

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciolo, Nicola Colaianni,
Enrico Follieri, Fabio Francario,
Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola,
Aristide Police, Francesco Ricci,
Maria Alessandra Sandulli,
Fabio Santangeli, Giorgio Spangher,
Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

Il volume tratta il tema del giudice e dell'equità, soprattutto nella prospettiva del giudizio equitativo espressamente previsto dal nostro ordinamento processuale, nella duplice forma del giudizio davanti al giudice di pace e del giudizio su accordo delle parti. Dopo aver analizzato la nozione stessa di equità, nella sua evoluzione storico-giuridica tra etica, diritto positivo e Costituzione, il volume si sofferma sulle tante problematiche, anche di carattere applicativo, del giudizio di equità, riservando la dovuta attenzione alla elaborazione giurisprudenziale, compiutamente esaminata in chiave critica. Il lavoro si chiude con delle brevi conclusioni, circa le prospettive future degli istituti esaminati.

Roberto Martino, è professore ordinario di Diritto processuale civile e preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUM Jean Monnet di Casamassima – Bari. È professore a contratto di Diritto processuale civile presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma e presso l'Università G. D'Annunzio di Chieti – Pescara. È coordinatore del Dottorato di ricerca internazionale in Teoria generale del processo, con sede presso l'Università LUM Jean Monnet. È autore di oltre cento pubblicazioni scientifiche, tra cui si segnalano i seguenti volumi monografici di cui è autore o curatore: *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova, CEDAM, 2000; *La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento*, Giuffrè, Milano, 2004; *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2008; *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, Cacucci, Bari, 2011; *Commentario alle riforme del processo civile. Dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2013.

ISBN 978-88-6611-648-6



9 788866 116486

€ 20,00

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.

1
S

R. Martino IL GIUDICE E L'EQUITÀ



Elè Belè

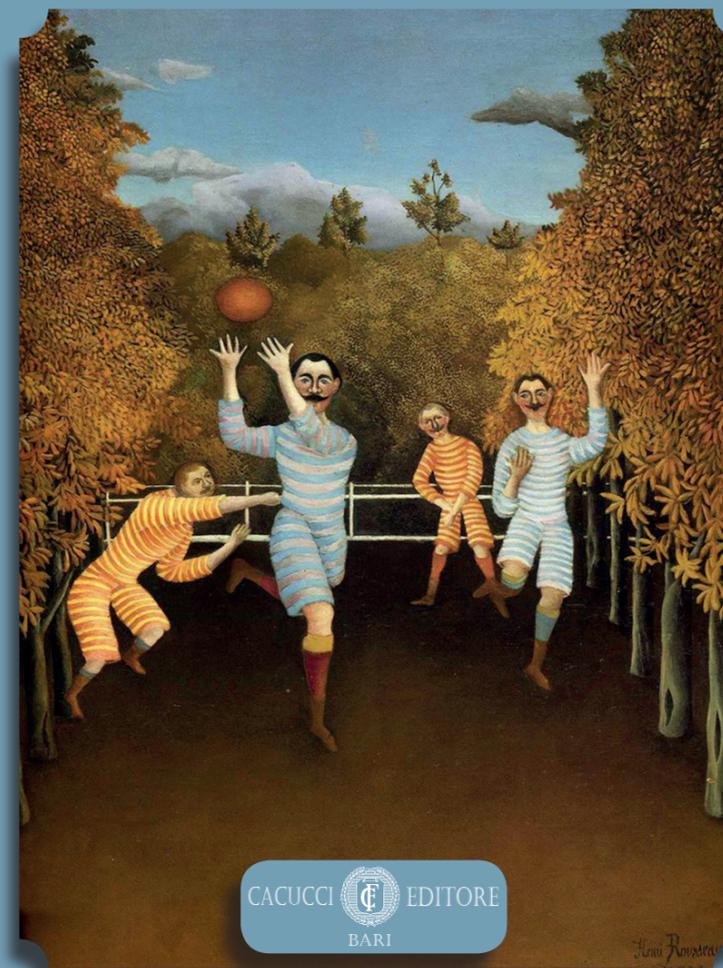
Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da Roberto Martino e Antonio Barone

ROBERTO MARTINO

IL GIUDICE E L'EQUITÀ

Tra etica, diritto positivo e Costituzione



La Collana

«Quando da bambini, a Calcutta, eravamo intenti nei nostri giochi, non di rado giungeva un bambino più piccolo, che insisteva per unirsi a noi. Fortunatamente avevamo escogitato un modo per risolvere situazioni come queste: lasciavamo che il nuovo arrivato partecipasse al gioco; prima, però, bisbigliavamo nelle orecchie degli altri giocatori le parole di “*elè belè*”. Un *elè belè* è un giocatore che crede di prender parte al gioco, ma che in realtà partecipa soltanto in apparenza. Tutti, tranne lui, sanno che non verrà preso sul serio. Un goal segnato da un *elè belè* non è un vero goal [...]» (K. BASU, *L'India e le illusioni della democrazia globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 5). Piace anche a noi utilizzare questa suggestione dell'*elè belè* quale metafora dell'odierna crisi della democrazia, tanto a livello mondiale quanto a livello nazionale. Da qui nasce l'idea di creare un nuovo strumento di “dialogo” su tematiche che coinvolgono trasversalmente il diritto sostanziale ed il diritto processuale, andando talora oltre le tradizionali partizioni tra le varie branche giuridiche. Ciò con l'obiettivo tanto ambizioso quanto doveroso di contribuire a stimolare, attraverso la riflessione giuridica, un rinnovato dibattito sulla nostra democrazia. Il rischio è che la condizione del cittadino possa regredire a quella di un *elè belè*, convinto di partecipare al grande “gioco” della democrazia dal quale, invero, potrebbe restare escluso. Anche per questo abbiamo voluto caratterizzare la copertina dei volumi di questa nuova Collana con l'immagine del dipinto “Giocatori di palla ovale”, 1908, di Henri Rousseau.

Roberto Martino
Antonio Barone

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciolo, Nicola Colaianni, Enrico Follieri,
Fabio Francario, Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola, Aristide Police,
Francesco Ricci, Maria Alessandra Sandulli, Fabio Santangeli,
Giorgio Spangher, Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

ROBERTO MARTINO

IL GIUDICE E L'EQUITÀ

Tra etica, diritto positivo e Costituzione

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2017 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

*Al mio Maestro
Nicola Picardi*

INDICE

Prefazione pag. XIII

CAPITOLO PRIMO

IL RINVIO DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE ALL'EQUITÀ: TRA ETICA, DIRITTO POSITIVO E COSTITUZIONE

1. La distinzione tra equità «sostitutiva» ed equità «integrativa» nel quadro delle concezioni giuspositivistiche del XX secolo » 1
2. Pluralità di significati e funzioni dell'equità nell'esperienza storico-giuridica della tradizione occidentale » 15
3. (Segue:) Dall'*epieikeia* greca, all'*aequitas* romana, all'equità canonica: il parametro equitativo tra «interpretazione» del diritto, «correzione» della legge e «creazione» e «integrazione» dell'ordinamento » 19
4. (Segue:) Profili ricostruttivi dell'analisi storico-giuridica: pluralità di significati e funzioni dell'equità e necessità di ricostruire la relativa nozione dal punto di vista del diritto positivo (processuale) » 34
5. Il possibile conflitto tra l'equità, intesa come «giustizia del caso concreto», e il principio costituzionale di legalità » 37
6. (Segue:) Le differenti ragioni del rinvio al parametro equitativo nel giudizio di equità «necessario» (art. 113, 2° comma, c.p.c.) e nel giudizio di equità «concordato» (art. 114 c.p.c.) » 42

7. (Segue:) Necessità di conformare al principio di legalità il solo giudizio di equità «necessario» e non anche il giudizio di equità «concordato». pag. 47

CAPITOLO SECONDO

IL GIUDIZIO DI EQUITÀ DAVANTI
AL GIUDICE DI PACE

Sezione prima

Equità e diritto scritto:

il vincolo dei «principi informativi della materia»

1. Dal conciliatore al giudice di pace: i «principi regolatori della materia» nell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza » 58
2. (Segue:) L'introduzione del giudice di pace, la modifica dell'art. 113, 2° comma, c.p.c. e la configurazione giurisprudenziale di un giudizio «intuitivo» e «*contra legem*». Considerazioni critiche » 63
3. (Segue:) La tesi dottrinarina di un giudizio «sillogistico» fondato su norme pregiudiziali e sindacabile in cassazione per la violazione di tali norme. Considerazioni critiche » 70
4. La sentenza additiva della Corte costituzionale n. 206 del 2004 e il vincolo dei «principi informativi della materia». Le divergenze interpretative della giurisprudenza di legittimità e le opinioni della dottrina » 72
5. Critica dell'orientamento giurisprudenziale che distingue i principi «informativi» dai principi «regolatori» della materia » 78
6. Profili ricostruttivi: la struttura «sillogistica» del giudizio equitativo del giudice di pace come applicazione delle norme di principio del diritto scritto e disapplicazione delle norme di dettaglio » 82
7. (Segue:) Giudizio di equità e norme imperative » 89

*Sezione seconda**Il procedimento, la decisione e le impugnazioni*

8. Le condizioni previste dalla legge per la pronuncia equitativa del giudice di pace: la determinazione del valore della causa. La competenza per materia e il giudizio di equità pag. 91
9. (Segue:) L'esclusione espressa prevista per le cause relative ai contratti di massa *ex art.* 1342 c.c. e per le cause di opposizione a sanzione amministrativa » 95
10. (Segue:) La connessione di cause nel giudizio di equità necessario » 98
11. La disciplina processuale e la decisione secondo equità » 101
12. Le impugnazioni: considerazioni introduttive sul regime di appellabilità delle sentenze d'equità del giudice di pace » 110
13. (Segue:) Individuazione delle sentenze soggette all'appello «limitato» » 113
14. (Segue:) I motivi di appello: a) la violazione del diritto sostanziale; b) la violazione di norme processuali » 119
15. (Segue:) Il controllo sul giudizio di fatto reso dal giudice d'equità e la deducibilità dei *nova* e dei motivi di revocazione delle sentenze » 125
16. (Segue:) Il coordinamento tra la disciplina generale dell'appello e l'art. 339, 3° comma, c.p.c.: il controllo del giudice di secondo grado sulla ricostruzione dei fatti (extraprocessuali) » 133
17. (Segue:) La natura equitativa della sentenza di appello e la sua ricorribilità in cassazione » 140

CAPITOLO TERZO

IL GIUDIZIO DI EQUITÀ
SU ACCORDO DELLE PARTI

1. Considerazioni introduttive	pag. 147
2. La prima condizione di ammissibilità della pronuncia secondo equità: la disponibilità del diritto oggetto della controversia	» 149
3. La seconda condizione di ammissibilità: la richiesta concorde delle parti	» 154
4. La struttura «sillogistica» del giudizio secondo equità	» 157
5. La disciplina processuale e la decisione equitativa	» 160
6. L'impugnazione della sentenza di equità <i>ex art. 114 c.p.c.</i>	» 162

CONCLUSIONI

1. Brevi considerazioni sull'opportunità di abolire il giudizio di equità «necessario»	» 169
2. Ulteriori considerazioni sulla scarsa rilevanza pratica del giudizio di equità «concordato» e sull'opportunità di abrogare anche l'art. 114 c.p.c.	» 173
3. L'adeguamento della decisione giudiziale alle reali esigenze della controversia: il difficile rapporto tra il giudice e la legge.	» 175

PREFAZIONE

Circa trent'anni fa Nicola Picardi mi affidava il compito di studiare il tema dell'equità, con riferimento particolare al giudizio equitativo del conciliatore. Il lavoro era destinato a far parte di un volume sul *Giudice conciliatore*, scritto in collaborazione con lo stesso Nicola Picardi e Riccardo Rossi.

Per svariate ragioni – non ultima, il sopravvenire della riforma del giudice di pace (l. 21 novembre 1991, n. 374) – il volume non fu pubblicato. Da allora, però, sempre con la guida e il conforto del Maestro, mi sono appassionato al tema, sul quale sono intervenuto a più riprese, con note a sentenza, saggi e la voce *Equità* dell'Enciclopedia giuridica italiana (tutti richiamati nel presente volume).

Dopo trent'anni, ho avvertito il bisogno di tornare sul tema, per rielaborare autonomamente quegli studi, colmarne le lacune (ricostruendo, in particolare, l'evoluzione storico-giuridica della nozione di equità nella tradizione occidentale), rivedere certe opinioni «giovanili» e portare a compimento le idee già prospettate in passato, al fine di mettere, per quanto mi riguarda, un punto fermo. Sarà ovviamente il lettore a giudicare se il risultato sia, o meno, conforme alle aspettative dell'Autore.

Il volume è dedicato al mio indimenticato Maestro, non solo per esprimere pubblicamente la mia riconoscenza che più volte in passato gli ho personalmente manifestato. Il volume è dedicato a Nicola Picardi perché la sua scomparsa ha lasciato un grande vuoto in me, come in tutti i suoi allievi ed amici. Con la sua dipartita se ne è andato un Maestro insigne, ma prima ancora un grande Amico. Resta solo il conforto di un dialogo intellettuale che prosegue, vista la grande mole di scritti che ci ha lasciato e la loro perdurante modernità ed attualità. E resta anche l'amicizia e l'affetto per i suoi familiari, che mi piace ricordare in questa occasione.

ROBERTO MARTINO

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

1. **Roberto Martino**, Il giudice e l'equità, 2017.