

PIERO SANDULLI

IL RUOLO DELL'EQUITA' NEL PROCESSO.

SOMMARIO

1. Posizione del tema. – 2. Come definire l'equità. – 3. Il riferimento dell'equità nel codice civile. – 4. Le norme processuali e l'equità. – 5. L'equità necessaria e l'equità volontaria. – 6. Il tema dell'equità nel giudizio arbitrale. – 7. Jura novit curia. – 8. Il potere di riduzione ad equità nel codice di rito civile. – a) Condanna alle spese. – b) La conciliazione giudiziale della controversia. – c) Ammissione delle prove d'ufficio. – 9. Misure inibitorie e cautelari. – 10. Conclusioni.

1. Posizione del tema.

Nel processo, tra la descrizione e definizione della fattispecie dedotta in giudizio e la sua valutazione, secondo la normativa prevista in un sistema a codificazione, c'è da chiedersi quanto spazio resta alla discrezionalità del giudice, atteso che la definizione del fatto attiene alle parti (*narra mihi factum*)¹, mentre la normativa discende dal legislatore².

Dove va, dunque, collocato il potere valutativo del giudice. Esso consiste nel mero abbinamento della fattispecie narrata dalla tesi e dall'antitesi, contenute nelle difese delle parti, alla norma di diritto, astrattamente preindividuata, o vi è un margine di discrezionalità per il giudice³?

L'equità può costituire, nel giudizio, la valvola adeguatrice della giustizia (astratta) al caso singolo (concreto), passando per la descrizione della fattispecie dedotta in giudizio, alla costruzione giuridica nella quale operano le norme processuali che, in un contesto di natura dispositiva, dettano anche le preclusioni all'operato delle parti. In che misura (e quando) il giudizio di diritto cede all'equità? Quale è lo spazio che essa ha nel codice di rito, al di là del classico (e fin troppo scontato) riferimento, agli articoli 113 e 114.

Chi determina nel giudizio dispositivo l'uso del parametro dell'equità? Essa compete solo alla disponibilità delle parti o può essere utilizzata autonomamente dal giudice? Il riequilibrio, talvolta necessario, tra la mera applicazione della norma e la

¹ L'articolo 99 del Codice di rito civile, nel dettare il principio di disponibilità del processo chiarisce che "chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente". Vedi, sul punto, la decisione della Corte Costituzionale, n. 240 del 2003 (in *Foro it.* 2003, I, 2513) che esclude che tale principio trovi garanzia nella Costituzione.

² L'articolo 112 del Codice di rito detta l'obbligo, per il giudice, di giudicare in base al principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. In dottrina vedi: CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, in *Digesto*, Discipline privatistiche, Torino 1991, Vol. VII, 44.

³ Cfr.: DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova 1959; NASI, v. *Equità*, in *Enc. del Diritto*, Milano 1966, v. XV, 107; VARANO, v. *Equità*, in *Enc. Giur.*, Roma 1989, vol. XII.

contemperazione dei suoi effetti passa dall'utilizzo del parametro dell'equità? Tale variante è in grado di consentire al giudice l'utilizzo della discrezionalità? Ed entro quale misura?

In ottica di "diritto vivente" è possibile individuare una serie di pronunce che hanno determinato l'evoluzione della giurisprudenza sulla base di valutazioni influenzate dalla equità?⁴

Cosa ha, nella evoluzione della giurisprudenza, determinato l'evolversi della applicazione equitativa?

Questi i temi che sono alla base della presente riflessione, finalizzata ad individuare il ruolo dell'equità in un contesto di natura dispositiva, quale quello del processo civile⁵.

2. Come definire l'equità.

Nel vocabolario della lingua italiana⁶, alla voce equità (dal latino *aequitas-atis*) si legge: "applicazione non rigida della legge temperata da umana considerazione dei casi particolari a cui la legge si deve applicare". Ed è appunto intorno ai limiti del temperamento ed al potere che il giudice ha, in un contesto di processo dispositivo, che è necessario condurre l'analisi.

Il tema è trattato da Aristotele, nel libro quinto della Critica Nicomachea, per il quale l'equità costituisce una conquista cui l'uomo perviene avendo affinato le sue virtù.

Il diritto romano classico ritiene l'*aequitas* il fine supremo del diritto ad esso intrinsecamente collegata, secondo Cicerone, in quanto sottende il concetto di eguaglianza. La parametrizzazione, dunque, delle sanzioni legata alla necessità di dare armonia al sistema giuridico nella sua interezza.

Questa ideale collocazione della equità, derivata dal pensiero aristotelico⁷, si altera nell'epoca giustiniana, anche per l'influenza cristiana: all'ideale tendenza alla

⁴ Vedi, al riguardo: ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Diritto vivente e difesa tecnica*, in Corr. giuridico 2021, f. 3, 394. Al riguardo l'autrice pone il problema della evoluzione del diritto vivente anche in relazione alle ipotesi di overruling rispetto alle quali individua nella giurisprudenza una distinzione fra ipotesi di mutamento giurisprudenziale imprevedibili ed ipotesi invece prevedibili, prendendo le mosse dall'analisi della decisione delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione del 12 ottobre 2012, n. 17402, in Giur. cost., 2012, 4, 3163.

⁵ Per un parallelo tra diritto naturale ed equità, è necessario ricordare D'AGOSTINO F. (E' censurabile la motivazione delle sentenze d'equità?, in Foro It. 1974, I, 2764) il quale afferma che "*la naturalità del giudizio d'equità sta nel fatto che il giudice decide non come rappresentante dell'ordinamento positivo, ma assumendo, in prima persona, la responsabilità del suo operato, in breve decidendo non perché così la legge vuole, ma perché così oggettivamente si realizza il giusto*".

⁶ Editto dall'Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1998.

⁷ Non si è mai accertato se la definizione di equità "come giustizia del caso singolo" sia del filosofo greco. Tuttavia – alla luce dei suoi scritti – tale definizione appare in linea con il suo pensiero.

giustizia, alla quale lo *ius* deve aspirare, si sovrappongono i concetti di misericordia e di benignità, che finiscono per stravolgere l'originario significato del termine.

Nel medioevo tale alterazione, per influenza della patristica, si accentua, poiché l'equità non è più intesa come un criterio di interpretazione della norma, bensì un superiore principio d'ordine della coscienza.

Nel diritto moderno, a seguito del portato della rivoluzione francese, il termine di equità torna a rappresentare la "giustizia del caso singolo" ricongiungendosi all'originaria impostazione aristotelica.

Di tale criterio interpretativo sono individuabili, nel codice sostanziale civile e nel codice di rito, numerosi riferimenti ai quali sarà necessario ispirarsi per svolgere il presente studio.

3. Il riferimento dell'equità nel codice civile.

Numerosi sono i punti, contenuti nel nostro codice sostanziale, che possono indirizzare l'analisi, partendo dal dettato dell'articolo 1371, relativo alla interpretazione del contratto e che invita il giudice a "realizzare l'equo contemperamento di un contratto", nell'ipotesi in cui esso "rimanga oscuro".

Al di là dell'indiscusso carattere residuale della ipotesi in esame, che opera solo in caso di inefficacia delle altre norme interpretative (dettate dal capo IV del secondo titolo, del libro quarto, in tema di interpretazione dei contratti), è indubbio che la normativa assegna al giudice una suppleanza finalizzata non solo a riempire il vuoto normativo, ma anche (e soprattutto) a realizzare l'equo (*rectius*: giusto) contemperamento della prestazione.

Su tale funzione surrogatoria occorre fermare l'attenzione.

Del resto detto compito attribuito al giudice dal legislatore sostanziale, si riscontra anche in altri articoli del codice civile.

L'articolo 1664 grava il giudice della valutazione di un "equo compenso", a carico del committente, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta⁸, assegnandogli un potere integrativo da esercitarsi sulla base della equità.

Due ulteriori riferimenti alla valutazione equitativa possono essere rinvenuti nel contratto di agenzia, con gli articoli 1748 (quinto comma) e 1751 (terzo comma).

⁸ Vedi, sul punto, MUSOLINO, *Commento all'art. 1664 del codice civile*, in Commentario, diretto da GABRIELLI, Torino 2011, 124. La rivalutazione non è automatica, ma è il frutto di una ponderata analisi finalizzata a ricondurre ad equità la prestazione divenuta eccessivamente onerosa. Al riguardo vedi, anche: TARTAGLIA P., *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano 1983, 133.

Anche nell'articolo 1751 *bis*, aggiunto al codice del 1991 dal decreto legislativo n. 303, si rinviene il ricorso al parametro dell'equità (secondo comma). Analogamente, in tema di rapporto di mediazione, l'articolo 1755 c.c. fa riferimento alla determinazione della percentuale dovuta, ad opera del giudice, secondo equità.

Numerosi anche i riferimenti all'equità in materia di lavoro, dove la valutazione equitativa è spesso preferita alla regola certa, come emerge chiaramente dalla lettura degli articoli 2109, 2110 e 2118.

Anche il portato degli articoli 1226 e 2056 del codice civile sostanziale consente l'individuazione della valutazione equitativa del giudice, parametro che risulta riscontrabile, quale ipotesi integrativa, anche nel testo dell'articolo 1374, che autorizza il ricorso all'equità per colmare talune lacune contrattuali⁹.

4. Le norme processuali e l'equità.

Il legislatore del 1940 pone il tema della valutazione secondo equità, nel titolo quinto del primo libro, tra i poteri del giudice, dopo aver definito, con l'articolo 112, lo spessore di detti poteri. Da questo primo riferimento, contenuto nel codice di rito, possono trarsi elementi di valutazione del potere assegnato al giudicante, tentando di individuare i limiti di esso¹⁰.

Al tema non deve essere estranea la riflessione, suggerita dall'articolo 111 della Costituzione, relativa alle regole del "giusto processo".

Il novellato articolo della Carta costituzionale, con il suo primo comma ricorda: "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"¹¹; sembra, dunque, la legge costituzionale numero 2, del 1999, voler ritenere che il processo è giusto solo se il suo portato venga reso attraverso l'adesione al principio di legalità.

Tuttavia, lo spazio aperto dal primo comma dell'articolo 113 c.p.c. ("Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli

⁹ Vedi, al riguardo, Cass., sez. lav., 8.7.1983, n. 4626, in *Giut. Civ.Mass.* 1983, f. 7.

¹⁰ Rilevava GRASSO E. (in *Commento agli articoli 113 e 114 del codice di rito civile*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, Torino 1973, vol. II, 1285) la carenza di una nozione positiva di equità. Invece, il progetto elaborato da CARNELUTTI (in *Diritto e processo*, Napoli 1958, 139) con l'articolo 259 prevedeva che "quando il giudice è autorizzato a risolvere una questione secondo equità, applica ai fatti della lite quella norma che, secondo quanto egli sa, corrisponde al sentimento di giustizia della generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione". L'articolo, contenuto nella proposta elaborata da Carnelutti, consentiva la previsione di un concetto dinamico di equità, idoneo a legittimare ciò che, in tempi successivi, sarà definito "diritto vivente".

¹¹ Senza voler entrare nelle, non poche, imperfezioni contenute nella stesura della norma e nel recepimento del concetto di processo dovuto, elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza anglosassone, tradotto (impropriamente) nella nostra Costituzione come "giusto" in luogo di "dovuto" (*due rules*).

attribuisca il potere di decidere secondo equità”) e la necessaria collocazione da dare al brocardo dello *jura novit curia*, impongono ulteriori considerazioni e valutazioni. Quale primo elemento di esame il concetto di “giusto”, richiamato dalla modifica costituzionale, consente di poter ampliare il tema della riflessione circa il potere/dovere del giudice di giudicare, esercitando così la giurisdizione, e non attuandola come, con imprecisione semantica¹², afferma il nuovo primo comma dell’articolo 111 della Carta costituzionale.

Il riferimento al “giusto processo” è, dunque, soltanto una discutibile traduzione del termine inglese “due” (certamente fonte di ispirazione della modifica costituzionale¹³) o esso vuole essere il richiamo alla nozione di giustizia sotto il profilo filosofico¹⁴ al cui perseguimento debbono concorrere tutti i parametri a disposizione del giudice, compreso quello di equità?

Percorrendo questa via il panorama si allarga offrendo all’interprete ulteriori elementi per giungere alla valutazione dell’operato del giudice chiamato ad attuare, con il *ius dicere*: il giusto processo.

5. L’equità necessaria e l’equità volontaria.

Gli articoli 113 e 114 del codice di rito civile individuano i due momenti di fruizione del giudizio di equità nel processo. Il primo, nel giudizio innanzi al Giudice di pace dove l’equità trova originariamente spazio in un contesto di giustizia “bagatellare”: nella prima genesi della norma, il giudizio di equità era destinato ad essere amministrato da un giudice onorario (il giudice conciliatore), privo di particolari cognizioni, ma dotato del buonsenso, come ha recentemente ricordato la Corte Costituzionale, con la decisione n. 41 del 17 marzo 2021¹⁵, facendo la storia della magistratura onoraria nel nostro Paese. Successivamente, a partire dal 1991, con la

¹² Il potere dello *ius dicere* si “esercita” con il giudizio da parte del giudice, non si “attua” come impropriamente recita il primo comma aggiunto nel 1999 all’articolo 111 della Costituzione della legge costituzionale n. 2.

¹³ Vedi, CARRATTA, *Commento agli articoli 113 e 114*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna 2011, 240.

¹⁴ Una interpretazione più ampia del concetto di “giusto processo” appare legittimata dalla analisi di CARRATTA, in *Op. cit.*, 252.

¹⁵ La recente decisione della Corte Costituzionale nell’affermare l’incostituzionalità dei giudici ausiliari d’appello, voluti dalla legge n. 98 del 2013, compie una ampia ed articolata ricostruzione della magistratura onoraria in Italia a partire dal Regio decreto n. 2626 del 1865, che offre alla presente analisi più di un elemento di riflessione. Vedi la sentenza del 17 marzo 2021, n. 41, in D&G, f. 55, 2021, 5, con nota di MARINO G., *Giudici ausiliari d’appello: disciplina incostituzionale, ma solo a partire dal 31 ottobre 2025*.

nascita del Giudice di pace, la sua competenza è diventata sempre meno “bagatellare” e più strutturata¹⁶.

Da tale normativa deriva, però, dopo l'intervento della Corte Costituzionale, con la decisione n. 206 del 2004¹⁷, la misura dell'uso dell'equità nel processo civile. Non limitata alla sola fruizione nel giudizio amministrato dalla magistratura onoraria: tale regola trova applicazione, a carattere generale, “seguendo i principi del diritto regolatori della materia”. Quindi, in base all'intervento dei giudici della legittimità delle leggi la regola che si può astrarre, per il giudizio civile, è che l'equità va applicata secondo i limiti generali segnati dai principi regolatori della materia, non stravolgendo il senso della normativa.

Il successivo articolo 114 c.p.c. ci consente di rilevare come, in deroga ai principi generali, la equità può essere utilizzata, nel processo, come riferimento sostitutivo al giudizio secondo diritto, quando si è in presenza di un diritto disponibile, su concorde richiesta di tutte le parti¹⁸.

Anche in questo giudizio, il parametro a cui il giudice, delegato dalle parti, è chiamato ad ispirarsi, è quello dell'equità, interpretato in modo coerente con i principi del diritto, regolatori della materia.

Valutati, così, i temi dell'ingresso dell'equità nel processo, come valore unico di riferimento, resta da individuare (e misurare, anche in base a questi parametri), il ruolo dell'equità intesa come momento valutativo e riperequativo del giudizio.

6. Il tema dell'equità nel giudizio arbitrale.

Prima di compiere tale analisi è, però, necessario verificare se ulteriori elementi utili all'indagine possono derivare da quella parte del quarto libro del codice di rito dedicata all'arbitrato.

¹⁶ Accanto agli articoli 113 e 114 c.p.c. il vecchio testo dell'articolo 409 del codice di rito, prevedeva, in materia di lavoro, il ricorso all'equità nel secondo comma: “nella formulazione di nuove condizioni di lavoro la magistratura del lavoro giudica secondo equità, temperando gli interessi dei datori di lavoro con quello dei lavoratori e tutelando in ogni caso gli interessi superiori della produzione”.

¹⁷ Afferma la decisione della Corte Costituzionale n. 206, del 6 luglio 2004, Relatore A. Marini, che “la sola funzione che alla giurisdizione di equità può riconoscersi, in un sistema caratterizzato dal principio di legalità a sua volta ancorato al principio di costituzionalità, nel quale la legge è dunque lo strumento principale di attuazione dei principi costituzionali, è quella di individuare l'eventuale regola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva: principi che non potrebbero essere posti in discussione dal giudicante, pena lo sconfinamento nell'arbitrio, attraverso una contrapposizione con le proprie categorie soggettive di equità e ragionevolezza. Il giudizio di equità, in altre parole, non è e non può essere un giudizio extragiuridico. Esso deve trovare i suoi limiti in quel medesimo ordinamento nel quale trovano il loro significato la nozione di diritto soggettivo e la relativa garanzia di tutela giurisdizionale, il che era del resto ciò che esprimeva il testo previgente della norma, attraverso la previsione dell'obbligo di osservanza dei “principi regolatori della materia”.

¹⁸ Vedi, sul punto, GRASSO E., *Op. cit.*, 1290.

Gli articoli 822 ed 834 consentono alle parti, su accordo tra loro, di autorizzare gli arbitri ad utilizzare, in via sostitutiva, l'equità quale parametro di giudizio, in luogo del diritto.

Tali norme vanno valutate anche alla luce del portato dell'articolo 808 *ter* c.p.c. che consente alle parti, con disposizione scritta, che “la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale”; dunque, secondo le norme della interpretazione dei contratti alle quali, come ricordato in precedenza, sopperiscono le norme sostanziali per la interpretazione di essi e per le quali il ricorso all'equità costituisce uno dei parametri, seppur residuale, di riferimento.

Anche il secondo comma dell'articolo 118, delle disposizioni di attuazione del codice di rito civile, offre elementi al tema del presente esame, ricordando come “nel caso previsto nell'articolo 114 del codice (di rito) debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione”.

Con questo riferimento l'applicazione del parametro dell'equità entra a far parte della decisione del giudice (su diritti disponibili ed a seguito dell'accordo tra le parti) che deve, nella motivazione, rendere le ragioni della sua decisione, dando così dimostrazione di essere rimasto con la sua decisione nei limiti dei principi regolatori della materia.

7. Jura novit curia.

L'ultimo parametro che deve essere esaminato non trova radici nella normativa codificata, ma è frutto della elaborazione di dottrina¹⁹ e giurisprudenza²⁰, discendente dal brocardo *Jura novit curia*, letteralmente, il giudice conosce la legge, quindi valuta la migliore attuazione di essa richiamando le effettive fonti del diritto oggettivo²¹.

Nel suo studio sul tema il Punzi rileva che “l'autonomia del giudice nella individuazione della norma è essenziale per connotare la funzione giurisdizionale ed è coordinata all'esigenza di fedeltà del giudice alla norma, giacché il giudice non può

¹⁹ Cfr. Cass., VI sez., 18 febbraio 2021, n. 4272, in *Giust. civ. Mass.* 2021; Cass., sez. lav., 28 maggio 2020, n. 10211, in *Red. Giuffrè* 2020; Cons. Stato, terza sezione, 18 maggio 2020, n. 3118, in *Red. Giuffrè* 2020.

²⁰ Vedi: PUNZI, *Jura novit curia*, Milano 1965.

²¹ Il brocardo *iura novit curia* integra la regola in base alla quale il giudice, in ogni stato e grado del processo, è libero di individuare il diritto da applicare alla fattispecie operata dalle parti senza essere vincolato alle indicazioni di diritto di queste. Si discute se la presunzione di conoscenza della norma da parte del giudice possa estendersi anche agli atti normativi non sottoposti a pubblicazione (ad esempio in materia edilizia). Sono, invece, esclusi da detta presunzione gli atti di natura negoziale, anche se pubblicati nella Gazzetta Ufficiale. Vedi, al riguardo, Cass., 17 maggio 1976, n. 1742, in *Gust. Civ.* 1976, I, 1812, con nota di MORELLI. Sino all'entrata in vigore della legge n. 218 del 1995 si discuteva circa l'obbligo del giudice di conoscere il diritto straniero. Ora gli articoli 14 e 15 della legge n. 218 hanno sancito la sussistenza di esso: vedi al riguardo, Cass. civile, III sez., 20 dicembre 2019, n. 34158, in *Giust. civ. Mass.* 2020.

soddisfare questa esigenza se è privato del potere di individuare quale è la norma alla quale si deve prestar fede”²².

Aggiunge il Maestro che la norma non si trova “bella e pronta”, ma essa va individuata *tota lege perspecta*, in base al canone della totalità ermeneutica: essa va, pertanto, “determinata in relazione alla singola vicenda di vita”²³.

In tal modo, il giudice compie una attività di individuazione della norma calandola nella fattispecie dedotta in giudizio e rendendola, cioè, più coerente con il quesito che egli è chiamato a dirimere.

Può, per questa via, giungersi ad individuare uno sforzo, da parte del giudicante di riconduzione ad equità del sistema, al fine di garantire la maggiore rispondenza del giudizio alla esigenza di giustizia invocata.

8. Il potere di riduzione ad equità nel codice di rito civile.

Esaminando, alla luce dell’analisi, sin qui, svolta le norme contenute nel codice di rito civile, ci si imbatte in non poche regole in base alle quali il potere discrezionale del giudice opera ispirato dall’anelito di ridurre ad equità il processo, rendendolo più conforme all’esigenza di giustizia.

Il primo tema che in questa ottica va approfondito è quello relativo alle spese del giudizio.

a) La condanna alle spese.

L’articolo 92 del codice di rito civile, pur tentando di limitare, con il secondo comma, il potere discrezionale del giudice, individuando ipotesi specifiche di compensazione delle spese, lascia al giudice la possibilità di operare, utilizzando il parametro dell’equità.

Tale interpretazione è ulteriormente rafforzata dalla decisione della Corte Costituzionale n. 77 del 2018,²⁴ che ha aperto la valutazione del giudice anche ad ipotesi diverse da quelle codificate²⁵.

²² Cfr. PUNZI, *op. cit.*, 18, 20, 25, 61.

²³ Vedi PUNZI, *op. cit.*, 10.

²⁴ Cfr. C. cost., 19 aprile 2018, n. 77. In detta pronuncia si legge: “ampia quindi è la discrezionalità di cui gode il legislatore nel dettare norme processuali (*ex plurimis*, sentenze n. 270 del 2012, n. 446 del 2007 e n. 158 del 2003) e segnatamente nel regolamentare le spese di lite. Sicchè è ben possibile – ha affermato questa Corte (sentenza n. 157 del 2014) – “una deroga all’istituto della condanna del soccombente alla refusione delle spese di lite in favore della parte vittoriosa, in presenza di elementi che la giustificano (sentenze n. 270 del 2012 e n. 196 del 1982), non essendo, quindi, in defettibilmente coesistente alla tutela giurisdizionale la ripetizione di dette spese”.

²⁵ La giurisprudenza di legittimità ha subito captato tale apertura affermando la sussistenza di una “clausola generale, adeguabile al contesto storico – sociale”. Vedi, sul punto: Cass., VI sezione, 24 settembre 2020, n. 20001, in *D&G* 25.9.2020, Cass., VI sezione, 4 settembre 2020, n. 18348, in *D&G* 7.9.2020.

Già in precedenza la dottrina²⁶ aveva rilevato che una attenta lettura del secondo comma dell'articolo 92 portava a rilevare come esso debba considerarsi “disancorato dalla soccombenza, consentendo, dunque, al giudice di sanzionare la responsabilità processuale, anche in relazione al comportamento tenuto dalla parte del processo”.

Ulteriori elementi di riflessione, derivano dall'articolo 96 c.p.c. dove è possibile riscontrare che è in ogni caso consentito al giudice di condannare anche d'ufficio il soccombente al pagamento in favore della controparte di una somma “equitativamente” determinata.

Sul punto due successive decisioni dei giudici della legittimità delle leggi (la numero 152 del 2016²⁷ e la numero 139 del 2019²⁸) hanno rafforzato il concetto dei danni punitivi ed il potere valutativo del giudice secondo equità.

Da entrambe le norme esaminate emerge, per il giudice, la possibilità di fornire, circa la condanna alle spese del giudizio, una propria valutazione, di segno equitativo, finalizzata a riequilibrare l'esito del processo, evitando, in tal modo, eventuali abusi del giudizio.

b) La conciliazione giudiziale della controversia.

Dal nuovo testo dell'articolo 420, innovato dalla legge n. 98 del 2013, emerge l'obbligo per il giudice del lavoro di tentare la conciliazione della lite, formulando alle parti una ipotesi di conciliazione valutativa. Tale conciliazione, il cui potere deriva al giudice dalla norma e non dall'accordo delle parti, è indubbiamente basata su di una valutazione di natura equitativa della vertenza, cui non sono neppure estranei elementi di carattere probabilistico.

Analogo potere è riscontrabile, alla luce dell'articolo 185 *bis* (anche esso inserito nel codice di rito dalla legge n. 98 del 2013) che consente al giudice di “formulare una proposta transattiva o conciliativa”. Tale proposta valutativa viene formulata dal giudice a seguito di una valutazione alla quale non è certamente estranea l'equità, pur in un contesto in cui il giudice è chiamato a considerare il valore della controversia e la sua “facile e pronta soluzione”.

²⁶ Vedi, per tutti, CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII convegno nazionale dell'associazione degli studiosi del processo civile, Bologna 2012, 56.

²⁷ Vedi C. Cost. 23 giugno 2016, n. 152 in *Foro it.* 2016, 9, I, 2639.

²⁸ Cfr. C. Cost. 6 giugno 2019, n. 139, in *Foro it.*, 2019, 9, I, 2644. In detta pronuncia si individua il potere discrezionale del giudice nella valutazione del maggior danno, prescindendo dall'accertamento dell'effettività di esso.

Analogo potere trova spazio nel giudizio d'appello in base al dettato dell'art. 350 c.p.c. dove si legge che il collegio "procede al tentativo di conciliazione ordinando, quando occorra, la comparizione personale delle parti".

In tutte le ipotesi ricordate il potere che il giudice esercita discende da una propria valutazione basata sull'equità.

c) Ammissione delle prove d'ufficio.

Anche dai due articoli del codice di rito civile che trattano di poteri officiosi del giudice di primo grado, il 421, per il rito lavoro, e l'articolo 281 ter, aggiunto al codice dal decreto legislativo n. 51 del 1998²⁹, è possibile trarre elementi di valutazione per il presente studio.

Al di là dei limiti di detto potere, che, in un contesto di segno dispositivo, non può certo consentire al giudice di sostituirsi alla parte carente, per adeguare l'impianto probatorio, appare evidente che la scelta del giudice, se ben esercitata, nel rispetto dell'articolo 25 della Costituzione che richiede l'equidistanza del giudice rispetto alle parti, viene attuata sulla base di una valutazione equitativa che lo porta ad esercitare, o no, detto potere.

La Cassazione ha sottolineato, al riguardo, che il mancato o cattivo esercizio del potere in esame, non dà luogo ad un vizio in *procedendo*, non potendosi i giudici di legittimità sostituire al giudice del merito. Tuttavia, la Cassazione può censurare la motivazione con cui si giustifica l'esercizio del potere, ritenendola incongrua o contraddittoria³⁰.

* * *

Nelle tre ipotesi, sopra considerate, il giudice non è guidato, nel suo operare, da rigide norme precostituite, bensì egli esercita discrezionalmente il suo potere condotto, in tale esercizio, dagli accadimenti riscontrati nel concreto e facendo, in tal modo, pieno utilizzo dell'equità che dà vita alla giustizia del caso singolo.

²⁹ Invero, l'articolo 281 ter cpc non integra, nel codice, una novità assoluta, poiché l'art. 312, abrogato nel 1991, con la legge n. 374, aveva lo stesso contenuto normativo.

³⁰ Cfr. Cass., sez. III, 29 aprile 2015, n. 8708, in *Guida al dir.*, 2015, 40, 56.

9. Misure inibitorie e cautelari.

Elementi di valutazione dai quali riscontrare decisioni del giudice maggiormente ispirate dall'equità sono riscontrabili anche nei provvedimenti inibitori e nella concessione delle misure cautelari.

Se è vero che esse implicano il potere discrezionale del giudice è altresì innegabile che tali decisioni sono dettate da valutazioni ispirate dall'equità.

Invero, la parametrizzazione dei due pregiudizi (quello del debitore, se si esegue, e quello del creditore, se si sospende l'esecuzione) sono date in considerazione del caso singolo in esame, unico fattore in grado di far pendere una decisione da una parte o dall'altra³¹.

Analogamente, la misura del *fumus* nel disporre (o no) una misura cautelare risponde alla stessa esigenza di ricercare l'equilibrio della tutela alla luce di una lettura ispirata dall'equità, che nelle due ipotesi esaminate è in grado di bilanciare una capricciosa ed astratta discrezionalità.

10. Conclusioni.

Dall'analisi, fin qui svolta, emerge come il riferimento operato, in più punti, dal codice civile sostanziale e dall'analisi di parecchie attività del giudice, previste dal codice di procedura civile, consente di inserire la valutazione, secondo equità, quale ipotesi di integrazione idonea a ricondurre al "giusto processo" il potere di decisione del giudice, attraverso la fruizione del parametro dell'equità, atto a produrre il bilanciamento tra le esigenze normative, necessariamente astratte, e la attuazione, concreta, della norma al caso dedotto in giudizio.

Proprio questa esigenza di bilanciamento tra le opposte necessità, presenti al momento della valutazione del giudice, deve portarci, rivalutando detto parametro, a considerare con sospetto le ipotesi di giustizia predittiva, che si affacciano nel panorama dottrinario³² e giurisprudenziale³³. Analogamente va riconsiderato il peso del precedente in alcune specifiche materie che non possono dar vita a letture della

³¹ Del resto anche l'elemento in parte riequilibratore della cauzione risponde all'esigenza di fornire una lettura ispirata dall'equità alla procedura esecutiva.

³² Vedi al riguardo: VIOLA L., *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano 2018, nel quale vengono pubblicati anche i lavori del Convegno di diritto avanzato tenutosi presso l'Istituto dell'Enciclopedia italiana del 22 ottobre 2018; AA. VV., *Giustizia predittiva*, Milano 2019. Rilevanti sul punto sono anche i lavori di PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e mutamenti di interpretazioni di norme processuali*, in Riv. dir. proc. 2011, 1337; COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in Riv. dir. proc. 2011, 1075. In detti studi gli autorevoli autori esaminano il tema del diritto vivente in merito alla evoluzione giurisprudenziale sopravvenuta, con particolare riferimento al tema della overruling.

³³ Vedi al riguardo, da ultimo, Cass., sez. III, 22 novembre 2018, n. 30169, in D&G 23.11.2018.

giurisprudenza avulse dal contesto in cui le pronunce sono state rese; si pensi, ad esempio, alle decisioni in tema di adozioni speciali, previste dall'articolo 44 della legge n. 184 del 1983, che, di volta in volta, debbono essere prese individuando il migliore interesse del minore e che, come è evidente, varia caso e per caso, senza poter dal luogo ad alcun tipo di precedente.

Più astrattamente il tema va considerato in materia di famiglia, le cui problematiche sono specifiche del contesto esaminato: per esso è possibile affermare che la valenza del precedente giurisprudenziale non può essere, in alcun modo, vincolante attenendo la pronuncia ad una fattispecie unica ed irripetibile, come sono le famiglie ed, in particolare, gli esseri umani che le compongono.

Il parametro dell'equità e gli spazi di applicazione di esso, consentiti dal codice sostanziale e processuale in materia civile, vanno considerati dal giudice, accanto alla analisi del fatto e del diritto, per effettuare, nel processo, una valutazione che consenta di attivare, in ogni giudizio, il giusto processo in grado di bilanciare le esigenze dell'amministrazione della giustizia, secondo le regole predefinite dalla codificazione, con le necessità del caso singolo.

Questa valutazione, operata nel rispetto della normativa, consente al giudice di adeguare, utilizzando gli strumenti a lui forniti dal codice, le decisioni e le conseguenze di esse al caso, di volta in volta, portato alla sua attenzione nei giudizi di merito.

Non , dunque, un "giudice macchina", insensibile alle effettive esigenze delle parti, ma un giudice aiutato dall'equità ai contemperamenti delle decisioni, per ottenere il bilanciamento necessario a realizzare il giusto e dovuto processo voluto dalla Costituzione, senza, in alcun modo, alterare i principi di eguaglianza e di equidistanza delle parti, insiti nelle regole del processo, ma rendendoli più aderenti alle esigenze di giustizia.