

Andrea Graziosi

GIURISDIZIONE CIVILE E NUOVE TECNOLOGIE

Napoli, 22/23 settembre 2023

Sommario: 1. Premesse generali. - 2. Il processo civile telematico, nozione e sua definitiva acquisizione come unica forma di trattazione della causa nella riforma Cartabia. - 3. Col processo telematico è mutato il modo di esercitare la giurisdizione civile in Italia? - 3.1. La dematerializzazione degli atti processuali e dei luoghi del processo nella sua nuova dimensione virtuale. Forma digitale degli atti processuali v. forma scritta – 3.2. Chiarezza e sinteticità degli atti e principio di oralità nel processo telematico. - 3.3. Requisiti di validità e nullità dell’atto compiuto in forma digitale. - 3.4. Alcune prime conclusioni. – 4. Riflessi delle nuove tecnologie sul piano probatorio. – 4.1. Il documento informatico e la firma digitale. - 4.2. Le prove illecite nell’era digitale. – 4.3. Il notorio ed il principio dispositivo al tempo di *internet*. - 5. Intelligenza artificiale, giustizia predittiva e prevedibilità della decisione giudiziaria. - 5.1. La certezza del diritto come valore immanente in qualsiasi ordinamento giuridico e come postulato necessario per la prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Cenni. – 5.2. La predizione del giudizio di fatto. Profili critici e intelligenza artificiale. – 5.3. La previsione del giudizio di diritto. Aspetti problematici. – 5.3.1. La funzione nomofilattica della Corte di cassazione. Sua attuale inidoneità ad assicurare certezza del diritto e quindi un’appropriata prevedibilità delle decisioni giudiziarie. - 5.3.2. La giustizia predittiva – 5.4. Il giudice-robot? – 5.5 - Altre possibili e proficue applicazioni dell’intelligenza artificiale. - 6. Conclusioni.

1. – Ringraziamenti. Il tema che mi è stato assegnato è quello del rapporto tra l’esercizio della giurisdizione civile e le “nuove tecnologie” ed è chiaro che le nuove tecnologie a cui si fa riferimento altro non sono se non l’informatica che, secondo la definizione offertaci dall’Enciclopedia Treccani, è quella branca della scienza e della tecnica che si occupa “*del trattamento e della trasmissione delle informazioni per mezzo della loro elaborazione elettronica, che consente di gestire enormi quantità di dati e si presta all’applicazione in vari ambiti scientifici e pratici*”. E’ quindi un tema di straordinaria attualità e rilevanza non soltanto sotto il profilo giuridico e processuale, perché nell’età contemporanea non vi è ambito dell’esperienza umana che non

sia fortemente influenzato, se non addirittura rivoluzionato, dall'informatica che, come tutti sappiamo, si è ormai in qualche modo impadronita anche della vita quotidiana di tutti noi. Dovendo limitare il campo di osservazione al come l'informatica abbia inciso sull'esercizio della giurisdizione civile, è evidente che l'interrogativo da porsi, ed al quale provare a dare una risposta, è necessariamente quello del se e del come, ed in che misura, l'informatica abbia cambiato la struttura del processo civile, nel suo modo di svolgersi e di attuare la funzione giurisdizionale. Se è vero che il processo è lo strumento attraverso cui il potere giurisdizionale esercita la giurisdizione civile, e, correlativamente, attraverso cui il cittadino chiede la tutela dei propri diritti soggettivi all'autorità giudiziaria, è chiaro che per comprendere come l'informatica abbia inciso sull'esercizio della giurisdizione civile bisogna verificare se, ed eventualmente come, abbia modificato il funzionamento ed il modo di essere del processo civile nel nostro Paese. Queste elementari considerazioni conducono immediatamente la riflessione verso il cd. Processo civile telematico, ovverossia il processo che si svolge avvalendosi anche, e sempre più, della tecnologia informatica, nelle sue plurime dimensioni tecniche e potenzialità operative in continua ed inesorabile espansione. E' chiaro che solo comprendendo come e quanto si sia modificato il processo civile in termini funzionali e strutturali a seguito della sua informatizzazione, che si potrà indagare e soppesare quale sia oggi il rapporto effettivamente corrente tra le nuove tecnologie e l'esercizio della giurisdizione civile.

2. - Per addentrarsi in una siffatta indagine va anzitutto definito che cos'è il processo civile telematico, cosa si intende quando si utilizza tale espressione.

Nella dottrina processualciviltistica, ed anche tra gli studiosi di informatica giuridica, mi pare ormai diffusamente condivisa la classificazione del processo civile telematico, come un modalità di *“gestione in forma dematerializzata, con il <<bit>> invece che con la carta, mediante documento <<informatico>> invece che analogico, da <<remoto>> invece che <<in presenza>>, di alcune delle relazioni tradizionalmente intercorrenti tra i soggetti del processo, siano essi i c.d. <<soggetti abilitati>> esterni al sistema informatico, come i difensori, ma anche gli esperti ed ausiliari del giudice, siano i c.d. <<soggetti*

abilitati interni>>, come i magistrati, i cancellieri e il personale degli uffici notificazioni”¹. E così, “mentre gli atti processuali, un tempo, dovevano essere depositati (...) nella cancelleria dell’ufficio giudiziario tramite consegna diretta in formato cartaceo, oggi questa attività è – almeno per gli atti cd. “endoprocessuali”, cioè quelli successivi alla costituzione delle parti in giudizio a mezzo del difensore – obbligatoriamente sostituita da un flusso informatico di dati, consistente nell’invio di un messaggio di PEC dal domicilio digitale dell’avvocato costituito a mezzo PEC all’ufficio giudiziario ricevente, all’esito del quale si verifica l’inserimento dell’atto processuale o del documento di parte nei registri informatici della cancelleria gestiti tramite appositi sistemi informatici (SICID e SIECID) e nel fascicolo informatico di causa”².

Insomma, da queste lucide considerazioni mi pare possa agevolmente ricavarsi che il carattere strutturale qualificante del giudizio telematico è (semplicemente) che le attività processuali delle parti, del giudice, dei suoi ausiliari e del cancelliere non vengono più compiute nelle due forme tradizionali, orale o scritta, ma sono compiute in forma digitale per il tramite di un elaboratore elettronico e di un sistema informatico che mette stabilmente in contatto tra loro, identificandoli, i *computer* (*recte*, le Identità Digitali) di tutti i soggetti che partecipano al processo. Il dialogo tra le parti, e tra le parti e il giudice, di cui si sostanzia ogni processo, così come regolato dal codice di rito, non si svolge più in forma orale o scritta, ma avviene in una forma nuova e dematerializzata che è, appunto, la forma digitale.

Definito in questi termini il processo civile telematico sul piano concettuale, a livello normativo va subito notato che se fino a ieri questa nuova e diversa modalità di celebrazione del processo era sostanzialmente alternativa o complementare a quella tradizionale, con la recente entrata in vigore della cd. riforma Cartabia della procedura civile (d. lgs. n. 149/2022) è divenuta obbligatoria per tutti i processi civili, o meglio è divenuta l’unica ammessa dalla legge.

Tanto si ricava inequivocabilmente dal nuovo art. 196-*quater*, comma 1°, disp. att. c.p.c., ove oggi è previsto che “*Nei procedimenti davanti al giudice di pace, al tribunale, alla corte d’appello e alla Corte di cassazione il deposito degli atti processuali e dei documenti, ivi compresa la nota di iscrizione a ruolo, da*

¹ Così autorevolmente, di recente, C. PUNZI, *Sul processo civile telematico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1, nonché, in termini esattamente coincidenti, POLI, *Il processo civile telematico e il dialogo tra le sue fonti*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile* a cura di Ruffini, Milano, 2019, p. 3.

² Così, POLI, *op. cit.*, pp. 3-4; conf. TEDOLDI, *Il processo civile telematico tra logoi e techne*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 843 ss.

parte dei difensori e dei soggetti nominati o delegati dall'autorità giudiziaria ha luogo esclusivamente con modalità telematiche", cui fa eco il successivo art. 196 *quinquies*, comma 1°, disp. att. c.p.c., ove si prescrive che *"L'atto del processo redatto in formato elettronico dal magistrato o dal personale degli uffici giudiziari e degli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti è depositato telematicamente nel fascicolo informatico"*³.

Sicché tutti gli atti per i quali sino ad oggi era prevista la forma scritta, d'ora innanzi andranno compiuti *"esclusivamente"* in forma digitale tramite il deposito telematico dell'atto processuale.

Per gli atti del processo da compiersi in forma orale, e quindi sostanzialmente per quelli che si svolgono in udienza, la legge prevede ancora oggi che l'udienza si svolga *"in presenza"* e perciò che l'attività processuale si compia nella forma tradizionale dell'oralità, senza l'intermediazione di un dispositivo informatico; ma questa è una modalità destinata a divenire sempre più residuale, atteso che il nuovo art. 127, ult. comma, c.p.c. prevede che *"Il giudice può disporre, nei casi e secondo le disposizioni di cui agli articoli 127-bis e 127-ter, che l'udienza si svolga in mediante collegamenti audiovisivi a distanza o sia sostituita dal deposito di note scritte"*.

Pertanto anche la forma orale tradizionalmente intesa, ovvero quella che contempla e richiede la compresenza fisica dei soggetti che compiono gli atti processuali, nell'impianto complessivo e nella visione della riforma Cartabia è destinata ad essere soppiantata ad una nuova forma di oralità, che potremmo definire come oralità telematica, in quanto mediata e resa possibile da un dispositivo informatico di comunicazione e visualizzazione a distanza.

Per completezza, va infine considerato che a norma del nuovo art. 127 *ter*, comma 1°, c.p.c. *"L'udienza, anche se precedentemente fissata, può essere sostituita dal deposito di note scritte, contenenti le sole istanze e conclusioni, se non richiede la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice..."* e che in base all'ultimo comma della stessa disposizione *"Il giorno di scadenza del termine assegnato per il deposito delle note di cui al presente articolo è considerato udienza"*

³ Tali due fondamentali disposizioni sono poi corredate, come noto, da una serie di altre disposizioni sui requisiti di perfezionamento del deposito telematico degli atti processuali (art. 196 *sexies*, disp. att. c.p.c.) e sui poteri certificativi del difensore (artt. 196 *octies* e *novies*, disp. att., c.p.c.), anch'esse tese a facilitare e consolidare lo svolgimento del processo civile in forma telematica.

a tutti gli effetti". Cosicché, è la stessa nozione tradizionale di udienza⁴ a risultare in qualche modo rivisitata dalla riforma Cartabia, poiché d'ora innanzi andrà considerata (fittiziamente) come udienza, "*a tutti gli effetti*", anche la data di scadenza del termine per lo scambio delle note scritte di cui all'art. 127 *ter* c.p.c., con evidente superamento, pure in questo caso, della forma orale in favore della forma digitale.

3. - Preso atto che con l'avvento della riforma Cartabia il processo civile telematico è divenuto, a tutti gli effetti, la sola forma di processo civile esistente nel nostro ordinamento giuridico, l'approccio ad esso del processualista può essere, come è stato giustamente osservato da Remo Caponi, di due tipi: da un lato si può "*osservare che il nome <<processo civile telematico>> eccede il fenomeno che si intende indicare. Non si tratta di un nuovo modo di pensare e di fare il processo. Il processo civile telematico presuppone semplicemente la sostituzione di un supporto cartaceo con un supporto digitale nei documenti che rappresentano atti processuali scritti. Esso consiste nella trasmissione dei documenti (digitali appunto) attraverso reti telematiche*"; dall'altro si può invece ritenere che il processo telematico "*è in grado di determinare una rivoluzione nel settore della giustizia civile, correggendo talune distorsioni nella redazione degli atti processuali indotte dall'impiego di elaboratori elettronici e di programmi di videoscrittura*"⁵.

Aderendo a questo modo di impostare il problema, indubbiamente centrato sotto il profilo metodologico, a me pare che, nella scelta tra le due opzioni possibili, quella che maggiormente rispecchia la realtà sia la prima, che assegna un ruolo sostanzialmente neutro alla digitalizzazione del processo nel suo modo di essere e nei suoi principali caratteri strutturali, rispetto alla seconda che invece ravvisa nella forma digitale degli atti un possibile fattore, soprattutto di tipo linguistico, di totale sovvertimento nel modo di funzionare del processo, come invece è sostenuto da Caponi⁶.

⁴ V. MARENGO, voce *Udienza* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 483 ss.

⁵ I due virgolettati riportati nel testo sono tratti da CAPONI, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, rispettivamente a pp. 308 e 310.

⁶ In tal senso parrebbe orientata anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1185 ss.

3.1. - La forma digitale che ora, come si è visto sopra, è divenuta l'unica possibile, comporta non solo la dematerializzazione degli atti processuali (non sono più cartacei, ma immateriali, costituiti cioè soltanto da *bit*, che per essere decrittati richiedono l'intermediazione di un *computer*), ma a ben vedere anche quella dei luoghi fisici del processo. Se fino a ieri l'avvocato riceveva la comunicazione e/o la notifica di tutti gli atti processuali nel proprio Studio (art. 170 c.p.c.) – un luogo fisico – e, se assumeva la difesa di qualcuno al di fuori della circoscrizione del proprio tribunale, ossia quello dell'Ordine forense a cui era iscritto, era tenuto ad eleggere domicilio fisico nello Studio di un collega sito nel circondario del tribunale ove pendeva la lite, pena la notificazione e la comunicazione di tutti gli atti processuali nella cancelleria del giudice adito (art. 82 R.D., 22 gennaio 1934, n. 37), oggi tutto questo non esiste più, perché ogni avvocato è legalmente dotato di un proprio “domicilio digitale” rappresentato dall'indirizzo di posta elettronica certificata (p.e.c.), obbligatoriamente comunicato all'Ordine forense di appartenenza, il quale è a sua volta tenuto a comunicarlo al Registro Generale degli Indirizzi Elettronici tenuto dal Ministero della Giustizia (Re.GindE). Ecco quindi che nel processo telematico il luogo fisico che sino ad oggi era collocato dallo Studio del difensore, o dallo Studio dell'avvocato “domiciliatario”, non esiste più ed è sostituito *ex lege* da un luogo virtuale costituito dal domicilio digitale del difensore⁷.

Se questo vale per le parti, per i luoghi fisici che sino ad oggi nel processo sono venuti in rilievo con riferimento ad esse, un discorso non molto diverso vale anche per il Giudice (e per i suoi ausiliari), poiché il deposito di qualsiasi atto processuale, non avviene più fisicamente in cancelleria, non è materialmente inserito nel fascicolo d'ufficio ed ivi custodito, ma può avvenire solo in forma telematica e l'atto è conservato, sotto forma di *bit*, nel fascicolo elettronico, ossia della memoria informatica di un potentissimo e ramificato sistema informatico, gestito da Roma presso il Ministero della giustizia (il SICID⁸ ed il SIECID). E quindi anche il luogo fisico che prima era costituito dall'ufficio giudiziario, ove era materialmente conservato il fascicolo

⁷ Ciò è tanto vero che, come noto, se l'avvocato nei propri scritti difensivi indica un indirizzo p.e.c. diverso dal suo indirizzo p.e.c. iscritto nel Registro Re.GindE, le notifiche e le comunicazioni, per la loro validità, devono farsi presso il domicilio digitale (ossia l'indirizzo p.e.c. risultante da ReGindE) e non all'indirizzo p.e.c. espressamente indicato negli atti processuali (così, tra le tante, Cass. 16 giugno 2022, n. 19351). Ciò mi pare dimostri inequivocabilmente che ogni avvocato è, per il fatto stesso di essere iscritto all'Albo, automaticamente e legalmente dotato di un proprio domicilio digitale, che nel processo telematico è destinato ad avere la prevalenza su qualsiasi altro luogo fisico, ed anche su eventuali altri recapiti digitali.

⁸ E' il Sistema Informatico Contenzioso Civile Distrettuale che gestisce i registri del contenzioso civile, della volontaria giurisdizione e del contenzioso del lavoro ed è utilizzato nei tribunali e nelle corti di appello.

cartaceo ed i documenti e gli atti ivi contenuti, nella dinamica del processo civile telematico è scomparso, essendo stato sostituito da qualcosa di immateriale che è fascicolo elettronico, e cioè uno “spazio” digitale, e immateriale, nella memoria informatica di un elaboratore elettronico, consultabile solo attraverso un *software* capace di decrittare i *bit* ivi racchiusi.

Ebbene, tali primi rilievi sulla dematerializzazione degli uffici giudiziari, che fisicamente ci sono ancora, ma non sono più materialmente presenti nel processo telematico (o lo sono meno di prima, perché negli uffici giudiziari ormai si celebrano fisicamente soltanto le udienze e spesso neppure quelle, perché la riforma Cartabia consente lo svolgimento dell’udienza a distanza in forma telematica o il deposito di note scritte in loro sostituzione, v. sopra § 2), potrebbe indurre una prima riflessione riguardante le norme che oggi nel c.p.c. regolano la competenza territoriale, in quanto le stesse postulano generalmente un relazione fisica, materiale, tra uno degli elementi della controversia e la frazione di territorio nazionale su cui un certo organo giudiziario esercita la propria giurisdizione (ai sensi degli artt. 18 e 19 c.p.c. il foro generale del convenuto è quello del luogo in cui la persona fisica o la persona giuridica hanno residenza, sede o domicilio; ai sensi dell’art. 21 c.p.c. il foro delle cause relative a diritti reali o azioni possessorie è quello del luogo fisico in cui si trova l’immobile o l’azienda, o quello del luogo in cui “è avvenuto il fatto denunciato” nelle azioni possessorie), che oggi sembra essersi molto allentata, se non addirittura venuta meno.

La capillare distribuzione degli uffici giudiziari su tutto il territorio nazionale risponde alla logica di facilitare e/o razionalizzare l’accesso alla giustizia dei cittadini, alla logica cioè di avvicinare il giudice il più possibile alla controversia e/o a colui che chiede la tutela giurisdizionale dei propri diritti al fine di rendere più effettiva tale tutela. Le regole di competenza territoriale consentono di individuare il giudice competente, tra i tanti dislocati nel territorio nazionale, secondo criteri che variano di volta in volta, ma che presuppongono sempre una relazione fisica tra uno degli elementi della controversia ed il “territorio” su cui insiste la giurisdizione di un certo organo giudiziario.

Ora che nel processo telematico l’organo giudiziario ha perso la sua dimensione materiale, è chiaro che anche le regole di competenza territoriale, ed i criteri su cui sono fondate, sembrano smarrire parte della loro ragion d’essere. Se, ad esempio, la *ratio* che sta alla base del foro generale delle persone fisiche e delle persone giuridiche è generalmente riconosciuta nell’esigenza di privilegiare il convenuto che subisce l’azione

giudiziaria altrui, e quindi di consentirgli di difendersi dinanzi ad un giudice a lui vicino (quello del luogo in cui ha residenza, sede o domicilio)⁹, è chiaro che tale criterio non ha più la stessa valenza in un processo in cui è quasi la stessa cosa difendersi dinanzi a qualsiasi ufficio giudiziario italiano. Se è vero che nel processo civile telematico, che ormai si svolge in una dimensione quasi interamente virtuale, l'avvocato per costituirsi in giudizio davanti a qualsiasi tribunale italiano (e svolgere tutte le successive attività processuali¹⁰) deve compiere esattamente le stesse attività, operando semplicemente dal proprio *computer* e dal proprio Studio, è evidente che tutti i tribunali italiani risulteranno a lui, e alla parte che assiste, ugualmente vicini, a prescindere da dove siano fisicamente ubicati, e perciò le regole di competenza territoriale di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c., che privilegiano la vicinanza del giudice al convenuto, in questa nuova dimensione processuale, perdono gran parte della loro *ratio* ispiratrice. Stesso discorso può essere ovviamente replicato, *mutatis mutandis*, per quasi tutte le altre regole di competenza territoriale, poiché, come detto, esse presuppongono quasi sempre una relazione fisica tra la lite dedotta in giudizio ed il "territorio" su cui un certo ufficio giudiziario esercita la sua frazione di giurisdizione, che, nella sfera virtuale in cui oggi si svolge il processo telematico, non c'è più o è molto più difficile da rintracciare.

Ecco che, per tali ragioni, la digitalizzazione del processo civile, proiettandolo in una dimensione virtuale e dematerializzata, può rivelare un impatto di non trascurabile portata sulla disciplina della competenza per territorio e potrebbe, forse, perfino suggerirne una razionalizzazione e/o semplificazione nell'ottica di un risparmio o comunque di un miglior impiego delle risorse giudiziarie.

Al netto di queste notazioni sul problema della competenza territoriale nel processo telematico, quanto sopra osservato dimostra che la digitalizzazione del processo, ovvero il suo svolgimento non più nelle due forme canoniche scritta o orale, ma in forma digitale, ha conseguenze che vanno o possono andare anche molto oltre la sola dematerializzazione degli atti processuali, e loro trasmissione con mezzi informatici, poiché colloca la celebrazione del processo in una dimensione virtuale, dato che le parti vi partecipano per il tramite

⁹ Scriveva REDENTI, *Diritto processuale civile*, Ed. agg. da Carnacini e Vellani, II, Milano, 1985, p. 130, che "*la regola (actor sequitur forum rei) evidentemente è ispirata ad un riguardo verso il convenuto (che non si sa ancora se chiamato davanti al giudice a ragione o a torto)*".

¹⁰ Tranne probabilmente le udienze che, come visto sopra § 2, debbono tuttora essere celebrate in presenza, fatta salva la facoltà del giudice di sostituirle con lo scambio di note scritte o consentirne lo svolgimento a distanza mediante collegamenti *on line*, così come previsto dagli artt. 127 e 127 *ter* c.p.c.

del domicilio digitale (che è un'entità virtuale) e l'organo giudiziario, materialmente ancora esistente, nella dinamica del processo telematico si è trasformato in un luogo solo virtuale, polarizzato nel fascicolo elettronico e negli atti e documenti immateriali in esso inseriti. Beninteso, è innegabile che il giudice ci sia ancora fisicamente, nella sua entità corporea di essere umano in carne ed ossa (benché, come si vedrà *infra* § 5, secondo qualcuno potrebbe perfino essere sostituito dall'intelligenza artificiale), così come ci sono ancora gli avvocati che rappresentano le parti nel processo, ma è indubbio che il processo si svolga in una dimensione completamente nuova che non è più fisica e materiale, ma è in gran parte puramente virtuale¹¹.

Nonostante questo notevole mutamento ontologico prodottosi nel processo civile, se ora torniamo al quesito posto sopra, ovvero se l'avvento del processo telematico abbia cambiato il modo di essere del processo civile nel nostro Paese, i suoi caratteri strutturali essenziali, come qualcuno ritiene, io penso che la risposta debba comunque essere negativa: il giudizio civile telematico funziona ed è strutturato come il processo civile tradizionale, poco o nulla è cambiato nella sua struttura dinamica di fondo.

E' verissimo che la forma digitale è una forma di manifestazione del proprio pensiero, delle proprie dichiarazioni di scienza o di volontà, differente dalla forma orale, ed anche dalla forma scritta¹², perché l'atto informatico per poter produrre l'effetto rappresentativo della dichiarazione di cui è il supporto, di cui è il tramite comunicativo, ha necessità dell'intermediazione di un elaboratore elettronico che trasformi i *bit* in scrittura intellegibile all'uomo, e quindi è qualcosa di ontologicamente nuovo rispetto dalla scrittura materiale e cartacea alla quale siamo adusi, ma è altrettanto vero una volta che il *computer* abbia reso intellegibile l'atto processuale convertendolo in un testo scritto, non c'è una grande - o forse nessuna - differenza con uno scritto tradizionale. Il modo di comprendere il significato dell'atto, delle affermazioni difensive che vi sono rappresentate, è esattamente lo stesso e cioè la lettura dei segni (le lettere, le parole, le frasi nella loro

¹¹ Osserva efficacemente TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 868, che "il contesto, il luogo, il sacro recinto (*témenos*), entro cui il processo è celebrato nella stretta osservanza delle forme liturgiche e rituali, si trasforma e scompare del tutto in ubiquo <<non luogo>>...".

¹² Si evoca in proposito una sorta di "<<ultra-forma>>, *corpus recipiens dematerializzato di documentazione dell'attività processuale svolta (...)* che impone *tout court* di fare ricorso strumenti tecnologici di decrittazione dei bit di cui si compone la riproduzione informatica", TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 860; sul fatto che la forma digitale sia una nuova forma di comunicazione, vi è ovviamente ampio consenso tra i commentatori, così ad esempio P. COMOGLIO, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 958 ss.

connessione sintattica) che costituiscono il linguaggio e la forma scritta. Potremmo forse financo arrivare a pensare che la forma digitale è pressoché un equivalente semiotico dalla forma scritta.

3.2. - Parte della dottrina sostiene che invero la forma digitale potrebbe indurre ad un diverso modo di comporre e redigere l'atto processuale, sì da renderlo molto più chiaro e sintetico, che incrementi, insomma, in modo molto significativo l'effettività dei canoni di chiarezza e sinteticità degli atti processuali, e ciò potrebbe addirittura "*determinare una rivoluzione nel settore della giustizia civile*"¹³, provocata, appunto, dall'avvento del processo civile telematico.

Io non credo che sia così, che il processo telematico abbia connaturata in sé una così potente portata innovativa, ed è per questa ragione che sopra dicevo di condividere il modo di impostare l'indagine sul processo telematico proposta da Remo Caponi, ma dissentire sulle conclusioni a cui perviene.

Che le cose non stiano in questi termini è dimostrato, anzitutto, mi pare, dall'osservazione empirica della realtà giudiziaria, poiché se è vero che la riforma Cartabia ha reso il processo telematico definitivamente obbligatorio solo di recente, nel 2023, è altrettanto vero che esso è attivo nel nostro sistema giudiziario, sia pur in via parzialmente facoltativa, da almeno dieci anni¹⁴, e a me francamente non sembra che in tutti questi anni gli atti giudiziari delle parti e del giudice nei processi civili italiani siano divenuti progressivamente più chiari e sintetici; anzi, forse si è verificato il fenomeno esattamente contrario. Questo perché scrivere un atto o un provvedimento in forma cartacea o in forma digitale richiede operazioni mentali molto simili tra loro,

¹³ Così, CAPONI, *op. ult. cit.*, p. 310; conf. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1186, che vede nell'informatica una leva per una rinnovata concezione del processo e prevede che l'uso dell'ipertesto nel documento informatico possa rivoluzionare la dialettica processuale; conf. BRUNELLI, *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 517; P. COMOGLIO, *Processo civile telematico*, cit., il quale oltre a ritenere un po' apoditticamente che "*un terreno nel quale le nuove forme telematiche possano incidere in modo molto significativo appare quello delle modalità di redazione degli atti processuali*" (p. 969) e così, ad esempio, che "*la gergalità e l'attuale legalese potrebbero anche configurare una sorta di necessità inevitabilmente connessa alle specificità terminologiche e definitorie del gioco processo*" telematico (p. 970), oppure che "*si potrebbe pensare – nell'atto digitale, n.d.r. - ad una narrazione processuale configurata in chiave non più solo meramente indicativa, ma anche o soprattutto iconica*" (p. 974, sic!).

¹⁴ L'obbligo del deposito telematico di taluni atti endoprocessuali direi che risalga al d.l. n. 179/2012, come modificato e integrato in sede di conversione dalla l. n. 221/12; su cui v. FERRARI, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1379 ss.; successivamente l'art. 44 del d.l. n. 90/14, convertito con modificazioni in l. n. 114/14, ha reso obbligatorio il deposito telematico di tutti gli atti processuali, ad esclusione degli atti introduttivi, per i quali è rimasta la facoltatività tra deposito telematico e cartaceo nei processi civili instaurati dopo il 30 giugno 2014.

consistenti, in entrambi i casi, nella traduzione in forma scritta delle proprie argomentazioni e dei ragionamenti che le sorreggono. E perciò, se un avvocato o un giudice redige i propri atti e i provvedimenti processuali in modo confuso e prolisso, lo farà sia quando utilizza la forma scritta tradizionale che quando ricorre (*recte*, è tenuto a ricorrere) alla forma digitale.

Beninteso, nessuno dubita che chiarezza e sinteticità degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice siano due requisiti assolutamente essenziali per il buon funzionamento del processo e per l'efficace esercizio del diritto di difesa¹⁵. E' questa un'idea unanimemente accolta e condivisa da chiunque abbia un minimo di dimestichezza col reale funzionamento del processo, che dovrebbe far parte della formazione e del bagaglio culturale di qualsiasi buon avvocato e buon giudice. Nel suo notissimo *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Pietro Calamandrei scriveva satiricamente che “*La brevità delle difese scritte ed orali (noi avvocati non riusciamo mai ad impararlo!), è forse il mezzo più sicuro per vincere le cause: perché il giudice, non costretto a stancarsi nella lettura di grossi memoriali o nell'assistere sbadigliando a interminabili arringhe, presta attenzione a mente fresca a quel poco che legge od ascolta, non ha bisogno di fare complicati riepiloghi per comprenderlo, e la gratitudine verso il difensore, che ha ridotto al minimo la sua fatica, lo induce a dargli ragione anche se ha torto. La brevità e la chiarezza, quando riescono e stare insieme, sono mezzi sicuri per corrompere onestamente il giudice*”¹⁶.

Ora, la lettura di questo breve e sagace passaggio – sintetico appunto! – mi pare dimostri, con le parole ironiche e argutissime di Calamandrei, che i canoni della chiarezza e della sinteticità sono sicuramente alla base del buon funzionamento del processo e di un efficace esercizio del diritto di difesa, ma non sono assolutamente nulla di nuovo, perché già da moltissimo tempo è risaputo che dovrebbero sempre ispirare il dialogo processuale tra l'avvocato e il giudice. Quello di cui io dubito fortemente è che il processo telematico sia, in quanto tale, in grado di valorizzarli e di favorirli più di quanto sia avvenuto nel processo che si svolgeva nelle forme tradizionali. Dubito inoltre fortemente che essi, per quanto fondamentali, possano essere imposti per legge come ha tentato di fare la Riforma Cartabia sia enunciandoli in termini generali nel nuovo art. 121 c.p.c., sia elevandoli, in taluni casi, a requisiti formali di validità e/o ammissibilità dell'atto processuale (si

¹⁵ Conf. F. DE SANTIS, *La redazione degli atti difensivi ai tempi del processo civile telematico: sinteticità e chiarezza*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 751, ss.

¹⁶ CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4° ed., Milano, 1959, rist. 2022, p. 88.

pensi ai nuovi artt. 366 n. 4 c.p.c. e 163 n. 4 c.p.c. che li impongono come requisiti di validità del ricorso per cassazione¹⁷ e dell'atto di citazione)¹⁸, in quanto chiarezza di dettato e sintesi espositiva sono attribuiti, perlopiù linguistico lessicali, talmente astratti e variabili caso per caso che non penso possano divenire dei parametri sufficientemente oggettivi a cui ancorare il giudizio di ammissibilità di un atto processuale, se non si vuole correre il serio rischio di valutazioni del giudice oltremodo discrezionali e incontrollabili nell'applicazione di una sanzione processuale grave come è quella dell'inammissibilità¹⁹.

Si potrebbe altresì pensare, e temere²⁰, che la trattazione del processo in forma digitale possa implicare un'eccessiva compressione del principio di oralità, poiché l'oralità informatica, ovvero quella veicolata da una connessione informatica, è differente e meno efficace dall'oralità che tradizionalmente si attua in udienza, e quindi, anche sotto questo profilo, registrare una cospicua differenza tra processo civile telematico e processo tradizionale.

Sono ben consapevole che queste due forme di oralità sono tra loro diverse e che l'oralità in presenza è probabilmente più incisiva, e forse retoricamente più efficace, rispetto a quella in cui le parti si vedono e dialogano solo tramite il video di un p.c. (sarebbe come dire che una lezione universitaria impartita in aula è uguale ad una lezione cd. da remoto, mediata da mezzi telematici di comunicazione visiva, ma ben sappiamo che sicuramente non è così!), ma da qui a dire che quest'ultima non è una forma di oralità, e di trattazione orale della causa, secondo me ce ne corre, poiché anche quando l'esposizione orale delle difese avviene da remoto non manca di quegli elementi di immediatezza e di persuasività retorica tipici della parola detta rispetto alla parola scritta. Ritengo quindi che l'oralità informatica sia senz'altro diversa da quella tradizionale in presenza,

¹⁷ V. in arg. RAITI, *Il principio di sinteticità e di chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1027 ss.

¹⁸ E come recentissimamente tenta di fare con riguardo al processo telematico il D.M. 7 agosto 2023, n. 110, recante *Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell'articolo 46 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile*, in *Gazz. uff.*, n. 187 del 11 agosto 2023; in arg. v. in precedenza le notazioni critiche di SCARSELLI, *Contro l'idea che l'esercizio dell'azione giudiziale possa darsi compilando formulari predisposti dal Ministero della Giustizia*, in *Judicium.it*, 2021.

¹⁹ Queste perplessità mi sembrano condivise anche da PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo di intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2785, nella cui riflessione è peraltro ben rimarcato che "sinteticità" è concetto ben diverso da mera "brevità" dell'atto; v. anche F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 270.

²⁰ GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, trad., Milano, 2021, p. 116.

ma che tale differenza non sia tale da poter compromettere il principio di oralità nel processo, se e nella misura in cui il legislatore voglia ad esso ispirarsi nella disciplina del rito civile²¹.

Ciò che invece, per inciso, lo può indebitamente comprimere sono alcune scelte normative, anche di recente compiute, come ad esempio nel giudizio in cassazione ove la discussione in pubblica udienza, che nell'impianto originario del c.p.c. era sostanzialmente sempre obbligatoria, oggi è divenuta meramente facoltativa, e rimessa ad una valutazione sostanzialmente discrezionale di ogni presidente di sezione, quando sia controversa una “*questione di diritto di particolare rilevanza*” (art. 375, comma 1°, c.p.c.)²².

Mi pare dunque, in definitiva, che non si possano registrare cospicue differenze tra rito telematico e processo civile tradizionale, né sotto il profilo della chiarezza e sinteticità degli atti, che secondo taluni verrebbe esaltato dalla forma digitale, né sotto quello della temuta sottovalutazione del principio di oralità che, secondo altri, sarebbe insita nella nuova oralità telematica.

3.4. - Infine, per stabilire se la trattazione del processo in forma digitale ne alteri i connotati strutturali essenziali, va ovviamente verificata la compatibilità tra l'atto processuale compiuto in forma digitale e la vigente disciplina processuale della nullità e dei requisiti di validità degli atti, concepita, ovviamente, con riguardo ad atti compiuti in forma orale e, soprattutto, scritta, perché se si dovesse appurare che quella disciplina è inconciliabile con l'atto informatico ci si troverebbe sostanzialmente privati della possibilità di valutare la validità dell'atto processuale con le tutte le immaginabile ricadute in ordine all'applicabilità delle norme che regolano la nullità. Ci si dovrebbe misurare, in altri termini, con una consistente lacuna normativa e perciò con la necessità di dover dotare il processo di una disciplina alternativa rispetto a quella attuale, poiché se si vuole dare attuazione alla garanzia costituzionale del giusto processo “regolato dalla legge” (art. 111,

²¹ In generale sul valore dell'oralità si v. i classici studi di CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Nuovo Dig. it.*, IX, Torino, 1939, p. 178 ss.; CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 1 ss.; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 153; DENTI, voce *Oralità (principio dell'oralità - diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXI, p. 1 ss.; COSTA, *L'oralità e il processo civile odierno*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 77 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza di parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1974, *passim*; su posizioni differenti, VOCINO, voce *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 592,

²² Sulla rimodulazione di questa norma ad opera della riforma Cartabia, v. se vuoi GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 684.

comma 1°, Cost.), è chiaro che la regolamentazione del processo non può essere priva, al suo interno, di una cogente disciplina delle nullità processuali, che è indispensabile per garantire lo svolgimento del giudizio in modo conforme alla legge tramite la sanzione processuale gli atti difformi dal modello legale²³.

E' perciò evidente che se dovesse risultare che al processo telematico, basato sulla forma digitale degli atti, non è estensibile la vigente normativa codicistica sulle nullità processuali, si dovrebbe prendere atto che esso è, effettivamente, qualcosa di molto diverso da quello tradizionale celebrato in forma scritta ed orale. Se tutta la basilare disciplina dei requisiti di validità degli atti, e delle conseguenze derivanti dalla loro invalidità, presupponesse per il suo funzionamento un processo necessariamente celebrato in forma scritta o orale, e fosse quindi incompatibile con la nuova forma digitale, allora si potremmo dire che le nuove tecnologie, in specie l'informatica, hanno cambiato il processo civile nelle sue fondamenta, o meglio in una delle sue principali fondamenta. Avremmo sicuramente a che fare con un tipo di processo nuovo e diverso.

Ma a ben vedere, a mio avviso, non è così, poiché il giudizio sulla validità e/o nullità dell'atto informatico può essere linearmente condotto sulla scorta di regole e criteri esattamente identici a quelli codificati che già si utilizzano per l'atto processuale cartaceo o orale.

Intanto va detto che le norme contenute nel Titolo Sesto del Libro primo c.p.c. dedicate agli *Atti processuali*, ivi comprese quelle sulla nullità contenute nel Capo terzo, possono applicarsi, indistintamente, tanto agli atti compiuti in forma scritta che a quelli compiuti in forma orale, poiché il codice di rito sin dall'origine prevedeva al suo interno sia la scrittura che l'oralità come possibili forme di trattazione della causa, nell'ambito, peraltro, del fondamentale principio di libertà e congruità delle forme (art. 121 c.p.c.).

Ciò premesso, va osservato che, come si è visto sopra, la forma digitale costituisce senz'altro una modalità di espressione del pensiero diversa dalla forma scritta, perché si manifesta in altro modo, tramite l'intermediazione di un elaboratore elettronico, ma una volta che l'atto informatico è divenuto "leggibile", grazie all'azione del *computer* che lo trasforma in un testo scritto, la differenza rispetto alla forma scritta tradizionale sostanzialmente viene meno. Tanto nell'atto scritto che in quello digitale è la "lettura" delle parole

²³ In generale sulla nullità degli atti processuali, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, v. per tutti AULETTA, *Nullità e <<inesistenza>> degli atti processuali civile*, Padova, 1999, *passim*; nonché DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, *passim*.

e delle proposizioni che vi sono rappresentate che consente di estrapolarne il significato e di conoscere le difese che con quell'atto vengono svolte, sicché se le regole relative alla validità e/o nullità degli atti processuali è pacificamente applicabile agli atti scritti, non vi è ragione, a mio avviso, perché non possa applicarsi anche agli atti compiuti in forma digitale, che ne sono, come si è visto sopra, l'equivalente semantico.

Come noto, però, la disciplina relativa alla validità degli atti processuali non è tanto imperniata sulla distinzione tra forma scritta e forma orale, ma è perlopiù costruita su quelli che già Redenti, nella sua celebre voce Atti processuali, chiamava i requisiti di contenuto-forma dell'atto²⁴, ovverosia su quei requisiti contenutistici dell'atto che la legge predetermina in astratto per la sua validità formale, e che, nel loro insieme, ne costituiscono il paradigma legale (nella dottrina di Redenti le “*categorie classificatorie del contenuto*”). Ma anche qui non vedo significative differenze tra atto scritto e atto compiuto in forma digitale, perché il riscontro della validità di entrambi può avvenire linearmente sulla scorta delle stesse regole formali che fissano i paradigmi di validità dei principali atti scritti del processo (solo per citare i più importanti: l'art. 125 c.p.c. come modello generale, l'art.163 c.p.c. per l'atto di citazione, l'art. 414 c.p.c. per il ricorso laburistico, l'art. 366 c.p.c. per il ricorso in cassazione, l'art. 480, comma 2°, c.p.c. per il precetto, l'art. 132 c.p.c. sui requisiti di contenuto-forma della sentenza). Al fine di verificare la validità formale sia dell'atto scritto che dell'atto compiuto in forma digitale possono cioè efficacemente applicarsi esattamente le stesse disposizioni di legge, che quindi risultano perfettamente trasponibili dall'una all'altra forma. E lo stesso vale, ovviamente, anche per le regole che concernono la nullità, la sanatoria (ad esempio l'art. 164 c.p.c.) o l'eventuale rinnovazione degli atti nulli (art. 162 c.p.c.).

Se queste considerazioni concernono le nullità formali, ad identiche conclusioni si giunge linearmente, *mutatis mutandis*, anche con riguardo alle cd. nullità extra formali, poiché anche le norme su cui queste si fondano, e che ne governano il funzionamento processuale, sono perfettamente trasponibili dagli atti scritti cartacei, o orali, agli atti compiuti in forma digitale. Molto in sintesi, non è difficile osservare che se un atto del processo è compiuto senza che ricorrano i requisiti extra formali richiesti dalla legge per la sua validità esso è parimenti nullo sia se ha forma digitale, sia se riveste forma scritta o orale. L'atto processuale compiuto da un soggetto non legittimato, o tardivo in quanto posto in essere dopo la scadenza di un termine perentorio -

²⁴ REDENTI, voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in Enc. dir., Milano, 1959, p. 126.

e quindi quando la parte non era più legittimata a compierlo - andrà dichiarato dal giudice nullo, inammissibile o improponibile, a seconda dei casi, indipendentemente dal fatto che abbia forma scritta, orale, o digitale. E così pure, ad esempio, la rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.* può senz'altro operare nell'ambito del processo telematico nello stesso modo in cui sino ad oggi ha funzionato nel processo tradizionale - ormai superato - incentrato sulle forme scritta e orale²⁵. Ed ancora, se il giudice rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza, o di autorizzazione in capo ad una delle parti costituite da cui deriva la nullità (extra)formale degli atti dalla stessa compiuti, potrà senz'altro attivare il dispositivo di sanatoria di tale vizio previsto dell'art. 182, comma 2°, c.p.c. tanto nell'ambito del processo telematico, che si svolge in forma digitale, che del processo trattato in forma scritta o orale²⁶.

Come si vede, quindi, anche sotto il profilo dei requisiti di validità extra formali, e delle conseguenti cd. nullità, non fa alcuna differenza che il processo si svolga in forma digitale o in forma scritta o orale. Le norme di riferimento sono sempre le stesse e possono linearmente trovare applicazione nell'uno e nell'altro caso.

In definitiva, quindi, tutta la normativa che nel codice di rito regola la nullità degli atti – formale e non formale - è perfettamente applicabile e funzionante anche se il processo si svolge in forma digitale e dunque, anche da questo punto di vista, non vi è alcuna differenza di rilievo tra il nuovo processo telematico ed il vecchio processo in forma scritta o orale.

3.5. – Giunti al termine di questa breve disamina, direi che si possa senz'altro concludere che le nuove tecnologie - informatica, digitale, telematica – non hanno modificato in maniera sostanziale il modo di essere del processo civile, che, nei suoi tratti strutturali fondamentali e nella sua dinamica di fondo, è rimasto sempre lo stesso, e perciò, tornando al quesito da cui si era partiti (§ 3), non credo possa ritenersi che abbiano comportato un mutamento significativo nel modo di esercitare la giurisdizione nel nostro Paese. Certo, tante

²⁵ Conf. PICCININI, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile* a cura di Ruffini, cit., p. 454.

²⁶ In generale sul tema delle sanatorie degli atti processuali telematici, v. l'ampia disamina di BONAFINE, *L'atto processuale telematico. Forma, patologie, sanatorie*, Napoli, 2017, *passim*; sul rimedio processuale *ex art. 182 c.p.c.*, v. per tutti lo studio di CAPORUSSO, *I vizi di capacità e di rappresentanza nel regime delle sanatorie processuali*, Napoli, 2019, *passim*.

cose ora gli avvocati e i giudici le fanno in maniera assai più semplice, rapida e soprattutto comoda - semplicemente dalla tastiera del proprio p.c. - ma il processo civile funziona e si svolge esattamente come prima²⁷.

Né credo si possa dire che le nuove tecnologie abbiano reso, o possano rendere, il processo civile più veloce e snello. E ciò è dimostrato, se non altro, da una ovvia ed elementare osservazione di tipo empirico: il processo telematico opera in forma massiccia nel nostro Paese già da quasi un decennio e non ha sortito alcun tangibile effetto acceleratorio²⁸. La sua piena obbligatorietà è stata definitivamente sancita dalla Riforma Cartabia, ma già da almeno 10 anni per la gran parte degli atti endoprocessuali (fatta eccezione per gli atti introduttivi) è prescritta la forma digitale e non credo proprio che in questo ultimo decennio si sia assistito ad una apprezzabile diminuzione dei tempi del processo, anzi, probabilmente, il problema della insopportabile lentezza dei processi civili si è perfino acuito, al punto che la riforma Cartabia, sollecitata dall'U.E., è intervenuta proprio per porvi rimedio. E questa mi pare la prova più evidente che non è informatizzando il processo civile che si può riuscire a risolvere il problema della sua cronica e drammatica lentezza. Né si può sperare di risolverlo riformando a ciclo continuo il suo modo di svolgersi, la sua struttura procedimentale, come si è fatto in questi ultimi 30 anni, perché anche questa si è rivelata una strada fallimentare. E' su altre leve, quali quella della efficienza e produttività del sistema giudiziario, che si deve puntare per mettere il nostro processo civile in condizione di svolgersi "*in tempi ragionevoli*", così come statuito dall'art. 111, comma 1°, cost. e dall'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹.

4. – Assodato che le nuove tecnologie, con l'introduzione del processo civile telematico, non hanno comportato mutamenti degni di nota nella struttura e nella dinamica complessiva del processo civile italiano,

²⁷ Così, tra gli altri, l'autorevole opinione di C. PUNZI, *op. cit.*, p. 1, il quale avverte che "*l'importante è non credere o fare credere che si è in presenza di una nuova forma di processo civile, in cui il computer soppianta l'attività degli avvocati e assolve, al posto del giudice, il dovere decisorio attraverso l'uso di algoritmi e l'elaborazione dei cd. big data, ma neppure di un nuovo modello processuale che si affianchi a quelli già esistenti, in cui sia bandito ogni rapporto personale tra i difensori e tra i difensori e il giudice*".

²⁸ V. sopra nota 14.

²⁹ In questo senso v. di recente quanto autorevolmente osservato anche da A. PROTO PISANI, *Ma è davvero impossibile scrivere una riforma del processo di cognizione capace di ridurre numero e durata dei giudizi?*, in *Judicium.it* 2023, § 3, il quale chiosa che "*per aggredire davvero i mali della giustizia civile, gli interventi dovrebbero essere soprattutto ordinamentali e organizzativi, mali che riguardano la giustizia civile nel suo complesso e non solo i processi a cognizione piena ed esauriente*".

qualche rapido cenno va riservato alla sfera del diritto probatorio, ove l'avvento dell'informatica e della cd. era digitale ha posto alcuni non trascurabili problemi.

4.1. - Penso anzitutto, ovviamente, al documento informatico e alla firma digitale. Il documento informatico è un nuovo mezzo di prova che si forma grazie alla tecnologia informatica, nelle sue sempre più estese potenzialità operative, che l'art. 1, comma 1°, lett. p), del Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. n. 82/2005, d'ora innanzi solo CAD) definisce come "*il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*"; mentre il documento tradizionale, quello che tutti conosciamo in formato cartaceo o comunque costituito da una *res* materiale, viene denominato "*documento analogico*"³⁰ e definito come "*la rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*". La "*rappresentazione informatica*" cui fa riferimento la norma è ovviamente quella che si realizza tramite l'intermediazione di un elaboratore elettronico, che decodifica e rende intellegibile il documento³¹, mentre quella "*non informatica*" avviene attraverso la diretta percezione del documento da parte dell'utente.

Interessante notare che la legge fornisce una definizione del documento tradizionale (o analogico, che dir si voglia) molto diversa, anche concettualmente, da quella celeberrima di Carnelutti che lo definiva come "*una cosa che fa conoscere un fatto*"³². Mentre nella definizione carneluttiana il documento era un oggetto,

³⁰ Giova qui precisare che nel lessico informatico largamente assimilato tra gli operatori di settore con la locuzione "*documento analogico*" s'intende solitamente un documento materiale formato su supporti cartacei o su pellicole fotografiche, cinematografiche, microfilm, su lastre o pellicole radiologiche, su cassette e nastri magnetici, ecc.

³¹ In altra sede, già diversi anni fa, mi ero permesso formulare una definizione di documento informatico molto simile a quella ora adottata dal legislatore, qualificandolo, nell'ambito di una più ampia ricostruzione tesa a delineare le coordinate teoriche della prova informatica, come "*qualunque oggetto che, interagendo con un elaboratore elettronico collegato ad un video, restituisca all'utente la rappresentazione di un fatto presente o passato*", in tal senso v. se vuoi GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 492; in arg. per maggiori approfondimenti e richiami bibliografici v. anche ID, *La nuova efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 53 ss.; ID, voce *Documento informatico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 492 ss.; ID, *Parola detta, parola scritta e parola telematica, questioni in tema di prova e provenienza*, in *Scrittura e diritto, Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, Milano, 2000, p. 163 ss.

³² Così CARNELUTTI, voce *Documento (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 86; ma l'insigne Maestro aveva già espresso lo stesso concetto in numerosi altri suoi studi fondamentali sul tema: ID, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 690, ove si parla di "*cosa che docet*"; ID, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1926 (ristampa anastatica del 1986), p. 476, ove si parla di "*opus (il risultato di un lavoro)*"; ID, *La prova civile, Parte generale*, Milano 1915, rist. 1992., p. 138; in senso conforme si v. anche ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 676, che si esprime in termini di "*idoneità rappresentativa*" del documento; nonché CARRARO, *Il diritto*

una *res* materiale, che ha la proprietà intrinseca di rappresentare un fatto in chi ne ha la percezione sensoriale, e dunque la rappresentazione altro non era se non “*l’equivalente sensibile*”³³ del fatto rappresentato, nell’attuale formula normativa il documento non è più una cosa, ma è semplicemente la rappresentazione, informatica o non, di un fatto; e quindi nella concezione del legislatore, anche il documento analogico è divenuto un fenomeno immateriale che perde la sua corporeità, la sua materialità, essendo soltanto la rappresentazione sensoriale di un determinato fatto.

Con l’avvento delle nuove tecnologie si assiste perciò, a livello normativo, alla definitiva dematerializzazione del concetto di documento, poiché alla immaterialità in sé del documento informatico si aggiunge quella del documento analogico (o tradizionale) che, nella definizione normativa, non è più un oggetto materiale rappresentativo di fatti³⁴, ma è esso stesso la rappresentazione sensoriale di un fatto indotta da un oggetto capace di provocare quell’effetto rappresentativo.

Nel processo civile telematico le parti possono utilizzare come mezzi di prova sia i documenti informatici cd. nativi digitali, ossia quelli che vengono ad esistenza sin dall’origine in forma digitale³⁵, sia quelli tradizionali, ma in tal caso ne andrà prodotta la copia informatica, o per immagine, con attestazione di conformità all’originale analogico rilasciata dal difensore (così artt. 16 *decies* e 16 *undecies* d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 132/2015). In entrambi i casi la loro acquisizione probatoria si perfeziona con il deposito telematico che consiste, ovviamente, in un’operazione molto diversa dal tradizionale deposito cartaceo, ormai definitivamente soppresso dalla legge³⁶, ma che - al netto di alcuni problemi tecnico giuridici sui quali qui si

sul documento, Padova, 1941, p. 8, per il quale il documento è “*una cosa rappresentativa di un fatto giuridicamente rilevante*”; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 356 ss.

³³ Così ancora CARNELUTTI, voce *Documento*, cit., p. 86.

³⁴ Proprio il carattere corporale e fisico del documento aveva portato la più autorevole dottrina civilistica ad inquadralo tra i beni mobili materiali e a giustificare la disciplina speciale cui è assoggettato in funzione del particolare vincolo di accessorietà che lo lega al fatto rappresentato, così SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 61.

³⁵ E ciò accadrà con sempre maggiore frequenza in futuro, visto che questa diventerà - ed in parte è già diventata - la modalità normale di formazione di tali mezzi di prova.

³⁶ Come si è già visto anche sopra, con l’entrata in vigore della c.d. riforma Cartabia in tutti i processi civili il deposito “*degli atti processuali e dei documenti*” può aver “*luogo esclusivamente con modalità telematiche*” (nuovo art. 196 *quater*, disp. att., comma 1°, c.p.c.).

può sorvolare - produce sostanzialmente lo stesso effetto processuale, rendendo il documento utilizzabile dal giudice per la decisione della causa³⁷.

Se è prodotta la copia informatica di un documento tradizionale (cd. analogico) potranno trovare lineare applicazione le norme codicistiche dettate in materia di prova documentale ed in particolare le norme del codice civile sull'efficacia probatoria della prova documentale (art. 2699 ss. c.c.), facendo riferimento alla riproduzione informatica del documento analogico presente nel fascicolo elettronico di causa. Se invece è prodotto un documento informatico cd. nativo digitale, la legge detta una disciplina notevolmente innovativa contenuta nell'art. 20 CAD (più volte riformato), sulla quale è opportuno soffermare brevemente l'attenzione.

Vi si prevede infatti che:

- *“Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata”* (così art. 20, comma 1 bis, CAD)³⁸;

- *“In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità”* (così art. 20, comma 1 bis, CAD)³⁹;

- *“La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida”* (così ancora art. 20, comma 1 bis, CAD);

³⁷ Sul deposito telematico di documenti, con ampi riferimenti bibliografici e con dettagliata esposizione dei plurimi incidenti probatori che ne possono conseguire, v. GRADI, *Le prove, in Il processo civile telematico nel sistema del diritto processuale civile*, cit., p. 561 ss.

³⁸ Va qui precisato che secondo il CAD la firma digitale è quel *“particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici”* (così testualmente la definizione contenuta nell'art. 1, comma 1°, lett. s), CAD).

³⁹ Si aggiunga che l'art. 20, comma 1 bis, CAD dispone che il requisito della forma scritta e l'efficacia di cui all'art. 2702 c.c. sia da riconoscersi anche laddove il documento sia *“formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore”*. Tale ulteriore tipologia di documento informatico può però essere qui tralasciata, poiché non risulta che, al momento, l'AgID (Agenzia per l'Italia digitale) non abbia ancora fissato i requisiti di cui al suddetto articolo 71.

- *“L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare di firma elettronica, salvo che questi dia prova contraria”* (così art. 20, comma 1 *ter*, CAD).

Direi, anzitutto, che da questa importante disposizione si possa ricavare linearmente che se il documento informatico contiene una dichiarazione di volontà ed è sottoscritto con un dispositivo di firma elettronica cd. “forte” (firma elettronica qualificata o firma digitale basata sul sistema delle chiavi asimmetriche) ha la stessa efficacia probatoria della scrittura privata *ex art. 2702 c.c.*, ossia *“fa piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l’ha sottoscritta”*, ma con la notevolissima differenza che *“L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare di firma elettronica, salvo che questi dia prova contraria”*. In altri termini, dal combinato disposto di queste norme mi pare si evinca che se è prodotto in giudizio un documento informatico contenente (la rappresentazione di) una dichiarazione di volontà lo stesso ha efficacia di prova legale *tout court*, fino a querela di falso, quanto alla sua provenienza dal sottoscrittore, senza alcuna possibilità di disconoscimento della firma, dato che il suddetto art. 20, comma 1 *bis*, CAD richiama l’efficacia probatoria stabilita dall’art. 2702 c.c., ma non la facoltà di disconoscimento della sottoscrizione prevista dall’art. 214 c.p.c.; ed inoltre, in caso di utilizzazione abusiva di una firma digitale altrui, sarà il titolare della firma a dover provare che la stessa è stata utilizzata a sua insaputa, e contro la sua volontà, poiché la legge *“presume”* che sia stata da lui utilizzata, salvo prova contraria (art. 20, comma 1 *ter*, CAD, sopra riportato).

Come si vede quindi l’efficacia probatoria del documento informatico dichiarativo⁴⁰ soggiace ad una regolamentazione completamente differente rispetto a quella della scrittura privata (ossia del documento cartaceo dichiarativo), poiché, come è noto, la scrittura privata cartacea prodotta in giudizio è di per sé priva di efficacia probatoria quanto alla sua provenienza dal sottoscrittore e la acquisisce soltanto se *“colui contro cui è prodotta”* riconosce espressamente o tacitamente la firma (artt. 214 e 215 c.p.c.), ovvero se l’autenticità della sottoscrizione è accertata in giudizio tramite il procedimento di verifica (art. 216 c.p.c.). Al contrario, il documento informatico dichiarativo sottoscritto con un dispositivo di firma elettronica forte è dotato immediatamente, con la sua stessa produzione in giudizio, del massimo grado di efficacia probatoria di

⁴⁰ Per la migliore comprensione di questa qualificazione teorica, sia di nuovo consentito il rinvio a GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria*, cit., p. 490 ss.

prova legale, quanto alla sua provenienza ed integrità, poiché il legislatore confida nella estrema affidabilità di questi strumenti informatici (gli informatici ci dicono che è matematicamente impossibile scoprire la chiave privata del titolare conoscendo solo la chiave pubblica, poiché ci vorrebbero milioni di anni di calcolo), e per di più viene invertito l'onere della prova ai danni del possessore dalla firma digitale, il quale, in caso di uso abusivo del suo dispositivo di firma, non potrà limitarsi a disconoscere la sua sottoscrizione, ma dovrà provare che la sua firma digitale è stata apposta da un terzo contro la sua volontà.

Il sistema è perciò sostanzialmente invertito rispetto a quello operante con riguardo alla firma cartacea e pertanto, sotto questo profilo, direi che possa senz'altro registrarsi una novità probatoria molto significativa, quasi rivoluzionaria, indotta dalle nuove tecnologie.

A me pare, tuttavia, che questa innovativa disciplina possa risultare eccessivamente radicale e prestare il fianco a qualche critica, poiché se da un lato l'estrema cautela adottata dal legislatore codicistico nel regolare l'efficacia probatoria della firma cartacea tradizionale si spiega facilmente con la ovvia considerazione che la firma cartacea è relativamente semplice da falsificare, atteso che la sua imputazione al sottoscrittore si basa esclusivamente sulla sua presunta autografia, dall'altro non può essere trascurato che anche l'utilizzazione abusiva della firma elettronica forte può facilmente verificarsi, poiché in concreto è relativamente semplice impossessarsi della "chiavetta" contenente la chiave privata di un altro soggetto ed utilizzarla fraudolentemente a sua insaputa, e contro la sua volontà, oppure soltanto *absque pactis*⁴¹. In sostanza, è vero che sul piano tecnico è sostanzialmente impossibile la contraffazione di una firma digitale, poiché la scienza informatica ci dice che è impossibile risalire alla conoscenza della chiave privata conoscendo solo la chiave pubblica a cui la stessa è associata, ma è altrettanto vero che in pratica è abbastanza semplice l'utilizzazione abusiva e fraudolenta della firma altrui, poiché, come si è detto, è relativamente semplice impossessarsi della "chiavetta" di un altro soggetto ed usarla contro la sua volontà. Ed allora, forse, il legislatore avrebbe dovuto adottare qualche cautela in più a protezione del titolare di una firma digitale ed. forte e, anziché limitarsi a ribaltare su di lui l'onere di

⁴¹ Solo per completezza, e come ulteriore spunto di riflessione, si consideri che nell'ipotesi del riempimento *absque pactis* o *contra pactis* del foglio firmato in bianco, tutto sommato equiparabile a quella dell'uso della firma digitale altrui *absque* o *contra pactis*, secondo la pacifica giurisprudenza di legittimità l'abusivo riempimento del biancosegno va denunciato con querela di falso, così di recente v. Cass., 22 agosto 2019, n. 21587; nonché Cass., 27 maggio 2016, n. 11028; in precedenza Cass., 26 ottobre 2000, n. 14091; Cass., 10 settembre 1998, n. 8960; Cass., 13 febbraio 1993, n. 1836.

una prova quasi diabolica sull'uso abusivo della stessa, che altrimenti ha efficacia di prova legale, avrebbe forse potuto ammettere, almeno in determinati casi, la facoltà di disconoscimento anche della firma digitale. Non v'è dubbio che il possessore della "chiavetta" nella quale è memorizzata la chiave privata sia tenuto a custodirla con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.), e che quindi sul piano civilistico l'uso abusivo della stessa è senz'altro a lui imputabile, poiché dipende dall'inadempimento degli obblighi di custodia⁴², ma non può trascurarsi, a mio sommo avviso, che in tal modo si finisce per addossare al possessore della firma digitale una sorta di responsabilità oggettiva, poiché nei fatti la dimostrazione dell'uso abusivo è difficilissima da fornire - è in pratica una *probatio diabolica* - e perciò questo tipo di responsabilità avrebbe probabilmente richiesto alcune attenuazioni, ammettendo, almeno in determinate situazioni, la possibilità di disconoscimento anche della firma digitale.

Venendo alle altre parti di questa nuova disciplina probatoria, mi pare possa registrarsi un'altra importante novità, poiché in "*tutti gli altri casi*", ossia con riguardo a tutti gli altri tipi di documento informatico, sprovvisti cioè di un dispositivo di firma digitale forte, l'art. 20, comma 1 *bis*, CAD affida la valutazione del "*valore probatorio*" del documento informatico al libero convincimento del giudice, purché formatosi "*in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità*", superando così *d'emblée* tutta la più articolata e limitativa disciplina codicistica contenuta negli art. 2705 ss. c.c. e valevole per i documenti cartacei. E così, ad esempio, in tutti i casi di documenti informatici sottoscritti con dispositivi di firma elettronica cd. deboli (si pensi, ad esempio, ad una e.mail recante in calce la firma di un determinato soggetto, o a qualunque altro strumento informatico di imputazione soggettiva di una dichiarazione di volontà), sarà il giudice a doverne valutare "*il valore probatorio*" in relazione ai suoi caratteri di "*sicurezza, integrità e immodificabilità*".

Diverso invece è il caso delle riproduzioni meccaniche disciplinate dall'art. 2712 c.c., poiché oggi la norma, come integrata dall'art. 23 *quater* CAD, prevede che anche "*le riproduzioni informatiche ... formino piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime*" e perciò che siano prive di qualsivoglia efficacia probatoria in caso

⁴² Secondo un'autorevole dottrina civilistica il titolare della chiave privata assume su di sé il rischio dell'utilizzazione abusiva della chiave privata in base al principio dell'apparenza imputabile, così BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 306.

di disconoscimento⁴³. Ne consegue, ad esempio, che un video o una fotografia prodotti in giudizio su supporto informatico, qualunque esso sia⁴⁴, possono essere disconosciuti *ex art. 2712 c.c.* dalla parte contro cui sono prodotti, al pari di quelli su supporto analogico, ed in tal caso rimangono del tutto privi di efficacia probatoria quanto ai fatti o alle cose ivi rappresentati.

Poco vi è da dire, infine, su quella parte dell'art. 20 CAD che rimette “*alle Linee guida*” il problema delicatissimo dell'opponibilità ai terzi della data e dell'ora “*di formazione del documento informatico*”, poiché non risulta che tali Linee guida siano ancora state emanate; in ogni caso, mi pare che tale disposizione denoti una certa insipienza del nostro legislatore, poiché è chiaro che un tema di questo rilievo, importantissimo e spesso cruciale nei rapporti commerciali⁴⁵, ed in molte altre relazioni giuridiche, non può trovare la sua disciplina in una fonte normativa di *soft law* come sono le linee guida (ammesso e non concesso che tra le fonti normative possano effettivamente annoverarsi delle semplici linee guida).

4.2. - Sempre nell'ambito del diritto probatorio ritengo che l'avvento delle nuove tecnologie abbia avuto una importante ripercussione sul problema delle prove illecite, ma non nel senso di averne determinato una differente configurazione sotto il profilo giuridico, ché ovviamente si pone anche oggi negli stessi termini, quanto piuttosto per averne enormemente amplificato l'incidenza e la ricorrenza a livello pratico, dato che grazie alle nuove tecnologie è divenuto molto più facile di prima poter formare o comunque accedere a prove illecite.

Se si considera che si è soliti definire una prova come illecita quando un soggetto se ne è appropriato o l'ha formata appositamente compiendo attività contrarie alla legge - spesso costituenti reato - e che quindi sono pacificamente prove illecite i documenti trafugati illegalmente o l'illecita intercettazione di conversazioni altrui, è agevole osservare che oggi è divenuto estremamente più semplice trafugare un documento informatico

⁴³ Per una critica alla scelta operata del legislatore del 1942 con l'art. 2712 c.c., v. TARZIA, *Il libro della tutela dei diritti quarant'anni dopo*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 65 ss.

⁴⁴ Quelli che, in altra sede, mi sono permesso di definire come documenti informatici non dichiarativi (v. ancora GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria*, cit., p. 490).

⁴⁵ Con riguardo al complesso tema dell'opponibilità ai terzi della data apposta sul documento cartaceo, così come disciplinato dall'art. 2704 c.c., basti qui il richiamo ai classici studi di REDENTI, *La prova della data di fronte ai terzi*, in *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, Milano, 1962, p. 225; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 301; FERUCCI-NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione – prove*, in *Comm. c.c.*, VI, 1, Torino, 1959, p. 345.

memorizzato in un *computer* altrui, o in un qualsiasi altro dispositivo elettronico capace di memorizzare dati ed informazioni (come un semplice telefono cellulare o un *tablet*) o anche intercettare una conversazione altrui, sia quando si svolge verbalmente tra presenti sia quando avviene attraverso l'uso di mezzi telematici di comunicazione a distanza. Tutto sommato per registrare clandestinamente una conversazione verbale tra soggetti non consenzienti basta disporre (come tutti dispongono) di un semplice telefono cellulare che è sempre dotato della funzione di registrazione vocale; e così per appropriarsi fraudolentemente di un documento informatico altrui è sufficiente accedere a sua insaputa al suo p.c. (o ad altro dispositivo informatico capace di memorizzare dati), se del caso forzando o eludendo le difese informatiche da cui è protetto (e per far ciò, beninteso, non si deve necessariamente pensare all'intervento di un hacker, ma basta semplicemente essere a conoscenza del p.i.n. o della password che lo proteggono); nel quale p.c., per di più, vengono ormai quasi sempre immagazzinati una tale quantità di dati e di informazioni, spesso appartenenti alla sfera più intima e personale del suo utilizzatore, da aver trasformato la memoria del *computer* di ognuno di noi in una sorta di protesi informatica della sua memoria cerebrale.

Ecco dunque che se le nuove tecnologie informatiche rendono assai più facile di quanto non fosse in passato costituire delle prove illecite, questo avrà come effetto che con molta più frequenza di prima nel processo civile ci si dovrà occupare del problema, certo non nuovo, della validità e dell'efficacia della prova illecita, come in effetti l'esperienza pratica ci dimostra che stia accadendo. Cosicché quello che sino ad oggi è stato un problema di consistente dimensione teorica, ma di scarsa incidenza pratica, ora, con l'avvento delle nuove tecnologie, è per così dire esploso ed ha acquisito un'importante valenza anche nell'esperienza applicativa.

Naturalmente questa non può essere la sede per affrontare *ex professo* il tema delle prove illecite, sia per la sua vastità (gli si potrebbe dedicare un intero altro Convegno!) sia perché andrei fuori tema rispetto all'argomento che mi è stato assegnato; basti dire che in altra sede me ne sono occupato più approfonditamente⁴⁶ e che lì sono giunto alla conclusione che di regola le prove illecite dovrebbero essere

⁴⁶ V. GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 945 ss.; ed in precedenza ID, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 2011; per un'ampia ricostruzione teorica del tema, ed anche per tutti i necessari riferimenti bibliografici, si v. per tutti MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Bari, 2020; nonché PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017.

rigorosamente bandite dal processo civile. Molto in sintesi a me pare dirimente osservare che le condotte illecite che conducono alla formazione di una prova illecita, oltre ad essere spesso considerate dalla legge come reato, implicano quasi sempre la violazione di diritti fondamentali della personalità protetti dalla nostra Costituzione e dalle Convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo, ed in specie, principalmente, il diritto alla *“libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione”* sancito dall'art. 15 Cost. ed il diritto alla inviolabilità del domicilio sancito dall'art. 14 Cost. - entrambi espressamente riconosciuti anche dall'art. 8, comma 1°, della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo. Ed allora, se l'illegittimità di queste prove dipende dalla violazione di diritti fondamentali che per definizione, e per espressa disposizione costituzionale, sono inviolabili, io non credo che il processo possa divenire il luogo in cui viene in qualche modo legittimata quella violazione, consentendo al giudice di utilizzare la prova illecita per la decisione della causa. L'inviolabilità assoluta di un diritto della personalità non può tollerare che il frutto di una sua eventuale violazione produca effetti giuridici legittimi, come accadrebbe se si ammettesse l'efficacia probatoria delle prove illecite. Certo, si obietta che anche la prova illecita può concorrere, talora in modo decisivo, all'accertamento della verità dei fatti allegati dalle parti nel processo e che quindi, come la prova lecita, è anch'essa funzionale, e talora perfino indispensabile, al perseguimento di uno degli scopi fondamentali del processo, che è appunto l'accertamento della verità fattuale al fine di poter emettere una sentenza giusta. Ma tale obiezione, per quanto indubbiamente vera, non può giustificare il sacrificio processuale di un diritto fondamentale della personalità che la nostra Costituzione qualifica come inviolabile proprio al fine di decretarne la prevalenza, in caso di conflitto, su qualsiasi altro valore o diritto giuridicamente protetti, anche di livello costituzionale, con esso contrasti. Sicché il pieno accertamento della verità giudiziale, che pure è da perseguirsi con tutti i mezzi possibili, in quanto rappresenta una delle finalità primarie del processo, non può fondarsi (anche) su prove formate o acquisite in modo illecito, poiché se ciò fosse consentito si determinerebbe nella grandissima parte dei casi una grave compressione di alcuni diritti fondamentali della persona, incompatibile con l'assetto ed il bilanciamento dei principali valori su cui è stata edificata la nostra Costituzione⁴⁷.

⁴⁷ In tal senso è peraltro ormai giustamente orientato anche il Supremo collegio, il quale in un suo importante arresto ha di recente affermato che *“Sono estranee alle fonti di prova, anche atipiche, quelle acquisite con modalità tali da ledere le libertà fondamentali costituzionalmente garantite, quali la libertà personale, il diritto alla segretezza della corrispondenza, l'inviolabilità del domicilio, dovendo distinguersi le ipotesi in cui le norme processuali violate,*

Volendo sintetizzare, direi che le prove illecite sono radicalmente inutilizzabili nel processo civile, poiché nella gerarchia dei valori che costituiscono l'architettura della nostra Costituzione l'accertamento della verità giudiziale si configura come un valore recessivo rispetto alla piena ed incondizionata tutela dei diritti inviolabili della personalità.

4.3. – Da ultimo merita un cenno la tesi di uno Studioso che, in esito ad un'ampia dissertazione giuridico-comparatistica sui rapporti tra la poderosa evoluzione delle tecnologie informatiche a cui si è assistito negli ultimi decenni ed il classico tema processuale dei poteri probatori istruttori del giudice e delle parti, propone, nell'ottica di una rivisitazione del principio dispositivo espresso dall'art. 115 c.p.c., di “*considerare quali fatti specificamente non contestati non solo le allegazioni di fatto su cui l'altra parte non abbia preso specifica posizione ma anche i fatti notori, ossia le allegazioni diffuse circa l'esistenza di un fatto, che proprio per la loro notorietà, non siano seriamente contestabili*”⁴⁸. Tale proposta ricostruttiva sarebbe giustificata dal fatto che le nuove tecnologie informatiche stanno “*determinando un aumento esponenziale dei dati disponibili*” e quindi un significativo cambiamento del “*contesto conoscitivo in cui il processo deve operare*”, dovuto appunto alla “*sempre più estesa ed economicamente non gravosa accessibilità di informazioni, soprattutto attraverso Internet e le reti informatiche*”⁴⁹. Insomma, l'immensa quantità di dati e di informazioni che chiunque può liberamente reperire sul *web* in qualsiasi momento e ad un costo irrisorio potrebbe divenire una sorta di sconfinato giacimento istruttorio, cui attingere anche per conseguire un miglior accertamento della verità nei processi civili.

L'ipotesi è in effetti suggestiva ed avveniristica, ma in me suscita non poche perplessità. Se infatti si muove dalla elementare considerazione che nel processo devono essere provati i fatti primari e secondari rilevanti per la decisione, ove contestati dalle parti, non è chiaro quali sarebbero le prove che le parti o il giudice d'ufficio (nella prospettiva preferita nella tesi qui discussa) potrebbero trovare sul *web* per provare le

preordinate alle modalità di acquisizione probatoria, abbiano determinato una lesione dei diritti costituzionalmente tutelati del soggetto contro cui la prova si intende far valere, da quelle in cui non si verifica tale lesione, essendo diretta la norma violata a tutelare un bene diverso non riferibile direttamente alla sfera giuridica dell'interessato” (così Cass., 05 maggio 2020, n. 8459, in *Foro it.*, 2021, I, c. 244 ss.).

⁴⁸ P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prove. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018, p. 320.

⁴⁹ I virgolettati presenti nel testo sono tratti sempre da P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, pp. 320-321.

suddette allegazioni fattuali. Certo non la sconfinata quantità di informazioni a cui si ha accesso tramite *internet* (penso per tutti, ad esempio, al sito Wikipedia ormai di uso quasi quotidiano per milioni e milioni di utenti), poiché quelle non sono prove, ma appunto informazioni della più svariata natura, notizie di cronaca, approfondimenti culturali, scientifici, artistici o altro, che nulla hanno a che vedere col problema della prova processuale dei fatti inteso in senso tecnico. L'Autore cita in proposito l'esempio delle immagini o delle cartografie che possono ricavarsi dai notissimi Google Maps o Google Earth⁵⁰. Se così è, se cioè sono la sterminata quantità di immagini o di video di qualsiasi genere o specie pubblicati sul *web* ad essere le nuove fonti di prova a cui *internet* consente di attingere processualmente, direi che esse in realtà già da tempo possono avere accesso al fascicolo di parte per il tramite dell'art. 2712 c.c., ove, come noto, è previsto che *“le riproduzioni fotografiche, informatiche, ... ed in genere ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”*⁵¹. Non mi pare dunque che sia necessario passare attraverso un discutibile allargamento della nozione di notorio a tutto lo scibile del *web*, per dimostrare che le prove provenienti da *internet* possono avere ingresso nel processo civile, poiché ciò è già consentito dall'art. 2712 c.c., ove è disciplinata anche l'efficacia probatoria di tali mezzi di prova. Quanto poi all'eventuale potere officioso del giudice di accedere al *web* per procurarsi tali prove informatiche, al fine garantire il pieno accertamento della verità nel processo, direi che la questione si ponga negli stessi identici termini generali in cui da anni si pone nel più vasto dibattito che concerne il rapporto tra principio dispositivo e poteri officiosi del giudice e dunque mi pare che una simile proposta non sfugga alle critiche che da tempo una parte della dottrina italiana rivolge ai tentativi di allargare eccessivamente i poteri di iniziativa officiosa del giudice in ambito probatorio⁵².

⁵⁰ P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 324.

⁵¹ In arg. v. anche quanto si è osservato sopra § 4.1, in fine.

⁵² Non è ovviamente qui possibile delineare nemmeno in sintesi i termini di questo importante dibattito, né la vasta mole di contributi scientifici che esso ha generato. Tra i principali assertori della critica all'ampliamento dei poteri istruttori del giudice mi limito a richiamare la ben nota posizione, tra gli altri, di CAVALLONE, sagacemente riaffermata ad esempio in *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss.); sul versante opposto sono invece altrettanto note le tesi, tra gli altri, di TARUFFO, da ultimo compendiate, in *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, *passim*; d'obbligo, mi sembra anche il richiamo all'importante studio di CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit.; sulla forte influenza che quest'ultimo lavoro ha avuto nel dibattito dottrinale italiano, v. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile <<osmosi>>*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2015, p. 152 ss.

5. - La più evoluta ed ardita frontiera dei rapporti tra nuove tecnologie ed esercizio della giurisdizione civile è oggi senz'altro situata nel dibattito apertosi da qualche anno sulla cd. giustizia predittiva, sulla possibilità cioè che l'intelligenza artificiale possa "predire" la decisione giudiziaria, impiegando algoritmi sempre più evoluti e sofisticati⁵³.

Se ciò fosse possibile vorrebbe dire che la giurisdizione civile (ma probabilmente anche quella penale) è alla vigilia di una trasformazione probabilmente epocale, sia perché l'intelligenza artificiale darebbe un contributo decisivo a risolvere un problema fondamentale ed immanente a qualsiasi ordinamento giuridico, come è quello della certezza del diritto - ché se l'esito di un processo può essere previsto con elevata sicurezza significa che i rapporti giuridici sono regolati dal diritto in maniera sufficientemente certa, sia perché si potrebbe perfino immaginare di sostituire al giudice il *computer*, dato che se l'intelligenza artificiale sa prevedere con certezza quale sarà la decisione del giudice su una determinata causa, non vi è ragione, quantomeno in linea teorica, per non affidargli anche il compito di decidere quella medesima causa: con tutta probabilità la deciderà esattamente nello stesso modo in cui l'avrebbe decisa il giudice, e per di più lo farà in tempi probabilmente assai più rapidi di quel che può fare un magistrato in carne ed ossa, con minor dispendio di risorse pubbliche⁵⁴.

Per addentrarsi in questo dibattito così attuale ed impegnativo⁵⁵, sia pur nei ristretti limiti di tempo e di spazio qui consentiti, sono necessarie alcune elementari premesse di teoria generale, che subito proverò a

⁵³ Secondo la voce *Giustizia predittiva*, dell'*Enciclopedia Treccani*, ed. On line, 2018, a cura L. VIOLA "Per giustizia predittiva deve intendersi la possibilità di prevedere l'esito di un giudizio tramite alcuni calcoli; non si tratta di predire tramite formule magiche, ma di prevedere la probabile sentenza, relativa ad uno specifico caso, attraverso l'ausilio di algoritmi. Il diritto può essere costruito come una scienza, che trova la sua principale ragione giustificativa nella misura in cui è garanzia di certezza: il diritto nasce per attribuire certezza alle relazioni umane, tramite una complessa attribuzione di diritti e doveri"; secondo altra ancora più pregnante definizione la giustizia predittiva "è un sistema complesso che consente di prevedere il possibile esito di una controversia sulla base di precedenti soluzioni date a casi analoghi o simili o attraverso l'uso di appositi algoritmi basati sul machine learning", così TRIGGIANO, *Gli algoritmi predittivi nel processo. Riflessioni storico-giuridiche*, Napoli, 2023, p. 7.

⁵⁴ In arg. si è giustamente notato da DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 385, p. 6, che dietro la formula giustizia predittiva "si cela, in realtà, l'idea del <<giudice automa>> o giudice <<robot>>: la macchina che sostituisce l'uomo non solo nel ragionamento giuridico, ma anche nella decisione"; dello stesso autore in arg. v. anche ID, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Quest. giust., on line*, 2019; ID, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola"*, in *Quest. giust., on line*, 2020.

⁵⁵ Per un quadro d'insieme, nelle molteplici sfaccettature di questo tema così ampio ed interdisciplinare, si v. i saggi raccolti nel volume *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale* a cura di Calzolaio, Milano, 2020.

svolgere, sul valore fondamentale della certezza del diritto e sul suo rapporto di complementarità col problema della prevedibilità delle decisioni giurisdizionali.

Inoltre, al fine di evitare equivoci lessicali, è importante l'avvertenza preliminare che, nell'ambito del discorso che qui verrà svolto, i verbi "predire" e "prevedere", in tutte le loro varie possibili declinazioni, possono tranquillamente essere utilizzati come sinonimi e come significanti entrambi l'attività tesa a conoscere in anticipo un determinato fatto, che qui è specificamente rappresentato dal probabile esito di un processo⁵⁶.

5.1. - Il problema della prevedibilità delle decisioni giudiziarie non è certo nuovo alla riflessione giuridica, e di sicuro non è nato con l'avvento delle tecnologie informatiche, ma anzi costituisce da sempre una delle principali questioni di teoria generale del processo, poiché è direttamente connesso, ed in qualche modo complementare, al più ampio e fondamentale tema della certezza del diritto. Non è difficile notare che in un ordinamento giuridico vi è certezza del diritto se i consociati possono "calcolare" con sufficiente sicurezza le conseguenze giuridiche di una loro condotta⁵⁷. Ma siccome in caso di incertezza o di dissidio sulle conseguenze giuridiche di una certa condotta, è il giudice, tramite il processo, a dover stabilire quali siano gli effetti giuridici di quella determinata condotta e cosa prescrive il diritto in quel caso specifico, è evidente che la certezza del diritto dipende da quanto sia prevedibile la decisione del giudice. In sostanza, quindi, certezza del diritto e prevedibilità della decisione giudiziaria non sono che due aspetti complementari, e inscindibili, dello stesso problema di teoria generale del diritto⁵⁸.

Certo in questa sede non può essere affrontato il tema vastissimo della certezza del diritto, con le sue innumerevoli implicazioni che interessano sia le discipline processualistiche che la filosofia del diritto. Agli effetti che qui interessano basti allora ricordare che nel dibattito dottrinale un punto è assodato e da tutti

⁵⁶ In dottrina si è in proposito ben evidenziato che *"La predittività predicata, dunque, non riposa su altro che su un giudizio prognostico a sua volta fondato sulla possibilità di prevedere l'esito del processo. Questa possibilità dovrebbe guadagnare la dimensione di probabilità (statistica) in virtù del supporto tecnico offerto dalla tecnologia applicata al diritto. Predittività e prevedibilità non sono due entità aliene l'una rispetto all'altra, ma sono aspetti o declinazioni della medesima esigenza di certezza del diritto"*, così DALFINO, *Creatività e creazionismo*, cit., c. 385.

⁵⁷ V. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi delle fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID, *Un diritto incalcolabile*, ivi, 2015, 2015, p. 11 ss.; ID, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 801 ss.

⁵⁸ Nota ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, p. 279, che *"La prevedibilità è al cuore della coordinazione tra azioni individuali e istituzioni sociali e si connette inscindibilmente alla certezza, di cui rappresenta anzi il necessario presupposto"*.

condiviso ed è che la certezza del diritto costituisce un valore fondante ed irrinunciabile per qualsiasi ordinamento giuridico moderno. Ferma e incontestata questa basilare premessa di ordine generale, si discute su quale sia il livello di certezza del diritto che deve essere garantito dall'ordinamento, se debba cioè essere massima o se possa trovare spazio anche un'adeguata flessibilità per consentire l'evoluzione interpretativa delle norme e degli istituti al fine di favorirne l'adeguamento ai mutamenti sociali ed economici⁵⁹, ed ancora si potrà disquisire su quali siano gli strumenti a cui ricorrere per promuovere la certezza del diritto, o su quali siano gli organi e i poteri statuali a cui compete questo compito, ma è indubitabile che la certezza del diritto vada comunque garantita e perseguita da qualsiasi ordinamento giuridico, almeno in una certa misura, se non si vuole rinunciare alla giuridicità stessa di quel sistema di regole. I filosofi del diritto ci insegnano che la certezza del diritto è in qualche modo consustanziale al concetto stesso di diritto, per la ovvia ragione che una norma può essere considerata tale solo se il soggetto a cui è diretta può riconoscere con sufficiente certezza la condotta che gli viene prescritta, i diritti che gli vengono attribuiti, gli obblighi che gli vengono imposti, altrimenti non è una norma che prescrive qualcosa e perciò non può neppure essere una norma di diritto di cui lo Stato può pretendere l'osservanza⁶⁰. E' di tutta evidenza che se il diritto non è dotato di sufficiente certezza, e dunque non si sa con sufficiente sicurezza cosa prescrive, il cittadino si trova nell'impossibilità di conformare la sua condotta al precetto giuridico che vi è espresso, sicché non si giustifica più nemmeno la sua forza imperativa, che così verrà inevitabilmente avvertita dal consociato come qualcosa di ingiusto ed arbitrario poiché la condotta sanzionata non è preventivamente e sufficientemente esplicitata dalla legge.

⁵⁹ Funzione a cui dovrebbe assolvere il cd. diritto vivente costituito dall'interpretazione che delle varie norme di legge fornisce la giurisprudenza evolvendosi ed adeguandosi progressivamente ai mutamenti socio-economici che si verificano nel corso del tempo. In arg. v. più diffusamente quanto osservato alle note 64 e 65.

⁶⁰ Basti qui il richiamo alle parole e alla solida visione storicistica di Norberto Bobbio, il quale osservava che la certezza del diritto "è un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto, e che a togliere di mezzo la certezza non si libera l'umanità da una nociva illusione, ma la si priva letteralmente del sussidio e del rimedio del diritto" ed anche che "non si può neppure immaginare un ordinamento giuridico senza che sussista una sia pur minima garanzia di certezza" (i virgolettati sono tratti da BOBBIO, *La certezza del diritto è una mito?*, in *Riv. int. fil. dir.* 28, 1951, p. 150 e p. 151); cui si aggiungano le lucidissime e sagaci considerazioni di CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1942, p. 1 ss., ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, ristampa 2019, p. 504 ss., ove è ben evidenziato il rapporto di stretta interdipendenza tra la certezza del diritto ed "il principio stesso della legalità, cioè proprio lo strumento logico che la civiltà occidentale ha inventato da millenni per esprimere il diritto in forma generale ed astratta", ove è concepita la "legalità come prima condizione di ogni civiltà"; v. anche CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 81 ss., il quale pur non rinnegando il valore giuridico fondamentale della certezza del diritto, sul piano etico denunciava e rimarcava "l'irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza del diritto" (p. 85).

Se queste sono le ragioni che fanno della certezza del diritto un canone imprescindibile a livello di teoria generale del diritto, esso si rivela non meno rilevante anche sul piano economico, giacché l'attività di impresa per poter funzionare proficuamente e produrre ricchezza ha bisogno di regole certe, il rischio di impresa, in altri termini, diviene calcolabile solo se può contare su norme certe che governino l'attività economica. Come insegna Max Weber nel celeberrimo saggio *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*: “il capitalismo moderno industriale, su basi razionali, ha bisogno, al pari dei mezzi tecnici calcolabili, di un diritto di cui si possa fare calcolo e di un amministrazione secondo regole formali”⁶¹.

Ma a ben vedere la certezza del diritto assume un ruolo ed un valore decisivo non soltanto nei rapporti giuridici di natura economica, ossia nella sfera del diritto commerciale, ma anche in qualsiasi altro ambito dell'ordinamento, dal diritto di famiglia, che sta agli antipodi e regola le relazioni umane più intime e personali, al diritto penale⁶² o amministrativo, ove è sempre e comunque insopprimibile l'esigenza che sia sufficientemente riconoscibile il contenuto precettivo della norma giuridica.

Chiarite le ragioni che fanno della certezza del diritto un caposaldo così essenziale in ogni ordinamento giuridico, sia a livello di ragion pratica, perché condiziona in concreto la vita dei singoli individui che hanno bisogno di sapere nel modo più chiaro possibile che comportamento devono tenere per rispettare la legge⁶³, sia a livello di ragion pura, perché abbiamo visto essere consustanziale al concetto stesso di diritto, dovrebbe risultare altrettanto chiara e dimostrata la pari importanza, per qualsiasi ordinamento giuridico in ogni tempo e in ogni luogo, della prevedibilità delle decisioni giudiziarie che della certezza del diritto è - come visto - la logica e complementare conseguenza (se vi è certezza del diritto vi è anche prevedibilità della decisione giudiziaria e, viceversa, se non vi è certezza del diritto non vi è neppure prevedibilità della decisione giudiziari)⁶⁴. Si tratta insomma, come già si diceva, di un problema giuridico che già da moltissimo tempo è

⁶¹ M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. italiana di P. Burrelli, Firenze, 1979, p. 75.

⁶² In arg. basti il richiamo alla notissima Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, in *sistemapenale.it*, febbraio 2020, con nota di MAZZACUVA, *La Corte Europea ritorna sul principio di “prevedibilità” del diritto penale tra irretroattività, retroattività della lex mitior e prééminence du droit*; nonché SCEVI, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in *lalegislationepenale.eu*; più in generale sul tema v. VIGANO', *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, in penalecontemporaneo.it*

⁶³ Ancora BOBBIO, *La certezza del diritto*, cit., p. 149, nota in proposito che “la vita di una società giuridica è costituita da un'infinità di comportamenti conformi a regole prestabilite, e che si chiamano, proprio per questa loro conformità, giuridici”.

⁶⁴ “Che la prevedibilità sia un aspetto strutturale del diritto è fuori di dubbio”, osserva icasticamente ZACCARIA, *op. cit.*, p. 279.

avvertito come fondamentale dai giuristi, dai cittadini e dagli operatori pratici del diritto, i quali sino ad oggi lo hanno ovviamente dovuto affrontare con i mezzi offerti dall'intelligenza umana, ossia con il ragionamento giuridico, nelle sue varie forme, con la ricerca di precedenti e con l'analisi e la ricostruzione del fatto controverso. In altri termini, da sempre ci si è dovuti sforzare di prevedere la decisione del giudice al fine di concretizzare il precetto giuridico, altrimenti formulato in termini generali ed astratti, al fine di comprendere quale sia l'effettiva *regula iuris* applicabile a quel determinato caso concreto e quindi, in definitiva, quale sia il diritto effettivamente vigente (o vivente) in un dato momento storico.

D'altra parte, anche la semplice esperienza empirica ci dimostra quanto sia fondamentale la prevedibilità della decisione del giudice nella vita concreta del cittadino e dell'operatore economico, se solo si considera che qualsiasi iniziativa giudiziaria è sempre preceduta dal tentativo, di solito affidato all'avvocato che dovrà occuparsene, ma anche all'ufficio legale dell'organismo interessato, di prevedere quale potrà essere il suo possibile esito, sì da poter consapevolmente decidere se intraprenderla o meno.

Preso dunque atto che l'esigenza di prevedere la decisione giudiziaria ha avuto da sempre un peso di enorme rilievo sia a livello teorico che pratico⁶⁵, e che ovviamente sino ad oggi tale essenziale attività predittiva è stata condotta dai giuristi affidandosi, ovviamente, alle sole facoltà dell'intelligenza umana, e perciò in definitiva alla capacità di analisi fattuale e di ragionamento giuridico, mi pare che il metodo più corretto per affrontare la questione della giustizia predittiva, così come sopra la si è delineata, sia quello di provare a verificare se la predizione del risultato giudiziario effettuata dall'intelligenza artificiale sia più affidabile e precisa della previsione fatta dall'intelligenza umana. Perché se si dovesse appurare che l'intelligenza artificiale garantisce un risultato più sicuro ed attendibile rispetto a quello che sino ad ora si è potuto conseguire con i mezzi dell'intelligenza umana allora potremmo dire che effettivamente si sta per dischiudere dinanzi a noi una nuova era, non soltanto perché si dovrebbe necessariamente registrare un enorme avanzamento verso la soluzione del problema della certezza del diritto, che da tanto tempo attanaglia la riflessione giuridica e l'esperienza applicativa, ma anche, e forse soprattutto, perché la prospettiva del *computer* che si sostituisce al

⁶⁵ Secondo alcuni questo è un problema che affonda le sue radici storiche addirittura nel diritto romano, così v. ANGELOSANTO, *Prevedibilità degli esiti giudiziari e ius controversum. Tecniche di 'calcolo' attraverso le formulae: tracce nel pensiero dei giuristi romani*, Napoli, 2020, *passim*; recensito ed arricchito di ulteriori considerazioni critiche da AULETTA, *Processo formulare e sicurezza giuridica*, in *Quaderni camerti di studi romanistici, International Survey of Roman Law*, Napoli, 2021, p. 359 ss.

giudice, essendo l'intelligenza artificiale più efficiente e capace di quella umana, andrebbe considerata non più come una mera ipotesi teorica e futuribile (o addirittura fantascientifica), ma come qualcosa di assai più concreto, vicino e realizzabile. Al contrario, se si dovesse appurare che le potenzialità predittive dell'intelligenza artificiale non sono superiori a quelle del ragionamento umano, o addirittura gli sono inferiori, si dovrebbe prendere atto che lo scenario col quale ci si deve, e ci si dovrà, misurare è completamente differente e permette soltanto di ipotizzare che alle nuove tecnologie informatiche, nelle loro molteplici funzioni e applicazioni, sia assegnato un ruolo di supporto sempre più ampio ed utile - ma comunque sempre ancillare - rispetto all'attività decisoria del giudice.

Se questo è il tipo di analisi da svolgere per impostare correttamente il problema della giustizia predittiva, mi pare che il metodo più efficace per condurla sia quello di provare ad individuare e passare in rassegna i vari fattori che rendono incerta o difficoltosa la previsione dell'esito di una controversia giudiziale, impedendo così la piena realizzazione del valore essenziale della certezza del diritto, per poi verificare se su ognuno di essi possa incidere, ed in che modo, il ricorso all'intelligenza artificiale al fine di rendere meno incerta la previsione dell'esito del giudizio.

Per rendere più efficace una siffatta indagine, credo sia opportuno tenere separata l'indagine sul giudizio di fatto da quella sul giudizio di diritto, che sempre compongono qualsiasi decisione giudiziale, per iniziare senz'altro dal primo.

5.2. – Se si prendono le mosse dal cd. giudizio di fatto, non è difficile osservare che il primo elemento che generalmente rende incerta la previsione sulla decisione giudiziale è dato dalla difficoltà che può comportare l'esatta – o quantomeno verosimile – configurazione *ex ante* della fattispecie fattuale che sarà oggetto della decisione del giudice. Non di rado accade, infatti, che l'istruttoria successivamente espletata nel processo dimostri che le circostanze di fatto su cui il giudice deve fondare la propria decisione sono diverse, o addirittura completamente diverse, da quelle che erano state ipotizzate dalle parti, attore e convenuto, quando avevano tentato di pronosticare l'esito della lite. Ciò accade perché non è mai facile prevedere con sicurezza l'esito di un'istruttoria processuale - soprattutto con riguardo alle prove costituenti che, formandosi nel processo, sono per forza di cose sottoposte ad un risultato istruttorio dubbio e non agevolmente prevedibile,

ma ciò vale anche con riguardo alle prove precostituite, le cui risultanze possono spesso apparire confuse o di difficile comprensione – ed è chiaro che in una situazione del genere la futura decisione del giudice risulti inevitabilmente influenzata da un formante altamente incerto, destinato inevitabilmente a renderne aleatoria la previsione.

Ora, a me pare che su questo aspetto, che pacificamente influisce negativamente sulla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, difficilmente possa incidere l'intelligenza artificiale, garantendo migliori possibilità predittive rispetto all'intelligenza umana. Basti notare in proposito che una volta effettuata la configurazione ipotetica delle circostanze di fatto su cui dovrà essere resa la decisione giudiziaria, l'intelligenza artificiale, il *computer*, a cui è chiesto un responso *ex ante* sul possibile esito del processo che si basi su quelle determinate circostanze di fatto, non è in alcun modo in grado di scongiurare o dominare il rischio - cui è esposta anche la previsione fatta dell'intelligenza umana - che l'istruttoria processuale smentisca gli esiti differenti che si erano supposti e quindi, in sostanza, che la premessa in fatto su cui è fondata la previsione sia diversa da quella su cui si basa la decisione del giudice. Non solo, come si è detto, il risultato del procedimento di formazione delle prove costituenti è oggettivamente difficile da preventivare, ma va anche considerato che la valutazione di tutte le prove raccolte nel processo, salvo che non siano prove legali, è soggetta al principio del libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.), il quale implica un giudizio di fatto sulle risultanze istruttorie nel quale è inevitabilmente insito un consistente tasso di discrezionalità del giudice nella ricostruzione della fattispecie fattuale rilevante per la decisione – benché il giudice sia tenuto a motivare il giudizio di fatto in modo logico e razionalmente coerente – destinato a ripercuotersi fatalmente anch'esso in senso negativo sulla prevedibilità della futura decisione del giudice.

E dunque, sotto questo primo profilo, non mi pare si possa ragionevolmente affermare che il *computer* renda meno imprevedibile la decisione del giudice di quanto lo è stata sino ad oggi, poiché se l'istruttoria ha avuto un risultato diverso da quanto si era preventivato anche il *computer* incorrerà inevitabilmente nello stesso errore predittivo in cui sarebbe caduta la previsione operata dall'uomo, essendo anche l'algoritmo influenzato dai dati non corretti immessi nel sistema.

Vi è inoltre da considerare che quand'anche i fatti accertati nel processo coincidano perfettamente con quelli ipotizzati *ex ante* per tentare di prevedere la decisione del giudice, un ulteriore considerevole elemento

di incertezza può discendere dall'operazione di cd. sussunzione della fattispecie concreta controversa in una delle tante fattispecie astratte previste dalle norme di legge, al fine di stabilire quali siano gli effetti giuridici che il diritto riconnette a quei determinati eventi⁶⁶. Il giudizio di sussunzione presuppone e richiede la previa interpretazione fattuale della norma, allo scopo di delineare i contorni della fattispecie astratta alla quale fa riferimento, così da comprendere se un certo fatto concreto rientri o meno nel suo ambito di applicazione⁶⁷. Siffatta interpretazione fattuale della norma non è scevra da difficoltà e margini di incertezza, poiché la descrizione della fattispecie da essa postulata, che ovviamente deve avvenire in termini generali ed astratti, per quanto possa essere precisa e ben configurata, non sarà mai in grado di dirimere *a priori* tutti i dubbi esegetici che possono sorgere in merito alla sussunzione di futuri fatti storici imprevisi nel suo campo di applicazione, poiché la realtà empirica è sempre ed inesorabilmente più varia, indeterminata ed in evoluzione di quanto il legislatore possa preconizzare nel momento in cui pone la norma generale ed astratta⁶⁸. A ciò si aggiunga che negli ultimi decenni la legislazione italiana è stata afflitta in modo sempre più massiccio dal fenomeno acutamente ed autorevolmente definito come crisi delle fattispecie⁶⁹, accentuato da una normativa nella quale sempre più spesso le fattispecie fattuali postulate dalle norme non vengono delineate in modo sufficientemente chiaro e specifico, o rimangono addirittura sullo sfondo, con la conseguenza che l'applicazione della norma piuttosto che incardinarsi sul giudizio logico di possibile sussunzione dei fatti concreti nella sua fattispecie generale ed astratta, finisce per attribuire al giudice un potere discrezionale vastissimo, ed incontrollabile, nella

⁶⁶ Scriveva CALAMANDREI, con la sua consueta prosa lucida e concreta, che *“Per raggiungere l'intento, l'unico mezzo possibile è il confronto tra la fattispecie concreta e le diverse fattispecie presupposte dalle diverse norme: quando i due termini del paragone si trovino a coincidere, sarà anche trovata la norma adatta a decidere il punto controverso”* (così CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 32).

⁶⁷ Cfr. PASTORE, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, in *Ars. interpretandi*, 2013, p. 73 ss.

⁶⁸ In arg. ha notato efficacemente di recente IRTI, *Il fatto e il caso*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 351, che *“La proposizione normativa appunto perché non descrive né racconta un singolo fatto, è destinata a indefinite applicazioni”*.

⁶⁹ IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss., il quale nell'ambito di una disamina finissima su questo problema denuncia che la fattispecie generale ed astratta, intesa quale tipizzazione di possibili eventi futuri, su cui è costruita la norma giuridica e la sua forza precettiva sul caso singolo, nel nostro tempo è entrata in crisi per un duplice ordine di ragioni, ravvisate, in primo luogo, nello spostarsi *“dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge”* ed in specie nei *“valori”*, cioè *“i criteri supremi che si celano o si calano nelle norme costituzionali”*, le quali *“sono applicate senza la mediazione di leggi ordinarie, e, dunque, senza quel riconoscersi del tipo nel fatto, della forma generale nell'evento concreto”* (p. 41) e perciò, in sostanza, senza la mediazione della fattispecie generale ed astratta contenuta nella legge ordinaria che in tal modo si riduce ad un concetto superato o indebolito; ed in secondo luogo, si rileva *“che le parti non espongono più al giudice eventi riconducibili a casi, <<stati di fatto contrari al diritto>> e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto”*, ma *“<<situazioni di vita>>, contenuti di esperienza, e domandano risposte nel segno dei valori. <<Situazioni di vita>>, e non (per usare la classica formula di Chiovenda) <<beni della vita>> predefiniti nella loro tipicità processuale”*, sicché *“la parte può ben sciogliersi dal vincolo di causa petendi e petitum, prospettare una complessiva situazione di vita, per la quale chiede la risposta dal valore”* (virgolettati tratti da p. 43).

individuazione del suo campo di applicazione⁷⁰, al punto che, con riguardo a tale preoccupante tendenza qualcuno ha giustamente discusso di vera e propria crisi del diritto.

Chiarite le ragioni per le quali anche il cd. giudizio di sussunzione, necessariamente presente in qualsiasi decisione giudiziaria⁷¹, può risentire di un alto livello di imprevedibilità, vi è da domandarsi anche con riguardo ad esso se la congettura sull'esito del processo formulabile ricorrendo all'intelligenza artificiale sia più attendibile e sicura di quella che sino ad oggi è stata effettuata dai giuristi e dai pratici affidandosi alle facoltà dell'intelligenza umana.

Va naturalmente premesso che l'operazione logica di sussunzione di un fatto storico nella fattispecie generale ed astratta di un certa norma giuridica configura in realtà un giudizio di diritto, non di fatto, riconducibile nella specie della "*falsa applicazione di norme di diritto*" (art. 360, n. 3 c.p.c.)⁷², in quanto richiede di interpretare la norma nel suo profilo fattuale, di talché ad esso sono interamene estensibili le considerazioni che verranno svolte nel prossimo paragrafo in merito ai problemi posti dalla (difficile) prevedibilità della decisione giudiziaria in punto di diritto.

Ad ogni buon conto, sin d'ora può essere notato che anche su questo fronte è assai difficile immaginare che la giustizia predittiva elaborata da un *computer* possa riuscire a conseguire risultati migliori di quelli su cui già ora si può contare. L'intelligenza artificiale basa la propria previsione su un'analisi prevalentemente statistica eseguita dall'algoritmo sulle decisioni giudiziarie che sono state assunte in casi analoghi e, sulla scorta di questo tipo di indagine, fornisce il pronostico relativo al probabile risultato di un ipotetico futuro processo su quella determinata controversia. Per l'esattezza, va aggiunto che l'indagine statistica che è in grado di sviluppare l'algoritmo non si fonda sul raffronto tra il caso deciso nei precedenti scrutinati e quello oggetto della decisione giudiziaria di cui si tenta la previsione - come sarebbe se fosse un operatore umano a cimentarsi in questa operazione, ma sulla mera ricorrenza o correlazione di parole o gruppi di parole presenti nelle motivazioni delle decisioni precedenti dalle quali prefigurare l'esito della controversia futura tramite modelli

⁷⁰ E' quella che CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., p. 40, chiamava "*discrezionalità tecnica*".

⁷¹ Fatte salve, ovviamente, le considerazioni critiche svolte nella nota 69

⁷² In tal senso nella giurisprudenza di legittimità v., tra le tante, Cass., 28 novembre 2007, n. 24756; Cass., 25 settembre 2019, n. 23851; Cass., 29 agosto 2019, n. 21772; Cass., 4 giugno 2021, n. 15603.

matematici prestabiliti o anche capaci di apprendimento automatico (*machine learning*)⁷³; e questo in quanto l'algoritmo non è in grado di ragionare per concetti astratti, ma solo ed esclusivamente sulla base di sequenze matematiche.

Ebbene, se l'elemento che rende incerta la previsione della decisione sta proprio nel giudizio di sussunzione, perché la fattispecie astratta delineata nella norma si presta a varie possibili ricostruzioni, alcune compatibili col caso controverso ed altre no, la previsione di quale delle varie possibili ricostruzioni verrà "preferita"⁷⁴ dal giudice per decidere la causa anche oggi viene abitualmente effettuata per mezzo di un'indagine di tipo prevalentemente statistico, che può essere compiuta dall'operatore senza avvalersi dell'ausilio di mezzi informatici, oppure avvalendosene ma solo come supporto ed ausilio all'attività dell'intelligenza umana. E' in sostanza un'indagine prevalentemente quantitativa sui precedenti che porta a considerare un certo esito del giudizio più probabile, o altamente più probabile, di un altro, ed allora vi è da chiedersi se questo stesso tipo di indagine, ove affidata interamente al *computer* possa garantire risultati più sicuri. A me pare francamente che la risposta debba essere negativa⁷⁵. Può forse apparire un po' semplicistico

⁷³ Secondo l'opinione comunemente accolta, la giustizia predittiva opera infatti "attraverso tecniche quantitative che effettuano calcoli a partire da grandi volumi di dati aperti per reperire delle ricorrenze, al fine di effettuare previsioni circa l'esito del giudizio" ed ancora nei sistemi di giustizia predittiva "possono ricondursi tutti quegli strumenti informatici che, partendo da una base di dati giurisprudenziali (i precedenti) e individuando, attraverso algoritmi di cernita (basati sull'apprendimento automatico) e reti neurali, le correlazioni o ricorrenze di gruppi lessicali tra i diversi parametri di decisioni rese in passato su un certo argomento, ne deducono uno o più modelli matematici, mediante i quali è possibile effettuare delle previsioni in ordine alla probabilità di successo (o di insuccesso) di una futura controversia dedotta in giudizio", così molto efficacemente SANTAGADA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Judicium*, p. 487; conf. TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, p. 3 in *questionegiustizia.it*, ove si nota che l'intelligenza artificiale "è dotata di un algoritmo capace di analizzare, su base statistica, la frequenza con cui in pregresse posizioni di testi scritti compaiono determinate parole o sequenze di termini e, quindi, di proporre la parola o la frase che ha maggiori probabilità di essere la prossima a venire usata"; d'altra parte, che l'intelligenza artificiale fonda le proprie capacità predittive su valutazioni di tipo prettamente statistico è confermato dall'assunto unanimemente condiviso dagli studiosi di informatica giuridica secondo i quali "non esistono a tutt'oggi sistemi informatici in grado di comprendere il significato del linguaggio umano, di avere accesso, in senso pieno, alla "semantica". Pertanto, le operazioni che un sistema può fare con delle parole dipendono solo dalle strutture sintattiche impiegate per collegare quelle parole, strutture sintattiche che costituiscono appunto la forma delle espressioni del linguaggio", così SANTOSUOSSO – SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1765; in arg. anche GABELLINI, *La <<comodità nel giudicare>>: la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 2, secondo cui "Le tecniche di elaborazione delle decisioni giudiziali attualmente in essere non si pongono l'obiettivo di riprodurre il ragionamento giuridico, bensì quello di catturare dei modelli predisposti sulle correlazioni individuate tra parole e/o parametri predefiniti, in grado di anticipare i probabili orientamenti giudiziari", ed ivi anche l'indicazione di ampia bibliografia straniera sul tema.

⁷⁴ V. sulle ragioni per cui nel testo è utilizzato il verbo preferire v. *infra* n. 5.3.

⁷⁵ Così anche CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 498, il quale ritiene che il fattore di incertezza della decisione giudiziale qualificabile "<<come crisi della calcolabilità giuridica in conseguenza della crisi della fattispecie giuridica>>" continuerebbe "a generare incertezza anche laddove si sostituisse il giudice-persona con il <<robotgiudice>>".

osservare che già oggi l'avvocato, il giudice, il giurista possono servirsi di *database* ricchissimi di precedenti, sia di legittimità che di merito, i quali se correttamente interrogati forniscono all'operatore con molta completezza e precisione il numero di precedenti conformi ad ognuna delle ricostruzioni possibili, sì da poter calcolare con esattezza qual è quella che riscuote maggiore consenso quantitativo nella giurisprudenza di merito e di legittimità⁷⁶. Ebbene, a mio avviso non vi è ragione alcuna che possa far supporre che se questa stessa operazione la conducesse per intero il *computer* - compulsando direttamente il *database* sulla base di specifici algoritmi - anziché l'operatore umano, potrebbe conseguire risultati migliori e più esaurienti nella ricerca di precedenti favorevoli o contrari a questa o quella opzione interpretativa, poiché anche il *computer* nella sostanza, ed in larghissima misura, basa la propria previsione su una stima di tipo prettamente statistico, al pari di quella che caratterizza già oggi la previsione compiuta dall'operatore umano consultando le banche dati già da molto tempo disponibili.

Anche sotto questo secondo profilo non mi pare dunque che la cd. giustizia predittiva abbia migliori *chances* di successo nella complessa attività che serve per prevedere la decisione giudiziaria rispetto ai risultati che già oggi possono essere conseguiti con le previsioni comunemente compiute dagli operatori professionali, sia nel settore giudiziario che anche nel mondo economico-finanziario.

5.3. – Dopo aver cercato di illustrare quali sono le ragioni che rendono assai problematica la previsione del giudizio di fatto, e preso atto che probabilmente il ricorso all'intelligenza artificiale non è in grado di mitigare tale problematicità, si può passare all'analisi del giudizio di diritto - anch'esso sempre presente in qualsiasi decisione giudiziaria - iniziando anche qui con l'interrogarci su quali siano i fattori che ne rendono difficile la previsione, per poi cercar di capire se su questi possa invece eventualmente influire positivamente l'impiego dell'intelligenza artificiale che sta alla base della cd. giustizia predittiva.

Direi che il primo e fondamentale fattore che impedisce l'agevole previsione del giudizio di diritto insito in qualsiasi decisione giudiziale, nel nostro ordinamento ha natura per così dire strutturale e risiede nel

⁷⁶ Osserva ineccepibilmente in arg. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 661, che "Dal 18 luglio 2014, nel sito della Corte sono reperibili tutte le decisioni in materia civile" e che pertanto "La conoscenza delle decisioni e degli orientamenti può essere considerata un problema superato."

principio di legalità scolpito nell'art. 101, comma 2°, cost., laddove, com'è noto, è statuito solennemente che *“I giudici sono soggetti soltanto alla legge”*⁷⁷. Da esso deriva che se un enunciato normativo ammette una pluralità di interpretazioni possibili, come spessissimo succede, il giudice di qualunque ordine o grado potrà optare liberamente per quella da lui ritenuta più conforme alla *voluntas legis* in quel determinato momento storico ed in quello specifico contesto socio-economico, pur nel rispetto dei generali criteri ermeneutici fissati dall'art. 12 delle Preleggi, senza alcuna soggezione all'autorità di altri organi giurisdizionali, né a precedenti giurisprudenziali formati su casi identici. Ebbene, se il principio di legalità è certamente uno dei fondamentali pilastri su cui poggia il nostro ordinamento giuridico e costituzionale, perché mira a garantire tanto l'assoluta indipendenza del giudice che la piena autonomia del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato, non v'è dubbio che all'atto pratico esso si traduca in un ostacolo di non poco conto alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, visto che per la sua attuazione presuppone la piena libertà del giudice nell'interpretazione della legge in fase di applicazione della stessa al caso concreto oggetto di una controversia giudiziale.

Certo, quando il Giudice sceglie a quale aderire tra le varie interpretazioni possibili è vincolato al significato letterale della norma (art. 12 Preleggi), che però spesso è vago ed indeterminato - o perché la norma è scritta male ed il suo significato è oscuro, o perché è basata su una clausola generale che, per definizione, ammette una molteplicità di interpretazioni⁷⁸ - ed è tenuto ad esplicitare le ragioni logico-razionali che sorreggono la sua scelta motivando esaurientemente la sentenza (art. 111, comma 6°, Cost.), ma tutto ciò non toglie, e non può evitare, che nella scelta ermeneutica operata dal giudice sia sempre insito anche un giudizio di valore, che, in quanto tale, è connotato da un considerevole grado di discrezionalità ed è perciò più difficile da prevedere. D'altronde, proprio per questa ragione Norberto Bobbio in un suo famoso saggio ci avverte che quando il giudice applica la norma generale ed astratta al caso concreto su cui verte la controversia ed è dubbio *“il significato delle parole che entrano nelle premesse”*⁷⁹ del suo ragionamento logico-deduttivo (*id est* del cd.

⁷⁷ Sul principio di legalità, basato non soltanto sull'art. 101, comma 2°, Cost., ma anche sugli art. 13, 76, 97, 113 Cost., v. per tutti CARLASSARRE, voce *Legalità (principio di)*, *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XXIII, p. 659 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Principio di legalità*, in *Treccanionline*, 2016.

⁷⁸ In generale sulle clausole generali e sull'importante dibattito teorico relativo agli enormi problemi ermeneutici che esse pongono, v. per tutti, anche per l'ampissimo apparato bibliografico, E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, 2003, *passim*; sul fronte della dottrina civilistica mi pare di notevole rilievo la riflessione critica di MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.

⁷⁹ BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 10.

sillogismo giudiziale) adotterà per forza di cose l'opzione interpretativa che ritiene “preferibile”⁸⁰, non potendosi affidare meccanicamente a quella logicamente più conforme al significato – incerto - della norma, e questo rilievo serve proprio a mettere in risalto che in tal modo l'interprete esprime un giudizio “di valore”⁸¹, e non di sola “validità”, nel quale è inevitabilmente presente anche una componente soggettiva, riferibile alle sue “preferenze” valoriali⁸², avulsa perciò dalla (solo) supposta oggettività semantica dell'enunciato normativo contenuto nella disposizione di legge che si deve interpretare – ossia nel suo significante⁸³.

Proprio per tale ragione si è soliti affermare che anche nel nostro ordinamento giuridico, che pure è un ordinamento di *civil law*, il diritto effettivamente vigente non è tanto e solo quello estrapolabile direttamente dalle norme diritto positivo nelle loro formulazioni generali ed astratte, ma è piuttosto quello, cd. giurisprudenziale, che si forma gradualmente nell'interpretazione che di quelle norme fornisce la giurisprudenza di merito e soprattutto di legittimità⁸⁴. In altri termini, la giurisprudenza con il suo progressivo

⁸⁰ “Il termine <<preferire>> usato dagli stessi giuristi, ben consapevoli di muoversi, nella indagine sulle premesse, sopra un terreno diverso da quello della dimostrazione delle conclusioni, sta ad indicare che nella individuazione delle premesse, cioè delle proposizioni non ulteriormente deducibili dal sistema, il giurista non può valersi del ragionamento deduttivo, ma deve servirsi di nuove tecniche di ricerca, che gli forniranno conclusioni non più necessarie, ma soltanto probabili”, così ancora BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 11.

⁸¹ In arg. v. ancora BOBBIO, voce *Metodo*, in *Novissimo dig. it.*, X, Torino, 1957, p. 605, il quale osserva assai nitidamente che “sia nella posizione della cosiddetta premessa maggiore (la scelta della regola o delle regole da applicare), sia nell'attribuzione di questo piuttosto che di quel significato alle regole prescelte (cioè nell'interpretazione)” si assume “la presenza di giudizi di valore, cioè di assunzioni nelle quali entrano in gioco stati d'animo, sentimenti, convinzioni morali, opinioni politiche, in una parola, con un termine spesso adoperato, l'ideologia del giudice”; più in generale sul tema anche ID, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, Torino, 1950, *passim*; di recente nel senso che nell'attività ermeneutica sono sempre “impliciti inevitabili momenti valutativi”, v. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1157, nota 6; cfr. anche TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 26 ss., 32, 62 ss.

⁸² TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 88, il quale osserva che “il modo in cui la norma viene interpretata per essere applicata al caso concreto implica sempre precisazioni e trasformazioni del suo significato (che comunque non esiste a priori), in cui si combinano ragionamento e scelte valutative”, pertanto interpretare una disposizione di legge, anche quando lo fa il giudice, non significa <<“scoprire” un significato “esatto” oggettivamente preesistente all'attività interpretativa, bensì ascrivere un significato all'enunciato normativo” (p. 88) ed “in linea di principio questa “ascrizione di significato” implica una scelta da parte dell'interprete: fra più significati possibili si tratta di stabilire quale è il significato “proprio”, ossia “il significato più corretto” o “più adeguato”>>. (p. 88).

⁸³ Come insegna ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 351 ss., la norma - il significato - si estrae dall'enunciato normativo – la disposizione significante - per mezzo dell'attività interpretativa; ID, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 481 ss.; conf. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, p. 196.

⁸⁴ In dottrina, basti per tutti il rinvio alle nitide parole di ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto “vivente”. Convergenza o affinità di sistemi giuridici?*, in *Soc. dir.*, 2008, p. 61, il quale osserva che anche nel nostro ordinamento giuridico “il diritto non è dato solo dal diritto scritto e dalla consuetudine: compongono il diritto vigente in un determinato momento storico in un determinato paese anche le regole create dalla interpretazione del diritto scritto attraverso le sentenze emanate dai giudici (giurisprudenza)”; a livello normativo direi che, tra i tanti, uno dei più sicuri indici della piena cogenza ormai acquisita dal diritto giurisprudenziale come fonte del diritto anche nel nostro ordinamento è rappresentato, in ambito processuale, dall'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., poiché laddove la norma eleva la

consolidarsi intorno ad opzioni interpretative maggioritarie, o addirittura uniformi, non si limita alla semplice applicazione della legge nella singola controversia, ma, anche nel nostro sistema giuridico, concorre a formare il cd. diritto vivente, il quale diviene un po' alla volta quello che poi, in via tendenziale, verrà effettivamente applicato dai giudici di merito e di legittimità nelle controversie future⁸⁵.

conformità della sentenza impugnata alla “*giurisprudenza della Corte*” di legittimità a parametro su cui vagliare l'ammissibilità del ricorso – in forza di uno scrutinio in punto di diritto, che in realtà è di merito e non di mero rito – altro non fa se non postulare che a quella controversia sia in realtà immediatamente applicabile la norma di “diritto vivente” estrapolabile dalla giurisprudenza di legittimità, piuttosto che la norma di diritto positivo generale ed astratta relativa a quella fattispecie (in arg., per una più compiuta dimostrazione che l'art. 360 *bis* c.p.c. ha in qualche modo codificato l'esistenza del diritto vivente nel nostro ordinamento, sia consentito il rinvio a GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 39 ss.); a livello giurisprudenziale mi pare, invece, che la più potente ed evidente dimostrazione che il diritto giurisprudenziale è ormai trattato alla stregua del diritto positivo la si trovi nella giurisprudenza sul cd. *prospective overruling*, poiché dire che il mutamento di un orientamento giurisprudenziale (*overruling*) si applica solo agli atti processuali compiuti dopo il suo avvento - per evitare che le parti del processo incorrano in preclusioni o decadenze prima non previste, tradendo così il loro legittimo affidamento nell'orientamento pregresso - è come dire che il regime giuridico delle regole processuali formatesi in sede giurisprudenziale è sostanzialmente equiparato a quello del diritto positivo che, ai sensi dell'art. 10 Preleggi, può disporre solo per il futuro (in arg. basti qui il rinvio alla notissima Cass., Sez. un., 11 luglio 2011, 15144 in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1072, con nota di VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*; ed in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1117 ss., con nota di AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come <<il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione>>*, nella quale pronuncia, invero, sul piano teorico viene comunque ribadito il carattere solo dichiarativo dei *dicta* giurisprudenziali; in dottrina v. per tutti in arg., anche per gli esaurienti riferimenti bibliografici italiani e stranieri, VILLA, «*Overruling*» *processuale e tutela delle parti*, Milano, Torino, 2014, *passim*).

⁸⁵ Si discute da tempo in dottrina se in tal modo la giurisprudenza assuma anche una funzione propriamente creativa del diritto, nel senso che essa sia partecipe della costruzione della norma che diverrà diritto vivente, pur nel perimetro dettato dalla norma generale ed astratta, o se il suo ruolo rimanga comunque circoscritto alla pura interpretazione del diritto, a disvelarne cioè il reale significato preesistente, nel contesto socio-economico esistente nel momento storico in cui la norma viene applicata, ma suscettibile di modificarsi ed evolversi ulteriormente e dunque di richiedere nuove interpretazioni adeguatrici; i termini di questo importante dibattito sono stati di recente molto puntualmente sintetizzati da DALFINO, *Giurisprudenza “creativa” e prevedibilità del “diritto giurisprudenziale”*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 1023 ss., a cui si rinvia, anche per gli ampi riferimenti bibliografici ivi contenuti. Come in altra sede ho già avuto modo di sostenere (v. se vuoi ancora GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso*, cit., p. 49), a me pare innegabile che la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, nel momento in cui concorre a formare la norma di diritto vivente, positivizzandola, contribuisca anche a crearne il contenuto precettivo, se non altro perché, come visto, l'interpretazione della norma involge di regola anche un giudizio di valore da parte dell'interprete nella scelta tra le plurime opzioni ermeneutiche possibili (tra gli studiosi che maggiormente hanno insistito sull'attitudine creativa della giurisprudenza anche nel nostro ordinamento di *civil law*, v. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 371; CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere*, II, Milano, 1959, 379 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 203; LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1153 ss.; ALPA, *La creatività della giurisprudenza. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in *Diritto giurisprudenziale* e cura di Bessone, Torino, 1996, p. 105; CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1, il quale vedeva nell'attività interpretativa della giurisprudenza “*ineliminabili momenti di creazione del diritto*”). Quello che è però essenziale ed irrinunciabile per poter predicare la piena legittimità del diritto giurisprudenziale, anche assegnandogli un ruolo creativo del diritto, è che l'esegesi normativa di cui si fa espressione non contrasti mai con l'esplicito significato letterale dell'enunciato normativo, laddove il suo significato sia sufficientemente chiaro, né con i principi generali dell'ordinamento che informano quella materia, e sia conforme al sistema valutato nel suo complesso, oltre che adeguatamente e razionalmente motivata così da divenire giuridicamente controllabile; men che meno, ovviamente, il diritto vivente può farsi creatore di un nuovo precetto giuridico, in totale assenza, a monte, di una norma giuridica da interpretare (come invece talvolta purtroppo accade, penso ad esempio, in ambito processuale, al requisito della cd. autosufficienza del ricorso per cassazione, creato *ex novo* dalla giurisprudenza di legittimità in totale assenza di un chiaro referente normativo a cui ricondurlo). Ma all'interno dei suddetti limiti ermeneutici, da valutarsi tutti in modo molto rigoroso, mi pare difficile contestare che la giurisprudenza, specialmente

Sicché, al fine di prevedere quale sarà il giudizio di diritto che un certo giudice esprimerà in una determinata controversia è necessario individuare preliminarmente qual è la norma di diritto vivente ad essa applicabile, il che è come dire che serve verificare qual è l'interpretazione prevalente in giurisprudenza della norma generale ed astratta nella cui fattispecie legale ricade il caso concreto controverso⁸⁶.

Questo tipo di indagine rende particolarmente complessa la previsione del giudizio di diritto che verrà formulato dal giudice per due ordini di ragioni.

Anzitutto perché, come si è detto, il giudice nel nostro ordinamento è soggetto soltanto alla legge ed è pertanto libero di interpretare il diritto nel modo che ritiene preferibile, senza essere vincolato ad eventuali precedenti giurisprudenziali che si siano formati su casi identici, sicché anche in presenza di una giurisprudenza monolitica su una determinata questione di diritto egli può sempre discostarsene e decidere la controversia in modo diverso. Purtuttavia, tale primo ostacolo di ordine teorico alla prevedibilità del giudizio di diritto, in concreto risulta abbastanza attenuato perché in presenza di un orientamento costante, o largamente maggioritario, della giurisprudenza di legittimità il giudice di merito tenderà ad uniformarsi, dovendo egli necessariamente considerare che una sua eventuale decisione difforme verrà verosimilmente cassata dalla Corte di cassazione nella fase successiva del processo⁸⁷. E' vero dunque che nel nostro sistema giurisdizionale non vige la regola dello *stare decisis*, ma è altrettanto vero che nel singolo processo la giurisprudenza di legittimità, se sufficientemente consolidata, esercita comunque, per la ragione anzidetta, una notevolissima influenza sulla decisione che verrà assunta dal giudice di merito, così da renderla assai più prevedibile di quel che potrebbe apparire ragionando solo in termini astratti. In altri termini, se per un verso è indubbio che anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale ampiamente consolidato, e cioè di una disposizione ben delineata di cd. diritto vivente, il giudizio di diritto che verrà effettivamente espresso dal giudice in una determinata controversia rimane impossibile da prevedere con assoluta sicurezza perché quei

quella di legittimità, nel nostro ordinamento assolve ad un ruolo anche creativo del diritto, che, a seconda dei casi, può essere estremamente ampio, ad esempio quando si tratta di interpretare le norme basate sulle cd. clausole generali, o molto più ristretto, quando il significato delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore è univoco o agevolmente decifrabile.

⁸⁶ Come si è visto sopra al n. 5.2, anche la precisa focalizzazione della fattispecie legale di ogni singola norma giuridica, in tutti i suoi specifici contorni fattuali, postula a sua volta un'esegesi del testo di legge non scevra, anch'essa, da un ineliminabile e considerevole margine di discrezionalità dell'interprete, che la rende non facilmente prevedibile in sede giudiziaria.

⁸⁷ Conf. COSTANTINO, *Prevedibilità della decisione*, cit., p. 662, ove, sia pur in termini tecnici, si discorre di "vincolo, per i giudici di merito".

precedenti giurisprudenziali tra loro conformi non hanno alcuna efficacia formalmente vincolante, per altro verso è altresì innegabile che gli stessi esercitino comunque su quel giudice una considerevole e pregnante efficacia conformativa, determinata dalla consapevolezza che una sua eventuale decisione difforme con tutta probabilità verrà riformata nei successivi gradi di giudizio⁸⁸.

L'altra ragione che rende difficile da prevedere il giudizio di diritto se rapportato al cd. diritto vivente e non ai meri enunciati generali ed astratti contenuti nelle singole norme giuridiche, risiede nella enorme difficoltà con cui il cd. diritto vivente si forma e si consolida nel nostro ordinamento giuridico. Proprio per stigmatizzare questo grosso ed annoso problema, Sergio Chiarloni, un attento processualista da poco scomparso che qui mi piace ricordare, con l'ironia e l'arguzia che lo contraddistingueva diceva che la giurisprudenza di legittimità in fondo è come un grande "*supermercato nei cui scaffali i clienti – i litiganti – riescono facilmente a trovare il prodotto che cercano*"⁸⁹, ovverosia un precedente, o più precedenti, conformi alla tesi giuridica che intendono sostenere. Chiaramente questo è un aforisma che, come tutti gli aforismi, soffre di una qualche esagerazione suggestiva, ma in realtà si presta molto bene a descrivere qual è la situazione in cui normalmente viene a trovarsi il giurista quando vuole appurare cosa prescrive il diritto vivente in una determinata materia, ossia quella di una giurisprudenza di legittimità, magmatica e contraddittoria - sia in senso diacronico che sincronico - dove spesso è quasi impossibile appurare con sicurezza se su una certa questione giuridica esista effettivamente un indirizzo giurisprudenziale sufficientemente consolidato, e dove i precedenti giudiziari che dovrebbero formare il diritto giurisprudenziale sono in realtà rappresentati dalle massime prodotte dall'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione⁹⁰, a loro volta formulate in termini di regole

⁸⁸ In fondo, a ben riflettere, l'istituto di nuovo conio del Rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di cassazione, introdotto dalla riforma Cartabia con l'innesto nel codice di rito dell'art. 363 *bis* c.p.c., si basa proprio su questo indiscutibile quanto elementare assunto di ordine più empirico che concettuale, poiché, in presenza di una questione giuridica nuova, si confida che il giudice di merito conformi la sua decisione al principio di diritto espresso in via preventiva dalla Suprema corte, spintovi, e condizionato, dalla remora di veder cassata una sua eventuale pronuncia divergente; per un primo inquadramento, e per più ampi riferimenti bibliografici su questo nuovo istituto processuale largamente ispirato alla *Saisine pour avis de la Cour de cassation* già da tempo operante nel processo civile francese, sia permesso il rinvio a GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., p. 684 ss.

⁸⁹ Così CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza*, cit., p. 6; non meno icastico rincarava TARUFFO, *La corte di cassazione tra legittimità e merito*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 237, ora in *Il vertice ambiguo*, cit., p. 103, che "*la giurisprudenza di legittimità è ridotta ad una sorta di repertorio bon à tout faire, nel quale si può sempre sperare di trovare qualche pezza d'appoggio per la tesi che si vuole sostenere*".

⁹⁰ In arg. si v. le riflessioni critiche di DE NOVA, *L'astrottezza delle massime e le origini dell'Ufficio del Massimario*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 516 ss.; nonché di DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del massimario e funzione nomofilattica)*, in *Quest. giust.*, 2017, p. 3 ss.; SCRIMA, *Il Massimario della Corte Suprema di Cassazione tra storia e attuali prospettive*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 278 ss

generali ed astratte⁹¹ - e quindi anch'esse suscettibili di interpretazione⁹² - anziché come la specifica *regula iuris* applicata dal giudice precedente ad un determinato caso concreto e perciò potenzialmente estensibile ad altri casi analoghi⁹³.

Se questa è la situazione che da molto tempo grava sul nostro Paese, è del tutto evidente che essa è la vera e principale causa dello scarso livello di certezza del diritto che purtroppo penalizza il nostro ordinamento giuridico e che si ripercuote inevitabilmente - come visto sopra, § 5.1. – sulla difficoltà di prevedere l'esito dei processi civili con riferimento al giudizio di diritto che verrà espresso dal giudice. Ed è altrettanto evidente, a mio avviso, che su questo grosso problema ben poco può influire il ricorso all'intelligenza artificiale, su cui si basa la cd. giustizia predittiva, al fine di rendere più facilmente prevedibili le decisioni giudiziarie, dato che il problema sta, per così dire, a monte dello strumento previsionale adottato e riguarda l'indeterminatezza strutturale del quadro normativo di riferimento col quale il giudice si deve rapportare, derivante dalla difficoltà con cui il cd. diritto vivente si forma e si stabilizza nel nostro ordinamento giuridico. E' chiaro infatti che sino a quando il diritto giurisprudenziale non si è sufficientemente consolidato su una determinata questione giuridica dubbia, optando per una delle varie interpretazioni possibili, e producendo così la norma di diritto vivente applicabile al caso controverso, la predizione dell'esito del giudizio è resa quasi impossibile da effettuarsi su basi razionali ed oggettive, perché, nella sostanza, manca - o è del tutto evanescente - il dato normativo a cui fare riferimento.

⁹¹ Al punto che la stessa Corte costituzionale ha dovuto prendere atto che queste rappresentano il vero diritto vivente, effettivamente vigente nel nostro ordinamento giuridico, ed estendere anche ad esse il proprio sindacato di legittimità costituzionalità, statuendo che *“La questione di costituzionalità sollevata in relazione alla consolidata interpretazione che di una norma abbia dato la corte di cassazione, mentre è inammissibile se surrettiziamente volta ad ottenere dalla corte costituzionale (attribuendole un ruolo impugnatorio che non le è proprio) una revisione di quella interpretazione, è viceversa ammissibile nel caso in cui, assunta l'interpretazione medesima in termini di «diritto vivente», se ne chieda la verifica di compatibilità con dati parametri costituzionali”* (così Corte cost., 23 maggio 1995, n. 188, in *Giust. civ.* 1995, I, p. 1711 ss., con nota di MORELLI, *Decalogo per il giudice a quo*; ID, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 169 ss.

⁹² Sui delicatissimi problemi connessi all'interpretazione delle massime, che mai può astrarsi dall'esame della sentenza per esteso, v. per tutti gli studi di GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 701 ss.; nonché di DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 799 ss.

⁹³ Sulla deformazione che il concetto di precedente subisce nel nostro ordinamento, rispetto ai sistemi di *common law*, e sulle gravi disfunzioni che ciò può comportare sia a livello ermeneutico che a livello applicativo, si v. l'ampio studio di PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, *passim*, ove, peraltro, vengono riprese molte delle idee già da tempo elaborate da TARUFFO e da ultimo riproposte in *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 111 ss.

Come si sa, l'organo giudiziario che dovrebbe garantire che il diritto giurisprudenziale sia sufficientemente stabile e certo sì da essere anche prevedibile, è la Suprema corte di Cassazione a cui proprio per tale ragione l'art. 65 Ord. giud. affida il compito di assicurare *“l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge”* nonché *“l'unità del diritto oggettivo nazionale”*⁹⁴. Se dunque il cd. diritto vivente è così incerto nel nostro sistema giurisdizionale, e perciò è così poco prevedibile l'applicazione pratica che ne farà il giudice, è verosimilmente perché la Corte di legittimità non riesce ad assolvere efficacemente la fondamentale funzione nomofilattica a cui è principalmente deputata⁹⁵.

5.3.1. - Qui ovviamente si spalanca un problema immenso che certo non può essere affrontato in questa sede e che concerne, evidentemente, le ragioni di questa palese disfunzione della nostra Corte di vertice con tutte le dannosissime conseguenze che da ciò possono discendere.

In astratto a mio modo di vedere il sistema era stato concepito in modo molto equilibrato, anche a livello costituzionale, poiché se per un verso la soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), e perciò la sua piena libertà interpretativa, assicura al diritto vivente la capacità di evolversi ed adeguarsi progressivamente ai mutamenti che si verificano nella società e nell'economia, per altro verso un sufficiente grado di certezza del diritto avrebbe dovuto essere garantito dalla funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione ai sensi dall'art. 65 Ord. giud., consolidata assoggettando al suo controllo di legittimità tutte le sentenze dei giudici di merito (art. 111, comma 7°, cost.)⁹⁶ e così elevandola, nella sostanza, a baricentro del potere giurisdizionale nel nostro ordinamento⁹⁷. Negli intenti, si sarebbe così dovuto probabilmente realizzare il giusto bilanciamento tra l'insopprimibile esigenza di certezza del diritto, consustanziale ad ogni ordinamento giuridico (v. sopra § 5.1), e quella non meno basilare di assicurare, al contempo, tanto il rispetto del principio

⁹⁴ Per un'ottima ricostruzione storica dell'istituto, v. PANZAROLA, *L'evoluzione storica della cassazione civile e la genesi dell'art. 65 Ord. giud.*, in *I processi civili in cassazione* a cura di Didone e De Santis, Milano, 2018, p. 61 ss.

⁹⁵ Come noto, il concetto, e la correlativa espressione, di nomofilachia furono introdotti nel lessico processuale all'inizio del secolo scorso da CALAMANDREI nella sua capitale opera *La Cassazione civile, II, Disegno generale dell'istituto*, Milano-Torino-Roma, 1920, ora in *Opere giuridiche*, VII, rist. Roma, 2019, p. 34 e 92 ss.

⁹⁶ Nel senso che l'art. 111, comma 7°, cost. sia posto anche a presidio della funzione nomofilattica della Suprema corte di cassazione, v. DENTI, *Commento all'art. 111*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Bologna, 1987, p. 1 ss.; ID, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, 228 ss.; cui *adde*, più di recente, RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012, p. 81.

⁹⁷ In arg. per tutti, anche per gli esaurienti richiami bibliografici e giurisprudenziali, v. l'importante opera di TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, *passim*, spec., con riguardo ai temi qui in rilievo, pp. 373 ss.

di legalità, che la capacità del diritto giurisprudenziale di conformarsi sincronicamente allo sviluppo sociale ed economico⁹⁸. In questo disegno di fondo si colloca ovviamente anche la scelta codicistica di affidare alle Sezioni unite, l'organismo più autorevole della Corte di cassazione in virtù della sua composizione interna (art. 67, Ord. giud.), il compito di comporre eventuali contrasti interpretativi insorti all'interno della giurisprudenza di legittimità (art. 374, comma 2°, c.p.c.), al fine di favorire la stabilizzazione, e quindi la certezza e prevedibilità, del diritto giurisprudenziale.

A più di 70 anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana credo si debba però realisticamente prendere atto che il sistema, pur astrattamente ben congegnato, in concreto non ha funzionato come ci si attendeva, giacché, come si è detto, quando l'operatore pratico o lo studioso tentano di ricostruire quale sia il diritto vivente applicabile ad una determinata fattispecie concreta si scontrano costantemente con una giurisprudenza, di merito e di legittimità, estremamente frastagliata ed eterogenea nelle soluzioni interpretative accolte e tutt'altro che idonea a configurarsi come il diritto effettivamente vigente da cui ricavare la disciplina dei rapporti giuridici nel nostro ordinamento. Come noto, a livello normativo sono stati compiuti vari tentativi per porre riparo a questo gravissimo problema, i più rimarchevoli dei quali mi pare siano rappresentati, per un verso, dall'introduzione dell'obbligo per la Sezione semplice che intende discostarsi da un indirizzo giurisprudenziale condiviso dalle Sezioni unite di rimettere *“a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”* (art. 374, comma 3°, c.p.c., come sostituito dall'art. 8 d. lgs. n. 40/2006), e così istituendo una sorta di efficacia vincolante indiretta dei precedenti delle Sezioni unite⁹⁹; e, per altro verso, dall'inammissibilità dei ricorsi contro sentenze che hanno *“deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte”* di legittimità introdotta dall'art. 360 bis c.p.c., innestato nel c.p.c. dalla l. n. 69/2009, che ha di fatto attribuito surrettiziamente alla giurisprudenza civile della Corte di cassazione il ruolo di diritto vivente¹⁰⁰. Ma anche questi ultimi dispositivi processuali a molti anni dalla loro introduzione non si

⁹⁸ Lo stesso Calamandrei nel suo intervento all'Assemblea costituente, nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, con riguardo alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione ebbe a dichiarare che *“che bisogna distinguere l'unificazione nello spazio e l'unificazione nel tempo. La giurisprudenza non si unifica nel tempo e non si deve unificare nel tempo, perché non è bene che la vita del diritto diventi immobile e statica, e si cristallizzi. ... Ma, quello che si deve invece difendere ... è l'unicità della giurisprudenza nello spazio”*.

⁹⁹ Sebbene, va qui sottolineato, la legge non preveda alcuna sanzione, o conseguenza giuridica di altro genere, per il caso in cui la sezione semplice decida un processo in dissenso dalle Sezioni unite omettendo di rimettere a queste ultime la decisione della causa, con evidente e notevole diminuzione della concreta efficacia del rimedio.

¹⁰⁰ In termini, v. Cass., Sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620, in *Corr. merito*, 2013, p. 287, con nota di TRAVAGLINO, *Compenso arbitrale e ricorso straordinario*, nella quale si è affermato che *“Nel nostro ordinamento la regola dello stare*

sono dimostrati in grado di risolvere il problema di una giurisprudenza spesso informe e priva al suo interno di indirizzi ermeneutici effettivamente consolidati e riconoscibili¹⁰¹.

Molto più di recente, sempre con la finalità di rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, la riforma Cartabia ha introdotto il rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di cassazione su questioni giuridiche nuove, così come oggi previsto dal nuovo art. 363 *bis* c.p.c. Solo col tempo l'esperienza pratica potrà dirci se questo nuovo strumento, mutuato dalla *Saisine pour avis de la Cour de cassation* già da tempo attivo nel processo civile francese, avrà sortito i risultati sperati, benché sin d'ora sia lecito nutrire qualche dubbio in proposito, come già in altra sede mi sono permesso di far notare¹⁰².

La stessa dottrina si è spesso interrogata su quali siano le reali cause di questa incapacità endemica della Corte di cassazione di assolvere compiutamente al proprio ruolo nomofilattico, ravvisandole in una pluralità di motivi che vanno dalle accresciute difficoltà interpretative derivanti dalla sempre più scadente formulazione lessicale delle norme, alla dimensione multilivello, e spesso contraddittoria, assunta dal sistema delle fonti del diritto¹⁰³, all'enorme numero di ricorsi decisi ogni anno dalla Cassazione che genererebbe un'inevitabile proliferazione di orientamenti diversi e contrastanti¹⁰⁴ e ad altre possibili ragioni più o meno

decisis è stata valorizzata dalla novella di cui alla l. 69/09 che, nell'introdurre nell'ordinamento l'art. 360 *bis* c.p.c. (che sancisce l'inammissibilità del ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa), ha accentuato maggiormente l'esigenza di non cambiare l'interpretazione della legge in difetto di apprezzabili fattori di novità, in una prospettiva di limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità coerente con l'esercizio della funzione nomofilattica". in arg. v. inoltre quanto osservato alla precedente nota 84, cui adde CARRATTA, *L'art. 360 bis e c.p.c. e la nomofilachia <<creativa>> dei giudizi di cassazione*, in *Giur. it.*, 2011, p. 886; nonché RAITI, *Brevi note sul «filtro» in cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile 18 giugno 2009 n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1601 ss.; più di recente v. TISCINI, *Il filtro in cassazione nella giurisprudenza della corte*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1028 ss.

¹⁰¹ In arg. v. di recente AULETTA, *Per una definizione di <<giurisprudenza della corte>>: coefficiente normativo marginale della decisione e metodi quantitativi di misura*, in *Problemi attuali di diritto processuale civile* a cura di DALFINO, in *Foro it., Gli speciali*, 2021, n. 1, p. 232 ss.; cui si aggiunga in una prospettiva comparatistica CAPASSO, *Il valore della <<giurisprudenza>> in Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1269 ss.

¹⁰² GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., p. 686.

¹⁰³ In arg. per tutti PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 53 ss.; il problema è avvertito in modo anche più intenso nell'ambito del diritto penale, per via probabilmente della più stringente vigenza del principio di tipicità, in arg. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezioni tra diritto e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 19, il quale critica una normativa "policentrica e reticolare" che costringe ormai il giudice in una sorta di "labirinto" nel quale deve stabilire con un alto grado di discrezionalità e creatività "cosa sia fonte a determinarne di volta in volta il grado di precettività"; v. anche CARRATTA, *Decisione robotica*, cit., p. 499, che con più diretto riferimento al tema qui trattato avverte, giustamente, che il fenomeno della moltiplicazione e disordine delle fonti è ulteriormente accentuato dal diffondersi delle regole cd. di *soft law*, cioè provenienti da organi privi di potere legislativo, ma comunque dotate di un'efficacia regolatoria giuridicamente rilevante.

¹⁰⁴ Così, tra gli altri, CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza*, cit., p. 6; conf. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit. p. 102.

riconducibili al funzionamento interno della Suprema corte¹⁰⁵, ma se tutte queste cause, ed altre ancora che vengono ipotizzate, possono a dare conto delle nuove difficoltà interpretative che caratterizzano il nostro ordinamento (come, per il vero, quasi tutti gli altri ordinamenti contemporanei di area occidentale) o servono a biasimare le disfunzioni interne alla Suprema corte che ne complicano e rallentano enormemente il lavoro, non mi pare bastino a spiegare esaurientemente le ragioni per cui la giurisprudenza di legittimità continui ad incontrare così tante difficoltà a coagularsi sincronicamente intorno ad opzioni interpretative condivise, così da formare un diritto giurisprudenziale al quale i giudici di merito possano fare effettivamente riferimento.

A mio sommo avviso, alla base di questo problema ci sta probabilmente, oltre ad una certa vocazione all'autoreferenzialità e all'autarchia decisionale che spesso dimostrano i giudici di merito nostrani, anche, e soprattutto, l'erronea convinzione teorica, anche nei Costituenti, che l'efficacia solo persuasiva delle sentenze di legittimità sia sufficiente a garantire l'effettiva formazione di un diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento giuridico. L'efficacia non vincolante dei precedenti giurisprudenziali è senz'altro un presupposto indefettibile del capitale principio di legalità accolto dalla nostra Costituzione all'art. 101, ma l'esperienza giudiziaria di ormai più di 70 anni ha chiaramente dimostrato che – nonostante i vari correttivi introdotti di recente, di cui si è detto sopra - l'efficacia (ma forse più propriamente *l'influenza*) solo persuasiva delle sentenze emesse dalla Corte di cassazione¹⁰⁶, sia sui giudici di merito che sulle future pronunce di legittimità, non basta a fare di questo nostro organo giurisdizionale di vertice il generatore di un diritto giurisprudenziale vivente dotato di sufficiente certezza per dare stabilità al sistema e prevedibilità alle decisioni giudiziarie. E forse è anche comprensibile che sia così, poiché la “persuasività” che dovrebbero effondere le sentenze di legittimità a ben vedere riposa soltanto su un blando principio di ragionevolezza, in forza del quale è ragionevole attendersi che i giudici di merito conformino la propria decisione ad una precedente, e più autorevole, decisione assunta su un caso identico dalla Suprema corte di Cassazione¹⁰⁷. E lo stesso in teoria

¹⁰⁵ V. ad esempio PROTO PISANI, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 27.

¹⁰⁶ Efficacia meramente persuasiva di cui, per inciso, si ha esplicito riscontro codicistico nell'art. 384, comma 2°, c.p.c., ove è stabilito che le decisioni della Corte di cassazione vincolano unicamente il giudice di rinvio, tenuto ad “uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte”.

¹⁰⁷ Benché in giurisprudenza, e talvolta anche in dottrina (così ad esempio BONSIGNORI, *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente giudiziario*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 510), si affermi, invero po' apoditticamente, che la Corte di cassazione può sempre discostarsi dai propri precedenti, ma a condizione che ricorrano gravi ragioni da esplicitare e motivare (così Cass., Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675, nonché Cass., 18 maggio 1996, n. 4620) e che analogo principio vale anche per il giudice di merito (Cass., 3 dicembre 1983, n. 83).

dovrebbe fare anche la Cassazione quando su quel caso esiste un suo pregresso orientamento consolidato o una pronuncia resa a Sezioni unite, salvo quanto osservato sopra in merito al dispositivo di cui all'art. 374, comma 2°, c.p.c.

Sarebbe allora forse giunto il momento di aprire una seria riflessione sull'utilità di attribuire una qualche efficacia vincolante ai precedenti di legittimità anche nel nostro sistema giudiziario se davvero si vuole incrementare il grado di certezza del diritto nel nostro ordinamento giuridico¹⁰⁸. Ma per fare questo occorrerebbe naturalmente un ripensamento globale del ruolo stesso da assegnare alla Corte di cassazione, che così verrebbe ad assumere anche istituzionalmente (e formalmente) una funzione propriamente normativa, e quindi andrebbe probabilmente rivista, ad esempio, la sua stessa composizione - o la composizione delle Sezioni unite, se l'efficacia vincolante è ristretta a queste pronunce - per assicurare la legittimazione democratica ai suoi precedenti vincolanti; ma più in generale andrebbe ripensato finanche l'assetto costituzionale dei vari poteri dello Stato, nel quale la Corte sarebbe chiamata a svolgere le sue rinnovate funzioni, forse più improntate al modello anglosassone di Corte suprema¹⁰⁹ e non più (soltanto) di Corte di cassazione¹¹⁰.

5.3.2. - Ma tutto questo, che a mio avviso rappresenta il cuore del problema della certezza del diritto nel nostro ordinamento, e della conseguente (im)prevedibilità delle decisioni giudiziarie, ci porta lontano dal tema qui indagato, ed ha ben poco a che vedere con esso, perché l'intelligenza artificiale, che sta alla base delle cd. giustizia predittiva, in mancanza di un diritto giurisprudenziale sufficientemente certo incontra le stesse - ed anche più gravi - difficoltà a predire le decisioni giudiziarie a cui va incontro l'intelligenza umana. Se il complesso problema con cui deve misurarsi l'operatore umano chiamato a prevedere l'esito di un processo civile è quello, per così dire, di un "diritto che non c'è", ossia di un diritto vivente-giurisprudenziale incapace

¹⁰⁸ Nella prospettiva di una maggiore calcolabilità giuridica, conviene sulla necessità di rafforzare la capacità e forza nomofilattica della Corte di cassazione anche CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 509.

¹⁰⁹ In arg. v. per tutti il classico studio di CARROZZA, voce *Corti*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1989, p. 430 ss.; inoltre più di recente BARSOTTI-VARANO (a cura di), *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: una prospettiva comparatistica*, in *Annuario dir. comp.*, 2011, p. 7 ss.; sempre di BARSOTTI-VARANO (a cura di), *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale - Dialogo di diritto comparato*, Napoli, 2012, *passim*.

¹¹⁰ Per una approfondita illustrazione delle plurime contraddizioni, giuridiche e strutturali, che caratterizzano la nostra Corte di cassazione, basti per tutti il rinvio agli studi di TARUFFO raccolti nel volume *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, cit., *passim*.

di tradursi in precetti chiari e ben definiti, e quindi, in sostanza, è quello di riuscire a configurare correttamente la premessa maggiore del sillogismo giudiziale che il giudice utilizzerà per decidere la causa, è del tutto evidente che l'intelligenza artificiale non può in alcun modo agevolare la soluzione di questo grave problema, che andrebbe invece affrontato a monte, implementando - come detto - l'effettiva formazione di un chiaro diritto giurisprudenziale vivente anche nel nostro ordinamento. Gli algoritmi che governano il funzionamento dell'intelligenza artificiale operano con metodo prevalentemente statistico¹¹¹, per cui se l'elemento che rende particolarmente incerta la previsione del giudizio di diritto che dovrà esprimere il giudice sta nella vaghezza del diritto vivente, e perciò del quadro giurisprudenziale di riferimento, è difficile immaginare che il *computer* possa fornire una previsione più attendibile di quella umana, perché l'analisi statistica risulterà anch'essa gravemente penalizzata dalla pluralità di precedenti giudiziari tra loro difformi e/o contrastanti sul caso controverso. L'attendibilità della previsione operata dal *computer*, basandosi in larga misura sull'analisi statistica e quantitativa di precedenti conformi o difformi su quella specifica fattispecie concreta, è ovviamente altamente compromessa se non è possibile reperire una sufficiente quantità di precedenti dello stesso segno che possano far prevedere, in termini squisitamente statistici e quantitativi, che il giudice conformerà ad essi la propria decisione. Se a questo si aggiunge che nel nostro ordinamento di *civil law* il giudice non è comunque vincolato al precedente giudiziario, e mantiene perciò la sua piena libertà interpretativa della norma generale ed astratta applicabile in quel processo anche in presenza di un indirizzo giurisprudenziale uniforme sulla questione giuridica controversa (v. sopra, § 5.3.)¹¹², non è difficile avere la misura di quanto in vero possa risultare inattendibile la previsione del giudizio di diritto effettuata esclusivamente per mezzo dell'intelligenza artificiale.

Un po' diverso sarebbe il discorso in un sistema di *common law*¹¹³, poiché l'efficacia vincolante del precedente giudiziario renderebbe molto più attendibile la predizione della decisione del giudice successivo, essendo questi tenuto a conformarsi alle pronunce precedenti su casi identici¹¹⁴, ma anche qui non credo che

¹¹¹ V. sopra nota 73.

¹¹² Senza peraltro trascurare che la "giurisprudenza" e il "precedente" non sono, ovviamente, la stessa cosa e divergono sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello qualitativo, come è stato da tempo spiegato da autorevole dottrina, v. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.

¹¹³ Nel senso che la conformazione dei sistemi di *common law* appare più confacente alle modalità predittive dell'intelligenza artificiale, si v. lo studio di TISCORNIA, *Il diritto nei modelli dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 1996, *passim*.

¹¹⁴ Conf. SANTAGADA, *op. cit.*, p. 491.

la previsione del giudizio di diritto effettuata dall'intelligenza artificiale possa risultare più sicura di quella prodotta dall'intelligenza umana, poiché in entrambi i casi la maggiore affidabilità dipende unicamente dalla regola dello *stare decisis*, che costringe giuridicamente il giudice ad uniformare la propria decisione a quella già resa da un altro giudice su un caso identico¹¹⁵.

5.4. – Se a questo punto torniamo al quesito da cui aveva preso avvio l'indagine qui svolta sulla cd. giustizia predittiva (§ 5), ossia se l'intelligenza artificiale, su cui essa si basa, sia capace di prevedere la decisione giudiziaria meglio di quanto può fare (e sino ad oggi ha fatto) l'intelligenza umana, direi che ad esso debba senz'altro esser data risposta negativa per le ragioni sin qui esposte, sia con riguardo al giudizio di fatto che al giudizio di diritto, entrambi sempre presenti in qualsiasi decisione giudiziaria. E' anzi emerso che di norma la predizione algoritmica, fondandosi su metodi prognostici di tipo prevalentemente statistico - e quindi, in pratica, sul calcolo esteso al numero più elevato possibile di precedenti contenuti in un *database* informatico di quanto spesso si ripete una certa decisione in relazione al caso controverso - è assai meno affidabile dalla previsione effettuata affidandosi al ragionamento umano, che può ponderare, almeno in una certa misura, le numerose variabili decisionali che inevitabilmente sfuggono ad una valutazione prettamente statistico-quantitativa, quali ad esempio, come visto, la corretta configurazione ed ipotizzazione della fattispecie di fatto che verrà decisa dal giudice (sopra § 5.2.), o la scelta dell'opzione ermeneutica alla quale il giudice riterrà di aderire (sopra § 5.3.1.)¹¹⁶.

¹¹⁵ La dottrina ha da tempo messo in luce che invero le differenze tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law* vanno sempre più assottigliandosi e ormai non sono più così nette come si è soliti insegnare (TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.), sicché anche alla tradizionale distinzione tra precedente vincolante e precedente solo persuasivo non può più essere dato lo stesso rilievo (v. per tutti PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, p. 230 ss.). Ad ogni buon conto, mi pare innegabile che ancora oggi la forza conformativa esercitata dai precedenti giudiziari nei confronti dei giudici successivi sia molto superiore nei sistemi di *common law* rispetto a quelli di *civil law* (cfr. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 201; TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37).

¹¹⁶ Benché un certo margine di imponderabilità permanga inevitabilmente anche nelle previsioni che si avvalgono delle facoltà intellettive umane, com'è testimoniato dal noto e risalente brocardo *habent sua sidera lites* tanto avvertito da Calamandrei, il quale, però, non mancava di rilevare, forse con una punta di malinconica rassegnazione, che *"nella sentenza non c'è soltanto il mistero finale della coscienza del giudice, ma c'è il concorso intermedio di tutta una serie di coscienze individuali, ciascuna delle quali è un alea, di fronte a cui la previsione scientifica si arresta impotente"*, così CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*, cit., p. 18.

Se dunque l'intelligenza algoritmica, allo stato attuale delle tecnologie informatiche, non ha migliori *chances* di pronosticare l'esito di un giudizio civile rispetto all'intelligenza umana, anche il principale dilemma teorico ed etico posto dalla cd. giustizia predittiva (come visto sopra §§ 5 e 5.1.), ovvero se il *computer* possa già oggi, o in un futuro abbastanza prossimo, sostituirsi al giudice e svolgere esso stesso le funzioni giudicanti, anziché limitarsi a predire il probabile esito della causa, credo debba ricevere per il momento (e per fortuna!) risposta negativa, poiché se la pretesa equivalenza tra il giudice umano ed un ipotetico giudice-robot si fonda sull'asserita capacità dell'algoritmo di preconizzare con sicurezza le decisioni fondate sul ragionamento logico-razionale utilizzato dall'intelligenza umana, tale premessa argomentativa allo stato appare falsa o comunque non verificata né verificabile.

Come si è visto sopra (§§ 5 e 5.1), se fosse vero che la giustizia predittiva, ossia la possibilità di prevedere l'esito di un processo tramite il calcolo di un *computer* istruito da specifici algoritmi¹¹⁷, è in grado di pronosticare con certezza l'esito di un processo ciò potrebbe avere una portata davvero dirompente, non solo perché il problema della certezza del diritto, così essenziale e imprescindibile per qualsiasi ordinamento giuridico, verrebbe appianato - quantomeno in apparenza¹¹⁸ - una volta per tutte, ma anche e principalmente perché vorrebbe dire che siamo agli albori dell'età del giudice automa, dell'intelligenza artificiale che un po' alla volta arriva a sostituirsi al giudice, dato che se l'algoritmo sa preconizzare con sicurezza il risultato di un processo non vi è motivo, né pratico né teorico, per non incaricarlo anche di decidere quel processo. Ma l'analisi svolta ha dimostrato che così non è: per ora il ragionamento del giudice, fondato sul sillogismo giudiziale¹¹⁹, sullo scrupoloso accertamento istruttorio dei fatti, e sulla complessa attività esegetica delle norme e degli orientamenti giurisprudenziali che vengono in rilievo con riferimento a quella fattispecie, con tutte le infinite variabili e difficoltà processuali che in ogni singolo giudizio possono intervenire, non è surrogabile dall'intelligenza artificiale, la quale, come visto, è ben lungi dall'essere capace di prevedere con esattezza

¹¹⁷ V. nota 53.

¹¹⁸ V. in proposito le osservazioni critiche di ROVELLI, *Giustizia predittiva. Variazioni sul tema*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 733 ss.

¹¹⁹ Ben consapevole che anche il riferirsi *tout court* allo schema del sillogismo giudiziale implica già di per sé una forma di semplificazione del ragionamento giuridico, poiché nell'applicazione della norma la *quaestio facti* non è mai così rigidamente separabile dalla *quaestio iuris*, come presupporrebbe il puro e semplice modello sillogistico, ma concorrono sempre l'un l'altra ad individuare l'ambito di applicazione della norma, conf. PASTORE, *op. cit.*, p. 78.

come verrà decisa una certa causa, ma anche dal saper confezionare una previsione più attendibile di quella a cui già oggi si può aspirare servendosi delle facoltà dell'intelligenza umana.

D'altra parte, anche volendo prescindere da queste considerazioni di carattere logico-razionale, la prospettiva del giudice-robot andrebbe respinta anche per motivi di ordine etico. Si è visto sopra, infatti (§ 5.3.), che il giudizio di diritto contenuto in una decisione giudiziale esprime quasi sempre anche opzioni di valore del giudice, insite inevitabilmente nella scelta che egli deve operare tra le varie interpretazioni possibili della norma applicabile al caso controverso, cosicché l'interpretazione da lui prescelta è da intendersi - nella concezione ermeneutica qui accolta di Norberto Bobbio, v. § 5.3 - come quella “preferibile” piuttosto che come quella “valida” in termini di pura logica formale.

Da qui l'inquietante interrogativo che subito nasce spontaneo, di ordine più etico-filosofico, che non strettamente giuridico, sulle conseguenze che potrebbero derivare dalla scelta di attribuire ad un *computer*, e agli algoritmi che ne dirigono ed implementano il funzionamento, il potere di esprimere anche giudizi di valore nella decisione delle cause che vengano assegnate alla sua “giurisdizione”.

Senza che si debba per forza cedere alle suggestioni evocate dagli scenari fantascientifici vagheggiati da Stanley Kubrick in quel film meraviglioso, e un po' premonitore, che è 2001 Odissea nello spazio, dove il *computer* HAL 9000 riesce ad avere il sopravvento sull'uomo durante la missione Giove dell'astronave *Discovery*, è chiaro che l'idea di un *computer* che si fa giudice e che giudica basandosi anche su proprie scelte di valore (ma quali valori? instillati da chi nell'algoritmo decisionale? ¹²⁰) non può che destare forti preoccupazioni in tutti noi, che vanno ben al di là della sfera solo giuridica del problema.

E forse è proprio il timore di un futuro in cui le nuove tecnologie informatiche rischiano di sottrarre all'umanità il governo di sé stessa¹²¹, non solo ovviamente in ambito giudiziario, che ha animato, in un primo

¹²⁰ La quasi unanime dottrina che si è occupata di questi temi ha giustamente enfatizzato i rischi che potrebbero connettersi alle scelte di valore operate a monte dai programmatori che istruiscono gli algoritmi decisionali, se i robot avessero il potere di giudicare e non solo di predire l'esito delle controversie; le decisioni del *computer* potrebbero così essere facilmente condizionate su vasta scala dai pregiudizi e/o dalle preferenze ideologiche, morali, economiche, religiose, sociali del programmatore, anziché ispirarsi all'attuazione dei principi fondanti del nostro ordinamento giuridico e della Carta costituzionale; cfr. SANTAGADA, *op. cit.*, p. 489; BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, pp. 297 e 313; LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Riv. assoc. it. cost.*, 2018, p. 887.

¹²¹ “La tecnica non è neutra, perché crea un mondo con determinate caratteristiche che non possiamo evitare di abitare e, abitando, contrarre abitudini che ci trasformano inevitabilmente” ... “ma quando la tecnica umenta

momento, l'introduzione dell'art. 22 del Regolamento UE n. 679/2016 sulla Protezione dei dati personali (GDPR, *General Data Protection Regulation*), rubricato significativamente "*Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*", ove è espressamente codificato il diritto fondamentale di chiunque vi sia "*interessato*" "*di non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*"; e poi, in un momento successivo, l'approvazione della "Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi", varata a Strasburgo dalla CEPEJ (Commissione europea per l'efficienza della giustizia) nelle riunione plenaria del 3-4 dicembre 2018¹²², ove sono stati enunciati i cinque principi cardine a cui deve essere sempre improntato l'eventuale ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali:

1. rispetto dei diritti fondamentali nell'elaborazione ed attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale;
2. non discriminazione tra persone o gruppi di persone¹²³;
3. qualità e sicurezza delle fonti e dei dati da trattarsi in ambiente tecnologico sicuro;
4. trasparenza, imparzialità ed equità delle metodologie di trattamento;
5. controllo da parte dell'utilizzatore.

quantitativamente al punto da rendersi disponibile per la realizzazione di qualsiasi fine, allora muta qualitativamente lo scenario, perché non è più il fine a condizionare la rappresentazione, la ricerca, l'acquisizione dei mezzi tecnici, ma sarà la cresciuta disponibilità di mezzi tecnici a dispiegare il ventaglio di qualsivoglia fine che per loro tramite può essere raggiunto. Così la tecnica da mezzo diventa fine, non perché la tecnica si proponga qualcosa, ma perché tutti gli scopi e i fini che gli uomini si propongono non si lasciano raggiungere se non attraverso la mediazione tecnica."; queste sono alcune delle premesse concettuali poste da U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, pp. 34 e 37 alla sua appassionata e dotta dissertazione filosofica sui profondi mutamenti che l'incessante progresso tecnologico potrà imprimere, e sta già imprimendo, a tutta l'esperienza umana; tali premesse concettuali mi paiono sostanzialmente condivise anche nella concezione filosofica di chi ha notato che la tecnica "*ha come scopo il non privarsi della capacità di realizzare qualsiasi scopo. Ha come scopo, appunto, la crescita infinita della capacità di realizzare scopi. La tecnica tende all'onnipotenza. Sostituisce l'onnipotenza teologica*" (così E. SEVERINO, in IRTI-SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 675); ma pure nella riflessione giuridica non è mancato il monito di chi ha un po' angosciosamente osservato che "*La tecnica è potenza che usa il mondo, e perciò lo calcola, lo governa, lo manipola*", così IRTI, in *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 14.

¹²² Vedila in <https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>

¹²³ Nella Carta è specificato in proposito che "*Data la capacità di tali metodologie di trattamento di rivelare le discriminazioni esistenti, mediante il raggruppamento o la classificazione di dati relativi a persone o a gruppi di persone, gli attori pubblici e privati devono assicurare che le metodologie non riproducano e non aggravino tali discriminazioni e che non conducano ad analisi o usi deterministici*"; v. in proposito anche quanto osservato alla precedente nota 120 sul rischio di violazione dei principi fondamentali da parte degli algoritmi decisionali, tra cui anche quello di non discriminazione.

5.5. - Pervenuti dunque alla conclusione che allo stato attuale delle cose non sarebbe logicamente e tecnicamente giustificata, né eticamente desiderabile, la vaticinata evoluzione del fenomeno della giustizia predittiva verso l'esperienza della decisione esclusivamente robotica dei processi civili¹²⁴, sarebbe però insensato non sforzarsi di valorizzare le enormi potenzialità che l'intelligenza artificiale potrà avere, e che in parte ha già, come strumento prezioso di ausilio al giudice-persona affinché egli possa emettere una decisione giusta, nel significato più ampio e pregnante che si è soliti attribuire a quest'ultima espressione¹²⁵, e soprattutto come strumento di sostegno al buon funzionamento della giustizia nel nostro Paese.

In questa prospettiva, ben vengano allora tutti i possibili ampliamenti dei *database* giurisprudenziali già oggi disponibili, la migliore indicizzazione dei precedenti ivi contenuti al fine di rendere più precise ed efficaci le ricerche e più in generale tutti i potenziamenti dei vari motori di ricerca che saranno resi possibili dall'evoluzione informatica, si potrebbe perfino immaginare di creare dei repertori informatici contenenti tutta la sterminata giurisprudenza di merito che ogni giorno si forma nel nostro Paese¹²⁶, ma se tutto questo potrà certamente essere utile a facilitare il lavoro del giudice, degli avvocati e dei giuristi, di certo non sposta i

¹²⁴ Conclusione sulla quale converge, debbo dire, la gran parte della dottrina, così DALFINO, *Creatività e creazionismo*, cit., p. 9; CARRATTA, *Decisione robotica*, cit., p. 514; C. PUNZI, *op. cit.*, p. 1 (v. sopra nota 27); SANTAGADA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, cit., p. 489 ss., sulla scorta di considerazioni molto puntuali ed approfondite sui limiti tecnici ed etici connessi all'uso degli algoritmi predittivi; BATTELLI, *Giustizia predittiva*, cit., pp. 307 e 316; CICCARE', *La motivazione della sentenza civile nell'era dell'innovazione tecnologica*, in *Judicium.it.*, § 10, che paventa perfino una possibile illegittimità costituzionale per violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1°, cost.); SANTOSUOSSO-SARTOR, *op. cit.*, p. 1779; TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, cit., sia pur con un atteggiamento maggiormente possibilista e con prevalente riferimento al processo penale; GIABARDO, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *Giustizia insieme.it.*; CASTELLI, *Giustizia predittiva*, in *questionegiustizia.it*, 01/2022; a conclusioni analoghe perviene anche, mi pare, NIEVA-FENOL, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. it, Torino, 2019, p. 46 ss., benché sulla scorta di considerazioni più sfuggenti e di tipo molto diverso da quelle che qui si è cercato di sviluppare; su posizioni molto più aperte e possibiliste mi pare invece il discorso di A. PUNZI, *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in *Decisione robotica* a cura di Carleo, Bologna, 2019, p. 319 ss., il quale, pur non rinunciando alla premessa che "l'ultima parola" su ogni decisione giurisdizionale deve essere sempre quella del giudicante umano - "che controlla l'intero procedimento, ne valuta il risultato e le conseguenze, su di esso imprime il proprio segno, assumendosene la responsabilità" - promuove però al contempo l'idea "dell'interazione feconda tra l'uomo e il robot" anche in campo giudiziario, cosicché "la macchina diventa una sorta di alter ego del giudice - una sorta di grillo parlante digitale - che gli chiede conto e gli fa prendere piena coscienza del modo in cui sta ragionando", un po' come accade, esemplificativamente, nella "«guida assistita» delle automobili" (pp. 238-330).

¹²⁵ E quindi principalmente di una sentenza resa all'esito di un giudizio in cui hanno trovato piena attuazione tutte le garanzie fondamentali compendiate nel principio costituzionale del giusto processo (art. 111, comma 1°, Cost.), derivato dal canone generale del *due process of law*.

¹²⁶ Sui problemi operativi che potrebbero porsi con la creazione di *database* giurisprudenziali troppo estesi, v. BATTELLI, *op. cit.*, p. 302.

termini del problema della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, così come sopra sono stati prospettati anche in rapporto al fenomeno della cd. giustizia predittiva.

Anche il potenziamento degli strumenti informatici che possono essere di ausilio al giudice per il calcolo di alcuni valori da inserire in sentenza, credo vada senz'altro incoraggiato sia a livello tecnico che giuridico. Penso ad esempio al programma Re Mida che, sulla base delle cd. tabelle elaborate dal Tribunale di Milano o dal Tribunale di Roma, è in grado di calcolare l'entità del danno non patrimoniale, nelle sue varie declinazioni, dopo che una c.t.u. medico-legale ha stabilito il grado di invalidità permanente e temporanea presente nel danneggiato. Di recente si è ipotizzato di adattare ed estendere questa tipologia di *software* anche al calcolo degli assegni di mantenimento nelle separazioni, nei divorzi e nei giudizi di affidamento dei figli di genitori non coniugati. Non nascondo però che una simile proposta desta in me più di una perplessità, poiché mentre la quantificazione del danno non patrimoniale presuppone un calcolo aritmetico basato su fattori fissi predeterminati dall'istruttoria processuale, la quantificazione degli assegni di mantenimento è condizionata da alcune variabili che dipendono da valutazioni *in facto* da compiersi caso per caso dal giudice, e quindi difficilmente standardizzabili in un *software* di calcolo¹²⁷. Ciò non toglie in ogni caso, che questo, come gli altri dispositivi informatici di calcolo complesso che verranno ideati, possano offrire al giudice utili parametri di valutazione su cui misurare la bontà e la giustizia della propria decisione¹²⁸.

Se l'intelligenza artificiale, come si è visto, non può certamente ambire a sostituirsi al giudice nella funzione decisionale, può invece essere utilmente impiegata come strumento per incentivare la conciliazione stragiudiziale di certe categorie di controversie (come ad esempio quelle a tutela dei diritti dei consumatori). Già oggi le varie piattaforme di O.D.R. (*Online Dispute Resolution*) attive sul mercato¹²⁹ si avvalgono sovente di algoritmi predittivi per comunicare a coloro che se ne servono quale sarebbe la decisione giudiziale

¹²⁷ V. SERTORI, *Prospettive di applicazione degli strumenti informatici per il calcolo degli assegni nelle controversie familiari*, in *Judicium.it*.

¹²⁸ Come d'altronde è accaduto, se non erro, nel caso nel caso Loomis del 2016, ripetutamente citato come primo esempio di utilizzazione giudiziale dell'intelligenza artificiale negli Stati Uniti, ove un giudice del Wisconsin ha calcolato il rischio di recidiva di un soggetto avvalendosi del *software* denominato *Compas*, ma senza che tale algoritmo si sostituisse interamente alla Corte nella decisione del processo.

¹²⁹ Si vedano tra le più importanti la piattaforma O.D.R. della Commissione Europea, gestita dal Centro Europeo Consumatori, <https://ecc-netitalia.it/it/area-tematica/adr-e-soluzioni-del-contenzioso/piattaforma-odrConsumatoriItalia>; la piattaforma gestita dalla Camera di Commercio di Milano, <https://mglobale.promositalia.camcom.it/contrattualistica/tutte-le-news/piattaforma-odr-risoluzione-alternativa-controversie-con-consumatore.kl>; oppure ancora la piattaforma O.D.R. gestita da Amazon <https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=G9NMDH46UFNMFNKN>.

statisticamente più probabile se la questione controversa venisse portata in sede giudiziaria. Benché tale previsione soffra di tutti i limiti di cui sopra si è detto, nelle controversie seriali e di modesto valore economico può comunque fungere da ragionevole parametro di riferimento su cui negoziare una possibile soluzione conciliativa della controversia, favorendo in tal modo il miglior funzionamento di questi strumenti alternativi alla giurisdizione¹³⁰.

Da ultimo, e come frontiera più estrema di un possibile utilizzo dell'intelligenza artificiale a supporto dell'attività giudiziaria, credo si possa arrivare ad ammettere che in controversie seriali e di modesto valore economico, nelle quali sia agevolmente standardizzabile il complesso e la tipologia di prove atte a dimostrare l'esistenza dei diritti di cui è chiesta la tutela giurisdizionale, il *computer* emetta un provvedimento di condanna *inaudita altera parte*, mai provvisoriamente esecutivo, al quale il debitore possa fare opposizione in sede giudiziaria entro un termine perentorio fissato dalla legge (sul modello, in sostanza, del procedimento monitorio *ex art. 633 ss. c.p.c.*). In questi casi la previsione effettuata dall'algoritmo in termini di verosimiglianza del diritto è resa particolarmente attendibile poiché sul piano statistico è altamente probabile che il compendio probatorio utilizzato dal ricorrente sia idoneo a provare quella particolare categoria di diritti di credito, e perciò si giustifica pienamente, a mio avviso, che il *computer* sia abilitato ad emettere una misura già dotata di una sua efficacia decisoria, benché caducabile in sede giurisdizionale in caso di accoglimento dell'opposizione del debitore. Beninteso, un simile modello procedimentale, nel quale l'intelligenza artificiale assume un limitato potere decisorio, andrebbe a mio avviso rigorosamente limitato a controversie seriali, e di basso valore economico, nelle quali l'esito finale del giudizio sia altamente prevedibile tanto sotto il profilo del giudizio di fatto che sotto quello del giudizio di diritto (penso ad esempio a certe azioni di recupero crediti

¹³⁰ In arg. si v. il Regolamento europeo sulle *Online Dispute Resolution (ODR)* n. 524/2013, approvato dal Parlamento europeo il 21 maggio 2013; in dottrina di recente su questo tema d'avanguardia v. MERONE, *Online Dispute Resolution, intermediari digitali e il nuovo paradigma della composizione preventiva e self-executing*, in *Riv. arb.*, 2022, p. 269 ss.; PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, in *Riv. dir. risp.*, 2021, fasc. 1, p. 22 ss.; SCHMITZ-AKIN-OJELABI, ZELEZNIKOW, *Researching Online Dispute Resolution to expand access to justice*, in *Giust. cons.*, 2021, p. 269; PANARIELLO, *Se l'algoritmo non può decidere la lite, che almeno ne tenti la conciliazione: la proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c. formulata dall'intelligenza artificiale*, in *Il diritto processuale civile italiano e comparato* (ildirittoprocessualecivile.it), 2021, p. 129 ss.; RULE, *Reinventing justice with Online Dispute Resolution*, in *Giust. cons.*, 2021, p. 169 ss.; TERESZKIEWICZ, *The Eu Online Dispute Resolution platform for consumer Disputes: a step towards an Eu digital single market*, in *judicium.it*. 2016; MINERVINI, *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli, 2016, *passim*; v. anche di recente BIGI, *Una corte on-line come possibile vettore di giustizia digitale nel sistema di diritto processuale civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 68 ss.

estremamente ripetitive svolte dagli istituti bancari o da altri enti finanziari)¹³¹; oltre questi limiti temo che gli algoritmi predittivi si approprierebbero di un'attività di giudizio in senso proprio, che invece presuppone quelle capacità di analisi critica e di ragionamento razionale di cui ancora oggi dispone soltanto l'intelligenza umana.

Sarei invece molto cauto nell'approccio a quei nuovi e sempre più sofisticati *software*, già in uso negli Stati Uniti ed in altri sistemi anglosassoni¹³² - benché prevalentemente nel processo penale - programmati per cercare automaticamente sul *web* tutte le informazioni e prove che possono riguardare, direttamente o indirettamente, il caso trattato in un certo processo, al fine di fornirle al giudice e alle parti - talvolta non allo stato grezzo, ma già in parte rielaborate dal *computer* - come mezzo istruttorio per l'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione. Per la verità si tratta di strumenti da considerare ancora in una prospettiva non più che futuribile per quel che concerne il nostro processo civile¹³³, ma a me pare che, oltre alle difficoltà di un loro adeguato inquadramento sistematico, come giustamente evidenziato da attenta dottrina¹³⁴, vi sia il serio rischio che questi modernissimi dispositivi informatici entrino pesantemente in rotta di collisione con alcuni dei più consolidati e qualificanti principi del nostro sistema probatorio, quali ad esempio il principio dispositivo e quello dell'onere della prova.

D'altronde, il loro chiaro ed evidente carattere "esplorativo", esteso addirittura a tutto il *web*, ossia all'intero mondo cd. virtuale, evidenzia già di per sé alcune criticità, se è vero che per dottrina e giurisprudenza consolidatissime, si è soliti negare tassativamente l'ammissibilità sia dell'esibizione istruttorio che della consulenza tecnica quando hanno carattere prettamente esplorativo¹³⁵. Di più, gli algoritmi su cui si fondano questi sistemi sono piuttosto opachi sotto il profilo del loro funzionamento, poiché i metodi di trattamento dei

¹³¹ Così anche VINCENTI, *Il <<problema>> del giudice robot*, in *Decisione robotica* a cura di Carleo, cit., p. 124, il quale vede questa possibilità laddove "il terreno di intervento si presenti agevolmente <<matematizzabile>>".

¹³² Si v. quanto riportato da P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie*, cit., p. 270 ss., con riferimento ad alcuni strumenti già oggi operanti nel *Discovery* statunitense.

¹³³ P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 329.

¹³⁴ P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 329 ss.; per ulteriori è puntuali considerazioni critiche rispetto a questi dispositivi, v. BONAFINE, *L'intelligenza artificiale applicata al ragionamento probatorio nel processo civile. E' davvero possibile e auspicabile ?*, in Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022, 923.

¹³⁵ Per i necessari riferimenti bibliografici sul divieto di esibizione esplorativa nel nostro processo sia consentito il rinvio a GRAZIOSI, *L'esibizione istruttorio nel processo civile italiano*, Milano, 2003, p. 164; sugli ordinamenti stranieri e sulla cd. *fishing expedition* v. FERRARI, *La prova migliore. Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004, *passim*; in giurisprudenza di recente v. Cass., 8 ottobre 2021, n. 27412; Cass., 1 aprile 2019, n. 9020; in precedenza, tra le tante, Cass., 9 giugno 1972, n. 1806; sul divieto di consulenza tecnica a carattere esplorativo, v. tra le molte Cass., 15 dicembre 2017, n. 30218; Cass., 08 febbraio 2011, n. 3130.

dati non sono noti né al giudice né alle parti, sicché è stata manifestata la giusta la preoccupazione che il “*dato probatorio*” dagli stessi confezionato diventi “*apoditticamente attendibile per il solo fatto che la verifica del processo che lo ha generato è troppo complessa o addirittura sfugge ad un controllo ex post. Il giudice diventerebbe un mero annotatore di un processo di valutazione della prova integralmente assorbito dalla sua natura algoritmica*”¹³⁶.

Infine, escluderei recisamente che possa essere affidato all’intelligenza artificiale il giudizio di ammissione delle prove nel processo civile, come da qualcuno viene un po’ improvvidamente proposto¹³⁷, vista l’estrema delicatezza e complessità che sempre involge la valutazione di ammissibilità e rilevanza di un mezzo di prova¹³⁸.

6 -

¹³⁶ SANTAGADA, *op. cit.*, p. 481.

¹³⁷ NIEVA-FENOL, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁸ Basti qui riportare quanto autorevolmente puntualizzato in proposito da PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 411, il quale insegna che “*il giudizio di rilevanza ha sempre come punto di riferimento l’individuazione e l’interpretazione della fattispecie astratta sotto cui sussumere il diritto fatto valere in giudizio: per questo si suole dire che il giudizio di rilevanza ha sempre una <<intrinseca decisorietà>>, in quanto in esso il giudice è chiamato ad anticipare in un provvedimento avente forma di ordinanza (...) quell’attività logica di individuazione ed interpretazione della norma che dovrà poi ripetere al momento della decisione della causa*”.