttosto, alla migliore comprensione della sua evoluzione e della sua attuale struttura <sup>15</sup>.

La trattazione sarà quindi finalizzata, anzitutto, a mettere in evidenza la portata internazionale della regolazione convenzionale del processo, ma, principalmente, ad illustrare, sulla scia di quanto avviene in altri ordinamenti o dinnanzi ad altre Corti, le diverse prospettive dalle quali è possibile osservare e analizzare il fenomeno dei protocolli.

Una volta conclusa la prima parte del lavoro, la ricerca entrerà propriamente *in medias res*, con l'avvio dell'indagine ricostruttiva del fenomeno delle *buone prassi*, alla luce degli approcci di analisi in precedenza individuati.

Il *terzo* e il *quarto capitolo* saranno dunque dedicati a tale lavoro ricostruttivo, nell'ambito del quale si avrà modo, non solo di valutare la natura degli strumenti in esame, ma anche l'impatto di tale inquadramento sul sistema processuale, alla luce dei principi costituzionali che governano la giurisdizione.

---

<sup>15</sup> Sul punto, v. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, cit., 1980, p. 201 ss., il quale, in primo luogo, evidenzia come la prima domanda che il comparatista deve porsi sia la seguente: «qual è il fine che s'intende perseguire con la comparazione?». Ebbene, a tal fine, l'a. individua tra scopi fondamentali che il comparatista può o deve tenere in considerazione: obiettivi di politica del diritto, di storia del diritto e obiettivi di ordine strutturale. In particolare, la ricerca con obiettivi di politica del diritto è per lo più finalizzata ad approfondire sistemi relativamente omogenei per ragioni di riforma o miglioramento del sistema nazionale. La ricerca storica, invece, è finalizzata a ricostruire il processo storico di formazione delle norme o modelli (processuali) posti a confronto. Infine, la ricerca strutturale, è volta al mero confronto tra le legislazioni afferenti a sistemi giuridici differenti ed è finalizzata a metterne in evidenza le similitudini e le differenze.

# **PRIMA PARTE**

## **LA CRESCENTE RILEVANZA DEL DIRITTO VIVENTE E DELLE REGOLE PRATICHE NELLA GOVERNANCE DEL PROCESSO**

### **Capitolo Primo**

#### **GLI ACCORDI COLLETTIVI SULLA GESTIONE DEL PROCESSO: UN'ANALISI EMPIRICA DEL FENOMENO**

SOMMARIO: 1. Alcuni cenni sulla nascita del fenomeno degli Osservatori sulla giustizia civile: l'elaborazione di *buone prassi* e la loro formalizzazione in protocolli d'intesa. – 1.1. *segue*: verso la definizione del concetto di *buone prassi* nella logica degli Osservatori sulla giustizia civile. – 2. Il contenuto variabile e multiforme dei protocolli: un tentativo di classificazione. – 3. Note conclusive: primi spunti di riflessione sulle *buone prassi* tra regole di cortesia, di *case management* e di interpretazione delle norme processuali.

#### **1. Alcuni cenni sulla nascita del fenomeno degli Osservatori sulla giustizia civile: l'elaborazione di *buone prassi* e la loro formalizzazione in protocolli d'intesa.**

L'interesse a dare vita ad un dialogo costruttivo tra gli operatori del diritto, volto a favorire la creazione di nuove prassi processuali condivise, non si riscontra solo in epoca recente.

Sul finire degli anni ottanta del secolo scorso – ancora prima della nascita degli Osservatori sulla giustizia civile –, infatti, comparivano già gruppi di studio formati da operatori della giustizia che si ponevano l'obiettivo di formare e diffondere nuovi modelli di prassi per il processo civile, che non richiedessero modifiche normative, ma che favorissero, nella situazione di fatto e di diritto del tempo, uno svolgimento più ordinato ed efficace del processo<sup>16</sup>.

Questo indirizzo si è concretizzato definitivamente con la nascita degli Osservatori sulla la giustizia civile, nati nella prima metà degli anni novanta – periodo di grande riforma del codice di procedura civile –, proprio al fine di creare «laboratori» locali e permanenti di confronto sulle importanti riforme del processo civile entrate in vigore in quegli anni<sup>17</sup>.

I primi Osservatori sono nati nelle città di Milano (1993)<sup>18</sup>, Bologna (1994), inizialmente sotto la denominazione di «Prassi Comune»<sup>19</sup>, Bari (1995) e Reggio Calabria (1996). Solo negli anni duemila, invece, il fenomeno ha cominciato

---

<sup>16</sup> V. in particolare il *Modello di prassi per il processo civile di cognizione* contenuto in *Foro Padano*, 1987, p. 254 ss., nell'ambito del quale l'omonimo gruppo di studio, porta all'attenzione di giudici, avvocati e, più in generale, di tutti gli operatori del processo, una possibilità concreta di scandire i tempi dell'istruttoria, al fine di evitare la «deconcentrazione» di tale fase processuale. Inoltre, già con tale documento si dava atto della necessità di recuperare un dialogo costruttivo tra tutti gli operatori del diritto, finalizzato a conseguire un miglioramento complessivo della giustizia civile, invocando, tra l'altro, l'introduzione di un calendario del processo per rendere noti i tempi processuali.

<sup>17</sup> Sul punto, v. CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 455 ss.

<sup>18</sup> L'iniziativa prende avvio in ambito civilistico in seguito ad alcuni seminari organizzati da giudici e avvocati; in un primo momento, tuttavia, alle riunioni prendono parte solamente i magistrati del Tribunale e della Corte d'appello, v. VERZELLONI, *op. cit.*, p. 45.

<sup>19</sup> Fondato dalla spinta propositiva di avvocati e magistrati, tra cui, in particolare, il giudice Carlo Maria Verardi, su cui v. BERTI ARNOALDI VELLI, *I primi dieci anni di Prassi Comune*, in *Processo e organizzazione. Le riforme possibili per la giustizia civile*, a cura di Gilardi, Milano, 2004, p. 319 ss.



effettivamente a svilupparsi in tutto il territorio nazionale, acquisendo sempre maggiore importanza nel campo della regolazione della giustizia.

Nel 2003 sono nati gli Osservatori di Firenze, Roma, Trento-Rovereto e Genova, cui sono seguiti, dal 2004 ad oggi quelli di numerose altre città, tra cui Cagliari, Catania, Messina, Modena, Napoli, Torino, Trieste, Udine, Verona, Matera e Bolzano <sup>20</sup>.

Gli Osservatori sulla giustizia civile possono essere definiti come «comunità di pratica» <sup>21</sup>, tutelate sul piano costituzionale dalla libertà di associazione <sup>22</sup>, nate da manifestazioni di autonomia collettiva, nella maggior parte dei casi provenienti dal «basso» <sup>23</sup> e fondate sul riconoscimento di un comune interesse al corretto funzionamento della giustizia civile.

Concretamente, avvocati, giudici, professori universitari e personale giudiziario, si impegnano a cercare soluzioni e a promuovere iniziative congiunte per risolvere, o quantomeno alleviare, i mali della giustizia <sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> VERZELLONI, *op. cit.*, p. 46.

<sup>21</sup> Tale concetto deriva dagli studi sull'organizzazione e si riferisce a gruppi di attori professionali che condividono interessi comuni, al perseguimento dei quali si dedicano collettivamente ricercando soluzioni pratiche; v. LAVE-WENGER, *Situated Learning: legitimate peripheral participation*, Cambridge, 1991, *passim*.

<sup>22</sup> CAPONI, voce *Osservatori sulla giustizia civile*, in *Il diritto-Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, X, p. 613 ss.

<sup>23</sup> In tal senso l'Osservatorio di Modena costituisce un'eccezione, essendo stato attivato «dall'alto» da parte del Presidente del Tribunale, il quale, dopo essersi messo in contatto con il relativo Consiglio dell'ordine degli avvocati e la dirigenza amministrativa, ha attivato momenti di confronto tra i diversi operatori del processo.

<sup>24</sup> Per maggiori approfondimenti sulla composizione interna e sulla struttura degli Osservatori, v. VERZELLONI, *op. cit.*, p. 49 ss., il quale osserva come gli stessi siano partecipati principalmente da giudici e avvocati; solo in alcune esperienze si può invece contare la presenza stabile delle cancellerie, dei professori universitari, dei giudici onorari o degli ufficiali giudiziari. Per ciò che attiene alla struttura e alle modalità di lavoro, in linea generale, vengono in rilievo diversi ruoli all'interno dell'organizzazione degli Osservatori: nella maggior parte delle esperienze vi è un referente, incaricato della gestione dei gruppi, segretari e organismi direttivi a

In tal senso, allora, la mutua collaborazione tra i protagonisti del processo, accresce la consapevolezza dell'importanza e della centralità della giurisdizione e si pone come uno strumento democratico di tutela dei soggetti e di riaffermazione dei principi di certezza del diritto, di maggiore predittività<sup>25</sup> delle decisioni e, in definitiva, dei valori costituzionali del «giusto processo».

In tale direzione si collocano gli stessi obiettivi perseguiti dagli Osservatori, tra cui, in particolare, vi rientrano: l'individuazione e l'elaborazione di *prassi virtuose* comuni da formalizzare e da diffondere; la ricerca di soluzioni interpretative e organizzative basate sul confronto; la diffusione degli orientamenti giurisprudenziali seguiti dalle sezioni giudicanti, ai quali si aggiunge la promozione di attività formative e di aggiornamento degli attori professionali.

Il punto di svolta di carattere culturale, ancor prima che giuridico, che ha portato alla nascita di questo fenomeno – e che in questa sede interessa sottolineare –, lo si apprende leggendo gli stessi documenti costitutivi degli Osservatori, nonché le dichiarazioni di chi ne ha dato vita nelle varie realtà locali.

In particolare, si legge che gli Osservatori nascono dalla presa di coscienza e di consapevolezza «che sia vano affidarsi ad una riforma legislativa, fosse pure fondatrice del rito ideale» sperando in un miglioramento effettivo della giustizia. «Le leggi idonee servono, ma tanto più rileva (...) l'adozione da parte dei singoli, negli spazi che nessuna riforma potrà del tutto eliminare, di comportamenti

---

cui sono affidati compiti di direzione delle attività della struttura; sono infine creati gruppi di lavoro, finalizzati allo studio e all'approfondimento di specifiche questioni giuridiche.

<sup>25</sup> La nascita degli Osservatori, dunque, muove da un'esigenza di maggiore prevedibilità della giustizia, almeno all'interno dei singoli uffici giudiziari, nell'avvertita insufficienza della norma processuale a raggiungere tale scopo, nonché dall'esigenza di migliorare l'organizzazione della giustizia, nella consapevolezza che il giudice non debba operare da solo, essendo quest'ultimo inserito in una struttura di ampie dimensione, il cui funzionamento efficiente va valutato nel suo complesso, v. BARRECA, *L'esperienza del processo nell'assetto attuale. Le prassi esistenti e quelle possibili*, in *Processo e organizzazione*, cit. p. 23 ss.

‘virtuosi’<sup>26</sup>». Ancora, si evidenzia come gli Osservatori costituiscano un luogo per provvedere ad un’«autoriforma» delle regole del processo civile, senza attendere nuove norme, ma semplicemente creando delle «prassi legali»<sup>27</sup>.

In ultima analisi, posto che il «sistema giustizia» non è in grado di per sé di fornire al cittadino un servizio adeguato, i protagonisti di tale servizio pubblico si assumono il compito di redigere indicazioni e regole pratiche che possano essere agevolmente riviste, in relazione ai mutamenti delle circostanze di fatto e di diritto che, in origine, ne avevano giustificato l’adozione.

Si intende così ridare all’interpretate un ruolo attivo di adattamento della norma scritta al mutamento della realtà sociale, assicurando in tal modo un certo dinamismo all’ordinamento<sup>28</sup>.

Alla luce di queste prime considerazioni, si può ritenere che il fenomeno degli Osservatori nasca da una sfiducia degli operatori della giustizia nei confronti del legislatore e della capacità, a livello istituzionale, di poter creare un modello processuale che di per sé possa migliorare significativamente l’efficienza della giustizia; tutt’al più gli Osservatori possono ispirare futuri moti riformatori del legislatore: ciò che è accaduto con la riforma delle esecuzioni immobiliari, ispirate alle prassi virtuose dei Tribunali di Bologna e Verona, nonché con gli artt. 195 c.p.c. in tema di consulenza tecnica d’ufficio e 81-bis disp. att. c.p.c. sul calendario del processo.

Va infine evidenziato come, a partire dal 2004 alcuni membri degli Osservatori locali abbiano creato un movimento nazionale, al fine di coordinare tra loro le

---

<sup>26</sup> BREGGIA, *Dalle prassi esistenti alle prassi migliori condivise: il Protocollo per le udienze civili dell’Osservatorio sulla giustizia di Firenze*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2434 ss.

<sup>27</sup> Così BERTI ARNOALDI VELI, *Quando un giudice muore*, in *Bologna Forense*, 2, 2001, Editoriale, il quale afferma che: «anche in un processo civile in larga parte obsoleto c’erano cose che era possibile modificare senza aspettare nuove riforme, ma semplicemente creando delle prassi legali svincolate dalla forza d’inerzia di ciò che si fa perché si è sempre fatto (...)».

<sup>28</sup> GILARDI, *Presentazione*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d’udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 27.

esperienze dei singoli uffici e, allo stesso tempo, diffondere un modello virtuoso di collaborazione giudiziaria su tutto il territorio italiano.

In tal senso, l'Osservatorio nazionale si fa promotore di incontri di gruppo volti al coordinamento su scala nazionale delle *buone prassi* individuate nelle diverse realtà locali – attività che come si avrà modo di specificare più avanti, ad oggi, assume un'importanza notevole –, nonché l'organizzazione di assemblee annuali, momenti di confronto e di dibattito sulle attività svolte e sulle principali problematiche da affrontare per migliorare l'andamento della giustizia civile <sup>29</sup>. Dal costante confronto tra gli operatori della giustizia nelle realtà locali è nata poi l'esigenza di formalizzare in un unico documento, il protocollo <sup>30</sup>, le *buone prassi* individuate all'esito della discussione e del confronto operato all'interno di gruppi di lavoro appositamente dedicati.

Come si avrà modo di precisare nel prosieguo, il protocollo contiene un insieme di regole pratiche, convenzionalmente individuate da parte degli stessi soggetti che operano nel campo della giustizia civile; si tratta di testi che ambiscono a tradurre per iscritto prassi già sviluppatesi all'interno di un particolare ufficio giudiziario, ovvero soluzioni elaborate e concordate dagli operatori, anche in mancanza di una previa ripetizione nel tempo delle stesse.

Dal punto di vista storico-ricostruttivo, i protocolli nascono – quasi come una forma di evoluzione dell'esperienza degli Osservatori – intorno agli anni duemila, non sempre nelle sedi in cui si fosse già costituito un Osservatorio, come nel caso di Messina, Napoli e Modena che lo hanno istituito successivamente. Inoltre, nella maggior parte delle esperienze la base giuridica per l'approvazione dei protocolli ha visto la partecipazione di enti istituzionali, come gli Ordini degli

---

<sup>29</sup> Le attività di studio e lavoro dell'Osservatorio nazionale sono coordinate tramite un sistema di scambio e aggiornamento costante attraverso una *mailing list*; sul tema, v. VERZELLONI, *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza: una lettura organizzativa del fenomeno*, in *Gli osservatori*, cit., a cura di Berti Arnoaldi Veli, pp. 111-133.

<sup>30</sup> Ad oggi la creazione di protocolli costituisce una delle principali attività degli Osservatori sulla giustizia civile.

avvocati e i Presidenti dei Tribunali, contribuendo in tal senso ad accentuare la rilevanza formale di tali strumenti <sup>31</sup>.

Il primo protocollo nasce a Salerno ed entra ufficialmente in vigore nel 2001; seguono Bari, Firenze, Reggio-Calabria e Roma. Dal 2005 in poi, quasi tutti gli Osservatori cominciano ad adottare protocolli per la gestione delle udienze civili, successivamente affiancati da quelli su altri riti o procedimenti.

Dal punto di vista funzionale, i protocolli sono volti a regolare le diverse fasi processuali, negli spazi bianchi lasciati dalle norme di legge, proponendo, sul piano organizzativo e sul piano interpretativo, una serie di regole virtuose in grado di guidare e orientare l'attività e i comportamenti degli attori del processo. Con i protocolli, dunque, le buone pratiche vanno a creare un modello organizzativo di tipo orizzontale, ove i destinatari delle previsioni sono anche gli stessi che prendono parte alla loro redazione.

La creazione di un protocollo costituisce dunque il risultato di un complesso lavoro di negoziazione tra i diversi attori professionali, spesso concluso all'esito di studi e approfondimenti svolti da appositi gruppi di lavoro <sup>32</sup> e spesso preceduto dalla somministrazione di specifici questionari volti a raccogliere le prassi diffuse nelle diverse realtà di riferimento.

La norma c.d. protocollare risulta dunque il frutto di un processo consensuale che riprende la logica tradizionale del contratto, senza però richiamarne formalmente la categoria e, in tal senso, sollevando le prime questioni di ordine sistematico.

Diversamente dal diritto francese, infatti, ove gli strumenti di regolazione convenzionale del processo prendendo la denominazione di *contrats de procédure*, nel nostro ordinamento si utilizza la parola «protocollo», termine più «sobrio» che finisce per allontanare detto strumento dalla forma del contratto di diritto

---

<sup>31</sup> VERZELLONI, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>32</sup> Generalmente i gruppi di lavoro hanno il compito di avviare la discussione e predisporre la bozza di protocollo, alla redazione della quale sono spesso posti a confronto altri protocolli già adottati in altre sedi locali, v. VERZELLONI, *op. cit.*, p. 47 ss.

civile, richiamando invece le forme dell'accordo, del quasi-contratto o della convenzione<sup>33</sup>.

Ad ogni modo, la logica contrattuale in senso lato, mira ad assicurare una maggiore efficacia della regola, rispetto a quella imposta dall'alto da parte della legge, elevando il consenso ad elemento produttivo di previsioni alle quali può essere riconosciuta una certa rilevanza giuridica<sup>34</sup>; previsioni che certamente non mirano a sostituire il dato normativo, bensì ad affiancarlo o integrarlo con regole pratiche con carattere orientativo.

Peraltro, proprio la forza innovativa del consenso, formatosi per via dell'informazione e del confronto ragionato, può conferire a tali regole una cogenza «di fatto», che induce il giurista a chiedersi se effettivamente questi documenti e le previsioni ivi contenute rimangano confinate su un piano di mera persuasività, oppure se vengano ad assumere un'importanza nella pratica giurisdizionale, tale da assimilarne l'efficacia concreta a quella di una fonte tradizionale del diritto.

Chiarita la struttura degli Osservatori sulla giustizia civile e la funzione degli strumenti protocollari, prima di entrare nel merito del loro contenuto, si ritiene opportuno svolgere alcune riflessioni circa il concetto di *buone prassi* elaborato nell'esperienza degli stessi Osservatori, data la centralità di tale definizione nell'ambito del presente lavoro di ricerca.

---

<sup>33</sup> CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolazione collettiva" del processo civile*, in *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011, p. 406.

<sup>34</sup> GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 212, secondo cui: «qualche vantaggio scaturisce sempre dall'accordo», sia per l'amministrazione, sia per il cittadino. Sul punto, v. anche GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 125, il quale evidenzia come nello stato pluriclasse vi sia: «l'aumento dei moduli convenzionali in uso per lo svolgimento di attività amministrative: con la locuzione 'moduli convenzionali', che è volutamente generica, si intendono tutte quelle fattispecie in cui si impiega, come tecnica di azione, l'addivenire tra gli interessati e le amministrazioni a soluzioni concordate, evitandosi così provvedimenti imposti in via autoritativa». Sull'uso crescente della forma contrattuale, v. anche GALGANO, voce *Negoziio giuridico*, in *Enc. giur.*, Milano, 1977, p. 932 ss., spec. p. 947.

## 1.1. segue: verso la definizione del concetto di *buone prassi* nella logica degli Osservatori sulla giustizia civile.

La ricerca e l'elaborazione di *buone prassi* e la loro formalizzazione in protocolli d'intesa rappresentano i principali obiettivi perseguiti dagli Osservatori sulla giustizia civile.

Lo si rinviene leggendo le auto-definizioni formulate dagli stessi Osservatori.

A mero titolo esemplificativo, si richiama l'(auto)descrizione dell'Osservatorio di Milano, ove si legge che lo stesso è impegnato, in particolare, nell'elaborazione e nella raccolta in appositi documenti, i protocolli d'udienza, di prassi comuni o *best practices* processuali, per favorire la prevedibilità delle decisioni e l'accelerazione dei procedimenti <sup>35</sup>.

Lo si legge nel documento costitutivo dell'Osservatorio di Bari ove si precisa che «la struttura opera per la risoluzione dei problemi connessi all'interpretazione e applicazione delle leggi vigenti in attuazione dei principi e dei valori costituzionali e contribuisce alla formazione di nuove regole legali o di costume giudiziario e di nuove prassi organizzative e applicative» <sup>36</sup>.

Lo si legge ancora nella descrizione dell'Osservatorio di Roma, il cui scopo è quello di promuovere e diffondere le prassi virtuose, giudiziarie e forensi, nonché di promuovere la creazione di protocolli d'udienza, di cui l'Osservatorio si è fatto animatore fin dal momento della sua costituzione <sup>37</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, vi è da chiedersi: cosa si intende esattamente per *buone prassi* e in cosa si distinguono queste ultime dalla mera prassi?

---

<sup>35</sup> V. <http://milanosservatorio.it/chi-siamo-2/>.

<sup>36</sup> V. <http://www.geocities.com/CapitolHill/8969/index.html>, sul punto v. anche VERZELLONI, *Analisi organizzativa*, cit., p. 57.

<sup>37</sup> V. <https://www.romaosservatorio.it/chi-siamo.html>.

Il concetto risulta di particolare importanza ai nostri fini, essendo proprio le *buone prassi*, poi formalizzate all'interno di specifici documenti, i protocolli, di cui dovremo indagare la natura e la rilevanza per l'ordinamento giuridico.

Partiamo anzitutto da una generica definizione del concetto di prassi.

Nel contesto del dibattito giuridico, la prassi va inquadrata nell'ambito dei c.d. fatti giuridicamente rilevanti; in particolare, si tratta di «fatti o comportamenti conformi ad un primo precedente», che possono concorrere, unitamente ad altri elementi, alla produzione di norme giuridiche<sup>38</sup>.

Dal punto di vista della scienza dell'organizzazione la prassi rappresenta una «modalità di comportamento reiterata – abitudine, consuetudine, modo di fare – significativa dal punto di vista organizzativo perché si distanzia in misura minore o maggiore da quanto previsto da una regola formale (norma, procedura, direttiva) dell'organizzazione o, quantomeno, la re-interpreta in maniera significativa»<sup>39</sup>.

Si osserva inoltre come l'attività degli operatori inseriti nell'ambito di un'organizzazione si svolga all'interno di un sistema di prassi in continuo divenire, sicché la prassi rappresenta in concreto il modo in cui si applicano le regole che ne determinano il funzionamento.

La prassi si riferisce dunque alla sfera comportamentale, di per sé idonea a tradurre e adattare nella pratica il significato della legge formale.

---

<sup>38</sup> V. MORRONE, *Le fonti normative*, Bologna, 2018, p. 247, il quale fa riferimento alla prassi come sopra definita ed alla convenzione – «quale regola materiale posta in essere da un soggetto nell'aspettativa di reciprocità di un comportamento conforme o non ostile da parte di un altro soggetto» – come stadi progressivi di formazione di una norma consuetudinaria; v. anche ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Vol. I, *Il sistema delle fonti*, Torino, 1990, p. 263.

<sup>39</sup> ZAN, *Il sistema organizzativo della giustizia civile in Italia: caratteristiche e prospettive*, in *Quaderni di giustizia e interpretazione*, 2006, p. 24 ss., il quale peraltro evidenzia come la prassi possa fungere da strumento di adattamento all'incertezza, da strumento volto alla soluzione di problemi specifici all'interno di una realtà locale, ovvero, ancora, possa indentificare un sistema di soluzioni attivato dagli attori.



Ebbene, il concetto di prassi, inteso come mera ripetizione dinamica del «fare» pratico delle persone in una determinata realtà organizzata <sup>40</sup>, mette in risalto la differenza di tale fenomeno con quello delle *buone prassi* individuate nell'ambito degli Osservatori sulla giustizia civile e poi formalizzate nei protocolli.

Le prassi virtuose, infatti, sono il risultato della negoziazione e del consenso maturato dagli operatori professionali che, alla luce di un confronto ragionato, si accordano sulla selezione di prassi già formatesi all'interno di uno specifico ufficio giudiziario e ritenute maggiormente efficienti, ovvero sulla creazione di nuove prassi o regole convenzionali <sup>41</sup> che ritengono essere le migliori per la soluzioni di problematiche organizzative o interpretative.

In altri termini, i protocolli non svolgono una mera funzione di ricognizione di prassi già utilizzate, ma racchiudono più in generale un repertorio di pratiche virtuose per la gestione del processo, ritenute tali all'esito in un apposito confronto, svolto nella consapevolezza che l'informalità del documento finale ne permetterà la modifica qualora le regole individuate o alcune di esse si mostrassero poco efficienti.

---

<sup>40</sup> VERZELLONI, *op. cit.*, p. 64 ss., il quale evidenzia come la prassi sia «qualcosa che si costruisce nel tempo nell'interazione situata fra i praticanti. Le prassi non sono programmabili o prevedibili in uno schema ad albero, ma si raffigurano come un insieme di modi di fare socialmente costruiti nella vita organizzativa di tutti i giorni».

<sup>41</sup> V. in particolare il ruolo svolto dai protocolli in seguito all'introduzione del processo civile telematico. In questo campo, i protocolli stipulati hanno avuto il compito di dare attuazione alle regole tecniche del *Pct*, da un lato, e, dall'altro, di stabilire procedure di comportamento dei vari attori del processo per colmare le lacune e le incertezze normative. L'oggetto dei protocolli si è così incentrato prevalentemente sulle modalità di redazione degli atti processuali, di trasmissione e deposito degli stessi. Tale attività di regolazione in una fase iniziale ha svolto un importante ruolo di integrazione normativa, mentre ad oggi risulta in parte superata grazie ai successivi aggiustamenti legislativi che, spesso, hanno tratto spunto proprio dai protocolli adottati negli uffici giudiziari. Sul punto, v. il *Manuale ricognitivo delle buone prassi*, su <https://www.csm.it/web/csm-internet/il-progetto-buone-prassi>, ove si fa riferimento ai protocolli sul *Pct* conclusi presso il Tribunale di Savona, Pordenone, Nocera, Macerata, Imperia, Perugia e Oristano.

In ultima analisi, le *buone prassi* rappresentano soluzioni socialmente costruite di alcune problematiche che affliggono la giustizia civile, ove la ricerca di tali soluzioni e la costruzione delle stesse è determinata dalle occasioni di confronto di saperi professionali differenti.

Va precisato inoltre come il concetto di *buone prassi* o dall'inglese *best practices* non sia di certo nato nell'ambito degli Osservatori sulla giustizia civile.

La sua genesi viene fatta risalire all'inizio del secolo scorso <sup>42</sup>, in un contesto manageriale, mosso dall'intento di formalizzare procedure ripetibili nel tempo ed efficaci per il raggiungimento di obiettivi, nel massimo dell'economia.

Si tratta dunque di raccolte di regole pratiche, opportunamente selezionate e formalizzate, in quanto ritenute quelle maggiormente idonee ad essere generalizzate ad uno specifico contesto.

In tal senso, dunque, le *buone prassi* mostrano alcune caratteristiche ricorrenti: oltre all'efficienza e all'efficacia rispetto al raggiungimento di specifici obiettivi, le stesse incentivano la capacità di autovalutazione professionale e promuovono un cambiamento di cultura nel comportamento delle istituzioni e degli utenti coinvolti nello svolgimento di specifiche attività <sup>43</sup>.

Il concetto è stato poi adattato e utilizzato anche in contesti diversi da quello aziendale, per la creazione di *standards* operativi, condivisi ed efficienti.

Fuori dal contesto del *business management* (o *new public management*), infatti, il fenomeno ha assunto una portata globale estremamente rilevante, nell'ambito dei più svariati settori, come dimostra lo studio condotto dall'organizzazione *UN Habitat* delle Nazioni Unite, che ha istituito un *database* di più di 3800 delle migliori pratiche mondiali nella soluzione di problematiche sociali, economiche, ambientali, nonché appartenenti al mondo della giustizia, provenienti da 140 paesi <sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> TAYLOR, *The principles of scientific management*, New York, 1991, *passim*.

<sup>43</sup> In tal senso, v. la relazione sulle buone prassi del 27 luglio 2010, in *Rassegna Forense*, 2010, p. 186.

<sup>44</sup> Per maggiori approfondimenti, v. [www.bestpractices.org](http://www.bestpractices.org).

Anche a livello europeo vi è molta attenzione alle buone pratiche nel campo della giustizia civile. La Commissione per l'efficienza della giustizia, istituita presso il Consiglio d'Europa (CEPEJ), svolge da tempo un'attività di monitoraggio delle prassi virtuose sviluppatesi nei diversi Stati Membri, al fine di diffondere la condivisione delle conoscenze come strumento per rompere l'isolamento delle Corti e migliorarne competenze e abilità <sup>45</sup>.

A livello nazionale, l'importanza delle *buone prassi* nel campo della giustizia è riconosciuta non solo dagli operatori professionali, ma anche in sede istituzionale.

Con delibera del 23 luglio 2008, il Consiglio Superiore della Magistratura ha infatti istituito una Struttura Tecnica per l'Organizzazione (c.d. STO), il cui obiettivo formale è proprio quello di «promuovere il confronto e la diffusione di *buone prassi* metodologiche ed operative anche attraverso la sperimentazione e l'utilizzazione di tecniche innovative» <sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> V. il *report* sulla qualità della giustizia per l'anno 2019, <https://rm.coe.int/cepej-gt-qual-2018-10-e-24th-meeting-report-en/16808f1f55>, ove, al punto 6, inserisce tra le fonti utilizzate per la redazione del documento, anche le *buone prassi* utilizzate dalle diverse Corti.

<sup>46</sup> Sulla cui attuale disciplina di funzionamento, v. la Delibera del CSM del 18 luglio 2018, su <https://www.csm.it/web/csm-internet/struttura-tecnica-per-l-organizzazione/ruolo>. Si aggiunge inoltre che, in seguito alla creazione della STO nel 2008, con le Delibere del 27 luglio 2010 (*Definizione, Rilevazione, Classificazione e Diffusione - Note metodologiche*) e del 16 marzo 2011 (*Istituzione della Banca dati Nazionale delle Buone Prassi*), il Consiglio ha previsto un percorso indirizzato a mettere in evidenza la realtà delle prassi territoriali, sulla base della definizione delle prassi maggiormente meritevoli di attenzione, creando così uno strumento di catalogazione e conoscenza messo a disposizione di tutti gli attori della giustizia. Tale settore, secondo quanto evidenziato dalla Delibera del 18 giugno 2018, è stato «recentemente rielaborato nel segno di una selezione delle prassi attuali e più adeguate alla moderna situazione degli uffici giudiziari (...)». Il nuovo progetto è stato avviato con la Delibera del 17 giugno 2015 che ha disposto la formazione di un archivio storico e la creazione di un nuovo portale, nonché un monitoraggio volto a verificare l'attualità delle buone prassi catalogate nella suddetta banca dati. Con Delibera del 7 luglio 2016, è nata poi la prima manualistica delle pratiche di organizzazione più diffuse negli uffici giudiziari, con la pubblicazione di un manuale ricognitivo dei relativi modelli; sul punto,

I principali compiti della struttura sono quelli di censimento, monitoraggio e classificazione delle *buone prassi* sul territorio, individuando quelle meritevoli, per darne adeguata diffusione e creare modelli virtuosi di organizzazione giudiziaria che possano essere presi come esempi nella gestione della giustizia. A tal proposito, già nel 2010, la suddetta Struttura Tecnica per l'Organizzazione ha pubblicato una relazione sulle *buone prassi* <sup>47</sup>, frutto dello studio e dell'analisi di un gruppo di lavoro propriamente dedicato a tale scopo.

Il documento assume notevole rilevanza in questa sede per molteplici ragioni. In primo luogo, il testo costituisce un primo riconoscimento ufficiale del ruolo di organizzazione e regolazione processuale delle *best practices* nel settore della giustizia civile.

In secondo luogo, il documento propone una classificazione delle diverse tipologie di *buone prassi*, suddivise per macro aree, che costituirà un primo punto di partenza di questa indagine.

Di questa classificazione si intende riprendere di seguito solo le macro aree che interessano espressamente il fenomeno delle *buone prassi* e dei protocolli d'intesa, rinviando per ulteriori approfondimenti al testo integrale della relazione <sup>48</sup>.

In particolare, nel citato documento vengono individuate: prassi sulle modalità di partecipazione dei professionisti all'attività giudiziaria, che mirano a rafforzare e a diffondere tra gli operatori un'etica di collaborazione e corresponsabilità; prassi volte ad incidere sull'organizzazione del lavoro dei

---

si osserva come nell'ambito del progetto di reingegnerizzazione del sistema informatico del CSM, anche l'intera banca dati, nonché il sistema di alimentazione della stessa, sia stato completamente informatizzato.

<sup>47</sup> Relazione sulle buone prassi del 27 luglio 2010, cit., p. 185 ss., il cui fine è innanzitutto quello di dare una definizione della nozione di *best practices*, nonché di censire quelle maggiormente virtuose e di classificarle, precisando al contempo la metodologia di suddivisione.

<sup>48</sup> V. <https://www.csm.it/web/csm-internet/lavori-del-consiglio/focus-e-approfondimenti>.

magistrati e delle varie attività processuali; prassi che coinvolgono propriamente l'attività giurisdizionale di interpretazione condivisa delle norme processuali <sup>49</sup>. La comprovata rilevanza di questi strumenti, di per sé estranei al sistema processuale, ha suscitato però tra i giuristi e gli studiosi del processo dubbi ed incertezze circa l'effettivo significato del fenomeno, di cui, in dottrina, sono emerse diverse definizioni.

Per Verzelli <sup>50</sup> un protocollo «è un documento che raccoglie un insieme di regole convenzionali definite in modo concordato da un gruppo interprofessionale di attori»; per Caponi <sup>51</sup> il «protocollo d'udienza è una codificazione di prassi autoregolamentate e condivise, orientate nel loro complesso alla conseguenza di promuovere efficienza nella gestione del processo»; per Costantino-Braccialini <sup>52</sup> «gli osservatori elaborano e concertano prassi virtuose condensate in appositi massimari chiamati protocolli, che si muovono a cavallo tra l'aspetto deontologico e quello normativo-integrativo, nei limiti posti dai 'paletti' del sistema processuale»; per Breggia <sup>53</sup> «i protocolli d'udienza sono volti a regolare le modalità di svolgimento delle attività processuali colmando gli spazi bianchi lasciati dalle norme e proponendo le prassi applicative e organizzative ritenute migliori in vista del funzionamento celere e razionale del processo. È una sorta di normazione «secondaria» e attuativa «affidata all'elaborazione degli operatori» <sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> V. il testo della relazione, cit., p. 189.

<sup>50</sup> VERZELLI, *op. cit.*, p. 57.

<sup>51</sup> CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile*, cit., c. 11.

<sup>52</sup> COSTANTINO-BRACCIALINI, *Osservatorio per la giustizia civile di Genova. Un protocollo in materia di spese giudiziali*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 403.

<sup>53</sup> BREGGIA, *Rifondazione normativa o prassi virtuose per accelerare la fase introduttiva del processo civile di cognizione?*, in *Giur. it.*, 2004, parte I, p. 1093 ss., parte II, p. 1325 ss.; della stessa a. v. anche *Dalle prassi esistenti*, cit., p. 2434 ss.

<sup>54</sup> BREGGIA, *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli: l'autoriforma possibile*, in *Gli Osservatori*, cit., p. 52.

Secondo la delibera del CSM datata 20 novembre 2002, invece, «il protocollo è un'intesa convenzionale tra istituzioni diverse, nell'ottica di un confronto su problematiche comuni all'avvocatura e alla magistratura». Il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione nella sua relazione annuale sull'amministrazione della giustizia, già nel 2005 invocava positivamente l'utilizzo e la diffusione dei protocolli, evidenziando come «la capacità di persuasione che da sempre accompagna le buone prassi» rappresenta un valore da perseguire, nell'ottica di migliorare l'efficienza della giustizia civile.

Partendo da queste osservazioni di carattere storico, le pagine che seguono sono dunque il frutto di una riflessione che cerca di dare una risposta di sistema al fenomeno in esame. Prima di procedere ad un'analisi teorica, come si accennava in precedenza, si ritiene tuttavia opportuno partire dal dato empirico, cioè dall'analisi e dal confronto delle previsioni contenute nei protocolli.

## **2. Il contenuto variabile e multiforme dei protocolli: un tentativo di classificazione.**

L'analisi comparata delle norme contenute nei protocolli, di cui di seguito si riportano gli esiti, permette di comprendere la portata del fenomeno in oggetto, individuando fin d'ora le questioni maggiormente problematiche di cui si dovrà tenere conto nella fase successiva di inquadramento teorico-sistematico.

Sul punto, infatti, il valore e l'efficacia dei protocolli dipende necessariamente dal loro contenuto e dalla formulazione delle previsioni ivi raccolte, sicché la risposta alla domanda relativa alla loro natura giuridica ed efficacia non può prescindere dall'esame del dato empirico e della sua applicazione pratica.

Peraltro, un'analisi completa delle previsioni di tutti i protocolli - data l'eterogeneità delle regole - oltre che estremamente lunga e complessa, finirebbe per risultare inutile ai fini della nostra indagine.

Per questi motivi, per massimizzare l'efficienza della comparazione, l'analisi empirica si concentrerà sul confronto di cinque protocolli (Roma, Bologna, Verona, Firenze e Milano) <sup>55</sup>, tutti disciplinanti la stessa fase processuale nel medesimo grado di giudizio. In particolare si è scelto di approfondire il *protocollo per le udienze civili*, dedicato all'organizzazione delle fasi di introduzione, trattazione e istruttoria, del giudizio primo grado.

Sono due gli aspetti che hanno maggiormente condizionato questa scelta.

Anzitutto, il protocollo per le udienze civili, presenta di per sé una rilevanza intrinseca, in quanto disciplina le fasi principali del processo ordinario di cognizione. In secondo luogo, costituisce l'esempio - con riguardo alla tipologia e alla formulazione delle previsioni - intorno al quale hanno preso vita anche i protocolli successivi, formatisi nell'ambito dei procedimenti speciali o della fase esecutiva.

Questa analisi comprenderà anche il protocollo relativo alla redazione degli atti processuali, adottato nel 2015 dalla Corte di cassazione e dal Consiglio Nazionale Forense. Si ritiene, infatti, che le previsioni ivi contenute e le questioni ivi sottese, assumano un ruolo determinante nella riflessione in merito al tema dell'inquadramento giuridico.

Dall'esame dei citati protocolli si può notare come il contenuto risulti variabile, con alcune somiglianze.

---

<sup>55</sup> Le ragioni della scelta sono da ricercare nella differente vocazione riscontrabile dal confronto dei citati protocolli per le udienze civili: mentre, come si vedrà, i protocolli di Roma, su cui v. [http://www.tribunale.roma.it/documentazione/D\\_9343.pdf](http://www.tribunale.roma.it/documentazione/D_9343.pdf), di Bologna, su cui v. il sito: <https://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/147397/OsservatorioCivileProtocolloGeneraleAggiornato2014.pdf/d183e920-41d3-4aa3-9596-5a8dbef8ffd5>, di Milano, su <http://milanoservatorio.it/i-protocolli-di-milano/>, presentano una vocazione maggiormente organizzativa; quelli di Firenze, su cui <http://milanoservatorio.it/wp-content/uploads/2016/04/protocollo-udienze-firenze.pdf>, e Verona, su <http://www.ordineavvocati.vr.it/sites/default/files/Testo%20aggiornato%20del%20Protocollo%20sul%20processo%20ordinario%20di%20cognizione.pdf>, presentano anche numerose previsioni di carattere interpretativo che, combinate a quelle di organizzazione, sono in grado di offrire una ricostruzione fedele della funzione e del ruolo svolto in generale dai protocolli d'intesa.

Alcuni di essi, come quello di Bologna e di Roma, hanno una vocazione più organizzativa; quello fiorentino e quello veronese, invece, dedicano ampio spazio anche alla funzione integrativa e interpretativa delle norme processuali, in tal senso incentivando maggiormente i giudici ad adottare una determinata interpretazione delle regole del processo, nella convinzione che la discrezionalità, o meglio, il cattivo uso del potere discrezionale, possa portare ad inefficienza <sup>56</sup>.

Riprendendo la classificazione delle prassi offerta dalla citata relazione del 27 luglio 2010 dalla «STO», le norme protocollari possono essere suddivise in diverse categorie.

Un *primo gruppo* di norme, che si rinviene in tutti i protocolli analizzati, mira a rafforzare i valori di collaborazione e cooperazione tra magistratura e avvocatura, come espressione degli artt. 2 Cost. e 88 c.p.c. <sup>57</sup>.

Rientrano in questo gruppo le cc.dd. norme di «cortesia» o di comportamento <sup>58</sup>, già direttamente o indirettamente inserite nel codice – il più delle volte in maniera generica – che nei protocolli vengono dettagliate nel loro significato.

Ne è un esempio l'art. 10 del protocollo fiorentino che, nell'ottica di rendere effettivo il colloquio processuale nell'ambito della prima udienza di trattazione, prevede che il giudice e i difensori si impegnino a:

---

<sup>56</sup> Così BREGGIA, *Dalle prassi esistenti alle prassi migliori*, cit., p. 478, nel commentare il contenuto del protocollo sulle udienze civili di Firenze.

<sup>57</sup> In particolare, il protocollo di Milano prevede un'intera sezione dedicata alla formulazione di previsioni che concretizzano il dovere di collaborazione secondo lealtà e probità ex art. 88 c.p.c. e che riguardano segnalazioni di cortesia tra giudice e difensori, tra i difensori medesimi e tra difensori e cancellerie; ugualmente, nella parte finale dello stesso protocollo si prevede una sezione intitolata: «piccoli accorgimenti per un miglior funzionamento della giustizia».

<sup>58</sup> CANELLA, *Gli accordi processuali*, cit., p. 399 e 428.



« a) delimitare il thema decidendum e il thema probandum; b) rendere noti ai difensori gli orientamenti in diritto del giudice e della sezione a cui appartiene; c) programmare le attività processuali future, se possibile anche con il calendario di tutte le fasi processuali e non solo dell'adempimento immediatamente successivo ».

Allo stesso modo, rientrano in questo primo gruppo anche le norme che raccomandano agli avvocati la puntualità in udienza <sup>59</sup> o la comunicazione al giudice della transazione stragiudiziale della controversia.

Con riguardo alla formulazione degli atti processuali da parte degli avvocati, si prevede che la stessa debba essere chiara, precisa e sintetica <sup>60</sup> e che le istanze istruttorie contenute nelle memorie *ex art.* 183, comma 6°, n. 2 o n. 3 c.p.c., non debbano reiterare richieste non più attuali in base ad un giudizio di rilevanza e opportunità, in un'ottica di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo.

Un *secondo gruppo* di norme è invece improntato al *case management* e mira ad ottenere una migliore organizzazione delle attività processuali tra avvocati, magistrati e cancellerie, anche mediante il corretto utilizzo degli strumenti informatici. Si tratta di regole che cercano di minimizzare il disagio degli operatori e degli utenti della giustizia, conformemente a quanto previsto dalla circolare del CSM <sup>61</sup> sulla valutazione della professionalità dei magistrati che, per l'appunto, prende in considerazione la capacità del giudice di organizzare il proprio lavoro.

---

<sup>59</sup> V. il protocollo di Milano, il quale, all'art. 5, richiede la massima cura nel rispetto dell'orario d'udienza, sia per il giudice che per i difensori.

<sup>60</sup> V. l'art. 6 del protocollo di Milano, cit., nel suo documento integrativo del 2006, nel quale si invitano i difensori «a redigere atti difensivi sintetici ed essenziali nell'argomentare e ad evitare il deposito di atti meramente ripetitivi di difese già svolte».

<sup>61</sup> V. la circolare, 8 ottobre 2007, n. 20691 e successive modifiche, in <https://www.csm.it/documents/21768/87331/Circolare+20691+del+2007+sulle+valutazioni+di+professionalit%C3%A0+%28e+successive+modifiche+al+21+febbraio+2018%29/5cd7918c-7099-4e8a-bdd4-522b23ce8415>.

Al riguardo, in un'ottica di *case management* si raccomanda la fissazione, per ogni giorno di udienza – anche mediante l'utilizzo dello strumento previsto dall'art. 168-*bis*, 5° comma, c.p.c. – di un numero di cause tale da consentirne l'idonea trattazione, attraverso l'organizzazione delle stesse per fasce orarie omogenee e per tipologie di attività processuali<sup>62</sup>; al fine di velocizzare i tempi delle udienze, nonché una maggiore accessibilità dei verbali, si auspica ad una verbalizzazione informatica delle attività compiute durante le udienze.

In questo secondo gruppo vi rientrano anche le norme che mirano alla tendenziale concentrazione delle attività di cui all'art. 183 c.p.c. in un'unica udienza, salvo il differimento eccezionale, *ex art.* 183, 1° comma, c.p.c.

A titolo esemplificativo, il protocollo di Verona, al punto 14, lett. a), in caso di opposizione a decreto ingiuntivo, prevede il differimento eccezionale dell'udienza per decidere sulle richieste di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c., qualora il convenuto si sia costituito oltre i termini di legge; ancora, il punto 15 dello stesso protocollo dispone il differimento eccezionale dell'udienza, finalizzato a consentire all'attore di proporre le eccezioni consequenziali alle difese del convenuto che si sia costituito direttamente all'udienza *ex art.* 183 c.p.c.

Ugualmente, per assicurare la tendenziale prevedibilità temporale dell'istruttoria, si raccomanda la concentrazione della prova per testi in un'unica udienza<sup>63</sup>, ovvero, in alternativa, la fissazione di un calendario delle udienze *ex art.* 81-*bis* disp. att. c.p.c.

---

<sup>62</sup> Così il protocollo di Bologna, il Protocollo di Firenze e il Protocollo di Roma ai punti nn. 3 e 4, secondo cui «l'udienza mattutina è divisa in fasce orarie di durata non superiore a sessanta minuti»; si invitano inoltre le parti a fissare le cause rinviate *ex art.* 181 c.p.c. e 309 c.p.c. nell'ultima fascia. Anche il protocollo di Milano, all'art. 2, incentiva all'utilizzo dell'art. 168, 4° e 5° comma, c.p.c., ai fini di una migliore organizzazione delle udienze, nonché al fine di individuare un numero massimo di cause per ogni giorno di udienza raggruppate per fasce orarie.

<sup>63</sup> V., in tal senso il protocollo di Verona che indica la preferibile assunzione dei mezzi di prova nell'ambito di una sola udienza, fissando, ove ciò non fosse possibile un calendario di massima per lo svolgimento della stessa.

Infine, altre previsioni invitano i difensori a richiedere i termini per il deposito delle memorie *ex art. 183, comma 6° c.p.c.*, solo ed esclusivamente quando i predetti atti si rendano necessari rispetto ad esigenze di precisazione o modificazione delle domande avverso eccezioni o conclusioni già presentate. Questa previsione, assume un'importanza particolare nel protocollo di Firenze, ove si prevede che il mancato rispetto di tale disposizione incida sulle relative spese processuali:

*« qualora siano depositate memorie ex art.183 comma 6 n. 1 c.p.c. non attinenti nel loro contenuto a quanto ivi previsto, le spese relative saranno considerate non ripetibili ai sensi dell'art.91 c.p.c. <sup>64</sup> ».*

Un *terzo gruppo* di disposizioni è volto invece ad offrire interpretazioni condivise di norme processuali opinabili, ovvero di norme lacunose e ambigue.

Anzitutto, in un'ottica di interpretazione teleologica delle norme, si collocano le disposizioni che invitano al completamento, in chiave garantista, dell'avvertimento di cui all'art. 163, 3° comma, n. 7 c.p.c., con l'invito, non solo a costituirsi tempestivamente, ma anche a rivolgersi sollecitamente ad un avvocato per la predisposizione della difesa <sup>65</sup>.

Ancora, alcune norme si limitano a «codificare», per ragioni di certezza e chiarezza, interpretazioni normative condivise.

In tal senso, si collocano le previsioni che individuano espressamente l'ultimo momento utile per contestare le allegazioni della controparte <sup>66</sup>; quelle che

---

<sup>64</sup> V. protocollo di Firenze, al punto 14, n. 4. In tal senso anche il protocollo di Verona, all'art. 15, lett. e).

<sup>65</sup> Il protocollo di Firenze, predispone già un modello di «avvertimento», contenente la suddetta integrazione; anche il protocollo veronese prevede, al punto 7), un'integrazione all'avvertimento di cui all'art. 167, 3° comma, n. 7, c.p.c., rendendo opportuna anche l'indicazione al convenuto di rivolgersi quanto prima ad un avvocato e ricordando che, per chi versa in particolari condizioni, la legge assicura una difesa gratuita.

<sup>66</sup> V. punto n. 15), lett. f) del protocollo di Verona.

esprimono la necessità di un'autorizzazione del giudice per la chiamata in causa dei terzi da parte dell'opponente, nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo <sup>67</sup>; o, ancora, quelle volte a specificare che per l'individuazione del termine per la costituzione dell'attore, ex art. 165 c.p.c., si deve avere riguardo al momento del perfezionamento della notifica per il convenuto e non al momento di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

Altre disposizioni, invece, mostrano un approccio maggiormente «creativo», la cui inosservanza è tra l'altro spesso accompagnata da conseguenze sfavorevoli per il trasgressore, il quale può incorrere in una decadenza (ancorché endoprocessuale, come si avrà modo di osservare) o in una condanna sul piano delle spese processuali.

In tal senso, il protocollo di Firenze, al punto 24, dispone che se il convenuto non cita il terzo entro il novantunesimo giorno anteriore all'udienza di comparizione spostata dal giudice su richiesta dello stesso convenuto, lo stesso dovrà ritenersi decaduto dalla relativa facoltà di chiamata in causa del terzo, senza possibilità di richiedere l'applicazione della proroga ex art. 154 c.p.c.

Tale previsione, va poi letta in combinato disposto con il punto 30 dello stesso protocollo, il quale prevede che:

*« la decadenza dalla facoltà di chiamare in causa un terzo avrà valore esclusivamente endoprocessuale, pertanto la causa separatamente proposta contro il terzo potrà essere riunita alla causa in cui si è verificata la decadenza dalla chiamata. 2. Il giudice valuterà ovviamente la ricorrenza dei motivi di connessione e l'opportunità della riunione ».*

Queste norme hanno sollevato alcune osservazioni da parte della dottrina, posto che la previsione di una decadenza accompagnata dalla possibilità di una sua sanatoria tramite l'instaurazione di un nuovo giudizio con successiva riunione, non sembra semplificare l'andamento del processo, contrariamente alla stessa

---

<sup>67</sup> Sul punto, v. l'art. 16, lett. d) del protocollo di Verona, in cui si dà atto che la norma espressamente mira alla composizione di un contrasto giurisprudenziale.

*ratio* del protocollo. Ugualmente si è evidenziato con riguardo alla previsione di un termine di decadenza c.d. endoprocessuale <sup>68</sup>.

Un'altra previsione del protocollo fiorentino che ha destato alcune perplessità in dottrina è quella prevista al punto n. 27, relativa alla c.d. «domanda trasversale». Il citato articolo precisa che:

« 1. la domanda del convenuto contro altro convenuto (c.d. domanda trasversale) dovrà essere proposta a pena di decadenza nella comparsa di risposta tempestivamente depositata entro venti giorni prima dell'udienza ex art. 183 c.p.c. 2. La domanda trasversale non renderà necessario lo spostamento dell'udienza ex art. 183 c.p.c. e il convenuto destinatario della domanda potrà svolgere le sue difese e proporre domande riconvenzionali all'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c. »

In questo senso, la previsione del protocollo mostra di condividere l'orientamento, tutt'altro che pacifico <sup>69</sup>, che inquadra la domanda trasversale – la cui disciplina non è presente nel c.p.c. –, nell'ambito della disciplina della domanda riconvenzionale e non in quella della chiamata del terzo, con successivo differimento dell'udienza, secondo il meccanismo previsto dall'art. 269 c.p.c.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> L'art. 269, 2° comma c.p.c., con riguardo alla citazione del terzo, si limita a prevedere che la stessa debba avvenire a cura del convenuto.

<sup>69</sup> In dottrina, v. RONCO, *Appunti sulla domanda proposta da un convenuto contro l'altro*, in *Giur. it.* 1999, p. 2290; TARZIA, *Sulla proposizione della domanda tra litisconsorti*, in *Giur. it.*, 1970, p. 804 ss.; MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001, p. 1058; VULLO, *La domanda proposta da un convenuto contro l'altro: condizioni di ammissibilità, termini e forme*, in *Giur. it.*, 2002, 8-9, p. 1778; in senso contrario invece EVANGELISTA, voce *Riconvenzionale*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXVII, Roma, 1991, p. 4 e SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, p. 360.

<sup>70</sup> Condividono questa impostazione, in dottrina, CAMASTRI, *Sulla riconvenzionale in confronto di altro convenuto*, nota a Trib. Lucca, 14 gennaio 2002, in *Giur. mer.*, 2002, p. 1220 ss.; TARZIA, *op cit.*, in *Giur. it.*, 1970, I, c. 804 ss.; SPARANO, *Domanda riconvenzionale tra convenuti*, in *Dir. e giur.*, 1958, p. 920. In giurisprudenza, v. Cass., 12 novembre 1999, n. 12558, in *Mass. Giust.*

Come sopra accennato, la previsione ha sollevato alcuni dubbi, tanto che secondo una parte della dottrina la norma ha esteso la preclusione di cui all'art. 183, 5° comma c.p.c., anche al convenuto destinatario della domanda trasversale, benché le posizioni dei soggetti coinvolti non possano ritenersi in alcun modo assimilabili<sup>71</sup>. Tale assimilazione creerebbe inoltre una disparità di trattamento tra convenuti: chi ha proposto la domanda trasversale, infatti, disporrebbe del termine di cui all'art. 163-bis c.p.c., decurtato di venti giorni, per organizzare la propria difesa e proporre la domanda trasversale, mentre il convenuto contro cui è proposta tale domanda finirebbe per avere solamente venti giorni per difendersi.

Pur non condividendo le predette obiezioni della dottrina circa il necessario differimento dell'udienza - essendo il destinatario della domanda trasversale già parte in giudizio -<sup>72</sup>, ma non potendosi soffermare a pieno sulle motivazioni di tale dissenso visto lo scopo della presente indagine, ci si limiterà ad osservare come, a prescindere dalla fondatezza delle perplessità della dottrina, in tali situazioni di dubbio, si ritiene più utile operare un'interpretazione che, più che «restringere» l'ambito dei diritti riconosciuti alle parti, ne estenda la portata;

---

*civ.*, 1999, p. 2235; Cass., 4 gennaio 1969, n. 9, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 804 ss.; *contra*, Trib. Monza, 16 giugno 2005, n. 1828, in *Dejure*; Trib. Torino, 16 marzo 1999, in *Giur. it.*, 1999, p. 2290, che invece, hanno ritenuto applicabile lo schema della chiamata in causa di terzo. Così anche la giurisprudenza maggioritaria, v. Trib. Milano, 8 febbraio 2019, n. 1306 in *Dejure*; Cass., 4 gennaio 1969, n. 9, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 609; Cass., 26 marzo 1971, n. 894, in *Mass. Giust. civ.*, 1971; Cass., Cass., 17 marzo 1990, n. 2238, in *Mass. Giust. civ.*, p. 3; Cass., 12 novembre 1999, n. 12558, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 2235; nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Napoli, 20 settembre 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 992; Trib. Lucca, 14 gennaio 2002, in *Giur. merito*, 2002, p. 1219; Trib. Varese, sez. I civ. (ord.) 1 luglio 2010, in *www.dirittoeprocesso.com*. In senso contrario v. App. Lecce, 7 maggio 1954, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1955, I, p. 37; Trib. Napoli, 24 giugno 1958, in *Dir. e giur.*, 1958, p. 920 con nota di SPARANO, Cass., 12 aprile 2011, n. 8315, in *Guida dir.*, 2011, pp. 32, 79.

<sup>71</sup> In tal senso, CANELLA, *op. cit.*, p. 426.

<sup>72</sup> In questo caso, dunque, non sarebbe necessario spostare la data dell'udienza per consentire il rispetto dei termini di comparizione *ex art.* 163-bis c.p.c., come invece risulta necessario in caso di chiamata in causa di terzo. V. RONCO, *op. cit.*, in *Giur. it.* 1999, p. 2292.

sicché, in questo caso, qualora risulti necessario dalla complessità della causa, al convenuto della domanda trasversale dovrebbe riconoscersi la possibilità di integrare la propria difesa, eliminando così eventuali obiezioni circa il rispetto del principio del contraddittorio.

Un'altra previsione che si ritiene utile analizzare in questa breve analisi comparata sul contenuto dei protocolli, è quella inserita nel protocollo d'intesa relativo alle regole redazionali dei motivi di ricorso in Cassazione, concluso in data 17 dicembre 2015 <sup>73</sup> tra la Corte di cassazione e il Consiglio Nazionale forense. L'espressa intenzione del protocollo è quella di dare maggiore concretezza, definendone «in modo chiaro e stabile il senso e i limiti», al principio di autosufficienza del ricorso in Cassazione come conclamato dalla giurisprudenza, considerato che il sovradimensionamento dei ricorsi ostacola la comprensione del loro contenuto, determinando effetti negativi sull'efficienza e la celerità della decisione finale.

Ciò posto, al fine di mitigare le preoccupazioni dei difensori a non vedersi però dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto di autosufficienza, si prevede un modello con cui redigere i ricorsi che ne definisca i limiti dimensionali e di contenuto. Nel protocollo viene dunque individuato uno schema diviso in sezioni <sup>74</sup>, per ognuna delle quali si indica nel dettaglio il contenuto, precisando anche di quante righe o pagine debba essere l'esposizione <sup>75</sup>; i motivi di

---

<sup>73</sup> Il testo lo si può rivenire sul sito del Consiglio nazionale forense: [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it). Si veda anche il protocollo successivo alla riforma attuata con l. 25 ottobre 2016, n. 197, consultabile sul sito: [https://www.consiglionazionaleforense.it/protocolli/-/asset\\_publisher/3Pbavf6hHwa4/content/protocollo-cassazione-cnf-avvocatura-nuovo-rito-civile-cassazione?inheritRedirect=false](https://www.consiglionazionaleforense.it/protocolli/-/asset_publisher/3Pbavf6hHwa4/content/protocollo-cassazione-cnf-avvocatura-nuovo-rito-civile-cassazione?inheritRedirect=false).

<sup>74</sup> Lo schema si divide in: parte ricorrente; parte intimata; sentenza impugnata; oggetto del giudizio; valore della controversia; sintesi dei motivi; svolgimento del processo; motivi di impugnazione; conclusioni; documenti allegati.

<sup>75</sup> Ad esempio, nella sezione intitolata «oggetto del giudizio» si precisa come il difensore debba indicare «un massimo di dieci parole chiave, tra le quali vi debbono essere quelle riportate nella nota di iscrizione a ruolo, che descrivano sinteticamente la materia oggetto del giudizio».

impugnazione, ad esempio, devono essere contenuti in un limite massimo di trenta pagine. In apertura si precisa anche il formato dei foglio, il carattere del *font*, la grandezza dello stesso, etc.

Si tratta dunque di una «guida» per il difensore su come redigere un ricorso in Cassazione. Quello che però interessa maggiormente in questa sede è contenuto nelle note del protocollo e, in particolare, nella nota n. 2. Detta nota dispone, da un lato, che:

*« il mancato rispetto dei limiti dimensionali indicati nel modulo e delle ulteriori indicazioni ivi previste non comporta l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso (e degli altri atti difensivi or ora citati), salvo che ciò non sia espressamente previsto dalla legge ».*

Dall'altro lato, invece, prevede che:

*« il mancato rispetto dei limiti dimensionali, salvo quanto in appresso indicato, è valutabile ai fini della liquidazione delle spese del giudizio ».*

Inoltre, in caso di superamento dei limiti ivi indicati, il difensore deve adeguatamente motivare il predetto superamento all'interno del medesimo ricorso. L'adeguatezza di tale motivazione sarà però oggetto di valutazione da parte della stessa Corte e, nel caso in cui venga reputata insoddisfacente, il comportamento del difensore può essere valutato ai fini della liquidazione delle spese giudiziali.

Ebbene, anche in questo caso – come in quelli analizzati sopra –, la previsione di conseguenze negative in caso di inosservanza delle norme protocollari, invita il giurista a riflettere sulla reale portata di questi strumenti, in termini di efficacia. In tal senso, l'efficacia meramente persuasiva che spesso viene acclarata nella parti introduttive degli stessi protocolli, rischia di entrare in crisi laddove si ammette che il mancato adempimento determina delle conseguenze; conseguenze che possono avere un carattere giuridico, come quelle appena



evidenziate, ovvero sociale <sup>76</sup>; in tal senso, potrebbe considerarsi una conseguenza negativa, la riprovazione dei Tribunali o degli Ordini forensi <sup>77</sup>; conseguenze negative possono infine essere quelle disciplinari.

Sul punto si richiama l'opinione del CSM, espressa con Delibera del Consiglio del 20 novembre 2002 <sup>78</sup> nella quale, dal un lato, si precisa la non vincolatività delle norme protocollari non tradotte in criteri tabellari e la loro conseguente subordinazione alle norme processuali; dall'altro, si evidenzia come, anche qualora le regole non siano tradotte in previsioni tabellari, l'inosservanza delle stesse debba essere valutata in relazione al rispetto dei valori di collaborazione e buona amministrazione del servizio-giustizia; sicché, secondo la predetta delibera, gli organi disciplinari sono deputati a valutare le possibili ricadute in termini di disservizio delle inosservanze delle previsioni protocollari nell'ambito del giudizio di professionalità del magistrato.

---

<sup>76</sup> Sul punto, v. CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile*, cit., c. 11; ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, p. 23 e 29.

<sup>77</sup> Ciò alla luce dell'importanza che gli stessi Ordini forensi riconoscono ai protocolli; sul punto, v. VERZELLONI, *Analisi organizzativa*, cit., p. 45 ss. che riporta il caso di Roma ove, dopo un anno dall'entrata in vigore del protocollo civile, ha diffuso in questionario per verificare l'effettiva diffusione dello strumento e di altre realtà come Firenze, Milano e Reggio Calabria dove si è cercato di monitorare l'applicazione dei protocolli, andando ad apportare modifiche laddove il protocollo fosse risultato poco applicato.

<sup>78</sup> Di seguito il quesito proposto al Presidente della prima sezione penale di Tribunale di Salerno: «la competenza a decidere in ordine alle modalità di gestione dell'udienza penale dibattimentale - Poteri del Presidente di Sezione - Valore dei c.d. protocolli eventualmente stipulati con l'avvocatura, ovvero dei relativi decreti del Presidente del Tribunale e del Presidente della Corte di Appello».

### **3. Note conclusive: primi spunti di riflessione sulle *buone prassi* tra regole di cortesia, di *case management* e di interpretazione delle norme processuali.**

Come si è avuto modo di osservare, le previsioni contenute all'interno dei protocolli d'intesa hanno carattere eterogeneo.

Da un lato, le previsioni di mera cortesia non sollevano particolari problemi di ordine giuridico, in quanto stabiliscono regole di comportamento che incentivano la collaborazione tra giudici e avvocati e specificano doveri e obblighi che, non essendo dettagliati all'interno del codice, rischierebbero di rimanere in concreto inattuati. In definitiva, dette regole devono certamente essere accolte con favore.

Devono ugualmente essere accolte con favore le previsioni di carattere organizzativo. In tal senso, la limitazione territoriale ad uno specifico Tribunale o Corte d'appello non si pone come un limite di operatività delle stesse, in quanto è proprio differenziando le singole realtà che è possibile affrontare «su misura» problematiche specifiche di amministrazione della giustizia che non necessariamente risultano condivise. In tal senso, è apprezzabile lo sforzo di incentivare l'uso di strumenti di *case management*, i quali accentuano l'importanza, in chiave funzionale, di una migliore organizzazione del lavoro da parte del magistrato.

Dall'altro lato, invece, le previsioni interpretative delle norme processuali, specialmente quelle che individuano conseguenze negative in caso di inadempimento, pongono una serie di questioni che, sul piano dell'inquadramento giuridico dovranno essere tenute in dovuta considerazione. Più nello specifico, benché l'intento di assicurare una maggiore predittività circa l'interpretazione delle norme processuali debba ritenersi certamente apprezzabile sul piano pratico, seppur con alcuni rischi, detto intento solleva alcune riflessioni sul piano teorico generale.

Volendo affrontare in questa sede solamente le problematiche di ordine pratico, va evidenziato come, un limite all'operatività e all'utilità di queste previsioni, possa essere rappresentato dalla dimensione territorialmente circoscritta in cui esse operano.

Questa circostanza rischia di creare notevoli problemi e difficoltà in capo agli avvocati, non tanto a quelli appartenenti all'ordine forense nella cui circoscrizione è stato adottato il protocollo, quanto a quelli che, provenendo da ordini differenti, si trovino ad operare in quel foro.

Su di essi, infatti, incombono oneri aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal codice, in quanto l'avvocato dovrà verificare, anzitutto, l'esistenza di un protocollo – il cui testo, spesso, non è facilmente accessibile –, adattando di volta in volta l'interpretazione delle regole processuali alle previsioni ivi concordate.

In ultima analisi, il rischio è quello di una moltiplicazione delle regole e delle loro modalità applicative.

In tal senso, il pregio della maggiore predittività potrebbe vedersi fortemente limitato.

Da una parte, come si è visto, vi sarebbe una duplicazione degli oneri e degli obblighi riconosciuti in capo agli avvocati; dall'altra, vi sarebbe un aumento di fonti di regolazione, le quali, invece che operare una semplificazione, potrebbero creare maggiore incertezza nel sistema; incertezza data dalla compresenza di previsioni eterogenee, non solo con riguardo alla fonte, ma soprattutto con riguardo all'efficacia.

Un ulteriore profilo che tuttavia verrà trattato più approfonditamente nel prosieguo, attiene alla funzione svolta dalle disposizioni che prevedono conseguenze negative per i «trasgressori».

Come sopra accennato, il problema riguarda il profilo dell'inquadramento giuridico delle norme protocollari e della loro efficacia, essendo il tema delle

«conseguenze» un elemento che, secondo la teoria classica delle fonti, conferisce imperatività alle disposizioni <sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> MORRONE, *Le fonti*, cit., p. 28 ss.

## Capitolo Secondo

### **BREVI NOTE COMPARATISTICHE: GLI ACCORDI PROCESSUALI COLLETTIVI TRA AUTONOMIA DISPOSITIVA E AUTONOMIA NORMATIVA**

SOMMARIO: 1. Il duplice scopo della presente indagine: il metodo comparatistico come strumento per migliorare la comprensione del fenomeno delle *buone prassi* nell'ordinamento italiano. – 2. La funzione dispositiva dei *contrats de procédure* nella gestione del processo civile francese. – 2.1 *segue*: le principali linee del dibattito sviluppatosi intorno al fenomeno della *contractualisation du litige* e della *contractualisation de l'instance*. – 3. L'(auto)regolazione del processo da parte delle Corti internazionali: il modello integrato della Corte di giustizia dell'Unione Europea. – 3.1. *segue*: Il ruolo delle *Raccomandazioni sulle domande di rinvio pregiudiziale* e delle *Istruzioni pratiche alle parti*. – 4. Il sistema multiforme delle fonti processuali adottato dalla Corte internazionale di giustizia. – 4.1. *segue*: la natura e lo scopo delle *Practice Directions* nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. – 5. Note conclusive al capitolo secondo: l'individuazione di un approccio «privatistico» e «pubblicistico» di analisi.

#### **1. Il duplice scopo della presente indagine: il metodo comparatistico come strumento per migliorare la comprensione del fenomeno delle *buone prassi* nell'ordinamento italiano.**

Le presenti note comparatistiche hanno un duplice scopo. Anzitutto, si intende dimostrare che l'uso di strumenti negoziali – unilaterali o bilaterali –, volti all'elaborazione di *buone prassi* interpretative e procedurali, non è un fenomeno circoscritto all'interno del nostro territorio nazionale e che, anzi, si inserisce nell'ambito di un *trend* internazionale da cui trae ampiamente spunto.

Sempre più frequentemente, infatti, anche in altri ordinamenti si utilizzano atti meta-giuridici per la gestione e regolazione del processo, con l'intento di creare strumenti di raccordo tra la norma giuridica in senso stretto e la prassi non scritta; strumenti che facilitino l'accesso alla giustizia e rispondenti ai principi di certezza e prevedibilità.

In ambito europeo si collocano in tale direzione plurime esperienze.

Tra queste, si richiamano – pur senza pretese di completezza – quella inglese dei *pre-action protocols*<sup>80</sup>, con cui si individuano le misure che le parti devono (o dovrebbero) adottare prima di avviare un procedimento, o quella francese dei *contrats de procédure*, di cui si tratterà brevemente nel prosieguo.

Anche in Germania vi sono alcune aperture in tal senso, specialmente nel settore del diritto di famiglia, ove si rende necessaria una deformalizzazione della procedura, nell'ottica di favorire il più possibile la collaborazione tra le parti<sup>81</sup>. Di tali strumenti meta-giuridici fanno ampiamente uso anche le Corti internazionali che, enfatizzandone l'utilità concreta, tendono ad integrarli nel sistema delle fonti processuali.

Delle esperienze sopra citate si analizzeranno soltanto quelle che hanno avuto un impatto maggiormente significativo sulla nascita e sullo sviluppo di protocolli d'intesa italiani o che attualmente offrono maggiori spunti di riflessione nel dibattito interno relativo alla costruzione di una teoria giuridica degli «accordi processuali collettivi».

---

<sup>80</sup> SIME, *A practical approach to civil procedure*, Oxford, 2017, p. 49 ss.; DWYER, *The civil procedure rules ten years on*, Oxford, 2009, pp. 9, 13-14.

<sup>81</sup> Si fa riferimento in particolare al c.d. modello *Cochem*, introdotto negli anni '90 da un giudice della Corte distrettuale di Cochem e poi diffusosi a livello nazionale; detto modello dispone modalità di gestione della procedura improntate alla collaborazione interdisciplinare tra le varie persone e istituzioni coinvolte nel processo di famiglia (giudici, uffici di assistenza per i giovani, psicologi, etc.). Sul tema, v. CHOUDHRY-HERRING, *The Cambridge companion to comparative family law*, Cambridge, 2019, p. 89, spec. note 29-30.

Nello specifico, si tratterà dei *contrats de procédure* francesi e delle disposizioni pratiche di carattere procedurale, utilizzate dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte internazionale di giustizia.

Per ciò che attiene all'esperienza francese, va rilevato come i *contrats de procédure* abbiano svolto un ruolo determinante nella formazione dei protocolli d'intesa italiani, tanto che questi ultimi ne riprendono le caratteristiche essenziali, tra cui, in particolare, le modalità di formazione, quale espressione di un principio generale di autonomia privata, la struttura bilaterale (o trilaterale) e la loro progressiva istituzionalizzazione <sup>82</sup>.

Per ciò che attiene invece all'esperienza delle Corti internazionali, si evidenzia come l'utilizzo da parte delle Corti interne di strumenti atipici, informali ed estranei alla nostra tradizione giudica, sia stato profondamente influenzato dal sistema internazionale che, da sempre, esalta, in tutti i campi del diritto, la funzionalità di strumenti «fluidi» con efficacia regolativa <sup>83</sup>; di tali strumenti, tuttavia, manca nel diritto interno una riflessione più ampia che ne approfondisca l'inquadramento sistematico in ambito processuale.

Ulteriormente, ed è questo il secondo motivo per cui si intende svolgere la presente trattazione, le esperienze dei *contrats* francesi e delle regole pratiche

---

<sup>82</sup> Si fa riferimento in particolare al progressivo coinvolgimento degli enti istituzionali, come gli Ordini degli avvocati o i Presidenti dei Tribunali, nella redazione dei protocolli, nonché all'espresso riconoscimento dell'esistenza e dell'importanza degli stessi da parte dell'ordinamento, v. in particolare la creazione della «STO» presso il CSM di cui si è trattato in precedenza.

<sup>83</sup> L'uso di strumenti meta-giuridici, infatti, si riscontra in molte altre aree del diritto. Senza pretese di completezza, si richiamano, in ambito penale, con particolare riguardo al settore della «colpa medica», le linee guida, volte a indirizzare più nel dettaglio il lavoro del medico, tanto da essere richiamate dallo stesso codice penale, all'art. 590-*sexies*, come modificato dalla legge, 8 marzo 2017, n. 24. Ugualmente, nel campo del diritto amministrativo, hanno acquisito sempre più importanza, specialmente con il nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50 del 2016, le linee guida dell'ANAC che ricoprono una funzione di regolazione, assimilabile per certi aspetti a quella dei regolamenti, sul punto, v. il parere del Consiglio di Stato, 1 aprile 2016, n. 855.

procedurali delle Corti internazionali, evidenziano i due possibili approcci di analisi - l'uno, per così dire, «privatistico» e l'altro «pubblicistico» - di un fenomeno che, seppur con le peculiarità dei singoli sistemi, può, ad avviso di chi scrive, essere considerato in maniera unitaria.

L'approccio seguito può portare, dunque, ad osservare il fenomeno degli accordi collettivi d'intesa secondo diverse prospettive, le quali - è bene precisarlo fin d'ora -, non si escludono necessariamente a vicenda, ma sollevano profili di riflessione profondamente diversi tra loro.

Più nel dettaglio. L'approccio seguito con i *contrat de procédure* francesi tende ad esaltare - anche solamente dal punto di vista formale - la contrapposizione tra categorie privatistiche e pubblicistiche, tra contratto e processo, dando rilevanza all'elemento volontaristico e strutturale dell'accordo, nonché richiamando il dibattito sul possibile utilizzo di categorie del diritto sostanziale per la regolazione del processo.

L'approccio di cui sono portatrici le Corti internazionali, invece, tende a dare rilevanza all'efficacia normativa degli strumenti in esame che, indipendentemente dalla struttura o modalità di formazione, sono inseriti, accanto alle fonti tradizionali del diritto, all'interno di un sistema processuale integrato e unitario.

Sul punto, va rilevato come i predetti approcci risaltino la contrapposizione tra le due possibili funzioni riconosciute dall'ordinamento giuridico all'autonomia negoziale, intesa in senso lato<sup>84</sup>; la quale, da una parte, può fungere da strumento per creare e regolare rapporti giuridici intersoggettivi<sup>85</sup>: autonomia c.d. «dispositiva»; dall'altra, invece, può essere riconosciuta come fonte di creazione di norme giuridiche, le quali diventano così parte integrante dello stesso

---

<sup>84</sup> Sul concetto ampio di autonomia, v. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 143, 115, 132, 172 e CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 52 e 60.

<sup>85</sup> Nel nostro caso dovrebbe farsi riferimento al c.d. rapporto processuale. Sul tema, v. FERRARA, *La nozione dei rapporti processuali*, in *Saggi di diritto processuale*, Napoli, 1915, *passim*, nonché il successivo capitolo terzo.



ordinamento che le riconosce come fonti del diritto: autonomia c.d. «normativa»<sup>86</sup>. Peraltro, solo in quest'ultimo caso, il negozio giuridico è considerato come un semplice veicolo per la formazione di una regola generalizzata e giuridicamente rilevante; nel primo caso, invece, il negozio giuridico consente alle parti di regolamentare i loro rapporti, ingenerando vincoli operanti solamente tra le parti stesse.

Ebbene, l'analisi di queste due esperienze e, specialmente, l'individuazione dei profili di ordine teorico-sistematico che hanno alimentato il dibattito negli ordinamenti citati, costituiranno la base, *mutatis mutandis*, per svolgere una riflessione più ampia sugli «accordi collettivi di procedura» e per l'individuazione delle questioni che anche nel nostro ordinamento richiedono imprescindibilmente un approfondimento.

Per tale ragione, le note comparatistiche che seguiranno, sono finalizzate – una volta inquadrati brevemente gli istituti di riferimento –, a mettere in risalto i punti di maggiore criticità evocati dalla dottrina e prospettati nei casi giurisprudenziali.

---

<sup>86</sup> Sulla predetta distinzione, v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 48 ss., spec. p. 50; sul concetto di autonomia «normativa», v. ZANOBINI, *La legge, il contratto collettivo e le altre forme di regolamento professionale*, in *Diritto del lavoro*, 1929, p. 334 ss. che la definisce come «la potestà riconosciuta dalle legge (o dalla costituzione) a una persona giuridica diversa dallo Stato, di dettare norme destinate a far parte dell'ordinamento giuridico statale».

## 2. La funzione dispositiva dei *contrats de procédure* nella gestione del processo civile francese.

I *contrats de procédure* nascono nei primi anni ottanta<sup>87</sup> dall'iniziativa degli operatori del diritto, al fine di accelerare le tempistiche del processo civile e al contempo assicurare una maggiore certezza delle regole processuali.

La grande elasticità del processo civile francese<sup>88</sup> – derivante dalla tradizionale mancanza di termini perentori e preclusioni<sup>89</sup> – e la conseguente discrezionalità del giudice nel governo del processo, ha progressivamente reso necessaria

---

<sup>87</sup> Per maggiori approfondimenti circa la nascita e l'evoluzione del fenomeno, v. ESTOUP, *Le contrat de procédure en appel*, in *Dalloz Chr.*, 1985, p. 195 ss.; CARATINI, *Le «contrat de procédure»: une illusion?*, in *Gazz. Pal.*, 1985, Doctr. I, p. 639 ss.; Id., *À propos du «contrat de procédure»*, in *Gazz. Pal.*, 1986, Doctr. I, p. 61 ss.; RUSQUEC, *À propos du contrat de procédure*, in *J.C.P.G.*, 1994, Doctr., p. 3774; MAGENDIE, *Le nouveau «contrat de procédure» civile*, in *Gazz. Pal.*, p. 94, 2001; CADIET, *La contractualisation de la procédure de la mise en état devant la 3e chambre de la Cour d'appel de Paris*, in *J.C.P.G.*, 2001, Chr. I, p. 311 ss.; Id., *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, in *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, p. 8 ss.; Id., voce *Contractualisation*, in *Dictionnaire de la justice*, Paris, 2004, p. 231 ss.; CADIET-NORMAND-AMRANI MAKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 2013, p. 208 ss.

<sup>88</sup> FARRAND, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker e Varano, Torino, 2005, p. 7 ss., spec. p. 9; CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla «regolazione collettiva» del processo civile*, in *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, cit., p. 412, la quale evidenzia come le uniche preclusioni riguardino il termine di quaranta giorni per la costituzione e quello di quindici per la costituzione del convenuto.

<sup>89</sup> Si evidenzia, tuttavia, come le più recenti riforme legislative si pongano in controtendenza con l'impostazione originaria del processo civile francese, con l'inserimento di termini e nuovi obblighi per gli avvocati, il mancato rispetto dei quali determina sanzioni; sul punto v. il *Décret* n. 1333 dell'11 dicembre 2019, entrato in vigore il 1° gennaio 2020, che ha apportato notevoli modifiche al processo civile francese, sia sul piano delle vere e proprie regole processuali, sia sul piano dell'amministrazione della giustizia.

l'individuazione di regole procedurali omogenee, volte ad assicurare una maggiore prevedibilità del sistema in termini di durata e di organizzazione.

Dette circostanze hanno portato dunque alla progressiva conclusione di accordi processuali <sup>90</sup>, frutto dell'autonomia negoziale delle parti coinvolte, finalizzati primariamente a colmare le lacune normative in merito alle tempistiche di svolgimento del processo e, specialmente, della c.d. *mise en état* <sup>91</sup> – corrispondente alla nostra fase istruttoria –, innanzi ai *Tribunaux de Grande Instance* e alle *Cours d'Appel*.

Generalmente, con il termine *contrats de procédure* la dottrina francese fa riferimento a due tipologie di negozi giuridici: da un lato, vi sono accordi nella loro dimensione «collettiva» e, dall'altro vi sono accordi nella loro dimensione «individuale» <sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> La figura del *contrat de procédure* è stata poi utilizzata anche in materia di informatizzazione del processo. Al riguardo, l'intenzione di implementare l'informatizzazione del processo e la conseguente necessità di disporre di uno schema processuale più rigido che si adattasse meglio alla logica dei sistemi informatici, ha portato alla conclusione di un accordo quadro tra Ministero della Giustizia e il *Conseil national des barreaux*, il 28 settembre 2007 e alla stipulazione di accordi esecutivi di tale accordo quadro nell'ambito delle singole giurisdizioni; v. ad esempio il caso del *Tribunal de Grande Instance de Bergerac* e l'allegato alla convenzione del 4 dicembre 2008 con cui il *Tribunal* e gli avvocati hanno dato esecuzione al contratto quadro del 28 settembre 2007 sull'informatizzazione del processo.

<sup>91</sup> Detta fase è regolata dagli artt. 763-787 *c.p.c.* sia innanzi al *Tribunal de Grande Instance* che innanzi alla *Cour d'Appel*, per via del rinvio operato dall'art. 910 *c.p.c.* Si svolge solamente nei casi più complessi che vengono trattati con c.d. *circuit long*. Si tratta di un tipo di procedura, accanto al *circuit court* e al *circuit moyen*, prevista per la trattazione delle cause maggiormente complesse, v. CANELLA, *op. cit.*, p. 408.

<sup>92</sup> CADIET, *Les jeux du contrat et du procès: esquisse*, in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, in *Mélanges en l'honneur de Gerard Farjat*, Paris, 1999, p. 23: «*Les contrat de procédure recouvert, à dire vrai, une réalité variable, depuis l'élaboration en commun par le juge et le parties du calendrier du procédural d'une affaire déterminée jusqu'à la négociation d'une convention collective de procédure civile entre une juridiction (...). Individuelle ou collective, apparaît ainsi la contractualisation de la procédure civile*».

Nella loro dimensione collettiva gli accordi sono conclusi tra i Presidenti delle singole giurisdizioni e gli Ordini degli avvocati; hanno una valenza generalizzata, anche se circoscritta sul piano territoriale alla giurisdizione di riferimento.

Si tratta dunque di convenzioni di amministrazione procedurale, nate inizialmente con lo scopo di fissare calendari standard con cui poter scandire<sup>93</sup> – con una certa elasticità –, i termini per lo svolgimento delle attività processuali; lo «schema» procedurale negoziato e contenuto nell'accordo collettivo veniva poi applicato dai giudici e dagli avvocati del caso concreto, sulla scia dei contratti di adesione<sup>94</sup>.

Il progressivo utilizzo dei *contrats*, quali strumenti di gestione condivisa del processo, e le potenzialità ad essi attribuiti dalla dottrina francese, ne ha ampliato, in una seconda fase, la portata applicativa.

L'esaltazione dei vantaggi derivanti dalla negoziazione della procedura, hanno favorito la conclusione di accordi, non solo di organizzazione della *mise en état*, ma, più in generale, di ricognizione di *buone prassi* interpretative, organizzative e processuali da seguire in tutte le fasi del processo, nell'idea che la collaborazione tra i protagonisti del processo potesse concretamente migliorare l'efficienza del servizio pubblico della giustizia.

---

<sup>93</sup> V. CANELLA, *op. cit.*, p. 403, ove si evidenzia che negli accordi collettivi vengono individuati i termini entro i quali deve essere fissata l'udienza di discussione, c.d. *audience de plaidoiries*, al termine della quale la causa viene trattenuta in decisione; detti termini vengono indicati in base alle peculiarità di tipologie di cause, raggruppate in base a standard omogenei. L'individuazione dell'udienza di discussione permette dunque di determinare a ritroso tutti gli altri termini processuali. Si lascia comunque un certo margine di elasticità, tale da poter adattare i termini per lo svolgimento delle attività processuali alle peculiarità del caso concreto.

<sup>94</sup> Fra le prime esperienze v. è quella del *Tribunal de Dijon e de Lyon*. Sul punto, v. GAGET, *Le contrat de procédure au tribunal d'instance de Lyon: un moyen d'améliorer le fonctionnement de la justice*, in *Gazette du Palais*, 1987, p. 498.

Nella loro dimensione «individuale», invece, gli accordi sono conclusi direttamente tra il *juge* della *mise en état* e gli avvocati della singola causa, tramite la negoziazione di un calendario.

La funzione del calendario è quella di scandire ancora più nel dettaglio le tempistiche del processo e di individuare i termini perentori per lo svolgimento delle attività processuali, in relazione alla complessità del caso concreto.

La possibilità di concludere questi accordi «individuali» veniva inizialmente prevista dagli stessi «contratti processuali collettivi»; a partire da 2005 e dal *Décret* n° 2005-1678 del 28 dicembre 2005, art. 23, tale facoltà è invece espressamente prevista dall'art. 764, co. 3 *c.p.c.*<sup>95</sup>, norma da cui ha poi preso ispirazione il nostro legislatore per novellare nel 2009 l'art. 81-*bis* disp. att. *c.p.c.*<sup>96</sup>.

In un'ottica volta ad incentivare la contrattualizzazione, si pongono anche le più recenti riforme del processo civile francese. In particolare, con *Décret*, 11 dicembre 2019, n. 1333, il legislatore ha implementato gli strumenti di c.d. *procédure participative* ai fini istruttori, consentendo agli avvocati di stipulare convenzioni privatistiche – disciplinate dal codice civile agli artt. 2062 e 2067 –, per la regolamentazione della fase della *mise en état*<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Così dispone l'art. 764 *c.p.c.*, co. 3 ss.: «*Il peut, après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état*»; «*Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision*»; «*Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée*»; «*le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige*».

<sup>96</sup> La legge, 18 giugno 2009, n. 69 ha introdotto anche nel nostro ordinamento l'istituto del «calendario del processo»; in tema v. SALVANESCHI, *La riduzione dei tempi del processo nella riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1560 e PAGNI, *La «riforma» del processo civile: la nuova dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1309.

<sup>97</sup> Sul punto, v. gli artt. 1546-1 e 1546-2, rubricati: *Dispositions relatives à la procédure participative aux fins de mise en état*, in relazione ai quali gli avvocati possono stipulare una

Ulteriormente, va evidenziato come le tipologie di previsioni contenute nei *contrat* collettivi presentino alcuni profili di similitudine, seppur con alcune differenze, con quelle contenute nei protocolli di procedura italiani.

Tale similitudine si evince dall'analisi degli accordi collettivi francesi, tra cui in particolare quello concluso tra il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi e l'*Ordre des avocats a la Cour de Paris* del 3 giugno 2008, di cui si tratterà brevemente, senza pretese di completezza.

L'accordo contiene alcune prescrizioni di mera cortesia, che invitano le parti a collaborare nel rispetto del contraddittorio e del principio di concentrazione e che, in tale ottica, invitano le parti ad indicare fin dalla fase introduttiva del giudizio, i fatti, i documenti e i mezzi di prova conosciuti, disponibili e necessari ai fini della decisione.

Altre previsioni hanno invece carattere meramente organizzativo e sono finalizzate ad agevolare il lavoro del giudice <sup>98</sup>; altre disposizioni ancora, contengono *buone prassi* interpretative e procedurali <sup>99</sup>, o arricchiscono le norme processuali, presentando, tuttavia, e in alcuni casi, una vocazione imperativa. Si colloca in questa direzione la previsione dell'accordo che introduce una causa di

---

convenzione relativa alle modalità con cui espletare la fase istruttoria, alleggerendo in tal senso il lavoro del giudice. Come rilevato in un recente convegno tenutosi all'Università di Bologna, in data 18 febbraio 2020, dalla prof.ssa Soraya Amrani-Mekki e dedicato alle nuove riforme del processo civile in Francia, il fine ultimo della previsione in esame – le cui modifiche apportate con il citato *Décret* del 2019 sono entrate in vigore il 1° gennaio 2020 – è quello di incentivare la c.d. privatizzazione dell'istruttoria, per ragioni di economia processuale, portando tale fase il più possibile al di fuori del processo, sicché al giudice viene demandata da ultimo la sola emanazione delle decisioni finali.

<sup>98</sup> In tale direzione, l'accordo prevede che la comunicazione dei documenti sia accompagnata da un elenco numerato ovvero che in caso di citazioni dottrinali e giurisprudenziali, queste debbano indicare i riferimenti della loro pubblicazione.

<sup>99</sup> Sul punto, nella prima versione dell'accordo, si precisava, in mancanza di una previsione normativa al riguardo, cosa dovesse contenere il *Rapport* del giudice all'udienza di discussione orale. Tale disposizione negoziale è poi confluita, nel 2005, nel *c.p.c.* francese e in particolare, all'art. 785, co. 2°.

nullità della domanda (*assignation*), non prevista dal *c.p.c.* francese, qualora questa non presenti i requisiti di contenuto-forma previsti dagli artt. 750 *c.p.c.*, introdotti con il *Décret* del 28 dicembre 2005 <sup>100</sup>.

## **2.1. segue: le principali linee del dibattito sviluppatosi intorno al fenomeno della *contractualisation du litige* e della *contractualisation de l'instance*.**

Delineati gli aspetti essenziali del fenomeno dei *contrats de procédure* francesi, ciò che interessa in questa sede attiene principalmente alle questioni di carattere teorico-giuridico che hanno interessato il dibattito dottrinale e alle conseguenti riflessioni scientifiche che ne sono derivate.

Al riguardo, l'utilizzo del termine «*contrat*», ha portato la dottrina francese – quantomeno in un primo momento – ad inserire la tematica degli «accordi collettivi», nell'ambito di una riflessione più ampia sulla «privatizzazione», o meglio, sulla «contrattualizzazione» dei rapporti sociali e del processo civile, sollevando conseguentemente questioni di teoria generale del processo.

Anzitutto, si è evidenziato come il fenomeno dei *contrats de procédure* possa considerarsi un'estrinsecazione della c.d. *contractualisation des rapport sociaux* e, più in generale, del passaggio da un ordinamento giuridico imposto ad un ordinamento giuridico (sempre più) negoziato.

Sulla base di questa premessa, la stessa dottrina ha dunque approfondito più nello specifico il tema della contrattualizzazione, partendo dalla distinzione tra

---

<sup>100</sup> La disposizione dell'accordo è rubricata «*Introduction de l'instance*» e così dispone: «*Le décret du 28 décembre 2005 a précisé les éléments que doit contenir la requête ou la déclaration. Il convient de souligner que ces éléments sont requis à peine de nullité, pour laquelle un grief doit être établi afin qu'elle soit prononcée*».

*contractualization du litige* e *contractualisation de l'instance* (o *de procédure*)<sup>101</sup> e inquadrando i contratti «sulla gestione del processo», nell'ambito della seconda delle due categorie menzionate.

Peraltro, la stessa facoltà di concludere accordi collettivi e individuali sull'amministrazione del processo, ha sollevato molti profili di criticità.

Già prima dell'introduzione dell'art. 764 co. 3 nel *c.p.c.*, si erano sollevate alcune voci contrarie all'introduzione e diffusione di prassi negoziali per la gestione del processo<sup>102</sup>.

Si riteneva infatti che così facendo si aumentasse il rischio di ammettere regole processuali diversificate nel territorio, dando la precedenza allo strumento privatistico del contratto sul codice di procedura civile e, conseguentemente,

---

<sup>101</sup> I due concetti sono espressione di fenomeni diversi. Da un lato, la *contractualisation du litige* fa riferimento ad accordi compiuti fuori dal processo, ma con efficacia sul processo, riferendosi ad accordi conclusi prima dell'instaurazione del giudizio, come ad esempio gli accordi sulla competenza o sulla giurisdizione, gli accordi sulle prove, in grado di incidere sui poteri del giudice. La *contractualisation de procédure*, si riferisce invece alla stessa gestione del processo, sulla base di regole contenute all'interno di un contratto. Questo fenomeno va altresì tenuto distinto da quello della privatizzazione della giustizia, che ricomprende invece al suo interno modalità alternative di risoluzione dei conflitti, inquadrabili nella categoria degli «accordi per la risoluzione della lite»: tra questi vi sono, la transazione, l'arbitrato, la mediazione e la conciliazione. Per maggiori approfondimenti, v. CADIET-NORMAND-MEKKI, *Théorie générale*, cit., p. 208; CARPI, *Introduzione*, in *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, p. 1 ss.; CANELLA, *Contrattualizzazione del processo civile*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti da Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 155 ss.

<sup>102</sup> CARATINI, *Le «contrat de procédure: une illusion?»*, cit., p. 639, secondo cui i *contrats de procédure* sarebbero contrari allo spirito del codice di rito che, invece, attribuisce al giudice ampi poteri direttivi del processo. Sul punto, afferma che «è pericoloso rischiare di compromettere (con il *contrat de procédure* o in altri modi) la valorizzazione dei poteri del giudice in materia civile, che, come reazione al precedente stato delle cose, i redattori del n.c.p.c. hanno voluto costruire nell'interesse superiore delle parti e come del resto è previsto dallo stesso art. 3 n.c.p.c. secondo cui le parti hanno sì il potere di introdurre e condurre la causa, ma nel rispetto delle modalità richieste dal giudice».



sminuendo l'importanza di una regolazione unitaria del processo civile nel territorio francese <sup>103</sup>.

In particolare, parte della dottrina si è interrogata sulla stessa ammissibilità di un'autoregolazione contrattuale del processo, in considerazione degli esigui spazi di autonomia lasciati agli operatori del diritto nell'amministrazione di un servizio pubblico, qual è quello della giustizia, regolato per lo più da norme imperative, come tali sottratte alla disponibilità delle parti.

Dette riflessioni hanno dunque portato alcuni autori ad interrogarsi perfino in merito alla necessità, alla luce della diffusione del fenomeno dei contratti di procedura, di un ripensamento circa la funzione del processo civile: se da considerare come un servizio pubblico, oppure come *chose des parties* <sup>104</sup>.

Oltre alle suddette problematiche di teoria generale del processo, la dottrina si è anche a lungo interrogata, più nello specifico, in merito alla disciplina applicabile ai *contrats de procédure* e della loro efficacia.

Al riguardo, benché il termine «contratto» non sia mai stato inteso in senso stretto <sup>105</sup>, vero è che l'aspetto contrattuale del fenomeno è sempre rimasto sullo sfondo nelle riflessioni della dottrina francese e ha evocato una serie di considerazioni, volte per lo più a valutare la possibile applicazione della disciplina del contratto di diritto privato anche all'accordo di procedura.

Parte della dottrina ha infatti considerato ed esaminato la possibilità di dare una lettura agli «accordi sulla gestione del processo» sulla base delle categorie civilistiche, con l'applicazione della relativa disciplina <sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> HÉRON, *Le nouveau code de procédure civile*, in *La codification*, a cura di Beignier, Paris, 1996, p. 83.

<sup>104</sup> V. RUSQUEC, *À propos du contrat de procédure*, in *JCP*, 1994, I, p. 315. Detto profilo è stato poi abbandonato in un secondo momento, preferendo evitare la contrapposizione tra ideologie anacronistiche e dibattiti ormai datati, essendo oramai pacifico come il processo debba ritenersi *chose des parties et chose du juge*, v. CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, cit., p. 23.

<sup>105</sup> BLÉRY, *De la contractualisation à la réglementation unilatérale: dérive des protocoles de la mise en état*, in *Procédures*, 2012, Focus 5.

<sup>106</sup> CADIET-NORMAND-MEKKI, *op. cit.*, p. 549 ss.

Si è argomentato al riguardo, come la particolarità dell'oggetto degli accordi in questione o dell'ambiente nel quale essi sono conclusi, non possa portare l'interprete ad escluderne di per sé la natura contrattuale.

Anche gli accordi collettivi sulla gestione del processo, infatti, possono rientrare astrattamente nella nozione generale di convenzione dettata dal diritto comune, all'art. 1108 *code civil*<sup>107</sup>, in quanto possono essere definiti come negozi (atipici) ove l'elemento volontaristico è destinato a produrre un certo effetto giuridico, derivante dall'autonomia dispositiva delle stesse parti della convenzione.

Nello specifico, l'effetto giuridico sarebbe rappresentato dalla forza obbligatoria delle previsioni contenute nell'accordo, mutuata direttamente dal consenso delle parti<sup>108</sup>.

Dal punto di vista soggettivo, detta forza obbligatoria produrrebbe i suoi effetti in capo ai magistrati e agli avvocati operanti innanzi alle singole giurisdizioni nell'ambito delle quali viene concluso l'accordo<sup>109</sup>.

Sul piano della vincolatività oggettiva, invece, l'intensità della forza obbligatoria può variare a seconda della *ratio* delle stesse previsioni.

In particolare, l'uso di espressioni come «obbliga», «è richiesto», «deve», ovvero l'utilizzo di verbi coniugati all'indicativo presente e futuro, incentivano

---

<sup>107</sup> La norma così dispone: «*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention. Le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation*».

<sup>108</sup> CADIET-NORMAND-MEKKI, *op. cit.*, p. 552 ove, superate queste premesse iniziali, si evidenzia in realtà come negli «accordi sulla gestione del processo» sembrerebbe prevalere l'aspetto processuale dell'accordo piuttosto che l'aspetto sostanziale, sicché, se mai, il problema della loro qualificazione andrebbe valutato sulla base delle categorie del diritto processuale. In questa prospettiva, si aggiunge, vi sarebbe da chiedersi, non tanto se debba ritenersi applicabile la disciplina prevista dal diritto privato quanto, piuttosto, se non debba invece essere ripensata la teoria degli atti del processo e, più in generale, la teoria dell'amministrazione giudiziaria.

<sup>109</sup> CADIET, *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, in *Les cahiers de la justice*, 2013, p. 63 ss., spec. p. 67, il quale solleva il problema dell'efficacia delle previsioni degli accordi processuali collettivi nei confronti dei soggetti firmatari.

certamente l'interprete ad attribuire alle previsioni contenute negli accordi un significato maggiormente imperativo; al contrario, l'utilizzo di espressioni come «si invita» o si «consiglia», portano a ritenere più debole la forza vincolante dei *contrats*, inquadrandole nell'ambito delle regole di mera condotta processuale<sup>110</sup>. Il profilo della vincolatività, è risultato ancora più controverso nelle ipotesi in cui le previsioni rischiano di apparire contrarie alle regole del codice di procedura civile, ovvero quando si prevedono conseguenze negative in caso di mancato adempimento. Al riguardo, si richiama, in via esemplificativa, la già citata ipotesi di nullità della domanda che non contenga gli elementi di contenuto-forma previsti dal codice.

Peraltro, nell'ottica di incentivare l'aspetto obbligatorio degli accordi, una parte della dottrina ha altresì prospettato di prevedere conseguenze negative in termini di responsabilità in caso di inadempimento – al pari di quanto avviene in caso di inadempimento di una obbligazione –, suggerendo di ricorrere allo strumento della *radiation d'office pour défaut de diligences*<sup>111</sup>.

### **3. L'(auto)regolazione del processo davanti alle Corti internazionali: il modello integrato della Corte di giustizia dell'Unione Europea.**

Nel diritto europeo le norme processuali sono contenute all'interno di una pluralità di fonti aventi una diversa collocazione gerarchica e una diversa forza cogente. Il sistema processuale innanzi agli organi di Lussemburgo presenta quindi, da un lato, caratteri di frammentarietà ed eterogeneità, in quanto le previsioni non sono contenute in un'unica fonte; dall'altro lato, tuttavia, vi è un

---

<sup>110</sup> Sul tema dell'efficacia obbligatoria, v. CADIET, *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, cit., p. 66 ss.

<sup>111</sup> ESTOUP, *op. cit.*, p. 195.

perfetto coordinamento tra i vari livelli gerarchici, sicché, tale circostanza conferisce unitarietà al sistema normativo nel suo complesso.

Al vertice della piramide, tra le fonti del diritto primario, vi sono i Trattati istitutivi che fissano le regole fondamentali relative al funzionamento degli organi giurisdizionali, tra cui, in particolare, la loro composizione e la loro competenza <sup>112</sup>.

Tra le fonti di rango primario vi rientrano anche i principi generali riconosciuti dagli ordinamenti nazionali e, ai sensi dell'art. 6, par. 3°, TUE i diritti fondamentali facenti parte della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino, di cui in questa sede assumono particolare rilevanza i principi del «giusto processo».

Ancora, assume centrale importanza, specialmente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona <sup>113</sup>, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza nel 2000 (*GUUE*, C 364 del 18 dicembre 2000) che, all'art. 47, riconosce tra i diritti umani quelli relativi alla tutela giurisdizionale.

Vi è poi lo Statuto della Corte di Giustizia, previsto dall'art. 281 TFUE e contenuto in un Protocollo allegato ai Trattati istitutivi <sup>114</sup> di cui, ai sensi dell'art. 51 TUE, ne costituisce parte integrante. Lo Statuto contiene le linee essenziali del processo innanzi agli organi di giustizia dell'Unione Europea.

---

<sup>112</sup> V. in particolare gli artt. 251-281 TFUE che si occupano principalmente della struttura, della composizione e delle modalità di funzionamento dei diversi organi, nonché di altre regole procedurali di dettaglio e l'art. 19 TUE che invece prevede la configurazione unitaria degli organi giurisdizionali dell'Unione Europea, ciascuno dei quali concorre, nell'ambito delle rispettive competenze, ad «assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati».

<sup>113</sup> L'art. 6, par 1° TUE riconosce alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati. Ne consegue la sua diretta applicabilità in sede giurisdizionale.

<sup>114</sup> V. Protocollo (n. 3) sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione Europea, allegato ai trattati, in *www.curia.europa.eu*.

Ad un livello immediatamente inferiore si collocano i Regolamenti di procedura<sup>115</sup> – cui rimanda lo stesso Statuto – e le altre disposizioni che hanno il compito di dettagliare le regole ivi espresse.

In particolare, i Regolamenti di procedura sono emanati dai singoli organi giurisdizionali e contengono nel dettaglio la disciplina processuale applicabile davanti ad uno specifico organo, secondo quanto previsto dagli artt. 253, 354, 257 TFUE<sup>116</sup>. In ultima analisi, si tratta di norme di rango inferiore allo Statuto, che si inseriscono negli spazi vuoti lasciati da quest'ultimo<sup>117</sup> e che sono necessarie per darne applicazione.

---

<sup>115</sup> V. l'art. 63 del Protocollo (n. 3), cit., secondo cui: «i Regolamenti di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale contengono tutte le disposizioni necessarie per applicare e, per quanto necessario, completare il presente Statuto».

<sup>116</sup> Le norme citate stabiliscono che, rispettivamente, la Corte di giustizia, il Tribunale di primo grado e i Tribunali specializzati debbano stabilire il proprio Regolamento di procedura. Per ciò che riguarda la Corte di giustizia, il Regolamento è sottoposto all'approvazione del Consiglio. Il primo Regolamento risale al 4 marzo 1953 ed emendato il 19 maggio 1991, v. *GUCE*, L 176 del 4 luglio 1991, p. 7, mentre l'attuale è stato adottato il 25 settembre 2012, pubblicato nella *GUUE*, L 265 del 29 settembre 2012, p.1. La Corte ha poi emanato, ai sensi dell'art. 207 del Regolamento, un Regolamento integrativo, nel 2014, v. *GUUE*, L 32 dell'1 febbraio 2014, contenente previsioni in materia di rogatorie, gratuito patrocinio, denunce di falsa testimonianza e falsa perizia. Il Regolamento del Tribunale e dei Tribunali specializzati, invece, è stabilito di concerto con la Corte di giustizia ed è poi sottoposto all'approvazione del Consiglio. Il Regolamento del Tribunale è stato adottato il 2 maggio 1991 (in *GUCE*, L 136 del 30 maggio 1991) e modificato il 24 maggio 2011, v. *GUUE*, L 162 del 22 giugno 2011, p. 18 e poi nuovamente modificato il 4 marzo 2015, v. *GUUE*, L 105 del 23 aprile 2015, p. 1. Il regolamento del Tribunale della funzione pubblica, invece, risale al 25 luglio 2007, v. *GUUE*, L 225 del 29 agosto 2007, p. 1 e modificato il 18 maggio 2011, v. *GUUE*, L 162 del 22 giugno 2011, p. 19 e poi novellato nel 2014, *GUUE*, L 206 del 14 luglio 2014.

<sup>117</sup> V. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 10 e 11, il quale dà atto di come non sia infrequente riscontrare alcune discrasie tra i Regolamenti e lo Statuto, essendoci previsioni regolamentari che allargano, restringono ovvero omettono di sviluppare previsioni dello Statuto, portando alla creazione di disposizioni sensibilmente differenti da quelle previste in origine dallo Statuto medesimo. Al riguardo, l'a. invita gli

Infine, il livello più basso delle fonti è composto da atti che non rientrano nella classificazione tradizionale delle fonti del diritto dell'Unione Europea e che sono emanati dai singoli organi di giustizia dell'Unione. Si tratta di atti di indirizzo, raccomandazioni, istruzioni pratiche o note informative che svolgono una funzione di assoluta rilevanza nella gestione del processo e che vengono generalmente qualificate come fonti di *soft law* processuale <sup>118</sup>.

Questi atti non hanno una forza cogente, ma vengono sempre più frequentemente richiamati dalla giurisprudenza della Corte in caso di inosservanza di parametri procedurali, così alimentando la riflessione in merito alla loro reale efficacia <sup>119</sup>.

La principale funzione di questi strumenti è quella di fornire agli operatori del diritto indicazioni pratiche da seguire durante le fasi principali del processo innanzi alla Corte o ai Tribunali, agevolando al contempo anche il lavoro degli organi giudiziari; in alcuni casi svolgono invece una funzione di ricognizione e/o elaborazione delle *buone prassi* e degli orientamenti giurisprudenziali in merito all'interpretazione delle norme dello Statuto e del Regolamento della Corte.

Fanno parte di questo gruppo di norme le *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale* e le *Istruzioni pratiche alle parti* <sup>120</sup>, di cui si tratterà brevemente in questa sede.

---

interpreti a non enfatizzare i contrasti tra le fonti, riconoscendo ai regolamenti un compito di integrazione degli spazi bianchi lasciati dalle previsioni statutarie.

<sup>118</sup> Il significato da ascrivere a tale concetto verrà approfondito nel prosieguo.

<sup>119</sup> Per una trattazione completa circa le regole procedurali applicabili davanti agli organi giurisdizionali dell'Unione Europea, v. BIAVATI, *op. cit., passim*; CONDINANZI-MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Torino, 2009, *passim*; BIAVATI-RASIA, *Civil procedure in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2019, *passim*.

<sup>120</sup> V. le *Istruzioni pratiche alle parti* in merito ai ricorsi diretti e alle impugnazioni, adottate dalla Corte di giustizia in data 25 marzo 2003, v. *GUUE*, L 98 del 16 aprile 2003, p. 9, modificate nel 2004, v. *GUUE*, L 361 dell'8 dicembre 2004, p. 15 e modificate nuovamente il 27 gennaio 2009, v. *GUUE*, L 29 del 31 gennaio 2009, p. 51. Le *Norme pratiche di esecuzione del Regolamento di procedura del Tribunale*, invece, nella versione consolidata sono state adottate dal Tribunale il 20

Com'è agevole osservare, diversamente dai nostri protocolli e dai *Contrats* francesi, si tratta di atti o negozi unilaterali, emanati dalle stesse Corti.

Lo scopo dei due strumenti, tuttavia, come si avrà modo di dimostrare nel paragrafo successivo, risulta essere il medesimo.

### **3.1. segue: il ruolo delle Raccomandazioni sulle domande di rinvio pregiudiziale e delle Istruzioni pratiche alle parti.**

La prima parte del presente paragrafo sarà dedicata all'analisi del ruolo svolto dalle *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale* <sup>121</sup>.

Anzitutto va precisato come, prima dell'entrata in vigore, il 1° novembre 2012, del Regolamento di procedura della Corte <sup>122</sup>, le norme disciplinanti il rinvio pregiudiziale non erano in grado di offrire una disciplina dettagliata e completa dello strumento in esame, il quale veniva regolato per lo più dagli artt. 23 e 23-bis dello Statuto e dagli artt. 103, 104, 104-bis e *ter* del precedente Regolamento di procedura della Corte. Parimenti, non erano rinvenibili regole specifiche circa le modalità di redazione delle domande di rinvio pregiudiziale.

---

maggio 2015, *GUUE* 2015, L 152, p. 1, modificate il 13 luglio 2016, *GUUE* 2016, L 217, p. 178 e il 17 ottobre 2018, *GGUE* 2018, L 294, p. 23, *GUUE* 2018, L 296, p. 40. Per ciò che attiene alle le Istruzioni pratiche alle parti relative al procedimento innanzi al Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea v. *GUUE*, L 69 del 13 marzo 2008, p. 13, sostituite nel 2012, v. *GUUE*, L 260 del 27 settembre 2012, p. 6 e nuovamente modificate nel 2013, v. *GUUE*, L 31 del 31 gennaio 2014, p. 1.

<sup>121</sup> Pubblicate nella loro prima versione in *GUUE*, C 338 del 6 novembre 2012, p. 1.

<sup>122</sup> Con detto Regolamento la Corte ha compiuto un intervento di ampio respiro, toccando aspetti relativi all'organizzazione delle attività della Corte stessa e del processo. Si compone di 210 articoli, a fronte dei 127 della formulazione precedente, a dimostrazione del maggior grado di dettaglio con cui sono regolate le varie fasi processuali.

Proprio questa circostanza, ha ispirato dapprima una florida giurisprudenza della Corte in relazione agli elementi da ritenersi essenziali ai fini della ricevibilità del ricorso; orientamenti giurisprudenziali poi trascritti, a partire dal 2005, in una Nota informativa (poi sostituita dalle citate *Raccomandazioni* <sup>123</sup>) elaborata dalla Corte stessa, finalizzata prima di tutto ad orientare i giudici nazionali circa l'opportunità di procedere ad un rinvio pregiudiziale e, in un secondo momento, eventualmente, aiutarli a formulare e presentare le questioni su cui richiedere l'intervento della Corte <sup>124</sup>.

In particolare, l'art. 22, indicava i requisiti minimi della domanda di pronuncia pregiudiziale; requisiti che sono poi confluiti nell'art. 94 del Regolamento del 2012.

Il riferimento alla Nota informativa ha particolare rilevanza nell'applicazione giurisprudenziale, in quanto, prima della sua codificazione nel Regolamento ha di fatto rappresentato un parametro valutativo della ricevibilità dei ricorsi.

Ne è un esempio l'ordinanza del 13 gennaio 2010 della Corte, nel caso *Calestani e a.* (Cause riunite C-292 e C-293) che, nel ritenere irricevibile la domanda di rinvio pregiudiziale, rimproverava al giudice di non aver consultato le indicazioni contenute nella Nota informativa; non veniva infatti spiegato «il contesto di fatto nel quale si inseriscono le domande di pronuncia pregiudiziale», né «le ipotesi di fatto su cui tali domande si fondano», né, ancora «è stato fornito il contesto normativo nazionale che consente alla Corte di fornire risposte utili».

«Il giudice non ha poi spiegato i motivi precisi per i quali l'interpretazione del diritto comunitario risulti necessaria ai fini della soluzione della controversia principale», né è possibile individuare con precisione quali siano le disposizioni del diritto comunitario delle quali il giudice europeo deve fornire l'interpretazione.

---

<sup>123</sup> La cui ultima versione è contenuta in *GGUE*, C 380, dell'8 novembre 2019.

<sup>124</sup> V. punto 6 della Nota, in *GGUE*, C 160 del 28 maggio 2011, p. 1, nella sua ultima versione.



Ad oggi le *Raccomandazioni* svolgono una funzione meno pregnante, in conseguenza della predisposizione a livello normativo cogente di una disciplina maggiormente dettagliata in merito alla redazione dei ricorsi. Esse continuano tuttavia ad essere uno strumento complementare, utile ad orientare sia i giudici nazionali che quelli europei.

Tale circostanza si riscontra nella stessa giurisprudenza della Corte.

In particolare, con l'ordinanza del 26 ottobre 2016, nelle cause riunite C-10/16 e C-12/16, nel dichiarare l'irricevibilità della domanda di rinvio pregiudiziale proposta dalla Commissione tributaria provinciale di Genova (con ordinanza dell'11 dicembre 2015), la Corte ha precisato che:

*« i requisiti concernenti il contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale figurano in modo esplicito nell'articolo 94 del Regolamento di procedura della Corte, che il giudice del rinvio, nel quadro della cooperazione prevista all'articolo 267 TFUE, deve conoscere e osservare scrupolosamente (...). Tali requisiti sono d'altronde richiamati al punto 22 delle Raccomandazioni della Corte all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (GU 2012, C 338, pag. 1) ».*

Per quanto riguarda invece le *Istruzioni pratiche alle parti*, esse trovano il loro fondamento giuridico all'art. 208 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, all'art. 150 del Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado e all'art. 120 del Regolamento di procedura del Tribunale per la funzione pubblica.

La finalità perseguita dalle *Istruzioni pratiche* la si apprende leggendo i *Consideranda* ad esse preposti.

In particolare, in quella sede si dà atto dell'aumento del contenzioso e della crescente complessità delle materie trattate dagli organi di giustizia dell'Unione Europea e della conseguente necessità di chiarire alcuni aspetti di ordine pratico, relativi a tutte le cause proposte davanti alla Corte.

Si ribadisce inoltre che dette norme pratiche non hanno lo scopo di sostituirsi alle disposizioni processuali contenute nei Regolamenti di procedura: se ne deduce, in definitiva, la loro funzione complementare.

È utile a questo punto analizzare brevemente il contenuto di questi documenti. Per ragioni di semplicità, si prenderanno in considerazione solo le *Istruzioni pratiche* presso la Corte di giustizia e presso il Tribunale di primo grado.

Dal punto di vista strutturale, i documenti sono suddivisi in diverse parti o sezioni, con l'intento di ripercorrere le fasi principali del procedimento innanzi alla Corte di Giustizia e al Tribunale di primo grado e dare per ogni fase gli essenziali chiarimenti.

Senza pretese di completezza, va segnalata la presenza di sezioni introduttive in cui sono contenute indicazioni di carattere generale <sup>125</sup>.

Vi sono poi sezioni dedicate alla fase scritta del procedimento che comprendono indicazioni relative al contenuto, alle modalità di redazione e deposito dei ricorsi <sup>126</sup>, dei controricorsi e delle altre memorie difensive, con particolare attenzione ai

---

<sup>125</sup> V. le *Norme pratiche di esecuzione del Tribunale*, cit., sez. I, lett. A-K, ove si chiarisce lo scopo delle varie fasi del procedimento, nonché gli aspetti generali relativi all'organizzazione delle cancellerie; v. sez. II, lett. A delle *Norme pratiche* cit., in merito al computo dei termini; v. le *Istruzioni pratiche alle parti*, cit., sez. I, art. 2, 3, 6 e 7 e *Norme pratiche del Tribunale*, sez. VII in tema di rappresentanza delle parti in giudizio; v. in tema di spese processuali, le *Istruzioni pratiche alle parti*, cit., sez. I, art. 5 ove si precisa che il procedimento è gratuito e che con sentenza la Corte si pronuncia, salvi i casi di rinvio pregiudiziale, sulle spese c.d. «ripetibili», ossia le spese come quelle di viaggio, di soggiorno o di onorario del rappresentanti, ritenute indispensabili per la prosecuzione del giudizio; v., in tema di anonimato, le *Istruzioni pratiche alle parti*, cit., sez. I, art. 6 e *Norme pratiche di esecuzione del Tribunale*, cit., sez. II, lett. C.

<sup>126</sup> V. gli artt. 34 ss. delle *Istruzioni pratiche*, cit., che indicano chiarimenti in merito alla forma e alla struttura degli atti processuali, di modo che gli stessi, oltre ad essere chiari e comprensibili per l'organo giudicante, siano anche tali da consentire la loro traduzione e loro gestione elettronica, indicando ad esempio il formato, il carattere e le dimensioni dello stesso o le modalità con cui fornire i riferimenti a testi normativi o giurisprudenziali, nonché gli artt. 41 ss. che specificano le modalità di deposito degli atti utilizzando l'applicazione *e-curia*.

limiti di lunghezza <sup>127</sup> delle predette memorie e alle modalità de regolarizzazione delle stesse in caso di violazione delle indicazioni di estensione <sup>128</sup>, similmente a quanto ad oggi è previsto dal protocollo per la redazione dei ricorsi in Cassazione che si è avuto modo di trattare nel capitolo precedente.

Altre sezioni sono invece dedicate alla fase orale del procedimento, con particolare riguardo alle modalità con cui formulare la c.d. «domanda d'udienza di discussione» <sup>129</sup> e con la descrizione delle attività da compiere durante tale udienza.

Ora, in questa sede, non è possibile affrontare un'analisi completa e approfondita di questi strumenti. Ci si limiterà dunque a svolgere alcune brevi riflessioni alla luce di alcune pronunce giurisprudenziali, circa il concreto ruolo svolto da questi strumenti normativi fluidi, al fine di comprenderne la portata e la loro collocazione nel sistema.

Al riguardo, sempre più spesso, nella motivazione delle pronunce della Corte o del Tribunale viene richiamata la violazione, non solo di norme contenute nello

---

<sup>127</sup> Sul punto, v. sez. IV, lett. A delle *Norme pratiche del Tribunale*, cit., dedicata interamente all'indicazione della lunghezza massima delle memorie con specificazione della relativa possibilità di regolarizzazione a seconda della percentuale di pagine in eccedenza rispetto al numero consentito, di cui v. lett. A.3.

<sup>128</sup> Merita un cenno la previsione di cui all'art. 26 delle *Istruzioni pratiche* presso la Corte di giustizia, cit., circa l'ammissibilità di memorie di replica e controreplica nella fase di impugnazione. La norma precisa che tale facoltà debba essere espressamente ammessa da parte dell'organo giudicante, previa richiesta scritta; in caso di ammissibilità di tali memorie l'organo giudicante ha inoltre la facoltà di limitare il contenuto ad uno o più specifici argomenti, nonché di indicare il numero massimo di pagine in cui la replica e la controreplica devono essere contenute, precisando che, in caso di mancato rispetto di tali previsioni, la memoria verrà restituita al suo autore.

<sup>129</sup> V. art. 46 delle *Istruzioni pratiche*, cit. e la lett. A, sez. V delle *Norme pratiche del Tribunale*, cit., che impone alle parti di indicare nello specifico le motivazioni per cui ritengono necessaria l'udienza, non essendo si per sé sufficiente una motivazione di carattere generico all'importanza della causa o alle questioni da trattare.

Statuto o nei Regolamenti di procedura, ma anche nelle *Istruzioni pratiche alle parti*.

In particolare, merita menzione la pronuncia del Tribunale di primo grado, sez. VI, 3 febbraio 2015, n. 708 (nella causa T-708/14) che, nel pronunciare l'irricevibilità, del ricorso per mancato deposito dell'originale <sup>130</sup>, prende in considerazione, oltre all'art. 43 del Regolamento di procedura, anche l'art. 7, n. 3 delle *Istruzioni pratiche alle parti dinanzi al Tribunale* <sup>131</sup>, secondo cui, in caso di divergenza tra l'originale firmato e la copia precedentemente depositata, deve essere presa in considerazione solo la data dell'originale firmato.

Ancora, nelle cause riunite T-234/00 R, T-235/00 R e T-283/00 R <sup>132</sup>, il Tribunale di primo grado, con ordinanza dell'8 luglio 2008, ha dichiarato irricevibili le domande volte alla sospensione dell'esecuzione di una decisione con cui la Commissione aveva dichiarato incompatibili con il diritto dell'Unione Europea alcune misure integranti aiuti di stato, per l'impossibilità di valutare la sussistenza del *fumus boni iuris* e dell'urgenza delle stesse, contrariamente a quanto disposto dall'art. 104, par. 2 e 3 del Regolamento di Procedura, in combinato disposto con gli artt. 81-84 delle *Istruzioni pratiche alle parti*, secondo

---

<sup>130</sup> V. anche Tribunale di primo grado, 23 maggio 2007 (T-233/06 P), *Parlamento c. Eistrup*, in *Dejure* che annulla una sentenza del Tribunale delle funzione pubblica per irricevibilità del ricorso, richiamando, a sostegno, non solo le previsioni sul deposito e la firma degli atti, previste dal Regolamento di procedura, ma anche quelle contenute nelle *Istruzioni pratiche alle parti* al tempo vigenti (*GUUE* 2002, L 87, p. 48); ugualmente si è pronunciato il Tribunale con ordinanza del 18 settembre 2014, nelle cause T-698/13 P e T-699/13 P, con cui ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso, citando, a sostegno della motivazione, anche le disposizioni sul deposito dell'originale del ricorso ai fini dell'osservanza i termini processuali, «espresse molto chiaramente» nelle *Istruzioni pratiche alle parti*.

<sup>131</sup> *GUUE* 2012, L 68, p. 23, rett. *GUUE* 2012, L 73, p. 23

<sup>132</sup> V. *Racc.*, p. II-113.

cui «la domanda dev'essere comprensibile di per sé, senza necessità di fare riferimento al ricorso della causa di merito»<sup>133</sup>.

Circa la portata delle norme contenute nelle *Istruzioni pratiche alle parti*, la Corte di Giustizia ha invece adottato un approccio maggiormente cauto.

Sul punto, si ritiene opportuno segnalare la sentenza sez. I, del 10 novembre 2016, n. 449 (causa C-449/14 P), ove la parte convenuta in un giudizio di impugnazione davanti alla Corte lamentava l'irricevibilità del ricorso per eccessiva lunghezza dello stesso (40 pagine, anziché 25), in violazione dell'art. 20 delle *Istruzioni pratiche* vigenti al momento del deposito del ricorso<sup>134</sup>.

La Corte, nel rigettare l'eccezione, ha rilevato che:

« le Istruzioni pratiche alle parti sono indicative e non giuridicamente vincolanti, come si evince dai Consideranda da 1 a 3 delle stesse Istruzioni. Sono state adottate al fine di integrare e precisare le norme applicabili allo svolgimento del procedimento dinnanzi la Corte, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, ed esse non mirano a sostituirsi alle disposizioni in materia contenute nello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e nel regolamento di procedura della Corte»<sup>135</sup>.

In ultima analisi, come si evince anche dal tenore letterale del citato art. 20, la norma non prescrive un limite assoluto, al superamento del quale si determina l'irricevibilità del ricorso: la norma si limita ad esprimere una mera raccomandazione alle parti; al contrario l'art. 256, par. 1, co. 2°, TFUE, l'art. 58,

---

<sup>133</sup> In particolare, il Tribunale richiamava l'art. 68 delle allora vigenti *Istruzioni pratiche alle parti* (GUUE 2007, L 232, p. 7). In tal senso, v. anche Trib. di primo grado, ord. del Presidente, 25 giugno 2003, causa T-175/03 R, *Schmitt c. AER*, in *Racc.*, p. II-883.

<sup>134</sup> GGUU 2014, L 31, p. 1.

<sup>135</sup> Si precisa poi come il limite relativo al numero di pagine contenuto nelle *Istruzioni pratiche* non abbia carattere assoluto, ma costituisca una mera raccomandazione. Ne consegue che la sua violazione non comporta l'irricevibilità del ricorso. In tal senso v. anche ordinanza del presidente della Corte del 30 aprile 2010, C-113/09 P(R), non pubblicata, EU:C:2010:242, punto 33.

co. 1°, dello Statuto, nonché l'art. 168, par. 1°, lett. d), del Regolamento di procedura, dispongono l'irricevibilità di un'impugnazione, qualora non siano indicati in modo preciso gli elementi contestati della sentenza di cui è chiesto l'annullamento o argomenti di diritto dedotti a specifico sostegno di tale domanda <sup>136</sup>.

Ancora, un'importante contributo in merito alla collocazione nel sistema delle *Istruzioni pratiche* è dato dalle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-426/10. Sempre in tema di regolarizzazione del deposito degli atti introduttivi, si è rilevato come le *Istruzioni pratiche* non possano introdurre casi di regolarizzazione non previsti dal Regolamento di procedura.

Questa disposizione trova la sua giustificazione nel fatto che le *Istruzioni* costituiscono una norma di rango inferiore al Regolamento di procedura.

In tal senso, le *Istruzioni* vengono qualificate come norme integranti il sistema procedurale, benché non abbiano efficacia cogente e siano di rango inferiore ai Regolamenti di procedura che ne costituiscono il fondamento.

Si precisa ulteriormente come i citati strumenti debbano essere applicati congiuntamente e debbano essere interpretati, per quanto possibile, in maniera coerente, trattandosi di regole appartenenti ad un sistema processuale unitario. Qualora invece si verificasse un conflitto tra i due, dovrebbe prevalere la disposizione del Regolamento di procedura, in quanto gerarchicamente sovraordinata.

---

<sup>136</sup> V. C. Giust. Ue, 10 luglio 2014, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

#### **4. Il sistema multiforme delle fonti processuali adottato dalla Corte internazionale di giustizia.**

Il sistema delle fonti processuali adottate presso la Corte internazionale di giustizia si presenta per certi aspetti simile a quello della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Anche in qui, infatti, le regole processuali derivano da una pluralità di fonti normative che operano uniformemente. Solo alcune di esse però appartengono alle fonti tradizionali del diritto internazionale.

Il sistema è costruito su base gerarchica. Nella parte più alta della piramide vi sono i Trattati: la Carta delle Nazioni Unite e lo Statuto della stessa Corte internazionale di giustizia.

La Carta delle Nazioni Unite, oltre a provvedere alla creazione della Corte medesima, ne delinea gli aspetti essenziali di funzionamento<sup>137</sup>; le norme che si occupano della procedura in questa sede sono tuttavia limitate, non essendo la Carta lo strumento con cui si è inteso trattare più nel dettaglio le questioni di ordine processuale.

Sul punto, è lo Statuto<sup>138</sup> che si occupa più nello specifico dell'organizzazione, della composizione della Corte e del suo funzionamento.

---

<sup>137</sup> La Corte viene richiamata in alcune norme della Carta. Alcune di queste richiamano aspetti interni dell'organizzazione, altre invece, riguardano più propriamente aspetti processuali. L'art. 7, par. 1 sulla struttura delle Nazioni Unite o l'art. 36, par. 3 che invita il Consiglio di Sicurezza a tenere in considerazione che le dispute di ordine legale devono essere rivolte dalle parti alla Corte; il capitolo XIV che invece contiene previsioni riguardanti la collocazione della Corte nell'ambito dell'organizzazione delle Nazioni Unite; la funzione principale della stessa e i principi che ne costituiscono il fondamento (art. 92); le previsioni relative alla partecipazione degli Stati allo Statuto della Corte (art. 94); il diritto degli Stati di utilizzare qualunque Tribunale al fine di risolvere le controversie insorte tra essi (art. 95); la previsione di una funzione di consulenza della Corte (art. 96).

<sup>138</sup> Lo Statuto può essere suddiviso in quattro sezioni: una parte dedicata all'organizzazione della Corte; una parte dedicata alla sua giurisdizione; una parte dedicata alla

Lo Statuto è considerato parte integrante della Carta delle Nazioni Unite e per questo ne condivide il valore giuridico: le regole ivi contenute sono dunque giuridicamente vincolanti sia per gli Stati che per la Corte medesima.

In merito alla forza cogente delle norme dello Statuto si è espressa chiaramente anche la dottrina secondo cui: «the Statue is, for litigating states, imperative law, in other words, it has a preemptory character, i.e. (The Statue) contains rules from which the parties cannot derogate by mutual agreement»<sup>139</sup>.

Ad un grado inferiore si trovano invece le c.d. *Rules of the Court*. Si tratta di regole adottate direttamente dalla Corte di giustizia, sulla base di un potere espressamente riconosciute dall'art. 30, par. 1<sup>140</sup> dello Statuto e considerato come l'espressione di un potere generalmente riconosciuto ai Tribunali internazionali, di autoregolamentazione della procedura<sup>141</sup>.

Queste regole sviluppano in maniera più ampia i principi già enucleati dalla Carta e dallo Statuto, prevedendo disposizioni più dettagliate in merito al funzionamento della Corte e alle regole che le parti coinvolte in una disputa devono seguire durante il procedimento.

Anche se questo corpo di norme è emanato dalla stessa Corte e, in questo senso, potrebbe sostenersi che le stesse abbiano una funzione interna più che intergovernativa, non vi sono dubbi in merito alla forza cogente di queste previsioni.

---

regolamentazione delle procedure contenzive e consultive innanzi alla Corte; una parte relativa alle modalità con cui poter modificare lo Statuto.

<sup>139</sup> KOLB, *The international Court of Justice*, Oxford, 2013, pp. 82-83; SHAW, *Rosenne's law and Practice of the International Court. 1920-2015*, Leiden, 2016, p. 103 ss. ove l'autore individua le ragioni di questa scelta nell'intento di sottolineare l'indipendenza della Corte, da un lato, e in ragioni di convenienza nella redazione.

<sup>140</sup> In particolare, il citato art. 30, par. 1 così dispone: «the Court shall frame rules for carrying out its functions. In particular, it shall lay down rules of procedure».

<sup>141</sup> Così PUNZHIN, *Procedural normative system of the International Court of Justice*, in *Leiden Journal of international law*, 2017, p. 666.



La ragione di questa presa di posizione riguarda la natura stessa e le peculiarità della Corte internazionale di giustizia. Si ritiene infatti che, nel momento in cui gli Stati decidano di sottoporre una controversia davanti alla Corte internazionale di giustizia, essi debbano sottomettersi anche alle regole da essa dettate in merito alla procedura da seguire <sup>142</sup>.

Come nel caso della Corte di giustizia dell'Unione Europea, anche innanzi alla Corte internazionale di giustizia, il sistema normativo comprende anche fonti c.d. meta-giuridiche, quale frutto della predetta autonomia riconosciuta alla Corte medesima <sup>143</sup>.

All'interno di quest'ultima categoria vi rientrano le c.d. *Practice directions*, su cui intendo soffermarmi in questa sede.

#### **4.1. segue: la natura e lo scopo delle *Practice Directions* nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia.**

Seguendo un *trend* già adottato da altre Corti internazionali, negli anni duemila, anche la Corte internazionale di giustizia ha adottato delle *Practice Directions*, finalizzate a dare una guida aggiuntiva in materia processuale agli

---

<sup>142</sup> PUNZHIN, *op. cit.*, 2017, p. 666; v. anche SHAW, *op. cit.*, p. 1055 s. secondo cui le Regole della Corte devono qualificarsi come diritto convenzionale posto che «where the Parties have had recourse to a body already constituted and having its own rules of organization and procedure, held to have accepted such rules».

<sup>143</sup> Per ragioni di completezza si segnala che tra le fonti che, in senso lato, contribuiscono a dare forma ai processi innanzi alla Corte internazionale di giustizia vi rientrano anche: i principi generali del diritto processuale, la giurisprudenza della stessa Corte con riguardo alle questioni di ordine procedurale, le risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite e del Consiglio di Sicurezza, nonché le c.d. *Rules of procedure* di questi ultimi. Sul punto, v. PUNZHIN, *op. cit.*, p. 664.

operatori; una guida nell'ambito della quale sono racchiusi principi e *buone prassi* procedurali da applicare innanzi alla Corte.

Dette indicazioni pratiche sono state inizialmente adottate sotto forma di Raccomandazioni (1998) e, solo successivamente convertite in vere e proprie *Practice Directions*, nell'ottobre del 2001, con successive modifiche. Nell'annunciare l'adozione del suddetto documento, la stessa Corte si è fatta carico di precisare come le previsioni ivi contenute non modifichino le Rules of the Court, ma come, aggiungendosi ad esse, ne colmino i vuoti normativi con il fine di risolvere le questioni processuali maggiormente opinabili.

Le *Practice Directions* costituiscono dunque strumenti meno formali e più flessibili che hanno lo scopo di fornire risposte veloci in merito a specifiche questioni di diritto processuale.

Con riferimento alla legittimazione della Corte all'emanazione delle suddette *Practice Directions*, va precisato che l'art. 30, par. 1 dello Statuto, già citato in precedenza, riconosce alla Corte il potere di formulare le regole processuali necessarie per svolgere la sua funzione.

Ebbene, nonostante la norma non faccia espresso riferimento alla facoltà della Corte di emanare *Practice Directions*, la dottrina ha ritenuto che la previsione - interpretata in modo estensivo - insieme all'applicazione del principio dei poteri impliciti, possa agevolmente costituire il fondamento di tale potere <sup>144</sup>. Ne consegue che la legittimazione della Corte non è messa in discussione, finché, s'intende, le previsioni ivi contenute non si pongano in contraddizione con quanto previsto dalle norme di rango sovraordinato.

---

<sup>144</sup> THIRLWAY, *The law and Procedure of the International Court of Justice*, Oxford, 2011, p. 82 ove l'a. fa presente come: «there is no provision in the Statute and the Rules for the existence of directions of this kind; but it can hardly be questioned that they are a valid exercise of the rule-making power conferred on the Court by Article 30 of the Statute». Dello stesso a. v. anche *The Sources of international law*, Oxford, 2014, p. 123. Sul punto, v. anche KOLB, *op cit.*, p. 103 secondo cui: «(...) Those legislative powers arises both from Article 30 of the Statute, and from the general principle applicable to all international bodies, namely the principle of implied powers».

Con riguardo al contenuto, va evidenziato come le norme contenute nelle *Practice Directions* presentino un contenuto eterogeneo. Alcune di esse, ad esempio hanno lo scopo di individuare nello specifico il contenuto delle memorie scritte, ovvero di invitare le parti a limitare il numero degli allegati; altre prevedono invece un limite di tempo per la presentazione di osservazioni scritte o orali nell'ambito della fase del procedimento dedicata alle «obiezioni preliminari». Altre disposizioni ancora, sono volte a chiarire la portata di alcune regole di rango sovraordinato: è il caso dei punti IX e IX-*quater* che chiariscono le modalità con cui applicare l'art. 56 delle Rules of the Court, ovvero dei punti X e XIII che invece dispongono le modalità di implementazione dell'art. 31 delle medesime Rules.

Con riguardo invece alle tecniche di formulazione, alcune norme utilizzano un linguaggio giuridico, lo stesso utilizzato per la redazione di previsioni giuridicamente vincolanti; altre norme adottano invece un linguaggio più informale e altre ancora si limitano a ripetere quanto già statuito da norme di rango sovraordinato, senza perciò possedere un valore giuridico indipendente. Sul punto, il dibattito dottrinale ha prestato notevole attenzione alle tecniche di formulazione normativa, traendone conclusioni in materia di efficacia; sicché, alle previsioni formulate con un «*wish*», potrebbe riconoscersi carattere meramente esortativo (I, III e IV), mentre altre potrebbero essere considerate come vincolanti.

Ne sono un esempio quelle che descrivono dettagliatamente il contenuto del ricorso (II, VI e XI) o quelle che individuano l'interpretazione migliore di una determinata norma processuale (V, IX-IX-*quater*, X, XIII).

Ad ogni modo, nonostante le diverse tecniche di formulazione, va osservato come, il solo fatto che le norme rappresentino la posizione della Corte in relazione a specifiche questioni di diritto processuale, difficilmente porterà gli

operatori a metterle in discussione, ciò a prescindere dalla loro vincolatività sul piano astratto <sup>145</sup>.

Per ciò che interessa in questa sede, per valutare l'efficacia concreta di queste previsioni e la loro natura giuridica – di cui la stessa dottrina internazionalistica discute –, è utile ad avviso di chi scrive prendere in esame alcune pronunce giurisprudenziali che ne fanno applicazione.

Anzitutto, dall'analisi delle pronunce della Corte nel tempo risulta come le *Practice Directions* abbiano assunto un'importanza crescente nell'assetto delle fonti processuali, tanto da essere progressivamente richiamate dalla Corte medesima.

Tale circostanza risulta particolarmente evidente con riguardo alla *Practice Direction V* che, nell'ambito della fase delle «obiezioni preliminari» ex art. 79, par. 1, Rules of the Court prevede un limite di tempo – finalizzato ad accelerare l'intero procedimento – per la presentazione di osservazioni scritte ex art. 79, par. 5, Rules of the Court. Tale limite di tempo è fissato in quattro mesi dalla data della presentazione delle obiezioni preliminari.

In merito all'applicazione della predetta norma, come si accennava in precedenza, si può notare un'evoluzione giurisprudenziale.

Inizialmente, infatti, nelle ordinanze della Corte sulla fissazione dei termini per la presentazione di controdeduzioni alle osservazioni preliminari, non si trova alcun riferimento alle *Practice Directions*.

Addirittura, in alcune decisioni, per la fissazione dei termini, la Corte non si è attenuta a quanto previsto dalla *Practice Direction V*. Ad esempio, nel 2002 <sup>146</sup>, nel caso *Ahmadou Sadio Diallo (Repubblica di Guinea vs Repubblica Democratica del Congo)* ha fissato un termine di 9 mesi <sup>147</sup> o nel caso *Application of the Convention*

---

<sup>145</sup> QUINTANA, *Litigation at the International Court of Justice*, Leiden, 2015, p. 174; ROSENNE, *The law and practice of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2002, p. 223 ss.

<sup>146</sup> Tutti i casi citati sono reperibili su: <https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>.

<sup>147</sup> Sempre nel 2002, nel caso *Certain Property (Lichtenstein vs. Germania)* ha fissato un termine di 4,5 mesi. Nel 2003, nel caso *Territorial and Maritime dispute (Nicaragua vs. Colombia)*, ha

on the prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croazia vs. Serbia) ha previsto un termine di 7.5 mesi.

Dal 2014, invece, si assiste ad un'evoluzione giurisprudenziale, volta ad applicare in maniera più rigorosa quanto previsto *Practice Direction V* e riducendo i tempi del processo.

Questo nuovo orientamento è stato inaugurato nel caso *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia vs, Cile)*, con ordinanza del 15 luglio 2014 con la quale la Corte, nel fissare il termini per le controdeduzioni, ha richiamato specificamente la *Practice Direction V* e ha fissato un termine di 4 mesi.

Lo stesso approccio è stato seguito con le ordinanze successive <sup>148</sup> e, più di recente, dall'ordinanza del 2 maggio 2019 nel caso *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar vs. Emirati Arabi Uniti)* e in quella del 26 agosto 2019, nell'ambito della causa *Alleged violations of the 1955 Treaty, Economic Relations, and Consular Rights (Iran vs. Stati Uniti)*.

Nella giurisprudenza recente vi è un solo caso in cui la Corte si discosta dai precedenti di cui sopra: *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between of Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaragua Coast (Nicaragua vs. Colombia)*, nell'ambito del quale fissa un termine di 4 mesi dalla data dell'ordinanza (e non da quello del deposito delle obiezioni preliminari).

---

previsto un termine di 6 mesi, mentre nel 2009, nel caso *Application of the International convention on the elimination of all forms of Racial Discrimination (Georgia vs. Russia)*, ha fissato un termine di 4 mesi decorrente dalla data del deposito delle obiezioni, senza però fare alcun riferimento alle *Practice Directions*.

<sup>148</sup> V. *Alleged violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua vs. Colombia)*, ord. 19 dicembre 2014, in <https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>; *Obligation concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Isole Marshall vs. Regno Unito)*, ord. 19 giugno 2015, in <https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>; *Maritime delimitation in the Indian Ocean (Somalia vs. Kenya)* ord. 9 ottobre 2015, in <https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>.

Come osservato dai commentatori <sup>149</sup>, tuttavia, la deviazione dalla *Practice Direction V* è derivata principalmente alla situazione processuale del caso specifico, a dimostrazione della concreta utilità delle *Practice Directions*, la cui mancanza di vincolatività permette agli operatori del diritto di discostarsi dal dettato della norma, laddove ne ravvisino la necessità.

In ultima analisi, benché dalla disamina dei predetti casi giurisprudenziali si possa certamente dedurre una rilevanza sempre più crescente delle previsioni contenute nelle *Practice Directions*, non si possono tuttavia trarre conclusioni dirimenti sul punto dell'efficacia vincolante di tale fonte normativa.

Ciò si evince in primo luogo dallo stesso linguaggio utilizzato dalla Corte nella formulazione della regola in questione:

*« With the aim of accelerating proceeding on preliminary objections (...), the time-limit for the presentation by the other party of a written statement of its observations and submissions under Article 79-bis, paragraph 3, shall generally not exceed four months from the date of the filing of the preliminary objections »*

La Corte si limita infatti ad esortare («*shall*») a seguire quando indicato dalla *Practice Direction V*, senza prevedere alcuna conseguenza negativa in caso di mancato adempimento.

Ulteriormente, il fatto che nella casistica recente vi siano ipotesi in cui la Corte si è discostata dalle *Practice Directions*, in ragione delle circostanze del caso concreto, costituisce un elemento determinante per ritenere che tali norme debbano essere ricondotte sul piano che ne contraddistingue l'adozione, cioè quello della non vincolatività e della mera persuasione.

---

<sup>149</sup> PUNZHIN, *op. cit.*, p. 671, spec. nota 44.

## 5. Note conclusive al capitolo secondo: l'individuazione di un approccio «privatistico» e «publicistico» di analisi.

Con questa breve analisi comparata si è inteso dare atto dei due possibili punti di osservazione a partire dai quali è possibile approfondire il fenomeno dei protocolli e della loro rilevanza nell'ambito dell'impianto processuale.

Più segnatamente, sotto un primo profilo di osservazione, di stampo privatistico e ripreso dalle considerazioni svolte sui *contrats de procédure* francesi, i protocolli inducono riflessioni sulla loro natura negoziale e *latu sensu* contrattuale; peraltro, tale profilo di analisi non rappresenta una novità nell'ambito degli studi condotti dalla dottrina processualcivilistica.

Già sul finire dell'ottocento e l'inizio del novecento, infatti, si può registrare un ampio filone dottrinale che, a partire dalla Pandettistica tedesca, ha cercato di operare – con l'elaborazione dello strumento del «negozio giuridico processuale» – un'estensione della figura e della disciplina del negozio giuridico sostanziale, anche nel campo del processo.

In particolare, seguendo questo primo approccio «privatistico» di indagine, l'analisi relativa all'inquadramento giuridico dei protocolli non può non tenere in debita considerazione – al pari di quanto avvenuto nella dottrina francese – alcune imprescindibili questioni.

In primo luogo, l'interprete è chiamato a valutare su di un piano astratto, l'ammissibilità di una regolamentazione negoziata del processo civile, nell'ambito della quale il negozio giuridico va ricondotto negli schemi privatistici del contratto o dell'accordo.

Una volta affrontato questo problema di non facile soluzione, è invece opportuno interrogarsi sulla disciplina applicabile a tale negozio, tale da tenerne in considerazione le peculiarità e, conseguentemente, i profili di validità ed efficacia (obbligatoria) delle previsioni ivi contenute.

È infine necessario affrontare il tema delle conseguenze in caso di inadempimento.

Seguendo, invece, un secondo approccio «pubblicistico» di indagine – derivante dall’esperienza delle Corti internazionali che tendono a collocare gli strumenti meta-giuridici di regolazione tra le fonti del diritto processuale – i protocolli possono essere associati a strumenti fluidi di regolazione, con funzione strettamente pratica, con ciò portando a svolgere riflessioni in parte diverse.

In questo caso, infatti, la prospettiva strutturale del negozio passa in secondo piano e l’autonomia privata svolge una funzione in senso lato normativa.

Ebbene, questo secondo approccio, solleva anzitutto alcune riflessioni in merito alle peculiarità caratterizzanti tali forme di regolamentazione collettiva e all’ammissibilità delle stesse, verso la ricerca di una previsione espressa o implicita che ne autorizzi *ex ante* la formazione o che ne riconosca *ex post* l’efficacia giuridica.

La questione maggiormente problematica è dunque rappresentata dalla possibilità di assegnare un valore giuridico a tali strumenti che, proprio perché nati dal «basso», non trovano una loro collocazione tra le fonti del diritto. Ulteriormente, si è chiamati a valutare la compatibilità di un siffatto modello di regolazione con il sistema delle garanzie costituzionali che governano il processo civile e, in particolare, con il principio di legalità di cui all’art. 111 Cost.

Nel prosieguo della trattazione si seguiranno dunque queste prospettive di analisi, verificando quali delle due risulta in grado di dare una risposta più soddisfacente al problema dell’inquadramento teorico «degli accordi collettivi di procedura», nell’ambito del processo civile.



## **SECONDA PARTE**

### **ANALISI SISTEMATICA DEL FENOMENO DELLE BUONE PRASSI FORMALIZZATE NEI PROTOCOLLI D'INTESA**

#### **Capitolo Terzo**

##### **PRIMA IPOTESI RICOSTRUTTIVA. IL PROTOCOLLO COME ACCORDO PROCESSUALE CON FUNZIONE DISPOSITIVA: L'APPROCCIO PRIVATISTICO**

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni iniziali: la rinnovata funzione dell'autonomia privata in campo processuale. - 2. Autonomia privata e processo civile nell'ordinamento italiano: è possibile riconoscere uno spazio al *Konventionalprozess*? - 3. La categoria degli accordi giuridici processuali: tipologie, caratteristiche essenziali e prime valutazioni di compatibilità. - 3.1. L'accordo processuale come atto dispositivo del giudizio: profili di incompatibilità con i protocolli e ricostruzione. - 4. Note conclusive al capitolo terzo: l'abbandono dell'approccio privatistico.

#### **1. Alcune considerazioni iniziali: la rinnovata funzione dell'autonomia privata in campo processuale.**

La seconda parte del presente lavoro di ricerca è dedicata all'individuazione di una collocazione delle *buone prassi* codificate nei protocolli nella sistematica del processo.

Come già espresso in precedenza, si cercherà di raggiungere tale obiettivo tramite l'osservazione e l'analisi del fenomeno sotto angoli prospettici differenti. In particolare, in questo capitolo, si seguirà un approccio «privatistico», legato al concetto di autonomia negoziale, volto ad inquadrare i protocolli tra gli accordi o patti processuali di carattere dispositivo.

Con tale termine si intendono, secondo una prima e generica definizione, le convenzioni con le quali due o più parti concordano, entro certi limiti, un regime processuale in qualche modo differente da quello previsto dalla legge <sup>150</sup>.

Per vero, la possibilità di concludere accordi incidenti sulla regolazione del processo, non costituisce una novità nell'ambito del panorama processuale.

Se ne rinvencono esempi risalenti al *iudicium* romano <sup>151</sup> e nel diritto comune <sup>152</sup>, ove l'andamento del procedimento era determinato in base alla conclusione di singoli contratti.

---

<sup>150</sup> PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, p. 1; CAPONI, *Autonomia privata e processo: gli accordi processuali*, in *Civil Procedure Review*, 2010, p. 43.

<sup>151</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. di Fadda e Bensa, vol. I, parte I, Torino, 1902, p. 706 ss.

<sup>152</sup> Nel diritto comune la disciplina del processo era il risultato dell'elaborazione svolta da parte dei giudici, in quando la materia era considerata unicamente nella sua praticità; non si riteneva che la stessa costituisse oggetto della formazione del giurista. Nel diritto comune le regole hanno il solo scopo di circoscrivere l'agire nel processo, verso la costruzione di una decisione definitiva. La predisposizione delle regole processuali, sviluppatasi in epoca relativamente recente, invece, riflette l'esigenza del potere dello stato di controllare l'operato della magistratura. Sul tema v. in particolare STICKLER, *Ordines iudicarii*, in *L'educazione giuridica*, VI, *Modelli storici della procedura continentale*, t. II: *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, Perugia, 1994, p. 3 ss.; v. anche CHIZZINI, *Pensiero e azione*, cit., p. 31, il quale evidenzia come l'*ordo iudiciarius* possa essere intesa come l'insieme di regole formate da una prassi antica, riconducibile al processo romano-canonico.

Qui, le parti stipulavano una serie di accordi, con i quali si consentiva la prosecuzione del processo, mentre al giudice era attribuita una funzione passiva, assimilabile a quella di un mero notaio <sup>153</sup>.

In seguito alle prime codificazioni, il tema è stato affrontato dalla dottrina tedesca dalla seconda metà dell'ottocento, la più ampia sull'argomento, che ha cercato a più riprese di riordinare le intese concluse tra i privati ed incidenti sulla dinamica processuale, con l'intento di assegnare, per il tramite del principio dispositivo (*Dispositionsmaxime*), un ruolo alla volontà privata nella regolazione del processo, analogo a quello ricoperto dalla stessa nel diritto sostanziale.

Benché la dottrina successiva si sia occupata poco dell'argomento, il rinnovato ruolo dell'autonomia privata in campo processuale, espresso anche, ma non solo,

---

<sup>153</sup> NOVELLI, voce *Contratto giudiziale*, in *Nov. dig. it*, Torino, 1938, p. 706 ss.; CAPPELLETTI, *Civil procedure. Introduction, policies, trends and ideas in civil procedure*, in *International encyclopedia of comparative law*, Tübingen, 1987, p. 23 ss. ove l'autore, in chiave storica osserva come, fino alla prima metà del diciannovesimo secolo il processo civile interessasse soltanto le parti, sicché le stesse avevano il controllo circa lo svolgimento del processo civile. Non solo il processo civile e la procedura erano soggette all'autonomia delle parti (di iniziare la lite, di difendersi, di prevedere limiti alla decisione, alle impugnazioni etc.), ma il processo era interamente soggetto al volere delle parti anche con riguardo agli aspetti più tecnici della procedura: le forme procedurali o lo svolgimento stesso del processo civile. In quest'epoca, il processo civile rappresentava un «affare» solo tra privati che potevano regolarlo (più o meno) a loro piacimento. In questo contesto, le parti potevano anche concludere accordi, ad esempio relativi all'istruttoria e alle prove, i quali risultavano vincolanti per il giudice. Peraltro, l'eccessiva autonomia delle parti nella regolazione del processo portava spesso alla manipolazione del procedimento, non tanto per assicurarne l'efficienza, quanto per strumentalizzare il sistema a scopi dilatori. Sul tema, v. anche PERROT, *Institutions judiciaire*, Parigi, 1983, *passim* e MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tubinga, 1890, p. 24 ss. Il carattere pubblicistico del processo comincia invece a svilupparsi in Europa, unitamente allo sviluppo dell'oralità. L'oralità, infatti, comporta una maggiore concentrazione delle attività processuali, il che richiede, a sua volta, l'utilizzo di maggiori poteri direttivi da parte del giudice. È così che il ruolo del giudice all'interno del processo comincia a farsi più pregnante. Il giudice diventa parte attiva, in funzione di direzione o di controllo.

con i protocolli, lascia spazio ad alcuni profili di riflessione che meritano un approfondimento in questa sede.

È necessario dunque soffermarsi sinteticamente (primo paragrafo) sugli studi che, prima in Germania con la Pandettistica e poi in Italia, hanno riguardato le complesse implicazioni tra autonomia privata e processo, tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Ciò consentirà, da una parte, di riprendere argomentazioni utili per valutare il fenomeno delle *buone prassi* e dei protocolli e, dall'altra, di verificare se le elaborazioni concettuali condotte nell'ambito delle trattazioni sugli accordi processuali possano essere utilizzate per l'approfondimento degli accordi collettivi, oggetto della presente disamina.

Proprio a partire da quelle riflessioni, dalle considerazioni ivi affrontate e dagli spunti problematici evidenziati, sarà possibile procedere alla ricostruzione della natura di detti accordi, mettendone in evidenza le particolarità che ne contraddistinguono la funzione.

Di ciò ci si occuperà nel secondo e nel terzo paragrafo, nell'ambito dei quali, una volta individuate le caratteristiche tipiche degli accordi processuali, ne verrà valutata la compatibilità con lo strumento del protocollo.

Da qui, si potrà procedere accogliendo o respingendo la presente ipotesi ricostruttiva.

## **2. Autonomia privata e processo civile nell'ordinamento italiano: è possibile riconoscere uno spazio al *Konventionalprozess*?**

Le codificazioni moderne, inserite in un contesto culturale in cui lo stato, riappropriatosi della funzione giurisdizionale, rivendica il monopolio della legislazione processuale, non sembrano, a prima vista, lasciare spazio a modelli

procedurali lasciati alla disponibilità delle parti, se non in casi meramente eccezionali <sup>154</sup>.

La tensione tra i due concetti, autonomia privata e processo, è stata inoltre fortemente accentuata dalla scelta di campo del diritto processuale nell'alveo del diritto pubblico; circostanza che, in un primo momento, ha costituito un ostacolo al progresso delle riflessioni in merito al riconoscimento di poteri dispositivi in capo agli attori del processo <sup>155</sup>.

Peraltro, come si è già avuto modo di evidenziare, queste osservazioni non hanno impedito alla dottrina tedesca, a partire dalla Pandettistica, di condividere posizioni di apertura, favorevoli a riconoscere e ampliare gli spazi di autonomia privata lasciati alle parti nella regolamentazione del processo, valorizzando così la matrice liberale del sistema processuale tedesco, risalente, ancorché con tante modifiche, al 1877 <sup>156</sup>.

Si è così cercato di rivitalizzare il ruolo della volontà dispositiva delle parti sulla dinamica processuale, prima con le elaborazioni teoriche attinenti al concetto di

---

<sup>154</sup> Come espresso in precedenza, questo aspetto sancisce una differenza rispetto al processo nel diritto comune, ove si rinviene un dimensione astatuale della giustizia, i cui principi, provenienti dalla retorica o dell'etica, sono elaborati dalla stessa comunità di cui fanno parte di protagonisti del processo.

<sup>155</sup> Per cenni al *Konventionalprozess*, v. SPRUNG, *Intervento*, in *Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung, Bundestiminist. f. Justiz.*, Wien, 1969, p. 89 e MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici*, Torino, 2002, p. 149 s.

<sup>156</sup> V. CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 48.

negozio giuridico processuale <sup>157</sup> e, successivamente, nell'ambito della ricostruzione sistematica degli accordi processuali <sup>158</sup>.

Guardando a ritroso, la Pandettistica, già sul finire dell'ottocento richiamava il concetto di negozio (*Rechtsgeschäft*) o di contratto (*Vertrag*) <sup>159</sup>, al fine di riconoscere, per determinate categorie di atti processuali, un ruolo essenziale alla volontà privata nella produzione di effetti nel processo.

Il rinvio al concetto di contratto suggeriva – almeno in una fase iniziale – l'intenzione di unificare la disciplina applicabile del negozio del diritto sostanziale a quello incidente sul processo; proprio per tale ragione, molti autori hanno finito per abbandonare detta terminologia, per via delle ripercussioni, anche in chiave di certezza del diritto, che ciò avrebbe potuto provocare, accogliendo invece un termine più elastico come quello di accordo <sup>160</sup>.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla terminologia utilizzata, il richiamo a tali concetti è stato inteso, più semplicemente, come un espediente tramite il quale riconoscere ai protagonisti del processo e, in particolare alle parti, il potere

---

<sup>157</sup> V. in particolare, WACH, *Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von den processualischen Rechtsgeschäften*, in *AcP*, 1881, p. 238; SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung. Erster Theil*, Tubinga, 1883, p. 48-9 e 289; KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis (Prolegomena zu einem System des Civilprozesses)*, Mannheim, 1888, *passim*; TRUTTER, *Über processualische Rechtsgeschäfte*, München, 1890, *passim*; BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht und der die Verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Arch. f. civ. Prax.*, 1881, p. 9 e 45 ss.

<sup>158</sup> Tra le ragioni che hanno ispirato gli studi in tema di negozio o accordo processuale, vi rientra l'intenzione di riconoscere alla volontà privata una facoltà di disposizione immediata dei «diritti subiettivi processuali»; sul punto, v. COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, p. 71 ss. e SCHULTZE, *op. loc. ultt. cit.*

<sup>159</sup> KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, cit., p. 62.

<sup>160</sup> SATTA, voce *Accordo processuale*, in *Enc. dir.*, I, 1958, p. 300 s.; sul tema v. anche CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, 1931, p. 13 ss., il quale, non nega di per sé la coesistenza tra contratto e processo, ma evidenzia, tuttavia, che il passaggio dal piano del diritto sostanziale a quello processuale comporta necessariamente una trasformazione della figura del contratto di diritto privato; dello stesso avviso DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 138 ss.

di vincolare se stessi e il giudice al compimento o all'omissione di determinate attività processuali, pur sempre nel rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume <sup>161</sup>.

Per ragioni di completezza, va tuttavia precisato come dette posizioni di apertura non siano state condivise da tutta la dottrina tedesca, parte della quale ha mostrato, invece, un atteggiamento di maggiore scetticismo verso gli studi più propensi a dare rilievo all'autonomia delle parti.

In questa direzione si sono collocate le riflessioni di Oskar von Bülow <sup>162</sup>, poi riprese anche dalla dottrina italiana, secondo cui, gli spazi di regolazione del processo lasciati alla volontà delle parti sarebbero necessariamente subordinati ad una previa autorizzazione da parte del legislatore (*Ermächtigungsnorm*), in mancanza della quale non sarebbe possibile ravvisare alcun potere dispositivo. In ultima analisi, le convenzioni sulla gestione del processo avrebbero un rilievo meramente eccezionale.

Detta posizione di chiusura è stata ripresa anche dalla dottrina seguente, la quale, valorizzando il carattere pubblico del diritto processuale, ha concluso, quasi automaticamente, per la sua indisponibilità <sup>163</sup>.

Invero, non si è tardato ad evidenziare come non sia possibile dedurre dalla natura pubblica del diritto processuale l'indisponibilità delle regole del processo: norme imperative quanto dispositive possono trovare spazio sia nel diritto pubblico che nel diritto privato <sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> CAPONI, *Autonomia privata*, cit., p. 49.

<sup>162</sup> BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht*, cit., p. 1 ss.

<sup>163</sup> In senso critico v. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., p. 156, il quale rileva come tale ragionamento non sia corretto. Così facendo, infatti, si rischia di confondere il piano dello *ius publicum* e cioè del diritto a tutela di un interesse pubblico con quello della norma imperativa.

<sup>164</sup> MARINELLI, *op. loc. ultt. citt.*

Superata la predetta impostazione, in quanto fondata su di un «falso sillogismo»<sup>165</sup>, il problema si è dunque spostato nell'individuazione delle norme disponibili, distinguendole da quelle indisponibili.

Senza poterci addentrare in questa sede nella disamina delle teorie che si sono sviluppate al riguardo, basti osservare come la riflessione della dottrina tedesca si sia spinta fino ad ammettere l'operatività del principio «*in dubio pro libertate*»<sup>166</sup>, con la conseguenza che, in mancanza di un espresso divieto di legge, la norma debba ritenersi disponibile, dunque derogabile convenzionalmente dalle parti.

Al contrario, la dottrina italiana, pur importando alcune riflessioni sviluppatesi in Germania, ha mantenuto un atteggiamento di maggiore scetticismo<sup>167</sup>, nel timore che l'accostamento di concetti privatistici-pubblicistici potesse riportare in auge modelli processuali ormai ampiamente superati, ove il processo era

---

<sup>165</sup> CHIZZINI, *op. cit.*, p. 50.

<sup>166</sup> SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968, *passim*. In questo modo l'a. tende a mettere sullo stesso piano le disposizioni che regolano il processo e quelle che regolano la materia contrattuale, come espressione del principio di libertà nell'agire.

<sup>167</sup> In senso favorevole, FERRARA, *Sulla conversione del negozio giuridico processuale*, in *Studi e questioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1908, p. 35 ss.; ID, *Negozio processuale ed extraprocessuale di rinunzia al ricorso per cassazione*, in *Studi e questioni*, cit., p. 67 ss.; ID, *La «ficta confessio» dell'interrogando non comparso*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1914, p. 185 ss.; CARNELUTTI, *La prove civile*, Roma, 1915, p. 44 ss.; in senso limitativo, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, p. 775 ss.; MORTARA, *Commentario al Codice delle leggi di proc. civ.*; vol. II, n. 434, p. 553 ss.; GALANTE, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1909, p. 311 ss. REDENTI, *Atti processuali (diritto processuale)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 115, il quale, pur guardando con scetticismo la figura del negozio o accordo giuridico processuale, non ha escluso che anche nel processo potessero essere consentite indagini sulla volontà degli atti (es. simulazione, dolo o collusione), ma solo nella misura in cui questi abbiano sviato la decisione del giudice.



regolato principalmente dalla volontà delle parti <sup>168</sup>. In questa direzione si sono collocate le opinioni di Satta <sup>169</sup>, Betti <sup>170</sup> e Liebman <sup>171</sup>.

Le riflessioni dottrinarie hanno inoltre fortemente risentito del passaggio dal vecchio codice di rito, di stampo maggiormente liberale, a quello del 1942, invece, di stampo marcatamente pubblicistico.

Mentre il codice del 1865 lasciava alle parti margini più ampi di disponibilità del processo, che hanno permesso alla dottrina di approfondire il concetto di negozio e di accordo processuale, il codice del 1942 ha rappresentato certamente un limite consistente per le riflessioni in tale direzione.

Ad inizio secolo, infatti, la trattazione dell'accordo e del negozio processuale veniva affrontata dai maggiori studiosi del processo che la inserivano nelle loro esposizioni sistematiche <sup>172</sup>, mentre successivamente la riflessione sul punto si è andata sempre più spegnendo <sup>173</sup>.

Gli studi immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice, hanno dunque generalmente escluso l'ammissibilità di un *Konventionalprozess*, cioè gestito dalle parti e non dalla legge, confinando il ruolo dell'autonomia in casi del tutto eccezionali e in presenza di norme dispositive <sup>174</sup>, derivanti dal contemperamento tra l'interesse generale all'attuazione della legge e quello particolare alla composizione della lite.

---

<sup>168</sup> CAPPELLETTI, *Civil procedure.*, cit., p. 24 ss.

<sup>169</sup> SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, p. 49.

<sup>170</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 42 e 58.

<sup>171</sup> LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1927, p. 98 s.

<sup>172</sup> CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 102 ss.; MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, s.d., II, p. 552 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1920, p. 252 ss. COSTA, *Contributo*, cit., *passim*; DONÀ, *Del negozio giuridico processuale*, Milano, 1930, *passim*; DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, *passim*.

<sup>173</sup> CAPONI, *Autonomia privata e processo civile*, cit., p. 46, definisce il punto come «un ramo piuttosto secco nella riflessione italiana contemporanea».

<sup>174</sup> CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 103; CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., p. 233.

Tra le norme dispositive sono state dunque ricomprese quelle aventi una *ratio* prevalentemente privatistica, ovvero le norme strumentali – volte cioè al riconoscimento di diritti in capo alle parti –, ove la volontà può incidere in maniera preventiva o successiva sui requisiti del potere giuridico, come costituito dalla legge<sup>175</sup>.

Malgrado tali considerazioni, la dottrina italiana ha finito per accogliere una visione diametralmente opposta rispetto alle predette aperture di quella tedesca, in quanto, in ogni caso, si è ritenuto che la disponibilità della norma debba risultare dalle parole della legge o dallo scopo della previsione: nel dubbio, le norme devono ritenersi cogenti<sup>176</sup>.

Tale posizione sottende una concezione marcatamente pubblicistica del processo, inteso come strumento volto all'attuazione della volontà concreta della legge e al perseguimento della pace sociale<sup>177</sup>, perciò regolato quasi interamente da norme cogenti.

Ebbene, in questa prospettiva, l'anima privatistica del processo, interessata alla soluzione del caso concreto, risulta quasi del tutto priva di rilevanza, essendo più che altro funzionale alla sola distinzione tra norme imperative e norme dispositive<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> CARNELUTTI, *op. loc. ultt. cit.*, il quale fa riferimento alle deroghe alla competenza o alla sanatoria sulla nullità della costituzione.

<sup>176</sup> CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 101 ss.

<sup>177</sup> CHIOVENDA, *op. loc. ultt. cit.*, secondo cui «nel processo si svolge una funzione pubblica e questa è l'attuazione delle legge, cioè del diritto in senso obbiettivo. Questa è la destinazione del processo, non la difesa di diritti soggettivi, come molti affermano»; in tal senso, dunque, l'a. nelle sue *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p. 64 si discosta dalle teorie sviluppate in passato che «consideravano il processo come un negozio di diritto privato e come un semplice strumento a servizio del diritto sostanziale».

<sup>178</sup> CHIOVENDA, *op. loc. ultt. cit.*, evidenzia inoltre come non ogni deroga ad una norma dispositiva costituisca un contratto processuale; in alcuni casi, infatti, l'accordo delle parti è un semplice presupposto del provvedimento del giudice, in altri, si hanno dichiarazioni unilaterali o bilaterali di volontà che costituiscono esse stesse atti del processo. In tal senso, il contratto

Del resto, ritenere che la stessa facoltà di deroga convenzionale debba essere prevista espressamente dalla legge, significa riconoscere pur sempre in capo a quest'ultima il potere di governare il processo.

Senonché, ad oggi si assiste ad una parziale inversione di tendenza, improntata, invece, a dare rilevanza all'autonomia delle parti, specialmente nel campo dell'organizzazione ed amministrazione delle attività processuali.

Al riguardo, si sono affermate posizioni volte ad accentuare il carattere dispositivo del processo, finalizzato per lo più a condurre il giudizio nel modo più opportuno e funzionale alla soluzione del caso concreto, sempre, s'intende, nel rispetto delle finalità generali sottese al processo e in un'ottica di efficienza<sup>179</sup>.

In tale prospettiva, vanno lette anche alcune aperture operate a livello legislativo, volte a dare maggiore rilevanza all'autonomia delle parti.

Un esempio in questo senso è rappresentato dalla previsione, sulla scia del processo civile francese, dello strumento del calendario del processo, con cui le parti e il giudice possono autonomamente accordarsi in merito alle tempistiche di svolgimento delle attività processuali, in un'ottica di *case management*.

Ebbene, la predisposizione di un calendario del processo, oggi disciplinato dall'art. 81-bis, disp. att. c.p.c., altro non è, dal punto di vista giuridico, che un

---

processuale non è un atto del processo, in quanto solitamente viene concluso con riferimento ad un processo futuro (o pendente) e ha per contenuto: o il regolamento convenzionale del processo, come nel caso del *pactum de foro prorogando*, o la rinuncia di diritti da far valere nel processo, come il *pactum de non petendo*, visto come rinuncia ad un diritto individuale. Ad ogni modo, questi contratti hanno un'efficacia molto ristretta: i contratti sulle prove, ad esempio, sono nulli in quanto contrari a norme imperative (posto che le norme sulle prove tendono a regolare un'attività pubblica).

<sup>179</sup> BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, p. 2 ss. e CANELLA, *Contrattualizzazione*, cit., p. 180 ss., la quale ravvisa maggiori aperture circa la conclusione di accordi processuali nella fase istruttoria; al riguardo, richiama lo stesso art. 177, co. 3°, n. 1, c. p.c., il quale prende già in esame l'ipotesi in cui il giudice pronunci un'ordinanza su accordo delle parti, qualora, l'accordo riguardi una materia di cui le parti possono disporre.

accordo<sup>180</sup> concluso tra i soggetti del processo stesso, dal quale discendono diritti e obblighi per i contraenti, il cui mancato rispetto può essere fatto valere tramite lo strumento dell'eccezione<sup>181</sup>.

Certamente, l'autonomia delle parti si muove nell'ambito dei termini perentori individuati dal legislatore; si riconosce tuttavia alle parti stesse (e al giudice) la facoltà di accordarsi sulle tempistiche concrete di svolgimento di uno specifico processo, in un'ottica di certezza del diritto e di efficienza.

La previsione ivi citata non si pone dunque in contrasto con norme processuali inderogabili, riguardando invece un potere di direzione e governo del processo che presenta un certo margine di disponibilità; sicché, la stessa previsione di cui all'art. 81-bis disp. att. c.p.c. ha indotto parte della dottrina a riconoscere, in ambito di amministrazione della giustizia e del suo effettivo funzionamento, la possibilità di prevedere accordi processuali, tra parti e giudice, anche diversi

---

<sup>180</sup> Dello stesso avviso anche CANELLA, *op. cit.*, p. 177, la quale riconosce la natura di accordo processuale al calendario del processo, inserendolo nell'ambito di quelle norme finalizzate all'amministrazione e al «governo» della sequenza processuale, rispetto alle quali non dovrebbero porsi problemi di disponibilità, in quanto la discrezionalità del giudice è utilizzata in questi casi unicamente per finalità organizzative. Non si tratta dunque di poteri dal cui esercizio discendono effetti sulla decisione.

<sup>181</sup> Sul tema v. anche DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 303, il quale osserva come rispetto all'esempio francese, la disposizione in questione parla di mera consultazione delle parti, non di vero e proprio accordo. L'a., tuttavia, trova la giustificazione di tale diversità nel fatto che nel sistema processuale francese il contratto sia uno strumento indispensabile per il giudice al fine di poter disporre termini perentori; potere che altrimenti non troverebbe altra giustificazione. Tale problema invece non sussiste nel nostro sistema processuale ove la disciplina sui termini scandisce in maniera precisa le tempistiche del processo, rendendo in realtà superflua la conclusione di un negozio al fine di programmare le attività istruttorie, fissando le relative decadenze endoprocessuali, ma rendendo invece necessaria la previsione di tempistiche concrete, certe e trasparenti relative allo svolgimento del singolo procedimento.

rispetto al calendario del processo <sup>182</sup>; ambito nel quale, allora, potrebbero inserirsi anche i protocolli.

Da ultimo, si evidenzia come simili aperture non abbiano di certo comportato un'inversione del rapporto tra legge processuale e autonomia privata; tuttavia, alla luce delle sfide che ad oggi si pongono in tema di amministrazione della giustizia, risulta altrettanto vero come all'autonomia sia stato riconosciuto un nuovo spazio, di cui, a livello individuale, l'istituto del calendario del processo e, a livello collettivo, i protocolli, ne rappresentano una manifestazione evidente. È dunque in questo spazio che si colloca la nostra riflessione. Da questa considerazione nasce infatti l'interesse a valutare la possibilità di inquadrare anche il protocollo come una forma di autonomia dispositiva.

### **3. La categoria degli accordi giuridici processuali: tipologie, caratteristiche essenziali e prime valutazioni di compatibilità.**

In seguito alle riflessioni offerte dalla dottrina tedesca in merito ai rapporti tra autonomia privata e processo, si è sviluppata una sistematica degli accordi processuali.

Il concetto è stato in un primo momento collegato alla teoria del negozio giuridico processuale, con cui si cercava di dare rilevanza alle attività nelle quali l'autonomia privata sembrava svolgere un ruolo determinante sull'andamento del processo, operando così una distinzione tra atti processuali e meri fatti <sup>183</sup>: solo i primi potevano essere qualificati come negozi giuridici, mentre i secondi costituivano semplici attività produttive di effetti nel processo, rispetto alle quali la volontà umana rimaneva del tutto estranea.

---

<sup>182</sup> CANELLA, *op. cit.*, p. 181.

<sup>183</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 17.

In particolare, si evidenziava come l'atto processuale non andasse considerato unicamente nella sua dimensione dinamica <sup>184</sup> – volta cioè a determinare il graduale avanzamento del procedimento –, ma quale strumento di regolazione di un rapporto processuale sussistente tra le parti, volto finalisticamente a porre il giudice nella condizione giuridica di provvedere.

Si ammetteva, dunque, che nel processo civile vi fossero atti processuali, o meglio, accordi, idonei a generare diritti e obblighi tra le parti e ad influire sulla decisione finale del giudice.

Più nel dettaglio, la riflessione in Germania si è sviluppata specialmente intorno all'istituto della confessione, considerata dal Wach come una manifestazione della volontà di accertamento ed estrinsecazione di un potere dispositivo riconosciuto in capo alle parti <sup>185</sup>; potere che poteva essere espresso tramite una dichiarazione unilaterale di volontà – come, per l'autore, nel caso della rinuncia alla pretesa o della rinuncia a far valere singole eccezioni –, di per sé operativa senza la necessità di un'adesione della controparte, ovvero da una dichiarazione bilaterale, ove, invece, l'accordo costituiva una condizione necessaria di efficacia.

---

<sup>184</sup> Per WACH, *Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften*, in *Archiv. f. d. zivil. Praxis*, 64, 1881 p. 238 ss., gli atti che potevano atteggiarsi a negozi giuridici dovevano presentare un certo grado di autonomia; in questo senso, rimanevano esclusi i singoli atti processuali di parte, rivolti al giudice, privi di un'autonomia efficacia, in quanto produttivi di effetti solo in forza del meccanismo processuale.

<sup>185</sup> Nella dottrina italiana, accolse questa teoria MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 20 ss. e inizialmente anche CARNELUTTI, *La prova civile*<sup>2</sup>, Roma, 1947, p. 41 ss., ma fu successivamente abbandonata dallo stesso a. in *Recognitio e comparatio personarum*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, p. 109 ss. Peraltro, la concezione secondo cui la confessione, come anche il giuramento, sarebbero negozi processuali, è stata superata da tempo dalla dottrina processualistica che l'ha ricondotta più propriamente nell'ambito della prova. Sul punto, anche i civilisti che ritennero opportuno distinguere la confessione giudiziale da quella stragiudiziale, hanno negato la natura di negozio giuridico di quest'ultima, qualificandola, invece, come una dichiarazione di scienza, v. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, p. 82 ss.

Senza poter approfondire il punto, si evidenzia come nelle iniziali elaborazioni teoriche della dottrina tedesca il concetto di negozio e di accordo venissero interpretati in maniera molto ampia.

In particolare, venivano ricompresi in tale categoria, sia tipologie di atti conclusi durante il giudizio, sia atti extraprocessuali diretti ad influire sulla regolamentazione del processo.

Più segnatamente, tra i secondi, il Kohler <sup>186</sup> inseriva gli accordi relativi alla competenza o gli accordi di non agire o non eseguire, mentre tra i primi, venivano inseriti anche gli atti processuali con efficacia dispositiva della posizione sostanziale, tra i quali il Wach <sup>187</sup> ricomprendeva la confessione o la rinuncia alla pretesa, mentre il Trutter <sup>188</sup> vi inseriva la domanda giudiziale, intesa come atto dispositivo di un «diritto subiettivo processuale».

Ebbene, questa prima impostazione, secondo la quale si consideravano come accordi anche atti di carattere sostanziale aventi un'efficacia diretta o indiretta sul processo, è stata superata dalla dottrina germanica successiva che, a più riprese, ha circoscritto l'ambito di applicazione dell'autonomia privata in campo processuale, svolgendo una sistemazione della disciplina degli accordi processuali.

In tale direzione si è collocata anche la dottrina italiana, la quale ha cercato di mettere ordine nella materia, distinguendo le varie categorie di accordo e individuandone le caratteristiche.

Sul punto, riprendendo le classificazioni di Denti <sup>189</sup> e Satta <sup>190</sup>, sono state distinte diverse categorie di atti: atti che con il processo hanno un mero vincolo di

---

<sup>186</sup> KOHLER, *Über prozessrechtliche Verträge und Creationen*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin, 1894, p. 127.

<sup>187</sup> WACH, *op. cit.*, p. 238.

<sup>188</sup> TRUTTER, *op. cit.*, 1890, *passim*.

<sup>189</sup> DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 138 ss.

<sup>190</sup> SATTA, voce *Accordo processuale*, in *Enc. dir.*, I, 1958, p. 300 s.

occasionalità, atti extraprocessuali con efficacia sul processo, atti processuali con efficacia sostanziale e atti conclusi nel processo per il processo.

Detta classificazione è risultata poi funzionale alla circoscrizione di un concetto «più moderno» di accordo processuale, rispetto a quello inizialmente emerso con la Pandettistica.

In particolare, si è escluso che potessero rientrare nel concetto di accordo processuale in senso stretto quegli atti o accordi che con il processo sono legati da un semplice vincolo di occasionalità, come nel caso della conciliazione giudiziale, della rinuncia all'azione, della transazione, o dell'offerta di riduzione ad equità *ex art. 1467 c.c.* Si tratta di atti che non hanno un contenuto processuale «autonomo», posto che la volontà delle parti è rivolta unicamente alla regolazione della posizione sostanziale.

Le conseguenze processuali, come la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del giudizio, costituiscono invece un effetto meramente secondario, derivante dalla legge, destinato peraltro a rimanere fermo anche in caso di invalidazione dell'accordo di carattere sostanziale.

Detta invalidazione, rispetto alla quale è necessario seguire la disciplina civilistica, costituisce eventualmente l'oggetto di un diverso giudizio, mentre non è più ipotizzabile, come invece era stato sostenuto da alcuni, la prosecuzione del giudizio precedente <sup>191</sup>.

Da questa prima tipologia di atti vanno invece tenuti distinti gli atti sostanziali con efficacia processuale e agli atti processuali con efficacia sostanziale (indiretta).

I primi, sono atti compiuti fuori dal processo, destinati a produrre effetti giuridici sul processo.

Tra questi, comunemente, la dottrina ha ricompreso il compromesso, gli accordi modificativi della competenza, il patto per escludere l'appello *ex art. 360 c.p.c.*, l'acquiescenza *ex art. 329 c.p.c.*, ovvero i patti sul riparto dell'onere probatorio *ex*

---

<sup>191</sup> DE STEFANO, *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano, 1959, p. 161 ss.



art. 2698 c.c., i *pacta de non petendo* o *de non exequendo* o quelli relativi alla proponibilità delle eccezioni, ex art. 1462 c.c..

Queste tipologie di atti, tra i quali andrebbero ricompresi anche i protocolli d'udienza, sono stati frequentemente qualificati come accordi processuali, pur risultando ormai pacifico che la disciplina alla quale gli stessi sono sottoposti risulta essere quella di diritto privato.

L'aggettivo «processuali», è allora rimasto legato all'oggetto del negozio, esprimendo soltanto la sua rilevanza nell'ambito dello svolgimento del processo<sup>192</sup>.

Peraltro, anche se per la sistematica degli accordi la dottrina tradizionale ha preso in considerazione unicamente gli atti di parte, non si ravvedono ragioni per escludere l'ammissibilità anche di negozi plurilaterali, che coinvolgano anche i giudici, come nel caso dei protocolli, tenuto conto che lo stesso legislatore, con il citato art. 81-*bis* disp. att. c.p.c., ne ha prevista e disciplinata un'ipotesi.

Dagli atti sostanziali con efficacia processuale, a loro volta, vanno tenuti distinti gli atti processuali, con efficacia mediatamente sostanziale, tra i quali è stata ricompresa l'eccezione di compensazione o di prescrizione<sup>193</sup>, quella di annullamento, di risoluzione e rescissione o anche l'istanza congiunta di assegnazione di immobile indivisibile.

Diversamente dagli atti del primo tipo, qui, l'atto processuale non produce direttamente un effetto dispositivo del diritto sostanziale, ma è invece diretto unicamente a provocare l'esercizio, da parte dell'autorità giurisdizionale, del dovere decisorio.

---

<sup>192</sup> Peraltro, in chiave critica, v. anche DENTI, *op. cit.*, p. 141, secondo il quale, in ogni caso, la rilevanza processuale dell'accordo risulterebbe comunque mediata dall'atto processuale con cui il negozio viene fatto valere all'interno del processo; v. anche ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata ed i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1971, p. 71, secondo il quale negozi giuridici di questo tipo «influiscono nel processo, in quanto siano prodotti in giudizio, per lo più in via d'eccezione, e solo allora le norme del diritto processuale riconnettono ad essi un'efficacia processuale».

<sup>193</sup> KOHLER, *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung*, in ZZZP, 1901, XXXIX, I.

Per vero, in questo caso, il dibattito relativo alla natura negoziale degli atti, rispetto alla quale la dottrina ha sollevato non poche perplessità, ha finito per svolgere una funzione meramente descrittiva, essendo pacifica l'applicazione del regime processuale degli atti.

Ancora, da questi ultimi sono stati tenuti distinti quei negozi ad oggetto processuale, stipulati nel processo, con effetti sul processo stesso.

Al riguardo, sono stati frequentemente richiamati gli accordi di sospensione del processo o gli accordi sul giudizio di equità *ex art. 114 c.p.c.*, ai quali si aggiunge anche l'accordo tacito sulla competenza.

Dalla breve ricostruzione sistematica di cui sopra, emerge come il concetto di accordo processuale sia inteso come un atto avente ad oggetto la disposizione di una norma processuale, espressione di un principio di «autonomia processuale», parallelo a quello di autonomia negoziale, che origina dalle norme di legge e che può esplicarsi nel processo, anche in forma negativa – cioè tramite la rinuncia alla rilevazione dell'inosservanza di certe norme dispositive – ovvero al di fuori del giudizio.

Detto accordo determina un effetto vincolante rispetto alle modalità di svolgimento di un determinato processo, sia per le parti che per il giudice, quest'ultimo tenuto a pronunciarsi conformemente alle dichiarazioni dei «contraenti».

Ebbene, già da queste prime considerazioni è possibile svolgere alcune riflessioni in merito alla compatibilità di una simile ricostruzione sistematica degli accordi collettivi, così come rappresentati nel primo capitolo.

In particolare, vengono in rilievo alcuni punti critici, riguardanti, anzitutto, l'oggetto degli accordi collettivi.

Nel caso dei protocolli, infatti, l'oggetto non è rappresentato dalla predisposizione di un regime processuale in deroga alla disciplina codicistica, come invece si rinviene negli accordi processuali, bensì quello di completarla, o integrarla, con le *buone prassi* elaborate nell'ambito di specifici gruppi di lavoro,

localizzati nell'ambito di un particolare ufficio giudiziario, negli spazi vuoti lasciati dal legislatore.

In altri termini, con il protocollo, le parti non si accordano per determinare una disciplina processuale *ad hoc* e *contra legem*, ma si limitano ad uniformare convenzionalmente l'interpretazione di disposizioni legislative ampie, incerte o poco chiare.

Nel nostro caso, dunque, il problema della disponibilità della norma processuale non dovrebbe neanche porsi, in quanto esula dalla finalità specifica dei protocolli.

Un ulteriore profilo di criticità attiene all'efficacia giuridica.

Mentre gli accordi processuali rispondono ad una logica obbligatoria, lo scopo delle previsioni contenute nei protocolli ha carattere meramente persuasivo.

La finalità sottesa al protocollo è infatti quella di codificare prassi virtuose, al fine di indirizzare e uniformare in maniera efficiente il comportamento degli operatori del diritto, non certo quello di creare diritti e corrispondenti obblighi gravanti sulle parti. In altri termini, la scelta di conformarsi alle previsioni contenute nei protocolli è rimessa alla libera valutazione delle parti stesse.

Per vero, come si accennava in precedenza, alcune disposizioni sollevano profili di perplessità circa la possibilità di ravvisare, nelle modalità di formulazione del precetto, una cogenza di fatto della norma protocollare; tuttavia, tale aspetto, che in ogni caso, si avrà modo di trattare successivamente, non costituisce una ragione sufficiente per qualificare gli strumenti in questione come «obbligatorie» tra le parti stipulanti, contrariamente all'intenzione espressa dalle parti stesse.

Detto aspetto, può costituire viepiù un'eccezione, sulla base della quale certamente non è possibile dedurre le caratteristiche generali dell'intero fenomeno.

### 3.1. L'accordo processuale come atto dispositivo del giudizio: profili di incompatibilità con i protocolli e ricostruzione.

Un altro aspetto che emerge dall'inquadramento svolto nel paragrafo precedente attiene al legame esistente tra l'accordo processuale, come sopra inteso, e il singolo processo: con l'accordo, infatti, le parti dispongono di uno specifico rapporto, dando rilevanza alla propria potestà volitiva <sup>194</sup>.

Del resto, le riflessioni relative agli accordi processuali sono state per lungo tempo legate al concetto di rapporto giuridico processuale <sup>195</sup>, sussistente, per l'appunto, tra le parti e il giudice, a seconda delle diverse ricostruzioni <sup>196</sup>, nell'ambito di un particolare giudizio.

---

<sup>194</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 33.

<sup>195</sup> Il rapporto processuale, è stato elaborato dalla dottrina tedesca nella seconda metà del XIX secolo, come un elemento fondamentale dal quale poter dedurre la separazione, che allora si stava delineando, tra diritto sostanziale e processuale, v. CANELLA, *op. cit.*, p. 162. Tuttavia, la dottrina moderna, ha acquisito da tempo l'autonomia del processo come fenomeno giuridico e ne ha evidenziato l'aspetto dinamico, rispetto al quale la figura del rapporto processuale è ormai considerata «insufficiente ad esprimere il fenomeno giuridico processuale nella sua complessità». Sul punto v. anche MANDRIOLI-CARRATTA, *Corso di diritto processuale*, I, Torino, 2018, p. 29, secondo cui, ulteriormente, anche i risvolti pratici del concetto, dal quale era stata resa possibile la successione nel processo o la rappresentanza, costituiscono istituti ormai acquisiti al diritto processuale civile. Nella sua nozione più semplice, il rapporto processuale è inteso come il complesso delle relazioni giuridiche che hanno inizio con la proposizione della domanda e che confluiscono nella definizione della lite, nell'ambito delle quali, dunque, si fondono idealmente insieme tutte le azioni, le eccezioni, i diritti, gli obblighi, e le ragioni del giudice, v. DONÀ, *op. cit.*, p. 25.

<sup>196</sup> Sull'individuazione di una relazione giuridica autonoma tra i soggetti del processo, v. anche BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Proceßvoraussetzungen*, Gießen, 1868, *passim*, il quale sosteneva la natura pubblicistica di tale relazione, seguito da altri autori, tra cui Wach, Planck, Schmidt, Hellwig; natura pubblicistica invece contraddetta dal Kohler che ne rinveniva una connotazione privatistica. Sul tema v. anche FERRARA, *Rapporto giuridico processuale*, Napoli, 1915, p. 90 ss., secondo cui il rapporto processuale inteso in senso ampio, «costituisce un

L'accordo è dunque inteso come lo strumento tramite il quale è possibile regolare, nei limiti imposti dalla legge, i rapporti intersoggettivi di ordine processuale, così incentivando l'interesse privato, visto non solo come il presupposto da cui nasce l'esigenza di azionare il processo, ma anche come mezzo funzionale alla direzione del processo medesimo <sup>197</sup>.

Ebbene, proprio da tale considerazione si evince come, anche l'aspetto relativo alla funzione dell'accordo in senso dispositivo mal si concili con il ruolo svolto dai protocolli.

Sul punto, infatti, è bene mettere in luce una differenza che finora è rimasta sullo sfondo, ma che ad avviso di chi scrive, costituisce un aspetto determinante per ritenere di dover escludere la via dell'accordo dispositivo come «spiegazione» sistematica allo strumento del protocollo.

---

fascio unitario di rapporti» privatistici e pubblicistici. I primi, legati al concetto di disponibilità, sono caratterizzati dal fatto che il giudice «non rappresenta che un tramite puramente meccanico di mediazione», mentre nei secondi il giudice svolge, insieme alle parti, un ruolo di cooperazione attiva verso il raggiungimento di uno scopo comune. Tuttavia, detti rapporti, diversamente dalla concezione di MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, n. 414 ss., p. 535 ss., rimangono sempre distinti «malgrado tutta l'infinita serie dei contatti estrinseci e dei nessi» tra loro intercorrente. Diverse dunque le opinioni dottrinarie in merito ai soggetti del rapporto: per KOHLER, *op. loc. ultt. cit*, la relazione non coinvolge il giudice, ma solo le parti, mentre HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe für Otto Gierke*, Breslau, 1910, p. 43 ss., ammette solo rapporti tra l'attore e il giudice e tra il convenuto e il giudice, ma nega che il rapporto coinvolga direttamente l'attore e il convenuto; diversa l'opinione di WACH, *Hausbuch des deutschen Civilprozesses*, Leipzig, 1885, p. 34, condivisa anche da CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 89 ss. secondo cui, invece, il rapporto processuale, di natura essenzialmente pubblicistica, avrebbe tre soggetti: «l'organo giurisdizionale da un lato, e dall'altro le parti (attore e convenuto). SCHULTZE, *Privatrecht*, cit., p. 287, invece, nega che il processo possa essere descritto facendo ricorso al concetto di rapporto processuale, il quale sarebbe assorbito dal concetto di negozio processuale, o meglio, da una serie di negozi processuali.

<sup>197</sup> LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1975, 267, secondo il quale il negozio o accordo processuale costituisce una «manifestazione di volontà tendente al fine della costituzione, della modificazione o dell'estinzione del rapporto processuale».

L'applicazione della teoria che vede il negozio come strumento dispositivo di un singolo processo, infatti, entra in crisi nel momento in cui le misure presentano una vocazione generale e ripetibile.

Mentre, infatti, gli atti dispositivi di autonomia privata sono volti a regolamentare uno specifico rapporto e, in tal senso, costituiscono «norme singolari», gli atti di autonomia o di derivazione contrattuale che acquisiscono una totale o parziale efficacia *erga omnes*, presentano il carattere della normatività, in senso lato, ove l'autonomia delle parti non è finalizzata alla cura di uno specifico rapporto giuridico, ma si pone come regola o modello comportamentale generalizzato.

Tale riflessione si fonda sulla consapevolezza che uno dei requisiti per qualificare un atto o un fatto come normativo è rappresentato proprio dalla sua generalità e astrattezza, da cui segue la ripetibilità nel tempo <sup>198</sup>.

Muovendo dunque da una concezione empirica, finalizzata a svolgere un'analisi concreta dei fenomeni giuridici, il protocollo finisce per essere l'estrinsecazione di un concetto di autonomia normativa, più che di autonomia negoziale, nell'ambito di un rapporto tra autonomia e fonte del diritto e non tra contratto e processo.

Si tratta di un fenomeno, quello dell'autoregolamentazione in supplenza o complementarietà delle legge, ampiamente diffuso nella realtà giuridica, ove la fonte contrattuale o negoziale svolge una funzione normativa, in senso ampio <sup>199</sup>.

Al riguardo, va precisato come il vincolo creato dal regolamento contrattuale, da sempre sia stato accostato al vincolo costrittivo della legge, tanto che lo stesso codice civile, all'art. 1372 c.c. <sup>200</sup> fa riferimento al contratto avente «forza di legge» tra le parti che lo hanno stipulato.

---

<sup>198</sup> LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 728; PIZZORUSSO, *Metodologia dello studio delle fonti del diritto. Le fonti del diritto italiano, I, Le fonti scritte*, in *Tratt. dir. civ.*, 1998, p. 39.

<sup>199</sup> Il concetto di normatività in senso ampio si rimanda al capitolo successivo.

<sup>200</sup> V. anche l'art. 1123 del vecchio codice del 1865.

Tuttavia, è pacifico come il contratto non sia stato poi inserito nel sistema delle fonti, sicché la sua vincolatività è volta alla cristallizzazione degli interessi dei soli soggetti contraenti <sup>201</sup>.

Per lungo tempo, infatti, si è ritenuto che la correlazione tra legge e contratto potesse, al più, determinare la produzione di norme singolari, con effetti circoscritti tra le parti e non invece con efficacia *erga omnes*. Per questo, le trattazioni più classiche sulle fonti del diritto tendevano a non fare riferimento agli atti di autonomia, se non per profili assolutamente marginali.

Peraltro, a partire dall'inizio degli anni duemila si osserva un profondo moto di cambiamento, in quanto la relazione tra fonti del diritto e autonomia è stato fortemente arricchito da nuovi spunti di riflessione e da nuove esperienze, il che ha portato al progressivo superamento di vecchie concezioni aprioristiche, per accogliere invece un'interpretazione più ampia del concetto di fonte del diritto, ove si ammette che i destinatari della norma giuridica possano essere anche gli stessi che hanno contribuito alla sua formazione; esperienze in cui, fattispecie di origine contrattuale o negoziale assumono un'efficacia generale e astratta <sup>202</sup>.

Tale tendenza è data dalla complessità del mondo post-moderno e dalla crisi della legislazione a livello nazionale che si è rivelata spesso inadeguata ad affrontare le esigenze di flessibilità richieste per la regolazione di una società sempre più articolata.

In ultima analisi, si tratta di strumenti che rappresentano un ibrido, avente «il corpo del contratto e l'anima della legge», ove «il meccanismo contrattuale gioca

---

<sup>201</sup> GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, p. 4 ss.

<sup>202</sup> Sul punto, senza pretese di completezza, vanno richiamate le esperienze dei codici di condotta, cioè forme di autoregolamentazione poste in essere da organismi rappresentativi di settori economici, sociali e professionali, cui vanno aggiunti anche i codici deontologici professionali. Si tratta di regole volte a governare la condotta di categorie professionali protette che impongono limiti di comportamento ulteriori e talvolta più restrittivi di quelli previsti dalla legge. Sul punto v. LIPARI, *op. cit.*, p. 735 ss. e SIMONETTI, *Autoregolamentazione e codici di condotta*, in *Diritto e cultura*, 2002, pp. 19-97.

una forza che trascende il diritto soggettivo, e si sprigiona in un movimento che va oltre il rapporto giuridico tra le parti»<sup>203</sup>.

Ebbene, con i protocolli, le parti mirano proprio a raggiungere tale obiettivo.

L'accordo o negozio non è infatti finalizzato a regolare uno specifico rapporto processuale, già instauratosi tra le parti, ma a condizionare il comportamento degli operatori giuridici e l'interpretazione delle norme processuali in tutti i procedimenti, presenti e futuri, proposti davanti ad uno specifico ufficio giudiziario.

#### **4. Note conclusive al capitolo terzo: l'abbandono dell'approccio privatistico.**

Con il presente capitolo si è inteso avanzare una prima ipotesi ricostruttiva del fenomeno dei protocolli, legata al concetto di accordo processuale e di autonomia negoziale.

Al riguardo, si è reso necessario riprendere brevemente il dibattito che, ormai da tempo, si interroga sugli spazi di autonomia privata lasciati alla disponibilità delle parti nella regolazione del processo civile, alla luce delle aperture che negli ultimi anni sono state offerte, sia a livello dottrinale che legislativo, nell'ambito dell'amministrazione della giustizia e del *case management*.

Proprio tali posizioni hanno suggerito detta ipotesi interpretativa, finalizzata a valorizzare l'elemento dell'accordo, quale aspetto strutturale del protocollo.

Peraltro, dall'analisi svolta nel presente capitolo, è emerso come il richiamo al concetto di accordo processuale e di autonomia negoziale, in realtà, mal si concili

---

<sup>203</sup> Così, v. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1972, p. 116 s. a proposito del contratto collettivo di lavoro, certamente la forma più radicata di autonomia c.d. normativa, volta a produrre effetti generali.



con le peculiarità che contraddistinguono i protocolli oggetto della presente disamina.

Al riguardo, sono state evidenziate divergenze sia sul piano dell'oggetto dell'accordo, riguardante, non tanto la deroga convenzionale della disciplina codicistica, quanto, piuttosto, l'interpretazione o, entro certi limiti, l'integrazione della norma giuridica; sia sul piano dell'efficacia dell'accordo stesso, avente una natura meramente persuasiva e non obbligatoria per le parti e per il giudice; sia, più in generale, sul piano della funzione svolta dagli accordi individuali, da un lato, e da quelli collettivi, dall'altro.

Invero, l'efficacia generale, ancorché circoscritta a singoli uffici giudiziari, e la ripetibilità delle disposizioni protocollari, mettono in risalto la vocazione normativa, piuttosto che negoziale, dell'autonomia privata in questione.

Siamo di fronte, certamente, ad un concetto ampio normatività che presenta dei profili di anomalia rispetto alla nozione tradizionale di fonte del diritto e che, invece, richiama un concetto di «normatività graduata»<sup>204</sup>, accolto da una parte della dottrina internazionalistica, secondo cui il diritto non avrebbe un carattere unidimensionale, potendo invece ricomprendere una varietà di effetti giuridici, sia diretti, sia indiretti.

Un sistema nell'ambito del quale sono ricompresi atti vincolanti (*hard law*), ma anche atti non vincolanti (*soft law*), in grado di creare un insieme unico, in continua evoluzione<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, n. 1, p. 9. LUTHER, *Riconoscimento di potere normativo ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, a cura di Dogliani, *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, p. 67.

<sup>205</sup> SCHACHTER, *Toward a Theory of International Obligation*, in *Virginia Journal of International Law*, 1968, p. 322; TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2015, p. 68 ss.

Si seguirà dunque questa impostazione nel dare un inquadramento sistematico agli accordi collettivi, riprendendo, al riguardo, quella seconda prospettiva di analisi a carattere «pubblicistico» messa in luce in precedenza.

Del resto, strumenti di normazione in senso lato sono oramai ampiamente entrati a far parte anche della realtà giuridica italiana in tutti i settori del diritto.

Si tratta dunque di un concetto con il quale sia l'operatore e che lo studioso si confrontano ormai da tempo.

Detta tendenza è stata da ultimo confermata dai recenti interventi posti in essere dal Governo per fronteggiare la pandemia da Covid-19 che, anche nel campo della giustizia civile, hanno fatto ampio ricorso a strumenti atipici di normazione processuale: il ruolo del protocollo ne è uscito sicuramente rinforzato.

Risulta dunque necessaria, anche nel settore della giustizia civile, una riflessione più ampia che si interroghi sul ruolo e sui limi limiti degli strumenti di regolazione «fluida» nel processo.

## Capitolo Quarto

### **SECONDA IPOTESI RICOSTRUTTIVA. IL PROTOCOLLO COME STRUMENTO DI REGOLAZIONE FLESSIBILE E COLLETTIVA: L'APPROCCIO PUBBLICISTICO**

#### Sezione Prima

### **LA NOZIONE E LA RILEVANZA GIURIDICA DEL DIRITTO «MORBIDO» O *SOFT LAW* NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

SOMMARIO: 1. Introduzione al capitolo quarto: la rilevanza del «diritto collettivo». – 2. La mutevole nozione di diritto «morbido» tra ragioni di flessibilità ed esigenze di certezza: una premessa teorica. – 2.1. *segue*: il difficile compito di circoscrivere gli elementi essenziali del diritto *soft*. – 3. Il problema della rilevanza giuridica tra principi e criteri di identificazione. – 4. Brevi note conclusive alla sezione prima.

#### **1. Introduzione al capitolo quarto: la rilevanza del «diritto collettivo».**

Come si è avuto modo di dimostrare nel capitolo precedente, l'impostazione sistematica volta ad inquadrare i protocolli tra gli accordi con funzione dispositiva non può trovare accoglimento.

Si ritiene dunque preferibile osservare il fenomeno attraverso la lente dell'autonomia «normativa» e del c.d. diritto collettivo<sup>206</sup>.

Si tratta di un fenomeno nel quale vengono generalmente ricompresi tutti gli atti conclusi da gruppi sociali o corpi intermedi, come associazioni, sindacati, categorie professionali etc., finalizzati ad (auto)regolare l'organizzazione dell'attività da essi svolta; è proprio il carattere collettivo (o superindividuale) dell'autonomia in questione a richiamare direttamente il profilo della normatività, stante la tendenziale portata estensiva dell'efficacia degli atti (*erga omnes*), non limitata ai soggetti stipulanti<sup>207</sup>.

Si è osservato, infatti, come l'autonomia privata collettiva possa, a certe condizioni<sup>208</sup>, assumere un effettivo rilievo per l'ordinamento generale (da qui il termine «diritto collettivo dei privati»), specialmente nell'attuale fase storica, ove la globalizzazione dell'economia ha messo in crisi la centralità dello stato nell'ambito della produzione del diritto, mentre ha esteso lo spazio dell'autonomia privata<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> MORRONE, *Le fonti*, cit., p. 227.

<sup>207</sup> MORRONE, *op. cit.*, p. 225 ss., il quale richiama: i contratti collettivi con efficacia verso tutti gli iscritti ai sindacati e, secondo la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, anche verso i non iscritti; il codice deontologico degli avvocati che riguarda tutti i soggetti che esercitano la professione forense e, spesso, anche i clienti; i codici di *corporate governance* relativi alle società quotate in borsa, che hanno effetti non solo nei confronti degli amministratori, ma anche di tutti coloro che intendano acquistare le azioni.

<sup>208</sup> In generale, quando l'attività normativa privata si svolge nell'ambito di una specifica autorizzazione da parte del legislatore, da cui deriva una concorrenza tra fonti pubbliche e private; ovvero quando il riconoscimento da parte del legislatore dell'attività normativa privata arrivi *ex post*, con una crescente attrazione della regolamentazione privata nella sfera pubblicistica. Il punto, tuttavia, verrà trattato più diffusamente nel prosieguo.

<sup>209</sup> MORRONE, *op. cit.*, p. 226, il quale evidenzia che «il fatto che nell'economia globalizzata si parli di nuova *lex mercatoria*, alludendo alle regole giuridiche poste in essere da soggetti privati protagonisti del commercio internazionale (...) non riconducibili a nessuna delle istituzioni statali esistenti, significa che esistono ordinamenti giuridici concorrenti a quelli dello stato e delle organizzazioni tra stati (...)», come già sostenuto a suo tempo da ROMANO, *L'ordinamento*

Del resto, l'attività normativa, c.d. libera dei privati non è irrilevante per l'ordinamento, che riconosce e tutela il principio di libera iniziativa economica all'art. 41 della Costituzione; disposizione a partire dalla quale viene rinvenuto il fondamento di tale libertà e in base alla quale, altresì, va riconosciuta una presunzione di liceità per qualunque fenomeno giuridico che si svolga nella sfera di autonomia dei privati, purché la stessa non si ponga *contra legem* <sup>210</sup>.

Il fenomeno della regolamentazione privata collettiva si sviluppa però con modalità e intensità differenti, a seconda degli spazi liberi lasciati dal legislatore nei diversi ambiti cui la stessa afferisce.

In particolare, spesso – come nel caso che ci occupa –, le previsioni concluse nell'ambito di tale forma di autonomia sono caratterizzate dalla mancanza di vincolatività e da una forza meramente persuasiva.

Ebbene, in questi casi, la dottrina – inizialmente solo nel campo del diritto internazionale, ma oggi anche nel diritto interno – ha fatto uso del concetto di diritto morbido ovvero, secondo la terminologia anglosassone, del concetto di *soft law*.

Dal punto di vista degli effetti, in via generale, il *soft law* è caratterizzato da un'informale obbligatorietà (da qui la natura «*soft*»); tuttavia, la mancanza di vincolatività delle regole non impedisce che alle stesse venga riconosciuta una certa rilevanza giuridica <sup>211</sup> (da qui l'utilizzo del termine «*law*») <sup>212</sup>.

---

*giuridico*, Firenze, 1946, *passim*, spec. p. 23 ss. Sul tema della crisi dello stato del novecento e, per ciò che in questa sede interessa, della crisi del monopolio della legislazione da parte dello stato, v., dello stesso a., *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, *passim*; sul punto anche CASSESE, *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Napoli, 2006, *passim*.

<sup>210</sup> MORRONE, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>211</sup> POGGI, *Il soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del XX Convegno Annuale*, Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, 2007, p. 369 ss.

<sup>212</sup> Ove il termine «*law*», come noto, in inglese è ricondotto al concetto di «diritto» e non a quello di «legge».

Peraltro, il richiamo al *soft law*, se, da un lato, ha il pregio di dare una collocazione giuridica a strumenti atipici di regolazione che altrimenti rimarrebbero senza un'identità, dall'altro lato, porta con sé alcuni inconvenienti.

Il concetto di diritto morbido, di matrice dottrinale, è infatti circondato da numerose incertezze, compresa quella della sua stessa esistenza che non risulta pacificamente accolta in letteratura <sup>213</sup>: per le teorie classiche, infatti, il diritto è solamente quello inteso in senso formale (*hard law*), non essendo invece possibile la via intermedia del diritto morbido o *soft*; tesi invece confutata da altra parte della dottrina e condivisa in questa sede che, invece, ammette la possibilità di una «normazione intermedia» – secondo l'accezione che verrà specificata nel prosieguo –, posta in linea di continuità tra il diritto in senso formale e il non diritto (*no-law*) <sup>214</sup>.

Inoltre, si ritiene che dall'accoglimento del concetto di diritto morbido derivino maggiori vantaggi rispetto agli eventuali svantaggi, in quanto, in mancanza, un numero rilevante di atti, ad oggi ampiamente diffusi, rimarrebbero privi di un qualunque inquadramento giuridico.

Oltretutto, si tratta di una constatazione – quella dell'insussistenza di un diritto morbido – che nella sua assolutezza non può essere in alcun modo condivisa, specialmente nell'ambito del diritto europeo e del diritto internazionale, ove gli atti di *soft law*, non solo pacificamente esistono, ma presentano anche una rilevanza giuridica indiscussa.

Ad ogni modo, la riconduzione dei protocolli nell'ambito di questa categoria di atti si presenta fin da subito difficoltosa, tenuto conto che, per le ragioni sopra esposte, risulta anzitutto necessario circoscrivere il concetto di *soft law*, spesso utilizzato in maniera impropria, per ben comprendere il fenomeno e la sua portata giuridica.

---

<sup>213</sup> Sul tema, v. THÜRER, *Soft law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, a cura di Bernhardt, Amsterdam, 2000, p. 452.

<sup>214</sup> V. TERPAN, *Soft Law in the European Union.*, cit., p. 21.

A tale profilo sarà dunque dedicata la *sezione prima* del presente capitolo, ove si intende individuare le caratteristiche essenziali del fenomeno del *soft law* e valutare le questioni attinenti alla sua rilevanza giuridica nel nostro ordinamento.

La *sezione seconda* sarà invece dedicata, più nello specifico, alla valutazione di una possibile riconduzione dei protocolli nell'ambito del diritto morbido, tenendo in considerazione come il predetto inquadramento non vada esente dal sollevare alcune questioni problematiche.

A tal fine sarà infatti necessario interrogarsi sull'impatto di una simile qualificazione sulla sistematica del processo, specialmente con riguardo al profilo di compatibilità con alcuni principi di ordine costituzionale e, in particolare, con il principio di legalità *ex art. 111 Cost.*: ci si interroga cioè sulla compatibilità costituzionale di un modello di regolamentazione fondato sulla compenetrazione tra legge ed autonomia privata collettiva.

Una volta risolte le predette questioni di sistema, si procederà con la valutazione dell'impatto di tali strumenti, in base alla qualificazione individuata, nel procedimento dinnanzi alla Corte di cassazione e dinnanzi ai giudici di merito, nell'ottica di individuare, più in concreto, l'effetto di simili forme di regolazione sull'amministrazione della giustizia, in termini di efficienza e certezza del diritto. Detta analisi, oltre a valutare l'importanza delle previsioni suddette nell'ambito della *governance* del processo civile, ha anche la funzione di dimostrare come il diritto processuale si sia trasformato nel corso degli anni.

Tale trasformazione, dunque, richiede una riflessione ampia e di insieme che analizzi l'impatto dello strumento protocollare nell'ambito nella sistematica del processo.

Questa trattazione si pone in questa direzione e, allo stesso tempo, cerca di stabilire le basi per trattazioni future, riguardanti gli aspetti qualitativi e quantitativi derivanti dal modello di regolamentazione processuale che ne emerge.

## **2. La mutevole nozione di diritto «morbido» tra ragioni di fluidità ed esigenze di certezza: una premessa teorica.**

Il compito (arduo) di circoscrivere il concetto di *soft law* non può che prendere l'avvio dall'esame del fondamento teorico a partire dal quale la stessa nozione di diritto *soft* è stata elaborata; fondamento teorico legato al dibattito sull'evoluzione del sistema delle fonti e sulla metamorfosi del concetto di normatività.

Tale presupposto concettuale risulta infatti necessario, ad avviso di chi scrive, per accettare e riconoscere la stessa esistenza di un diritto morbido ovvero per comprenderne pienamente l'essenza e la funzione e, a maggior ragione, per vagliarne la compatibilità con il diritto processuale.

La tematica in oggetto, infatti, impone al giurista di abbandonare la concezione tradizionale che vede il modello gerarchico di produzione normativa quale unico modello possibile, in quanto il *soft law* nasce e si sviluppa proprio a partire da una critica, o meglio, da un'evoluzione, di quel modello classico.

Dunque, solo ammettendo che il potere regolativo possa essere esercitato, con effetti più o meno intensi, anche al di fuori delle sedi istituzionali, da parte delle autonomie esistenti all'interno della società civile, è possibile parlare di un diritto *soft* <sup>215</sup>.

Per queste ragioni, in questa sede, si farà riferimento ad un ad un concetto evolutivo e ampio di normatività – come si avrà modo di evidenziare, seppur brevemente, nel prosieguo –, da intendersi valutando, non tanto l'aspetto formale degli atti, ma il loro contenuto, nella misura in cui lo stesso è in grado di guidare la condotta dei destinatari.

Per vero, il tema legato all'evoluzione del concetto di normatività trascende la scienza del processualista, nonché in parte l'oggetto della ricerca, sicché non potrà essere approfondito adeguatamente; se ne dovrà dunque prendere atto ai

---

<sup>215</sup> Per maggiori approfondimenti, v. TERPAN, *op. cit.*, p. 68 ss.



fini della presente analisi, pur nella consapevolezza della sua dibattuta complessità.

Il dibattito richiama infatti le diverse teorie generali del diritto e delle norme giuridiche che, a partire dal diciassettesimo secolo, hanno cercato di individuare i criteri per distinguere ciò che è giuridico da ciò che invece non lo è <sup>216</sup>.

Al riguardo, la teoria coercitiva classica <sup>217</sup> – secondo cui la giuridicità sarebbe legata all'esercizio del potere coattivo – che trovava una sua giustificazione nell'ambito di uno stato improntato al principio gerarchico, è stata progressivamente messa in discussione, alla luce dell'evoluzione pluralista della società contemporanea, ove si assiste ad una sempre maggiore frammentazione e distribuzione del potere nell'ordinamento; distribuzione che, secondo parte

---

<sup>216</sup> Sul tema v. MODUGNO, voce *Norma giuridica* (teoria generale), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 338, MORRONE, *op. cit.*, p. 25, secondo cui «la normatività di una fonte non deriva solo e necessariamente dall'essere il fatto o l'atto formalmente riconosciuto come normativo: ciò dipende anche dal prodotto dell'atto o del fatto e cioè che essi siano idonei a stabilire nuove norme giuridiche e non semplici invocazioni, auspici o programmi» Secondo l'a., allora, il riconoscimento formale serve allora ad ammettere che certi atti o fatti siano potenzialmente idonei a porre in essere norme. In ogni caso, al riguardo, è necessario verificare la sussistenza di criteri formali (il soggetto, il procedimento, la forma esteriore dell'atto normativo etc.) e criteri materiali (che riguardano invece il contenuto normativo dell'atto o del fatto); per maggiori approfondimenti sulle teorie di riconoscimento della normatività, v. MORRONE, *op. ult. cit.*, p. 38 ss.

<sup>217</sup> Secondo BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Napoli, 1979, p. 172, la teoria è declinata con l'opera dell'illuminista tedesco Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, 1705 e poi maturata con JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 359, secondo cui l'esistenza della società «è garantita dal potere statale per mezzo della coercizione esterna». Per l'a., la caratteristica propria dello stato sarebbe proprio quella di detenere il potere coattivo, diventando quest'ultima, non solo l'elemento tipico della norma giuridica, ma l'essenza stessa del diritto. Per questa teoria, dunque, l'aspetto caratteristico del diritto consiste nel sapersi imporre ai soggetti verso cui è rivolto, indipendentemente dalla loro volontà. Nell'ottocento, il carattere coercitivo del diritto diventa «patrimonio comune del pensiero giuridico», v. anche KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, p. 66. Sul tema anche MOSTACCI, *La «soft law» nel sistema delle fonti*, Padova, 2008, p. 11, spec. nota 29.

della dottrina, ha segnato il passaggio da un potere gerarchico ad un potere policentrico <sup>218</sup>.

Il crescente intreccio di relazioni economiche e sociali multilivello si è dunque mostrato sfuggente rispetto ad un sistema di regolazione statale, sicché anche la sovranità come fondamento del potere normativo-regolamentare è entrata in crisi e ha portato ad una maggiore cooperazione tra singole collettività e potere centrale.

Tale transizione si è poi legata alla crescente domanda di regolamentazione, volta ad orientare la condotta dei singoli, in ambiti che difficilmente si prestano ad una normazione vincolante, puntuale e di dettaglio, ma che, nondimeno, richiedono previsioni per indirizzare il comportamento attivo dei soggetti.

Ambiti che, fino a non molto tempo fa, erano lasciati alla libera determinazione dei destinatari, i quali sottostavano unicamente ai principi generali di diligenza e buona fede e che, invece, ad oggi, risultano sempre più spesso declinati nel loro preciso significato all'interno di codici di condotta, linee guida o buone pratiche <sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> MOSTACCI, *op. cit.*, p. 11, spec. nota 27, il quale evidenzia come il modello attuale, improntato alla c.d. *multilevel governance*, si pone in contrapposizione con il modello dello stato assoluto, in quanto il potere dello stato ha subito una progressiva limitazione: prima una suddivisione ed poi una «distribuzione». Sul piano normativo, questa circostanza ha influito sulla valorizzazione delle autonomie esistenti nell'ambito della società civile, giungendo così ad una metodologia di normazione differente «dal metodo legislativo classico, che dà spazio a regole *non binding*, all'autoregolamentazione della società, alla concentrazione», v. BARBERA, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *Law. dir.*, 2005, p. 350. Sul tema, v. anche ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 12.

<sup>219</sup> V. MOSTACCI, *op. cit.*, p. 33, spec. nota 108; v. anche RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 9, secondo cui «detta tendenza sembra avere principalmente una duplice causa: da un lato la necessità di imbrigliare in uno schema astratto la mutevolezza dell'agire sociale di determinate categorie di soggetti (...); dall'altro vi è l'esigenza degli stessi operatori cui l'atto *soft* si rivolge, di avere una guida, un ausilio nello svolgimento delle proprie funzioni: un atto in grado di fornire certezze in merito alla correttezza della loro condotta. In sostanza, la funzione

Le predette considerazioni, è bene precisarlo, riguardano direttamente il processo civile e l'amministrazione della giustizia, il cui mutamento fisiologico dipende dall'evoluzione e dal cambiamento della società: una società complessa, infatti, richiede la predisposizione di strumenti altrettanto complessi per la gestione delle liti e la risoluzione delle controversie.

Anche nel diritto processuale, come in altri settori del diritto, quindi, gli spazi vuoti sussistenti tra le regole astratte e la prassi applicativa sono stati progressivamente colmati da regolamentazioni sempre più dettagliate, al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale e la certezza del diritto.

È così che, ad esempio, il principio enunciato dall'art. 88 c.p.c., il quale impone alle parti e ai loro difensori un generico dovere di comportarsi in giudizio secondo «lealtà e probità», è stato compiutamente declinato nel suo contenuto, proprio nei protocolli d'intesa.

In ultima analisi, il substrato teorico del *soft law*, muove dalla consapevolezza di una metamorfosi del concetto di normatività, fondato su una concezione più elastica del diritto, inteso come «tecnica sociale che serve ad influire sulla condotta umana» <sup>220</sup>; un concetto ove la giuridicità di una previsione non è più

---

dello strumento in esame è (anche) quella di fornire agli operatori, una certa sicurezza in merito alle aspettative altrui».

<sup>220</sup> Questa visione risulta essere quella accolta dai sociologi del diritto, secondo cui il diritto «è tecnica della convivenza sociale»; sul tema v. BOBBIO, *op. cit.*, p. 167 e MODUGNO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 2000, p. 40. Tale visione «funzionalistica» del diritto, si contrappone alla visione coercitiva, sopra detta, accolta dalla visione positivista; nonché a quella giusnaturalista, BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000, p. 40 e a quella formale o «istituzionalistica», legata invece all'aspetto formale degli atti e delle procedure di formazione degli stessi, ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 3. V. anche EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976, *passim*, secondo il quale le norme giuridiche sono semplici regole di condotta, al pari delle norme sociali: come queste ultime svolgono un ruolo centrale di carattere organizzativo all'interno di una specifica collettività. In ultima analisi, anche le norme giuridiche hanno una natura e un fondamento sociale. In tal senso, secondo l'a., le teorie classiche si sono focalizzate, nel circoscrivere il diritto vivente, unicamente sulla legislazione in senso stretto, ovvero sulle sentenze o provvedimenti giurisdizionali e sui

fondata unicamente su valutazioni di ordine formale, ma è legata (anche) alla funzione di «indirizzare»<sup>221</sup> mediamente l'agire dei destinatari e, in tal senso, è idonea a ricomprendere tutto ciò che può entrare a far parte della decisione giudiziale, con la precisazione che la natura «rigida» o «morbida» di una previsione sortisce un effetto diversamente incisivo sulla decisione medesima.

## **2.1. segue: il difficile compito di circoscrivere gli elementi essenziali del diritto *soft*.**

Svolte queste necessarie precisazioni, è opportuno ora soffermarsi più segnatamente sul concetto di diritto morbido e sulle sue caratteristiche essenziali. In particolare, per poter circoscrivere il *soft law* è necessario compiere uno sforzo ricostruttivo che tenga in considerazione il contesto dottrinale, internazionale e nazionale, che da tempo si occupa del tema.

Dare una definizione «in positivo» di *soft law* risulta infatti molto complesso, stante il carattere fluido degli strumenti in questione, ai quali la stessa dottrina non è ancora in grado di dare un significato univoco.

Del resto, ai fini della presente trattazione non è necessario individuare una vera e propria definizione del fenomeno, essendo sufficiente, invece, declinarne gli elementi maggiormente significativi.

In chiave storica, il concetto di diritto *soft* nasce nei primi anni settanta nell'ambito della dottrina internazionalistica anglosassone<sup>222</sup>, in particolare nel

---

provvedimenti dello stato-amministratore. L'a., invece, ricomprende nell'ambito del concetto di diritto vivente anche quel «diritto» che non è (ancora) stato trasformato in una «disposizione legale», come sopra intesa, tra cui va ricompreso il diritto spontaneamente creato da parte di aggregazioni o collettività sociali, valorizzandone, in tal senso, anche la componente etica.

<sup>221</sup> MODUGNO, *Fonti del diritto*, I) *Diritto costituzionale*, voce in *Enc. giur.*, vol XII, 1989, p. 1.

<sup>222</sup> DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 499 ss. In particolare, il *soft law*, si è sviluppato nel diritto internazionale per «aggirare» in

campo del diritto pubblico internazionale, per indicare quei fenomeni normativi (secondo l'accezione evolutiva specificata in precedenza), che non potevano essere ricondotti nell'ambito delle previsioni a carattere autoritativo, per via della mancanza di efficacia immediatamente vincolante delle stesse ovvero per il carattere partecipativo del procedimento di formazione <sup>223</sup>.

In via di prima approssimazione, si tende a qualificare come *soft law* il fenomeno di produzione di regole in base a procedure diverse da quelle tipiche, formali e istituzionali, rinviando piuttosto a modalità alternative di produzione, caratterizzate da processi di *governance* complessa ad alto contenuto tecnico <sup>224</sup>.

---

qualche modo il peso della sovranità statale o, quantomeno, per evitare che la stessa fosse costantemente messa in discussione (posto che la legittimità del diritto internazionale medesimo dipende in massima parte dalla volontà degli stati), rendendo così il diritto internazionale in posizione subalterna rispetto alla volontà politica di ciascuno stato. Nel diritto europeo, invece, ove si riscontra piuttosto una condivisione di sovranità tra gli stati dell'Unione Europea, il *soft law* e le sue peculiarità hanno permesso di avvicinare progressivamente i vari ordinamenti.

<sup>223</sup> Circa le origini del *soft law*, è opportuno precisare come il punto sia stato dibattuto in dottrina, v. DI ROBILANT, *op. cit.*, p. 500: da un lato, si tende a collegare il *soft law* all'epoca medievale e, in particolare, alla *lex mercatoria* come sistema pluralistico, privato, tecnico e apolitico; dall'altro, invece, il concetto viene ritenuto uno strumento di politica sociale pluralista, riprendendo quella parte dalla dottrina del diciannovesimo secolo, tra cui Savigny e Santi Romano, improntata a ricercare nelle previsioni normative flessibilità, adattabilità, partecipazione e *governance* multilivello. Peraltro, le due ricostruzioni storiche hanno svolto un ruolo cruciale nel percorso di creazione e armonizzazione del diritto europeo, come strumento integrativo o, addirittura, alternativo all'*hard law*. Il primo approccio è solitamente condiviso da chi mira ad enfatizzare il *soft law* come strumento per armonizzare le politiche di mercato interno, mentre il secondo approccio mira ad enfatizzare la dimensione sociale e pluralista dell'Unione Europea. V. anche GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, *passim*.

<sup>224</sup> Il «superamento» del modello di normazione fondato sul c.d. *hard law* è condizionato da due fattori che, secondo BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 31, sono da rinvenirsi nella globalizzazione e nel mercato: «la globalizzazione è il trionfo del mercato e il mercato (...), concorrente alla politica, produce regole di comportamento che contestano quelle poste dal legislatore politico quando questi non si arrende e si limiti a seguirle, emularle, eseguirle». In tale direzione va letta anche la creazione delle Autorità

Al riguardo, le peculiarità del diritto internazionale hanno fortemente influenzato il sorgere di questa tipologia di atti che, tuttavia, sono progressivamente entrati a far parte delle riflessioni dottrinarie in ambito europeo e nazionale, così portando ad una sempre maggiore espansione del concetto che, ad oggi, tende a costituire una categoria residuale, ove inserire tutti i fenomeni normativi anomali <sup>225</sup>.

Con il termine, infatti, si tende a ricomprendere atti e fatti normativi eterogenei, accomunati, in senso negativo, dall'efficacia c.d. «tenue» delle previsioni.

Un primo aspetto da chiarire allora attiene al significato da ascrivere al concetto di efficacia «tenue»; un aspetto che ha segnato in passato la caratteristica emblematica del diritto *soft*, mentre ad oggi tale affermazione non può più essere pronunciata con assoluta certezza.

Infatti, se questo elemento può sembrare l'aspetto maggiormente significativo del diritto morbido, in realtà in dottrina sono emerse diverse posizioni sul tema, riscontrandosi una certa dicotomia.

Un primo filone dottrinale, ricollega la nozione di *soft law* alla mancanza di vincolatività del precetto – da qui il concetto di «efficacia tenue» – ovvero, in ogni

---

amministrative indipendenti, ispirate dall'intenzione di estraniare la politica dalla regolamentazione del mercato, incentivando così il carattere neutrale della normazione che trae la sua legittimazione «dal basso»: da un lato perchè le regole sono dettate da esigenze che emergono nello stesso settore che si intende regolare (dalle prassi, da dati tecnici o scientifici) e, dall'altro, perchè le procedure di formazione delle regole sono spesso partecipate. Questi atti entrano però a far parte del sistema perchè previsti dall'*hard law*.

<sup>225</sup> COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in COSTANZO-MEZZETTI-RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 262. A livello europeo, ad esempio, ritroviamo le raccomandazioni e le opinioni, le quali, anche se presentano una loro giuridicità ai sensi dell'art. 249 TFUE non hanno comunque un carattere vincolante; ancora, vi sono le comunicazioni e le linee guida della Commissione.

caso, alla mancata previsione di un sistema formale sanzionatorio in caso di inadempimento <sup>226</sup>.

Un secondo filone dottrinale, invece, ricollega la nozione di *soft law* all'*iter* di formazione delle regole in questione, essendo le stesse formate con la partecipazione degli stessi soggetti regolati <sup>227</sup>.

Sul punto, sembra che le due visioni non si escludano in alcun modo a vicenda; ciò che invece emerge, a partire dalle predette posizioni, riguarda il profilo della consensualità che nel *soft law* assume un carattere emblematico.

Consensualità che si può manifestare nella fase di formazione delle previsioni ovvero nella fase di applicazione delle stesse, in quanto, la mancanza di vincolatività impone necessariamente il consenso dei soggetti che intendono darne efficacia.

Un ulteriore aspetto sul quale si sono concentrate le riflessioni della dottrina, ha riguardato le modalità di formulazione delle previsioni e il linguaggio utilizzato. Al riguardo, si è osservato come anche le norme *soft* siano formulate tendenzialmente in modo prescrittivo (e non in modo esortativo), al pari di quelle formali <sup>228</sup>; si ritiene quindi che l'elemento differenziale tra le due non vada

---

<sup>226</sup> PASTORE, *op. cit.*, p. 5, il quale fa riferimento a «atti, non omogenei quanto a origine e natura, che, pur privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti»; v. anche SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community Law*, in *The construction of Europe: essays in honor of Emile Noël*, a cura di Martin, Dordrecht, 1994, p. 198, che ne dà la seguente definizione «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects».

<sup>227</sup> Anche gli attori sociali e i privati sono soggetti in grado di produrre *soft law*: i codici di condotta, le linee guida e i codici contenenti regole pratiche di comportamento sono sviluppati (a livello internazionale) anche da soggetti privati o quasi-pubblici. Si segnalano: la *lex mercatoria*, i principi *Unidroit*, i PECL (i Principi di diritto Europeo dei contratti della Commissione Lando) etc.

<sup>228</sup> MOSTACCI, *op. cit.*, p. 7, spec. nota 17, ove l'a. mette in luce, tra le previsioni formulate in modo prescrittivo, la distinzione tra enunciati con valore «deontico oppure anankastico, vale a dire che possono o prescrivere un obbligo o descrivere una necessità, giuridicamente rilevante»..

ricercato nel requisito dell'imperatività, intesa come semplice modalità di formulazione del comando <sup>229</sup>, quanto, piuttosto, nella non immediata giustiziabilità delle previsioni morbide e nella mancanza di strumenti di coazione <sup>230</sup> e reazione immediata al mancato adempimento <sup>231</sup>: più che di mancanza di imperatività si è parlato allora di mancanza di cogenza <sup>232</sup>, in ragione della quale gli effetti delle norme *soft* risultano limitati <sup>233</sup>.

---

<sup>229</sup> Rispetto al concetto di imperatività sono emerse accezioni diverse: per alcuni il concetto è legato alla semplice formulazione del comando, mentre per altri è necessaria anche la previsione di una sanzione; dicotomia rispetto alla quale, tuttavia, molti autori si sono schierati in favore della prima delle due tesi, riscontrando, rispetto alla seconda, fin troppe eccezioni. Si richiamano, al riguardo, le stesse disposizioni costituzionali che individuano principi la cui «messa in pratica» è lasciata al legislatore, senza che al parlamento sia riconosciuto alcun potere coattivo, MOSTACCI, *op. cit.*, p. 16.

<sup>230</sup> MODUGNO, voce *Norma giuridica*, cit., p. 338.

<sup>231</sup> Il concetto di «reazione» è anche legato a quello di «sanzione» che si avrà modo di approfondire successivamente. Peraltro, va precisato come il concetto di «sanzione» sia stato oggetto di ricostruzioni differenti: da un lato, il termine è stato inteso come una vera e propria reazione dell'ordinamento alla commissione di un fatto illecito per l'ordinamento medesimo, FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1993, p. 194; dall'altro, come controllo anche sociale – non direttamente e necessariamente punitivo – con cui ripristinare l'equilibrio di un determinato sistema, v. GIAVAZZI, voce *Sanzione*. I) *Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 2.

<sup>232</sup> FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di Somma, Torino, 2009., p. 71 ss. Al riguardo, si osserva come, nell'impostazione kelseniana, il momento più significativo in tema di qualificazione di un atto come norma giuridica era rappresentato dal momento di produzione normativa, mentre l'applicazione, l'interpretazione e l'esecuzione giudiziaria risultavano quasi irrilevanti rispetto al momento genetico. Con il *soft law*, invece, si assiste al superamento di questa visione, ove la norma è guardata in relazione agli effetti pratici che la stessa è in grado di produrre.

<sup>233</sup> Anche se i concetti di imperatività e di coazione sono spesso considerati equivalenti, è opportuno operare una distinzione. Come evidenzia anche MOSTACCI, *op. cit.*, p. 13, spec. nota 38, infatti, la coazione, da un lato, mira alla realizzazione forzata della condotta prescritta dalla norma, senza lasciare alcuna scelta al soggetto al quale si indirizza; l'imperatività, dall'altro, per il tramite della sanzione, mira invece alla realizzazione ipotetica della previsione normativa, incentivando i consociati al rispetto delle prescrizioni ivi contenute, sicché l'eventuale violazione



Allo stesso tempo, tuttavia, con riguardo alla formulazione delle previsioni, va evidenziata una particolarità del *soft law*, il quale presenta generalmente un linguaggio caratterizzato da un elevato tecnicismo.

Si tratta di un linguaggio c.d. degli «*young technocrats*»<sup>234</sup>, in quanto deriva da conoscenze specifiche di ordine professionale; un linguaggio che rispecchia i valori e i bisogni della collettività di riferimento, al fine di raggiungere in maniera efficiente specifici obiettivi a seconda degli ambiti in cui le stesse previsioni operano.

Sul punto, la dottrina internazionalistica<sup>235</sup> tende a distinguere detti ambiti di operatività in diverse categorie: ambito c.d. di «*pre-law*», di «*para-law*» e di «*post-law*».

Nel primo caso, si fa riferimento a documenti preparatori di leggi o accordi in via di definizione, come spesso accade nel diritto europeo e nel diritto internazionale<sup>236</sup>. Detti documenti svolgono la funzione anche di orientare *ex post* l'interprete a ricostruire l'intenzione del legislatore<sup>237</sup>.

Nel secondo caso, invece, il *soft law* diviene un'alternativa al diritto in senso formale, con carattere temporaneo o definitivo. In realtà, va evidenziato come, generalmente, il *soft law* presenti sempre un legame di collaborazione con la legislazione; è raro riscontrare una norma *soft* che «viva» autonomamente, in posizione di «rivalità» con il diritto inteso in senso formale, mentre

---

determina la vigenza della norma sanzionatoria. Entrambe, l'imperatività e la coazione, hanno però lo stesso presupposto: il mancato adempimento della previsione normativa.

<sup>234</sup> DI ROBILANT, *op. cit.*, p. 532.

<sup>235</sup> SHELTON, *Introduction*, in *Commitment and Compliance*, a cura di Shelton, Oxford, 2003, p. 10.

<sup>236</sup> Nel diritto internazionale, si richiamano ad esempio i c.d. NBILAs (*non-binding international legal agreements*) che costituiscono il primo passo verso un accordo vincolante.

<sup>237</sup> In ogni caso, tale aspetto si deve tenere in considerazione che nel nostro ordinamento prevale la *ratio* oggettiva ricavabile dal testo di legge, orientato, al più, alla Costituzione, alla normativa europea, etc. Detti strumenti, in definitiva, possono costituire solamente un valido supporto per l'interprete che, tuttavia, va temperato con altri strumenti.

frequentemente costituisce un supplemento che precede o succede una disposizione normativa.

Nel terzo caso, invece, detti strumenti svolgono il compito di «interpretare integrare, sostenere, modificare o conferire maggiore effettività a leggi già esistenti <sup>238</sup>». È questo l'ambito che maggiormente interessa la presente trattazione.

Si fa riferimento a quei documenti come linee guida, comunicazioni interpretative, protocolli, circolari, buone pratiche, codici di condotta, etc. ad alto contenuto tecnico, utili alla comprensione della realtà e alla contestualizzazione della norma giuridica. Si tratta di atti che non costituiscono di per sé un parametro di legalità, ma che, allo stesso tempo sono in grado di incidere e guidare, come strumenti interpretativi, le decisioni giurisdizionali.

Sul piano funzionale, le previsioni c.d. di *post law* hanno lo scopo di predisporre norme pratiche, atte ad integrare e specificare leggi formulate in modo ampio o per principi, (anche) al fine di correggerne possibili interpretazioni errate.

Si è osservato inoltre come la funzione degli strumenti di *post-law* possa anche essere «comparativa», al fine di tutelare un superiore interesse pubblico, lasciando tuttavia liberi i destinatari della regola di discostarsi dalle disposizioni qualora ciò sia necessario alla luce del caso concreto, ovvero alla luce di un interesse pubblico superiore.

Gli atti con finalità «comparative» sono così in grado di svolgere una duplice funzione: da una parte, infatti, orientano le scelte e le attività dei soggetti regolati, indirizzandole verso quelle che sono ritenute le pratiche migliori, pur senza vincoli costrittivi; dall'altra parte, si permette, a chi vanta un rapporto qualificato, di valutare l'operato dei soggetti regolati.

In ultima analisi, pur nei diversi ambiti di operatività, si può ritenere che il *soft law* svolga un compito rilevante in termini di comunicazione e informazione, quest'ultima, al fine di rendere noti gli scopi, le finalità e le linee delle leggi,

---

<sup>238</sup> FERRARESE, *op. cit.*, p. 76 e 77.

ovvero a promuoverne la trasparenza del procedimento di formazione, incentivando i destinatari della norma a partecipare alla vita istituzionale della società cui fanno parte <sup>239</sup>.

A questi scopi poi si aggiunge quello di socializzazione o meglio armonizzazione di valori e *standards* di comportamento, attraverso un percorso di graduale avvicinamento, nonché assimilazione degli stessi.

È proprio tenendo in considerazione questi criteri che va misurata l'efficacia di questo modello di regolazione <sup>240</sup>; un modello complesso, composto da strumenti molto diversi tra loro, nel quale possono convivere norme vincolanti con efficacia diretta e norme non vincolanti con efficacia indiretta, con una conseguente graduazione degli effetti prodotti dalle norme medesime.

Come si è già avuto modo di evidenziare, la necessità di un sistema composito nasce dall'impossibilità di stipulare, in determinate circostanze, un atto vincolante, sicché, alla disposizione normativa in senso stretto con carattere generale, si affianca in via integrativa una disposizione «leggera» che risponde ad esigenze di regolamentazione più puntuale e flessibile.

Ne risulta, tuttavia, un sistema normativo sempre più complesso ove si corre il rischio di perdere quel carattere di unitarietà e di insieme che invece lo hanno sempre caratterizzato; un sistema in cui, inoltre, sfuma notevolmente la differenza tra ciò che è giuridico e ciò che non lo è.

Proprio quest'ultimo aspetto risulta molto importante ai fini della presente indagine, sicché verrà approfondito più nello specifico nel paragrafo successivo.

---

<sup>239</sup> Al riguardo, i Libri Bianchi e i Libri Verdi emanati dalla Commissione Europea assolvono proprio questi scopi: uno interno di informazione e uno di comunicazione indirizzata all'esterno.

<sup>240</sup> DI ROBILANT, *op. cit.*, p. 539 che mette in risalto l'utilità del *soft law* nel promuovere efficacemente la trasformazione della società civile, con un rafforzamento della democrazia, lasciando ai soggetti regolati la possibilità di valutare autonomamente l'opportunità di discostarsi o meno dalle previsioni, *contra v.* BIN, *op. cit.*, p. 31, secondo cui, invece, l'eccessivo utilizzo di questa forma di regolamentazione si pone contro la democraticità della produzione normativa, rafforzando il *lobbying* e la *governance* di singoli gruppi associativi.

In questa sede ci si limita ad evidenziare come, per la dottrina che si è occupata del tema, il profilo della rilevanza giuridica delle norme *soft* sia connesso all'esistenza di un legame tra queste ultime e l'ordinamento giuridico, il quale può estrinsecarsi con diverse modalità.

Più segnatamente, il legame può essere creato direttamente o indirettamente, ovvero espressamente o implicitamente, tramite un riconoscimento o un rinvio <sup>241</sup>.

Al riguardo, non pongono particolari problemi i casi in cui sussiste una vera e propria norma di autorizzazione o riconoscimento, volta a conferire rilevanza giuridica agli atti di *soft law* nati «dal basso» ovvero una norma di rinvio, quando gli atti in questione appartengono ad ordinamenti giuridici diversi.

Il problema è invece più complesso quando manca una norma siffatta, come nel caso che ci occupa, sicché il legame con l'ordinamento giuridico deve essere desunto alla luce di diversi e ulteriori parametri <sup>242</sup>.

In questi casi, infatti, non si può escludere a priori una qualche rilevanza giuridica delle previsioni in questione, anche se, dal punto di vista formale, esse non possono essere qualificate come fonti normative per l'ordinamento generale. La contrapposizione tra diritto in senso formale e diritto *soft*, allora, serve unicamente a «qualificare la normatività di una prescrizione giuridica dal punto di vista della sua obbligatorietà» <sup>243</sup>, mentre la sua rilevanza giuridica va accertata e ricostruita in concreto caso per caso <sup>244</sup>, nella consapevolezza che esistano

---

<sup>241</sup> Secondo MOSTACCI, *op. cit.*, p. 25, la tecnica del rinvio è necessaria quando gli atti appartengono ad «ordinamenti giuridici altri», cioè diversi da quello nel quale è contenuta la norma di rinvio medesima. Ad ogni modo, secondo l'a., il concetto di rinvio è da intendersi in senso ampio.

<sup>242</sup> Si precisa, tuttavia, come tale visione vada tenuta distinta dalle teorie che invece riconoscono all'attività interpretativa un carattere normativo, anche se *soft*; BARDELEBEN, *Illustration du droit mou: les avis de la cour de cassation, une concurrence à la loi?*, in [www.glose.org](http://www.glose.org).

<sup>243</sup> MORRONE, *op. cit.*, p. 17.

<sup>244</sup> Il problema della rilevanza giuridica di previsioni normative, a contenuto prevalentemente etico, è stata affrontata con riguardo ai codici di deontologia professionale. Al

dimensioni della giuridicità ulteriori rispetto a quella dell'appartenenza al sistema delle fonti.

### **3. Il problema della rilevanza giuridica tra principi e criteri di identificazione.**

Come si accennava nel paragrafo precedente, il riconoscimento della rilevanza giuridica a regole *soft*, costituisce un aspetto particolarmente significativo ai fini della nostra indagine, tenuto conto che la verifica dell'esistenza di conseguenze o effetti nell'ordinamento generale, in assenza di un'espressa autorizzazione o riconoscimento<sup>245</sup> – come nel caso che ci occupa – deve essere svolta in concreto, caso per caso.

---

riguardo, il problema della natura di fonti per l'ordinamento generale dei codici in questione, non si è posto con riferimento ai codici deontologici riconosciuti o espressamente autorizzati dalla legge. Tra questi: l'ordine dei notai (art. 16, l. n. 220 del 1991); l'ordine degli psicologi (art. 28.6, l. n. 56 del 1989) e, solo recentemente, l'ordine degli avvocati (art. 35, l. n. 247 del 2012). Il problema invece si pone nei casi in cui la legge istitutiva dell'ordine nulla dispone, sicché la potestà deontologica va considerata come espressione di autonomia collettiva. Un esempio in tal senso è rappresentato dal codice dell'ordine dei medici del 2014, adottato, per l'appunto, in assenza di una norma di autorizzazione o riconoscimento da parte dell'ordinamento generale, la cui rilevanza giuridica va dunque accertata in concreto. In particolare, Corte cost., del 26 giugno 2002, n. 282, in *Dejure*, ha riconosciuto al codice di deontologia medica una certa rilevanza giuridica, come parametro di legittimità degli atti normativi, nell'ambito del giudizio di costituzionalità sulla c.d. ragionevolezza scientifica, per via del collegamento del codice con la tutela dei diritti fondamentali, come il diritto alla salute, e con la sfera di autonomia del medico rispetto alle ingerenze della legislazione, v.. Sul tema, v. anche MORRONE, *op. cit.*, p. 236 ss.

<sup>245</sup> Sul concetto di rilevanza giuridica derivante da qualunque fatto giuridico, inteso in senso ampio (cioè come qualunque accadimento o modificazione della realtà), v. ENRIQUES ANGIOLETTI, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova, 1937, p. 11 ss.; sulla rilevanza giuridica del diritto *soft* v. PASTORE, *op. loc. ultt. citt.*

La questione merita dunque un adeguato approfondimento, alla luce delle dottrine, nazionali e internazionali che, a più riprese, hanno cercato di identificare criteri sufficientemente certi per distinguere tra i diversi gradi di normatività, cioè tra: atti normativi in senso stretto (*hard law*), tipici, con efficacia vincolante; atti normativi in senso lato (*soft law*), atipici con efficacia non vincolante o morbida; atti irrilevanti per l'ordinamento generale, atipici, privi di alcuna efficacia giuridica (*no-law*)<sup>246</sup>.

In base a tale ricostruzione<sup>247</sup>, si evince come le posizioni diametralmente opposte siano rappresentate, da un lato, dalle fonti normative in senso stretto e, dall'altro lato, dalle previsioni giuridicamente irrilevanti; in questo contesto dunque il *soft law* si colloca esattamente in una posizione mediana. Questa ripartizione può essere riassunta in base al seguente schema<sup>248</sup>

LE DIVERSE FORME DELLA NORMATIVITÀ			
Atti vincolanti		Atti non vincolanti	
Norme vincolanti, tipiche	Norme vincolanti, tipiche, a contenuto <i>soft</i>	Norme non vincolanti, atipiche, giuridicamente rilevanti	Norme non vincolanti, atipiche, giuridicamente irrilevanti
<b>Diritto in senso stretto</b>		<b>Diritto <i>soft</i></b>	<b>Non diritto</b>

<sup>246</sup> Sul punto, v. in particolare TERPAN, *op. cit.*, p. 69 ss; v. anche WILLIAMSON, *Hard Law, Soft law e Non-Law in Multilateral Arms control: some compliance hypotheses*, in *Chicago Journal of International Law*, 2003, p. 59 ss.

<sup>247</sup> Come più volte osservato, questa ricostruzione non è pacificamente accolta in dottrina; tuttavia, è la ricostruzione che per le ragioni esposte nel precedente paragrafo verrà presa in considerazione in questa sede.

<sup>248</sup> La tabella prende spunto da quella contenuta in TERPAN, *op. cit.*, p. 71, ove l'a., al fine di svolgere una mappatura del *soft law* nel diritto dell'Unione Europea, riassume le principali posizioni che si sono sviluppate in dottrina in merito alle caratteristiche essenziali del *soft law*,

Proprio con riguardo a tale classificazione, mancando un criterio univoco di distinzione tra le varie forme di normatività, al fine di verificare la rilevanza giuridica di una disposizione, si fa sovente richiamo ad una molteplicità di parametri.

In primo luogo, assumono rilevanza i concetti di fonte del diritto (tipica o atipica) e di obbligo o prescrizione.

Più segnatamente, un primo elemento da prendere in considerazione ai fini della distinzione tra norme in senso stretto e in senso lato, attiene alla tipicità o atipicità della fonte.

Certamente, la mancata positivizzazione di una fonte da parte dell'ordinamento generale, fa presupporre l'insussistenza di una regola di *hard law*, salvo quanto sostenuto da una certa dottrina che, come si avrà modo di specificare, esclude che la tipicità della fonte costituisca un aspetto determinante ai fini dell'appartenenza di una previsione al sistema del *soft law*.

Ad ogni modo, una volta accertata l'atipicità della fonte, il problema della valutazione della rilevanza giuridica della regola si concentra sull'analisi del suo contenuto e, in particolare, sulla natura più o meno imperativa della prescrizione da essa prevista <sup>249</sup>. Peraltro, tale profilo di analisi risulta particolarmente complesso nel caso del diritto *soft*, il quale può prendere in considerazione un ampio spettro di possibilità – da regole non vincolanti ad impegni forti (c.d. *strong commitments*), ad obbligazioni di mezzi – sicché, la valutazione della

---

specialmente in relazione al profilo della vincolatività delle previsioni. In particolare, lo schema offerto in quella sede, riguardante una più ampia e preliminare riflessione in merito al concetto di *soft law*, acquista in questa sede una specifica rilevanza ai fini della distinzione tra le diverse forme della normatività.

<sup>249</sup> V. ABBOTT-KEOHANE-MORAVCSIK-SLAUGHTER-SNIDAL, *The concept of legalization*, in *International organization*, 2000, p. 401-419, secondo cui il contenuto della norma in senso stretto si caratterizza per la sussistenza di tre componenti: «obligation, precision and delegation», ove il concetto di precisione fa riferimento all'alta specificità delle previsioni e alle modalità di descrizione inequivoca del precetto.

«fluidità» di una previsione viene sovente connessa a concetti generici, come quello relativo alla precisione del precetto.

Si evidenzia, infatti, come le norme precise e dettagliate siano in grado di dare luogo ad obblighi più forti, mentre le norme formulate in maniera vaga ovvero formulate per principio, finiscano per risultare meno imperative, in quanto lasciano spazio a diverse interpretazioni.

Ebbene, proprio questa considerazione ha indotto parte della dottrina a richiamare il concetto di *soft law* anche quando vengono in considerazione previsioni tipiche, ma a contenuto morbido o generico<sup>250</sup>.

Si tratterebbe, in altri termini, di atti normativi in senso stretto che al loro interno contengono previsioni generali e non specifiche, obiettivi di politica generale, ovvero disposizioni meramente programmatiche o impegni che non risultano vincolanti, ma solamente opzionali<sup>251</sup>.

Questa dottrina, tuttavia, appare poco convincente.

In primo luogo, va evidenziato come previsioni programmatiche e di principio possano essere contenute (anche) all'interno di norme in senso stretto – un esempio su tutti è rappresentato dalle norme costituzionali –, ma nessun dubbio si pone in relazione alla natura delle relative disposizioni.

In secondo luogo, si evidenzia come, sempre più spesso, i precetti contenuti nelle fonti atipiche, proprio perché svolgono una funzione di specificazione della norma giuridica in senso stretto, risultino formulati in maniera più precisa e tassativa delle stesse previsioni di *hard law*, sicché, un'applicazione rigida di questo criterio potrebbe portare a risultati contrastanti tra loro.

---

<sup>250</sup> Sul punto, v. TERPAN, *op. cit.*, p. 71.

<sup>251</sup> La teoria si basa sul superamento del paradigma chiuso-piramidale, per accogliere invece quella di una sistema aperto-reticolare delle fonti, v. OST-DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau: vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 44, 2000, pp. 1-92, secondo cui la semplice appartenenza al sistema delle fonti non determina automaticamente l'inclusione di un atto tra gli strumenti di *hard law*.



Infine, la distinzione tra norme in senso stretto e in senso ampio non può essere affidata (unicamente) al criterio della precisione e imperatività dell'obbligo, tenuto conto che, come si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, le tecniche di formulazione delle previsioni *soft* richiamano nella maggior parte dei casi quelle delle norme positive.

Il criterio dell'imperatività e della precisione dell'obbligo, può, eventualmente, assumere una rilevanza maggiormente incisiva, non tanto per distinguere tra diritto in senso stretto e diritto *soft* - ove sembra in ogni caso determinante la valutazione della tipicità o atipicità della fonte - quanto, piuttosto, per la più ostica distinzione tra quest'ultimo e il non diritto, ove la formulazione più o meno imperativa può rilevare ai fini dell'indicazione del piano giuridico o non giuridico cui fare riferimento.

Un ulteriore criterio in base al quale valutare la rilevanza giuridica di un atto attiene al profilo funzionale delle previsioni.

Si è rilevato, infatti, come il *soft law*, diversamente dalle norme irrilevanti per l'ordinamento generale, svolga principalmente una funzione integrativa, complementare e interpretativa delle norme di legge, al fine di influenzare, proprio come queste ultime, il comportamento dei destinatari, ma senza che tale comportamento possa essere implementato attraverso misure di coercizione giudiziale. Anche questo aspetto, dunque, può essere preso in considerazione ai fini della distinzione.

Peraltro, queste riflessioni, se pienamente condivisibili dal punto di vista teorico, da sole non riescono ad offrire all'interprete dei criteri di per sé indicativi della rilevanza giuridica di una previsione.

Risulta quindi necessario richiamare ulteriori parametri.

Al riguardo, si è evidenziato come, in presenza di uno strumento atipico, il profilo in base al quale valutare la sua rilevanza giuridica passi anche per i

meccanismi di implementazione e controllo eventualmente previsti, dai quali potersi desumere un legame diretto o indiretto con l'ordinamento generale <sup>252</sup>.

Sul punto, va anzitutto chiarito cosa debba intendersi per misura di implementazione e controllo, posto che il meccanismo tipico di controllo, cioè quello giurisdizionale, va escluso nel caso del *soft law* per sua stessa definizione. Certamente, infatti, le previsioni *soft* non costituiscono un parametro di legalità che il giudice possa tenere direttamente in considerazione ai fini della decisione, tuttavia, ciò non significa che dette previsioni non entrino, seppur indirettamente, nella decisione medesima.

Le norme *soft*, si è detto, integrano, specificano o interpretano il dettato normativo di una previsione e quindi costituiscono uno strumento interposto tra la norma generale e astratta e il caso concreto, che il giudice può, senza esserne vincolato, prendere in considerazione ai fini della decisione <sup>253</sup>; ne consegue dunque che, in maniera espressa o tacita, le norme *soft* possano entrare di fatto nell'*iter* logico svolto dal giudice e inserirsi tra gli argomenti utilizzabili ai fini della decisione <sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> TERPAN, *op. cit.*, p. 75, secondo cui la distinzione tra regole *soft*, rilevanti per l'ordinamento, e regole giuridicamente irrilevanti risiede principalmente nell'esistenza di due condizioni: da un lato nell'esistenza di una qualche forma di obbligo o prescrizione, secondo l'accezione sopra delineata, e, dall'altro, dalla presenza di una qualche forma di «enforcement mechanism». Questi elementi aiutano l'interprete a tenere distinto il piano giuridico dal piano sociale, religioso o della morale.

<sup>253</sup> Sul punto, v. TERPAN, *op. cit.*, p. 71, il quale, nel sostenere il filone dottrinale che riconosce rilevanza giuridica al *soft law* rileva come: «'having legal relevance' means that norms can be used by a court to interpret another rule, are framed in a form that resembles hard law norms or can have the same impact as a hard law norm. Based on this assumption, legality expands to norms that are not binding»; sul punto, v. anche SKJÆRSETH-STOKKE-WETTESTAD, *Soft law, hard law, and effective implementation of international environmental norms*, in *Global Environmental Politics*, 2006, p. 104-120.

<sup>254</sup> Tale considerazione viene affrontata anche dalla giurisprudenza in alcune pronunce, nell'ambito delle riflessioni attinenti alla rilevanza giuridica dei codici deontologici non

Inoltre, va precisato come tra gli strumenti di implementazione e controllo vengano considerati anche meccanismi atipici o alternativi, anch'essi per così dire «morbidi», in quanto non aventi natura coercitiva, ma, nondimeno, volti ad incentivare l'applicazione delle misure.

Stante la varietà dei meccanismi in questione, se ne indicheranno solamente alcuni, individuati dalla stessa dottrina, come ad esempio: la previsione di strutture volte a monitorare il raggiungimento degli obiettivi posti a fondamento di specifiche linee guida, circolari o altri strumenti *soft*; la costituzione di meccanismi volti all'individuazione di buone pratiche derivanti dall'applicazione delle misure, ovvero la predisposizione di strutture deputate anche alla revisione periodica e all'aggiornamento delle previsioni disposte dagli strumenti *soft* <sup>255</sup>.

Si tratta in ultima analisi di strumenti volti a creare un sistema di responsabilità orizzontale (e non verticale) da parte degli stessi operatori che, in tal modo, risultano fortemente incentivati a tenere in considerazione le disposizioni contenute nei provvedimenti *soft*.

In altri termini, si tratta di strumenti che indirettamente inducono i destinatari ad applicare o, quantomeno, a tenere in considerazione specifiche previsioni normative (in senso lato), nello svolgimento delle attività cui le stesse disposizioni si riferiscono.

Va evidenziato, infine, come la presente trattazione, relativa all'individuazione dei criteri in base ai quali valutare la rilevanza giuridica di uno strumento normativo in senso lato, non pretenda certamente di porsi come esaustiva.

---

espressamente riconosciuti dalla legge. Sul punto, v. Corte cost., 6 luglio 1972, n. 120, in *Dejure*; Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, cit.

<sup>255</sup> TERPAN, *op. cit.*, p. 81 indica anche: «(1) guidelines and timetables for achieving the goals; (2) quantitative and qualitative indicators, as well as benchmarks helping to identify best practices; (3) targets and measurements (...) aimed at translating these guidelines into national and regional programs; (4) periodic monitoring, evaluation and peer organized as mutual learning processes».

La stessa, raccogliendo le riflessioni della dottrina che si è occupata del tema, si prefigge infatti lo scopo di offrire all'interprete un punto di partenza per la valutazione della giuridicità di una disposizione, tenendo altresì presente come, senza dubbio, vi possano essere ulteriori elementi e parametri dettati dalle peculiarità del caso specifico, alla luce dei quali poter desumere un legame con l'ordinamento generale e, dunque, la rilevanza giuridica di una previsione o di un gruppo di previsioni.

#### **4. Brevi osservazioni conclusive alla sezione prima.**

L'intento di ricondurre il fenomeno protocollare agli strumenti di regolamentazione collettiva e, in particolare al *soft law*, ha imposto, anzitutto, alcune riflessioni in merito allo stesso concetto di diritto morbido, finalizzate a metterne in risalto le caratteristiche essenziali e i parametri alla luce dei quali valutarne la rilevanza giuridica all'interno dell'ordinamento generale.

Ebbene, alla luce di tali premesse, e senza pretese di esaustività, la presente analisi ha preso l'avvio dalla constatazione delle incertezze che circondano la nozione di diritto *soft*, non solo nel campo del diritto internazionale, ma soprattutto nel campo del diritto interno, posto che il concetto di diritto morbido non appartiene alla nostra tradizione giuridica, anche se, di fatto, ne è ormai entrato a far parte a tutti gli effetti <sup>256</sup>.

Ulteriormente, si è voluto mettere in evidenza il substrato teorico sotteso alla stessa concezione di *soft law*, strettamente legato all'evoluzione della normatività, nozione che ormai non è più necessariamente connessa alla tipicità di un atto, ben potendo atti atipici produrre effetti nell'ordinamento generale.

Peraltro, il riconoscimento di tale rilevanza giuridica costituisce spesso il frutto di valutazioni complesse, da svolgere caso per caso, specialmente in mancanza

---

<sup>256</sup> V. MOSTACCI, *op. cit.*, *passim*; POGGI, *op. cit.*, p. 369 ss.

di una disposizione che espressamente colleghi, *ex ante* o *ex post*, l'atto atipico all'ordinamento generale.

Si è cercato, dunque, di individuare i criteri alla luce dei quali poter ricostruire un siffatto collegamento; criteri che costituiranno la base per la successiva valutazione, nella *sezione seconda* del presente capitolo, della rilevanza giuridica delle regole pratiche formalizzate nei protocolli.

Una volta dimostrata la giuridicità o la non giuridicità di tali disposizioni, si procederà allora a valutare la compatibilità del modello del diritto *soft*, in base alle caratteristiche sopra evidenziate, con le caratteristiche del fenomeno dei protocolli, già analizzate nel *capitolo primo* del presente lavoro di ricerca.

## Sezione Seconda

### IL DIRITTO *SOFT* NEL SISTEMA PROCESSUALE CIVILE

#### ITALIANO

SOMMARIO: 1. La rilevanza giuridica dei protocolli nel prisma della regolazione del processo civile. - 1.2. *segue*: verso la riconduzione dei protocolli al modello del *soft law* - 2. Diritto *soft* e processo civile: un'apparente antinomia? Problemi e possibili rimedi alle questioni di ordine costituzionale: il rispetto del principio di indipendenza del giudice. - 2.1. *segue*: il rispetto del principio di legalità *ex art.* 111 Cost. - 3. Non solo protocolli davanti alla Corte di cassazione: verso il modello delle Corti superiori. - 4. L'impatto della regolamentazione *soft* davanti alle Corti di merito e il rischio del «federalismo giudiziario». - 4.1. *segue*: l'esempio della regolamentazione del processo civile durante l'emergenza da Covid-19 e il rinnovato ruolo del *soft law*: protocolli, raccomandazioni e linee guida vincolanti. - 5. Note conclusive alla sezione seconda.

#### **1. La rilevanza giuridica dei protocolli nel prisma della regolazione del processo civile.**

Tanto premesso in merito alle caratteristiche essenziali del *soft law* e ai criteri per valutare la giuridicità degli strumenti qualificabili alla luce di tale concetto, è opportuno ora verificare in concreto se il predetto modello di normazione in senso lato possa essere utilizzato anche per descrivere il fenomeno delle *buone prassi* formalizzate nei protocolli d'intesa.

Proprio a tal fine, si ritiene che il profilo della rilevanza giuridica dei protocolli - secondo l'accezione delineata nella sezione precedente - rivesta un carattere preliminare, in quanto costituisce un nodo particolarmente complesso da risolvere, tenuto conto che nel nostro ordinamento non sussiste né una norma che autorizzi *ex ante* gli operatori del diritto a concludere accordi o protocolli per

l'organizzazione del processo e l'interpretazione delle norme processuali - specificandone gli scopi e l'ambito di applicazione -; né sussistono norme di riconoscimento che, *ex post*, collochino i protocolli all'interno del sistema generale, prendendo atto del loro ruolo e della loro funzione nell'ambito della regolamentazione del processo.

In assenza di previsioni siffatte, dunque, l'interprete si trova a dover ricostruire la rilevanza o l'irrilevanza giuridica di tali strumenti, alla luce delle peculiarità del singolo fenomeno e cioè, nel nostro caso, alla luce delle caratteristiche che contraddistinguono gli stessi protocolli.

L'analisi prenderà dunque l'avvio dalla disamina dei criteri di valutazione della giuridicità delineati nel secondo paragrafo della sezione precedente e calati nel caso che ci occupa.

In particolare, si ritiene che le prime riflessioni debbano essere svolte intorno al profilo del contenuto, della funzione e dell'efficacia delle regole virtuose contenute nei protocolli.

Con riguardo al contenuto.

Nel *capitolo primo* del presente lavoro di ricerca si è avuto modo di sottolineare come le buone pratiche presentino un contenuto assai vario e multiforme, ma, allo stesso tempo, suddivisibile in diverse macro aree, identificate a seconda della funzione svolta.

È possibile quindi individuare: regole di comportamento (o di cortesia), regole di amministrazione giudiziaria o *case management* e vere e proprie regole interpretative delle norme processuali.

Nonostante le diversità intrinseche che caratterizzano le previsioni - diversità riconducibili principalmente all'aspetto funzionale - è possibile nondimeno rilevare un'unicità di linguaggio nella loro formulazione; un linguaggio che, in alcuni casi, ricorda l'imperatività delle stesse previsioni legislative <sup>257</sup>, mentre, in

---

<sup>257</sup> V. l'art. 4 del protocollo romano per il processo civile, cit., secondo cui: «l'udienza mattutina è divisa in fasce orarie di durata non superiore a sessanta minuti»; ovvero nel protocollo del 2015 tra la Corte di cassazione e il Consiglio Nazionale Forense sulla redazione dei

altri casi, fa uso di espressioni meno incisive, come «si raccomanda fortemente» ovvero «si rende opportuno», ma che, in ogni caso, suggeriscono la presenza di un obbligo o, quantomeno, di un impegno forte (c.d. *strong commitment*), indirizzato ai destinatari della previsione.

Sempre con riferimento al contenuto e alla formulazione delle previsioni, va rilevato come queste, proprio perché elaborate e allo stesso tempo rivolte agli operatori del diritto, presentino un linguaggio caratterizzato da un alto tecnicismo in funzione pratica, idoneo a indirizzare in maniera precisa l'attività dei destinatari <sup>258</sup>.

---

ricorsi, cit., le norme, definite come raccomandazioni, sono però enunciate in maniera prescrittiva; basti pensare alla formulazione dell'intestazione: «i ricorsi dovranno essere redatti secondo il seguente schema». Nello schema, poi, le regole sono anch'esse formulate in maniera prescrittiva, prevedendo ad esempio di «utilizzare fogli A4, mediante caratteri di tipo corrente (...) etc.

<sup>258</sup> V. il protocollo per i processi civili di Milano, cit., ove all'art. 20, nella sezione dedicata ai mezzi di prova, si specificano le modalità con cui devono essere svolte le deduzioni istruttorie e l'assunzione delle prova testimoniale. In particolare, si prevede, al par. 1, che «i difensori indicheranno il nominativo dei singoli testimoni per ogni capitolo di prova. La eventuale riduzione della lista testimoniale andrà effettuata capitolo per capitolo su indicazione del giudice o, in mancanza, a scelta della parte»; al par. 2 si prevede inoltre che «i difensori eviteranno che l'indicazione dei capitoli di prova faccia generico riferimento ai punti della narrativa degli atti difensivi, con mera premessa della formula 'vero che'». L'elevato tecnicismo e l'attinenza alla predisposizioni di regole pratiche è ancora più manifesto nei protocolli riguardanti il processo telematico. Ne è un esempio il protocollo di Bologna per il procedimento civile d'ingiunzione, <https://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/50921/PCT+Protocollo+Ingiunzione+Telematico/b748a876-ee9a-4954-9388-89ac66f4abd9>, ove vengono specificati i diversi passaggi da compiere nella redazione e deposito telematico del ricorso, con l'indicazione del formato e delle specifiche tecniche dello stesso. Sul tema v. l'art. 5 sulle tempistiche del deposito ove si precisa che: «l'orario di riferimento non è quello della ricevuta di consegna al sistema (*check verde di consegna*), ma quello della seconda ricevuta di accettazione da parte del sistema (*check verde di accettazione*) e comunque solo con la terza ricevuta (*check verde all'esito dei controlli automatici di deposito*) si avrà la certezza della corretta accettazione dell'invio da parte del sistema».



I predetti aspetti relativi al contenuto delle regole – atti a denotare una certa precisione nella formulazione del precetto – inducono dunque l'interprete a ritenere che le disposizioni pratiche in questione contengano, di fatto, una qualche forma di obbligo o prescrizione, benché non vincolante <sup>259</sup>.

Con riguardo al profilo funzionale.

Sul piano della funzione, si evidenzia come nella maggior parte dei casi, l'ambito operativo di queste previsioni possa essere inquadrato nel settore del c.d. *post-law*; le disposizioni svolgono infatti un compito prevalente di integrazione, completamento o interpretazione delle norme di legge, alle quali, dunque sono strettamente legate, in quanto ne delineano il contenuto e ne contestualizzano l'applicazione all'interno della realtà giuridica.

I protocolli possono anche svolgere una funzione di c.d. *pre-law*, in quanto le regole virtuose ivi contenute possono ispirare – come avvenuto in alcuni casi – successivi atti normativi del legislatore nazionale, fungendo (quasi) da documenti preparatori <sup>260</sup>.

Non sembra invece ravvisabile l'utilizzo del protocollo come strumento di *para-law*, cioè come modello alternativo alla legislazione, con carattere temporaneo o definitivo; in altri termini, quindi, il protocollo presenta sempre un legame di collaborazione con la legislazione – e non potrebbe argomentarsi diversamente senza violare il principio di legalità in materia processuale –, inserendosi negli spazi bianchi o negli spazi «grigi» lasciati aperti da quest'ultima.

Con riguardo all'efficacia.

L'efficacia non vincolante delle buone pratiche non può essere in alcun modo messa in dubbio.

---

<sup>259</sup> V. ad esempio l'art. 3 per le udienze civili di Verona, intitolato: «regole in caso di assenza, sostituzione o impedimento dell'udienza», ove le regole sono precedute da un «si raccomanda che (...)» che, per l'appunto, suggerisce la non vincolatività del precetto.

<sup>260</sup> Ciò è accaduto con la riforma delle esecuzioni immobiliari, ispirate alle prassi virtuose dei Tribunali di Bologna e Verona, nonché con gli artt. 195 c.p.c., in tema di consulenza tecnica d'ufficio, e 81-bis disp. att. c.p.c. sul calendario del processo. Sul punto, v. il capitolo primo.

Le regole contenute nei protocolli, infatti, per loro stessa natura e per loro espressa indicazione, hanno lo scopo di guidare i destinatari, non di vincolarli, lasciando agli stessi la libertà di valutarne l'opportunità di applicazione, alla luce delle peculiarità del caso concreto.

Tuttavia, proprio in considerazione del contenuto e della rilevanza pratica delle previsioni in esame, non sembra nemmeno doversi escludere la sussistenza di una qualunque forma di efficacia delle stesse, da ricercare non tanto nella loro vincolatività/non vincolatività, quanto, piuttosto, nella loro forza persuasiva.

Invero, il fatto che un insieme di regole vengano individuate come virtuose, raccolte in un documento redatto e sottoscritto – come avviene ormai nella maggior parte dei casi – da soggetti rappresentativi dell'avvocatura e della magistratura e che, a tale documento, venga poi data opportuna pubblicità, svolge, già di per sé, una qualche forza persuasiva nei confronti dei destinatari.

Le previsioni contenute nel protocollo, infatti, sono in grado, da un lato, di condizionare fortemente l'attività dell'avvocato, specialmente quando gli accordi individuano regole che incidono sulle tecniche di redazione degli atti (in particolare quando queste ricadono sulle condizioni di ammissibilità) e sulle modalità di deposito degli stessi, potendo l'avvocato conoscere e confidare legittimamente <sup>261</sup> sull'interpretazione condivisa di una certa norma, in un determinato ufficio giudiziario.

La pubblicità dei protocolli ha proprio lo scopo di informare i destinatari che le Corti intendono seguire una certa linea interpretativa, sicché, l'effettiva adozione da parte della Corte della linea indicata nel protocollo diventa un fatto, se non certo, comunque altamente probabile e prevedibile; un fatto di cui le parti devono tenere conto qualora decidessero di disattendere il contenuto.

---

<sup>261</sup> Circa la possibilità di ravvisare un vero e proprio legittimo affidamento sull'interpretazione della norma processuale contenuta nel protocollo, v. TURRONI, *I Protocolli d'intesa e la loro rilevanza giuridica: tra regola e fatto*, in *Giur. it.*, 2018, p. 784-792, spec. p. 791.

La conclusione di un protocollo d'intesa costituisce dunque un importante atto di indirizzo in grado di creare un certo grado di affidamento nei confronti dei destinatari.

In questo senso, si è evidenziato come la protezione delle parti che lo rispettano è (o dovrebbe essere) «una contropartita, oltre che accettabile, necessaria a dare a questi documenti la dovuta credibilità (...) per non ridursi a mere compilazioni di prassi <sup>262</sup>».

Tanto più che in dottrina si è prospettato di accordare una qualche forma di tutela a tale legittimo affidamento, non solo per l'importanza ormai assunta dai protocolli, ma anche perché la scelta di ignorarne qualunque forma «farebbe cadere la base fiduciaria che sorregge i protocolli, frustrandone gli obiettivi» <sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> TURRONI, *op. cit.*, p. 791, il quale mette a confronto il legittimo affidamento vantato dal soggetto che abbia agito nel rispetto di un protocollo, con l'autorità del precedente giurisprudenziale non vincolante. In tutti e due i casi, infatti, detta autorità è fondata sulla fiducia del ripetersi di una determinata soluzione su una questione di diritto e la ragione della fiducia è da rinvenirsi nella ripetizione del comportamento nel tempo: «la differenza rispetto al caso considerato sta allora nella diversa 'proiezione' del fatto che genera l'affidamento, perché nel caso del protocollo il fatto è il protocollo stesso, che non si proietta nel passato, ma solo nel futuro», come accade ad esempio per l'effetto prodotto da una sentenza della Cassazione a sezioni unite in materia processuale, di per sé sola capace di creare un alto livello di affidamento.

<sup>263</sup> In questo senso TURRONI, *op. loc. ultt. citt.*, il quale, tra l'altro, distingue tra l'affidamento prodotto dai protocolli conclusi in Cassazione e i protocolli conclusi nell'ambito delle Corti territoriali, ai quali, invece, risulta più difficile attribuire un'alta affidabilità alle clausole che interpretano le norme processuali, salvo il caso in cui non si limitino a recepire un orientamento giurisprudenziale consolidato, finché tale orientamento non venga modificato. In ogni caso, continua, l'a., il trasgressore non potrebbe subire delle conseguenze sfavorevoli dirette, posto che il giudice non potrebbe porre a fondamento di un provvedimento sfavorevole la violazione di una specifica regola contenuta nel protocollo; il provvedimento sfavorevole dipenderà comunque dai poteri che la Corte possiede in ogni caso. V. ad es. Cass., 20 ottobre 2016, n. 21297, in *Dejure* ove la Corte ha dichiarato inammissibile un ricorso di 251 pagine, i cui motivi erano stati redatti mediante la riproduzione di parti di atti processuali e documenti, non già per l'irragionevole estensione del ricorso rispetto alle regole protocollari, quanto, piuttosto, perché il mancato rispetto del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali rischia di

Tutela che da alcuni viene ravvisata nella tecnica individuata nei casi di mutamenti di indirizzi giurisprudenziali consolidati <sup>264</sup>, in favore di quanti incorrono in una violazione di legge processuale per via della modifica imprevedibile di un indirizzo stabile della giurisprudenza; tutela che viene accordata tramite la concessione della facoltà di rimediare al vizio, tramite una sanatoria <sup>265</sup>.

Dall'altro lato, la regola pratica è in grado di condizionare il comportamento del giudice, sia nello svolgimento della sua attività di organizzazione giudiziaria e *case management*, sia nello svolgimento dell'attività interpretativa; un aspetto, quest'ultimo, dimostrato (in alcuni casi) anche dallo stesso tenore delle regole pratiche, ove si prevede che il mancato rispetto delle previsioni possa influenzare la decisione del giudice.

Al riguardo, viene in rilievo la già citata nota n. 2 del protocollo del 2015 concluso tra Corte di cassazione e il CNF per la redazione dei ricorsi, ove si prevede che:

« il mancato rispetto dei limiti dimensionali (...) è valutabile ai fini della liquidazione delle spese in giudizio <sup>266</sup> ».

---

pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti e delle censure mosse alla sentenza impugnata, in violazione dell'art. 366, nn. 3 e 4 c.p.c. Sul tema, v. anche FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 853 ss.

<sup>264</sup> Così, TURRONI, *op. loc. ultt. cit.*

<sup>265</sup> Sul tema, v. anche MORELLI, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, Relazione del 29 marzo 2011, n. 31, dell'Ufficio del Massimario, in *www.cortedicassazione.it* e COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1073 ss.; dello stesso a. v. anche «*Contrasto*», «*mutamento*» di giurisprudenza e «*affidamento incolpevole*», in *Foro it.*, 2011, I, c. 1174.

<sup>266</sup> Si tratta di una previsione con ricadute molto delicate, v. PANZAROLA, *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. Protocolli*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 346. Già, infatti, sul ricorrente incombe il rischio di dover versare una seconda volta il contributo unificato (euro 200,00 a titolo di importo fisso, al quale si aggiunge la marca di euro 27,00), posto che la Cassazione applica rigorosamente l'art. 13, comma 1-*quater*, d.p.r. 30 maggio 2012, n. 115 secondo cui «quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata

Peraltro, tale previsione risulta rilevante anche con riguardo ad un altro aspetto – già evidenziato come criterio dal quale desumere un legame tra gli atti atipici e l'ordinamento generale –, quello della sussistenza di strumenti di implementazione o controllo.

Se, infatti, in alcuni casi i protocolli contengono norme riguardanti la mera conduzione del processo che non ne influenzano in alcun modo l'esito, in altri casi, invece, – specialmente quando le *buone prassi* incidono sull'interpretazione delle norme processuali –, deve ritenersi che gli stessi siano in grado di influenzare l'esito della decisione.

Ancora una volta si richiama il protocollo del 2015 concluso tra la Cassazione e CNF, ove deve escludersi che le regole in esso previste svolgano una funzione meramente organizzativa, specialmente nella parte in cui intendono declinare il principio di autosufficienza, dal quale la Cassazione fa dipendere l'ammissibilità dei ricorsi *ex art. 366 c.p.c.*

Il protocollo prevede ad esempio che le parti non debbano riscrivere integralmente gli atti e i documenti sui quali si fonda il ricorso, ma debbano depositare un «fascioletto» contenente tali atti e documenti.

La Cassazione si è dunque impegnata ad abbandonare un'interpretazione rigorosa del principio di autosufficienza che richiedeva la trascrizione degli atti e dei documenti direttamente nel ricorso, limitandosi ad affermare che quest'ultimo debba contenere il rinvio, per ciascun motivo, agli atti, ai documenti e alla parte di questi su cui il motivo si fonda, nonché la fase del procedimento in cui essi sono stati compiuti o depositati, «con la specifica indicazione del luogo (punto) dell'atto, del documento, del contratto o dell'accordo collettivo al quale ci si riferisce».

---

inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-*bis*».

La previsione propone dunque una certa lettura o interpretazione del principio di autosufficienza <sup>267</sup>, così interferendo direttamente con l'esercizio della funzione giurisdizionale e, in particolare, con la funzione di interpretare una norma processuale che assume rilevanza ai fini della decisione <sup>268</sup>.

Ed anzi, proprio con riguardo a tale aspetto, si è evidenziato come l'applicazione delle regole pratiche (con funzione interpretativa) contenute nei protocolli,

---

<sup>267</sup> Non sono mancate, infatti, interpretazioni particolarmente rigorose del principio di autosufficienza da parte della Cassazione (interpretazioni che la Corte si è impegnata ad abbandonare con il protocollo). Si è disposto ad esempio che il ricorrente che censuri l'erronea interpretazione di clausole contrattuali da parte del giudice di merito debba trascriverle integralmente, essendo al giudice di legittimità precluso l'esame degli atti per verificare la rilevanza e la fondatezza della censura, v. Cass., 24 luglio 2015, n. 15647, in *Dejure*. Purtroppo, anche dopo la conclusione del protocollo del 2015, talvolta, sono riaffiorate alcune interpretazioni restrittive che la Corte si era impegnata ad abbandonare e che richiedono la trascrizione dell'atto o del documento richiamato nel ricorso. Si è ritenuto al riguardo che nel ricorso il ricorrente debba specificare gli elementi fattuali condizionanti gli ambiti di operatività della violazione, con l'onere di trascrivere le parti dell'atto d'appello necessarie a dimostrare i motivi poi erroneamente rigettati dalla sentenza, v. Cass., 13 maggio 2016, n. 9888 in *Dejure*; v. anche Cass., 3 febbraio 2016, n. 20936, in *Dejure*; Cass., 24 febbraio 2016, n. 3610, in *Dejure* e Cass., 8 giugno 2016, n. 11738, in *Dejure*. Sul punto, v. PANZAROLA, *op. cit.*, p. 347, il quale evidenzia la distonia tra il protocollo del 2015 e la l. 25 ottobre 2016, n. 197, secondo cui «acconsentendo a rinserrare le proprie difese scritte entro un numero di pagine predeterminato in astratto, le parti e i loro difensori [confidavano che] avrebbero potuto continuare ad esporre oralmente le proprie ragioni dinanzi alla Supr. Corte, tanto nella pubblica udienza quanto – di solito – nella adunanza in camera di consiglio (...). Oggi questa possibilità è stata però, se non cancellata, fortemente compressa dalla l. n. 197/16».

<sup>268</sup> Sul punto, v. TURRONI, *op. cit.*, p. 788. Ugualmente, v. il Documento programmatico sulla sesta sezione civile del 1° giugno 2016, in <http://bit.ly/2hKhTFD>, poi recepito dal CSM con la denominazione di «Linee guida», in <http://bit.ly/2pg0Zj4>, ove sono indicati i criteri per valutare l'ammissibilità, l'improcedibilità, la manifesta infondatezza e la manifesta fondatezza del ricorso. Non si tratta di un vero e proprio protocollo, dunque, in questo caso, il documento non costituisce il frutto dell'accordo tra diversi operatori giuridici (giudici, avvocati, professori universitari etc.), ma dell'accordo raggiunto tra i soli giudici di Cassazione. Nondimeno, costituisce un documento, la cui efficacia persuasiva si pone allo stesso livello, se non, forse, al di sopra, dei protocolli stessi e che, dunque, assume rilevanza in questa sede. Sul tema, v. *infra*.

determini uno «sconfinamento nella sfera propria dello *ius dicere* consistente nell'interpretazione della legge processuale rilevante sul contenuto della decisione»<sup>269</sup>.

Ugualmente deve ritenersi per tutte quelle regole che prevedono qualche forma di conseguenza in caso di «inadempimento».

Come si è avuto modo di evidenziare nel primo capitolo, disposizioni siffatte non solo molto frequenti, tuttavia, se ne possiamo rinvenire alcuni esempi tra quelli citati in quella sede, come la previsione di decadenze endoprocessuali<sup>270</sup> ovvero l'estensione della preclusioni di cui all'art. 183 co. 5° c.p.c. anche al convenuto della domanda trasversale<sup>271</sup>.

Ci sembra dunque che qualche interferenza nella decisione del giudice non possa essere messa in discussione, tanto che la stessa dottrina ha sollevato alcune questioni di compatibilità di una simile «intrusione» con il principio di indipendenza del giudice<sup>272</sup>, posto che le regole pratiche, indirizzando l'attività interpretativa, svolgono, di fatto, un ruolo persuasivo sull'applicazione delle norme processuali, lasciando tuttavia allo stesso giudice la possibilità di discostarsene.

Si aggiunga, inoltre, come l'utilizzo delle regole pratiche contenute nei protocolli da parte delle Corti sia dimostrato dall'analisi delle stesse sentenze che sempre più spesso li richiamano espressamente nelle motivazioni delle loro decisioni.

In particolare, da una breve indagine condotta sui provvedimenti della Corte di cassazione, va evidenziato come, frequentemente, il mancato adeguamento alle

---

<sup>269</sup> TURRONI, *op. cit.*, p. 789, il quale sottolinea come tale sconfinamento possa sollevare questioni di ordine costituzionale, specialmente con riferimento al valore dell'indipendenza del giudice.

<sup>270</sup> Al riguardo, v. il punto 24 del protocollo di Firenze, cit. e la relativa trattazione contenuta nel capitolo primo

<sup>271</sup> V. il punto 27 dello stesso protocollo di Firenze cit..

<sup>272</sup> Aspetti che si avrà modo di approfondire nel successivo paragrafo. Per il momento rileva soltanto mettere in evidenza come, di fatto, le prescrizioni contenute nei protocolli siano in grado di entrare a far parte delle decisioni giurisdizionali.

disposizioni contenute nel protocollo sulle regole redazionali dei motivi di ricorso, compaia tra le motivazioni del giudizio di inammissibilità del ricorso medesimo.

In tal senso si colloca la sentenza del 3 Novembre 2020, n. 24422 <sup>273</sup>, ove la Corte precisa che:

*« anche il protocollo d'intesa concluso nel 2015 con il CNF riconosce doversi a tal proposito indicare separatamente da un lato, la cd. 'sintesi dei motivi' e dall'altro la 'esposizione del fatto' e lo svolgimento del processo siccome funzionale 'alla percepibilità delle ragioni poste a fondamento delle censure poi sviluppate nella parte motiva' -; e solo dopo suppone redigersi la parte relativa ai 'motivi di impugnazione' ».*

Nella stessa direzione si collocano anche alcune decisioni delle Corti di merito. Tra queste si richiama una recente pronuncia del Tribunale di Roma del 15 novembre 2019, n. 22081, la quale, nel liquidare le spese di giudizio richiama espressamente l'art. 17 del protocollo concluso tra il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma e il Tribunale di Roma, sulla sinteticità degli atti, del 12 dicembre 2017, il quale, al punto 17 <sup>274</sup>, consente al giudice di tenere in considerazione gli atti difensivi delle parti nella determinazione delle spese legali; sulla base di tale disposizione, il Tribunale di Roma, valutata la particolare efficacia e sinteticità degli atti della parte vittoriosa, ha liquidato equitativamente a titolo di compensi un importo superiore al minimo, benché la causa fosse

---

<sup>273</sup> A tale sentenza se ne aggiungono altre, di cui, tra le più recenti si segnala Cass., 3 dicembre 2020, n. 27632, in *Dejure*; Cass., sez. lav., 3 novembre 2020, n. 24391, in *Dejure*; Cass., sez. lav. 23 novembre 2020, n. 26593, in *Dejure*; Cass., 4 settembre 2020, n. 18361, in *Dejure*; Cass., 8 luglio 2020, n. 14197, in *Dejure*.

<sup>274</sup> Per il testo si rinvia a: <https://www.romaosservatorio.it/documenti.html>. Al riguardo, il citato art. 17 prevede che «nella liquidazione delle spese processuali il giudice tiene esplicitamente conto anche dell'attività difensiva svolta nel rispetto di sinteticità e chiarezza degli atti, valorizzando in particolare il pregio dell'opera dei difensori, rispetto ai parametri medi, secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 1, D.M. 10 marzo 2014, n. 55».



inquadabile tra quelle di valore indeterminabile e a complessità bassa, rispetto alle quali il D.M. n. 55 del 2014 prevede la massima riduzione dei compensi <sup>275</sup>. Ancora, sempre tra le Corti di merito, in materia di processo civile telematico, si segnala la sentenza del Tribunale di Milano del 23 gennaio 2020, n. 617 ove si evidenzia che:

*« va stigmatizzata la modalità di produzione del predetto documento, inserito in un unico file allegato alla comparsa di costituzione, con cui parte convenuta ha prodotto cumulativamente documenti da nn. 2 a 6, in spregio al protocollo sul PCT che ha espressamente previsto che 'i documenti devono essere trasmessi telematicamente... ciascuno costituente un singolo file numerico (cfr. Protocollo PCT l 26 giugno 2014, parte B, n. 1) <sup>276</sup> ».*

Ebbene, gli aspetti finora evidenziati sembrano portare l'interprete verso il riconoscimento di una qualche rilevanza giuridica delle regole pratiche contenute nei protocolli. Peraltro, a tali elementi se ne aggiungono di ulteriori. In particolare, con riferimento alla predisposizione di meccanismi di controllo e implementazione, pur mancanti di una qualunque forza coercitiva, va evidenziato come assuma notevole rilevanza la costituzione da parte del CSM, con delibera del 23 luglio 2008, della Struttura Tecnica per l'Organizzazione (c.d. STO), il cui obiettivo formale, come si è già avuto modo di mettere in luce nel

---

<sup>275</sup> In tale direzione si colloca anche Trib. Roma, 16 ottobre 2018, n. 19719, in *Dejure*; a mero titolo esemplificativo si cita anche la sentenza del Tribunale di Bologna, 18 settembre 2019, n. 1279 che invece fa espresso richiamo al protocollo sulla mediazione delegata concluso tra l'Ordine degli avvocati di Bologna e il Tribunale di Bologna il 19 novembre 2015, in *Dejure*, v. [https://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/292952/Protocollo\\_Mediazione\\_2015/638dabc-7a2f-4b0d-a8c1-85a4fa05c0a5](https://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/292952/Protocollo_Mediazione_2015/638dabc-7a2f-4b0d-a8c1-85a4fa05c0a5), ovvero, per il richiamo in materia di protocolli conclusi durante l'emergenza pandemica, v. App. Perugia, 24 agosto 2020, n. 384, in *Dejure*; Trib. Torino, 29 giugno 2020, in *Dejure*; Trib. Bologna, 25 maggio 2020, in *Dejure*.

<sup>276</sup> Sempre in materia di PCT si segnalano, Trib. Padova, 15 giugno 2017, n. 1558, in *Dejure*; Trib. Torino, 18 aprile 2017, n. 2047, in *Dejure*; Trib. Trani, 24 novembre 2015, in *Dejure*.

*primo capitolo*, è proprio quello di «promuovere il confronto e la diffusione di buone prassi metodologiche ed operative anche attraverso la sperimentazione e l'utilizzazione di tecniche innovative».

Al riguardo, va ricordato come i principali compiti della struttura siano quelli di censimento, monitoraggio e classificazione delle *buone prassi* sul territorio, individuando, soprattutto alla luce dei protocolli conclusi nei vari uffici giudiziari, quelle meritevoli, per darne adeguata diffusione e creare modelli virtuosi di organizzazione giudiziaria che possano essere presi come esempi nella gestione della giustizia.

Detta struttura, dunque, anche in base a quanto evidenziato nella precedente sezione, potrebbe di fatto essere inserita tra i meccanismi c.d. «morbidi» di implementazione, legati alla funzione di monitoraggio delle regole e della loro applicazione nei diversi uffici giudiziari; ciò anche al fine di promuovere una certa armonizzazione delle medesime prassi virtuose.

Tale attività viene svolta anche a livello europeo dalla Commissione per l'efficienza della giustizia istituita presso il Consiglio d'Europa (CEPEJ), anch'essa costituita per svolgere un'attività di monitoraggio e controllo circa l'applicazione delle prassi virtuose sviluppatasi nei diversi Stati Membri, tra cui anche l'Italia, al fine di diffondere la condivisione delle conoscenze come strumento per rompere l'isolamento delle Corti e migliorarne competenze e abilità <sup>277</sup>.

Del resto, la creazione della Struttura Tecnica per l'Organizzazione ad avviso di chi scrive, assume rilievo anche sotto un altro angolo prospettico.

Si è detto, infatti, che tale struttura è stata costituita in forza di una specifica delibera del CSM che ha portato, a livello istituzionale, ad un riconoscimento dell'importanza delle *buone prassi* e dei protocolli in tema di amministrazione della giustizia.

---

<sup>277</sup> V. il *Report* sulla qualità della giustizia per l'anno 2019, <https://rm.coe.int/cepej-gt-qual-2018-10-e-24th-meeting-report-en/16808f1f55>, ove, al punto 6, inserisce tra le fonti utilizzate per la redazione del documento, anche le buone prassi utilizzate dalle diverse Corti.

Certamente non si tratta di una vera e propria norma di riconoscimento che individui una collocazione di tali documenti nel sistema generale o ne autorizzi la conclusione; nondimeno, quella delibera esprime una ricognizione a livello istituzionale del fenomeno; ricognizione alla quale non può non assegnarsi un qualche tipo di significato, quantomeno con riguardo alla creazione di un collegamento con l'ordinamento generale.

In ultima analisi, si ritiene che dai predetti elementi possa desumersi in concreto un legame con l'ordinamento giuridico; un legame dal quale si può desumere che i protocolli e le disposizioni ivi previste non possano ritenersi insignificanti per il diritto ed anzi che svolgano una funzione persuasiva in grado di incidere (seppur indirettamente) sullo svolgimento dell'attività giurisdizionale.

### **1.1. segue: verso la riconduzione dei protocolli al modello del *soft law*.**

Una volta dimostrata la rilevanza giuridica dei protocolli, è ora necessario procedere nel dare loro un inquadramento sistematico e rispondere dunque alla domanda che ci siamo posti in apertura: è possibile richiamare nel nostro caso il modello di regolamentazione *soft*?

Al riguardo, una volta risolto il problema più complesso della rilevanza giuridica e della ravvisabilità di un legame con l'ordinamento generale, non resta che porre a confronto le caratteristiche tipiche del *soft law* con il fenomeno dei protocolli, entrambi analizzati in precedenza.

Ebbene, deve evidenziarsi come in concreto il fenomeno dei protocolli partecipi, ad avviso di chi scrive, delle caratteristiche tipiche della regolamentazione morbida.

Si tratta certamente di atti atipici, caratterizzati da una forte consensualità: consensualità che si manifesta nella fase di formulazione delle previsioni, in quanto le stesse vengono redatte dagli stessi soggetti cui sono destinate; nonché

nella fase di esecuzione, posto che l'efficacia non vincolante delle previsioni richiede necessariamente il consenso dei destinatari nella fase di applicazione. Da questa premessa emerge, in negativo, il carattere della non vincolatività delle regole pratiche e, in positivo, dell'efficacia persuasiva delle stesse, sia nei confronti del giudice, sia nei confronti degli avvocati.

Anche con riguardo alla funzione, è possibile richiamare gli ambiti tipici di applicazione del diritto *soft*, tra cui, in particolare quello di c.d. *post-law*, ove la regola pratica svolge una funzione principalmente integratrice e chiarificatrice della norma giuridica.

Anche l'alto tecnicismo del linguaggio utilizzato – non solo giuridico, ma anche appartenente ad altre discipline, come l'informatica – con cui sono formulate le previsioni, richiama quel linguaggio degli *young technocrats* coniato proprio a partire dalle riflessioni sul diritto *soft*.

Sembra dunque doversi dare una risposta affermativa alla domanda sopra formulata, pur evidenziando, tuttavia, come in dottrina vi siano state posizioni che invece hanno dato una differente spiegazione al fenomeno – seppur, come vedremo, non così lontana sul piano delle conseguenze pratiche da quella accolta in questa sede –, inserendo i protocolli nell'ambito dei fatti giuridici <sup>278</sup>.

---

<sup>278</sup> V. TURRONI, *op. cit.*, p. 790, che ha adottato questa posizione per qualificare i protocolli adottati in Cassazione. In particolare, l'a. esclude che ai protocolli d'intesa possa essere riconosciuta una qualche natura vincolante; tuttavia, aggiunge l'a., «questa conclusione non basta per concludere che i documenti in esame siano completamente privi di rilevanza giuridica». Ne ravvisa poi la qualificazione di «fatto giuridico in *bonam partem* (...), generatore di un affidamento giuridicamente tutelato»; in tale direzione anche PANZAROLA, *op. cit.* p. 269 ss., mentre CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia*, cit., c. 11, conviene, similmente alla posizione accolta in questa sede, che «quanto all'efficacia delle norme contenute nei protocolli, essa non ha carattere vincolante, bensì meramente persuasiva, ma ciò non esclude la possibilità di qualificarle come norme giuridiche, se si accetta l'impostazione secondo la quale il diritto si caratterizza per il fatto di consistere nella creazione di un complesso di 'norme' destinate ad operare nell'ambito della struttura sociale di una comunità e nel conferire ai precetti che esse esprimono una particolare

Il punto di svolta per accogliere un'impostazione o un'altra è rappresentato ad avviso di chi scrive dal concetto di normatività che si intende porre a fondamento della riflessione: l'utilizzo di un concetto evolutivo di normatività – come nel nostro caso – non crea particolari problemi all'interprete nell'accettare l'esistenza di un diritto *soft* e nel ricomprendere le prescrizioni contenute nei protocolli al suo interno.

Laddove invece non si accolga tale impostazione, l'adesione alla soluzione sopra proposta risulta maggiormente problematica, in quanto il concetto di «regola giuridica» rimane legato indissolubilmente all'esercizio del potere istituzionale e all'individuazione da parte dell'ordinamento di appositi strumenti per presidiarlo <sup>279</sup>.

Ad ogni modo, sul piano delle conseguenze, non sembra che le due visioni si discostino molto l'una dall'altra <sup>280</sup>.

Il modello del *soft law*, tuttavia, risulta maggiormente idoneo – per via della condivisione delle caratteristiche di tale tipo di regolamentazione con quelle dei protocolli –, a descrivere gli strumenti in esame, rispetto al concetto di *fatto giuridico* (in senso ampio), pur sempre circondato da incertezze <sup>281</sup>.

---

'efficacia', la quale le rende più o meno strettamente 'vincolanti' (quando il vincolo è più tenue, si parla di efficacia 'persuasiva' delle norme)».

<sup>279</sup> Su tali concetti di ordinamento e regola, v. su tutti FERRAJOLI, *La logica del diritto: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, *passim*; KELSEN, *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, trad. it. di Guastini, Milano, 1981, p. 108.

<sup>280</sup> Sul punto, v. lo stesso TURRONI, *op. cit.*, p. 790, spec. nota 37.

<sup>281</sup> Sul tema v. MORRONE, *op. cit.*, p. 17 ss. ed ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova, 1937, *passim*, secondo cui il concetto di fatto giuridico (in senso ampio), indica la rilevanza giuridica di una previsione ed è legato al concetto di fatto, cioè di qualunque evento fisico o storico che accada nella realtà e al concetto di effetto giuridico, ossia qualunque conseguenza nell'ordinamento generale. A sua volta, poi, il fatto giuridico (in senso ampio) ricomprende gli atti giuridici e i fatti giuridici o normativi (in senso stretto), la cui definizione in negativo è data dalla loro contrapposizione all'atto giuridico o normativo: nel secondo caso, la regola giuridica è prodotta da un comportamento spontaneo, nel quale la volontà dell'agente non

Dietro l'accoglimento del modello della regolamentazione *soft* vi è però la consapevolezza, anzitutto, del fatto che la categoria del diritto morbido non faccia parte della nostra tradizione giuridica, anche se ormai può dirsi che ne sia entrato a far parte a tutti gli effetti <sup>282</sup>, ma che, soprattutto, la stessa sollevi alcune problematiche se associata al sistema del diritto processuale.

Nei successivi paragrafi, allora, muovendo da tale considerazione, ci si occuperà proprio di tali problematiche derivanti dall'inquadramento dei protocolli nel modello suddetto.

## **2. Diritto *soft* e processo civile: un'apparente antinomia? Problemi e possibili rimedi alle questioni di ordine costituzionale: il rispetto del principio di indipendenza del giudice.**

L'accostamento del *soft law* al diritto processuale civile solleva istantaneamente alcuni interrogativi e perplessità, prima di tutto di ordine costituzionale.

Nei successivi paragrafi si affronteranno le problematiche derivanti dall'impatto dei protocolli, inquadrati nell'ambito del *soft law*, sui principi del diritto

---

ha alcuna rilevanza; nel primo caso, invece, le regole giuridiche sono la diretta espressione di manifestazioni di volontà.

<sup>282</sup> MOSTACCI, *op. cit.*, *passim*; POGGI, *op. cit.*, p. 369 ss.; TANZI, *International law. A concise introduction*, Bologna, 2017, *passim*; ne dà atto anche MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, p. 16; sul tema v. anche BIN-PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, p. 31 ss., il quale evidenzia come l'opposizione tra *hard law* e *soft law* (benché non univoca in dottrina) non equivale all'opposizione tra diritto e non diritto; la distinzione serve invece per distinguere l'obbligatorietà del precetto, non svolge altri fini, come per l'appunto stabilire l'esistenza o l'inesistenza di una fonte normativa. A tale scopo, infatti, soccorrono i diversi criteri di riconoscimento posti dall'ordinamento giuridico.

processuale civile maggiormente coinvolti da tale qualificazione, tra cui, in particolare: il principio di autonomia e indipendenza del giudice (art. 101 Cost.) e il principio di legalità, nella prospettiva della riserva di legge (art. 111 Cost.) e del *deficit* di democraticità delle regole pratiche.

Un primo profilo di indagine attiene dunque al rispetto dell'indipendenza del giudice, quale valore consacrato all'art. 101, comma 2° Cost., secondo cui «il giudice è soggetto solo alla legge».

Al riguardo, ci si domanda se le regole pratiche, capaci di impartire istruzioni in merito all'applicazione e interpretazione delle norme processuali e, dunque, in grado di incidere sull'esito della decisione finale, possano interferire con l'attività giurisdizionale a tal punto da mettere a rischio lo stesso principio di indipendenza e autonomia del giudice.

Ad avviso di chi scrive deve darsi risposta negativa a tale interrogativo, alla luce di diverse considerazioni.

In primo luogo, è opportuno distinguere il piano delle regole di mera organizzazione da quello delle regole di interpretazione; anche se i due piani spesso tendono a sovrapporsi ovvero a cooperare sinergicamente, offrono tuttavia spunti di riflessione in parte differenti.

In particolare, con riguardo alle regole con carattere meramente organizzativo, va precisato che, se, certamente, l'indipendenza del giudice, anche quella c.d. interna, non possa in alcun modo trovare limitazioni con riguardo allo svolgimento della funzione dello *ius dicere*, con riguardo, invece, all'attività di direzione del processo, questa possa trovare un'applicazione, per così dire, attenuata.

Più segnatamente, quando il principio di autonomia incontra l'organizzazione del processo, questo si inserisce nell'ambito di un'attività che il giudice non svolge isolatamente, ma quale soggetto «inserito in una struttura complessa dove

la cooperazione con i colleghi e i dirigenti rappresenta un valore fondamentale» per garantire una giustizia efficiente <sup>283</sup>.

In tal senso, allora, si può sostenere che l'autonomia organizzativa debba intendersi «relativizzata» in questo contesto <sup>284</sup> e che, in ultima analisi, le regole contenute nei protocolli con funzione di direzione del processo, non si pongano in contrasto con il principio di indipendenza.

---

<sup>283</sup> Così TURRONI, *op. cit.*, p. 785, spec. nota 5, il quale evidenzia come il concetto di «efficienza», spesso associato alla conduzione di un processo produttivo, applicato alla giustizia, debba necessariamente prendere in considerazione il suo scopo e vada dunque valutato alla luce di indici corretti e adeguati. Sul tema v. anche COVIELLO-ICHINO-PERSICO, *Giudici in affanno*, Bologna, 2009, in [www.andreaichino.it/scientific\\_publications/mito13.pdf](http://www.andreaichino.it/scientific_publications/mito13.pdf), ora in *Annuario Dir. Comp.*, 2012; MEZZACAPO, *Efficienza del sistema giudiziario italiano. Un'analisi di frontiera per gradi di giudiziario*, tesi di Dottorato in Economia del settore pubblico presso l'Università di Salerno, in <http://elea.unisa.it/handle/10556/164>. In tal senso anche BARRECA, *op.cit.*, p. 23 ss. la quale evidenzia come sia necessario sconfiggere l'idea che il singolo giudice sia assolutamente libero di «adottare le prassi che ritiene più opportune e di decidere come meglio crede, in base a distorte ed inaccettabili nozioni di autonomia e indipendenza», la quale, già nel 1997 al convegno degli Osservatori tenutosi in data 29 maggio, su cui v. *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 77 ss., auspicava alla creazione «modelli precostituiti per la gestione di controversie analoghe»; esperienze che spesso circolano all'interno dei singoli uffici giudiziari, ma che, raramente, acquisiscono una risonanza al di fuori di essi.

<sup>284</sup> Sul tema, v. la risposta del CSM, del 17 novembre 2010, ove, rispondendo al quesito di un giudice che si interrogava sulla vincolatività della tabella dell'ufficio giudiziario di afferenza contenente l'indicazione delle udienze civili e della sua compatibilità con il principio di autonomia nell'organizzazione e nella gestione delle udienze secondo gli artt. 175, 168-bis, co. 5°, c.p.c. e 81 e 81-bis, disp. att. c.p.c., ha evidenziato che «le competenze del giudice civile nella gestione dell'attività d'udienza devono collocarsi sistematicamente e razionalmente nella su indicata cornice organizzativa nell'ambito della quale egli si trova ad operare, sicché, approvato il progetto tabellare, il giudice civile è tenuto a celebrare le udienze individuate in tale progetto, salve motivate e specifiche esigenze da comunicare tempestivamente (...)», su <https://www.csm.it/documents/21768/87316/Risposta+a+quesito+del+17+novembre+2010/25adf583-8e77-4adf-99e8-befa7b336ccb>.



Sono dunque le regole pratiche che incidono sull'interpretazione della legge processuale (ovvero quelle di organizzazione che operano anche sul piano dell'interpretazione) che pongono i maggiori problemi in termini di indipendenza del giudice.

Anche in questo caso però non sembra che la regola del giudice *soggetto solo alla legge* venga in qualche modo intaccata.

Si è detto, infatti, come le disposizioni pratiche contenute nei protocolli abbiano un'efficacia meramente persuasiva e non vincolante, sicché il giudice non ne potrà mai essere assoggettato, al pari di quanto avviene con una norma di legge. Il giudice conserva dunque il proprio potere di discernimento, potendosi discostare dalla regola pratica, parimenti al caso in cui questi decida di non seguire un precedente giurisprudenziale più o meno consolidato <sup>285</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, sembra da escludere una forma di ingerenza delle regole pratiche, inquadrate nell'ambito del diritto morbido, con il principio di indipendenza del giudice <sup>286</sup>.

Si osserva infine come la predisposizione di protocolli consenta di evitare il fenomeno del c.d. dissenso occulto, il quale presuppone la non conoscenza delle diverse posizioni interpretative relative ad una specifica norma.

In tal senso, allora, il dissenso esplicito, incentivato dalla formalizzazione di *buone prassi*, consente di discostarsi da una specifica interpretazione della norma processuale in base ad argomentazioni maggiormente trasparenti e conoscibili

---

<sup>285</sup> Sull'incidenza persuasiva della prassi sul modo di agire del giurista (avvocato, giudice, studioso etc.), v. PERLINGIERI, *Principio di legalità e scuole civilistiche*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 956 ss., ove si evidenzia come il significato di «prassi» vada studiato specialmente sotto il profilo sociologico, come un fatto che, in via generale, può eventualmente, ma non necessariamente condizionare l'applicazione della norma.

<sup>286</sup> Dello stesso avviso anche TURRONI, *op. cit.*, p. 786, il quale evidenzia come «il solo mezzo sicuro per evitare contrasti (...) consisterebbe nell'escludere dai documenti in questione qualunque clausola fondata su una certa lettura della norma processuale (...)», tuttavia, ad avviso dell'a. si tratterebbe di una soluzione troppo drastica (...).

<sup>287</sup>, nella consapevolezza che la previsione di *buone prassi* non limiti l'autonomia del giudice, anzi ne esalti la libertà, in quanto, concedendo a quest'ultimo la facoltà di discostarsene, gli permette di compiere una scelta consapevole tra soluzioni diverse, tutte compatibili con il dato normativo.

Ciò consente un'applicazione maggiormente uniforme del diritto, senza violare la libertà del giudice.

In ultima analisi, la preventiva conoscenza delle regole e della loro interpretazione, rende maggiormente effettiva la garanzia del diritto di difesa e della tutela giurisdizionale, consentendo di individuare la norma completa della sua interpretazione e modalità applicative.

## **2.1. segue: il rispetto del principio di legalità ex art. 111 Cost.**

Il profilo attinente al rispetto del principio di legalità si presta invece ad un'analisi maggiormente complessa e articolata.

Come sopra accennato, la trattazione prenderà le mosse dal più noto problema di compatibilità del diritto morbido con la riserva di legge <sup>288</sup> in materia processuale, prevista dall'art. 111 Cost. <sup>289</sup>

---

<sup>287</sup> COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 125.

<sup>288</sup> Prima della legge costituzionale, 23 novembre 1999, n. 2, con la quale è stato introdotto l'art. 111 Cost., il giudice delle leggi aveva già individuato «le garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute», nella «possibilità del contraddittorio», «stabilità della decisione» e nell'«impugnabilità con ricorso per Cassazione»; sul punto, v. Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Dejure*.

<sup>289</sup> Il 7 gennaio 2000 è entrata in vigore la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, così rubricata: «inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della costituzione». Per alcuni autori, tra cui TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 380 ss. la previsione costituisce una «presa di posizione» da parte del parlamento contro le posizioni della Corte costituzionale che in più

La predetta norma costituzionale, nei primi due commi, individua i principi che regolano il processo e la funzione giurisdizionale in generale, mentre ai restanti tre commi, enuncia principi attinenti nello specifico al processo penale.

Le nostre riflessioni saranno dunque concentrate sull'analisi dei primi due commi dell'art. 111 Cost. che così prevedono:

*« la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata <sup>290</sup> ».*

Ebbene, la previsione racchiude in sé le essenziali garanzie di «civiltà giuridica»: la terzietà del giudice, il contraddittorio, le motivazioni delle decisioni e la ragionevole durata <sup>291</sup>; è proprio in tal senso, infatti, che viene intesa la nozione di «giusto processo» <sup>292</sup> o *due process of law* che, nella sua visione ideale, non si

---

occasioni, in materia di processo penale, avevano portato ad una graduale modifica dei lineamenti fondamentali sottesi al codice di rito, con una ingerenza sempre più pregnante nella sfera della discrezionalità amministrativa. v. anche BOVE, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss.

<sup>290</sup> In chiave storica, si segnala che le costituzioni europee dell'ottocento e primi del novecento non inseriscono nel decalogo delle garanzie fondamentali anche quelle a contenuto processuale. Solo dopo la fine del secondo conflitto mondiale, alcuni principi relativi al corretto svolgimento della giurisdizione vengono inquadrati tra le libertà «fondamentali» dell'individuo, in tal senso, avendo i regimi totalitari messo in luce la necessità di una loro costituzionalizzazione, onde garantirne una maggiore stabilità nei confronti dei poteri ordinari dello stato; v. TROCKER, *op. cit.*, p. 384. Al proposito, un ruolo significativo è stato svolto dai solenni principi enunciati con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948, che prevede il «diritto di ciascuno di essere ascoltato, in corretto e pubblico giudizio, da un tribunale indipendente e imparziale» ed accentuata in seguito dalla CEDU e dal relativo art. 6.

<sup>291</sup> TROCKER, *op. cit.*, p. 385.

<sup>292</sup> Per COSTANTINO, *Governance e giustizia. Le regole del processo civile italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 4, p. 51 ss. il concetto di «giusto processo» svolge un triplice rinvio: al modello processuale conforme ai principi costituzionali deducibili dalla Carta costituzionale e dalla giurisprudenza della Corte (artt. 24, 25, 113, 3, 101, ora 111 co. 7°, co. 2°); al modello

limita ad essere regolare solo sul piano formale, ma che, invece, si svolge nel rispetto di quei principi e valori sostanziali prima citati.

Svolte queste brevi premesse di carattere preliminare, veniamo ora alla trattazione della questione che interessa in questa sede, ossia il valore e l'ampiezza da riconoscere alla precisazione in base alla quale il giusto processo è *regolato dalla legge*<sup>293</sup>.

In chiave storica, va precisato come detta formulazione costituisca una «rivendicazione delle prerogative parlamentari: l'espressione del legislatore di riappropriarsi della funzione di regolare il processo, senza l'incubo di una [continua] opera demolitrice della Corte costituzionale», laddove siano rispettati i principi fondamentali ai quali lo stesso processo è informato.

Più segnatamente, il richiamo al principio di legalità, per la dottrina maggioritaria, è stato inteso come una riapertura alla discrezionalità legislativa in materia processuale, secondo canoni insindacabili di opportunità e convenienza, pur sempre nel rispetto di un nucleo fondamentale e inderogabile di garanzie protette dalla Costituzione<sup>294</sup>.

Ad ogni modo, sulla portata della formula *regolato dalla legge* sono state suggerite, da parte della dottrina, diverse interpretazioni, più o meno estensive.

---

conforme ai principi enunciati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 47) e quelli riconosciuti della Convenzione sui diritti dell'uomo (art. 6).

<sup>293</sup> In chiave storica, va evidenziato come nel diritto comune il diritto processuale fosse il frutto dell'elaborazione degli stessi giudici; si trattava dunque di una materia con carattere intrinsecamente pratico, estranea alla formazione giuridica. La necessità di predeterminare le regole del processo riflette allora, tra le altre cose, anche quella di controllo, da parte dello stato, dell'operato dei giudici; sul tema, v. PICARDI, *Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 685, nonché, dello stesso a., voce *Processo civile (dir. moderno)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, p. 113.

<sup>294</sup> TROCKER, *op. cit.*, p. 392.

Secondo una prima impostazione, si tratterebbe di una normale riserva legge<sup>295</sup>, mentre una seconda impostazione – apparentemente più restrittiva, ma pur sempre in linea con quella sopra accennata –, invita l'interprete a non «liquidare troppo frettolosamente» come irrilevante l'espressione *regolato dalla legge*, ritenendo che la stessa, in base al principio della riserva di legge (certamente prevista dalla norma), rimetta la disciplina del processo nella sua massima parte al potere discrezionale del legislatore<sup>296</sup>.

Per una terza interpretazione, invece, la formula farebbe riferimento ad una riserva di legge rivolta alla Corte costituzionale e finalizzata alla riaffermazione delle prerogative parlamentari dal rischio di future incursioni invasive a carattere manipolativo, da parte della stessa Corte<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2001, p. 13 ss., spec. p. 18, il quale afferma che «'regolato dalla legge' sta semplicemente a significare che secondo il primo comma dell'art. 111 il processo non può essere regolato da altre fonti normative. Siamo cioè in presenza della posizione (o meglio della riaffermazione – assieme a tante altre ascrivibili alla nostra norma –) di una riserva di legge».

<sup>296</sup> PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 36 ss., p. 317 ss., spec. p. 320, secondo cui: «a me sembra che una cosa l'espressione 'regolato dalla legge' ci dica con assoluta chiarezza: non è, non sarebbe in regola con la costituzione un processo nel quale la forma e i termini (cioè i poteri delle parti e del giudice) attraverso cui realizzare i poteri di domanda, eccezione, ecc., i poteri istruttori, il potere di difesa scritta e orale, fossero tutti rimessi quanto alla modalità ed i tempi alla discrezionalità del giudice». Così anche COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 255 ss., secondo cui, appare ragionevole dubitare della legittimità della scelta legislativa di affidare la tutela di diritti ad un modello processuale, le cui scadenze siano affidate esclusivamente i poteri discrezionali del giudice, senza alcuna possibilità di una cognizione sul merito in base a «regole predeterminate», invocando così in certa precisione e determinatezza nella formulazione dei precetti legislativi.

<sup>297</sup> TROCKER, *op. cit.*, p. 380 ss. e, dello stesso a., *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 36 ss.

Peraltro, le predette interpretazioni sembrano concordare nell'escludere che la formula *regolato dalla legge* debba essere interpretata nel senso che sia sempre richiesta una predeterminazione rigida dell'attività processuale, tale per cui al giudice non possa essere attribuito alcun potere discrezionale.

Anche chi invoca una formulazione tassativa delle previsioni legislative – peraltro sistematicamente disattesa da parte del legislatore medesimo – riconosce che:

« [non sia possibile avere un codice processuale] di un milione di articoli che regoli bizantinamente ogni atto, ogni modalità, ogni tempo ed ogni pausa [del processo], lasciando al giudice un ruolo di mero applicatore esecutivo <sup>298</sup> ».

Si evidenzia, se mai, come il problema debba riguardare la ricerca di un punto di equilibrio tra rigidità delle previsioni normative e discrezionalità del giudice, per una migliore tutela delle garanzie (contraddittorio, difesa e giustizia, in tutti i sensi) ed efficienza del processo <sup>299</sup>.

Ad ogni modo, in questa sede non interessa valutare quale sia l'ampiezza del potere discrezionale che possa essere lasciato al giudice da parte del legislatore, trattandosi di una questione che eventualmente può portare l'interprete, di volta in volta, a sollevare questioni di legittimità costituzionale <sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 55 ss., spec. p. 71.

<sup>299</sup> PROTO PISANI, *Il codice di procedura del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.* 2000, V, c. 73 ss.

<sup>300</sup> In seguito all'entrata in vigore della riforma dell'art. 111 Cost. numerosi interrogativi circa la compatibilità con il principio della riserva di legge sono stati sollevati con riguardo ai procedimenti in camera di consiglio, di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., concepito nel disegno originario del legislatore per la gestione di meri interessi, ma utilizzato sempre più frequentemente per la tutela di diritti soggettivi e *status*; sul punto, v. CIVININI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»*. *Le garanzie*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 271 ss.; così anche COSTANTINO, *op. ult. cit.*, p. 262, il quale evidenzia come dubbi di legittimità costituzionale attinenti alla scarna disciplina degli artt. 737 ss. c.p.c. non sarebbero manifestamente infondati,

Interessa invece evidenziare, anzitutto, come la formula *regolato dalla legge* non contrasti in sé e per sé con la sussistenza di una discrezionalità giudiziale <sup>301</sup>, tanto più che nell'attuale contesto normativo, i molteplici interventi legislativi, spesso frettolosi e disorganici <sup>302</sup>, hanno portato ad incentivare notevolmente il ruolo di *governance* della giurisprudenza; questo, sia per la formulazione imprecisa e talvolta poco chiara delle disposizioni, sia per i problemi di coordinamento derivanti della compresenza di disposizioni adottate in periodi diversi, con diverse *rationes* <sup>303</sup>.

Ebbene, questi aspetti assumono notevole rilevanza nel caso che occupa, in quanto la possibilità di concludere protocolli contenenti regole pratiche di ordine processuale, a ben vedere, discende direttamente da un potere di organizzazione e interpretazione che si inserisce negli spazi «bianchi» o «grigi» lasciati dalla

---

sicché la riforma costituzionale sembra, *de jure condendo*, imporre una revisione di tutte quelle ipotesi nelle quali la tutela dei diritti sia integralmente affidata al procedimento camerale.

<sup>301</sup> Sul punto, v. PIVETTI, *op. cit.*, p. 72, il quale, anzi, rileva come un maggiore affidamento alla discrezionalità del giudice ed una riduzione attenta del ricorso a regole legislative rigide è utile, non solo per assicurare una maggiore efficienza della giustizia, ma anche per una tutela concreta ed effettiva delle garanzie costituzionali; «certamente le garanzie richiedono anche, a volte, un certo grado di formalizzazione (...) e non vale sempre l'equazione tra garanzie formali e formalismo delle garanzie. Ma a volte sì».

<sup>302</sup> Sul tema v. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 479; dello stesso *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, cit., p. 727. Più in generale, sul problema della cognizione delle fonti del diritto, v. PIZZORUSSO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 215; LUMINOSO, *Fonti comunitarie, fonti internazionali, fonti nazionali e regole di interpretazione*, in *Contratto e impr.*, 2009, p. 659; DI MAJO, *Fonti convenzionali e comunitarie in concorrenza sulle regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1157.

<sup>303</sup> Così anche COSTANTINO, *Legalità e giustizia civile*, in *Bari economia & cultura*, 2013, p. 29, il quale evidenzia come «lo sesso codice è l'insieme di tessere di un mosaico, le figure del quale l'interprete è chiamato ad individuare», nonché spesso difficili da comprendere e coordinare, tenuto conto che nel codice vi sono norme del 1940-1942, 1950, 1973, 1990, 1995, 1998, 2001, 2005, 2006, 2008, 2009 etc.

legge <sup>304</sup> e che il giudice ben potrebbe esercitare isolatamente – con il rischio di interpretazioni «creative» e discordanti tra loro – ma che, invece, condivide, per ragioni di certezza del diritto, con gli altri operatori della giustizia.

Si comprende allora come, valutato in questi termini, il principio della riserva di legge non possa ritenersi violato, tanto più che, come più volte evidenziato <sup>305</sup>, le regole pratiche non si impongono al giudice in maniera vincolante, ma, semplicemente, ne indirizzano l'attività, nella consapevolezza che la conoscenza preventiva delle regole del gioco, in campo processuale, contribuisca a rafforzare lo stesso principio di legalità.

Il protocollo si pone, dunque, come una soluzione o un «rifugio» alla frenesia legislativa e alla mutevolezza dei testi normativi, evitando confusione e disorientamento.

Un ultimo profilo di indagine, sempre relativo al campo del principio di legalità, attiene al c.d. *deficit* di democraticità che investe le regole pratiche contenute nei protocolli locali, in quanto formulate da soggetti diversi da quelli che, spesso, direttamente o indirettamente, sono chiamati ad applicarle.

Il problema si pone nella misura in cui le regole protocollari, specialmente quelle adottate nelle Corti di merito – la cui forza persuasiva, come più volte sottolineato, discende dal carattere della consensualità – producono effetti anche nei confronti di soggetti non stipulanti; ciò viene avvertito specialmente con riguardo alla posizione degli avvocati che appartengano ad un ordine

---

<sup>304</sup> Si tratta, dunque, come sopra precisato, di strumenti che non si sostituiscono in alcun modo alla legge, ma che ne agevolano l'interpretazione e l'applicazione.

<sup>305</sup> Di tale avviso anche CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti*, cit., c. 11-12, secondo il quale, l'elaborazione di prassi condivise non intende in alcun modo intaccare il merito avuto nella disciplina del processo dal principio di legalità, in quanto, lo stesso a. osserva come, ad oggi, «la riaffermazione del principio di legalità, da sé sola, non sia sufficiente e vada riaffermata all'interno di un contesto culturale profondamente mutato, ove l'operatore del diritto non si vede più come un mero esegeta, assumendo un ruolo di coproduttore e intermediario di senso delle norme processuali, all'interno di un sistema legale che è come un 'polmone aperto all'esperienza'».



professionale diverso da quello che abbia preso parte alla conclusione del protocollo, ma che, nondimeno, trovandosi ad operare nell'ufficio giudiziario ove quest'ultimo si applica, debbano in qualche misura prenderlo in considerazione.

Ebbene, in questi casi, da un punto di vista teorico, sembra non potersi negare un certo *deficit* di rappresentatività, posto che, in concreto, le regole pratiche possono avere un impatto diretto o indiretto anche su soggetti diversi da quelli stipulanti il protocollo; tuttavia, da un punto di vista pratico, va rilevato come detto *deficit* finisca per assumere scarsa rilevanza.

In primo luogo, l'impatto delle regole pratiche risulta pur sempre relativo, stante l'efficacia persuasiva delle previsioni in questione; l'argomentazione, più volte richiamata, costituisce un dato innegabile che non può non essere tenuto in considerazione.

Ulteriormente, va evidenziato, se mai, come la predisposizione di regole pratiche conoscibili *ex ante* anche da parte di chi non svolge abitualmente la propria attività professionale in un determinato foro, comporti certamente un vantaggio maggiore rispetto agli eventuali svantaggi derivanti dalla mancata partecipazione, anche indiretta, alla stipula del protocollo medesimo.

In secondo luogo, tornando a riflettere su di un piano puramente teorico, può essere utile riprendere un'argomentazione utilizzata spesso dagli studiosi del diritto amministrativo per superare il problema del *deficit* di democraticità, nell'ambito dell'attività di regolazione delle autorità amministrative indipendenti; attività il cui frutto è stato spesso associato alla produzione di atti di *soft law*<sup>306</sup>: si tratta, dunque, di un'argomentazione che sembra potersi riprendere, *mutatis mutandis*, anche nel nostro caso.

---

<sup>306</sup> Sul tema v. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità «sostanziale», legalità «procedurale» e funzione di regolazione*, in <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/05/Titomanlio.pdf>. In particolare, la dottrina si è concentrata sulla qualificazione giuridica delle c.d. linee guida ANAC, ampiamente richiamate, con funzioni diverse, nell'ambito del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, adottato

Al riguardo, si evidenzia come le regole pratiche o *buone prassi* in esame siano espressione, più che di un'attività di normazione (in senso ampio), di un'attività di regolazione. Anche se nel corso della trattazione i due termini sono stati utilizzati per lo più come sinonimi, in realtà, presentano una sottile differenza che assume una certa rilevanza in questa sede. L'attività di regolazione è infatti spesso intesa quale sottoinsieme dell'attività normativa: l'attività regolatoria, non è, dunque, altra cosa rispetto all'attività normativa, ma ne costituisce una specificazione.

Sul punto, si evidenzia come la regolazione si caratterizzi per il tasso elevatissimo di tecnicismo e come, invece, l'attività normativa vera e propria sia contraddistinta dalla natura discrezionale e politica delle scelte. In tal senso, l'attività di regolazione, proprio perché tecnica, è considerata politicamente neutra, mentre la normazione in quanto tale, benché anch'essa possa presentare profili più o meno elevati di tecnicismo, risulta comunque politicamente orientata <sup>307</sup>.

Ebbene, senza volersi addentrare nell'ambito di un simile dibattito, può essere utile evidenziare come, anche nel nostro caso, il tecnicismo che contraddistingue le regole pratiche e la neutralità derivante dalla tecnica, possano in qualche modo

---

con d.lgs., 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche: sul punto v. il parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855; per un'analisi completa v. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro Amm.*, 2018, p. 1559 ss.; v. anche CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 6 febbraio 2019, p. 2 ss., ove si evidenzia come nel caso delle linee guida ANAC il *gap* di democraticità possa essere superato anche alla luce della natura orizzontale delle procedure di formazione, sicché la mancanza di legalità sostanziale viene superata da una legalità procedurale, idonea a coinvolgere i soggetti regolati nel procedimento di formazione.

<sup>307</sup> Sul tema, v. anche FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2018, p. 89 ss; v. anche DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui gli atti di regolazione rispondono all'esigenza di affidare ad un'autorità indipendente dal governo, l'introduzione di regole tecniche all'interno di settori ove l'intervento puramente normativo risulta sconsigliato.

colmare la mancanza di rappresentatività che può investire i soggetti che si debbano misurare con protocolli alla conclusione dei quali non abbiano preso parte, né direttamente né indirettamente.

Alla luce di quanto evidenziato nel presente paragrafo, sembra che si possa sostenere come l'inquadramento dei protocolli nell'ambito degli strumenti di diritto morbido non possa ritenersi in violazione dei valori fondamentali dell'indipendenza del giudice e della legalità.

Può rilevarsi, invece, come tali documenti siano in grado di rafforzare quei valori di legalità e certezza sottesi all'idea del giusto processo che il legislatore non è riuscito, con plurimi interventi normativi, a garantire.

### **3. Non solo protocolli davanti alla Corte di cassazione: verso il modello delle Corti superiori.**

Dopo esserci occupati delle questioni attinenti alla natura giuridica dei protocolli e ai profili di compatibilità degli stessi con i principi che regolano il sistema processuale civile, è ora opportuno occuparsi, più da vicino, dell'impatto concreto di tali strumenti nella regolazione dei giudizi di merito e di legittimità. In particolare, nel presente paragrafo si tratterà del ruolo del *soft law* dinnanzi alla Corte di cassazione, mettendone in risalto la funzione, alla luce dell'attuale quadro normativo.

Sul punto, è opportuno evidenziare come i protocolli non rappresentino i soli strumenti di regolazione flessibile utilizzati davanti alla Suprema Corte; a questi si aggiungono infatti anche: linee guida, documenti programmatici, atti organizzativi del Primo presidente, etc., anch'essi volti a consentire agli operatori della giustizia una conoscenza preventiva ed effettiva delle regole del procedimento, evitando il rischio di incorrere in interpretazioni arbitrarie. Diversamente dai protocolli, tuttavia, la cui peculiarità va ricercata – come si è più volte messo in luce – nella collaborazione tra i diversi operatori della

giustizia, in particolare tra magistrati, avvocati e professori universitari, le linee guida o, a maggior ragione, gli atti del Primo presidente, non presentano questa caratteristica, essendo invece (auto)elaborati internamente alla stessa Corte.

Si tratta pur sempre di atti di regolazione pratica, ad alto contenuto tecnico, con efficacia non vincolante, ma altamente persuasiva, certamente anch'essi idonei ad essere ricompresi nell'ambito di quel diritto *soft* trattato in precedenza.

Sul punto, per comprendere a pieno l'impatto degli strumenti di *soft law* dinanzi alla Cassazione, è opportuno evidenziare due aspetti riguardanti le peculiarità di tale giudizio: in primo luogo, la complessità del quadro normativo, oggetto, negli ultimi anni, di numerosi interventi da parte del legislatore che hanno contribuito ad alimentare incertezze interpretative; in secondo luogo, vanno messe in risalto fin d'ora le caratteristiche del procedimento, dalle quali è possibile dedurre un potere piuttosto ampio della Corte in tema di organizzazione del proprio funzionamento: vanno richiamati, in particolare, il principio dell'impulso d'ufficio e quello della non impugnabilità dei provvedimenti della Corte, da cui deriva l'insindacabilità dei c.d. *errores in procedendo*; l'interpretazione di una norma processuale da parte della Corte può dunque essere contestata, ma tale contestazione non determina il sorgere, in capo alle parti, di specifici poteri o diritti <sup>308</sup>.

Con riguardo all'aspetto derivante dalla complessità della cornice normativa, va evidenziato come, la compresenza di norme più volte modificate nel corso degli anni <sup>309</sup>, abbia creato numerosi nodi interpretativi che a più riprese hanno reso

---

<sup>308</sup> Sul punto, v. COSTANTINO, *Il giudizio di cassazione tra disciplina positiva e soft law*, in *Giur. it.*, 2018, p. 777 ss., spec. p. 780, secondo cui, prescindendo da eventuali profili disciplinari e dai rapporti con la CEDU, la denuncia di un presunto errore resta comunque una mera opinione di fronte ad una decisione della Corte.

<sup>309</sup> Per una breve panoramica delle diverse disposizioni normative si evidenzia come la disciplina di cui agli artt. 360 ss. c.p.c. sia stata da ultimo riformata dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197; riforma preceduta da quella operata con l. 7 agosto 2012, n. 134, a sua volta preceduta dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, dalla l. 24 marzo 2001, n. 89, dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, dalla l. 18 ottobre 1977, n. 793, dalla l. 18

necessari chiarimenti da parte della giurisprudenza e che hanno contribuito ad accrescere la rilevanza degli strumenti di regolazione intermedia.

In particolare, alcune questioni di notevole rilievo, tanto da sollecitare fortemente l'attività organizzativo-interpretativa della Corte, hanno riguardato il funzionamento della *sezione VI* (c.d. sezione «filtro»), introdotta con legge 4 luglio 2009, n. 69<sup>310</sup>.

Più segnatamente, tali dubbi hanno investito la precisa individuazione delle materie da ripartire tra la *sezione VI* e le Sezioni Unite, stante l'ampiezza della formulazione legislativa che affida lo smistamento ad una valutazione «delle questioni di massima di particolare importanza» (art. 374, comma 2° c.p.c.); ovvero il significato da riconoscere al concetto di «sommario esame» in base al quale la *sezione VI* decide se rimettere la questione alla sezione semplice (art. 376, comma 1° c.p.c.); ovvero, ancora, il significato da riconoscere al concetto di «particolare rilevanza» della questione, alla luce del quale valutare se trattare i ricorsi dinanzi alle sezioni semplici in camera di consiglio o in pubblica udienza (art. 375, comma 2° c.p.c.).

---

agosto 1977, n. 532, dalla l. 11 agosto 1973, n. 533 che ha istituito la sezione lavoro, nonché ulteriori modifiche al codice sono contenute nella l. 14 luglio 1950, n. 581 e nel D.P.R. 17 ottobre 1950, n. 857.

<sup>310</sup> La riforma ha dunque istituito una nuova sezione, c.d. sezione filtro, peraltro senza alcun incremento di personale. Ad oggi, fuori dai casi in cui i ricorsi vanno assegnati alle Sezioni Unite della Corte *ex art. 374 c.p.c.*, gli stessi sono assegnati alla c.d. *sezione VI*, *ex art. 376, comma 1° c.p.c.* secondo cui: «il primo presidente (...) assegna i ricorsi ad apposita sezione, che verifica se sussistono i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375, comma 1° c.p.c. nn. 1) e 5)». Se «ad un sommario esame» la sezione filtro non ravvisa tali presupposti, restituisce il ricorso al primo presidente che lo rimette alla sezione semplice competente. Inoltre, ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c. la stessa sezione filtro può dichiarare l'inammissibilità, la manifesta infondatezza o la manifesta fondatezza del ricorso principale o di quello incidentale, ovvero può rimettere il ricorso alla sezione competente secondo le tabelle perché lo stesso sia trattato in pubblica udienza.

Gli esempi sopra riportati rappresentano solo alcuni dei profili di incertezza che hanno seguito la creazione della *sezione VI*, determinando l'insorgere di interpretazioni diverse, talvolta contrastanti tra loro, nonché, in alcuni casi, contrastanti con lo stesso dato letterale delle disposizioni processuali <sup>311</sup>.

Proprio per ovviare alle problematiche relative al funzionamento della sezione filtro, è stato emanato il *Documento programmatico sulla sesta sezione civile*, del 1° giugno 2016, poi recepito da parte del CSM come *Linee Guida* <sup>312</sup> che persegue lo scopo di ancorare detto procedimento a criteri oggettivi e trasparenti, con la declinazione precisa dei principi enunciati in maniera generica da parte del legislatore.

In tal senso, tale documento svolge un ruolo di grande rilievo, in quanto permette di conoscere in anticipo i parametri di valutazione in base ai quali si fonda il giudizio di ammissibilità <sup>313</sup>, improcedibilità, manifesta infondatezza e manifesta

---

<sup>311</sup> In particolare, circa la possibilità della *sezione VI* di trattare i ricorsi in pubblica udienza, Cass., 20 gennaio 2014, n. 1089, in *Dejure* ha riconosciuto tale facoltà, ritenendo che la stessa sarebbe ricavabile dal riferimento contenuto nell'art. 76, comma 1°, lett. b), r.d. n. 12 del 1941, modificato dall'art. 81, d.l. 69 del 2013, sia nell'art. comma 2°, riferiti alle udienze che si tengono presso la stessa *sezione VI*. Cass., 27 settembre 2017, n. 22462, in *Dejure* ha invece ritenuto che, nei rapporti tra sezioni semplici e sezione filtro, la prima, alla quale sia stato rimesso il ricorso, non debba trattarlo necessariamente in pubblica udienza, salvo che l'ordinanza di rimessione faccia espresso riferimento ai presupposti che, ai sensi dell'art. 375, comma 2° c.p.c., giustificano tale trattazione. Ancora, Cass., sez. un. 1° dicembre 2016, n. 24624, in *Dejure*, per assicurare un maggiore rispetto delle garanzie difensive, ha ritenuto derogabile l'art. 380-ter c.p.c., secondo il quale la Corte decide senza l'intervento delle parti e del p.m., ammettendo una breve discussione orale e l'intervento del p.m.

<sup>312</sup> Sul punto, v. <http://bit.ly/2hKhTFD>) e <http://bit.ly/2pg0Zj4>, ove, nella parte introduttiva, si specifica che «sarebbe fortemente incoerente con i valori sui quali si fonda la Corte di legittimità, che il filtro dei ricorso venisse svolto con criteri non omogeni».

<sup>313</sup> Ad esempio, si specifica che l'inammissibilità è prevista per ragioni processuali, per «violazione delle regole sui termini; violazione delle regole sul contenuto essenziale del ricorso (art. 366 c.p.c.). Specie su questo punto sarà opportuno definire linee guida che tengano conto anche di quanto concordato dalla Corte di cassazione con il CNF (Protocollo d'intesa Corte di

fondatezza del ricorso, nonché dei parametri su cui si fonda la rimessione alle sezioni semplici <sup>314</sup> o, ancora, fra trattazione in camera di consiglio e in udienza pubblica <sup>315</sup>; ugualmente si individuano i principi guida in materia di rimessione alle Sezioni Unite, di questioni di legittimità costituzionale o implicanti rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea.

---

cassazione – Consiglio nazionale forense sulle regole di redazione dei ricorsi del 17 dicembre 2015) (...)» .

<sup>314</sup> In particolare, si ritiene che il ricorso debba essere rimesso alle sezioni ordinarie quando: «la questione presenta valenza nomofilattica, salvo che sia attinente al rito camerale, ai profili di inammissibilità, al regolamento di competenza, alla inammissibilità della revocazione; la questione è nuova, salvo che la soluzione sia evidente; l'unico precedente non convince; vi è contrasto in atto; il ricorrente offre elementi che appaiono idonei a determinare un cambio di orientamento. In caso di pluralità di motivi, la sussistenza di una di queste situazioni, anche con riferimento ad un solo motivo, comporta la rimessione alla sezione ordinaria. Se la questione è nuova e la causa si preannuncia come 'causa guida', la sesta sezione deve rimetterla al presidente titolare della sezione ordinaria, con richiesta di trattazione prioritaria ('rimessione qualificata')». «Se la rimessione viene disposta all'esito della camera di consiglio, sarà opportuno che avvenga con apposita segnalazione al presidente titolare della sezione ordinaria e previa predisposizione, a cura della cancelleria, di un sottofascicolo (contenente la relazione ex art. 380-bis c.p.c., il verbale dell'adunanza, ed eventuali memorie depositate per l'adunanza dagli avvocati), affinché la sezione ordinaria conosca il precedente *iter* processuale».

<sup>315</sup> Al riguardo, si precisa che «si provvede in camera di consiglio quando la Corte riconosce di dovere, ai sensi dell'art. 380-bis, comma 1° c.p.c. dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale (e di quello incidentale eventualmente proposto) (art. 375, n. 1 c.p.c.); accogliere o rigettare il ricorso principale (e l'eventuale ricorso incidentale) per manifesta fondatezza o infondatezza (art. 375, n. 5 c.p.c.)». «Nonché, ex art. 380-bis, terzo comma, c.p.c. [quando riconosce il dovere di] disporre il rinnovo della notificazione od ordinare l'integrazione del contraddittorio (art. 375, n. 2, c.p.c.), salvo che la valenza nomofilattica del processo non giustifichi la rimessione anche di queste attività alla sezione ordinaria; provvedere in ordine alla estinzione del processo (art. 375, n. 3, c.p.c.)». «Ancora, si deve provvedere in camera di consiglio: sui regolamenti di competenza (art. 375, n. 4 e 380-ter c.p.c.); quando si ritiene 'inammissibile' il ricorso per revocazione (art. 391-bis, quarto comma, c.p.c.); sulla richiesta di correzione di errore materiale (ex art. 391-bis c.p.c.)».

Il documento organizzativo in questione, invece, non si esprime su altre questioni interpretative, tra cui in particolare, sulla nozione di «sommario esame» di cui all'art. 376 c.p.c., nonché sul concetto di «particolare rilevanza» della questione di cui all'art. 375, comma 2° c.p.c. Si auspica dunque ad un intervento in senso ampliativo del documento che tenga in considerazione anche questi profili di incertezza.

Oltre al citato documento programmatico si segnalano anche, senza pretese di completezza, il *Protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione la Procura Generale sull'applicazione del nuovo rito civile*, concluso il 18 novembre 2016<sup>316</sup> e il *Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense e l'Avvocatura dello Stato sull'applicazione del nuovo rito civile*<sup>317</sup> del 15 dicembre 2016, entrambi conclusi in seguito alla novella legislativa introdotta con legge 25 ottobre 2016, n. 197 per:

*« costruire non solo una prassi organizzativa, ma un'interpretazione il più possibile condivisa di alcuni snodi altamente problematici di questa riforma, nella convinzione che il modo più efficace per produrre il cambiamento culturale richiesto dalla riforma, evitando che esso costituisca una diminuzione del terreno di confronto tra Avvocatura e Magistratura, è quello del coinvolgimento volontario di tutti i soggetti del processo sui quali ricade la comune responsabilità di farlo funzionare (...) ».*

Ancora, gli strumenti di *soft law* si stanno rivelando particolarmente utili nella *governance* del processo nel periodo della pandemia, tenuto conto dell'impossibilità da parte del legislatore di indicare preventivamente e nel dettaglio le disposizioni processuali applicabili.

Senza anticipare quanto si avrà modo di specificare nel prosieguo in merito alla legislazione processuale dell'emergenza e al ruolo degli strumenti di diritto *soft*, basti osservare come anche nel giudizio dinnanzi alla Cassazione siano state

---

<sup>316</sup> Sul punto, v. <http://bit.ly/2fHzo53>.

<sup>317</sup> Al riguardo, v. <http://bit.ly/2yU0wWV>.



adottate linee guida, documenti esplicativi e atti del Primo presidente, idonei ad orientare gli operatori nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

In particolare, visti gli interventi del legislatore volti ad incentivare l'uso degli strumenti informatici, sia nel deposito degli atti, sia nella gestione delle udienze, si è resa necessaria l'adozione di atti organizzativo-interpretativi finalizzati ad adeguare le previsioni legislative al procedimento davanti alla Cassazione, tenuto conto che l'udienza telematica non ha ancora avuto ingresso davanti alla Suprema Corte.

Del resto, durante la prima fase della pandemia e, in particolare, sotto la vigenza del d.l. 17 marzo, n. 18, il Primo presidente, nell'ambito dei poteri riconosciutigli dallo stesso d.l., ha optato per il rinvio generalizzato di tutte le udienze <sup>318</sup>.

I maggiori problemi di coordinamento si pongono allora nell'attuale fase di gestione della pandemia, regolata dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 e, più recentemente, dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137.

Le diverse problematiche interpretative sorte alla luce del citato intervento normativo vengono affrontate in una Relazione dell'Ufficio del massimario <sup>319</sup>, il

---

<sup>318</sup> V. Decreto del 31 marzo 2020, n. 47 del Primo presidente, su <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/681053/Primo+Presidente+Cassazione+-+decreto+n.+47+del+31.03.2020.pdf/1ffb299a-7e7f-4e6d-b02b-8d2dbf7cafc1>. Le udienze pubbliche urgenti sono state trattate a porte chiuse nel mese di luglio, come da decreto Primo presidente dell'11 maggio 2020, n. 76, su [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/decreto\\_n\\_\\_76\\_PP.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/decreto_n__76_PP.pdf).

<sup>319</sup> Sul tema, v. la Relazione redatta dall'Ufficio del massimario del 2 novembre 2020, su cui v. [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rel085-2020-NOVITA\\_NORMATIVA.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rel085-2020-NOVITA_NORMATIVA.pdf), che affronta i maggiori problemi legati alla gestione della pandemia alla luce del quadro normativo in vigore successivamente al più recente d.l. 28 ottobre 2020, n. 137. Proprio con riferimento alla possibilità di svolgere l'udienza pubblica in forma telematica, si precisa come, in ogni caso, per la Cassazione l'udienza pubblica debba tenere in considerazione il termine di cui all'art. 377, comma 2° c.p.c., cioè la comunicazione dell'udienza almeno 20 giorni prima della medesima. Si evidenzia allora come si potrebbe quindi inviare un'apposita comunicazione, entro il suddetto termine, contenente le modalità, il giorno, l'ora, il collegamento all'eventuale udienza in forma telematica, considerando però che, essendo necessario il consenso

cui fine è proprio quello di delineare un quadro di sintesi della normativa processuale e delle sue ricadute sul giudizio di legittimità.

In particolare, si affronta il problema della possibile trasformazione dell'udienza pubblica in udienza c.d. «cartolare», come avviene più facilmente davanti ai giudici di merito, ai sensi dell'art. 221, comma 4°, d.l. 19 maggio 2020, n. 34<sup>320</sup>.

Si evidenzia al riguardo come, allo stato, tale possibilità non sembri attuabile, non essendo applicabile la disciplina del deposito telematico degli atti processuali in Cassazione, anche in mancanza del provvedimento del direttore generale della D.G.S.I.A. richiesto dallo stesso art. 221, comma 5°<sup>321</sup>.

Peraltro, proprio in tema di processo civile telematico, per favorirne l'avvio con successo in Cassazione, la Suprema Corte ha avviato da tempo un percorso di collaborazione condivisa tra tutti i soggetti istituzionalmente coinvolti.

A tal proposito, in data 27 ottobre 2020 è stato concluso un protocollo d'intesa<sup>322</sup> tra la Corte di cassazione, la Procura generale presso la Corte di cassazione, l'Avvocatura dello Stato e il Consiglio Nazionale Forense per la digitalizzazione degli atti nei processi civili, recante le modalità e le tempistiche di invio degli atti da parte dei difensori e della Procura generale.

---

di tutte le parti, la mancata risposta ovvero il dissenso potrebbe, *in limine*, rendere necessario lo svolgimento dell'udienza in presenza.

<sup>320</sup> Non vi sono problemi invece per la trattazione delle adunanze camerali a distanza, in quanto il nuovo art. 23 comma 9°, d.l. 28 ottobre, n. 137 ripristina il comma 12°-*quinquies* dell'art. 83, d.l. n. 18 del 2020, rendendo possibile che le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possano essere assunte mediante collegamenti da remoto regolati con provvedimento D.G.S.I.A. che però risulta sempre necessario.

<sup>321</sup> Ulteriormente si evidenzia come la previsione secondo cui «se nessuno deposita note scritte il giudice dispone ai sensi dell'art. 181 c.p.c., rinviando la trattazione ad altra udienza» non sia compatibile con il giudizio in Cassazione, ove non sono ammessi rinvii della trattazione. Sul punto, v. TERRUSI, *La Corte di cassazione ai tempi del coronavirus, ovvero per una nomofilachia processuale solidale*, in *Il processo civile solidale*, a cura di DIDONE-DE SANTIS, Milano, 2020, p. 53 ss.

<sup>322</sup> V. il relativo protocollo d'intesa su [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Protocollo\\_d\\_intesa\\_digitalizzazione\\_processi\\_civili.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Protocollo_d_intesa_digitalizzazione_processi_civili.pdf).

Dal 26 ottobre 2020 è stata infatti avviata la fase di sperimentazione del deposito degli atti telematici presso la Cassazione, al fine di testarne la funzionalità e correggerne eventuali errori, nella prospettiva che entro il mese di dicembre 2020, verificato il positivo svolgimento della fase di sperimentazione, dovrebbe essere adottato il Decreto Ministeriale di cui all'art. 16-*bis*, comma 6°, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221 e successive modifiche, per l'avvio a valore legale del processo telematico in Cassazione a partire dal 15 gennaio 2021 <sup>323</sup>.

Ebbene, con la presente trattazione si è dunque inteso dimostrare la grande rilevanza degli strumenti di (auto)regolazione pratica dinnanzi alla Corte di cassazione <sup>324</sup>; tale modello di regolamentazione si pone dunque in linea con quello utilizzato da parte di tutte le Corti superiori, le quali – come in parte si è

---

<sup>323</sup> In particolare, sia è prevista una prima fase, dal 16 gennaio al 16 aprile 2021, in cui si il deposito telematico degli atti introduttivi di parte sarà facoltativo e una seconda fase, dal 17 aprile 2021, in cui, invece, si renderà obbligatorio il deposito telematico degli atti introduttivi, previa modifica normativa, come da protocollo di intesa tra Ministero della giustizia, Corte suprema di cassazione, Procura generale presso la Corte di cassazione, Avvocatura dello Stato, Consiglio Nazionale Forense, Organismo congressuale forense, su cui v. il relativo documento: [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/protocollo\\_PCT\\_15.10.2020.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/protocollo_PCT_15.10.2020.pdf).

<sup>324</sup> La funzione di autoregolamentazione non è espressa solamente con gli strumenti di *soft law*, ma anche con la stessa giurisprudenza della Corte: in tal senso, un esempio è rappresentato dall'interpretazione dell'art. 384, comma 3° c.p.c., il quale dispone che, in caso di questioni rilevate d'ufficio dalla Corte, la stessa debba sempre provocare il contraddittorio sulla questione rilevata. Ebbene, al riguardo, la Corte ha precisato come tale disposizione non si applichi al caso di inammissibilità e improcedibilità del ricorso, v. Cass., 7 luglio 2009, n. 15901 in *Dejure*, secondo cui, per l'appunto: «Il rilievo d'ufficio di cause di inammissibilità del ricorso per cassazione (nella specie, tardività del ricorso stesso e, altresì, inosservanza del disposto di cui al n. 6 dell'art. 366 c.p.c.) è sottratto alla regola espressa dall'art. 384, comma 3, c.p.c. – la quale impone al giudice di provocare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio – che è da riferirsi soltanto all'ipotesi in cui la Corte ritenga di dover decidere nel merito»; sul punto, v. anche Cass., 15 luglio 2011, n. 15964, in *Dejure*.

avuto modo di evidenziare nel *secondo capitolo* del presente lavoro – disciplinano autonomamente i ricorsi davanti a sé e prevedono regole riguardanti il proprio funzionamento, rendendole il più possibile disponibili: ciò accade, non solo davanti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea <sup>325</sup>, alla Corte internazionale di giustizia <sup>326</sup> o alla Corte Edu <sup>327</sup>, ma anche davanti alla nostra Corte costituzionale, regolata in maniera scarna dalla Legge 11 marzo 1953, n. 87, (artt. 15-22) e completata da ulteriori norme a carattere integrativo che, ai sensi dell’art 22 comma 2° della citata legge, possono essere emesse dalla Corte stessa.

In ultima analisi, il forte incremento del ruolo del *soft law* ha altresì alimentato l’opinione secondo cui la procedura innanzi alla Cassazione ben potrebbe riguardare solamente le disposizioni relative agli atti di impugnazione e dei provvedimenti che possono essere emessi dalla Corte, lasciando invece la disciplina dell’organizzazione e del funzionamento della procedura alla Corte medesima <sup>328</sup>.

Il legislatore potrebbe allora riconoscere espressamente alla Corte il potere di emettere atti «procedimentali» e organizzativi interni, posto che, in mancanza di ulteriori controlli esterni, già ad oggi la Cassazione può di fatto disattendere le norme procedurali previste; ciò anche (e soprattutto) alla luce del fatto che l’attuale interventismo legislativo si presenta, non solo nocivo, ma anche privo di una concreta utilità.

---

<sup>325</sup> V. [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/it/).

<sup>326</sup> V. <https://www.icj-cij.org/en/basic-documents>.

<sup>327</sup> V. <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=>.

<sup>328</sup> V. COSTANTINO, *op. ult. cit.*, p. 780.

#### **4. L'impatto della regolamentazione *soft* davanti alle Corti di merito e il rischio del «federalismo giudiziario».**

L'impatto del *soft law* sul funzionamento delle Corti di merito suscita alcuni spunti di riflessione, in parte diversi da quelli finora svolti con riguardo al ruolo dell'autoregolamentazione davanti alla Corte di cassazione.

Da un lato, infatti, anche in questo caso, il fenomeno dei protocolli, frutto della collaborazione tra gli operatori della giustizia, va certamente salutato con favore, per le ragioni più volte sottolineate nel corso della trattazione e alle quali si rimanda interamente.

Dall'altro lato, tuttavia, la crescente importanza di tali strumenti – alimentata proprio di recente durante la gestione della pandemia – ha sollevato alcune questioni, attinenti per lo più al rischio – laddove si abusasse dello strumento del protocollo – di incorrere in un'eccessiva frammentazione delle regole processuali sul territorio nazionale, in contrasto con l'idea di centralizzazione che invece emerge dal nostro codice di rito.

Il pericolo, allora, è che la diversificazione delle prassi virtuose condivise nei diversi uffici giudiziari accentui anche le differenze nelle modalità di svolgimento del processo civile, alimentando così disuguaglianze di trattamento e incertezze, contrariamente agli scopi sottesi ai protocolli stessi.

Al riguardo, pur condividendo le perplessità sopra evidenziate, si ritiene tuttavia necessario operare, anche in questo caso, una distinzione tra le regole di organizzazione – ove l'autonomia e la differenziazione assumono una certa rilevanza – e le regole di interpretazione.

Con riferimento alle regole di mera organizzazione giudiziaria, si evidenzia, infatti, come la diversificazione, o meglio, l'adeguamento delle regole alle specifiche necessità dell'ufficio giudiziario cui si riferiscono (in termini di risorse umane; posizioni vacanti, sia magistratuali che amministrative, etc.), costituisca un aspetto essenziale per garantire l'utilità delle disposizioni medesime. In questo campo, dunque, la discrezionalità organizzativa non rappresenta un

limite, ma un vero e proprio vantaggio, in quanto la differenziazione consente proprio una gestione del processo più flessibile e attenta alle esigenze delle singole realtà giudiziarie di riferimento.

Del resto, l'elaborazione delle *buone prassi* e, conseguentemente i protocolli che le contengono sono la diretta espressione del localismo organizzativo che contraddistingue il sistema giudiziario; in tal senso, dunque, il protocollo, risulta difficilmente estensibile – così com'è - anche ad altre realtà <sup>329</sup>, posto che lo stesso nasce proprio per rispondere a specifiche esigenze di singole unità organizzative. Alcune perplessità si pongono, invece, per le regole pratiche che incidono maggiormente sull'interpretazione delle norme processuali.

Qui, infatti, l'uniformità interpretativa rappresenta un valore importante, sia sul piano della certezza del diritto, sia sul piano della giustizia sostanziale, sicché, l'uso sproporzionato del potere discrezionale rischierebbe, in questo campo, di creare disuguaglianze in merito al funzionamento del processo civile, nonché disorientamento tra gli operatori.

Al riguardo, si osserva come sul piano della scienza dell'organizzazione, il sistema giudiziario volto a dare maggiore autonomia alle singole realtà locali, risponda ad uno specifico modello, denominato *loosly coupled system*.

Si tratta, per l'appunto, di un sistema che riflette la tendenza all'autodeterminazione delle diverse unità strutturali e l'assenza di un'interdipendenza e/o di un coordinamento tra le stesse, le quali non sono poste tra loro in un rapporto di gerarchia.

Proprio da queste caratteristiche derivano disparità di prestazione, stante l'impossibilità delle singole unità di garantire gli stessi *standards* di prestazione.

---

<sup>329</sup> Così anche VERZELLONI, *op. cit.*, p. 71 ss., il quale osserva anche come, per tale ragione, l'idea di creare un protocollo nazionale, avanzata alcuni anni fa da membri dell'Osservatorio nazionale non sia andata a buon fine.

Ciò quindi contribuisce alla creazione di mercati «localismi» tra i diversi uffici giudiziari, con il rischio di un sempre più accentuato individualismo<sup>330</sup>.

Del resto, un esempio dell'impatto derivante da un'eccessiva «protocollizzazione» della procedura – seppur con le peculiarità derivanti dalla specificità della situazione – lo stiamo sperimentando con la legislazione processuale dell'emergenza da Covid-19 che, lasciando ampia discrezionalità di *governance* del processo ai capi degli uffici giudiziari, ha messo in risalto proprio i problemi derivanti da un'estrema differenziazione delle modalità di svolgimento delle udienze e, più in generale, di tutela dei diritti.

Vista l'attualità del tema e la sua rilevanza ai fini della nostra indagine, nelle pagine seguenti si intende ripercorrere brevemente gli interventi che hanno disciplinato (e che stanno tuttora disciplinando) il processo durante la pandemia, mettendo in evidenza l'importante ruolo affidato dal governo e, in questo caso, da un'apposita previsione normativa, agli strumenti (atipici) di *soft law*.

#### **4.1. segue: l'esempio della regolamentazione del processo civile durante l'emergenza da Covid-19 e il rinnovato ruolo del *soft law*: protocolli, raccomandazioni e linee guida vincolanti.**

Alla luce di quanto evidenziato nel paragrafo precedente, si ritiene opportuno ripercorrere brevemente l'*iter* normativo e regolativo susseguitosi a

---

<sup>330</sup> Sul tema, v. ZAN, *op. cit.*, p. 24 ss., il quale evidenzia come, su di un piano positivo, il «localismo» garantisce che la scarsa *performance* di una singola realtà strutturale non si propaghi alle altre realtà organizzative. Grazie dell'isolamento, ogni ufficio è in grado di sviluppare proprie soluzioni per far fronte ad eventuali problematiche che ne possono influenzare il corretto funzionamento. Su di un piano negativo, invece, questa capacità di apprendimento delle singole unità organizzative si scontra con l'impossibilità dell'estensione delle soluzioni individuate e le prassi operativi ivi sviluppatasi, proprio per via dell'isolamento in cui versano le singole unità organizzative. Sul tema v. anche VERZELLONI, *op. cit.* p. 63.

partire dal 31 gennaio 2020, momento in cui il Governo italiano, in seguito alle dichiarazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) in relazione alla diffusione del virus da Covid-19, ha proclamato lo stato di emergenza.

La situazione di crisi ha richiesto un massiccio intervento normativo <sup>331</sup>, finalizzato all'adozione di strumenti il più possibile dinamici, flessibili e informali che potessero agevolmente adattarsi ad una situazione in continuo cambiamento.

Nel settore della giustizia civile, gli interventi normativi hanno cercato di contemperare tra loro diverse esigenze: da un lato quella di tutelare la salute pubblica, riducendo al minimo i contatti personali e, dunque, le occasioni di contagio; dall'altro, quella di neutralizzare al massimo le ripercussioni negative derivanti dalla riduzione dei contatti sociali, sulla tutela dei diritti <sup>332</sup>.

La sintesi di tale bilanciamento ha portato all'adozione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in legge 24 aprile, n. 27), con cui è stato disposto uno schema di gestione dell'emergenza distinto in due fasi: una prima fase di c.d. quarantena giudiziaria, con alcune eccezioni per le attività definite come «urgenti» <sup>333</sup> e una seconda fase di graduale ripresa delle attività giurisdizionali con modalità «alternative», anche in deroga alle norme processuali vigenti, tra le quali si

---

<sup>331</sup> V. la raccolta degli atti emanati per il contenimento dell'emergenza epidemiologica su <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12>.

<sup>332</sup> V. sul punto la Relazione illustrativa al d.l. del 17 marzo 2020, n. 18 su: <https://www.ordineavvocatichieti.it/wp-content/uploads/2020/03/relazione-illustrativa-d.l.-17.3.20.pdf>.

<sup>333</sup> Nell'ottica di assicurare quel minimo di tutela giurisdizionale di cui si accennava in precedenza, sono state previste alcune eccezioni, consentendo la trattazione delle cause dal cui differimento sarebbe potuto derivare un pregiudizio irreparabile alle parti. Senza pretese di completezza e rinviando per ulteriori approfondimenti al testo integrale del d.l., sono state ricomprese le cause di competenza del tribunale per i minorenni, relative alla dichiarazione di adottabilità, quelle relative agli alimenti o obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, parentela, matrimonio o affinità; quelle relative ai procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali della persona.



distinguono quelle svolte da remoto e quelle svolte con lo scambio di note scritte<sup>334</sup>.

In seguito, hanno invece trovato applicazione le misure contenute all'art. 221 d.l. 19 maggio 2020, n. 34<sup>335</sup>, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77, in vigore fino al 31

---

<sup>334</sup> Sul punto, v. l'art. 83, comma 7°, lett. f), d.l. 18 del 2020, il quale riconosce il possibile svolgimento delle udienze da remoto, quando non è richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti, alle quali, la legge di conversione 27 del 2020 ha aggiunto gli ausiliari del giudice. In tal senso v. anche la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 1 del 2020, recante il titolo *Misure incentivanti per il ricorso a modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa* che, al punto n. 3, evidenzia l'importanza di incentivare il *lavoro agile, la flessibilità di svolgimento della prestazione lavorativa, anche con strumenti per la partecipazione da remoto*. La lett. h) dello stesso art. 83, invece, riconosce il possibile svolgimento dell'udienza tramite lo scambio di note scritte, qualora non sia necessaria la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti.

<sup>335</sup> Molto sinteticamente, il sistema processuale previsto dalla normativa, riferito ai procedimenti civili, dispone, in primo luogo, l'obbligatorietà del deposito degli atti introduttivi con modalità telematiche «negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico (articolo 221, comma 3°). In secondo luogo, si prevede la facoltà del giudice di stabilire, quando l'udienza non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, che la stessa sia sostituita dal «deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze conclusioni (cosiddetta udienza cartonare)» (articolo 221, comma 4°). È prevista poi la possibilità, nei procedimenti civili davanti alla Cassazione che gli atti e documenti siano depositati da parte degli avvocati in modalità telematica, previo provvedimento della D.G.S.I.A. (art. 221 comma 5°). Infine, è possibile che l'udienza civile, su istanza di una parte o per iniziativa del giudice, con il consenso di tutte le parti, sia tenuta anche solo parzialmente mediante collegamenti a distanza in base ai provvedimenti del direttore generale D.G.S.I.A. (art. 221 co 6 e 7); stessa possibilità è riconosciuta anche all'udienza di giuramento del c.t.u., sostituibile con «una dichiarazione sottoscritta con firma digitale da depositare nel fascicolo telematico» (articolo 221, comma 8°).

dicembre 2020 e all'art. 23, d.l., 28 ottobre 2020, n. 137 <sup>336</sup>, in vigore fino al 31 gennaio 2021<sup>337</sup>.

Ebbene, rispetto alle predette modalità «alternative» di svolgimento delle attività processuali, gli interventi normativi sopra ricordati (e in particolare l'art. 83, comma 7°, d.l. n. 18 del 2020) <sup>338</sup> si sono limitati ad indicarne i principi fondamentali, delegando invece la funzione di individuare la disciplina di

---

<sup>336</sup> Con riferimento alle singole misure adottate all'articolo 23 si può evidenziare che le udienze dei procedimenti «alle quali è ammessa la presenza del pubblico» possono celebrarsi a porte chiuse; le udienze dedicate alla comparizione dei coniugi in sede di separazione consensuale o divorzio congiunto possono essere celebrate in modalità cartolare; nei procedimenti civili, le camere di consiglio possono essere tenute mediante collegamenti da remoto; tutte le disposizioni si applicano in quanto compatibili anche all'arbitrato rituale».

<sup>337</sup> Visto il richiamo da parte del primo comma dell'art. 23 del d.l. n. 137 all'applicazione delle disposizioni contenute all'articolo 221 del citato d.l. n. 34, convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77, deve ritenersi che le due disposizioni operino sinergicamente benché con un'efficacia temporale sfalsata.

<sup>338</sup> Si evidenzia come, né l'art. 221, d.l. n. 34 del 2020, né l'art. 23, d.l. n. 137 del 2020 prevedano un potere generale del capo dell'ufficio giudiziario di dettare misure di organizzazione relative alla trattazione degli affari giudiziari, come invece prevedeva il citato art. 83, comma 7°; tuttavia, le specifiche necessità del caso concreto e l'ampiezza della formula normativa in merito alle modalità di svolgimento delle udienze, non sembra impedire ai dirigenti degli uffici giudiziari l'adozione di nuove misure ovvero di misure modificative di quelle adottate in precedenza; v. ad es. il Decreto n. 97 del 26 ottobre 2020, con cui il Presidente del Tribunale di Bologna ha modificato le linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze penali dibattimentali, in [https://www.tribunale.bologna.giustizia.it/documents/642573/6027143/Decreto\\_97.20\\_-\\_Modifiche\\_ed\\_integrazioni\\_linee\\_guida\\_udienze\\_penali.pdf/7a2d5b7c-7f7a-4e46-a451-9d4bbe8c388f](https://www.tribunale.bologna.giustizia.it/documents/642573/6027143/Decreto_97.20_-_Modifiche_ed_integrazioni_linee_guida_udienze_penali.pdf/7a2d5b7c-7f7a-4e46-a451-9d4bbe8c388f) ovvero il Decreto n. 243 del 17 novembre 2020 del Presidente della Corte d'Appello di Bologna, contenente *Misure organizzative volte a contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 per contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*, su <http://www.giustizia.bologna.it/FileTribunali/230/Sito/News/Decreto%20CA%20243%20del%2017nov2020.pdf>.

dettaglio alla discrezionalità (partecipata)<sup>339</sup> dei dirigenti degli uffici giudiziari così incentivando, direttamente o indirettamente, l'utilizzo da parte di questi ultimi di fonti atipiche di regolamentazione, sia di carattere organizzativo che strettamente processuale.

Si è così delineato un modello anomalo di regolazione processuale fortemente orientato all'utilizzo del *soft law*, quale strumento flessibile e informale, in grado, più delle fonti tradizionali del diritto, di gestire una situazione in continua evoluzione e cambiamento; ne è risultato un aumento esponenziale degli strumenti di regolazione flessibili, alcuni di quali già noti in passato, come protocolli, documenti organizzativi e raccomandazioni, altri, invece, assolutamente inediti, come le *linee guida vincolanti*<sup>340</sup>, richiamate dallo stesso d.l. n. 18 del 2020 e «creati» *ad hoc* per la gestione del «processo dell'emergenza».

---

<sup>339</sup> L'adozione delle misure deve in ogni caso essere preceduta dall'audizione dell'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della giunta di regione e del Consiglio dell'ordine degli avvocati.

<sup>340</sup> Ai sensi del citato art. 83, comma 7°, lett. d), d.l. n. 18 del 2020, per assicurare le finalità di cui al comma 6°, i capi degli uffici giudiziari possono adottare «linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze». In particolare, per le udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti, è consentito lo svolgimento mediante l'utilizzo di collegamento da remoto, in base alle regole e linee guida indicate dal Direttore Generale dei sistemi informatici e dal Ministero della Giustizia, purché tali modalità siano idonee a garantire l'integrità del contraddittorio e la partecipazione delle parti. Circa i procedimenti che invece non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dai difensori delle parti, è riconosciuta al dirigente la facoltà di disciplinare l'udienza tramite lo scambio di note scritte. Sulla natura delle linee guida vincolanti, basti osservare come le stesse non sembrano riconducibili al concetto di *soft law* delineato in precedenza. I due termini (*soft law* e vincolante), accostati, sembrano infatti costituire una vera e propria antinomia che induce a valutare la singolare peculiarità dogmatica dello strumento in esame. Senza pretese di completezza, si può evidenziare come la funzione di tali strumenti, associata alla gestione dell'urgenza, richiami le peculiarità di un vero e proprio potere *extra ordinem*, in questo caso affidato ai dirigenti, del quale condivide le caratteristiche essenziali.

Ogni Tribunale si è così dotato di una o più linee guida vincolanti, protocolli <sup>341</sup> o altri documenti, contenenti, non solo gli aspetti meramente organizzativi dell'attività giudiziaria, ma il vero e proprio funzionamento del processo e, in particolare, delle udienze telematiche e cartolari.

Al riguardo, nonostante l'intento da parte del CSM di coordinare e rendere omogenea tale produzione di regole, attraverso l'adozione, a sua volta di linee guida, raccomandazioni o protocolli standard, in grado di indirizzare l'attività degli uffici giudiziari <sup>342</sup>, il risultato è stato comunque quello di un'estrema diversificazione delle regole processuali nel territorio nazionale, dal quale è derivato un diffuso disorientamento tra gli operatori, accompagnato da situazioni di profonda disuguaglianza di trattamento; in più occasioni gli stessi operatori hanno invocato un intervento normativo che garantiscesse modalità d'udienza univoche e certe <sup>343</sup>.

In tal senso, allora, l'esperienza maturata e maturanda durante il periodo emergenziale, suscita, ad avviso di chi scrive, alcune riflessioni sull'opportunità

---

<sup>341</sup> Per una raccolta, benché non esaustiva dei protocolli adottati durante il periodo della pandemia, v. <https://romaosservatorio.it/dettaglio-news/raccolta-protocolli-locali-covid-19.html>.

<sup>342</sup> V. la raccolta delle delibere del CSM e i relativi allegati su <https://www.csm.it/> nella sezione dedicata al Covid-19 e, in particolare, le delibere del 5 marzo 2020, del 26 marzo, dell'1 aprile, del 4 giugno 2020 e del 4 novembre. Tra gli strumenti di regolazione si richiamano anche le numerose indicazioni di carattere tecnico disposte dal D.G.S.I.A. su cui v. il *Vademecum* per l'utilizzo della stanza virtuale: <http://informatica.avvocati.ud.it/wp-content/uploads/2020/03/MS-Team.pdf> o i provvedimenti del Direttore DGSIA del 10 e del 20 marzo 2020.

<sup>343</sup> In tal senso, v. la dichiarazione di AIGA, *l'Associazione italiana giovani avvocati*, che ha ribadito «l'assoluta nocività e la profonda inidoneità della gestione 'locale' della giustizia venutasi a determinare dal 12 maggio 2020 con l'inizio della c.d. Fase 2 che, nei fatti, sta determinando nell'avvocatura, tutta confusione e malcontento, numerosi problemi interpretativi e applicativi», su *Guida al Diritto*, del 14 maggio 2020. Si colloca in tale direzione anche la lettera dei Presidenti dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, S. Maria C.V., Napoli Nord, Nola, Torre Annunziata, Avellino e Benevento sulla situazione della gestione della giustizia civile nel Distretto di Napoli del 12 maggio 2020.

di garantire, nella gestione ordinaria del processo civile, una maggiore cooperazione a livello nazionale, finalizzata ad un'opera di uniformazione delle buone pratiche processuali con carattere interpretativo davanti a tutte le Corti di merito.

## **5. Note conclusive alla sezione seconda.**

Con la presente trattazione si è inteso valutare la compatibilità dello strumento del protocollo con il modello del *soft law*, come inquadrato nella precedente sezione del medesimo capitolo quarto.

A tal fine, il primo profilo di analisi, stante la sua complessità, ha riguardato la possibilità di riconoscere alle *buone prassi* codificate nei protocolli una qualche rilevanza giuridica per l'ordinamento generale, in mancanza di una previsione *ad hoc*.

Detta analisi è stata condotta alla luce dei criteri già evidenziati in precedenza, rispetto ai quali ha certamente svolto un ruolo determinante – ai fini della creazione di un collegamento con l'ordinamento giuridico – l'accertata incidenza delle regole pratiche sullo svolgimento dell'attività giurisdizionale e sul contenuto della decisione.

Una volta dimostrata la sussistenza di una certa rilevanza giuridica – non certo vincolante, ma meramente persuasiva – dei protocolli e delle regole ivi contenute, l'analisi si è concentrata sulla valutazione di compatibilità del modello del diritto *soft* con le caratteristiche del modello protocollare, entrambe già in precedenza trattate.

Ebbene, sul punto, tale valutazione di compatibilità ha dato un riscontro positivo. In entrambi in casi, infatti, si è in presenza di atti atipici, non vincolanti, formulati in maniera tecnica e allo stesso tempo tendenzialmente precettiva, finalizzati ad indirizzare l'attività degli operatori, nonché, creati «dal basso», dagli stessi

destinatari delle regole medesime (o dai loro rappresentanti) e, dunque, contraddistinti da un'ampia consensualità.

Tali osservazioni hanno portato ad accogliere la seconda ipotesi ricostruttiva proposta nel presente lavoro di ricerca, inquadrando i protocolli come strumenti di diritto *soft*, pur nella consapevolezza che tale tipo di qualificazione giuridica ponesse alcuni interrogativi di compatibilità con i principi che regolano il sistema processuale e, in particolare, con il rispetto del principio di legalità di cui all'art. 111 Cost.

Anche se ad una prima analisi, l'associazione del concetto di *soft law* al diritto processuale civile, in particolare al principio della riserva di legge, è parsa particolarmente difficoltosa, le peculiarità delle *buone prassi* e, specialmente, la loro efficacia persuasiva, hanno consentito di superare l'apparente antinomia di sistema.

Infine, una volta risolti i problemi attinenti alla qualificazione giuridica degli strumenti in esame, si è inteso valutare l'impatto concreto del *soft law* sulla regolazione del processo in Cassazione e davanti alle Corti di merito.

Tale profilo di analisi risulta particolarmente rilevante alla luce dell'attuale contesto pandemico che, incentivando l'utilizzo dei protocolli e, più in generale, del diritto morbido, ne ha messo in evidenza gli aspetti positivi, attinenti per lo più alla flessibilità delle regole, ma anche gli aspetti negativi in caso di abuso, attinenti, nello specifico, al rischio di una frammentazione delle regole processuali e di un «federalismo giudiziario», contrastante con l'ideologia sottesa allo stesso codice di rito.

## CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Il modello del *soft law* processuale: vantaggi e svantaggi. – 2. Riflessioni conclusive sull'evoluzione del sistema di regolamentazione del processo civile.

### **1. Il modello del *soft law* processuale: vantaggi e svantaggi.**

Dall'analisi affrontata con il presente lavoro di ricerca emerge in conclusione che il fenomeno delle *buone prassi* formalizzate all'interno di protocolli d'intesa debba essere inquadrato nell'ambito della regolamentazione *soft*.

Per giungere a tale risultato si è seguito un percorso bifasico: in una prima parte del lavoro si è reso necessario circoscrivere da un punto di vista storico-ricostruttivo il fenomeno della regolamentazione consensuale del processo civile, anche alla luce del contesto internazionale.

In una seconda parte, invece, si è svolta la vera e propria fase dell'inquadramento giuridico, condotta sulla base di due diversi approcci – privatistico e pubblicistico –, a partire dai quali, come si è avuto modo di specificare nel corso della trattazione, è possibile osservare il fenomeno dell'autonomia privata nella regolazione del processo civile.

Di questi due approcci l'analisi ha portato all'accoglimento del secondo – volto cioè a dare rilevanza alla funzione «normativa» a carattere collettivo delle *buone prassi* –, in quanto maggiormente confacente con le caratteristiche del fenomeno in questione.

Si è poi evidenziato come gli strumenti di regolazione negoziata siano frequentemente riconducibili sotto l'egida del *soft law*, di cui pertanto si è operata un'indagine ricostruttiva, pur nella consapevole complessità del tema, ancora circondato da numerose incertezze.

Tale indagine ha poi consentito di svolgere una riflessione più ampia, finalizzata a verificare in concreto la possibile riconduzione dei protocolli a tale modello di regolazione, prestando particolare attenzione alla possibilità di riconoscere agli stessi una certa rilevanza giuridica, pur in mancanza di una previsione legislativa espressamente deputata a tal fine.

Ebbene, dall'analisi svolta in concreto, alla luce di criteri individuati dalla stessa dottrina per distinguere tra le diverse forme della normatività (diritto in senso stretto, diritto *soft* e non diritto), si è giunti a ritenere che alle *buone prassi* debba essere riconosciuta una qualche rilevanza giuridica – benché non vincolante, ma meramente persuasiva –, specialmente per via della loro posizione intermedia tra la legge e l'applicazione pratica, in grado di influenzare l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Tale inquadramento, da un lato, presenta certamente il vantaggio di saper descrivere compiutamente il fenomeno in questione, consentendo di dare allo stesso un'identità che non ne sminuisca il valore giuridico e pratico e che, al contempo, ne mantenga la fluidità e l'informalità, sue caratteristiche essenziali.

Dall'altro lato, invece, il suddetto inquadramento mostra alcuni svantaggi.

In particolare, una volta risolte le problematiche relative alla sua compatibilità con i valori costituzionali dell'indipendenza e della legalità, si è avuto modo di osservare come il ricorso abusivo al *soft law* nel processo civile, possa portare ad un'eccessiva frammentazione delle regole processuali; circostanza che rappresenta un rischio che gli operatori dovranno cercare di ovviare, mantenendo un bilanciamento tra il bisogno di creare regole pratiche per far fronte alle lacune o incertezze del sistema e il bisogno di uniformità della procedura sul territorio nazionale, anche in un'ottica di uguaglianza.

In tal senso, allora, il lavoro svolto dal coordinamento nazionale degli Osservatori sulla Giustizia Civile assume un ruolo molto rilevante, in quanto finalizzato ad omogeneizzare le *buone prassi*, specialmente di quelle con carattere interpretativo.



## 2. Riflessioni conclusive sull'evoluzione del sistema di regolamentazione del processo civile.

A prescindere dai possibili risvolti negativi derivanti dall'eccessivo ricorso a tali forme di regolazione, la natura *soft* dei protocolli e il crescente ruolo svolto dagli stessi nel sistema processuale, suscita alcune riflessioni sull'attuale configurazione dell'impianto normativo del processo civile.

Infatti, al di là dei profili teorici analizzati con il presente lavoro di ricerca, sul piano fattuale, emerge come, con tutta evidenza, il diritto processuale costituisca ormai un sistema complesso<sup>344</sup>, nel quale convivono previsioni che sono in grado di guidare e indirizzare l'attività - sia organizzativa sia propriamente giurisdizionale - degli operatori, pur appartenendo a livelli e/o piani giuridici differenti.

Un sistema formato da strumenti disomogenei tra loro - *in primis*, per via delle modalità di formazione, ma anche per la loro efficacia -, che (per quanto possibile) si integrano e completano a vicenda e che comprende: atti tipici con efficacia vincolante<sup>345</sup>, atti atipici con efficacia non vincolante o meramente

---

<sup>344</sup> Al riguardo, come noto, l'art. 117, comma 2°, lett. l) prevede che lo stato abbia legislazione esclusiva in materia di giurisdizione e norme processuali, di ordinamento civile e penale, nonché di giustizia amministrativa. Circa la ricognizione delle fonti in tema di amministrazione della giustizia, dunque, ci si può arrestare a quelle nazionali, anche se qualunque fonte ordinaria deve pur sempre rispettare, oltre ai principi costituzionali, anche le garanzie previste dal diritto europeo e internazionale. Oltre agli artt. 3, 24 e 111 Cost., deve essere richiamato anche l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 6 della CEDU; principi che costituiscono un parametro interpretativo delle norme processuali. Va ricordato infine come, in base al disposto dell'art. 360, n. 3 c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli accordi o contratti collettivi costituisce un motivo di ricorso in Cassazione, come la violazione di legge, v. Cass. 7 giugno 2006, n. 13336, in *Dejure*.

<sup>345</sup> Ai quali, volendo riprendere le osservazioni di una parte della dottrina, benché non accolta in questa sede per le ragioni espresse in precedenza, v. capitolo quarto, si potrebbero aggiungere anche gli atti tipici non vincolanti, perché a contenuto meramente programmatico

persuasiva, ai quali, in seguito alla «normazione dell'emergenza pandemica», si aggiungono anche atti atipici con efficacia vincolante <sup>346</sup>.

Più nello specifico il sistema comprende il codice di rito, le sue numerosissime leggi modificative <sup>347</sup> – le quali devono pur sempre rispettare, oltre ai principi costituzionali anche le garanzie previste dal diritto europeo e internazionale –, le disposizioni extra-codicistiche ed ora anche dagli strumenti di *soft law* processuale.

Con particolare riguardo agli strumenti di *soft law*, con il presente lavoro di ricerca si è approfondito solamente il fenomeno delle *buone prassi* formalizzate nei protocolli, ma, come si è avuto modo di evidenziare, anche se limitatamente al processo innanzi alla Corte di cassazione, a queste se ne aggiungono altre, sempre appartenenti al mondo della regolamentazione *soft* <sup>348</sup>, tra cui vanno ricondotte le linee guida, gli atti del Primo Presidente, i documenti programmatici, etc.

---

ovvero perché formulati in un modo assolutamente generico, tale da «perdere» quel carattere di imperatività e coercibilità che, secondo le teorie tradizionali, contraddistingue il concetto stesso di norma giuridica.

<sup>346</sup> Si fa riferimento in particolare alle linee guida vincolanti previste dall'art. 83, comma 7°, d.l. n. 18 del 2020 che, anche se sono state introdotte per far fronte alla situazione emergenziale e quindi costituiscano previsioni di carattere eccezionale che non possono essere prese pienamente in considerazione per la ricostruzione del sistema «ordinario» di normazione processuale, presentano nondimeno profili di rilevanza, in quanto costituiscono un «precedente» che potrebbe dare adito a future ed eventuali utilizzazioni del medesimo modello.

<sup>347</sup> Sul punto, v. *infra*, ove si osserva come nel codice di rito convivano norme del 1940-1942, 1950, 1973, 1990, 1995, 1998, 2001, 2005, 2006, 2008, 2009 etc., riferite a periodi molto diversi tra loro e, per tale motivo, rispondenti anche a logiche differenti.

<sup>348</sup> Si tratta comunque di atti atipici, con efficacia meramente persuasiva e non vincolante, elaborati dal «basso», anche se non necessariamente risultano l'esito di una negoziazione collettiva tra diversi operatori del diritto. In questi casi, allora, l'elemento della consensualità si manifesta con maggiore incisività «a valle», cioè al momento della loro applicazione, piuttosto che «a monte», al momento della loro formazione.

Ebbene, alla luce di tali considerazioni, vi è da chiedersi se questo modello di normazione complessa e a più livelli possa dirsi rappresentativo di un primo passo verso un'evoluzione del sistema processuale e, in caso di risposta affermativa a tale quesito, se questa evoluzione possa ancora ritenersi in linea con l'ideologia sottesa all'elaborazione del codice di rito del 1942.

Più segnatamente, l'analisi affrontata con il presente lavoro suscita il seguente interrogativo:

*le buone prassi si limitano a svolgere, anche se con forme maggiormente strutturate, il compito di adeguare le singole norme processuali alle variazioni del loro contesto applicativo, oppure, a partire dal mutato contesto politico-sociale <sup>349</sup>, esse rappresentano un necessario adeguamento dell'intero sistema processuale?*

Se accogliessimo la prima delle due impostazioni <sup>350</sup>, altro non faremmo se non ribadire ciò che già sosteneva Chiovenda nei suoi *Principii di diritto processuale civile*.

---

<sup>349</sup> Così CAPPELLETTI, *Civil procedure*, cit., p. 23 ss., il quale rileva come il fatto che la giustizia e la giurisdizione abbiano assunto un ruolo così rilevante all'interno dello stato, abbia ampliato il campo d'indagine del processualista, ora interessato anche alla contestualizzazione storico-sociale delle regole processuali. Lo stesso vale con gli altri profili di analisi, tra cui quello economico, linguistico, culturale e legato alle diversità sociali. Tale circostanza risponde all'idea che «procedural law may be adjective law and procedure itself a collection of techniques, but (...) no legal technique is an end in itself and none is ideologically neutral», v. anche CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 169.

<sup>350</sup> Simili interrogativi sono posti da CHIZZINI, *Pensiero e azione*, cit., XIII. In particolare, l'a., nella parte introduttiva si chiede da dove venga il processo attuale e in quale direzione si muova; ciò alla luce di una riscontrata crisi della scienza processualciviltistica, a fronte di un mutato contesto politico-sociale, ove «lo sforzo ricostruttivo deve muovere dalla capacità di ridefinire gli elementi connettivi sulla base dei quali procedere alla riclassificazione dell'emergente (...)».

In particolare, egli rinveniva nella legge processuale – quale risultato delle norme contenute nel codice di procedura civile e nelle leggi modificatrici e complementari – l'unica fonte di regolazione del processo civile, insieme ad altre norme regolatrici dei rapporti sia privati che pubblici.

Allo stesso tempo, tuttavia, egli dava rilevanza al ruolo svolto dall'interpretazione; riteneva infatti che l'interpretazione della legge e con essa la prassi applicativa fossero altrettanto necessarie per ridurre la disarmonia tra una norma giuridica e i bisogni della pratica: «perché forme create in un dato momento sono disadatte ad un altro»<sup>351</sup>.

In tal senso, evidenziava come, in ogni ordinamento, vi siano previsioni normative che richiedono di essere intese diversamente rispetto al passato, non tanto con riferimento al loro contenuto, quanto, piuttosto, con riguardo allo scopo cui le stesse tendono.

Osservava infine come questa facoltà dovesse essere esercitata con molta cautela e pur sempre nella consapevolezza che nel conflitto tra l'interpretazione letterale e quella sistematico-teleologica debba sempre prevalere la prima.

Ebbene, il riconoscimento di un siffatto tenore alle *buone prassi*, ad avviso di chi scrive, sarebbe alquanto limitativo della portata innovativa del fenomeno che ci troviamo di fronte, in quanto tale visione si risolverebbe in un mero rafforzamento delle teorie che, ormai da lungo tempo, hanno abbandonato la concezione del giurista quale esegeta passivo del diritto e del giudice come *bouche de la loi*<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 102.

<sup>352</sup> Il superamento della concezione risalente a Montesquieu nella quale il giudice è raffigurato come «la bocca della legge» (teoria ripresa anche in *Dei delitti e delle Pene* di Cesare Beccaria), riconosceva un potere per così dire «nullo» alla magistratura. Si trattava di una visione alquanto riduttiva del ruolo e della funzione del potere giurisdizionale ed espressione certamente di una rigida applicazione del principio della separazione dei poteri, ove il monopolio del potere legislativo spettava solamente al legislatore. Questa impostazione è stata poi messa in discussione da autori successivi, che, anzitutto, evidenziano come una siffatta impostazione porti ad un immobilismo del sistema giuridico di un dato ordinamento e, in secondo luogo, superano

Al contrario, ci sembra invece di poter affermare come i protocolli rappresentino il segnale di un processo evolutivo del modo di intendere l'interpretazione e la prassi quali meri strumenti per contrastare l'immobilismo del sistema processuale.

Per vero, essi prendono spunto da tale riflessione, ma ne rappresentano lo sviluppo, il cui fine va ricercato nell'elaborazione di vere e proprie regole pratiche – generali, ripetibili e formalizzate in appositi documenti –, in grado di guidare le attività processuali.

In tal senso, allora, si fuoriesce dal mero intento di contestualizzazione della norma giuridica, promuovendo invece la creazione di strumenti complementari e/o integrativi delle previsioni lacunose o incerte, benché con un'efficacia di mera persuasione, sulla scia di un modello derivante dal mondo del *common law* e ripreso nel campo del diritto europeo.

Sul punto, un ulteriore passaggio evolutivo verso questo modello – ormai «importato» anche nel nostro ordinamento, pur con le peculiarità del sistema italiano – sarebbe rappresentato dall'espresso riconoscimento a livello istituzionale della funzione e del ruolo di questi strumenti.

Al riguardo, anche se a tale sviluppo non si è ancora giunti, vi sono tuttavia alcuni segnali che muovono in tale direzione.

Deve farsi riferimento ancora una volta al disposto dell'art. 83, comma 7°, d.l. n. 18 del 2020, alla creazione di linee guida vincolanti ovvero, in ogni caso, al richiamo espresso del legislatore all'elaborazione da parte degli uffici giudiziari e dei dirigenti di strumenti di diritto processuale *soft*.

Tale previsione – benché con tutte le precisazioni già evidenziate, stante la sua natura eccezionale – può essere vista come un'inclinazione al riconoscimento

---

la teorica dell'interpretazione analitica della legge, promuovendo invece una teorica di interpretazione ermeneutica della stessa, ove la lettera della legge deve essere contestualizzata nell'ambito dello spirito e dell'intento di chi l'ha scritta, nonché, più in generale, nell'ambito del sistema giuridico nel quale è inserita; sul punto, v. GROSSI, *op. cit.*, p. 498 ss.

espresso di previsioni morbide o fluide come strumenti integrativi e attuativi delle norme processuali.

In ultima analisi, il modello (complesso) di normazione processuale che emerge all'esito della presente ricerca, rappresenta profili di novità e di cambiamento rispetto al passato e ciò non solo con riferimento all'impostazione originaria del 1942, ma altresì rispetto ai modelli processuali adottati e studiati in passato <sup>353</sup>.

In chiave storica <sup>354</sup>, infatti, l'attuale modello si differenzia, sia dal processo di stampo liberale, legato ad un sistema processuale confinato nell'ambito del diritto privato, sia dal processo di stampo strettamente pubblicistico <sup>355</sup>, di cui certamente ha risentito il nostro attuale codice di rito <sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> Secondo CHIZZINI, *op. cit.*, p. 38 ss. due importanti cambiamenti hanno segnato definitivamente il passaggio dal sistema processuale del diritto comune a quello moderno: da una parte, il giudice diviene un «uomo dell'apparato statale», non è più, dunque, un professionista che fa uso della propria esperienza acquisita sul campo, ma un funzionario dello stato; dall'altra parte il sistema che viene a delinearsi ha carattere asimmetrico, ove il giudice ricopre una posizione di preminenza rispetto alle parti.

<sup>354</sup> Sul tema, v. CAPPELLETTI, *op. cit.*, *passim*; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 132 ss.; SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, a cura di Del Giudice, Francoforte, 1925, p. 74 e 137.

<sup>355</sup> Nella costruzione dello stato moderno, dunque, si è «inglobata», accanto alla funzione legislativa e a quella esecutiva, anche quella giurisdizionale; ciò in quanto, «l'attività giurisdizionale consente all'opera di costruzione dell'ordinamento iniziata dalla legge di proseguire e di giungere al compimento», v. BÜLOW-ZORN, *Legge e giurisdizione*, a cura di Cortese-Sandri, Seregno, 2012, p. 114.

<sup>356</sup> Alcuni autori, tra cui Satta, hanno per l'appunto operato una contrapposizione tra il processo liberale, di stampo privatistico e quello statale, affidato invece al diritto pubblico, ritenendo che non potessero esistere forme processuali con carattere intermedio. Certamente, ad oggi, questa posizione netta si scontra con la progressiva ibridazione delle due categorie del diritto pubblico e del diritto privato che, in tal senso, consente di riconoscere all'autonomia privata margini più ampi di regolamentazione anche nel campo del diritto processuale, pur nel rispetto di precisi limiti finalizzati ad assicurare il rispetto dell'interesse pubblico. Sul punto, v. anche CAPONI, *Autonomia privata*, *cit.*, p. 48.

In particolare, ad un estremo, vi è la funzione della giurisdizione civile vista unicamente come strumento per la risoluzione delle controversie individuali; modello cui risulta per certi versi ispirato il previgente codice di procedura civile del 1865, improntato al riconoscimento di un'ampia disponibilità delle parti nella regolazione del processo.

Nella sua forma più pura, il modello liberale si concentra unicamente sull'implementazione dei diritti individuali e vede la giustizia civile come un *forum* neutrale «messo a disposizione dei litiganti» al fine di escludere l'autotutela.

In questo contesto, la giustizia (cioè lo stato) non interviene (o interviene minimamente) nelle dispute tra privati, conferendo massimi poteri alle parti, in ossequio al principio del c.d. intervento minimo.

Dunque, allo stesso modo in cui i soggetti possiedono un'assoluta libertà di disporre dei loro beni, anche i litiganti hanno un'assoluta libertà, nell'ambito del contenzioso civile, di disporre del processo: sono *domini litis* (i maestri del contenzioso).

Il ruolo dello stato è quindi ridotto al minimo e il giudice è considerato come un arbitro che osserva passivamente l'interazione delle parti, assicurando il rispetto delle regole del gioco e, solo se necessario, interviene con una decisione. Il risultato della decisione è quindi definitivo (*iudicata*), ma riguarda solo le parti.

All'altro estremo, invece, vi è la visione di stampo pubblicistico, ove viene messo in risalto il ruolo della giustizia di implementazione delle funzioni pubbliche e politiche sociali, tra cui, *in primis*, quella di pacificazione <sup>357</sup>, come conseguenza

---

<sup>357</sup> Al riguardo va precisato come, in tal caso, la funzione concretamente perseguita dalla giustizia civile, dipenda direttamente dalle politiche sociali degli stati e dalla funzione che la giustizia civile è chiamata ad assolvere nel modello sociale e politico di riferimento; sul tema, v. UZELAC, *Goals of civil Justice and civil procedure in contemporary judicial systems*, in *Goals of civil Justice and civil procedure in contemporary judicial systems*, a cura di Uzelac, Cham-Heidelberg, 2014, p. 3 ss., il quale osserva come questa impostazione, nella sua visione più radicale di derivazione Marxista, rifugge dalla concezione della giustizia civile quale strumento per la sola risoluzione

dell'«impossessamento» da parte dello stato e del diritto positivo della regolamentazione del processo <sup>358</sup>.

Il diritto processuale diviene così elaborato dal potere centrale, non più composto da orientamenti giurisprudenziali e teorie di matrice dottrinale, il cui fine diviene quello di disciplinare il processo in maniera unitaria, nell'ambito di una struttura sociale multiforme.

In questo modello processuale le parti hanno poteri molto deboli in merito alla regolazione e alla gestione del processo, in contrasto con quelli maggiormente incisivi riconosciuti in capo al giudice, pur con le differenziazioni che contraddistinguono ciascun sistema <sup>359</sup>.

In modello avanti al quale ci troviamo di fronte, invece, rappresenta certamente una novità, nella quale ci sembra che le due anime (privatistica e pubblicistica del processo) convivano pacificamente.

La novità risiede nel fatto che se, da un lato, l'ampliamento dell'autonomia privata allontana l'attuale modello di regolazione processuale da quello di stampo pubblicistico sotteso all'originario codice di rito, dall'altro, l'autonomia privata in questione non è la stessa caratterizzante il processo liberale.

L'autonomia collettiva dei protocolli, infatti, non è impiegata unicamente dai litiganti con finalità dispositive, ma distribuita tra le parti e il giudice, proprio al fine di evitare quelle degenerazioni del processo liberale, derivanti dal frequente utilizzo di tattiche dilatorie incidenti sulla lunghezza dei tempi processuali.

---

degli interessi individuali dei privati, in quanto riproporrebbe un'ideologia borghese e antisociale.

<sup>358</sup> Sul tema, v. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 67 ss., nonché CHIZZINI, *op. cit.*, p. 37, il quale evidenzia come la mutata funzione del processo sia conseguenza ineluttabile della statualizzazione delle procedure.

<sup>359</sup> Si precisa come nei sistemi processuali moderni i due modelli sopra evidenziati non siano implementati nelle loro forme pure; si cerca invece di bilanciare gli interessi sottesi alle due visioni, talvolta propendendo verso la funzione sociale del processo, talvolta verso quella della risoluzione individuale dei conflitti, sul punto, v. UZELAC, *Goals of civil Justice*, cit., p. 8.



In tal senso, dunque, è proprio nell'incontro dei due interessi – quello individuale rappresentato dall'avvocatura e quello pubblico rappresentato dalla magistratura (dagli esponenti del mondo universitario e amministrativo) – che risiede l'elemento di novità sopra accennato e la capacità di bilanciamento in un'ottica di efficienza.

Certamente, anche questo modello si espone al rischio di eventuali degenerazioni, date principalmente dall'attuale complessità del sistema, dalla superfetazione delle disposizioni che regolano il processo e, soprattutto, dal pericolo di un «federalismo giudiziario», a scapito dell'unitarietà delle regole del gioco.

Si tratta di rischi di non poco conto che in vista di un'evoluzione fisiologica (e non patologica) del sistema processuale dovranno necessariamente essere tenuti in considerazione, non solo nelle sedi istituzionali, ma anche nell'ambito degli stessi Osservatori sulla giustizia civile che ne sono i promotori.

## **BIBLIOGRAFIA**

- A.A.V.V., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2001, *passim*.
- A.A.V.V., *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker e Varano, Torino, 2005, p. 7 ss.
- AA.VV., *Modello di prassi per il processo civile di cognizione*, in *Foro Padano*, 1987, p. 254 ss.
- AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, 1994, p. VIII.
- AA.VV., *Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello stato. Seminario di studio sul diritto comparato-Roma, 11 aprile 2000*, in *Nomos*, 2000, p. 65 ss.
- AA.VV., *Processo e organizzazione. Le riforme possibili per la giustizia civile*, a cura di Gilardi, Milano, 2004, *passim*.
- AA.VV., *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, *passim*.
- AA.VV., *La costruzione giurisprudenziale delle fonti del diritto*, a cura di Licia Califano, Fano, 2010, p. 161 ss.
- AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, a cura di Carbone-Luzzato-Santa Maria, Torino, 2011, p. 294 ss. e 561 ss.
- AA.VV., *La giustizia internazionale. Un profilo storico-giuridico dall'arbitrato alla Corte penale*, a cura di Tedoldi, Roma, 2012, 143 ss.
- AA.VV., *Goals of civil Justice and civil procedure in contemporary judicial systems*, Cham-Heidelberg, 2014, *passim*.
- AA.VV., *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, a cura di Ferrari-Ragno, Milano, 2015, p. 97 ss. e 127 ss.
- AA.VV., *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza, Università degli studi di Trento*, a cura di Benacchio-Graziadei, 2016, p. 49-78.

- AA.VV., *The Oxford Handbook of European Legal History*, a cura di Pihlajamäki-Dubber-Godfrey, Oxford, 2018, p. 655 ss. e 705 ss.
- A.A.VV., *International law and litigation. A look into procedure*, a cura di Hess-Ruiz Fabri, Baden-Baden, 2019,
- ABBOTT-KEOHANE-MORAVCSIK-SLAUGHTER-SNIDAL, *The concept of legalization*, in *International organization*, 2000, p. 401-419.
- ABBOTT-SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 2000, p. 421 ss.
- ACIERNO, *A margine di un confronto tra giudici europei. I poteri del giudice e delle parti*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 173 ss.
- ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1999, p. 3 ss.
- ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo. it*, 2016, p. 255 ss.
- ALLORIO, *Problemi di diritto*, Milano, 1957, p. 577-578.
- ALPA, *La prassi e i codici deontologici*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, 1999, p. 97 ss., spec. p. 106.
- ID., *Dal diritto pubblico al diritto privato. La «grande dicotomia» e la revisione della concezione tradizionale*, Modena, 2017, *passim*.
- ID., *Dal diritto pubblico al diritto privato. Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, Modena, 2017, *passim*.
- ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, 2005, p. 597-600.
- ENRIQUES ANGIOLETTI, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova, 1937, p. 11 ss.
- ASSIES-BACHER, *Das Prozessformularbuch*, a cura di Volkert Köln, 2019, *passim*.
- AULETTA, *Il lento addio dei giudici all'«inesistenza» degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1647.
- AUST, *The Theory and Practice of Informal International Instruments*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1986, p. 787 ss.
- BALANDI-BANO, *Chi ha paura del "soft law"*, in *Lavoro e diritto*, 2003, p. 2 ss.
- BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 661.
- BALENA, *Processo civile e costituzione*, Napoli, 2014, p. 7 ss. e p. 35 ss. .

- BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1914, p. 27
- BARBERA, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *Law. dir.*, 2005, p. 350 ss.
- BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del 19° Convegno annuale: Padova, 22-23 ottobre 2004*, Padova, 2008, p. 9 ss.
- BARRECA, *L'esperienza del processo nell'assetto attuale. Le prassi esistenti e quelle possibili*, in *Processo e organizzazione. Le riforme possibili per la giustizia civile*, a cura di Gilardi, Milano, 2004, p. 23 ss.
- BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2012, *passim*.
- BAXTER, *International Law in «Her Infinite Variety»*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1980, p. 549 ss.
- BEAUD, *La potenza dello stato*, Napoli, 2002, *passim*.
- BETTI, voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it*, Torino, p. 220 s.
- ID., *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, p. 106 ss.
- ID., *Diritto romano*, Padova, 1935, p. 62 ss.
- ID., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 42, 58 e 252 s.
- ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 36.
- BIANCA, *Autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1966, p. 785 ss.
- BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2015, *passim*.
- BIAVATI-RASIA, *Civil procedure in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2019, *passim*.
- BIN-PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, p. 31 ss.
- BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Lipsia, 1912, p. 27 ss.
- BLÉRY, *De la contractualisation à la réglementation unilatérale: dérive des protocoles de la mise en état*, in *Procédures*, 2012, Focus 5.
- BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Napoli, 1979, p. 172 ss.
- BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1998, p. 2 ss.
- BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss.

- BOWETT, *The international court of justice: process, practice and procedure*, London, 1997, *passim*.
- BREGGIA, *Dalle prassi esistenti alle prassi migliori condivise: il Protocollo per le udienze civili dell'Osservatorio sulla giustizia di Firenze*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2434 ss.
- ID., *Rifondazione normativa o prassi virtuose per accelerare la fase introduttiva del processo civile di cognizione?*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1093 ss.
- ID., *Dalle prassi esistenti alle migliori prassi condivise: il Protocollo per le udienze civili dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2434 ss.
- ID., *L'attività degli Osservatori della Giustizia Civile e della Fondazione Verardi*, in *Questione giustizia*, 2014, 26 febbraio 2014.
- ID., *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 715 ss.
- ID., *La XI Assemblea Nazionale degli Osservatori sulla Giustizia civile*, in *Questione giustizia*, 2016, 12 luglio 2016.
- BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden end die Prozessrechtswissenschaft*, Giessen, 1868, *passim*.
- ID., *Dispositives Civilprozeßrecht und der die Verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Arch. f. civ. Prax.*, 1881, p. 1 ss.
- ID., *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, *passim*, trad. di Marinelli, *Legge e giurisdizione*, in *Il giust. proc. civl.*, 2011, p. 1269.
- ID., *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, Freiburg-Leipzig, 1894, p. 1 ss.
- ID., *Dispositives Civilprozeßrecht*, in *AcP*, 1881, p. 39 ss.
- BÜLOW-ZORN, *Legge e giurisdizione*, a cura di Cortese-Sandri, Seregno, 2012, p. 114.
- CADIEP, *Les jeux du contrat et du procès: esquisse*, in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 23 ss.
- ID., *La contractualisation de la procédure de la mise en état devant la 3e chambre de la Cour d'appel de Paris*, in *J.C.P.G.*, 2001, p. 311 ss.
- ID., voce *Contractualisation*, in *Dictionnaire de la justice*, Paris, 2004, p. 231 ss.

- ID., *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, in *Les cahiers de la justice*, 2013, p. 63 ss.
- ID., *Approaches to procedural law*, a cura di Hess-Requejo, Baden-Baden, 2017, *passim*.
- CADIET-NORMAND-AMRANI-MAKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 2013, p. 208 ss.
- CAENEGEM-CAPPELLETTI, *History of European civil procedure*, in *International encyclopedia of comparative law*, Tubinga, 1973, p. 6 ss.
- CAJOLA-SCARAMUZZI-VIGORITO, *Il protocollo romano per la gestione delle udienze civili: prime esperienze*, in *Foro.it* 2005, c. 65.
- CALAMANDREI, *La crisi del processo civile in Germania - La legislazione processuale civile durante la guerra*, in *Studi sul processo civile*, 1947, p. 291 ss.
- ID., *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 26.
- CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolazione collettiva" del processo civile*, in *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011, p. 406.
- ID., *Contrattualizzazione del processo civile: prospettive italiane nel solco francese*, in *Giustizia senza confini. Studi in onore di Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 155 ss.
- CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 253.
- ID., *Che cosa sono gli osservatori*, in *Processo e organizzazione. Le "riforme" possibili per la giustizia civile*, a cura di Gianfranco Gilardi, 2004, p. 313 ss.
- ID., *Modelli europei del processo di cognizione: l'esempio tedesco*, in *Questione giustizia*, 2006, pp. 163-172.
- ID., *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 7-12.
- ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Le prove nel processo civile* Milano, 2007, p. 265-302.
- ID., *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Civil Procedure Review*, 2010, pp. 42-57.

- ID., *Italian civil justice reform*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2009, p. 143 ss., spec. p. 154.
- ID., *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII Convegno Nazionale. Verona, 25-26 settembre 2009*, Bologna, 2011, p. 293 ss.
- ID., *Aspetti fondamentali del processo civile tedesco (in margine alla traduzione in lingua italiana della ZPO)*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 71 ss.
- CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e due process of law clause*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 1284.
- CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 417.
- ID., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 169 e 216.
- ID., *Civil procedure. Introduction, policies, trends and ideas in civil procedure*, in *International encyclopedia of comparative law*, Tübingen, 1987, p. 23 ss.
- ID., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, p. 1-53 e 213-258.
- ID., *Dimesioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, *passim*.
- CAPPELLETTI-SECCOMBE-WEILER, *Integration through law. Methods, tools and Institutions. A political, legal and economic overview*, Berlin-New York, 1986, p. 25 ss.
- CAPPELLETTI-TALLON, *Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings*, Milano-New York, 1973, p. 661-773.
- CARATINI, *Le «contrat de procédure»: une illusion?*, in *Gazz., Pal.*, 1985, p. . 639 ss.
- ID., *A propos du «contrat de procédure»*, in *Gazz., Pal.*, 1986, p. 61 ss.
- CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, p. 44 ss.
- ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1920, p. 252 ss.
- ID., *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 9 ss. .
- ID., *Recognitio e comparatio personarum*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, p. 109 ss.
- ID., *Sistema di diritto processuale civile* Padova, 1936, p. 752; p. 71 ss.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 52 ss.

- ID., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1972, p. 116 ss.
- CARPI, *Vittorio Denti e le riforme processuali dello stato sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 727 ss.
- CARRATA, *La funzione sociale del processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 88 ss.
- ID, *Il giudice e l'interpretazione della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 101 ss.
- CASSESE, *Dal diritto pubblico al diritto privato: tradizione mito o realtà?*, in <http://romatrepress.uniroma3.it>,
- ID., *La crisi dello stato*, Bari, 2002, *passim*.
- CATALDI, *Giustizia civile, proposte di riforma e protocolli per la gestione delle udienze*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 439 ss.
- CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico- critica*, in *Il giudice e la prova*, Padova, 1991, p. 3 ss.
- CERRATO, *Azioni proprie - azioni cautelari in corso di causa e processo telematico: un precedente pericoloso*, in *Giurisprudenza italiana* 2016, 901.
- CERRI, *Linee guida 2017 degli osservatori sulla giustizia civile sulla redazione degli atti in maniera chiara e sintetica*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2017, 24 agosto 2017.
- CERRINA FERONI, *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro. Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2012, *passim*.
- CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 6 febbraio 2019, p. 2 ss.
- CHIGNOLA, «Der arbeitende Staat». *Storia giuridica, scienza dello stato e teoria dell'amministrazione in Lorenz von Stein*, in *Quaderni Fiorentini* 2017, p. 589 ss.
- CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *The international and comparative law Quarterly*, 1989, p. 850-866.
- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 102 ss.
- ID., *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1935, p. 62.



- CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero e falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 312.
- CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, Torino, 2014, p. 47 ss. e 144 ss. .
- ID., *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 45 ss.
- CHOUDHRY-HERRING, *The Cambridge companion to comparative family law*, Cambridge, 2019, p. 89.
- CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1243 ss. .
- CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 455 ss.
- CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2018, p. 465.
- CORMAC-MICHELON-WALKER, *After public law*, Oxford, 2013, *passim*.
- COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, *passim*.
- COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 77 ss., spec. p. 110.
- ID., *Un protocollo romano per la gestione delle udienze civili*, in *Foro it.*, V, 2003, c. 251.
- ID., *Governance e giustizia. Le regole del processo civile italiano.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 4, pp. 51-91.
- ID., *Considerazioni impolitiche sulla giustizia civile*, in *Questione Giustizia*, 2005, p. 1165 ss.
- ID., *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1073 ss.
- ID., «Contrasto», «mutamento» di giurisprudenza e «affidamento incolpevole», in *Foro it.*, 2011, c. 1174.
- ID., *Il giudizio di cassazione tra disciplina positiva e soft law*, in *Giur. it.*, 2018, p. 777 ss.

- COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di Costanzo-Mezzetti-Ruggeri, Torino, 2006, p. 262 ss.
- CRISTOFARO, *Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 282 ss.
- D'ASPREMONT, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Materials*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 1075 ss.
- DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1921, p. 47 ss.
- DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, *passim*.
- ID., *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano, 1959, p. 161 ss.
- DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2015, *passim*.
- DEMURO, *Interpretazione e applicazione del diritto*, Padova, 2008, p. 37 ss.
- DENTE, *The law as a policy resource: some scattered thoughts*, in *Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: A Tribute to Peter Knoepfel*, a cura di Stéphane-Varone, Lousanne, 2009, p. 33 ss.
- DENTI, *Processo civile e giustizia sociale* Milano, 1971, p. 13 ss.
- ID., *Il processo come alienazione*, in *Soc. dir.*, 1976, p. 149.
- ID., voce *Negozi processuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 138 ss.
- ID., *Sistemi e riforme: studi sulla giustizia civile*, Bologna 1999, p. 97.
- DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro Amm.*, 2018, 1559.
- DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 499 ss.
- DÖHRING, *Geschichte der Deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlino 1953, p. 8 ss. e 71
- DONÀ, *Del negozio giuridico processuale*, Milano, 1930, *passim*.
- EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976, *passim*.

- EINSTEIN-PHIPPS, *The principles and the rules of transnational civil procedure and their application to New South Wales*, in *Uniform law review*, 2004, p. 815 ss.
- ESTOUP, *Le contrat de procédure en appel*, in *Dalloz Chr.*, 1985, p. 195 ss.
- FABBI, *Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, p. 1003 ss.
- FABRI, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Paris, 2005, *passim*.
- FAZZALARI, *La funzione del giudice nella direzione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 65.
- FENTIMAN, *International commercial litigation*, Oxford 2015, *passim*.
- FERRARA, *Sulla conversione del negozio giuridico processuale*, in *Studi e questioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1908, p. 35 ss.
- ID., *Negozio processuale ed extraprocessuale di rinuncia al ricorso per cassazione*, in *Studi e questioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1908, p. 67 ss.
- ID., *La «ficta confessio» dell'interrogando non comparso*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1914, p. 185 ss.
- FERRARA, *Rapporto giuridico processuale*, Napoli, 1915, p. 1 ss.
- FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016, p. 161 ss.
- FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 853 ss.
- FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 600 ss. .
- ID., *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, *passim*.
- FIORIGLIO, *La legislazione di mera formula. Considerazioni a partire da alcune intuizioni di Giovanni Tarello*, in *Nomos*, 2015, 2.
- FRANZONI, *Violazione del codice deontologico e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 121 ss. .

- FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 144-145.
- GADAMER, *Verità e metodo*, trad. di Vattimo, Milano, 1995, p. 376 ss.
- GAGET, *Le contrat de procédure au tribunal d'instance, de Lyon, un moyen d'améliorer le fonctionnement de la justice*, in *Gazette du Palais*, 1987, p. 498 ss.
- GALANTE, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1909, p. 311 ss.
- GALGANO, voce *Negoziio giuridico*, in *Enc. giur.*, Milano, 1977, p. 932 ss.
- ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, *passim*.
- GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln, 2005, *passim*.
- GHESTIN, *Rapport de synthèse*, in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Paris, 1985, p. 3-17.
- GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1951, p. 851 ss. .
- ID., *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 125.
- GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1989, p. 10 ss. .
- GIAVAZZI, voce *Sanzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 2.
- GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlino, Heidelberg, 1889, p. 10 ss.
- GILARDI, *Osservatori sulla giustizia civile e deontologia comune di magistrati e avvocati*, in *Questione giustizia*, 2008,
- ID., *Organizzazione e osservatori*, in *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 653 ss.
- GILLES-PFEIFFER, *Prozeßrecht und Rechtskulturen. Procedural law and legal cultures*, Baden-Baden, 2004, *passim*.
- GIOVINE-ALGOSTINO-LONGO-MASTROMARINO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2017, p. 296 ss.
- GLENN, *The ALI/UNIDROIT principles of transnational civil procedure as global standards for adjudication?*, in *Uniform law review*, 2004, p. 829 ss.
- GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1986, p. 299 ss. .

- GOTTWALD-HESS, *Procedural Justice. XIV. IAPL World Congress / XIVème Congrès mondial de l'AIDP Heidelberg 2011*, Giesecking-Verl., 2014, *passim*.
- GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 212 ss.
- GROSS, *Review of the role of the International Court of Justice*, in *The American Journal of international Law*, 1972, pp. 479-490.
- GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni Fiorentini*, 2001, p. 493 ss., spec. p. 497
- GRUNSKY, *Il cosiddetto «modello di Stoccarda» e l'accelerazione del processo civile tedesco*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 354 ss.
- GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, 1990, p. 449 ss.
- GUASTINI, *Cenni alla statica e alla dinamica degli ordinamenti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Cicu-Messineo, 1998, p. 147 ss., spec. p. 157.
- HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe für Otto Gierke*, Breslau, 1910, p. 43 ss.
- ID., *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905, p. 1 ss.
- HESS, *From common rules to best practices in European civil procedure*, a cura di Kramer, Baden-Baden, 2017, *passim*.
- ID., *The fate of investment dispute resolution after the Achmea decision of the European Court of Justice*, in *MPILux Research paper series*, [www.mpi.lu](http://www.mpi.lu), 2018,
- ID., *The private-public divide in international dispute resolution*, Hague, 2018, p. 187 ss.
- HORN, *Studies in Transnational Economic Law: Legal Problems of Codes of Conduct for Multilateral Enterprises*, London, 1980, p. 127 ss.
- JHERING, *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972, p. 359 ss.
- KARRER, *Internationalization of civil procedure: beyond the IBA rules of evidence*, in *Uniform law review*, 2004, p. 893 ss.
- KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 80 ss.
- ID., *Reine Rechtslehre*, Tübingen, 1960, p. 284 ss.
- ID., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960, *passim*.

- ID., *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, trad. it. di Guastini, Milano, 1981, p. 108 ss.
- ID., *Teoria generale delle norme*, trad. di Mirella Torre, Torino, 1985, *passim*.
- ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, p. 66 ss.
- KLABBERS, *The Redundancy of Soft Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1996, p. 167 ss. .
- KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis (Prolegomena zu einem System des Civilprocesses)*, Mannheim, 1888, *passim*.
- ID., *Über prozessrechtliche Verträge und Creationen*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin, 1894, p. 127 s.
- ID., *Allgemeine Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1914, *passim*.
- KOLB, *The international Court of Justice*, Oxford, 2013, p. 82 ss.
- KOSKENNIEMI, *International Law in a Post-Realist Era*, in *Australian Yearbook of International Law*, 1995, p. 1-19.
- LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania* Milano, 1994, *passim*.
- ID., *Il grande abisso tra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello stato*, in *Nomos*, 2000, p. 65 ss.
- ID., *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2009, *passim*.
- ID., *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012, *passim*.
- LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.* , 1927, p. 98 ss.
- ID., *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 333 ss.
- ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 155 s. e 88.
- LINDE, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses*, Bonn, 1850, p. 188 ss.
- LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 307 ss.
- ID., *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 727 ss.
- ID., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 479 ss.

- LOSANO, *Cenni storici sulle costituzioni tedesche dall'ottocento a oggi*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali - Frammenti di un dizionario per il Giurista*, <http://dircost.di.unito.it/index.shtml>.
- LOUGHLIN, *The idea of public law*, Oxford, 2003, *passim*.
- LUCRIFREDI, *Il sistema tedesco: la Repubblica federale* Milano, 2001, *passim*.
- LUMINOSO, *Fonti comunitarie, fonti internazionali, fonti nazionali e regole di interpretazione*, in *Contratto e impr*, 2009, p. 659 ss.
- LUPANO, *Processo telematico - Estensione dell'obbligo di deposito telematico e conseguenze della sua violazione*, in *Giur. it.*, 2016, 2628.
- DI MAJO, *Fonti convenzionali e comunitarie in concorrenza sulle regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1157.
- MANDERY, *Party autonomy in contractual and non-contractual obligations*, Frankfurt am Main, 2014, p. 143 ss. .
- MANDRIOLI-CARRATTA, *Corso di diritto processuale*, Torino, 2018, p. 29 ss.
- MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici.*, Torino, 2002, p. 149 ss. e 221 s. .
- MASSARA-VACCARI, *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile. Prime applicazioni del Protocollo Valore Prassi sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.*, Napoli, 2012, *passim*.
- MERLINO, *Montesquieu e la scienza giuridica italiana* in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper 2017*, p. 1 ss. .
- MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, p. 20 ss.
- MEYER, *Soft law ad delegation*, in *Fordham International Law Journal*, 2009, p. 888 ss. .
- MICHAELS-JENSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *Private International law and Public Law*, a cura di Watt Cheltenham-Northampton, 2015, p. 5-52.

- MIKI, *Roles of judges and attorneys under the non-Sanction Scheme in Japanese civil procedure*, in *Hastings Int. Comp. L. Rev.*, 2003, p. 31 e 41 ss.
- MODUGNO, voce *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 328 ss., spec. p. 363.
- MODUGNO-NICCOLAI, voce *Atti normativi*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1997, p. 1 ss.
- MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un "revisionista"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 575 ss.
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 233.
- MORELLO, *Note sulla c.d. domanda trasversale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 389 ss.
- MORRONE, *Le fonti normative*, Bologna, 2018, *passim*.
- MORTARA, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1929, pp. 1-30.
- ID., *Lo stato moderno e la giustizia e altri saggi*, Napoli, 1992, *passim*.
- MOSCARINI-CORBO, voce *Transazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXXI, Roma, 1991, p. 2 ss.
- MOSTACCI, *La "soft law" nel sistema delle fonti*, Padova, 2008, *passim*.
- MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 221.
- MOURRE, *About Procedural Soft Law, the IBA Guidelines on Party Representation and the Future of Arbitration*, in *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, a cura di Shaughnessy-Tung, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 239 ss.
- MURRAY-STÜRNER, *German civil justice*, Durham, 2004, *passim*.
- ORIANI, voce *Atti processuali*, in *Enc. giur. Trecc.*, 2007, p. 1 ss.
- PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la nuova dialettica tra il giudice e le parti (e il loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1309.
- PANUCCIO, *La confessione giudiziale*, Milano, 1960, p. 82 ss.
- PANZAROLA, *La cassazione civile dopo la L. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. Protocolli*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 269 ss.



- PARK, *The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-governmental Instruments*, in *Pervasive Problems in International Arbitration*, a cura di Mistelis-Lew, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 142 ss.
- PASTORE, «Soft law», *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Law e dir.*, 2003, p. 5 ss.
- PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, p. 50 ss. e 181.
- PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 67 ss.
- ID., *Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 685 ss.
- ID., *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e della proliferazione delle corti, in Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII Convegno Nazionale. Verona, 25-26 settembre 2009*, Bologna, 2011, p. 5 ss.
- PICARDI-GIULIANI, *L'Ordinanza della procedura civile nell'Impero germanico 1877/1898*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2002, XXVII - XXVII.
- PIKENBROCK, *Le riforme della Cassazione italiana da una prospettiva tedesca*, in *Il giusto processo civile*, 2010, p. 77-105.
- ID., *Il processo civile tedesco dal modello di Stoccarda in poi*, in *Il giusto processo civile* 2013, p. 685-724.
- PROTO PISANI, *Il codice di procedura del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 73 ss.
- ID., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 265 ss.
- PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati* Milano, 1998, p. 6 ss. .
- PIZZORUSSO, *Metodologia dello studio del sistema delle fonti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, 1998, p. 37 ss.
- POGGI, *Il soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del XX Convegno Annuale, Catania, 14-15 ottobre 2005*, Padova, 2007, p. 369 ss.
- POSNER, *Law and social norms*, Cambridge, 2000, p. 169 ss.

- PUCCIARIELLO, *Obblighi di deposito telematico: tra nuovi formalismi e regole di validità degli atti processuali*, in *Corriere giuridico*, 2016, 1291.
- PUNZHIN, *Procedural normative system of the International Court of Justice*, in *Leiden Journal of international law*, 2017, p. 661-683.
- QUIGLEY, *Socialist law and civil law tradition*, in *American journal of comparative law*, 1989, p. 781 ss.
- REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 116 ss.
- ID., *Diritto processuale civile*, Milano 1953, p. 192.
- ID., voce *Atti processuali (diritto processuale)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 113 ss.
- RICCI, *Il processo civile tra ideologie e quotidianità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 77 ss.
- RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, *passim*.
- RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 9 ss.
- ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, p. 23 e 29.
- ID., *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, *passim*.
- RONCO, *Appunti sulla domanda proposta da un convenuto contro l'altro*, in *Giur. it.*, 1999, p. . 2290 ss.
- RUSQUEC, *A` propos du contrat de procédure*, in *JCP*, 1994, p. 315.
- SALVANESCHI, *La riduzione dei tempi del processo nella riforma ei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1560 ss.
- SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, a cura di Del Giudice, Francoforte, 1925, p. 74 e 137.
- SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, p. 49 s.
- ID., *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 63 ss.
- ID., voce *Accordo processuale*, in *Enc. dir.*, I, 1958, p. 300 s.
- SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968, p. 9 ss.
- SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Monaco, trad. it. di Ruiz., Firenze, 1947, 1943, p. 27 ss.
- SHABTAI, *The world court. What it is and how it works*, Leiden, 2003, *passim*.

- SHANY, *Assessing the effectiveness of international courts*, Oxford, 2014, p. 97 ss.
- SHAW, *Rosenne's law and practice of the international court*, Leiden-Boston, 2016, p. 1047. ss. .
- SHELTON, *Introduction*, in *Commitment and compliance*, a cura di Shelton, Oxford, 2003, p. 10 ss.
- SIME, *A practical approach to civil procedure*, Oxford, 2017, p. 49 ss.
- SIMONETTI, *Autoregolamentazione e codici di condotta*, in *Diritto e cultura*, 2002, p. 19-97.
- SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community Law*, in *The construction of Europe: essays in honor of Emile Noël*, a cura di Martin, Dordrecht, 1994, 198 ss.
- STICKLER, *Ordines iudicarii*, in *L'educazione giuridica*, VI, *Modelli storici della procedura continentale*, t. II: *Dall'ordo iudicarius al codice di procedura*, Perugia, 1994, p. 3 ss.
- STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, Monaco, 1992, p. 51.
- ID., *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, p. 45-59.
- ID., *Public law in Germany*, Oxford, 2017, *passim*.
- STÜRNER, *The Principles of transnational civil procedure*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2005, p. 201 ss.
- TAMMES, *Soft Law*, in *Essays on International and Comparative Law in Honor of Judge Erades*, The Hague, 1983, 187 ss.
- TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 353 ss.
- TARZIA, *Sulla proposizione della domanda tra litisconsorti*, in *Giur. it.*, 1970, p. 804 ss.
- TAVORMINA, *Sul contratto d'accertamento e sulla tutela, anche cautelare, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1619.

- TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2015, p. 68-96.
- TERRUSI, *La Corte di cassazione ai tempi del coronavirus, ovvero per una nomofilachia processuale solidale*, in *Il processo civile solidale*, a cura di Didone- De Santis, Milano, 2020, p. 53 ss.
- TEUBNER, *Il costituzionalismo della società transazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 185 ss.
- THIRLWAY, *The law and Procedure of the International Court of Justice*, Oxford, 2011, p. 82 ss.
- THIRLWAY, *The Sources of international law*, Oxford, 2014, p. 123 ss.
- THÜRER, *Soft law in Encyclopedia of Public International Law*, a cura di Bernhardt, Amsterdam, 2000, p. 452.
- TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, *passim*.
- ID., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 380 ss.
- ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2012, p. 307 ss.
- ID., *Processo e costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, p. 425 ss.
- ID., *Über prozessualische Rechtsgeschäfte*, Monaco, 1890, *passim*.
- TURRONI, *I Protocolli d'intesa e la loro rilevanza giuridica: tra regola e fatto*, in *Giur. it.*, 2018, p. 784 ss.
- VARANO, *La cultura dell'ADR: una comparazione fra modelli*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 495 ss.
- ID., *Denti e il diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 429 ss.
- VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, Torino, 1933, p. 12 ss.
- VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 676 ss.
- VERZELLONI, *Analisi organizzativa degli osservatori e dei protocolli d'udienza: una lettura comparata del fenomeno*, in *Quaderni di giustizia e organizzazione*, 2008, p. 45

ss.

- ID., *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza: una lettura organizzativa del fenomeno*, in *Dietro alla cattedra del giudice: pratiche, prassi e occasioni di apprendimento*, Bologna, 2009, *passim*.
- VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 cost.*, Milano, 1970, *passim*.
- VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Padova, 1999, p. 422 ss.
- VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, 13 ss.
- VON BOGDANDY, *The administrative state*, Oxford, 2017, p. 12 ss..
- VON BOGDANDY, *Il "pubblico" nel diritto internazionale alla luce del concetto di politico di Schmitt. Un contributo alla teoria generale del diritto pubblico*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 6 ss.
- VON JULIAN, *Privatisierung der Justiz*, Berlin, 2013, p. 54 ss..
- VULLO, *La domanda proposta da un convenuto contro l'altro: condizioni di ammissibilità, termini e forme*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1778 ss.
- WACH., *Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualische Rechtsgeschäften*, in *Archiv. f. d. zivil. Praxis*, 1881, p. 238 ss.
- ID., *Hausbuch des deutschen Civilprocesses*, Leipzig, 1885, p. 34.
- ID., *Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung*, Bonn, 1896, p. 53.
- WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, p. 50 ss.
- ID., *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, p. 11.
- WEBER, *European constitutions compared*, München, 2019, p. 74 ss.
- WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?*, in *American Journal of International Law*, 1983, p. 413-442.
- WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, Leipzig, 1878, 97 ss.
- WILLIAMSON, *Hard Law, Soft law e Non-Law in Multilateral Arms control: some compliance hypotheses*, in *Chicago Journal of International Law*, 2003, p. 59 ss.

- WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. di Fadda e Bensa, Torino, 1902, p. 264 ss.
- ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, Vol. I, Il sistema delle fonti*, 1990, p. 263 ss.
- ID., *Il diritto mite*, Torino, 1993, *passim*.
- ZAN, *Il sistema organizzativo della giustizia civile in Italia: caratteristiche e prospettive*, in *Quaderni di giustizia e organizzazione*, 2006, p. 24 ss.
- ZANOBINI, *La legge, il contratto collettivo e le altre forme di regolamento professionale*, in *Diritto del lavoro*, 1929, p. 334 ss.
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, 1186.
- ID., *L'arbitrato lite pendente*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, p. 233 ss.