



CAROLINA MANCUSO

La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del *soft law*

Sommario: 1. Premesse. – 2. Linee guida, raccomandazioni e indicazioni. – 3. *Segue*: le linee guida “vincolanti” per la fissazione e la trattazione delle udienze. – 4. Il ruolo dei protocolli. – 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. Premesse.

Il 31 gennaio 2020, in seguito alle dichiarazioni dell'Organizzazione Mondiale della sanità e alla diffusione dei primi casi di Covid-19 in Italia, il Governo ha proclamato lo stato di emergenza.

La situazione di crisi ha richiesto un massiccio intervento normativo, volto all'adozione di idonee misure di contenimento della pandemia¹, alla luce di un rinnovato bilanciamento di interessi pubblici e privati.

Nell'ambito della giustizia civile, le disposizioni finora adottate hanno cercato di contemperare tra loro diverse esigenze: da un lato, quella di tutelare la salute pubblica, riducendo al minimo i contatti personali e le occasioni di contagio²; dall'altro, quella di neutralizzare le ripercussioni negative derivanti dalla riduzione dei contatti sociali, sulla tutela dei diritti.

La sintesi di tale bilanciamento ha portato all'adozione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e successive modifiche³, di recente convertito in legge 24 aprile, n. 27, con cui è stato disposto uno schema di gestione dell'emergenza suddiviso in due fasi. Una prima fase di quarantena giudiziaria, con alcune eccezioni⁴, succeduta da una seconda fase di graduale ripresa delle attività giurisdizionali con modalità “alternative”, anche in deroga alle norme processuali vigenti, tra le quali si distinguono quelle svolte da remoto e quelle svolte con lo scambio di note scritte⁵. Rispetto a tali modalità “alternative”, il d.l. si è limitato ad indicare i principi fondamentali, delegando invece la funzione di individuare la disciplina di dettaglio alla discrezionalità (partecipata)⁶, dei dirigenti degli uffici giudiziari e così incentivando, direttamente o indirettamente, l'utilizzo da parte di questi ultimi di fonti atipiche di regolamentazione, sia di carattere organizzativo che strettamente processuale.

Si è così delineato un modello anomalo di normazione processuale, come noto sottoposto al principio della riserva di legge *ex art.* 111 Cost., fortemente orientato all'utilizzo del *soft law*, quale strumento dinamico, flessibile e informale, in grado, più delle fonti tradizionali del diritto, di gestire una situazione in continua evoluzione e cambiamento.

Si inseriscono in quest'ottica strumenti in senso lato normativi, alcuni dei quali già noti nell'ambito della regolazione o meglio “autoregolazione” del processo civile⁷, come i protocolli di udienza⁸, altri invece assolutamente inediti,

¹ V. la raccolta degli atti emanati per il contenimento dell'emergenza epidemiologica su <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12>.

² V. sul punto la Relazione illustrativa al d.l. del 17 marzo 2020, n. 18 su: <https://www.ordineavvocatichieti.it/wp-content/uploads/2020/03/relazione-illustrativa-d.l.-17.3.20.pdf>.

³ Da ultimo, v. d.l. 30 aprile, n. 28, il quale estende il termine del 30 giugno 2020 con quello del 31 luglio 2020.

⁴ V., in particolare, l'art. 83, co. 3 del citato provvedimento, ove vengono indicate le materie rispetto alle quali non opera la sospensione delle attività giurisdizionali.

⁵ Sul punto, v. l'art. 83, co. 7, lett. f), d.l. 18 del 2020, il quale riconosce il possibile svolgimento delle udienze da remoto, quando non è richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti, alle quali, la legge di conversione 27 del 2020 ha aggiunto gli ausiliari del giudice. In tal senso v. anche la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 1 del 2020, recante il titolo *Misure incentivanti per il ricorso a modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa* che, al punto n.3, evidenzia l'importanza di incentivare il lavoro agile, la flessibilità di svolgimento della prestazione lavorativa, anche con strumenti per la partecipazione da remoto. Sul punto v. anche l'art. 3, co. 1, lett. c) del d.l. 28 del 2020, il quale contiene una modifica del citato art. 83 co. 7, lett. f), prevedendo che, in ogni caso, l'udienza da remoto debba avvenire “con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario”. La lett. h) dello stesso art. 83, invece, riconosce il possibile svolgimento dell'udienza tramite lo scambio di note scritte, qualora non sia necessaria la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti.

⁶ L'adozione delle misure deve in ogni caso essere preceduta dall'audizione dell'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della giunta di regione e del Consiglio dell'Ordine degli avvocati.

⁷ CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, in *Foro it.*, 2003, c. 253; BREGGIA, *Rifondazione normativa o prassi virtuose per accelerare la fase introduttiva del processo civile di cognizione?*, in *Giur. it.*, 2004, parte I, p. 1093 ss.



come le linee guida vincolanti richiamate dallo stesso d.l. 83 del 2020, “creati” *ad hoc* per la gestione del “processo dell'emergenza”.

In definitiva, si rinviene un sistema eccezionale in cui la disciplina delle attività processuali è lasciata in massima parte all'adozione di strumenti anomali, spesso integrati tra loro, ma, allo stesso tempo fortemente eterogeni, specialmente sul piano dell'efficacia giuridica,

Ebbene, l'assoluta novità di un sistema così delineato lascia spazio ad alcuni profili di riflessione che meriano un approfondimento.

Il ricorso all'atipicità, infatti, porta con sé il problema dell'inquadramento degli strumenti utilizzati, non perché gli stessi vadano ricondotti aprioristicamente nell'ambito di rigide classificazioni concettuali che, al tempo stesso, ne sviliscano la forma fluida e modificabile, quanto, piuttosto, per evitare che dette misure rimangano assolutamente prive di un'identità.

Lo scopo del presente scritto è dunque quello di individuare i principali strumenti di regolamentazione morbida che si stanno affermando nella gestione della crisi da Codiv-19, cercando di darne una collocazione all'interno dell'ordinamento, analizzandone i punti di forza e di maggiori criticità.

Non mi occuperò pertanto dell'analisi completa e dettagliata delle disposizioni previste dal Governo in merito alla giustizia civile, se non di quelle strettamente funzionali alla trattazione della tematica relativa al rinnovato ruolo del *soft law* nella gestione dell'emergenza.

2. Linee guida, raccomandazioni, indicazioni.

Tra gli strumenti che in concreto stanno svolgendo un importante ruolo di coordinamento e di indirizzo dell'attività degli operatori della giustizia, vi rientrano le linee guida, le raccomandazioni e, in generale, gli atti che svolgono principalmente la funzione di dirigere l'operato dei capi degli uffici giudiziari e dei tecnici, rendendola il più possibile omogenea. Si tratta di strumenti che in concreto svolgono un ruolo di intermediazione tra la norma primaria e le disposizioni dei dirigenti.

Senza pretese di completezza, si colloca in questa direzione la delibera CSM del 5 marzo 2020, poi sostituita con quella del 26 marzo, ulteriormente integrata l'1 aprile ⁹, che ha predisposto linee guida contenenti indicazioni e raccomandazioni più precise ai capi degli uffici per la gestione delle due fasi dell'emergenza, riservandosi, in ogni caso, di deliberare nuove previsioni o di aggiornare quelle già adottate, qualora la rapida evoluzione della situazione lo rendesse necessario.

Ugualmente, si richiamano le numerose indicazioni di carattere tecnico disposte dal DGSIA ¹⁰ che, oltre all'individuazione dei sistemi telematici da utilizzare per lo svolgimento delle udienze da remoto, hanno offerto una cornice di riferimento uniforme per la gestione delle attività informatiche nel periodo legato all'emergenza.

Come osservato nelle premesse, si tratta di strumenti che, pur svolgendo, all'attualità, un ruolo di grande rilevanza, non rinvergono una vera e propria collocazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Le linee guida, le raccomandazioni e le indicazioni sono strumenti normalmente inquadrati nell'ambito del concetto di *soft law*, derivante dal diritto internazionale ¹¹, che non presenta un carattere predefinito e stabile. Si tratta di una categoria ritenuta residuale, idonea a ricomprendere al suo interno atti atipici, tra loro disomogenei che per ragioni diverse non rientrano tra gli atti normativi in senso stretto (*hard law*).

La principale ragione del crescente utilizzo di strumenti morbidi in tutti i settori del diritto viene rinvenuta nella progressiva decentralizzazione del potere, derivante dalle conseguenze organizzative delle società democratiche che,

⁸ Per una trattazione completa del fenomeno, v. AA.VV., *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, *passim*.

⁹ Per il testo dei provvedimenti si rinvia alla consultazione della pagina *web* del CSM, nell'apposita sezione dedicata all'emergenza Covid-19.

¹⁰ Sul punto, v. il *Vademecum* per l'utilizzo della stanza virtuale: <http://informatica.avvocati.ud.it/wp-content/uploads/2020/03/MS-Team.pdf> o i provvedimenti del Direttore DGSIA del 10 e del 20 marzo 2020.

¹¹ DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 499 ss.; MEYER, *Soft law ad delegation*, in *Fordham International Law Journal*, 2009, p. 888 ss.



valorizzando l'affermazione dei diritti civili e politici in un contesto improntato al pluralismo, ha portato ad una maggiore distribuzione del potere all'interno dell'ordinamento giuridico¹².

Ciò che accumuna questa categoria di disposizioni, consiste anzitutto nella loro flessibilità contenutistica e nell'informalità dell'iter di adozione, che ne sancisce una prima importante differenza con la tradizionale rigidità delle norme di *hard law* e che, proprio per tale ragione, le rende maggiormente idonee a fronteggiare una situazione di crisi ed incertezza.

Un ulteriore elemento di distinzione è ravvisato nella mancanza di vincolatività degli strumenti di *soft law*¹³, i quali hanno tipicamente un'efficacia limitata alla mera persuasione. Si tratta dunque di previsioni che non hanno la capacità di imporsi coattivamente ai propri destinatari e che non presentano strumenti di reazione per il mancato adempimento, così discostandosi dal modello classico di normazione, basato sul binomio comando autoritativo-sanzione ed incentivando, invece, una concezione "funzionalista" del diritto, inteso come "tecnica sociale che serve ad influire sulla condotta umana"¹⁴.

In altri termini, ai soggetti regolati viene lasciata la facoltà di valutare in via autonoma l'opportunità di dare applicazione alle disposizioni moribide¹⁵.

Anche il consenso, dunque, costituisce un elemento di grande rilevanza, specialmente nelle ipotesi in cui i destinatari delle previsioni sono coinvolti direttamente nella procedura di adozione delle regole, il che aumenta la predisposizione degli operatori all'applicazione delle norme che loro stessi hanno contribuito a redigere.

Gli strumenti di *soft law* possono legarsi in diversi modi con l'ordinamento giuridico, attraverso la tecnica del riconoscimento, del rinvio o dell'integrazione di atti normativi in senso stretto, come nel caso che ci occupa¹⁶.

Si tratta di una tecnica di regolamentazione complessa, messa in atto tramite l'uso di strumenti diversi, ma tra loro integrati, finalizzati al raggiungimento di un disegno unitario. Nell'ambito di tale disegno, la norma vincolante presenta una formulazione ampia, mentre la funzione di specificazione e di dettaglio è lasciata alla disposizione fluida.

In tal senso, dunque, a tali strumenti può essere riconosciuto il ruolo di fonti del diritto, benché imperfette, cioè incapaci di produrre tutti gli effetti che accompagnano la norma giuridica in senso stretto¹⁷.

3. Le linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze.

Svolto questo breve inquadramento sulle caratteristiche essenziali del *soft law*, va tuttavia evidenziato come il d.l. 18 del 2020 non si limiti a richiamare il concetto di linea guida, ormai entrato a far parte della terminologia giuridica nel senso sopra richiamato, ma vi aggiunga l'aggettivo "vincolante", riprendendo, al riguardo, una fattispecie già presente nel campo del diritto amministrativo¹⁸, ma assolutamente inedita in quello della giustizia civile.

In particolare, l'art. 83, co. 7, lett. h) del citato d.l., riconosce la possibilità di emanare linee guida vincolanti, finalizzate all'individuazione delle modalità di trattazione delle udienze svolte da remoto o tramite lo scambio di note scritte.

¹² MOSTACCI, *La "soft law" nel sistema delle fonti*, Padova, 2008, p. 21, spec. nota 72.

¹³ MOSTACCI, *op. cit.*, p. 2; COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di Costanzo-Mezzetti-Ruggeri, Torino, 2006, p. 262.

¹⁴ BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Napoli, 1997, p. 167.

¹⁵ FLÜCKIGER, *Why Do We Obey Soft Law?*, in *Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: A Tribute to Peter Knoepfel*, a cura di Stéphane-Varone, Lousanne, 2009, p. 45-62; KLABBERS, *The Redundancy of Soft Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1996, p. 167 ss.

¹⁶ MOSTACCI, *op. cit.*, p. 44 ss., il quale riconduce a tali insiemi il legame intercorrente tra *soft law* e ordinamento giuridico.

¹⁷ Così MOSTACCI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸ Lo strumento è stato ampiamente richiamato nell'ambito del nuovo codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche, suscitando un ampio dibattito dottrinale proprio in ragione della peculiarità dello strumento: sul punto v. il parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855; per un'analisi completa v. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro Amm.*, p. 1559 ss.; v. anche CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 6 febbraio 2019, p. 2 ss.



Il citato strumento non sembra dunque costituire una mera espressione del potere di direttiva, volto a specificare le modalità di attuazione del precetto normativo senza fare ricorso a regole cogenti.

Proprio per tale ragione, le linee guida vincolanti non sembrano certamente riconducibili ad un concetto di *soft law* in senso stretto.

È evidente allora come le linee guida vincolanti vadano tenute distinte da quei provvedimenti *soft* che operano su un piano di *moral suasion*, ove, in questo caso, il richiamo alla vincolatività sembra invece portare alla costituzione di diritti e obblighi in capo ai destinatari delle misure.

I due termini (*soft law* e vincolante), accostati, sembrano infatti costituire una vera e propria antinomia che induce a valutare la singolare peculiarità dogmatica dello strumento in esame; strumento che, insieme all'ampiezza delle maglie delle previsioni contenute nel d.l., si pone al margine con il rispetto del principio di legalità, tanto è vero che nella delibera del 26 marzo del CSM, si invita, nella parte finale del documento, il Ministro della Giustizia, a valutare attentamente le modifiche delle norme processuali necessarie a favorire, nella fase emergenziale, la trattazione delle attività giurisdizionali.

Ora, non potendo approfondire il punto in questa sede e, ugualmente, non volendo in alcun modo ridurre il merito svolto dal principio di legalità in questo settore, è tuttavia possibile darne una lettura ampia, in base alla quale non sarebbe sempre necessaria una rigida predeterminazione delle attività processuali, ammettendo, invece, una normazione più elastica, che riconosca un'equilibrata estensione anche alla funzione interpretativa e all'autonomia privata, laddove vi sia l'esigenza di tutelare un altro valore costituzionale prevalente e nei limiti dell'efficienza stessa del processo¹⁹.

In tal senso, l'interesse alla salute pubblica e alla gestione della situazione emergenziale potrebbe giustificare la forzatura dell'art.111 Cost.

È proprio nella gestione dell'urgenza che a mio avviso si coglie l'essenza dello strumento atipico in questione, che sembra riprendere le peculiarità di un vero e proprio potere *extra ordinem*, in questo caso affidato ai dirigenti, del quale condivide le caratteristiche essenziali²⁰.

Il potere dei dirigenti è infatti funzionale alla gestione dello stato di necessità e di urgenza, da cui discende l'impossibilità di predeterminare normativamente e in modo dettagliato le misure con cui fronteggiare la situazione eccezionale, rendendosi invece necessario un certo grado di discrezionalità in capo all'autorità individuata (il dirigente) e dunque un'elasticità di manovra nell'amministrazione della crisi, seppur nel rispetto di alcuni limiti ineludibili, rinvenibili nello stesso d.l. 18 del 2020.

Le linee guida, infatti, oltre a dover operare un bilanciamento proporzionale tra la salvaguardia dell'interesse pubblico e il sacrificio dell'interesse privato alla tutela dei diritti, hanno un'efficacia limitata nel tempo.

In altri termini, la derogabilità alle disposizioni ordinarie è per sua natura provvisoria, dunque necessariamente limitata all'arco temporale dell'urgenza e della contingibilità: una volta stabilizzatasi la situazione, l'adozione di tali particolari provvedimenti non sarebbe più giustificata e si rivelerebbe illegittima.

Da ultimo, va osservato come l'attività dei dirigenti e, in generale, degli operatori della giustizia, stia attraversando una fase di grande fermento, caratterizzata da un ampio confronto.

La cooperazione è volta ad individuare, all'interno delle varie circoscrizioni, le modalità con cui poter assicurare la ripresa delle attività processuali nel periodo successivo all'11 maggio 2020. In questi termini, si registra dunque un forte scambio tra i provvedimenti dei capi degli uffici e le osservazioni dei rappresentanti degli Ordini degli avvocati, che, spesso portano alla rimodulazione di linee guida già adottate, ovvero all'introduzione di ulteriori strumenti di regolazione *soft*, come i protocolli, ancora più dettagliati delle linee guida, che con esse si integrano reciprocamente.

4. Il ruolo dei protocolli.

¹⁹ V. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 380 ss.; PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 265 ss.; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss.; v. anche CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 7.

²⁰ MORBIDELLI, *Ordinanze libere e natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, p. 33 ss.



Sembra dunque opportuno svolgere alcune brevi riflessioni anche in merito al ruolo dei protocolli.

Infatti, anche se il d.l. 18 del 2020 non ne fa espressa menzione, gli stessi sono evocati, con un chiaro invito alla loro adozione, nelle linee guida del CSM, ove sono contenuti anche protocolli standard con cui poter agevolare il lavoro degli operatori, rendendo anche il protocollo uno strumento realmente competitivo in questa fase.

Diversamente dalle linee guida vincolanti, i protocolli, come strumenti di “gestione convenzionale del processo”²¹ non costituiscono una novità nel settore della giustizia civile.

Come noto, infatti, già dalla prima metà degli anni novanta sono nati Osservatori per la giustizia civile, quale luogo permanente di riflessione tra gli operatori del diritto, su tematiche di ordine processuale.

Dal costante confronto si è poi manifestata l'esigenza di racchiudere in un unico documento (il protocollo) le prassi virtuose ivi individuate e condivise.

Con i protocolli, dunque, le buone prassi, regole “non scritte” per definizione, hanno assunto una rilevanza giuridica (ancorché non vincolante), secondo un modello organizzativo di tipo orizzontale in base al quale, come si accennava in precedenza, i destinatari della norma sono anche gli stessi che prendono parte alla sua redazione.

La logica consensuale su cui si fondano i protocolli, mira ad assicurare una maggiore efficacia della regola, rispetto a quella imposta dall'alto da parte della legge, elevando il consenso ad elemento produttivo di previsioni giuridicamente rilevanti; previsioni che certamente non mirano a sostituire il dato normativo, né a derogarlo, bensì ad affiancarlo o integrarlo con regole ad efficacia meramente persuasiva che si inseriscono negli spazi bianchi lasciati dalle norme processuali.

In ultima analisi, la frequente inadeguatezza del sistema giustizia ha portato i protagonisti di tale servizio pubblico ad assumersi il compito di redigere indicazioni e regole fluide, che potessero essere agevolmente riviste in relazione ai mutamenti delle circostanze di fatto e di diritto che, in origine, ne avevano giustificato l'adozione²².

Benché la natura giuridica e l'inquadramento delle predette misure non sia ancora stato chiarito a livello dottrinale e, anzi, sono state date diverse letture al fenomeno²³, va evidenziato come, in linea generale, lo strumento in esame partecipi delle caratteristiche del *soft law*: la rilevanza del consenso, l'informalità, l'atipicità e l'efficacia “imperfetta” ne costituiscono infatti gli elementi essenziali.

Ora, alla luce di tale considerazione, anche con riferimento ai protocolli finalizzati alla gestione dell'emergenza, ritengo di dover svolgere alcune precisazioni.

Sul punto, va rilevato come i protocolli che si stanno sviluppando nella prassi, tendano a svolgere quella funzione di disciplina delle modalità di svolgimento delle udienze civili, cui lo stesso d.l. 18 del 2020 fa riferimento quando richiama le linee guida vincolanti.

Lo stesso documento del CSM, nella parte in cui invita i dirigenti alla promozione della stipula di protocolli di intesa, lo fa per raggiungere le finalità di cui alle precedenti lettere b) e c), riferite proprio alla trattazione delle udienze civili da remoto ovvero tramite lo scambio di note scritte.

Al riguardo, si colloca in questa direzione il Protocollo concluso tra il Tribunale di Roma e il relativo Consiglio dell'Ordine degli Avvocati *per lo svolgimento delle udienze civili tramite collegamento da remoto e tramite trattazione scritta, ai sensi dell'art. 83, comma 7, lett. f) e lett. b), d.l. 17 marzo 2020, n. 18*, del 9 aprile 2020, redatto in base agli standard indicati nella delibera CSM del 26 marzo che, certamente, costituisce un esempio virtuoso di regolamentazione condivisa dell'emergenza²⁴.

²¹ Sul punto, v. nota n. 7.

²² V. la premessa al Protocollo Generale sulle udienze civili dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, situato nel sito dell'Ordine degli Avvocati di Bologna, alla voce «Osservatori».

²³ Per un'analisi completa del fenomeno v. *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, cit., *passim*; BREGGIA, *L'attività degli Osservatori della Giustizia Civile e della Fondazione Verardi*, in *Questione giustizia*, 2014, 26 febbraio 2014; CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, cit., c. 253; dello stesso a., *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in 2008, p. 127; CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla “regolazione collettiva” del processo civile*, in *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, cit., p. 406.

²⁴ V. https://www.ordineavvocatiroma.it/wp-content/uploads/2020/04/PROT_5010-COA-ROMA.pdf; v. anche il Protocollo concluso tra la Corte di Cassazione, la Procura generale presso la Cassazione e il CNF per la trattazione delle adunanze ex art. 375 c.p.c. delle udienze ex art. 611 c.p.p.:



Ora, vista la funzione svolta da tali protocolli, sembra che gli stessi si discostino dal loro ruolo ordinario, finalizzato alla stigmatizzazione delle “buone prassi processuali”, per avvicinarsi invece a quello svolto dalle linee guida vincolanti.

Il punto solleva alcuni profili di riflessioni con riferimento all'efficacia giuridica di tali strumenti.

In tal senso, infatti, la condivisione della funzione dei protocolli per l'emergenza con quella delle linee guida vincolanti, potrebbe far ritenere che, sul piano dell'efficacia, i primi mutuino la vincolatività dalla seconde. In ogni caso, anche argomentando *a contrario*, senza cioè voler ritenere alterata la natura originariamente persuasiva dei protocolli, si evidenzia come la forza “innovativa” del consenso, formatosi per via dell'informazione e del confronto ragionato, conferisca a tali strumenti una cogenza di “fatto”, derivante anche dalla circostanza per cui i protocolli rappresentano, da soli o unitamente alla linee guida, le uniche misure con le quali l'operatore giuridico può concretamente orientare la propria condotta processuale durante la fase dell'emergenza.

In quest'ottica, la differenza tra i due strumenti risiederebbe principalmente nell'iter formativo, ove la procedura condivisa, a fronte di una dequotazione della legalità sostanziale, presenta certamente il pregio di rafforzare la legalità procedimentale, sotto forma di partecipazione e contraddittorio con gli interessati, da cui consegue un maggiore controllo sulle modalità di esercizio del potere, così legittimato o giustificato “dal basso”.

Peraltro, va evidenziato come nella maggior parte dei casi, i protocolli risultino richiamati, quali strumenti con cui implementare ulteriori indicazioni tecniche e di dettaglio, nell'ambito delle stesse linee guida vincolanti.

Ebbene, il predetto rinvio tenderebbe dunque a risolvere eventuali problematiche legate all'efficacia dei protocolli, diventando questi ultimi parte integrante delle stesse disposizioni vincolanti.

Si è indirizzata in questo senso l'esperienza del Tribunale di Milano, ove le linee guida vincolanti del 10 aprile 2020²⁵, oltre a contenere un generale richiamo al modello di Protocollo CSM-CNF contenuto nella citata delibera del 26 marzo 2020, rinviavano l'implementazione di indicazioni tecniche maggiormente dettagliate circa lo svolgimento delle udienze, ad un successivo protocollo da adottarsi con l'Ordine degli Avvocati.

Ugualmente ha previsto il Tribunale di Bologna²⁶, mentre lo stesso Tribunale di Roma ha adottato un provvedimento organizzativo del quale fanno parte integrante, oltre alle linee guida vincolanti, anche i protocolli precedentemente adottati²⁷.

6. Alcune riflessioni conclusive.

Dall'analisi affrontata con il presente scritto si evince come la situazione di emergenza che negli ultimi mesi ha colpito il nostro paese (e non solo) abbia completamente stravolto il sistema delle fonti che regolano la giustizia civile.

L'esigenza di celerità ha portato all'utilizzo di una diversa tecnica normativa, meno dettagliata e più elastica, alla “creazione” di strumenti *ad hoc* per la regolazione della situazione di crisi e all'uso di strumenti flessibili “vecchi”, funzionalizzati al raggiungimento di obiettivi nuovi.

Ne è risultato un sistema complesso, formato da strumenti disomogenei tra loro che si integrano e completano a vicenda e che comprende: atti tipici con efficacia vincolante, atti atipici con efficacia vincolante o *soft*.

https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/690272/protocollo_Cassazione_CNF_Procura_Generale-signed-signed.pdf/60284400-c362-4d46-a3e8-4eeb7baea9f9, ove, proprio per consentire lo svolgimento dell'adunanza, si prevedono anche le modalità di invio telematico degli atti, in ossequio all'art. 11-bis, l. 24 aprile 2020, n. 17, con cui si prevede che il deposito degli atti e dei documenti degli avvocati possa avvenire telematicamente, previa attivazione del servizio tramite provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati.

²⁵ V. sul punto, https://www.tribunale.milano.it/files/56_20.pdf.

²⁶ <https://www.tribunale.bologna.giustizia.it/documents/642573/6010481/Linee+guida+per+la+trattazione+processi+e+udienze+civili.pdf/cbe8fe59-eb69-4fb3-b996-9ce826b4c0b2>.

²⁷ Sul punto, v. il provvedimento del 21 aprile 2020, http://www.tribunale.roma.it/allegatinews/A_30739.pdf.



Detto sistema sembra dunque riprendere quel concetto di concetto di “normatività graduata”²⁸, accolto da una parte della dottrina internazionalistica, secondo cui il diritto non avrebbe un carattere unidimensionale, potendo invece ricomprendere una varietà di effetti giuridici, sia diretti, sia indiretti. Un sistema nell’ambito del quale scompare la stessa distinzione tra *soft law* e *hard law*, in favore di un insieme unico, in continua evoluzione²⁹.

Si accoglie dunque un concetto ampio di fonte giuridica, in grado di descrivere la realtà ordinamentale nel suo concreto pluralismo, senza doverla necessariamente inquadrare nell’ambito di rigide etichette.

Peraltro, l’uso di concetti ampi e generici sul piano teorico, rischia nella pratica di creare instabilità e incertezza, generando “zone d’ombra” lasciate alla discrezionalità degli operatori.

In tal senso, dunque, la scelta operata da parte del Governo si presta ad alcune osservazioni.

Da un lato, infatti, si evidenzia il pregio di non standardizzare le scelte di gestione dell’emergenza sul piano organizzativo.

In questo ambito, infatti, la discrezionalità lasciata in capo ai dirigenti risulta di estrema importanza, tenuto conto delle diversità che contraddistinguono i vari uffici sul piano logistico-organizzativo, in considerazione di una molteplicità di fattori, tra cui, *in primis* le risorse umane, il numero delle posizioni vacanti ovvero la collocazione geografica: a mero titolo esemplificativo, basti pensare agli uffici situati nelle grandi città ove gli spostamenti richiedono il frequente ricorso all’utilizzo dei mezzi pubblici.

La differenziazione consente dunque una regolamentazione più dettagliata e attenta alle esigenze delle singole realtà di riferimento.

Alcune perplessità si pongono invece per ciò che riguarda l’individuazione delle modalità e delle procedure con cui svolgere le attività processuali.

Qui, infatti, l’uniformità di trattamento rappresenta un valore importante, sia sul piano della certezza del diritto, sia sul piano della giustizia sostanziale.

La discrezionalità rischia in questo caso di creare notevoli differenze in merito all’effettiva tutela dei diritti, con lunghi rinvii in alcuni casi e prosecuzione delle udienze in altri.

Ulteriormente, anche le procedure predisposte dalle linee guida o dai protocolli potrebbero presentare dei profili di diversità – aggravando in tal senso anche il lavoro degli avvocati – e producendo una frammentazione della procedura sul territorio nazionale, in contrasto con l’idea di centralizzazione sottesa alla disciplina codicistica. Al riguardo, il tema della delocalizzazione della procedura e delle conseguenze ad essa connesse, rappresenta certamente un ulteriore tema di riflessione – che in questa sede, data l’economia dello scritto, mi limito ad accennare come spunto –, sollevato proprio dalla tendenza ad utilizzare strumenti di *soft law* (sempre più vincolanti) nell’ambito della regolamentazione del processo.

L’auspicio, dunque, nell’immediatezza, è quello di un accurato coordinamento tra i vari uffici, alimentato da un costante dialogo e confronto, rispetto al quale spicca il ruolo svolto dal CSM.

Pro futuro, invece, l’auspicio è quello di evitare una trasformazione, come spesso è accaduto, del sistema dello stato di emergenza in modello ordinario di regolamentazione.

²⁸ PASTORE, *Soft law, gradi di normativa, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, n. 1, p. 9. LUTHER, *Riconoscimento di potere normativo ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, a cura di Dogliani, *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 67.

²⁹ SCHACHTER, *Toward a Theory of International Obligation*, in *Virginia Journal of International Law* 1968, p. 322; TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2015, p. 68 ss.