

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Dialogo
sui diritti umani.

I diritti fondamentali
tra obblighi
internazionali
e Costituzione.

La risoluzione
amichevole
dei conflitti.

2015



QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Renato Rordorf

Comitato di redazione

Silvia Albano, Roberto Arata, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Maria Rosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Rita Sanlorenzo, Sergio Sottani, Glauco Zaccardi, Giovanni Zaccaro.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Luigi Marini, Sergio Mattone, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Livio Pepino, Marco Pivetti, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Pasquale Notargiacomo
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

I trimestre 2015 - chiuso in redazione marzo 2015

Sommario

Editoriale

di Renato Rordorf

Pag. 4

Leggi e Istituzioni

La legge elettorale in corso di approvazione. Profili di costituzionalità (Introduzione agli articoli di Mauro Volpi e Gino Scaccia)

di Marco Bignami

“ 7

***Italicum due*: una legge elettorale abnorme**

di Mauro Volpi

“ 10

***L'Italicum* fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali**

di Gino Scaccia

“ 16

Intercettazione di conversazioni presidenziali: ancora si naviga “a vista”

di Silvia Gabrielli

“ 24

Obiettivo 1. Dialogo sui diritti umani

I diritti dell'uomo tra utopia e storia. Perché può essere utile riflettere sulla storia dei diritti dell'uomo?

di Vincenzo Ferrone

“ 32

Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli

di Vladimiro Zagrebelsky

“ 37

(Ri)Alzare la testa per recuperare memoria

di Pasquale De Sena

“ 41

Obiettivo 2. I diritti fondamentali tra obblighi internazionali e Costituzione

Introduzione

di Francesco Buffa

“ 45

Corte costituzionale e sovranità di <i>Salvatore Senese</i>	“	51
Sovranità vs diritti fondamentali di <i>Gaetano Silvestri</i>	“	57
I contro limiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte Internazionale di giustizia di <i>Ernesto Lupo</i>	“	64
La conferma della regola attraverso l’eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui “<i>crimina</i>” iure imperii secondo Corte costituzionale n. 238/2014 di <i>Nicola Colacino</i>	“	70
La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere di <i>Elisabetta Lamarque</i>	“	76
I contro limiti e l’eterogenesi dei fini di <i>Massimo Luciani</i>	“	84
Alla ricerca di un’applicazione condivisa dell’immunità degli Stati dalla giurisdizione di <i>Federico Girelli</i>	“	94
I conflitti fra Italia e Germania tra Corte costituzionale, Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza di <i>Luigi Marini</i>	“	100
Obiettivo 3. La risoluzione amichevole dei conflitti		
Introduzione di <i>Maria Giuliana Civinini</i>	“	105
Le alternative alla giustizia tradizionale: lo stato dell’arte e le prospettive di <i>Maria Angela Zumpano</i>	“	107
La mediazione nella prospettiva europea di <i>Marcello Marinari</i>	“	113
Cambiamenti e nuove possibilità per la professione forense di <i>Maria Pia Lessi</i>	“	119
Questioni controverse in materia di mediazione di <i>Massimo Vaccari</i>	“	129
Giudice e conciliatore. L’esperienza del nuovo articolo 185-bis cpc di <i>Luciana Razete</i>	“	138
Il Progetto Nausicaa del Tribunale di Firenze di <i>Luciana Breggia</i>	“	148
Conciliazione e mediazione nel processo di famiglia. L’esperienza del Tribunale di Milano di <i>Gloria Servetti e Giuseppe Buffone</i>	“	156

Il giudice francese e la mediazione

di *Gilbert Cousteaux*

“ 161

La mediazione in appello

di *Giovanni Buonomo*

“ 167

Il passaggio alla sede arbitrale dei giudizi pendenti

di *Edoardo Campese*

“ 174

Essere arbitro: le sfide di un ruolo in crescita

di *Vincenzo Roppo*

“ 192

Problemi attuali della giustizia arbitrale

di *Andrea Graziosi*

“ 197

Gli autori

“ 203

Editoriale

Occorre rinnovarsi, non ci si oppone allo scorrere del tempo. E dunque anche la nostra *Rivista* trimestrale si rinnova: sia nella veste, non più cartacea ma informatica, sia nella composizione del Comitato di redazione, più ampio del precedente.

Si rinnova anche nella persona del direttore editoriale, e mi si perdonerà allora un accento personale – ma sono certo di esprimere il pensiero della redazione tutta – nel ringraziare Beniamino Deidda e Livio Pepino, che prima di me hanno svolto questo compito con passione ed intelligenza straordinarie, e nel rivolgere un pensiero commosso alla memoria di Pino Borré.

Ed è proprio pensando a Pino Borré, allo spirito in cui egli concepì ed impostò la linea politico-culturale di *Questione giustizia*, riprendendo il testimone della più antica *Quale giustizia*, nel solco della tradizione di Magistratura democratica, che vorrei sottolineare come, pur nel necessario rinnovamento, la *Rivista* non debba perdere il legame con le proprie origini e con la propria storia, con l'impulso ideale che la ha fatta nascere e che la ha costantemente spinta ad interrogarsi intorno al grande tema della giustizia, nelle sue tante e mutevoli declinazioni.

Perché la parola “giustizia” evoca un concetto difficile da definire, e spesso financo terribile nella sua attuazione; né certo è senza significato che già nel nome di *Quale giustizia* fosse evidentemente sottintesa la possibilità di concepire ed attuare la giustizia in molti modi: donde la necessità d'interrogarsi su quale fosse l'idea di giustizia da privilegiare e su quali presupposti sociali e culturali essa dovesse basarsi.

Il nome che oggi reca la rivista – *Questione giustizia* – rende forse ancor più esplicito il carattere intrinsecamente problematico della giustizia: quanto la sua attuazione sia sempre gravida di difficili interrogativi e come perciò essa ponga inesauribili domande, che la mettono permanentemente in questione, sicché essa stessa è una questione. Una questione alla quale non credo si possano mai dare risposte definitive, valide in ogni luogo ed in ogni tempo, ma che si ripresenta continuamente, ed in

forme sempre nuove, lungo i mutevoli tornanti della storia.

Ciò che vorremmo tuttavia non mutasse è l'atteggiamento critico ed al tempo stesso aperto della *Rivista* nell'affrontare i variegati temi della giustizia.

Atteggiamento che aspira ad esser critico verso chiunque dimentichi, tanto nelle aule giudiziarie quanto al di fuori di esse, che nell'ottica della nostra costituzione repubblicana non si dà mai vera giustizia senza il rispetto di quei principi di eguaglianza e solidarietà – nei rapporti individuali e nei rapporti sociali – che sono il fondamento del vivere in società ed ai quali lo Stato di diritto deve inderogabilmente conformare le proprie leggi e gli interpreti debbono ispirare la concreta ed effettiva applicazione di esse. Ma atteggiamento che al tempo stesso vuole essere aperto alle istanze culturali, intellettuali e politiche (nel senso nobile che tale parola ha, e dovrebbe sempre conservare) provenienti da ogni ambito della società: perché deriva dalla migliore e più radicata tradizione di Magistratura democratica la spinta a non restringere l'analisi dei temi giuridici ai profili meramente tecnici ed arifuggire dall'ottica corporativa ed autoreferenziale che ha spesso rischiato d'impovertire la discussione dei magistrati in sede associativa. E si dovrà perciò soprattutto prestare attenzione a come i temi della giustizia e, più in generale, i temi etici, sociali ed economici che alla giustizia rimandano, vanno oggi evolvendo in campo sovranazionale – soprattutto, naturalmente, in ambito europeo – giacché è sotto gli occhi di tutti che, ad onta del riaffacciarsi talvolta rumoroso di spinte nazionalistiche non scevre da pericolose istanze xenofobe, il fenomeno ormai noto col nome di “globalizzazione” ha determinato in molti campi un progressivo ritirarsi degli ordinamenti nazionali e delle relative istituzioni giudiziarie ed un progressivo espandersi di regole giuridiche di origine sovranazionale, la cui interpretazione ed applicazione chiama sempre più spesso in causa corti anch'esse

sovrnazionali. La scena giudiziaria sulla quale si svolge il dramma della giustizia si è fatta insomma più larga, forse per ciò stesso talvolta meno facilmente decifrabile, ma proprio per questo è al fondo di essa che occorre maggiormente sforzarsi di scrutare.

Non è dunque casuale che il primo numero di *Questione giustizia* di quest'anno sia in parte dedicato a temi, quale quello dei diritti umani e dell'immunità giurisdizionale degli Stati, che ci proiettano in uno scenario sovranazionale e ci interrogano sul modo in cui l'operare delle corti sovranazionali si rapporta al nostro ordinamento interno.

Ma questo, ben s'intende, non vuol dire certo disinteressarsi dei tanti e complessi problemi che la giustizia e la sua faticosa amministrazione pongono in ambito nazionale: del tormentato rincorrersi di riforme spesso più propagandate che realizzate, ma talvolta pregne di significati anche simbolici, come nel caso del cosiddetto *jobs act*, recentemente approvato tra vivacissime polemiche, e della nuova legge elettorale in gestazione (di cui in questo numero, infatti, ci si occupa); degli affanni di una giustizia penale che la riluttanza dei titolari del potere politico è andata snaturando sino al punto da rendere il processo un ginepraio di cavilli, che lo trasformano in una lotta col tempo per evitare o per conseguire, a seconda dei punti di vista, la paventata o agognata prescrizione, e che per ciò stesso ne hanno fatto un terreno in cui più che mai fa differenza la possibilità di avvalersi del costoso ausilio di abili professionisti legali; della drammatica situazione delle carceri, nonché del significato stesso della pena (ed in specie di quella detentiva) in società che pretendono ancora di ispirarsi al pensiero di Cesare Beccaria; dell'eterno tema dell'inefficienza della giustizia civile, alla cui profonda crisi si è cercato da ultimo di porre rimedio, ma forse alquanto maldestramente, con strumenti alternativi di non sicura efficacia (di cui pure in questo numero già ci si occupa); del progressivo ampliamento dei settori d'intervento della giustizia amministrativa, che da un lato ha acuito l'annoso problema dell'unità della giurisdizione, complicandone non poco il riparto e facendo ancor più risaltare l'incongruenza di un sistema che nel medesimo ambito o in ambiti giuridici contigui rischia di dar vita ad un diritto vivente schizofrenico, ispirato ad orientamenti giurisprudenziali non coordinati, e, dall'altro lato, pone seri interrogativi in ordine ai limiti dell'intervento giurisdizionale nella sfera di azione della pubblica amministrazione e del ruolo che in quegli interventi può o deve assumere la considerazione del pubblico interesse.

L'elenco dei temi sui quali l'esigenza di giustizia ci interroga potrebbe continuare a lungo, e basta

d'altronde gettare uno sguardo alle molteplici questioni che già da tempo sono quotidianamente affrontate sulla Rivista *on line* per rendersene conto; questioni molte delle quali meritano quel maggiore approfondimento proprio in vista del quale la *Rivista* trimestrale continua ad esistere, pur se anch'essa ormai in forma digitale. Non mancheremo di occuparcene.

Tra i temi che occorrerà esaminare non potrà ovviamente mancare neppure quello, che è stato in questi giorni al centro dell'attenzione non solo dei diretti interessati ma anche dell'intera opinione pubblica, della riforma della responsabilità civile dei magistrati. *Questione giustizia* vi ha dedicato un apposito Obiettivo nel n. 5 dell'anno 2013 (pagg. 23 e ss.) e varrà certo la pena di tornarvi in uno dei prossimi numeri della *Rivista* trimestrale per riflettere a mente fredda sulla valenza e sugli effetti della nuova normativa. Sin d'ora, però, sembra possibile fare alcune brevissime considerazioni.

È innegabile che la nuova normativa, al di là di quanto possa dipendere dall'impulso datole dalla nota sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 24 novembre 2011, in causa C-379/10, ha inteso ampliare l'area della responsabilità civile in cui possono incorrere i magistrati nell'esercizio delle loro funzioni e rendere più agevole l'esperimento dell'azione da parte di chi si pretenda danneggiato. L'enfasi mediatica con la quale, almeno ad opera del Presidente del consiglio, si è accompagnato il varo della nuova legge con il facile slogan «*finalmente chi sbaglia paga*» non mi pare lasci dubbi a questo riguardo. Non entrerei qui nel merito delle disposizioni che sono state introdotte per realizzare quell'obiettivo. Sarà meglio – ripeto – farlo in uno dei prossimi numeri della *Rivista* con più approfondimento ed a mente fredda.

Due cose però immediatamente colpiscono.

In primo luogo la scarsa consapevolezza di come la previsione di responsabilità anche per «*travisamento del fatto e delle prove*» rischi di facilmente di tracimare in responsabilità del giudice per l'interpretazione che dei fatti e delle prove egli abbia dato. La parte che con quell'interpretazione non sia d'accordo sarà tentata di scorgervi un travisamento, e chiunque nell'attuale contesto italiano abbia una anche minima esperienza dei motivi d'impugnazione avverso provvedimenti giudiziari sa bene quanto facilmente e quanto spesso il dissenso sull'interpretazione delle risultanze processuali operata dal giudice venga prospettato dall'impugnante proprio in termini di travisamento di quelle medesime risultanze. Donde l'impressione che il legislatore abbia qui finito per abbracciare una concezione a dir poco ingenua dell'esercizio della

giurisdizione: quasi si trattasse di un'operazione combinatoria di dati normativi e fattuali di per sé incontrovertibili, e non invece della faticosa e sempre problematica ricerca di una corretta interpretazione degli uni e degli altri, il cui esito dovrebbe esser valutato soprattutto in termini di persuasività della motivazione ma raramente si presta alla secca alternativa tra vero e falso.

Si obietterà che, dopo tutto, anche la fondatezza delle azioni di responsabilità intentate nei confronti di magistrati è destinata ad esser valutata da altri magistrati, e che dunque starà a loro evitare il rischio di un'applicazione troppo estesa dei criteri di responsabilità che sfoci in un indebito sindacato sulla valutazione e sull'interpretazione delle risultanze istruttorie. Qui si colloca la seconda breve osservazione che intendevo fare: la quale si lega soprattutto all'eliminazione del filtro di ammissibilità preventiva dell'azione di responsabilità – con un implicito quanto evidente incoraggiamento ad esercitarla – ed alla possibilità che ciò avvenga anche prima che sia giunto a compimento il giudizio che vi avrebbe dato causa e nel corso del quale si sarebbe prodotto il danno (a seguito, per esempio, di un provvedimento cautelare). In questa situazione – e con il sovraccarico di enfasi mediatica che, come detto, ha accompagnato il varo della nuova legge sulla responsabilità dei magistrati

– il maggior pericolo non è probabilmente quello di una pioggia di condanne (se e quando dovessero esser pronunciate), bensì di un proliferare di azioni (magari anche solo strumentalmente intraprese), destinate comunque nell'immediato a rendere più difficile l'esercizio della giurisdizione e, quel che è peggio, a spingere i magistrati meno sicuri di sé verso soluzioni che non li esponano al rischio dell'azione di responsabilità. Ci vorrà insomma più coraggio per assumere decisioni sfavorevoli alla parte forte del processo.

È questo che soprattutto lascia un sapore amaro. La constatazione che, in un Paese nel quale il tasso d'illegalità è tra i più alti ed in cui solo per effetto dell'opera della magistratura (pur con tutti gli errori e le manchevolezze che le si possono rimproverare) nei decenni scorsi è stato posto un qualche argine (ben fragile, ahimè) al dilagare della corruzione, non solo nella classe politica ma nella classe dirigente in generale, il legislatore adotti misure volte più a condizionare l'opera della magistratura medesima – fosse pur solo simbolicamente – che a rafforzarne il ruolo di contrasto all'illegalità.

Marzo 2015

Renato Rordorf

La legge elettorale in corso di approvazione. Profili di costituzionalità

(Introduzione agli articoli di Mauro Volpi e Gino Scaccia)

di Marco Bignami

«Al di sopra del Parlamento (...) vi è il dittatore di fatto plebiscitario che (...) trascina dietro di sé le masse e per il quale i parlamentari sono soltanto dei beneficiari politici che si pongono al suo seguito (omissis). Si può con buone ragioni definire l'attuale situazione come una "dittatura che si fonda sullo sfruttamento dell'emotività delle masse"». Il lettore di *Questione Giustizia*, cui oggi sono offerti i contributi dei costituzionalisti Gino Scaccia e Mario Volpi sulla riforma della legge elettorale in corso di approvazione, non dovrà compulsare i quotidiani nazionali per scoprire l'autore di queste parole. Naturalmente, a parlare è Max Weber (*La politica come professione*, ed. it. Mondadori, 2006, 50), e siano nel 1919.

Il parlamentarismo, insomma, non gode di buona salute da circa un secolo, e ogni qual volta si cerca di collocarlo nuovamente al centro ideale del disegno costituzionale repubblicano, vi sarà chi ne enumererà le ragioni di crisi e di inefficienza.

Profonde correnti sotterranee pulsano insieme per minare il convincimento che la politica nasca anzitutto dal confronto di chi rappresenta la Nazione nelle aule parlamentari, e viene scelto a tale scopo dal popolo sovrano. La crisi della dialettica, fulminata dallo scetticismo destrutturante della filosofia novecentesca, convince che il dialogo condotto grazie agli argomenti della razionalità non sia una via utile per formulare alcuna proposizione aletica condivisa. Lo sfarinamento dei valori unitari della Repubblica, perseguito attraverso una incessante guerriglia di confine ai danni della Costituzione, introduce nel flusso politico l'ermeneutica binaria dell'amico/nemico, che reclama giochi a somma zero, ove il vincitore incassa l'intera posta, annichilendo l'altrui ragione. E, per restare in tema, cogliamo l'inversione dei termini del discorso schmittiano sulla sovranità: si crea, spesso con consumati artifici, uno stato di eccezione permanente, proprio perché esso produca il sovrano cui affidare, con la spada di Brenno, la decisione ultima e salvatrice.

Non è facilmente negabile che la legge elettorale in corso di gestazione, con il suo formidabile premio di

maggioranza alla lista unica, le soglie di sbarramento per i partiti minori, il divieto di apparentamento in fase di ballottaggio, la designazione dei 100 capolista, perlomeno sia fecondata da questo *humus* culturale.

È però altrettanto incontestabile che una robusta ed autorevole corrente di pensiero ha, già ben prima delle miserie odierne, individuato nel Governo il «comitato direttivo della maggioranza parlamentare» (Mortati). Ciò può piacere, oppure no. Altra questione è domandarsi se siano state oltrepassate le colonne d'Ercole della Costituzione. Il pluralismo di quest'ultima, innestato su una forma di governo la più flessibile nell'adattarsi alla contingenza dei rapporti di forza tra i protagonisti del gioco politico, è capace di accogliere concezioni non sempre convergenti sulla funzione della scelta elettorale, e di conseguenza sul rapporto di equilibrio tra esigenze di governabilità ed istanze di rappresentatività.

Volpi non ha esitazioni nel denunciare la palese incostituzionalità della nuova normativa per plurimi aspetti: tra questi, la compressione della rappresentanza indotta da un premio di maggioranza eccessivamente generoso; l'elusione della volontà del corpo elettorale di non conferire il premio, determinata dalla fase del ballottaggio; l'introduzione di una soglia di sbarramento al 3%, che non si giustifica con uno scopo di governabilità, posto che esso è in ogni caso posto al sicuro dal meccanismo elettorale. Scaccia è più prudente, ma non meno severo nel segnalare punti di grave problematicità: il premio di maggioranza resiste al *test* matematico elaborato per "pesare" la diseguaglianza dei voti in uscita, in modo che essa non superi il grado massimamente tollerabile, ma l'effetto ulteriormente distorsivo introdotto attraverso la soglia di accesso alla ripartizione dei seggi rende precario anche questo approdo iniziale; il ballottaggio, inserendosi in un sistema politico altamente frammentato come l'attuale, rischia di avvantaggiare liste che hanno ottenuto al primo turno un consenso ben lontano dal 40%, in tal modo sviluppando all'ennesima potenza l'effetto di alterazione della rappresentatività; le pluricandidature dei capolista consentono

una opzione del tutto discrezionale tra un collegio e l'altro, e di conseguenza l'investitura diretta, da parte dei *leader* del partito, del candidato che otterrà in loro vece il seggio nel collegio cui i primi hanno rinunciato.

Sono temi di riflessione non eludibili, sui quali non ha certo importanza sapere come la pensa chi scrive.

È invece utile sottolineare che si tratta di rilievi che, prima della storica sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale, avrebbero saturato il dibattito sulle riviste giuridiche, e poco più. Oggi, invece, essi si offrono come una testa d'ariete per l'accesso "semi-incidentale" al giudice costituzionale. È vero che l'estensione del sindacato della Corte sulla legge elettorale fu favorita da circostanze contingenti del tutto peculiari, ma va escluso che il canale di ingresso, una volta aperto, possa venire nuovamente sbarrato. E, sotto questo profilo, vi è anche da interrogarsi circa l'opportunità di introdurre con legge di revisione costituzionale, come pare accadrà, una inedita forma di sindacato preventivo da parte della Corte. Non è solo che, in tal modo, viene inevitabilmente a scaricarsi su quest'ultima, nell'immediatezza, la virulenta tensione che può alimentarsi tra le forze politiche. Vi è anche il fatto che il giudizio preventivo inevitabilmente strozzerà la via incidentale, pregiudicando questioni che il giudice ordinario, su impulso delle parti, avrebbe forse con maggior efficacia saputo calibrare in chiave meramente tecnica, depurandole dalla *vis* polemica del confronto parlamentare. Ma, soprattutto, l'insegnamento che si può trarre dalla sentenza n. 1 del 2014 è che un certo tempo è necessario, per capire davvero se un qualche algoritmo elettorale tiene o cede di fronte alla Costituzione, a seconda dell'impatto che esso produce sulla vita del Paese e sulle sue articolazioni istituzionali.

La stessa famigerata legge n. 270 del 2005 non aveva suscitato diffusi dubbi di costituzionalità, fino a quando lo schema bipartitico della cd. seconda Repubblica non evolse verso la deflagrazione tripolare imposta dal movimento 5 Stelle, rendendo visibile sia l'effetto antidemocratico del premio di maggioranza, se privo della soglia minima di accesso, sia l'incapacità del meccanismo, pur a fronte di tale sacrificio, di garantire uno stabile assetto di governo, in ragione del bizzarro riparto su base regionale del premio al Senato.

E, allora, un giudizio ponderato sulla nuova legge elettorale non potrà prescindere da un apprezzamento sul medio periodo degli effetti che essa determina in concreto, in danno del *minimo* tasso di democraticità che l'ordinamento costituzionale deve comunque conservare, anche con riguardo al grado di rappresentatività degli organi elettivi. In questo senso, non vi è dubbio che gli spazi della rappresentanza politica stiano subendo una forte contrazione, sia, in prospettiva,

attraverso la riforma del Senato, sia, allo stato, in forza dell'idea che gli enti territoriali possano venire integralmente costituiti secondo elezioni indirette (si allude, ovviamente, alla riforma Delrio sulle Province), sia, infine, per mezzo della sistematica delegittimazione mediatica inflitta ai corpi intermedi della società civile. Su di un altro piano, ma parimenti imprescindibile, il rafforzamento della maggioranza di governo dovrebbe accompagnarsi ad un incremento dello statuto di garanzia delle minoranze parlamentari, e non, al contrario, all'indulgenza verso pratiche elusive del confronto (il bestiario politico sul punto è notoriamente ricco). Poter decidere, infatti, non significa poter non ascoltare, ché, anzi, la prima cosa dovrebbe presupporre la seconda. Né può trascurarsi la necessità di elevare i *quorum* richiesti per l'elezione degli organi di garanzia costituzionale, per i quali sarebbe esiziale l'attrazione verso logiche maggioritarie.

La costituzionalità della legge elettorale, insomma, è frutto di valutazioni di insieme.

Essa, per un certo verso, dipende anche da noi, o comunque dalla nostra capacità di coinvolgere e farsi coinvolgere in una vita pubblica partecipe, sfuggendo alle non rare sirene che cantano, all'opposto, la seduzione dell'apatia politica.

Perché il bilanciamento di una forte governabilità viene non solo dalle istituzioni, ma anche dall'attitudine critica della opinione pubblica, purché le sia offerto, anzitutto da una magistratura indipendente e da una stampa libera, lo spazio necessario per potersi dispiegare.

Pensando, ad esempio, al ballottaggio, la chiave del successo, per quanto ciò possa dispiacere ai cultori dell'elitismo, sta nella partecipazione democratica. Convince chi pensa che, in definitiva, l'elezione può divenire l'investitura non già di chi si reputa più affine, ma, piuttosto, di chi è meno lontano dalla sensibilità politica dell'elettore. Questo, in qualunque sistema elettorale non puramente proporzionale, è pressoché inevitabile. Ma, certamente, se l'elettorato dovesse disertare in massa l'eventuale secondo turno di voto, il problema posto da Scaccia in ordine agli effetti di sovrarappresentazione di un'iniziale minoranza che si muta in forte maggioranza, meriterebbe una risposta. Ancora una volta, si tratterà di vedere come l'elettore percepirà e reagirà alla nuova normativa.

A chi sia fautore di quest'ultima, perciò, non conviene insistere troppo sulle virtù della delega in bianco che il cittadino conferisce alla maggioranza di governo ad ogni turno elettorale, per poi ripiegare su una silente accettazione del verbo sovrano. È il caso, invece, di stimolare la partecipazione alla vita della comunità, attraverso *politiche inclusive* che non rendano intollerabile per gli elettori di minoranza la scelta di esprimere un voto in fase di ballottaggio, anche da parte di chi in prima battuta ha scelto, o avrebbe scelto, altro.

Un merito piace però riconoscere alla legge elettorale in corso di approvazione. Essa ci traghettava fuori dalla palude dei governi, più o meno dichiarati, di convivenza coatta tra partiti che pretendono di essere invece alternativi l'uno all'altro, ove la politica, che è anzitutto scelta di fini e selezione di interessi contrapposti, viene risucchiata via dal caldo abbraccio dell'unità nazionale, tanto comodo ad essere predicato, quanto fittizio per come viene praticato.

Chi ripone fiducia nel sistema elettorale proporzionale, privo di adeguati correttivi a vantaggio della governabilità, deve infatti a propria volta confrontarsi con la realtà di un sistema politico allo stato fram-

mentato, ove, tuttavia, uno dei soggetti protagonisti, il movimento 5 Stelle, non si mostra disposto a coalizzarsi, spianando la strada ad un'unica, inalterabile formula di governo.

L'auspicio di un ritorno alla politica, forse fallace dopo le molte delusioni, ma perlomeno pronunciabile, non è fattore di poco conto, quando si voglia prendere posizione su vizi e virtù della nuova legge elettorale. Ma, certo, le vie a tale scopo aperte sono più di una: se il Parlamento sapesse ascoltare le critiche correttive che anche, ma non solo, su questa *Rivista* vengono suggerite da autorevoli costituzionalisti, avremmo tutti da guadagnarci.

Italicum due: una legge elettorale abnorme

di Mauro Volpi

Il 27 gennaio 2015 il Senato ha approvato, con modifiche, il testo della legge elettorale, a sua volta approvato dalla Camera il 12 marzo 2014, meglio noto come *Italicum*. L'autore prende in esame il testo del Senato, cd. *Italicum due*, per evidenziarne le criticità con riferimento al metodo di presentazione e di discussione, ai profili di illegittimità costituzionale ed all'incompatibilità con la forma di governo parlamentare delineata dal nostro Costituente. Sotto quest'ultimo aspetto, l'Autore evidenzia il pericolo che la forma di governo possa essere surrettiziamente modificata da una legge ordinaria di riforma del sistema elettorale e non, invece, espressamente da una legge di revisione costituzionale.

Premessa

Il 27 gennaio 2015 il Senato ha approvato il testo della legge elettorale, meglio noto come *Italicum*, apportando alcune modificazioni a quello che era stato approvato dalla Camera il 12 marzo 2014¹. L'*Italicum due* ripropone un sistema elettorale teoricamente proporzionale per liste concorrenti, ma con correttivi talmente forti da trasformarlo in pratica in un maggioritario di lista². I correttivi più significativi rispetto al testo precedente sono i seguenti:

- la soglia necessaria per ottenere il premio di maggioranza al primo turno, pari a 340 seggi, cioè il 54% dell'intera Camera dei deputati, passa dal 37 al 40% dei voti;
- il premio viene attribuito alla lista che ottiene più voti (e non anche alla prima coalizione);
- se nessuna lista ottiene il 40% dei voti, si tiene un secondo turno di ballottaggio al quale possono accedere solo le due liste più votate e tra primo e

secondo turno è vietato qualsiasi apparentamento; il premio di 340 seggi va alla lista che ottiene più voti;

- la soglia di accesso perché una lista possa ottenere seggi non è più differenziata tra liste coalizzate e non, ma è unica ed è pari al 3% dei voti;
- i collegi plurinominali sono 100; i capilista sono bloccati e possono essere candidati in un numero massimo di dieci collegi, mentre gli altri candidati sono eletti con la doppia preferenza di genere (si può esprimere una sola preferenza, ma se se ne danno due, la seconda deve andare ad un candidato di sesso diverso rispetto al primo, pena l'annullamento della preferenza).

Il sistema elettorale approvato presenta varie criticità che lo rendono abnorme in sé e anomalo rispetto a quelli esistenti nelle altre democrazie. Tali criticità riguardano il metodo adottato per la presentazione e la discussione del disegno di

¹ Per una valutazione critica e argomentata dei sistemi elettorali adottati dal 1993 in poi vedi O. Massari, *Sistemi di partito, effetti dei sistemi elettorali dopo il 1993 e la riforma elettorale*, in M. Volpi (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 87 ss.

² Sul testo approvato dal Senato vedi A. Pertici, *La riforma della legge elettorale in corso di approvazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Osservatorio costituzionale, n. 1/2015.

legge, i vizi di legittimità costituzionale in esso riscontrabili, l'incompatibilità con la forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione.

1. Il metodo: tra accordo extraparlamentare e forzature antiparlamentari

È noto che il sistema elettorale di cui si parla è nato da un accordo extraparlamentare, il cd. "patto del Nazareno", stipulato il 18 gennaio 2014 tra Renzi, appena diventato segretario del Pd con il metodo delle primarie aperte a tutti gli elettori, non parlamentare e non ancora presidente del Consiglio, e Berlusconi, già dichiarato decaduto dalla carica di senatore per la condanna definitiva a quattro anni di reclusione. Se è naturale che su una legge ordinaria ma di rilievo costituzionale come quella elettorale si ricerchi la più ampia convergenza possibile, non è affatto normale che il *leader* del primo partito parlamentare concluda un accordo a due senza prima avere consultato il proprio partito né gli alleati di governo né gli altri partiti della opposizione. Era inevitabile che gli interessi elettorali dei due partiti contraenti e dei rispettivi *leader* finissero per essere decisivi e per prevalere sulla necessità di dare vita ad un sistema elettorale equilibrato, in grado di favorire la partecipazione popolare e che non suscitasse dubbi di legittimità costituzionale. Inoltre il testo dell'accordo, il cui contenuto non è stato mai reso noto, ma che si estendeva alla riforma costituzionale e forse anche ad altre questioni, è stato blindato alla Camera e anche gli emendamenti approvati al Senato sono stati solo quelli previamente concordati tra i due contraenti del patto.

Altro aspetto discutibile: il disegno di legge che recepiva l'accordo a due è stato presentato alle Camere non dai gruppi parlamentari, come sarebbe stato opportuno per una riforma sulla quale deve essere ricercato il più ampio consenso parlamentare, ma dal Governo (esattamente come quello di riforma della Costituzione). Inoltre l'*iter* parlamentare del DDL è stato costellato da frequenti forzature dei regolamenti parlamentari e dalla continua minaccia del presidente del Consiglio di ricorrere allo scioglimento anticipato delle Camere, come se questo fosse un suo potere sostanziale sull'esercizio del quale il presidente della Repubblica svolgerebbe un ruolo meramen-

te formale. La forzatura più evidente e contrastante con lo spirito della Costituzione si è avuta al Senato con l'approvazione dell'emendamento Esposito, che permetteva al testo di legge un articolo 01 il quale riassumeva i contenuti essenziali dell'intera legge. In questo modo venivano fatti decadere gran parte degli emendamenti presentati, inaugurando una procedura contrastante con l'art. 72 Cost., che impone la discussione e l'approvazione articolo per articolo, e mettendo ai voti un testo che non era un emendamento in quanto non modificava nessun articolo né aveva natura precettiva e quindi avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile. Si è dato vita così ad un precedente al quale potrebbe rifarsi in futuro ogni governo strangolando la dialettica parlamentare su un qualsiasi disegno di legge mediante la previa presentazione di uno pseudo-emendamento riassuntivo dei suoi contenuti. Insomma si è inaugurato di fatto una specie di "voto bloccato" all'italiana, non disciplinato nella Costituzione come in Francia (dove il Governo può imporre un solo voto sull'intero testo in discussione o su una sua parte con i soli emendamenti da esso proposti o accettati), che va ben al di là degli strumenti previsti nei regolamenti parlamentari al fine di superare l'ostruzionismo.

Altra questione di metodo, ma anche di merito: la riforma riguarda la sola Camera dei deputati e, in attesa della revisione costituzionale che dovrebbe rendere il Senato non più elettivo, la sua entrata in vigore è posposta al 1° luglio 2016. Quindi anziché far precedere la riforma del Senato a quella della legge elettorale, come sarebbe stato logico e corretto, si intende approvare la seconda nell'aspettativa di un evento incerto sia nell'*an* che nel *quando*, in quanto non può esservi certezza né sull'approvazione del DDL costituzionale né sui tempi, anche in considerazione della quasi certa sottoposizione del testo approvato a *referendum* popolare. Cosa accadrebbe se la riforma costituzionale non giungesse in porto o se, prima della sua approvazione finale, il presidente della Repubblica dovesse decretare lo scioglimento anticipato del Parlamento? Le due Camere verrebbero ad essere elette con due sistemi elettorali molto diversi e al Senato si applicherebbe il cd. *Consultellum*, cioè la normativa di risulta derivante dalla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale, e cioè un sistema proporzionale senza premio di maggioranza e senza liste bloccate (con la possibilità di esprimere una

³ Sui possibili vizi di incostituzionalità dell'*Italicum*, che valgono anche per il testo approvato al Senato, vedi G. Azzariti, *La riforma elettorale*, relazione al Seminario «I costituzionalisti e le riforme», Milano, 28 aprile 2014, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Rivista telematica, n. 2/2014.

⁴ Vedi in tal senso l'intervista del presidente emerito della Corte costituzionale Gaetano Silvestri, *Una legge incostituzionale serve una norma per il Senato*, in *la Repubblica*, 23 novembre 2014.

preferenza) e con il mantenimento di diverse soglie di sbarramento per l'accesso alla rappresentanza. Il risultato più che probabile sarebbe l'esistenza di due diverse maggioranze nelle due Camere. Diventa allora ancora più incomprensibile la forzatura dei tempi parlamentari, che pare essere stata dettata più da un intento mediatico-propagandistico che dall'effettiva urgenza di provvedere.

2. Profili di illegittimità costituzionale

A monte del dibattito sulla riforma elettorale vi è stata la citata sentenza n. 1 del 2014 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi sia il premio di maggioranza, tanto quello nazionale alla Camera, quanto quello attribuito regione per regione al Senato, sia le liste bloccate previste dalla legge n. 270 del 2005, il cd. *Porcellum*. Ora, l'*Italicum due* non risolve i problemi segnalati dalla Corte e presenta vari profili di possibile illegittimità costituzionale³.

Innanzitutto il premio di maggioranza risulta irragionevole, in quanto in assenza della riforma del Senato e, in caso di approvazione della riforma, con due sistemi elettorali diversi per le due Camere che votano entrambe la fiducia al Governo, non garantisce affatto la governabilità, che ne costituisce la *ratio* essenziale⁴. Questa è stata la motivazione con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali i premi di maggioranza regionali al Senato previsti dal *Porcellum*, in quanto non garantivano l'esistenza di una maggioranza o di una maggioranza corrispondente a quella della Camera e quindi frustravano la finalità precipua del premio di maggioranza. Lo stesso rilievo potrebbe essere rivolto al premio che si sta confezionando per la sola Camera.

In secondo luogo l'entità del premio di maggioranza non risponde al vincolo posto dalla Corte che l'obiettivo «di rilievo costituzionale» della stabilità di governo non comprima in modo eccessivo e sproporzionato «valori costituzionalmente protetti» come la funzione rappresentativa dell'assemblea e l'eguale diritto di voto. Infatti la previsione di una soglia minima di voti per accedere ad un premio, che attribuisce alla lista vincente ben più della metà dei seggi in palio, non toglie che al partito che arriva in testa, e quindi alla più forte minoranza, sia attribuito un premio che può arrivare fino al 15% dei seggi in palio (pari a più di un terzo dei voti di un partito che superasse di poco la soglia del 40%) e quindi vengano ad essere eccessivamente compresse la rappresentatività dell'assemblea e l'eguaglianza del voto. Basti pensare che l'enti-

tà del premio è analoga a quella proposta dalla legge n. 148 del 1953, che fu qualificata dalla opposizione come «legge truffa», ma questa era meno «truffaldina», in quanto attribuiva il 65% dei seggi alla Camera alle liste apparentate che raggiungessero il 50% più uno dei voti e non alla minoranza più forte e inoltre, se tale soglia non fosse stata raggiunta, il premio non sarebbe scattato, come avvenne nelle elezioni dello stesso anno, il cui esito determinò la successiva abrogazione della legge. Vi è da aggiungere che il premio di maggioranza è molto raro nelle democrazie, essendo utilizzato tra i Paesi di una certa dimensione solo in Grecia, dove comunque l'attribuzione di 50 seggi su 300 al partito arrivato in testa non gli garantisce il raggiungimento della maggioranza assoluta, come si è verificato nelle ultime due elezioni del Parlamento. Né si può sostenere che il premio italico corrisponderebbe a quello di fatto che il primo partito otterrebbe di regola nel Regno Unito o in Francia, ottenendo la maggioranza assoluta dei seggi con una maggioranza relativa dei voti⁵. Infatti in quei Paesi l'incremento dei seggi ottenuti dal partito più forte deriva dall'applicazione di una formula maggioritaria nell'ambito di collegi uninominali e non è la protesi artificiale attribuita a tavolino alla lista che arriva in testa nel quadro di un sistema formalmente proporzionale. Inoltre anche l'applicazione di una formula elettorale maggioritaria non garantisce con certezza che un partito ottenga la maggioranza assoluta dei seggi, come si è verificato nel Regno Unito nelle elezioni del 2010, in seguito alle quali il partito conservatore ha dovuto formare un governo di coalizione insieme al partito liberal-democratico.

L'illegittimità costituzionale è ancora più manifesta nell'ipotesi in cui nessuna lista ottenga il 40% dei voti, esito probabile stando ai sondaggi attuali, e quindi si tenga un secondo turno di ballottaggio tra le due liste più votate. Potrebbe infatti verificarsi che il premio sia vinto dal partito arrivato in testa con il 36/37% dei voti, ma non si può escludere che sia vinto da quello arrivato in seconda posizione, che al primo turno potrebbe avere ottenuto il 25% dei voti o anche meno. Non vale obiettare che al secondo turno la lista vincente conquisterebbe la maggioranza assoluta dei voti. Comunque il ricorso al turno di ballottaggio comporterebbe una patente violazione della volontà espressa al primo turno dalla larga maggioranza del corpo elettorale di non assegnare il premio a nessuna lista, la compressione della libertà degli elettori che al primo turno hanno votato per tutte le altre liste (e in particolare per una terza lista che potrebbe superare il 20% dei voti), la conseguente più che probabile

⁵ R. D'Alimonte, *Con il premio l'elettore sceglie chi governerà*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 gennaio 2014.

diminuzione dei partecipanti al voto. E infine non si può neppure escludere l'eventualità che la lista arrivata in testa al primo turno vinca al ballottaggio con un numero di voti non molto diverso da quello che non le ha consentito di conquistare subito il premio. Viene quindi violata la libertà del voto degli elettori, violazione aggravata dal fatto che tra primo e secondo turno le altre liste non possono apparentarsi con una delle due ammesse. Un sistema di questo tipo è meno distorsivo in un contesto politico nel quale vi sono due coalizioni che ottengono un'altissima percentuale del voto popolare, come si è verificato nelle elezioni del 2006 e del 2008, ma diventa abnorme e irragionevole in un contesto politico tripolare come quello emerso dalle elezioni del 2013. Inoltre il doppio turno di lista è un *unicum* nelle democrazie contemporanee. Esso non ha nulla a che vedere con il sistema maggioritario a doppio turno che si applica per l'elezione dei titolari di cariche monocratiche, come per i Sindaci in Italia o il presidente della Repubblica francese, o per l'elezione dei parlamentari in collegi uninominali, come per l'Assemblea nazionale in Francia. In questi casi il doppio turno è finalizzato a garantire l'ampia rappresentatività dell'eletto, che deve ottenere la maggioranza assoluta (e non il 40%) dei voti al primo turno. Inoltre in Francia al secondo turno delle elezioni parlamentari sono ammessi non solo i primi due candidati, ma tutti quelli che abbiano ottenuto all'incirca il 20% dei voti al primo turno. Quindi se questo sistema fosse recepito oggi in Italia, in quasi tutti i collegi uninominali si avrebbe una competizione non riservata ai primi due candidati ma triangolare. È altresì noto che tra il primo e il secondo turno sia per l'elezione dei Sindaci italiani sia per quella dei deputati francesi si svolgono trattative e vi sono accordi tra i candidati rimasti in lizza e gli altri, che rendono meno costrittivo il voto degli elettori dei candidati esclusi.

Altro profilo di dubbia legittimità è la previsione di liste semi-bloccate, nelle quali i capilista ricoprono automaticamente un seggio conquistato dalla lista, mentre gli altri seggi sono attribuiti ai candidati in base alle preferenze ottenute. Il presidente del Consiglio ha sostenuto che si tratterebbe di una specie di *Mattarellum*, che accoppierebbe il voto personale al singolo candidato di collegio con quello alle liste mediante l'espressione delle preferenze. Niente di più falso: nel sistema che precedeva il *Porcellum* i tre quarti dei seggi erano assegnati in collegi uninominali in ciascuno dei quali si eleggeva un solo parlamentare con sistema maggioritario a turno unico e a maggioranza relativa, mentre il quarto restante era distribuito con sistema proporzionale tra liste bloccate. Invece nella soluzione proposta non vi è alcun rapporto esclusivo tra eletto e collegio, in quanto nello stesso collegio possono essere eletti i capilista di di-

verse liste e anche altri candidati. Inoltre il capolista può presentarsi in dieci collegi e quindi la sua opzione per uno dei collegi in cui risulta eletto può manipolare la volontà degli elettori, consentendo l'elezione di candidati che hanno ottenuto una percentuale di preferenze rispetto ai votanti del collegio anche inferiore a quella del primo dei non eletti nel collegio prescelto dal capolista. Viene quindi ad essere pregiudicato il diritto degli elettori di scegliere liberamente i propri rappresentanti. Ma vi è anche una duplice violazione del principio di eguaglianza. In primo luogo vi è una irragionevole disparità tra candidati facenti parte di una stessa lista, il primo dei quali, gradito ai vertici del partito, non ha bisogno per essere eletto di alcun voto di preferenza a differenza di tutti gli altri. Qui non c'è alcun comune paragone con il discutibile "listino" che ha caratterizzato dal 2000 l'elezione dei consiglieri regionali nella maggioranza delle Regioni, e oggi fortunatamente in via di superamento, che consentiva ai candidati collocati in una lista collegata al candidato eletto Presidente di essere automaticamente eletti, costituendo un premio di maggioranza a favore della coalizione vincente. Ma in tale caso si aveva almeno il pudore di distinguere il listino dalle liste per le quali era previsto il voto di preferenza, pudore che manca del tutto nell'*Italicum due*, nel quale il capolista è un candidato "più eguale" degli altri collocati nella stessa lista. In secondo luogo vi è una discriminazione irragionevole a danno degli elettori, in quanto solo quelli che votano per la lista che otterrà il premio potranno incidere significativamente sulla scelta di un notevole numero di eletti (240 su 340), mentre quelli degli altri partiti avranno una possibilità di scelta nulla o quasi nulla. Vi è poi da aggiungere che l'*Italicum due* non favorisce affatto la conoscibilità degli eletti in quanto la ripartizione dei seggi avviene non nei collegi ma a livello nazionale e nell'eventuale secondo turno i candidati spariscono e si vota solo per il simbolo del partito (e di fatto per il suo *leader*).

L'ultimo profilo di illegittimità riguarda l'insostenibile coesistenza di un premio di maggioranza che assicura in ogni caso la governabilità e di una soglia di sbarramento per l'accesso alla rappresentanza, pur se ridotta al 3% dei suffragi. Infatti tale soglia può avere un senso come correttivo di un sistema proporzionale se serve a evitare una eccessiva frammentazione della rappresentanza che può rendere difficile la formazione del Governo o dare vita ad esecutivi eterogenei, ma si risolve in un'indebita compressione della volontà del corpo elettorale se alla lista che vince è garantita la certezza di formare da sola il Governo. Ne consegue che anche qui vi è una compressione irragionevole della volontà manifestata dagli elettori che abbiano attribuito a partiti minori un numero di voti pari al *quorum* naturale necessario per l'attribuzione di seggi.

3. Lo stravolgimento della forma di governo parlamentare

La virtù fondamentale attribuita all'*Italicum due* sta nella certezza che la sera stessa del voto si conosca il vincitore delle elezioni ed emerga il nuovo Governo. Ora tale esito non può essere assicurato, come si è visto, da nessuno dei sistemi elettorali, anche rigorosamente maggioritari, adottati nelle altre democrazie. Ciò costringe i suoi ideatori italiani a proporre il ricorso a meccanismi molto più distorsivi della volontà manifestata dal corpo elettorale e di dubbia democraticità. Ma come mai coloro che negli ultimi venti anni hanno teorizzato la necessità del maggioritario, considerato ontologicamente superiore a qualsiasi sistema proporzionale anche corretto, in quanto garanzia di governabilità, non propongono oggi l'adozione di una formula maggioritaria? La ragione sta nel fatto che nel contesto italiano nessun sistema maggioritario potrebbe di per sé garantire con certezza che un partito ottenga la maggioranza assoluta dei seggi in Parlamento. E quindi si opta per una formula proporzionale stravolta da premi abnormi e da un secondo turno anomalo. Ma, nel perseguire l'obiettivo del vincitore certo, l'*Italicum due* pecca di una congiunturalità che mal si addice ad un nuovo sistema elettorale che possa durare nel tempo. Non è un caso che gli emendamenti al testo originario dell'*Italicum* approvato dalla Camera siano stati successivi al risultato delle elezioni europee del 2014, nelle quali il Pd ha ottenuto il 40,8% dei voti (anche se nel quadro di una partecipazione popolare pari al 58% degli aventi diritto al voto). Di qui la scelta di innalzare la soglia necessaria per ottenere il premio dal 37 al 40% dei voti nonché quella di sopprimere il premio alla coalizione prevedendo solo quello alla più forte lista. Si tratta di un calcolo miope, che potrebbe in futuro essere smentito dalla evoluzione dei rapporti di forza elettorali e che è ritagliato sulle aspettative congiunturali del partito maggiore e del suo *leader*⁶. Ora, un metodo di questo tipo non può dare vita ad un sistema elettorale adeguato e durevole, ma al più ritenuto utile a vincere le prossime elezioni.

L'aspetto più preoccupante di un sistema che impone l'attribuzione di una maggioranza più che assoluta dei seggi ad un solo partito consiste nell'impatto sistemico che esso produrrebbe sul sistema istituzionale, determinando l'alta probabilità di uno stravolgimento della forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione. Tale esito viene apertamente rivendicato da chi sostiene che con l'adozione

dell'*Italicum due* verrebbe ad essere recepito a livello nazionale il presunto «modello italiano di governo»⁷, adottato a livello locale e regionale e fondato sulla elezione popolare della persona posta a capo del potere esecutivo, al quale viene garantita (con certezza nelle Regioni, con forte probabilità nei Comuni) una maggioranza assembleare determinata dal premio di maggioranza attribuito alla coalizione (o lista) collegata al candidato vincente. Qui si tratterebbe di valutare quanto sia auspicabile una forma di governo che, anche grazie allo scioglimento automatico dell'assemblea che si azzardi a votare la sfiducia al capo dell'esecutivo, si configura non come presidenziale, ma come presidenzialistica, in quanto fondata sul ridimensionamento del ruolo dell'organo assembleare e priva dei contrappesi che garantiscono l'equilibrio tra i poteri. E anche il giudizio, dato spesso per scontato, secondo il quale tale «modello» avrebbe garantito nelle Regioni la governabilità, dovrebbe essere rivisto alla luce del fatto che negli ultimi due anni in sette Regioni (Basilicata, Calabria, Emilia-Romagna, Lazio, Lombardia, Molise e Piemonte) si sono tenute elezioni anticipate derivanti per lo più da episodi di corruzione, da gravi irregolarità o dalla inefficienza degli esecutivi regionali che la forma di governo presidenzialista evidentemente non è stata in grado di evitare. Infine l'adozione di un modello di governo a livello locale non impone affatto che debba essere recepito a livello nazionale, data la diversità e l'importanza delle funzioni politiche che il Governo di uno Stato è chiamato a svolgere. Non è allora un caso se il modello fondato sull'elezione popolare del Primo ministro non è stato adottato in nessuna democrazia, con l'unica eccezione di Israele a partire dal 1996, dove non era previsto alcun meccanismo premiale che garantisse al Primo ministro una maggioranza parlamentare e il modello è stato abbandonato nel 2001.

L'aspetto più inaccettabile consiste nel fatto che il modello, che forse sarebbe più corretto definire «italico», verrebbe imposto a livello nazionale non da una legge di revisione costituzionale, ma dalla legge ordinaria di riforma del sistema elettorale. In tal senso è significativa la riproposizione della norma, già contenuta nel *Porcellum*, secondo la quale «i partiti o i gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica» (nuovo art. 14-bis del DPR n. 361 del 1957). Anche qui, come nel *Porcellum*, si sente il bisogno di precisare che restano ferme le preroga-

⁶ Di legge elettorale «ad partitum» ha parlato G. Pasquino, *L'Italicum 2 di Renzi & B. è incostituzionale*, intervista in *il sussidiario.net* 14 novembre 2014.

⁷ Cfr. R. D'Alimonte, *Con il premio alla lista governi più coesi*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 gennaio 2015.

tive del presidente della Repubblica sulla nomina dei componenti del Governo ex art. 92, c. 2, Cost. La precisazione è pleonastica, non potendo ovviamente una legge ordinaria violare una disposizione costituzionale, ma è rivelatrice della concezione secondo la quale il capo della forza politica (non più della coalizione) alla quale viene garantito il 54% dei seggi sarebbe di fatto eletto dal popolo. E tale concezione acquisterebbe maggiore forza nel turno di ballottaggio quando al voto popolare sono sottoposti solo i simboli dei due primi partiti e i loro rispettivi capi. In pratica la nomina del presidente del Consiglio da parte del capo dello Stato sarebbe a rime obbligate e la fiducia iniziale della Camera si trasformerebbe in uno stanco e inutile rito. Ma ciò equivarrebbe ad un accantonamento della forma di governo parlamentare, la cui essenza sta, come ha insegnato Leopoldo Elia, nel fatto che il titolare del potere esecutivo deriva dal Parlamento e non direttamente dal voto popolare⁸.

Il rischio di un cambiamento surrettizio della forma di governo parlamentare risulta con ancora maggiore evidenza se si collega la riforma elettorale al DDL costituzionale approvato in prima lettura dal Senato l'8 agosto 2014 e in dirittura di arrivo alla Camera. Il risultato complessivo che ne scaturisce sarebbe un bicameralismo, nel quale vi sarebbero una sola Camera politica (cosa di per sé condivisibile), e un Senato non più elettivo, con una composizione debole e priva di significativi poteri di controllo e di garanzia. Ma ciò che più conta è che, se venissero approvate le due riforme, nella Camera dei deputati il partito più forte, che rappresenterebbe una minoranza dei votanti, otterrebbe una maggioranza più che assoluta dei seggi e sarebbe in grado di imporre, anche per il peso numerico ridotto del Senato, l'elezione dei titolari di organi di garanzia (presidente della Repubblica, un terzo dei giudici costituzionali, un terzo dei membri laici del Csm, presidente della Camera), nonché l'approvazione dei disegni di legge governativi entro 60 giorni e con ogni probabilità anche delle leggi costituzionali⁹. Diventerebbe, quindi, determinante il ruolo del presidente del Consiglio plebiscitato di fatto dal popolo, in un contesto fortemente intriso di una cultura populistica, che in passato ha consentito al leader della coalizione di centro-destra risultata vincente di fregiarsi del titolo di «unto dal Signore» e recentemente al presidente del Consiglio in carica di affermare che, in virtù dell'esito delle primarie del Pd e del buon risultato

ottenuto nelle elezioni per il Parlamento europeo, il suo programma era voluto dai cittadini.

4. Esistono alternative?

Il quadro comparativo dei sistemi elettorali vigenti nelle più importanti democrazie offre più di una alternativa alla riforma elettorale prospettata. A patto che si voglia abbandonare l'idea sbagliata e perniciosa che occorra adottare un sistema "italico" del tutto peculiare e anomalo rispetto a quelli degli altri Paesi. Una scelta di questo tipo, tanto più se accompagnata all'imperativo che la sera delle elezioni vi sia un partito che ottenga la maggioranza assoluta dei seggi, non può che dare vita, come si è visto, ad un sistema ultramaggioritario, di dubbia costituzionalità e sicuramente antidemocratico. Le alternative migliori praticabili nel contesto italiano sono due. I sostenitori della necessità di ricorrere ad un sistema maggioritario potrebbero guardare al modello francese del doppio turno, opportunamente adeguato alla situazione italiana e con la previsione di un "diritto di tribuna", del quale da tempo si discute in Francia, tale da consentire a partiti di una certa consistenza di accedere alla rappresentanza. Quanti invece, come chi scrive, ritengono che la crisi italiana sia soprattutto una crisi di rappresentatività dovrebbero rifarsi al modello tedesco, che è di tipo proporzionale ma con una clausola di sbarramento del 5% e con l'attribuzione di metà dei seggi in collegi uninominali¹⁰. L'obiezione per cui con tale sistema in Italia nessun partito otterrebbe la maggioranza assoluta dei seggi è viziata *ab origine* dall'idea pericolosa che tale maggioranza debba essere imposta per legge. Inoltre proprio l'esperienza tedesca dimostra che la formazione di esecutivi di coalizione in una forma di governo parlamentare razionalizzata assicura la stabilità del Governo senza comprimere la rappresentatività del Parlamento. Quanto alla governabilità che l'*Italicum due* assicurerebbe, siamo sicuri che il premio al primo partito non stimoli la formazione di listoni compositi e, in caso di secondo turno, lo svolgimento di trattative e la conclusione di accordi sottobanco e quindi la formazione di governi fondati su un'ampia maggioranza, ma eterogenei e inefficienti? Quel che è accaduto negli ultimi venti anni non ha insegnato proprio nulla?

⁸ Cfr. L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XIX, 1970, p.642.

⁹ Naturalmente una legge costituzionale approvata con maggioranza assoluta ma inferiore ai due terzi dei componenti delle due Camere sarebbe sottoponibile al *referendum* ai sensi dell'art. 138, c. 2, Cost. Ma la maggioranza assoluta, comunque sufficiente per l'approvazione parlamentare non sarebbe più adeguata alla luce del premio attribuito dalla riforma elettorale e potrebbe consentire ad un solo partito, che avesse la maggioranza dei seggi anche al Senato, di approvare le modifiche della Costituzione a suo piacimento.

¹⁰ Per più ampi sviluppi vedi M. Volpi, *Riforma elettorale e rappresentanza*, in www.costituzionalismo.it, 10 settembre 2012.

La legge elettorale “*Italicum*” fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali

di Gino Scaccia

L'Autore affronta i problemi di costituzionalità che pone la legge elettorale in corso di approvazione. Sulla base di una formula matematica che vieta di attribuire ai voti conseguiti dalla lista vincente un peso in uscita più che doppio rispetto ai voti ottenuti dalle altre liste, conclude per la compatibilità con la Costituzione dell'attuale premio di maggioranza, ma avverte che il giudizio potrebbe mutare, ove si applichi la soglia di sbarramento del 3% ai fini dell'accesso alla Camera delle liste minori. Si aggiunge che una simile soglia pare di dubbia legittimità nell'ambito di un sistema elettorale che già assicura la governabilità grazie al premio di maggioranza.

L'Autore ritiene censurabile anche il meccanismo delle pluricandidature, nella parte in cui permette all'eletto di optare liberamente per un collegio o per un altro. Non mancano suggerimenti tecnici per adeguare il disegno di legge alla Costituzione, su taluni punti critici così evidenziati.

Prologo

Edificato attorno all'idea-slogan della rapidità nell'individuazione del vincitore delle elezioni («il governo la sera stessa delle elezioni»), l'*Italicum 2.0* rafforza la legittimazione di investitura del presidente del Consiglio attribuendo il premio di maggioranza alla lista (e non più solo alla coalizione), riduce la frammentazione politica con la previsione di soglie di sbarramento, indebolisce il potere negoziale dei piccoli partiti vietando l'apparentamento fra il primo e il secondo turno di voto (e quindi impedisce di valorizzare il peso marginale dei loro suffragi); favorisce la polarizzazione del sistema attorno a due *catch-all party*, se non a due *leader*. Al frazionismo e all'instabilità endemica che il parlamentarismo italiano ha sperimentato pur dopo la svolta maggioritaria del 1993 si tenta di porre rimedio con una legge elettorale che, messa a sistema con il superamento del bicameralismo perfetto e la perdita da parte del Senato del potere di fiducia, definisce un modello di «Governo parlamentare del primo Ministro» che modifica in modo non superficiale le logiche di funzionamento concreto della relazione Governo-Parla-

mento quale si è finora configurata nell'esperienza repubblicana.

Questo disegno politico, che traspare chiaramente dall'analisi del testo, è stato oggetto di valutazioni laudative o aspramente critiche, corrispondentemente alle diverse ricostruzioni eziologiche della crisi politica italiana e alle differenziate ipotesi di cura prospettate nel dibattito pubblico. E tuttavia, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014, la legge elettorale, un tempo terreno di dominio esclusivo della ragion politica, è stata attratta nell'orbita del controllo di legittimità costituzionale. Quale che sia giudizio sul fine politico perseguito dalla legge e sul sentiero di sviluppo della democrazia italiana da ciascuno considerato preferibile, è dunque preliminare a ogni discorso l'analisi tecnica circa la compatibilità delle soluzioni prescelte dal legislatore di riforma con la Costituzione e segnatamente con i principi che la Consulta ha posto nella sua fondamentale, storica pronuncia.

Scopo di queste brevi note è, per l'appunto, definire i limiti di ragionevolezza e proporzionalità desumibili dai *dicta* della Corte costituzionale in ordine ai tre assi portanti dell'*Italicum*, nella versione approvata dal Senato e ora all'esame della Camera dei deputati: il pre-

mio di maggioranza; le soglie di sbarramento; le modalità di espressione del voto, e specificamente i problemi applicativi connessi al voto di preferenza e al blocco dei capolista, alla possibilità di candidature plurime, ai congegni diretti a garantire l'equilibrio di genere.

1. Il premio di maggioranza e il principio di “non eccessiva distorsività” del voto

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 270 del 2005 nella parte in cui prevede l'assegnazione di un premio in termini di seggi alla lista o alla coalizione di liste che conseguono la maggioranza relativa dei voti (art. 83, comma 1, n. 5, e comma 2, del DPR n. 361 del 1957) senza fissare «una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio».

Per tenere immune la legge da vizi di legittimità costituzionale, il legislatore dovrà introdurre una soglia minima «ragionevole», in modo tale che i meccanismi di distorsione del voto – finalizzati al perseguimento di legittimi obiettivi di governabilità e stabilità politica – siano compatibili con l'esigenza, non meno forte sul piano costituzionale, di rappresentatività reale delle Assemblee parlamentari e del Governo che da esse scaturisce.

La Corte non ha ritenuto del tutto incostituzionale ogni e qualsivoglia premio “di maggioranza” – come

riteneva invece risalente una autorevole dottrina¹ – ma si è limitata a statuire che, per essere proporzionato rispetto al fine suo proprio di garantire la stabilità di governo, il premio non deve produrre effetti *eccessivamente distorsivi*. Non sono però stati precisati dalla Consulta strumenti e parametri di misurazione della “distorsione ragionevole del voto”, e ciò ne lascia impregiudicato il libero apprezzamento nei giudizi sulla legge elettorale che non solo non mancheranno, ma diventeranno sistematici a seguito della introduzione, nella legge di revisione costituzionale in discussione, di un'apposita forma di sindacato preventivo.

Con l'intento di offrire un paradigma di controllo meglio definito ed evitare che lo scrutinio sulla legge elettorale diventi la sede della massima sovraesposizione politica e insieme della più forte delegittimazione del giudice costituzionale, in altri, più analitici scritti², abbiamo elaborato una regola di giudizio dotata di caratteri di matematica oggettività, pur non sfuggendoci la difficoltà di ridurre a regola matematica la ragionevolezza, il più antimatematico dei *test* di giudizio. La regola è stata ricavata partendo dal principio di eguaglianza del voto, che, secondo opinione prevalente³ e consolidata tradizione giurisprudenziale⁴, richiede che ciascun voto contribuisca potenzialmente in modo uguale alla formazione degli organi elettivi, escludendosi dunque il voto multiplo e il voto plurimo (cd. eguaglianza “in entrata”), e non già che esso abbia un identico peso sul risultato concreto della votazione (eguaglianza “in uscita”)⁵. Muovendo da

¹ C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 849 ss. considerava costituzionalmente legittimi solo premi che rispondono «all'unico scopo pratico di dare alla maggioranza reale una certa stabilità, impedendo che, per circostanze casuali, essa cessi di esser tale»; “premi di governabilità”, dunque, non premi “di maggioranza” in senso stretto, che – diversamente da questi ultimi – convertono una minoranza numerica in una maggioranza politica. Sui due tipi di premio cfr. B. Caravita - M. Luciani, *Oltre la «democrazia bloccata»*. Ipotesi sui meccanismi elettorali, in *Democrazia e diritto*, 6/1982, 91 ss.

² G. Scaccia, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in <http://www.confrontocostituzionali.eu/?p=954>; G. Lodato, S. Pajno, G. Scaccia, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1/2014*, in www.federalismi.it, fasc. n. 9 del 2014

³ Si vedano, ad es., L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965; B. Caravita - M. Luciani, *Oltre la «democrazia bloccata»*, cit., 91 ss.; T. Martines, *Art. 56-58*, in *Commentario della Costituzione*, in Giuseppe Branca (a cura di), Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1984, 43 ss. e M. Luciani, *Il voto e la democrazia*, Roma, Editori Riuniti, 1991.

⁴ Cfr. sentt. nn. 43 del 1961, par. 2 del *Considerato in diritto*; 6 del 1963, par. 2 del *Considerato in diritto*; 60 del 1963; 429 del 1995, par. 2 del *Considerato in diritto*; 107 del 1996, par. 2.1. del *Considerato in diritto*; 15 del 2008, par. 6.2 del *Considerato in diritto*; ord. n. 160 del 1996: sul punto, tra gli altri, si veda E. Grosso, *Art. 48*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet giuridica-Wolter Kluwer Italia Giuridica, Milano, 961 ss., 2006.

⁵ Può considerarsi ormai superata la famosa ricostruzione di C. Lavagna, *Il sistema elettorale*, cit., secondo la quale il principio di eguaglianza del voto, messo a sistema con il principio di unità della rappresentanza politica nazionale, del concorso dei partiti alla determinazione di questa con metodo democratico e dello stesso principio di eguaglianza sostanziale, renderebbe costituzionalmente imposta l'adozione di un sistema elettorale «proporzionale puro», e legittimi soltanto limitatissimi «correttivi». La tesi per cui il principio di eguaglianza degli elettori impedirebbe a livello costituzionale l'adozione di formule elettorali maggioritarie era già stata argomentata da G. Ambrosini, *Sistemi elettorali*, Sansoni, Firenze, 1945 e in seguito è stata ripresa da G. Ferrara, *Alcune considerazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1965, 269 ss., che la ricava però dall'art. 49 Cost. e dal principio dell'uguale concorso dei partiti alla determinazione della politica nazionale. Più recentemente, sul significato dell'eguaglianza del voto “in uscita”, può vedersi P. Pinna, *Il premio di maggioranza inutile e incostituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, 471 ss.

questo principio, abbiamo formulato l'ipotesi che non possono essere ritenuti costituzionalmente legittimi meccanismi distorsivi che determinano l'effetto di conferire ai voti espressi a favore della coalizione vincente una *valenza* "in uscita" più che doppia rispetto alla *valenza* dei voti residui, cioè di quelli che confluiscono sulle altre liste o coalizioni.

Il voto espresso dall'elettore in favore della coalizione vincente varrebbe infatti più del doppio rispetto al voto espresso in favore delle liste risultate sconfitte; e ciò ferirebbe in modo eccessivo il principio di eguaglianza, il quale richiede che «ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi»⁶. Per meglio chiarire il nostro pensiero: quando la Corte costituzionale afferma che gli effetti del premio non possono distorcere "eccessivamente" l'esito del voto, ciò vuol dire che i risultati in termini di seggi ottenuti devono comunque dipendere *più dal numero di voti ottenuti che dal premio*. E ciò implica, in termini matematici, che il rapporto tra la *valenza individuale* del voto espresso in favore di chi consegue il premio e quello espresso in favore di chi non lo consegue si mantenga sempre e comunque inferiore a 2. Se così non fosse, infatti, il numero di seggi conseguito dalla lista vincitrice del premio verrebbe a dipendere *più dal premio che non dai voti ottenuti* e questo sarebbe segno di una eccessiva distorsione.

L'art. 1 lett. f) dell'*Italicum* prevede l'attribuzione di 340 seggi (equivalenti al 55% del totale dei 618 seggi, cui si aggiungono i 12 riservati alla Circoscrizione estero) alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi o, in mancanza, a quella che prevale in un turno di ballottaggio tra le due con il maggior numero di voti, esclusa ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione. Il premio del 15% scatta, in breve, al conseguimento del 40% dei voti validi di lista su base nazionale.

Se applichiamo la regola sopra enunciata, che fu formulata in una fase politica in cui la soglia di accesso al premio era collocata al 35%, ne risulta che il premio di maggioranza previsto nell'attuale versione dell'*Italicum* non altera in modo eccessivo il principio di eguaglianza del voto. I voti per la lista vincitrice, infatti, contano 1,375 (il 40% dei voti si traduce nel 55% dei seggi), mentre il voto per le altre liste conta 0,75 (il 60% dei voti esprime il 45% dei seggi), e la proporzione fra 0,75 e 1,375 è pari a 1,8. Inferiore, dunque, al valore limite, da noi fissato in 2. Ai limiti della illegittimità costituzionale si collocherebbe invece, sempre in applicazione del medesimo criterio, la legge elettorale greca, comunemente considerata

"ipermaggioritaria", la quale assegna alla lista che ottiene il 39% dei voti ulteriori cinquanta seggi (sui trecento complessivi), e pertanto attribuisce un premio di maggioranza del 16,6%. In questo caso, infatti, il coefficiente di distorsione è pari a 1,94.

Per fornire un'ulteriore esemplificazione, si consideri che mentre nelle ultime elezioni politiche celebrate nel vigore del *Porcellum* il coefficiente di sovrarappresentazione del voto per il partito vincitore è stato superiore all'89% (il Pd, con il 29% circa dei voti ha ottenuto il 55% dei seggi) nel modello in discorso questo coefficiente è pari al 37,5%. Esso è dunque, notevolmente meno distorsivo del meccanismo giudicato dalla Corte illegittimo. Un motivo in più per ritenere che la soglia di accesso del 40% e la previsione di un premio di maggioranza pari al 15% non dovrebbero essere considerate eccessivamente distorsive in un eventuale giudizio costituzionale.

Considerazioni analoghe valgono per il turno di ballottaggio. In questo secondo turno di votazione, la logica della scelta popolare è diversa da quella che ispira il primo turno. In prima battuta si vota per il partito o il movimento che offre all'elettore il più elevato grado di identificazione politica e culturale. Nel ballottaggio, ridotta ormai la competizione a due liste o coalizioni, la scelta è necessariamente di *second best*: l'opzione preminente è qui per la governabilità, piuttosto che per la rappresentanza. L'effetto distorsivo del primo turno sembrerebbe dunque essere corretto nel turno di ballottaggio, nel quale vengono votate le due coalizioni che hanno ottenuto al primo turno il maggior numero di voti pur senza aver raggiunto la soglia per far scattare il premio. In questo caso la maggioranza dei voti si traduce in una maggioranza di seggi non in virtù di un artificio matematico introdotto dalla legge, ma come conseguenza diretta di una scelta degli elettori, seppure "coartata" dalla limitazione dei soggetti votabili. La maggioranza dei voti genera una maggioranza di seggi. Occorre tuttavia considerare che in un quadro molto frammentato, tripolare o addirittura quadripolare, visto il crescente successo della Lega, è realistica l'ipotesi che una forza politica acceda al ballottaggio con un consenso anche di molto inferiore al 25% e poi prevalga, vedendo più che raddoppiati i voti conseguiti nel primo turno. Si riprodurrebbe in tal modo, seppure al secondo turno, un effetto distorsivo analogo a quello che è stato già dalla Corte censurato nella legge 270 del 2005. Sotto questo profilo, la legge elettorale in esame non segna una netta discontinuità rispetto a quella che va a sostituire, costituendone semmai una filiazione. Non incorre, infatti, nei vizi che la Corte aveva imputato al *Porcellum*, ponendo una soglia e un premio di mag-

⁶ Corte cost., sent. n. 1/2014, punto 3.1. *Considerato in diritto*.

gioranza ragionevoli (o meglio non irragionevoli), ma neppure impedisce che, al turno di ballottaggio, l'istanza di governabilità, che giustifica la riduzione della scelta degli elettori all'opzione fra le due liste meglio piazzate al primo turno, prevalga senza alcun predefinito limite, e quindi in modo potenzialmente eccessivo e sproporzionato, sull'esigenza di rappresentatività reale della Camera. E ciò in un contesto nel quale il Senato si avvia ad essere un collegio eletto in secondo grado e quindi rende più forte l'esigenza che l'unica Camera che dà la fiducia sia autenticamente rappresentativa del popolo italiano.

Un simile effetto distorsivo – che, come si è detto, potrebbe non essere censurato dalla Corte ove ragionasse sulla radicale diversità della logica che ispira la scelta degli elettori nel primo e nel secondo turno – poteva comunque essere evitato prevedendo, per l'accesso al turno di ballottaggio, una percentuale minima di consensi rispetto al totale degli aventi diritto al voto (cioè degli elettori e non solo di coloro che prendono parte alle elezioni). In caso di mancato raggiungimento della percentuale minima, non si sarebbe fatto ricorso al ballottaggio, il premio di maggioranza non sarebbe stato attribuito ed i seggi sarebbero stati ripartiti in modo proporzionale. La forte diminuzione della partecipazione al voto cui abbiamo assistito – da ultimo nelle elezioni regionali emiliane – avrebbero consigliato, anche in termini politici e non solo al fine di scongiurare rischi di illegittimità costituzionale, questa diversa soluzione, volta a garantire un livello ragionevole di effettiva rappresentatività delle Camere e, mediamente, del Governo che esse sostengono⁷.

2. Le soglie di sbarramento

Dopo aver previsto che i seggi sono attribuiti su base nazionale con il metodo dei quozienti interi e dei più alti resti, l'*Italicum* stabilisce che «accedono alla ripartizione dei seggi le liste che ottengono, su base nazionale, almeno il 3 per cento dei voti validi», salve le disposizioni particolari dettate per la Valle d'Aosta e per il Trentino-Alto Adige (art. 1, comma 1, lett. d ed e). La soglia viene calcolata a livello nazionale, sul numero dei voti validi.

Il problema della loro legittimità costituzionale va affrontato secondo un'analisi a due livelli. In prima battuta va misurata la compatibilità delle soglie

di sbarramento in sé e per sé considerate con il principio di “non eccessiva distorsività” elaborato dalla Corte costituzionale. In caso di positivo superamento del primo riscontro, l'effetto distorsivo delle soglie va esaminato alla luce della loro combinazione con il premio di maggioranza, a sua volta fonte di una distorsione del voto.

In linea di principio, ogni sbarramento nell'accesso alla ripartizione dei seggi è contrario al principio di eguaglianza del voto, perché, in contrasto con la logica democratica, nega ogni valore (dà valore pari a o) ad alcuni voti. D'altro canto, soglie di sbarramento “implicite” operano in diverso grado in tutti i sistemi elettorali, che non riescono mai a garantire la trasposizione perfetta e integrale di tutte le preferenze in seggi. Anche in presenza di formule perfettamente proporzionali, vi sono sempre alcuni voti “sprecati”.

Quando lo sbarramento è non l'effetto naturale del modello matematico prescelto per l'assegnazione dei seggi, ma il frutto di una consapevole scelta politica (di una clausola espressa), esso risponde all'esigenza di indurre negli attori politici comportamenti strategici atti a favorire processi di aggregazione e di semplificazione dell'offerta politica. Nelle elezioni delle Assemblee rappresentative di una democrazia parlamentare, in particolare, le soglie di sbarramento riducono la frammentazione delle forze politiche ed agevolano la formazione di maggioranze. Sono dunque un correttivo pro-governabilità all'applicazione più esigente del principio democratico. Quando invece il Parlamento non è legato al Governo da una relazione fiduciaria, meccanismi di blocco nell'accesso alla rappresentanza sono meno giustificabili in termini costituzionali. Si spiega in questa chiave perché il Tribunale costituzionale federale tedesco ha considerato compatibile con il principio di eguaglianza del voto la soglia di sbarramento del 5% quando riferita alle elezioni per il Bundestag⁸, che accorda e revoca la fiducia al Governo del Kanzler, mentre ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della identica clausola del 5% nelle elezioni per il Parlamento europeo, nelle quali l'esigenza di massima rappresentatività dell'Assemblea è preminente su ogni altra considerazione di semplificazione del quadro politico, perché il Parlamento europeo, pur nell'attuale assetto evolutivo del sistema di governo dell'Unione, non può ancora dirsi con gli organi dell'Esecutivo europeo in relazione funzionale analoga a quella di un modello parlamentare, visto che non forma né sostiene con la fiducia il “Governo” dell'Unione⁹.

⁷ Soluzione accolta ad esempio in Francia, dove per l'elezione è necessaria la concomitante presenza di due condizioni: maggioranza assoluta e conseguimento di una percentuale di voti pari almeno al 25% degli aventi diritto al voto, cioè degli elettori iscritti.

⁸ BVerfG, decisione del 5.4.1952 – BVerfGE 1, 248

⁹ BVerfG, decisione del 9.11.2011 – BVerfG 2BvC 4/10.

Poste queste premesse generali, è assai difficile derivarne un attendibile “test di ragionevolezza” delle clausole di sbarramento. Il limite dello sbarramento ragionevole va definito, come per il premio di maggioranza, nel bilanciamento fra il principio di rappresentatività dei corpi elettivi e le esigenze di stabilità del Governo e di efficienza del processo decisionale. A tale riguardo utili riferimenti provengono dalla comparazione. È significativo, infatti, che quasi tutti i sistemi elettorali proporzionali delle democrazie occidentali prevedono una soglia di sbarramento collocata fra il 3 e il 5%, talvolta applicandola a livello di circoscrizione (Germania, Spagna, Belgio, Bulgaria), talaltra a livello nazionale (Polonia, Repubblica ceca, Ungheria, Lettonia)¹⁰. Fra i Paesi del Consiglio d’Europa, inoltre, solo Liechtenstein (8%), Russia e Georgia (7%), hanno soglie superiori al 5%. Va infine considerato che l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, nella risoluzione del 18 aprile 2007, ha affermato che nelle elezioni politiche di democrazie consolidate non dovrebbero essere applicate soglie di sbarramento superiori al 3%, pur riconoscendo l’ampio spazio di discrezionalità del quale gode in materia il legislatore; e che la stessa Corte di Strasburgo, pur riconoscendo che la soglia di sbarramento del 10% prevista dalla legge elettorale turca non contrasta con il diritto del popolo alla scelta del corpo legislativo (art. 3 del Protocollo n. 1 CEDU), ha considerato tale soglia «eccessiva» da un punto di vista generale¹¹. In considerazione di questi dati, la soglia di sbarramento dell’*Italicum*, fissata nel 3% dei voti validi a livello nazionale, non sembra bloccare l’accesso alla rappresentanza parlamentare in modo irragionevole o sproporzionato.

La conclusione muta, tuttavia, di segno se si considera la soglia nella sua combinazione con il premio di maggioranza. In questo caso vi è un effetto moltiplicatore della distorsione del voto. Nell’*Italicum*, in effetti, l’istanza di governabilità – che potrebbe giustificare soglie di sbarramento – è già assicurata grazie al premio, che converte in maggioranza parlamentare una minoranza politica. Un’ulteriore strozzatura della rappresentanza potrebbe non essere costituzionalmente giustificata, specie se si considera che la riforma costituzionale *in itinere* affida la formazione del Senato a elezioni di secondo grado. Ciò rafforza, infatti, in chiave sistematica, l’esigenza che l’unica Camera autenticamente rappresentativa del popolo italiano veda dispiegarsi al suo interno il più largo pluralismo politico. In questa luce prospettica, l’effetto congiunto del premio e delle soglie pone dubbi di conformità al principio di proporzionalità – che

la Corte costituzionale ha elevato a metro di giudizio della legge elettorale – visto che lo sbarramento rappresenta un mezzo *non strettamente necessario* al fine della maggiore governabilità. E come è noto, il principio di proporzionalità, come declinato dalla giurisprudenza costituzionale, nel solco di quella amministrativa, euro-unitaria e convenzionale, impone di impiegare il “mezzo più lieve” fra quelli astrattamente idonei al raggiungimento di un obiettivo di interesse pubblico.

Sul diverso piano dell’opportunità politica, andrebbe inoltre considerato che la presenza di soglie riduce la partecipazione al voto, tenendo lontani dalle urne simpatizzanti di partiti che non hanno *chance* di superarla, e incoraggia il ricorso al fenomeno truffaldino delle liste-civetta, presentate a bella posta per far raggiungere il premio di maggioranza alla coalizione di cui sono parte senza però concorrere al riparto dei seggi, perché ideate proprio per restare “sottosoglia”. E quanto maggiori sono i voti sottosoglia, che concorrono al conseguimento del premio, ma non si traducono in seggi parlamentari, tanto maggiore è l’effetto distorsivo prodotto dal premio di maggioranza.

Le osservazioni svolte sulla irragionevole congiunzione dell’effetto distorsivo di premio e soglie potrebbero peraltro essere rovesciate cambiando angolo visuale. Si potrebbe ad esempio replicare ai ragionamenti poco sopra sviluppati che la nuova versione dell’*Italicum* riduce e anzi azzerà il numero dei voti sprecati nell’ipotesi in cui il premio – come ora è possibile – sia conquistato da una lista. In questo caso, per definizione, non vi sono liste sottosoglia e perciò l’effetto distorsivo sul voto è meno forte di quello prodotto dalla versione precedente della legge elettorale, che assegnava il premio alla coalizione. Sempre in una linea di argomentazione “a difesa” delle soglie si potrebbe inoltre rilevare che la polverizzazione della rappresentanza politico-parlamentare – effetto inevitabile dell’assenza di ogni sbarramento – rafforza la posizione egemonica del Governo, che dispone di una maggioranza matematicamente garantita e che si troverebbe dinanzi un caleidoscopio disomogeneo di forze (*divide et impera*). Le soglie, da questa diversa angolazione, sarebbero dirette a ridurre la frammentazione del fronte delle opposizioni e quindi attenuerebbero, anziché potenziare, i disequilibri prodotti dal premio di maggioranza.

Quanto basta per rendere evidente come il controllo di legittimità costituzionale della legge elettorale imperniato sul principio di proporzionalità, lungi dall’essere scandito da ferree argomentazioni giuridiche, richieda valutazioni prognostiche e apprezza-

¹⁰ Non prevedono alcuna soglia Finlandia, Lussemburgo, Portogallo e Svizzera.

¹¹ Corte EDU 8 luglio 2008, *Yumak e Sadak c. Turchia*.

menti del contesto politico altamente opinabili e fatalmente intrise di politicità.

3. Le modalità di espressione del voto

3.1. Il voto di preferenza e i capolista bloccati

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del meccanismo di voto per liste bloccate nella parte in cui non prevede la possibilità di espressione di almeno un voto di preferenza. Un tale dispositivo si è reso necessario perché il giudice costituzionale non poteva sottrarsi all'obbligo di lasciare in vita una normativa elettorale immediatamente operante¹² e l'introduzione della preferenza era l'unico possibile intervento additivo sulla norma annullata, non essendo praticabile con sentenza un "accorciamento" delle liste bloccate. Ciò vuol dire che la sentenza n. 1 del 2014 non ha definito il voto di preferenza come scelta costituzionalmente obbligata per ogni futuro meccanismo elettorale¹³; non ha vietato le liste bloccate, neppure quando esse rappresentino l'unico ed esclusivo criterio di espressione del voto e piuttosto ha incentrato la sua motivazione sull'argomento che liste lunghe, composte di «numerosi candidati» impediscono agli elettori di conoscerli e valutarli, quindi di sceglierli con piena consapevolezza. È questo presunto difetto di conoscibilità del candidato che vizia di incostituzionalità le liste bloccate.

Messa da parte la plausibilità logica e giuridica dell'appello a un indice di invincibile ambiguità qual è la "conoscibilità" dei candidati, nel dibattito che è seguito alla pronuncia della Corte la dottrina si è interrogata sulla lunghezza tollerabile delle liste, giungendo a conclusioni applicative tutte egualmente argomentabili, eppure tutte egualmente connotate da un elevato soggettivismo, come spesso accade quando l'interprete cavalca le praterie del giudizio di ragionevolezza.

Fortunatamente, l'*Italicum* ha rinunciato al meccanismo delle liste interamente bloccate, limitando il blocco ai capolista dei 100 collegi plurinominali nei quali si articolano le 20 circoscrizioni elettorali. A detti collegi è assegnato un numero di seggi non inferiore a 3 e non superiore a 9 (art. 2, comma 3), e in essi «sono proclamati eletti, fino a concorrenza dei seggi che spettano a ciascuna lista in ogni circoscrizione, dapprima i capolista nei collegi, quindi i candidati

che hanno ottenuto il maggior numero di preferenze» (art. 1, comma 1, lett. g). Si è così strutturato un sistema misto di voto: il blocco opera per i soli capolista, mentre i restanti candidati sono fra loro graduati secondo l'ordine delle rispettive preferenze.

In astratto, meccanismi di blocco, che sacrificano la scelta personale e diretta dell'elettore, potrebbero essere impiegati non solo per assicurare un seggio parlamentare a *seniores* e capi-bastone del partito, ma anche a personalità della cultura, dell'Accademia, delle professioni, che hanno poca dimestichezza con la *politique politicienne* e con le tecniche di captazione del consenso, ma possono portare in Parlamento il loro elevato contributo di professionalità. Non è detto, dunque, che la designazione non integrale dei membri delle Camere sia un male in sé. In sede di analisi costituzionale, occorre chiedersi però se questo blocco determini un'eccessiva sproporzione fra designazione diretta da parte degli elettori e designazione indiretta ad opera dei partiti. Fissare una ragionevole distribuzione fra voti bloccati e preferenze è molto difficile. Il riferimento più immediato, sul piano interno, è costituito dalla legge Mattarella, che limitava al 25% la percentuale dei seggi assegnati su base proporzionale in listini bloccati, mentre il restante 75% era distribuito in sede di collegi uninominali. In ambito comparato, e rimanendo nell'ambito delle leggi elettorali politiche, un riferimento utile è costituito dalla Germania, che assegna il 50% dei seggi con il meccanismo della lista bloccata; il restante in collegi uninominali. E questo sembra in effetti a chi scrive il bilanciamento più equilibrato fra "nomina" dei partiti e scelta degli elettori. Si tratta tuttavia di una mera preferenza individuale, non di una regola desumibile con apprezzabile certezza dalla normativa costituzionale. E se è vero che sulla base delle proiezioni ottenute in base agli attuali sondaggi di voto, con l'*Italicum* circa il 60% dei seggi sarebbe attribuito a eletti non scelti dai cittadini, è pure ragionevole preconizzare che sul punto il controllo della Corte sarà molto prudente, ispirato alla massima deferenza nei confronti delle scelte legislative (nel senso proprio del *deferential review* praticato dalla Corte suprema degli Stati Uniti).

Un problema fattuale, semmai, può emergere in sede di applicazione della legge al particolare contesto politico presente, che vede il Pd gratificato da un indice di consenso oscillante fra il 35 e il 40% e le tre principali forze politiche (M5S, FI e Lega) con consensi compresi fra il 15% e il 20% circa. In questo scenario,

¹² Sul carattere costituzionalmente necessario della normativa elettorale si vedano, *ex multis*, Corte cost., sentenze nn. 15 e 16/2008, 13/1999, 26/1997; 32/1993; 47/1991 e 29/1987.

¹³ Se lo avesse fatto, del resto, avrebbe gettato l'ombra dell'illegittimità sulla legislazione elettorale della maggioranza delle democrazie consolidate, che non contempla voti di preferenza.

è tutt'altro che inverosimile che il partito maggiore, acquisito il premio di maggioranza in prima battuta o comunque al ballottaggio, e conquistati perciò 340 seggi, sia l'unica forza ad esprimere candidati eletti con il sistema delle preferenze e non "bloccati". Tutti gli altri partiti, almeno a stare alle indicazioni di voto registrate dagli istituti demoscopici nelle ultime settimane, dovrebbero conquistare un numero di seggi inferiore (o al massimo lievemente superiore) a 100, cioè al numero dei propri capolista. La loro rappresentanza parlamentare, in questa evenienza, sarebbe interamente costituita da "nominati". È dubbio che questo inconveniente di fatto, derivante dalla contingente articolazione quadripartitica del sistema politico, possa essere valutato in sede di giudizio costituzionale come vizio della legge. Pare invece lampante che la possibilità di "nominare" tutti i propri parlamentari rafforza il controllo dei *leader* sui rispettivi partiti; e spiega forse l'interesse, solo in apparenza suicida, di Berlusconi, a concedere a Renzi un premio di lista che allo stato attuale non è conseguibile in alcun modo dal partito azzurro e sembra consegnare una facile vittoria al Pd. Grazie al blocco dei capolista, infatti, il *leader* di Forza Italia potrebbe designare tutti i suoi parlamentari, rintuzzando dall'alto i tentativi di scalata che lacerano il suo partito. Un obiettivo non trascurabile, in un momento di emorragia di consensi, nel quale l'esigenza primaria per il partito berlusconiano è quella della riprogrammazione strategica, se non della vera e propria rifondazione.

3.2. Le pluricandidature

Il testo di legge in esame prevede che «nessuno può essere candidato in più collegi, neppure di altra circoscrizione, salvo i capolista nel limite di dieci collegi» (art. 2, comma 11, che sostituisce l'articolo 19, comma 1, del DPR n. 361 del 1957). Nessun vincolo direttivo è posto alla facoltà del plurieletto di optare per uno dei seggi parlamentari conquistati. E proprio l'assenza di ogni limite oggettivo induce a dubitare della compatibilità del meccanismo delle candidature plurime con la logica dell'indicazione personale dell'eletto da parte dell'elettore. Il voto espresso dall'elettore è infatti in questo caso affidato, nella sua effettività, alla decisione soggettiva, potenzialmente capricciosa e tuttavia insindacabile del candidato "plurieletto", che diventa così titolare di un potere improprio di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale, sottraendo questa scelta ai cittadini. Diversa sarebbe stata la valutazione di compatibilità con il principio di personalità del voto se si fosse previsto un automatismo legale, ad esempio assegnando al plurieletto il seggio nel collegio in cui ha ottenuto la percentuale più alta di suffragi, così da riferire la scelta all'elettorato e non a una sua soggettiva preferenza.

3.3. Il riequilibrio fra i sessi

Al riequilibrio fra i sessi nella rappresentanza l'*Italicum* concorre prevedendo: a) che nel complesso delle candidature circoscrizionali di ciascuna lista, a pena di inammissibilità della lista medesima, nessuno dei due sessi possa essere rappresentato in misura superiore al 50 per cento e che i candidati siano «collocati in lista secondo un ordine alternato di genere»; b) che fra i candidati capolista nei collegi di ciascuna delle 20 circoscrizioni elettorali in cui è suddiviso il territorio italiano non vi siano più del 60% di candidati dello stesso sesso (art. 1, comma 1, lett. b e 2, comma 10, che sostituisce l'articolo 18-bis del DPR n. 361 del 1957); c) che l'elettore possa esprimere al massimo due preferenze, ma che in tal caso, a pena di nullità della seconda preferenza, debba votare per candidati di sesso diverso, tra quelli che non sono capolista (art. 1, comma 1, lett. b e art. 2, comma 4, che sostituisce l'articolo 4 del DPR n. 361 del 1957).

La giurisprudenza costituzionale ha preso più volte in esame misure dirette a favorire un riequilibrio fra i generi nella rappresentanza politica. In particolare, nella sentenza n. 422 del 1995, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 legge 277 del 1993 che prevedeva l'ordine alternato nelle liste bloccate ai fini della ripartizione del 25% dei seggi in base al metodo proporzionale, rilevando come esso condizionasse irragionevolmente la libertà di voto e nelle stesse sentenze n. 4 del 2010 e n. 49 del 2003 ha confermato che la legittima esigenza di riequilibrio fra i due sessi nella rappresentanza non può sacrificare in misura eccessiva detta libertà. Analizzate alla luce di questi precedenti, le misure introdotte dall'*Italicum* sembrano poter superare facilmente il vaglio di costituzionalità. La presentazione delle liste in ordine alternato per sesso, infatti, non implica alcun condizionamento o restrizione delle scelte individuali dell'elettore, dato che la graduazione fra tutti i candidati inseriti in lista (e dunque l'elezione) dipenderà dal numero delle preferenze da ciascuno di essi riportare e non dall'ordine di lista. Inoltre il carattere volontario e non obbligatorio della doppia preferenza fa sì che all'elettore sia conservata la piena libertà di esprimere la propria scelta in direzione di candidati (diversi dal capolista bloccato) appartenenti a un solo sesso.

Epilogo

Ad una valutazione riassuntiva, la legge è al contempo causa ed effetto della malattia italiana, che, non da oggi, si rivela nell'incapacità di dare vita, per via politica, con la fatica della mediazione e del compromesso, a coalizioni in grado di governare e di garantire inclusione sociale e legittimazione democratica.

La principale condizione di efficienza della democrazia politica nei modelli parlamentari consiste nella presenza di un sistema strutturato di partiti capaci di raccogliere e sintetizzare le domande sociali e di rappresentare la complessità pluralistica della società. La drammatica mancanza di questo elemento e in particolare l'essiccamento della tradizionale forma partito come canale di partecipazione ha fiaccato la democrazia politica italiana suscitando due contrapposte reazioni. Da una parte in porzioni non marginali dell'elettorato viene posta apertamente in discussione l'idea che la rappresentanza parlamentare sia l'unica forma di rappresentanza politica e si rivendica la diretta partecipazione popolare alle decisioni collettive, con il rischio però di ridurre il popolo alla dimensione fittizia e disincarnata del pubblico televisivo o della comunità degli utenti di internet; dall'altra, si tenta di restituire alla politica una capacità di guida dei fenomeni sociali ed economici valorizzando al massimo il momento elettorale e riducendo simmetricamente gli spazi della mediatizzazione partitica. A questa filosofia è chiaramente ispirato l'*Italicum*. Risponde, infatti, alla crisi del Politico dando forma a una democrazia di investitura che riduce il peso negoziale delle forze piccole e medie combinando le soglie di sbarramento con il divieto di apparentamento fra il primo e il secondo turno e concentra il potere sostanziale di indirizzo nel partito di maggioranza relativa. L'automatismo tra *leadership* della lista vincente e *premiership*, in particolare, rovescia la regola convenzionale praticata dalla Democrazia cristiana, la quale non ha mai consentito il cumulo delle cariche di segretario politico e presidente del Consiglio¹⁴ nell'intento di preservare un qualche rapporto dialettico fra partito, maggioranza parlamentare e Governo. Nel modello definito dall'*Italicum*, invece, la dialettica politica fra maggioranza ed esecutivo, che nelle forme parlamentari a tipo consociativo – quale era l'Italia della prima Repubblica – assicura al Parlamento un ruolo eminente nella progettazione legislativa e specialmente nella produzione di grandi leggi di riforma economico-sociale, viene riportata tutta all'interno del partito di maggioranza relativa. Il primato nel partito si converte per il solo effetto del premio di lista, in candidatura alla *premiership* e nelle forze contendibili attraverso consultazioni popolari (primarie *et similia*), questa legittimazione plebiscitaria – come è avvenuto del resto nel ruvido avvicinamento di Renzi a Letta – promette di riversarsi sugli equilibri politici per imporre un cambiamento di guida al governo. I ribaltoni e persino lo scioglimento delle

Camere potrebbero dunque non dipendere più, come tante volte è accaduto nell'esperienza repubblicana, dalla modificazione, per distacco o aggregazione di nuove componenti politiche, della coalizione governativa, ma dal mutare del sostegno al "capo" da parte del partito dominante.

Come nel parlamentarismo inglese, il *premier* potrà essere pugnato solo alle spalle, dai suoi stessi compagni. Per questo sono decisivi, e strategicamente non rinunciabili nell'ottica degli artefici dell'accordo sottostante all'*Italicum*, i congegni tecnici che assicurano al *leader* il controllo dei maggiori del partito, sottraendo questa scelta agli elettori, e indebolendo perciò l'autonomia dei parlamentari. La catena di comando partitica deve infatti essere traslata in Parlamento in modo da ridurre, e al limite annullare, ogni disallineamento nelle scelte di indirizzo fra partito di maggioranza, Governo e Camere.

Che la logica del "partito pigliatutto" basti a far rifiorire il sistema istituzionale italiano è, però, dubbio. L'esperienza degli ultimi vent'anni non induce infatti all'ottimismo. Inseguire il mito della stabilità e dell'efficacia del Governo attraverso la ricerca della perfetta identità politica con la maggioranza parlamentare ha condotto alla mortificazione delle Assemblee elettive e della rappresentanza, che pure della stabilità degli esecutivi è il presupposto legittimante, e al loro assoggettamento completo all'esecutivo. Si è così giunti, ad esempio a livello regionale (dove opera il *simul simul*), a una centralizzazione del potere di governo simile a quella delle forme presidenziali, ma senza il contrappeso di un Parlamento slegato dal laccio "mortale" della fiducia e posto quindi in condizione di esercitare con il massimo di incisività la funzione di indirizzo e controllo politico, e in definitiva, di conservare un significativo potere di codeterminazione decisionale.

Una riforma che vuole mutuare dal "presidenzialismo" (inteso come investitura popolare diretta del governo) capacità decisionale, stabilità ed efficienza, ma non ne riproduce i contrappesi e i bilanciamenti, finisce così per sancire il primato assoluto del Governo sull'unica Camera politica, destinandola allo svolgimento di un «compito censorio (...) modesto (e ad incidenza assai ridotta nel settore della legislazione)»¹⁵. Tanto da rendere legittimo l'interrogativo – solo in apparenza paradossale – se, nelle condizioni storico-politiche attuali, non occorra la fuoriuscita dalla forma di governo parlamentare per restituire davvero al Parlamento la sua funzione più tipica di legislazione e sindacato politico sul potere esecutivo.

¹⁴ Con le eccezioni di De Gasperi, Fanfani e De Mita.

¹⁵ Questo, secondo L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 673, è il compito svolto dalle Camere negli assetti vigenti in Gran Bretagna e nella Quinta Repubblica francese.

Intercettazione di conversazioni presidenziali: ancora si naviga “a vista”

di Chiara Gabrielli

Ancora oggi il punto di riferimento per l'autorità giudiziaria che nel corso di intercettazioni telefoniche si imbatte nelle conversazioni intrattenute dal Capo dello Stato è rappresentato dalle indicazioni fornite dal Giudice delle leggi nella pronuncia n. 1 del 2013.

Si tratta di indicazioni imperniate, tuttavia, su una discutibile esegesi sistematica, che non soltanto conducono a esiti costituzionalmente opinabili – sacrificando il principio del contraddittorio, la parità fra le parti e il diritto di difesa – ma risultano anche difficili da interpretare in modo univoco; condizioni che rendono tali coordinate sia di problematica applicazione da parte dell'operatore sia incapaci di guidare il legislatore nel porre mano alla materia.

1. «Tutte le cose derivano dal fato, sí che il fato attribuisce loro una piena necessità».

L'affermazione, attribuita a Democrito, sembra valere anche per l'esigenza di regolamentare la sorte delle captazioni occasionali dei colloqui del presidente della Repubblica; un'esigenza che il legislatore finora non aveva avvertito – avendo disciplinato le sole intercettazioni intenzionalmente rivolte alle sue conversazioni con riguardo ai reati di cui all'art. 90 Cost.¹ – ma della quale la fortuita registrazione dei dialoghi telefonici fra il capo dello Stato e un noto ex senatore, le cui utenze erano state poste sotto controllo nell'ambito dell'inchiesta penale concernente la cd. “trattativa Stato mafia”, ha dimostrato l'ineludibilità.

In tale occasione toccò alla Corte costituzionale, investita di un «imbarazzante»² conflitto di attribuzione, rimediare al silenzio legislativo e pronunciarsi sul destino processuale delle registrazioni, concludendo che «non spettava» alla procura della Repubblica di Palermo «omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione» delle stesse «senza sottoposizione al contraddittorio»³. Malgrado siano trascorsi oltre due anni, quella discussa decisione «presidenzialmente orientata»⁴ rappresenta ancora oggi l'unico punto di riferimento in una materia che richiederebbe, invece, «un oculato e complesso intervento» normativo, «prima costituzionale, poi ordinario»⁵. L'augurio è che quest'ultimo sia stato soltanto differito, forse nella

¹ Sulla base dei commi 2 e 3 dell'art. 7 legge n. 219 del 1989 tali captazioni possono essere disposte dal Comitato formato dai membri delle Giunte parlamentari competenti per le autorizzazioni, previa sospensione dell'interessato dalla carica, ad opera della Corte costituzionale.

² L. Carlassare, *La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi*, in *Giur. cost.*, 2013, 59.

³ <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=1>

⁴ L'espressione è di S. Meloni, *La distruzione delle intercettazioni del P.d.R. nell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 271*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 175.

⁵ E. Marzaduri, *La ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano e la garanzia della riservatezza assoluta delle comunicazioni presidenziali*, in *Leg. pen.*, 2013, 960; per alcune osservazioni sul “rango” della relativa disciplina v. *infra* § 5.

convinzione che l'accidentale coinvolgimento del capo dello Stato negli ascolti sia un'evenienza "di scuola", verosimilmente non replicabile; più preoccupante se il legislatore si ritenesse ormai dispensato dal prendere posizione al riguardo, avendo già provveduto la Corte costituzionale a individuare «un divieto probatorio, il tipo di sanzione processuale e la procedura da seguire per la relativa declaratoria»⁶. L'impressione, infatti, è che le istruzioni fornite dalla pronuncia n. 1 del 2013 non soltanto si fondino su premesse piuttosto discutibili sul piano costituzionale, ma siano anche difficili da interpretare in modo univoco per l'autorità giudiziaria che, imbattutasi nell'ascolto di colloqui presidenziali, a quelle autorevoli coordinate intenda attenersi⁷; ripercorrere gli snodi della decisione, dunque, significa anche mettere a fuoco alcuni dei profili problematici che l'operatore è chiamato ad affrontare.

2. Cardine della disciplina elaborata dalla Corte rispetto alle captazioni riguardanti le conversazioni del capo dello Stato è un'articolata «ricostruzione per principi»⁸ della figura presidenziale, intesa quale «garante dell'equilibrio costituzionale» e quale «magistratura di influenza»; un ruolo di stimolo, di moderazione e di persuasione destinato a svolgersi soprattutto mediante «attività informali», per l'efficacia delle quali la discrezione e la riservatezza delle conversazioni intrattenute sarebbero condizioni «coesenziali» e quindi «imprescindibili». In questa prospettiva – peraltro non del tutto pacifica in dottrina⁹ – l'assoluta impenetrabilità della sfera delle comunicazioni presidenziali rappresenterebbe dunque una di quelle «esigenze intrinseche

del sistema» che, «sebbene non sempre (...) enunciate dalla Costituzione in norme esplicite», emergono comunque in modo evidente, là dove non ci si limiti alla «mera esegesi testuale».

Al convincimento che le conversazioni presidenziali debbano «per principio» essere sottratte agli ascolti la Corte è disposta a pagare un prezzo elevato: abbandonare, con un discutibile *overruling*, quella salutare diffidenza verso discipline derogatorie del trattamento giuridico comune a tutti i consociati che in precedenza l'aveva indotta a richiedere a fondamento degli stessi una «precisa copertura costituzionale»¹⁰. Pronunciandosi sulla legittimità della «sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato» introdotta dalla legge n. 124 del 2008, la Consulta aveva definito «la disciplina delle prerogative contenute nel testo della Costituzione» come «uno specifico sistema normativo» che «non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius*, né *in melius*»¹¹: il timore era, in quest'ultimo caso, l'indebita estensione di quelle tutele a fattispecie non meritevoli, secondo il legislatore costituzionale, di una protezione *ad hoc*. A ben vedere, la strada dell'«interpretazione sistematica» che la Corte questa volta ha ritenuto di percorrere, affermando che l'inderogabilità della *privacy* presidenziale discende direttamente «dalla posizione e dal ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano», presenta rischi non dissimili.

Com'è stato opportunamente ricordato, l'interpretazione sistematica è una tecnica esegetica «dai contorni piuttosto sfuggenti» e, soprattutto, una «leva assai potente per operare rimaneggiamenti e aggiunte nei testi normativi»¹², caratteristiche che dovrebbero

⁶ Ancora E. Marzaduri, *La ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato*, cit., 962.

⁷ Secondo M. Mengozzi, *Intercettazioni casuali del Capo dello Stato*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, n. 4, 139, tale decisione, «intimamente contraddittoria», lascia «aperti diversi interrogativi, sia sul piano pratico-processuale, sia su quello più teorico, relativo al corretto rapporto tra posizioni giuridiche tutte dotate di rango costituzionale».

⁸ F. Sorrentino, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2013, 55.

⁹ Perplesso rispetto all'idea di una riservatezza assoluta per gli atti informali del Capo dello Stato, «che rischia di essere configurato come una specie di "grande tutore occulto della Costituzione"», M. Olivetti, *Quella sentenza fa storia (ma rafforza qualche dubbio)*, in *Avvenire*, 27 gennaio 2013, 2. Dubita, prima ancora, che le attività presidenziali di moderazione e di stimolo debbano svolgersi, anziché attraverso atti tipici, «nell'ambito di un'informalità di cui è, invero, difficile scorgere il fondamento» F. Sorrentino, *La distruzione delle intercettazioni*, cit., 55 s.

¹⁰ Dunque, un fondamento che, ove anche sia implicito, risulti «congruo, cioè effettivamente preciso e quindi frutto di un procedimento interpretativo con il più basso tasso di opinabilità» (A. Anzon Demming, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2013, 73).

¹¹ Corte cost., 19 ottobre 2009, n. 262, in *Giur. cost.*, 2009, 3645 ss.

¹² P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni "casuali" del Presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, 1292.

sconsigliarne l'impiego in particolar modo quando si abbia a che fare con istituti che derogano ai principi di eguaglianza e di obbligatorietà dell'azione penale. Né rassicura che la Corte ne riconosca l'impraticabilità di fronte a «insuperabili barriere testuali», quando poi trovi abilmente il modo di renderle inoffensive. A rigore, l'assenza di una disposizione che individui un soggetto istituzionale competente ad autorizzare le intercettazioni a carico delle utenze presidenziali dovrebbe comportarne l'assoggettamento, ove si proceda per reati diversi da quelli elencati all'art. 90 Cost., alla disciplina generale dell'art. 15 Cost., che rinvia ai «casi» e alle «garanzie stabiliti dalla legge» processuale. Con un suggestivo ribaltamento di prospettiva, invece, la pronuncia vi ravvisa la «presupposizione logica (...) dell'intangibilità della sfera di comunicazione del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato», intesa come prerogativa costituzionale implicitamente preesistente. D'altra parte, a giudizio della Corte, se così non fosse si finirebbe per riconoscere alla figura presidenziale «una tutela inferiore» rispetto a quella accordata ai parlamentari dall'art. 68, comma 3, Cost. e ai membri del Governo dall'art. 10 legge cost. n. 1 del 1989, circostanza che susciterebbe rilievi, non infondati, in punto di ragionevolezza.

Ma ad ammettere che per impedire una simile «paradossale conseguenza» si possa ricorrere ad un'ardita interpretazione sistematica, ci si sarebbe allora dovuti orientare nel senso di estendere al caso di specie il meccanismo autorizzativo previsto per le captazioni rivolte alle conversazioni dei membri del Governo. È un passo che la decisione non si arrischia a compiere, affidando l'individuazione dell'organo competente a rilasciare tale autorizzazione ad «una norma di rango costituzionale, non surrogabile da alcun tipo di fonte né, tanto meno, da una pronuncia» del Giudice delle Leggi. L'atteggiamento di *self-restraint* potrebbe essere apprezzabile, se non prelude – come sappiamo – a una conclusione ancora più radicale, ovvero l'assoluta impenetrabilità della sfera di comunicazione presidenziale, ritenuta «soluzione costituzionalmente obbligata», pur nel silenzio della Carta fondamentale.

3. Due le conseguenze che la Corte ricava da tali premesse ricostruttive: il divieto di disporre intercettazioni a carico delle utenze telefoniche in uso al

presidente della Repubblica ogniqualvolta si proceda per reati diversi da quelli previsti dall'art. 90 Cost., in quanto coinvolgerebbero, «in modo inevitabile e indistinto», anche le conversazioni «necessarie per lo svolgimento delle sue funzioni istituzionali»; l'esigenza, ove i colloqui intrattenuti dal capo dello Stato siano rimasti accidentalmente «impigliati» negli ascolti, «di non aggravare il *vulnus* alla sfera di riservatezza» presidenziale e di adottare «tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del [loro] contenuto». Misure individuate dalla pronuncia nell'obbligo per la procura della Repubblica di «chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni indicate, ai sensi dell'art. 271 comma 3» cpp, da realizzarsi «senza sottoposizione ... al contraddittorio tra le parti e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate».

Gli esiti cui la Corte è approdata sul versante «processuale» sembrano ancor meno persuasivi di quelli, pure opinabili, raggiunti nel ricostruire la trama costituzionale delle prerogative presidenziali. Pare rispondere, anzitutto, a una forzatura interpretativa il riferimento della pronuncia all'art. 271, comma 3, cpp, il quale presuppone, prima ancora, che gli ascolti occasionali delle conversazioni del capo dello Stato rientrino nell'«ampia previsione» delle intercettazioni «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge» ex comma 1¹³. In quest'ultima categoria potrebbero al più collocarsi le captazioni intenzionalmente rivolte alle utenze presidenziali, in quanto – stando alle premesse esegetiche poste dalla Corte – violerebbero una di quelle «fattispecie preclusive (...) ricavabili anche e in primo luogo dalla Costituzione»; mentre non vi rientrano le captazioni legittimamente eseguite a carico dell'utenza telefonica di un soggetto terzo, neppure se questi abbia interloquuto con il Presidente: a qualificarle come captazioni *contra legem* non può bastare il timore che la conoscenza dei loro contenuti possa compromettere la sfera di riservatezza che dovrebbe circondare le attività presidenziali; d'altra parte, ove si trattasse di intercettazioni «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge», resterebbe da spiegare perché la Corte costituzionale abbia respinto la richiesta del ricorrente di «dichiarare che non spettava agli inquirenti interrompere la registrazione delle conversazioni».

Quanto al procedimento per la distruzione, per un verso la Corte non tiene conto del dato normativo,

¹³ Secondo F. Modugno, *Tanto rumore per nulla (o per poco)?*, in *Giur. cost.*, 2013, 1279, la Corte avrebbe dovuto invece sospendere il giudizio di attribuzione per sollevare davanti a sé una questione di costituzionalità relativa agli artt. 268, 269 e 271 cpp, «riscrivendo le disposizioni codicistiche in modo tale che, ogni volta che intercettate (anche casualmente) fossero le conversazioni del capo dello Stato non aventi rilevanza penale, la documentazione ad essa relativa venisse distrutta nel più breve tempo possibile». L'esito del conflitto non sarebbe cambiato, ma ne sarebbe «uscito rafforzato il principio di legalità», osserva A. Camon, *La decisione del conflitto fra il capo dello Stato e la Procura di Palermo: qualche incertezza sul piano tecnico, grande equilibrio su quello politico-istituzionale*, in *Leg. pen.*, 2013, 940.

per l'altro presta scarsa attenzione ai profili sistematici. Per tutte le captazioni disposte dall'autorità giudiziaria – con la sola espressa eccezione delle ipotesi di cui all'art. 270-bis cpp – l'art. 268 cpp contempla una precisa sequenza, che comprende il deposito delle stesse presso la segreteria del pm, la facoltà per le parti private di prenderne cognizione, il diritto dei difensori di partecipare allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Il codice di rito li intende come passaggi indefettibili; la Corte li ammette per le sole intercettazioni «inutilizzabili per vizi di ordine procedurale», mentre li esclude per quelle «non utilizzabili per ragioni sostanziali», che postulano «una protezione “assoluta” del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto»; difficile non ravvisare in questo inedito «doppio binario»¹⁴ una distinzione arbitraria, che, obbedendo a pragmatiche ragioni di opportunità¹⁵, tradisce la «logica di sistema» che lega l'art. 271 cpp alle disposizioni limitrofe¹⁶.

L'estromissione delle parti private dalla fase di distruzione delle registrazioni completa il disegno, tenacemente perseguito dalla Corte, di impedire che la *privacy* presidenziale risulti «irrimediabilmente vanificata»; l'esclusione della «ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti», viene giustificata facendo appello al mancato rinvio nell'art. 271, comma 3, cpp all'art. 127 cpp, che invece figura richiamato nel contiguo art. 269 cpp. In realtà, l'argomento è piuttosto debole: da un lato, quell'omissione non ha impedito in passato alla Suprema corte di affermare che «ove la questione sorga davanti al gip e sia costui competente ad ordinare la distruzione (avendo dichiarato l'inutilizzabilità) la procedura ... non può che essere quella camerale ex art. 127 cpp», perché l'unica

in grado di «garantire il più ampio contraddittorio fra le parti e dal quale non si può prescindere stante la particolare rilevanza ed importanza della decisione che il giudice deve assumere»¹⁷. Dall'altro, la stessa Corte costituzionale è costretta ad ammettere che l'art. 271, comma 3, cpp «non impone la fissazione di una udienza camerale “partecipata”», ma «neppure la esclude». L'ambiguità legislativa si sarebbe, allora, dovuta sciogliere avendo come “stella polare” non la «protezione assoluta» della *privacy* presidenziale, ma la sintonia con i principi costituzionali; la lettura che ne ha offerto la Consulta, invece, ne disattende vistosamente più di uno¹⁸.

Schivando l'«errore prospettico»¹⁹ in cui pareva incorso il ricorrente, la Corte chiarisce che la distruzione dei supporti fonici deve avvenire «sotto il controllo del giudice», inteso come «garanzia di legalità con riguardo anzitutto alla effettiva riferibilità delle conversazioni intercettate al capo dello Stato», e non può essere affidata alle unilaterali valutazioni del pubblico ministero. La supervisione dell'organo giurisdizionale non vale, però, a colmare la profonda distanza fra la distruzione *inaudita altera parte* e il nostro assetto costituzionale, inequivocamente improntato al principio processuale del contraddittorio (art. 111, commi 2 e 4, Cost.). Sorprende che quel canone fondamentale, oggi solidamente radicato nel dettato costituzionale, sia stato derubricato dalla Corte ad «astratta simmetria processuale» e, come tale, ritenuto valore cedevole rispetto ad esigenze di riservatezza della sfera di comunicazione presidenziale, peraltro «induttivamente immesse nella Costituzione a colpi di interpretazione sistematica»²⁰. Stupisce che il coinvolgimento dialettico delle parti venga contrapposto ai «principi tutelati dalla Costi-

¹⁴ A. Zappulla, *Segreti versus contraddittorio in materia di intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2014, 4327.

¹⁵ Condivisibilmente critici al riguardo I. Abrusci, *Il destino processuale dei dialoghi con il presidente della Repubblica*, in Aa. Vv., «Incontri ravvicinati» con la prova penale, a cura di L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino, 2014, 23; R. Orlandi, *Distruggete quelle registrazioni*, in *Cass. pen.*, 2013, 1356.

¹⁶ S. Meloni, *La distruzione delle intercettazioni*, cit., 174.

¹⁷ Cass., 26 maggio 2009, Pulcini ed a., in *C.e.d. Cass.*, n. 244153.

¹⁸ Sulla incostituzionalità di quel «fantasma normativo», cfr. F. Cordero, *Un Presidente ancien régime*, in *Repubblica*, 18 gennaio 2013, 31.

¹⁹ D. Vicoli, *Immunità del Presidente della Repubblica e intercettazioni “casuali”: silenzi normativi e previsioni espresse*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁰ P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni “casuali”*, cit., 1297. Ben altra considerazione quel principio ha ricevuto nella sentenza costituzionale n. 173 del 2009, chiamata a pronunciarsi sulla procedura di distruzione degli «atti relativi ad intercettazioni illegali»; intendendo il contraddittorio come «garanzia insostituibile nell'ordinamento processuale di uno Stato di diritto», la Corte riteneva insoddisfacente ad assicurarne la compiuta realizzazione il modello processuale di cui all'art. 127 cpp, al quale veniva preferita la più «rigorosa prescrizione» contenuta nell'art. 401, commi 1 e 2, cpp. Di tale precedente «ingombrante», efficacemente evocato dalla Procura resistente, la decisione n. 1 del 2013 si è liberata in poche battute, limitandosi a constatare l'inapplicabilità a quella diversa materia dell'art. 271, comma 3, cpp.

tuzione», anziché essere ricompreso fra essi; premessa che consente alla Corte di sottrarsi all'onere di un bilanciamento fra valori equiordinati, infliggendo un «drastico e incondizionato sacrificio»²¹ alla dialettica processuale e assicurando al pubblico ministero, con buona pace del principio di parità fra le parti, l'accesso «in esclusiva» alle informazioni ricavabili dalle captazioni destinate alla distruzione; vantaggio non certo di poco conto, rispetto a una difesa che non è «destinataria di alcuna comunicazione relativa all'esistenza della registrazione e alla generalità dei colloquianti»²². A questo pare aggiungersi, forse per un infortunio sintattico, la possibilità per il pm di governare con una certa discrezionalità i tempi della richiesta di soppressione delle intercettazioni. A rigore, là dove la Corte costituzionale afferma che «non spettava alla stessa procura della Repubblica di omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni», si limita a prescrivere all'organo giurisdizionale di provvedere a quell'adempimento con la massima rapidità, non appena sia stato investito della richiesta²³. Il pm potrebbe quindi sollecitare la distruzione non appena prenda atto di aver intercettato una comunicazione presidenziale oppure optare per una richiesta «cumulativa» riferita a tutte le conversazioni del capo dello Stato registrate nel periodo di ascolto dell'utenza del suo interlocutore; ma viene da chiedersi se l'assenza di indicazioni temporali vincolanti non gli permetta anche di differire quella richiesta oltre tale scadenza senza esporsi a responsabilità disciplinari: non perché spera di fondare propri provvedimenti sul loro contenuto, trattandosi di intercettazioni ricostruite dalla decisione come «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge» e dunque inutilizzabili, ma perché reputi utile non privarsi della disponibilità di quel materiale fonico, i cui contenuti potrebbero fornirgli ulteriori spunti investigativi ove posti in opportuno collegamento con nuovi elementi di indagine nel frattempo acquisiti.

4. Se si fosse limitata alle affermazioni appena ripercorse, la pronuncia n. 1 del 2013 ci avrebbe consegnato una disciplina degli ascolti presidenziali «soltanto» di dubbia ortodossia costituzionale, perché in conflitto con i valori del contraddittorio, della parità fra le parti, del diritto di difesa; la clausola finale, oltre a rivelare il «disagio culturale» avvertito dalla Corte nel destinare alla distruzione quelle captazioni fortuite, ne fa anche una disciplina troppo sibillina per poter guidare con mano ferma l'operatore chiamato ad applicarla.

Ove si prospetti l'esigenza «di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi», l'autorità giudiziaria viene legittimata *in extremis* ad adottare le «iniziative consentite dall'ordinamento». Iniziative che, tuttavia, è compito dell'interprete individuare, impiegando anzitutto gli «indizi» forniti dall'*incipit* del controverso passaggio finale: da un lato, le stesse non si possono tradurre nel ripristinare la procedura camerale «partecipata», la cui «esclusione» – tiene a precisare la sentenza – resta ferma «in ogni caso». Dall'altro, nel provvedere, nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, alle valutazioni affidate *de futuro* all'autorità giudiziaria, la Corte dichiara «la assoluta inutilizzabilità delle captazioni che hanno coinvolto il Presidente nel procedimento da cui ha tratto origine il conflitto»; al di là della difficoltà di decifrare la specifica portata del rafforzativo «assoluta», l'affermazione lascia intendere che sottrarre le intercettazioni alla distruzione e ammetterne l'utilizzabilità probatoria – esito invero non proprio coerente con la premessa che siano state «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge» – rientri fra le «iniziative consentite» quando si debba assicurare la «tutela della vita e della libertà personale e (la) salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.)»; un elenco che è preferibile intendere come tassativo, anche sulla base del riferimento alle «estreme ipotesi», per evitare che l'ambito di applicazione della deroga possa estendersi in modo incontrollato²⁴.

²¹ Così R. Orlandi, *Distruggete quelle registrazioni*, cit., 1356, per il quale si tratta, peraltro, di un «sacrificio non necessario»: per garantire la facoltà delle parti di intervenire con propri argomenti e rilievi sulla scelta della distruzione e al contempo fare salva l'esigenza di impedire la divulgazione del colloquio registrato «sarebbe sufficiente che il giudice secretasse il materiale riservato, vietandone la pubblicazione a norma dell'art. 114, comma 5, cpp». Dello stesso avviso, E. Marzaduri, *La ricostruzione del ruolo del capo dello Stato*, cit., 961.

²² A. Zappulla, *Segreti versus contraddittorio*, cit., 4330.

²³ Più vincolante per il pm, semmai, l'iniziale affermazione relativa all'«obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di distruggere, nel più breve tempo, le registrazioni casualmente effettuate di conversazioni telefoniche del presidente della Repubblica»; affermazione che, tuttavia, avrebbe consentito di per sé anche una distruzione affidata unilateralmente all'accusa, opportunamente esclusa invece dalla Corte nei passaggi successivi.

²⁴ Opzione che, sebbene preferibile, induce inevitabilmente a interrogarsi sulla ragionevolezza dell'esclusione di «beni come la salute o la difesa in giudizio, che sono definiti fondamentali o supremi dalla stessa Costituzione o già dalla più risalente giurisprudenza» (M. Luciani, *La gabbia del presidente*, in *Giur. cost.*, 2013, 513). Sulla portata della nozione, esplicitamente richiamata, di libertà personale, v. i dubbi espressi da A. Anzon Demming, *Prerogative costituzionali implicite*, cit., 72.

Stando alle scelte semantiche della pronuncia («evitare il sacrificio di interessi», «tutela», «salvaguardia»), le «iniziative consentite» sembrerebbero dover essere rivolte a prevenire la lesione degli interessi menzionati. Abbinando l'«utilizzabilità» processuale alle finalità preventive, l'esempio più immediato riguarda l'eventualità in cui dagli ascolti emergessero elementi in grado di evitare – oppure di sottoporre a revisione – una condanna a pena detentiva a carico dell'interlocutore presidenziale; meno scontato, almeno adottando una lettura ancorata al dato testuale, che si possa evitare la soppressione delle captazioni contenenti elementi di segno favorevole all'indagato là dove, anche nell'eventualità di una condanna, non si profilino conseguenze restrittive sullo *status libertatis*. In ogni caso, malgrado l'ottimismo di qualche interprete²⁵, sembra poco probabile che quella «tutela ... della libertà personale» possa essere assicurata in modo soddisfacente dall'organo giurisdizionale, fisiologicamente sprovvisto di elementi conoscitivi che potrebbero invece risultare decisivi per soppesare l'attitudine delle intercettazioni ad impedire quel *vulnus*.

La vocazione «preventiva» che trapela dalle espressioni della Corte induce a ritenere che fra quelle non meglio precisate «iniziative» debba essere incluso altresì il dovere per i magistrati che si imbattano nella progettazione di azioni delittuose contro uno degli evocati interessi fondamentali di attivarsi per sventarne la consumazione. Si spiegherebbe così – invece di doverlo ritenere una svista²⁶ – il riferimento della sentenza all'«autorità giudiziaria», locuzione idonea a ricomprendere anche il pubblico ministero, il quale, «per i suoi rapporti con la polizia, è il più adatto a prendere con prontezza le iniziative necessarie»²⁷ per impedire che tali reati si realizzino. Da quello stesso richiamo sembrano scaturire, peraltro, ulteriori implicazioni: proprio in quanto anch'egli «autorità giudiziaria», viene da chiedersi se il pm possa sottrarsi *ex ante* all'obbligo di investire il giudice della richiesta di distruzione, rivendicando la propria legittimazione ad affermare l'esigenza di tutelare uno degli evocati «principi costituzionali supremi» ostativa alla sop-

pressione delle captazioni²⁸; per esempio, potrebbe l'organo d'accusa non sollecitare la soppressione dei colloqui dai quali emergano elementi in grado di attenuare una gravità indiziaria che lo avrebbe altrimenti indotto a chiedere l'applicazione di una misura custodiale a carico dell'interlocutore presidenziale? Oppure, là dove ne chiedesse l'applicazione, potrebbe fare comunque salve quelle conversazioni per trasmetterle al gip come «elementi a favore dell'imputato» ai sensi dell'art. 291 cpp, facendosi carico dell'eventualità che possano indurlo a non disporre la misura restrittiva?

Ci si potrebbe domandare, peraltro, se fra gli «*interessi riferibili* a principi costituzionali supremi» per «evitare il sacrificio» dei quali si può prescindere dalla distruzione delle registrazioni trovi spazio anche l'interesse all'accertamento e alla repressione di illeciti che si siano già consumati a carico «della vita e della libertà personale» e «dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica»: ove così fosse, quando i contenuti delle conversazioni telefoniche intrattenute dal Presidente fornissero elementi utili all'accertamento dei fatti di reato e delle relative responsabilità penali, le stesse potrebbero sfuggire alla soppressione per essere utilizzate in chiave probatoria; per esempio – si fa osservare – qualora le captazioni dimostrassero il coinvolgimento del capo dello Stato nei reati di cui all'art. 90 Cost., «i magistrati dovrebbero presentare una denuncia al presidente della Camera dei deputati; e non sarebbe eretico pensare che le prove raccolte potessero poi essere usate nel processo innanzi alla Corte costituzionale»²⁹.

Piuttosto incerta appare la sorte delle captazioni presidenziali dalle quali affiorano soltanto una *notitia criminis* relativa ad un reato lesivo di uno dei beni richiamati dalla decisione. Autorevoli interpreti³⁰ le ritengono sottratte alla distruzione, probabilmente nel presupposto che, una volta private *inaudita altera parte* del loro supporto documentale, le successive determinazioni dell'autorità giudiziaria si troverebbero più facilmente esposte a sospetti; tuttavia, valorizzando ancora il richiamo della Consulta alle «estreme ipotesi», si potrebbe obiettare che a conservare traccia della

²⁵ G.M. Baccari, *Conflitto capo dello Stato-procura di Palermo: la Consulta delinea il potere di filtro del pm*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 674 ss.

²⁶ F. Paiola, *La «riservatezza assoluta» delle comunicazioni del capo dello Stato*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 689.

²⁷ A. Camon, *La decisione del conflitto*, cit., 940.

²⁸ Sul punto v. anche M. Deganello, *Presidenza della Repubblica ed intercettazioni fortuitamente apprese: una decisione non sufficientemente meditata dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 febbraio 2014.

²⁹ Ancora A. Camon, *La decisione del conflitto*, cit., 941. Di diverso avviso, L. Filippi, *L'immunità assoluta del Presidente della Repubblica dalle intercettazioni*, in *Leg. pen.*, 2013, 944 s.

³⁰ A. Pace, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Giur. it.*, 2013, 1267.

notizia di reato possa essere sufficiente il verbale delle operazioni di distruzione³¹. Con maggiore sicurezza, invece, si può affermare che sfuggano alla distruzione le captazioni qualificabili come corpo del reato, perché, ad esempio, abbiano registrato espressioni dal contenuto estorsivo; in questo caso peraltro la conclusione non discende dalla clausola di salvezza formulata della Corte, bensì direttamente da quella enunciata nella parte conclusiva dell'art. 271, comma 3, cpp.

La circostanza che la decisione abbia ricavato la tutela "postuma" della riservatezza presidenziale dalla natura delle attribuzioni del capo dello Stato ha indotto la dottrina, condivisibilmente, a chiedersi se analoga protezione spetti, per motivi di ragionevolezza, anche ai titolari di altri organi costituzionali, ove dotati, come il presidente del Consiglio e i Ministri, di «competenze operativamente più importanti di quelle del presidente della Repubblica» e non meno delicate sul piano «dell'importanza politica, giudiziaria, economica e finanziaria»³². Di certo, secondo la pronuncia, l'esigenza di impedire l'accesso delle parti private al contenuto dei colloqui, nel timore che ne divulgino i contenuti, accomuna tutte le ipotesi di inutilizzabilità riconducibili a «ragioni di ordine sostanziale», quali la protezione di «valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni», individuati dalla Corte, fra gli altri, nella libertà di religione, nel diritto di difesa, nella riservatezza di dati sensibili. Pertanto, allorché vengano captate fortuitamente le conversazioni dei soggetti elencati dall'art. 200, comma 1, cpp aventi ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio, professione, la distruzione, fondata sul combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 271 cpp, dovrebbe avvenire *inaudita altera parte*, poiché l'instaurarsi dell'ordinaria procedura camerale risulterebbe anche in questo caso «antitetica rispetto alla *ratio* della tutela», consentendo, esemplifica la Corte, che la confessione resa ad un ministro del culto sia resa nota ai terzi, o peggio diffusa mediaticamente, oppure che il colloquio riservato fra l'imputato e il suo difensore sia portato a conoscenza della parte civile.

È probabile che le prime occasioni di applicazione della discutibile procedura di distruzione riguarderanno una di queste fattispecie, "periferiche" nell'impianto

della pronuncia, ma ben più comuni rispetto all'eventualità di una nuova captazione fortuita dei colloqui presidenziali. Non è implausibile, quindi, che proprio in questo contesto la Corte possa essere investita, dai giudici richiesti di procedere alla distruzione, di una eccezione «di incostituzionalità per deliberazione costituzionale»³³ a carico dell'art. 271, comma 3, cpp così come interpretato dalla pronuncia n. 1 del 2013, per contrasto con le prescrizioni di rango sovraordinato che tutelano il diritto di difesa, il principio del contraddittorio, la parità fra le parti del processo.

5. Al momento, le *chance* di vedere regolamentate in sede legislativa le captazioni presidenziali sembrano affidate al disegno di legge S. 863, che si propone, più in generale, di assicurare la «tutela delle comunicazioni e della libertà di movimento dei titolari di guarentigie costituzionali»³⁴. Sebbene non menzioni espressamente la decisione n. 1 del 2013, manifestando l'intento di «evitare l'operatività della clausola *ubi lex non dixit noluit*» la relazione di accompagnamento sembra voler porre rimedio a una delle principali obiezioni rivolte dalla dottrina al *dictum* della Corte, ovvero l'assenza di qualsiasi ancoraggio normativo rispetto all'affermata inconoscibilità delle captazioni che coinvolgano il capo dello Stato. È poco probabile, tuttavia, che l'auspicato fondamento normativo possa esserle fornito dall'art. 2 del progetto di legge, là dove vieta l'intercettazione di comunicazioni e conversazioni «nei confronti del presidente della Repubblica ... al di fuori della procedura di cui all'art. 7, comma 3, della legge 5 giugno 1989, n. 219»³⁵, che – come noto – attiene a colui che, accusato dei reati ex art. 90 Cost., sia stato sospeso dalla carica ad opera della Corte costituzionale. Integrando una deroga al principio di eguaglianza davanti alla giurisdizione penale, infatti, la scelta di impedire la captazione delle conversazioni presidenziali dovrebbe essere affidata a una norma di rango sovraordinato, e non – come avviene in questo caso – a una previsione di legge ordinaria; dunque, se anche la novella venisse approvata, la "copertura costituzionale" alla deroga *de qua* continuerebbe con ogni probabilità a essere rinvenuta nella ricognizione "di sistema" compiuta dalla decisione n. 1 del 2013. Peraltro, un legislatore che, doverosamente, si muo-

³¹ Cfr. P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni "casuali"*, cit., 1300, nota 22.

³² A. Pace, *Intercettazioni telefoniche*, cit., 1267.

³³ A. Zappulla, *Segreti versus contraddittorio*, cit., 4340.

³⁴ Presentato in data 20 giugno 2013, ad iniziativa dei senatori Buemi, Longo, Nencini.

³⁵ Più corretto probabilmente richiamare la procedura di cui al combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 7 l. n. 219 del 1989.

vesse sul piano costituzionale, recupererebbe anche “autonomia” rispetto alle prescrizioni ricavate dalla Consulta attraverso l’interpretazione sistematica di cui si è detto; potrebbe quindi valutare l’opportunità di adottare soluzioni alternative maggiormente rispettose dei principi di necessità e di rigorosa proporzionalità che devono governare le prerogative introdotte a favore degli organi istituzionali; soluzioni come quella – suggerita dalla dottrina – di consentire l’intercettazione dei colloqui presidenziali previa autorizzazione della Corte costituzionale³⁶.

Quanto all’eventualità che questi ultimi vengano accidentalmente registrati, mentre il Giudice delle Leggi, nel presupposto che il divieto preventivo di intercettare il Presidente non fosse applicabile proprio per l’imprevedibilità della captazione, ne trasferiva la funzione di tutela «dalla fase anteriore all’intercettazione ... a quella posteriore», declinandola come obbligo di distruzione dei risultati discutibilmente ricondotto all’art. 271 cpp, il DDL S. 863 opta per una tutela anticipata, in grado di impedire che tale ascolto accidentale possa realizzarsi. Ove il titolare del *munus* istituzionale abbia comunicato al gestore telefonico «l’attuale, esclusiva e personale disponibilità dell’utenza» a lui intestata, lo stesso dovrebbe negare l’accesso agli inquirenti ai sensi dell’art. 51 cp, qualora la stessa venga in contatto con altra utenza sottoposta a controllo; la captazione accidentale delle conversazioni presidenziali resterebbe invece possibile sulle utenze in uso al Presidente rispetto alle quali lo stesso non abbia effettuato tale comunicazione; nondimeno, ai sensi dell’art. 3 comma 6 DDL S. 863, all’interessato è consentito «dimostrare la non casualità dell’avvenuto accesso da parte dell’operatore di cui all’art. 268» cpp, al fine di far dichiarare l’inutilizzabilità dei risultati indebitamente conseguiti.

Non sfugge l’accentuata sensibilità verso le ragioni di protezione della sfera di comunicazione presidenziale sottesa all’inedita regolamentazione che si vorrebbe apprestare, e che si spinge fino ad accettare di fare a meno di risultati che potrebbero rivestire utilità probatoria nei procedimenti concernenti quei terzi sottoposti ad ascolto con i quali il titolare del *munus publicum* dovesse interloquire. Più che farsi carico delle ripercussioni processuali delle scelte prefigurate, la Relazione di accompagnamento sembra soprattutto preoccupata di impedire “aggiramenti” rispetto alle garanzie presidenziali mediante intercettazioni solo in apparenza fortuite, in realtà intenzionalmente rivolte alle sue conversazioni, e di evitare

quel delicatissimo «test di casualità» che ha determinato il «contenzioso più difficoltoso che abbiano mai fronteggiato le Giunte di Camera e Senato in prima battuta, e la stessa Corte costituzionale adita in via di ricorso». Le non trascurabili controindicazioni della predetta rinuncia andrebbero, forse, più attentamente ponderate; di certo, comunque, andrebbe rivisto l’art. 3, comma 5, del progetto di legge, che, malgrado l’attitudine intrusiva visibilmente differente, prevede la possibilità di sottrarre alla conoscenza degli inquirenti anche i «dati esterni relativi al caso in cui il soggetto ... venga in contatto con l’utenza per la quale è stato autorizzato il tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche».

In ogni caso, il legislatore che davvero ritenesse congruo – a tutela delle funzioni assolute dal Presidente – impedire anche la captazione accidentale delle sue conversazioni, non dovrebbe subordinare, come invece fa il progetto di legge, l’operare della guarentigia alle determinazioni dell’interessato, in particolare al fatto che abbia ritenuto di comunicare al gestore l’esclusiva disponibilità dell’utenza in questione. Secondo la Relazione di accompagnamento, l’intento sarebbe quello di evitare che della garanzia beneficino indebitamente i comuni cittadini che utilizzano utenze intestate ai titolari di cariche istituzionali; ma, anche se così fosse, la previsione dell’art. 3, comma 2, DDL S. 863 andrebbe probabilmente riformulata: la locuzione impiegata – «possono comunicare al gestore» – pare consentire al riguardo scelte discrezionali; opzione che risulta poco ragionevole, considerando che la *ratio* della garanzia è quella di tutelare le funzioni presidenziali, e non di per sé la riservatezza del soggetto che le eserciti; a voler restare nell’ottica del DDL in questione, sarebbe preferibile, allora, rendere obbligatoria la comunicazione al gestore delle utenze di cui il capo dello Stato sia fruitore esclusivo, come tali destinate ad essere sottratte a qualsiasi ascolto, anche fortuito; oppure – soluzione forse ancor più persuasiva – delle utenze di cui sia unico fruitore e che impieghi all’esclusivo fine di esercitare le funzioni presidenziali.

La sensazione è che la disciplina dei colloqui presidenziali sia ancora “a metà del guado”: l’iniziativa parlamentare di cui si è detto pare indice della consapevolezza di dover superare la controversa ricostruzione offerta in materia dalla Corte costituzionale; tuttavia, sul piano delle scelte politiche e delle soluzioni tecniche apprestate, l’obiettivo auspicabile di un soddisfacente assetto legislativo sembrerebbe richiedere un supplemento di riflessione.

³⁶ Preferibile tale soluzione secondo P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni “casuali”*, cit., 1288, nota 5, nel presupposto che l’immunità assoluta dalle captazioni sia una scelta «alquanto dissonante rispetto al disegno complessivo della nostra Costituzione e, in particolare, ai principi di uguaglianza e di obbligatorietà dell’azione penale».

I diritti dell'uomo tra utopia e storia. Perché può essere utile riflettere sulla storia dei diritti dell'uomo?*

di Vincenzo Ferrone

Con ampi riferimenti storici e letterari, l'Autore fornisce una lettura colta dei diritti dell'uomo, soffermandosi sull'ambivalenza del relativo concetto, tra visione utopica e proclamazioni solenni in dichiarazioni che ne esprimono il carattere universalistico e mirano anche a proteggere l'individuo dallo Stato e, dall'altro lato, interessi realisticamente concreti protetti dall'ordinamento, segnati dal passaggio dai diritti civili e politici a quelli sociali, dai diritti della seconda generazione a quelli della terza, e sottolineando il ruolo svolto dal pensiero italiano nella nascita del moderno linguaggio dei diritti dell'uomo.

La più egregia cosa che ritrovasi nelle moderne costituzioni è la Dichiarazione de' diritti dell'uomo. Manca alle antiche costituzioni questa solida ed immutabile base.

**Francesco Mario Pagano,
*Progetto di costituzione della Repubblica napoletana del 1799***

Nello *Sciocchezzaio* Flaubert definiva la Storia una disciplina temibile e pericolosa¹. Amava dirlo con ironia e sarcasmo, sapendo bene che invece proprio la ricostruzione storica prima ancora che i contributi conoscitivi di altre discipline poteva aiutare non poco a chiarire l'oscurità di questioni intricate e concetti polisemici che tanto affascinavano, e ancora affascinano, l'uomo moderno. In questi ultimi anni il tema dei diritti dell'uomo, al centro di un crescente interesse generale non solo in Italia come fonte di legittimità internazionale e di riforme democratiche, sembra infatti appartenere di diritto alla categoria delle questioni in cui

la ricostruzione dell'origine di concetti, idee, pratiche culturali e rappresentazioni promette di essere un'utile da bussola: oggi si tratta, infatti, di orientarsi in una selva oscura di interpretazioni e reinterpretazioni di un linguaggio – quello dei diritti, appunto – obiettivamente difficile da padroneggiare anche per i più esperti. Del resto sin dal 1990, nella sua pionieristica opera *L'età dei diritti*, Norberto Bobbio, dopo aver esplorato e ricostruito parti essenziali di quel linguaggio settecentesco di matrice illuministica tornato prepotentemente sulla scena mondiale con il secondo dopoguerra, era costretto ad ammettere con rammarico i suoi dubbi

* Lo scritto qui pubblicato è frutto di un dialogo tra l'Autore, Vladimiro Zagrebelsky e Pasquale De Sena svoltosi il 29 gennaio 2015, in Roma, nella sede della Fondazione Lelio e Lisli Basso (Isocco) della cui cortese ospitalità si desidera ringraziare la presidente Elena Paciotti (NDR).

¹ Cfr. G. Flaubert, *Sciocchezzaio*, *Dizionario dei luoghi comuni*, *Catalogo delle idee chic*, a c. di L. Caminiti Pennarola, Milano, 1992, n. 875 dove afferma: «Si diffidi principalmente dei libri di storia» (n. 875) e ancora: «L'insegnamento della storia può secondo me presentare inconvenienti e pericoli reali per il professore. Ne presenta anche per gli allievi» (n. 745).

e le sue perplessità finali scrivendo con l'abituale franchezza: «Nonostante gli innumerevoli tentativi di analisi definitoria, il linguaggio dei diritti resta molto ambiguo, poco rigoroso e spesso usato retoricamente. Nulla vieta che si usi lo stesso termine per indicare i diritti soltanto proclamati in una dichiarazione anche solenne e quelli effettivamente protetti in un ordinamento giuridico ispirato ai principi del costituzionalismo, con giudici imparziali e varie forme di potere esecutivo delle decisioni dei giudici. Ma tra gli uni e gli altri c'è una bella differenza!²».

Parole chiare, sacrosante, ma inascoltate. La situazione d'incertezza circa l'uso e talvolta l'abuso del linguaggio dei diritti – esercitato da quanti non distinguono tra il suo impiego giuridico e la sua utilizzazione retorica e politica, tra il diritto rivendicato e quello riconosciuto e protetto dalle leggi – non sembra infatti essere migliorata: anzi assistiamo in questi ultimi anni al progressivo dilatarsi di punti controversi, di contraddizioni apparentemente insanabili nella inevitabile dialettica tra gli stessi diritti, a uno sconcertante proliferare di nuovi diritti che finiscono con il banalizzarsi e svuotare interamente il carattere emancipatorio di quel linguaggio rendendolo alle volte persino irritante e provocatorio, soprattutto in Italia. In tal senso la richiesta di nuovi diritti in nome e per conto di interessi corporativi, di desideri e di pretese individuali senza alcun afflato universalistico sembra fatta apposta per svuotare di significato gli sforzi di chi invece auspica con passione e generosità l'avvento di una vera età dei diritti per tutti gli esseri umani e in ogni angolo della terra. Così come talvolta inquieta il complesso e controverso percorso per giungere al riconoscimento politico e legislativo di un nuovo diritto, alla sua tutela giuridica da parte dei giudici.

Lucidamente Bobbio aveva previsto gran parte di questi possibili sviluppi negativi sottolineando il carattere naturalmente espansivo della logica stessa dei diritti dell'uomo determinata e caratterizzata dal contesto, dalle sfide storiche che di volta in volta apparivano sulla scena: da qui la sequenza cronologica del passaggio dai diritti civili e politici a quelli socia-

li, dai diritti della seconda generazione a quelli della terza e così via. Ma quei diritti per essere considerati tali avrebbero dovuto sempre mantenere inalterato il loro carattere universalistico e avere per obiettivo la protezione e l'emancipazione dell'individuo³.

Quello che Bobbio non aveva invece previsto erano gli sviluppi e le forme che la lotta per i diritti avrebbe assunto ai nostri giorni nel discorso pubblico internazionale. Per quanto riguarda lo scontro politico in Italia, gli sarebbe probabilmente affiorato un sorriso sulle labbra a vedersi arruolato d'autorità per una battaglia anacronistica e confusamente di retroguardia a favore del ritorno ai doveri dell'uomo, alla centralità del loro carattere prescrittivo e di guida nell'agire umano⁴. Quell'antica tesi cara agli stoici, al Cicerone del *De Officiis*, all'assolutista Samuel Pufendorf, autore nel 1672 di un fortunatissimo manuale *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, ma soprattutto alla reazione termidoriana che nella Costituzione del 1795 pretese d'introdurre sin dal titolo il riferimento ai doveri accanto ai diritti per frenare la Rivoluzione⁵, non era certo nelle corde del filosofo neoilluminista torinese. Lo avrebbe invece certamente più appassionato l'apparizione nel 2010 del libro, scritto dal giurista e storico di Harvard Samuel Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History*.

Al centro di vivaci discussioni, quel testo considera il movimento per i diritti umani qualcosa di assolutamente recente, assai differente e originale rispetto a tutte le idee e ai movimenti del passato. La stessa espressione *Human rights* (ritenuta generalmente una variante moderna e politicamente corretta del vecchio *Rights of Man*, o *Droits de l'homme*, ancora segnato dai settecenteschi pregiudizi di genere, usato dagli illuministi e dai rivoluzionari dell'89⁶) diventa, nelle pagine di Moyn, l'ultima grande utopia emancipatoria inventata dall'umanità. Sul piano linguistico Moyn fa correttamente notare che *Human rights* ha cominciato a diventare un termine di uso corrente nel mondo anglosassone per poi diffondersi ovunque solo a partire dalla seconda metà degli anni Settanta dello scorso secolo. Lo diffondono nei loro libri destinati a grande successo John Rawls e Ronald Dworkin⁷; ne

² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. XX.

³ Cfr. *ibid.* p. 58 dove Bobbio spiega che «la dottrina dei diritti dell'uomo presuppone una concezione individualistica della società», ribadendo altresì che lo stesso «individualismo è la base filosofica della democrazia: una testa un voto» (p. 60).

⁴ Cfr. L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, pp. 148 e ss.

⁵ Sulla battaglia durante la Rivoluzione per reintrodurre i doveri accanto ai diritti cfr. M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, 1989, pp. 246 e ss.

⁶ L. Hunt, *The French Revolution and Human Rights: A Brief Documentary History*, New York, 1996.

⁷ Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, New York, 1977.

fanno uso nei documenti ufficiali dell'amministrazione americana, da sinistra, in chiave libertaria, Jimmy Carter, e da destra, in chiave conservatrice, Ronald Reagan. Ma soprattutto dopo la metà degli anni Settanta appaiono sulla scena importanti movimenti internazionali decisi a battersi per l'affermazione dei diritti umani come *Human Rights Watch*. Secondo Moyn la nuova utopia dei diritti umani non è affatto nata sulla scia dei dibattiti sull'Olocausto o a seguito della Dichiarazione dell'ONU del 1948 come generalmente si ritiene, bensì come risposta all'evidente e progressivo esaurirsi di antiche utopie come ad esempio quella dell'internazionalismo socialista o dei riformatori democratici del capitalismo. Di qui il carattere utopico del tutto originale di quei movimenti in lotta per una nuova moralità del genere umano: la loro vocazione antipolitica, cosmopolita, dichiaratamente contro lo Stato e la nazione, lo statalismo e il nazionalismo dei secoli precedenti colpevoli di aver creato il neocolonialismo e le moderne forme d'imperialismo.

Un punto tanto decisivo quanto assai discutibile a favore della discontinuità nella ricostruzione storica di Moyn sta infatti nel rivendicare all'utopia degli *Human rights* una profonda differenza: un vero e proprio distacco dal progetto culturale e politico dei *Rights of man* consacrati nella Dichiarazione del 1789. Laddove i primi traggono la loro essenza dall'essere la fonte di una nuova moralità del genere umano (*Burden of Morality* è il titolo del capitolo conclusivo del libro), mentre i secondi erano stati programmaticamente pensati per approdare ai diritti di cittadinanza proprio attraverso lo Stato e la nazione, i due ingredienti fondamentali della modernità politica dell'Occidente.

Fautore appassionato del realismo politico e del riconoscimento giuridico dei diritti come strada maestra per la loro protezione, Bobbio non avrebbe probabilmente apprezzato questa funzione solo morale, educativa e retorica dei diritti umani contrapposti ai diritti dell'uomo. Al di là delle conclusioni condivisibili come quelle sul carattere utopico dei movimenti ispirati ai diritti umani e della loro apparizione a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso come *Last Utopia*, il libro di Moyn avrebbe certamente suscitato il suo sconcerto anche perché esso sconta un forte e inaccettabile debito rispetto alla corretta conoscenza storica degli eventi del passato soprattutto

quando contrappone polemicamente *Human rights* e *Rights of man* fraintendendo i veri caratteri originali del progetto politico e culturale illuministico

Moyn sembra infatti ignorare gran parte dei risultati degli studi recenti sulle origini settecentesche dei diritti dell'uomo⁸. E in particolare il doppio carattere, allo stesso tempo utopico e realisticamente concreto, del progetto illuministico dei diritti dell'uomo, la sua invenzione e difesa ad oltranza dell'individuo contro lo Stato assoluto e l'Antico regime e poi contro il principio di nazionalità: il suo netto differenziarsi dalle idee e dalle azioni dei rivoluzionari e dei fautori del Terrore com'è facilmente verificabile dall'esperienza tragica di Condorcet morto nelle prigioni giacobine e dalle sue celebri pagine dell'*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*.

In quel libro, testamento e sintesi di un intero secolo di riflessione nonché vero manifesto finale del pensiero politico e sociale illuminista sui diritti, Condorcet spiegava che per definirsi tali i diritti dell'uomo richiedevano la contemporanea presenza di diverse qualità e caratteristiche: 1) devono essere naturalmente inerenti agli esseri umani in quanto tali; 2) devono essere uguali per tutti gli individui, senza alcun tipo di distinzione di nascita, di ceto, di nazionalità, di religione, di genere, di colore della pelle; 3) devono essere universali, cioè validi ovunque in ogni angolo del mondo; 4) occorre, infine, che essi siano considerati inalienabili e imprescrittibili di fronte ad ogni forma di istituzione politica o religiosa⁹. A tal fine egli ingaggiò una dura lotta a favore degli schiavi, dei diritti delle donne e delle minoranze religiose, già prima della Rivoluzione. Sul piano teorico, elaborò una moderna e secolarizzata filosofia della storia di tipo illuministico per spiegare la progressiva emersione di questi diritti dall'oblio attraverso le secolari lotte per la libertà come segno e prova evidente del progresso civile dell'umanità. Condorcet fu tra i primi a trasformare il tradizionale genere utopico elaborato da Tommaso Moro in qualcosa di nuovo a mai pensato sino ad allora cioè l'ucronia: un sogno politico e sociale proiettato non più in uno spazio immaginario, in un luogo inesistente, bensì in un tempo che non esiste, in un sogno futuro da realizzare. Nella *X epoca* dell'umanità, l'ultima, ancora da venire, egli descriveva in tal senso l'ucronia del trionfo finale dei diritti illuministici in ogni angolo della terra: «*Il arrivera donc, ce moment où le soleil n'éclairera plus, sur la*

⁸ Cfr. K. Cmiel, *The Recent History of Human Rights*, «The American Historical Review», 109 (2004), pp. 117 e ss.; L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Roma-Bari, 2010; D. Edelstein, *Enlightenment Rights Talk*, in «Journal of Modern History», 84, n. 3 (2014), pp. 312 e ss.

⁹ Per un quadro generale del tema dei diritti dell'uomo nel Settecento europeo mi sia consentito rinviare al mio libro recente *Storia dei diritti dell'uomo. L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari, 2014.

*terre, que des hommes libres, et ne reconnaissant d'autre maître que la raison; où les tyrans et les esclaves, les prêtres et leurs stupides ou hypocrites instruments n'existeront plus que dans l'histoire et sur les théâtres*¹⁰».

Storicamente nati all'origine come utopica idea morale per difendere l'uomo da se stesso, dalla sua omicida volontà di potenza e di potere in un momento in cui le religioni e i comandamenti di Dio non parevano più in grado di svolgere quella funzione, quei diritti Condorcet li aveva scoperti uno dopo l'altro, secolo dopo secolo come diritti innati all'individuo, obliati nelle lotte dell'uomo per l'emancipazione e il progresso dello spirito umano. Aveva altresì compreso che non bastava enunciarli retoricamente, ma occorreva rivendicarli, praticarli, garantirne finalmente «l'exercice» trasformandoli in «*droits politiques*» attraverso una Costituzione scritta. Insieme a Thomas Paine, a Gaetano Filangieri e a Francesco Mario Pagano, autore del *Progetto di Costituzione* della Repubblica napoletana del 1799, Condorcet fu tra i padri del “costituzionalismo illuministico”, una categoria storiografica ancora troppo poco conosciuta e talvolta erroneamente confusa con il costituzionalismo dei rivoluzionari nei manuali universitari¹¹. Un costituzionalismo davvero originale, programmaticamente diverso sia da quello delle comunità d'Antico regime, consuetudinario – che nella concezione machiavelliana di Montesquieu opponeva potere a potere, i corpi intermedi al re –, sia dal costituzionalismo rivoluzionario, dominato dalla volontà generale, dal primato del legislativo e della nuova sovranità nazionale. Al centro del costituzionalismo illuministico stavano invece prima di ogni cosa i diritti dell'uomo consacrati in una solenne Dichiarazione preliminare, la creazione di un conseguente ordinamento giuridico inedito per invararli come auspicava la nuova monumentale *Scienza della legislazione* di Filangieri o per proteggerli dalle degenerazioni della sovranità illimitata del legislativo come temeva Pagano, creando a tal proposito per difenderli uno strumento di ingegneria costituzionale come la Magistratura degli efori somigliante alle moderne corti costituzionali.

Storicamente, quella che noi oggi chiamiamo la “politica dei diritti” conobbe nel corso del Settecento strade differenti a seconda dei paesi in cui prese forma¹². Molto in breve basti dire che quella politica

trovò, ad esempio, in Inghilterra la sua mirabile sintesi nei *Commentaries on the Law of England* (1765-1769) di William Blackstone, dove i diritti erano rivendicati come una conquista storica frutto paziente delle lotte secolari del popolo inglese per la propria libertà ed emancipazione e garantiti dalla consuetudinaria *Old Constitution*. Più in generale, nel mondo anglosassone e in particolare nell'illuminismo scozzese, attraverso i lavori fondamentali di David Hume e di Adam Smith il linguaggio dei diritti dell'uomo venne politicamente neutralizzato attraverso un processo di legittimazione che lo faceva derivare teoricamente dai doveri di matrice stoica (nella versione *duty-based* di Pufendorf), dalla legge naturale e dal principio di sociabilità; era poi circoscritto allo spazio della sola giustizia: cioè programmaticamente escluso dalla sfera economica e dai suoi conflitti sociali, dal mercato cui era invece riconosciuta la piena autonomia morale a difesa della proprietà.

Assai differente fu l'interpretazione dei diritti elaborata in Francia nel corso del Settecento dai circoli illuministici. Qui la piena politicizzazione dei diritti, il loro uso nella sfera pubblica, come moderna “formula politica” e strumento retorico di forte mobilitazione e di lotta contro i privilegi e le ingiustizie dell'Antico regime ebbe inizio con l'impegno di Voltaire nel celebre *affaire Calas* e si sviluppò poi nella battaglia contro la tratta degli schiavi, attraverso le opere letterarie, teatrali, nella vera e propria “messa in scena” della difesa dell'uomo da parte di Rousseau, di Diderot, di Mercier, di Condorcet, o a favore dei diritti delle donne nelle opere teatrali e nella militanza di Olympe de Gouges, autrice di una Dichiarazione dei diritti delle donne ghigliottinata dai giacobini allora impegnati nel Terrore rivoluzionario per la sua contrarietà alla condanna a morte del re.

In Germania, nei territori del Sacro romano impero, la lotta per i diritti dell'uomo da parte di tanti giovani *Aufklärer* con a capo Schiller, Herder e Goethe, sviluppatasi nel corso della seconda metà del Settecento contro il dispotismo di uno stato assoluto ovunque egemone si concluse con il fallimento della propaganda dei diritti attraverso l'uso delle logge massoniche e in particolare del complotto politico della massoneria settaria di Weishaupt e degli Illuminati di Baviera. Quella sconfitta e la caccia alle streghe che ne seguì, così come gli sviluppi imperialistici della Rivoluzione francese nel segno della *Grande Nation*,

¹⁰ Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris, 1988, p. 270.

¹¹ Cfr. sui caratteri specifici del Costituzionalismo illuministico V. Ferrone, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Roma-Bari, 2008²; A. Trampus, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Roma-Bari, 2009.

¹² Per l'analisi storica complessiva e analitica rinvio al mio volume, *Storia dei diritti dell'uomo* cit.

interruppero definitivamente la diffusione e l'approfondimento del linguaggio dei diritti in chiave illuministica e costituzionale favorendone invece lo stravolgimento e la definitiva neutralizzazione politica con la promulgazione del Codice generale prussiano nel 1794. Quel testo – dove i diritti erano certamente enunciati ma in formulazioni giuridiche singolari che negavano il principio di eguaglianza e il loro originario carattere naturale e inalienabile – chiudeva l'intensa stagione cosmopolita e illuministica tedesca; in esso si ribadivano infatti scelte secolari di cultura politica ispirate al *Leviatano* di Hobbes, secondo cui solo lo Stato, nella sua moderna versione burocratizzata e legislativamente onnipotente, era in grado di generare e tutelare la società civile concedendo i diritti dall'alto ai suoi sudditi, anziché viceversa, come pensavano Locke e i repubblicani del Tardo Illuminismo che premettevano invece sempre l'esistenza dei diritti e della società civile allo Stato e alla sua legittimità.

Con la Rivoluzione francese e il Terrore il progetto illuministico di difendere, emancipare e rendere felice l'uomo attraverso la pratica dei diritti s'interruppe: finì sostanzialmente nell'oblio e in un cono d'ombra storiografico. La storia europea prese indubbiamente un'altra strada ancora tutta da ricostruire dal punto di vista dell'eredità di quel mondo e di quel linguaggio che mirava a proteggere l'individuo di fronte all'emergere dei fondamentalismi religiosi, del nazionalismo e dei fautori dell'onnipotenza dello Stato.

Oggi sappiamo che l'umanesimo illuministico italiano fu tra i protagonisti di quella stagione. Esso diede infatti un formidabile contributo alla nascita del moderno linguaggio dei diritti dell'uomo come limite invalicabile alla sovranità, alla sua controversa costituzionalizzazione e trasformazione in ordinamento giuridico. Senza l'opera di Cesare Beccaria, di Antonio Genovesi, di Gaetano Filangieri e di Mario Pagano l'Occidente sarebbe probabilmente assai diverso¹³. Gli illuministi italiani s'interrogarono a lungo nei loro scritti sulla dialettica tra gli stessi diritti, su come riconoscerli, rivendicarli, esercitarli e infine garantirli scegliendo, com'era nella tradizione politica italiana, la strada maestra del governo delle leggi, del diritto, della garanzia dei giudici a presidio della costituzione e dei diritti, contro la demagogia del primato assoluto della politica di nuovi futuri despoti.

Peccato che proprio quei meriti straordinari, quelle riflessioni così profonde e attuali siano ancora tanto poco conosciute e discusse proprio dal mondo cui erano in primo luogo dirette. Quella originale "cultura dei diritti" dell'Illuminismo italiano risulta infatti ancora del tutto assente dai nostri manuali universitari, financo marginale per non dire inesistente nella formazione dei giuristi italiani chiamati oggi a confrontarsi con un linguaggio che sembra a volte venire dall'esterno, quasi come un corpo estraneo alle nostre autentiche tradizioni giuridiche, fatte ancora soprattutto di codici e di formalismi.

¹³ Preziosa e condivisibile risulta in tal senso la messa a punto del dibattito odierno tra sovranità, democrazia, potere giurisdizionale, potere politico e diritti in S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, pp. 55 e ss.

Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli *

di Vladimiro Zagrebelsky

Evidenziando come, in relazione a ricorsi individuali fondati su nuove richieste di tutela che gli ordinamenti nazionali non sapevano garantire, il giudice esterno all'ordinamento abbia tutelato i diritti fondamentali a livello sovranazionale con giurisprudenza evolutiva, l'Autore sottolinea che tale allargamento della tutela non ha portato a banalizzare i diritti perché si tratta sempre di diritti fondamentali, frutto di evoluzione culturale e sociale. Semmai di banalizzazione della tutela può parlarsi non per l'area dei diritti protetti ma per il livello di protezione assicurata, nei casi in cui la lesione ai diritti fondamentali, pur non essendo grave, richiede comunque (ad esempio, perché si rivelano carenze strutturali dell'ordinamento nazionale) l'intervento del giudice sovranazionale, il quale finisce con il proteggerli con meri indennizzi, come se fossero diritti qualunque.

Parlano di banalizzazione dei diritti fondamentali, sia coloro che sono allarmati da una tendenza che rischia di indebolirne l'idea stessa, sia coloro che prendono pretesto per contrapporre ai diritti i doveri e lamentano l'invadenza dei diritti (e dei giudici che ne sono l'inevitabile corollario). Vedo il fenomeno e mi pongo dalla parte dei primi.

Vi è intanto una questione preliminare, che attiene alla terminologia. È difficile chiamar diritto una pretesa che in nessun modo può farsi valere davanti ad un giudice. E' possibile farlo naturalmente quando però si abbia chiaro che ci si pone sul piano politico o su quello morale e si sappia che la promozione o la rivendicazione possono realizzarsi con i modi propri dell'azione politica o morale. Ma la confusione di piani è deleteria e frustrante quando porti alla constatazione dell'inefficacia della protezione giudiziaria. La protezione giudiziaria non è in assoluto migliore di quella che può derivare dal successo di una lotta politica, sociale, morale, ma ha la specifica qualità di riguardare e risolvere i casi individuali. Ne seguiranno

conseguenze generali, per la forza del precedente, ma prima di tutto il giudice risponde alla domanda posta dal caso singolo. La giustiziabilità – il grado di giustiziabilità – della pretesa dovrebbe essere il discrimine tra ciò che è diritto e ciò che non lo è o non lo è ancora. È ben chiaro però che il criterio indicato è lontano dall'offrire inequivoci risultati. L'esempio della vasta area che ricade nella categoria dei diritti sociali fornisce valida conferma della varia esistenza della possibilità di ricorrere efficacemente al giudice.

Una vicenda abbastanza recente, riguardante il diritto all'abitazione, merita di essere brevemente narrata. A fronte di ricorrenti manifestazioni di *sans abris* nel centro della capitale francese, il Governo, con gran pubblicità introdusse una riforma che trasformò il diritto all'abitazione in *droit opposable*. Chi, secondo la legge vigente, aveva diritto a un alloggio popolare poteva ricorrere al giudice amministrativo per far constatare il suo diritto. Ottenuta la sentenza favorevole, rimane però in lista presso la Prefettura in attesa della disponibilità di un alloggio assegnabile.

* Lo scritto qui pubblicato è frutto di un dialogo tra l'Autore, Vincenzo Ferrone e Pasquale De Sena svoltosi il 29 gennaio 2015, in Roma, nella sede della Fondazione Lelio e Lisli Basso (Isocco) della cui cortese ospitalità si desidera ringraziare la presidente Elena Paciotti (NDR).

Ecco un caso esemplare di apparente rafforzamento di un diritto condizionato dalla materiale disponibilità di risorse pubbliche, mediante l'introduzione di una giustiziabilità (necessariamente) debole, se non addirittura fittizia.

Ma gli evanescenti confini del diritto, definito sulla base della possibilità del ricorso al giudice, divengono anche più evidenti quando si consideri la varietà dei giudici cui si può immaginare di ricorrere. Mi riferisco alla (equivoca) natura multilivello della protezione dei diritti fondamentali, dove l'intervento della Corte europea dei diritti umani o, prima di essa, quando trattasi di controversia che ricade nell'ambito del diritto dell'Unione, della Corte di giustizia, è giustificata dalla inesistenza o dalla inefficacia del rimedio nazionale.

La mancanza di una distinzione quanto più possibile rigorosa tra il diritto che trova tutela davanti al giudice nazionale e quello che ad esso aggiunge la protezione internazionale offerta, nell'area regionale europea, dalla Convenzione europea dei diritti umani e dalla sua Corte è il terreno su cui la cd. banalizzazione dei diritti fondamentali ha modo di crescere. E naturalmente la questione riguarda sia il piano tecnico-giuridico sia quello del linguaggio comune. Quest'ultimo è naturalmente meno rigoroso, ma non meno importante poiché all'estensione infinita del richiamo ai diritti fondamentali corrisponde l'ampliarsi delle attese di protezione giudiziaria (ed anche delle inevitabili disillusioni).

Nell'area europea – oltre alle dichiarazioni e ai trattati di portata universale – vigono due carte che elencano diritti fondamentali. La Convenzione europea dei diritti umani porta una serie di diritti e libertà alla cui protezione sovrintende un sistema che vede al centro la Corte europea. Si tratta di un sistema che riguarda i 47 Stati della grande Europa del Consiglio d'Europa. I diritti e le libertà che la Convenzione considera, nel contenuto che essi assumono nella giurisprudenza della Corte europea, compaiono anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale però menziona anche diritti ulteriori (oltre che principi). Di essi, una parte corrisponde a diritti sociali che, nell'ambito del Consiglio d'Europa, sono oggetto della Carta sociale con il suo sistema paragiudiziario di tutela. Questa descrizione costituisce solo un cenno, che non può qui essere sviluppato, ma che inquadra la complessità degli ambiti e dei livelli. Essa mette innanzitutto in luce che l'elenco dei diritti fondamentali non corrisponde a quello ben più vasto dei diritti riconosciuti dalle leggi nazionali (comprese le Costituzioni nazionali).

I diritti e le libertà fondamentali riconosciuti a livello europeo sovranazionale vengono da una storia diversa, in qualche modo persino antagonista, rispetto alle vicende delle legislazioni nazionali. La loro

origine extra o pre-statale fa sì che essi si impongano al legislatore nazionale e spiega l'istituzione di un giudice che assicura un "controllo esterno". Ambito dei diritti considerati per assegnar loro la qualità di "fondamentali", riconduzione del loro fondamento al livello sovranazionale e istituzione di una sede giudiziaria di controllo esterno sono aspetti ineludibilmente legati. Un simile sistema riguarda solo quei diritti che la storia dell'evoluzione culturale e morale della società umana – qui si tratta dell'Europa – ha portato a ritenere fondamentali, propri della persona umana come tale, non concessi ma necessariamente riconosciuti dagli Stati.

È necessario tener sempre presente il confine che tiene distinti i diritti dai diritti fondamentali. Solo questi ultimi richiamano e ammettono il ricorso al giudice esterno agli Stati nazionali. Solo la natura fondamentale del diritto giustifica la giurisdizione del giudice esterno e della sua opera di interpretazione evolutiva alla ricerca della sintonia con la dinamica propria della società europea.

Ma dove corre il confine che separa un diritto da un diritto fondamentale? Un primo orientamento discende dall'elenco dei diritti contenuti nella Convenzione europea dei diritti umani (cui si sono aggiunti i diritti menzionati in successivi protocolli), nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e nella Carta sociale europea. Si tratta di elenco vasto e ad esso si aggiungono altri diritti, oggetto di altri Trattati riguardanti materie specifiche. L'importanza dei diritti della Convenzione europea e del sistema giudiziario che li accompagna, unitamente al fatto che i diritti corrispondenti della Carta dell'Unione hanno il contenuto definito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, giustifica – discutendo il tema della banalizzazione dei diritti fondamentali – il fatto che su di essi si concentri l'attenzione.

I diritti enunciati nella Convenzione europea, come anche negli altri strumenti internazionali, sono descritti in termini estremamente ampi, così che l'interpretazione evolutiva operata dalla Corte può manifestarsi con grande facilità, sulla spinta di una crescita evidente e rapida che in diversi campi caratterizza la società europea e la sua cultura. Altrettanto ampie sono le formule usate dalla Convenzione per indicare le possibili ragioni di imporre limiti e condizioni all'esercizio dei diritti. L'esempio maggiore di diritto che ha manifestato una grande attitudine a darsi contenuti via via più ampi e vari è quello al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Conv.). Al suo ambito è stato ricondotto il diritto a non subire interferenze da un ambiente inquinato (inquinamento sonoro, chimico, ecc.). La Corte europea, vincolata alla Convenzione che ha fissato l'area del consenso degli Stati che l'hanno ratificata, ma non adepta dell'originalismo, nega di creare nuovi diritti per via interpretativa e af-

ferma di limitarsi ad enucleare nuovi aspetti di diritti già menzionati nella Convenzione. Come che sia, è interessante notare che l'evoluzione giurisprudenziale non nasce ad opera spontanea della Corte, ma è indotta dal tenore dei ricorsi individuali presentati alla Corte. Vi è una giurisprudenza evolutiva, ma prima ancora è evolutivo il tenore dei ricorsi. È evidente che non vi sono sentenze se non vi sono ricorsi. Nel corso del tempo vengono introdotti ricorsi che in altra epoca non erano nemmeno immaginabili. Quelli fondati sul diritto ambientale sono l'esempio più chiaro. Di un simile diritto (espressamente menzionato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione solo nel 2000), non v'è traccia nel testo e nei lavori preparatori della Convenzione del 1950. Esso divenne ipotizzabile solo in seguito, seguendo il crescere di una diffusa sensibilità sociale che lo valorizzava. Chi per primo ne fece oggetto di un ricorso alla Corte europea divenne strumento dell'evoluzione giurisprudenziale. Un'evoluzione che è il risultato di un'opzione metodologica adottata dalla Corte nell'esercizio della competenza assegnatale dall'art. 32 Conv. e che gli Stati parti della Convenzione non hanno mai contestato, con la conseguenza di confermarne la corrispondenza alla volontà espressa nel Trattato (art.31/3 b) Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati).

Il nesso inscindibile tra ricorso e sentenza, segna l'importanza che assume il sistema adottato dalla Convenzione europea (specie dopo la riforma che gli Stati hanno introdotto nel 1998 con il Protocollo n.14), che si fonda sul ricorso individuale, diretto e senza filtri. Si tratta di un sistema che in ogni occasione gli Stati indicano come pilastro del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali. E in effetti si tratta di sistema (di cui qui non si esaminano gli effetti deleteri derivanti dalla quantità ingestibile dei ricorsi introdotti annualmente), che ha una essenziale incidenza sia sulla tutela offerta ai singoli e sulla posizione dell'individuo sul piano sovranazionale, sia sul tipo di giurisprudenza che induce. A quest'ultimo aspetto ora va riservata attenzione.

La Corte europea, a essenziale differenza di Corti costituzionali come quella italiana ed anche della Corte di giustizia dell'Unione, e similmente a quanto fanno i giudici nazionali ordinari, risponde a quesiti di compatibilità con i diritti convenzionali di vicende specifiche e individuali. Lo fa sulla base della richiesta di chi si presenta come vittima di una violazione e della narrazione che fa della sua vicenda e della denunciata inefficacia della soddisfazione ottenuta in sede nazionale. Il Governo convenuto in giudizio avanti la Corte, tende spesso a rispondere con richiamo alla sua legge nazionale e alla ragionevolezza del tenore di una normativa che per sua natura è "generale e astratta". Ma la Corte è chiamata ad assicurare, come essa ripete, diritti "concreti e effettivi". Lo scarto dunque tra le-

galità nazionale e rispetto dei diritti individuali della Convenzione è strutturale. Si può addirittura dire che la Corte europea è istituita per dichiararlo. È quindi inevitabile che le sentenze della Corte (che peraltro riguardano i ricorsi restanti dopo che circa il 95% di essi è dichiarato irricevibile) siano in gran prevalenza di violazione e indichino quindi come obbligatorio un livello di tutela del diritto fatto valere più elevato di quello che il giudice nazionale ha affermato. Buona parte dello sviluppo giurisprudenziale delle obbligazioni positive di tutela dei diritti convenzionali, ha avuto modo di manifestarsi nella varietà concreta dei casi sottoposti al giudizio della Corte.

Venendo ora al tema della banalizzazione, ritengo che vada escluso che il termine possa ragionevolmente riguardare l'ampliarsi progressivo dell'area dei diritti coperti dalla protezione offerta dalla Convenzione europea e dalla giurisprudenza della Corte. La valutazione operata dalla Corte – pur difficile e dal risultato spesso opinabile – tende a seguire l'evoluzione di culture e concezioni elaborate nella società europea. In questo senso, in linea di principio, non crea, ma dichiara. La tesi secondo la quale sarebbe un'esigenza propria dei sistemi democratici che la risposta a simile evoluzione fosse data dai parlamenti, si scontra con la constatazione della loro frequente inettitudine e dell'urgenza dei casi concreti. Comunque – riconoscendo la natura fondamentale dei diritti considerati – i parlamenti stessi hanno provveduto a mettere in piedi un sistema di protezione dei diritti fondamentali basato sulla giurisprudenza di una Corte indipendente di giustizia. E l'esecuzione delle sue sentenze è rimessa alla sorveglianza (meglio, alla gestione) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, cioè dell'insieme dei governi.

Ma allora non c'è una questione che possa riassumersi nella formula della "banalizzazione dei diritti fondamentali"? C'è, ma riguarda non tanto l'area dei diritti, quanto il livello del loro riconoscimento non soltanto come diritti, ma come diritti fondamentali. Ed allora la resistenza alla banalizzazione deve venire dalla giurisprudenza della Corte europea, che ad esempio, invece di enfatizzare singole carenze procedurali in particolari momenti delle procedure giudiziarie, dovrebbe invece valorizzare ciò che essa stessa afferma (ma spesso dimentica), che l'equità di una procedura va apprezzata nel complesso e non nel dettaglio (art. 6 Conv.). In tal modo si eviterebbe il problema serio del difficile impatto di singole sentenze della Corte sul sistema processuale dello Stato convenuto in giudizio e dell'ancor più difficile influenza sulla generalità degli altri sistemi europei. In generale la Corte dovrebbe dare il massimo spazio operativo al nuovo criterio di irricevibilità dei ricorsi individuali per il fatto che il ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio importante. In ordine a tale criterio tut-

tavia va considerato che opera il limite del generale interesse della protezione dei diritti fondamentali, cosicché violazioni di ridotta o infima gravità per il ricorrente possono tuttavia richiedere una sentenza della Corte, se si tratti di violazioni ripetitive che rivelano una carenza strutturale del sistema statale. Il sistema opererebbe in modo corretto se gli Stati fossero fedeli all'impegno assunto ratificando la Convenzione ed evitassero quindi, specialmente dopo una sentenza della Corte, di perseverare nelle violazioni e se, in caso contrario, il Comitato dei ministri fosse efficiente e rigoroso nell'imporre agli Stati di adeguarsi agli obblighi assunti.

Per altro verso va ricordato che la rilevanza della gravità della lesione, come criterio per riconoscere o negare la violazione di un diritto fondamentale è presente nella giurisprudenza della Corte europea. Lo è particolarmente in ordine ad un diritto fondamentale com'è il divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti (art.3 Conv.), ove la Corte afferma che non ogni sofferenza inflitta (oltre ciò che è inevitabile e normale portato di una pena legale) integra la violazione del diritto. Un certo livello di patimento deve essere sorpassato perché sia ravvisabile la violazione del diritto previsto dalla Convenzione (e dunque la riconoscibilità di un diritto fondamentale). E quel livello deve dalla Corte essere identificato tenendo conto della natura del divieto, che è assoluto, sottratto a ogni condizione, non sospendibile nemmeno in caso di pericolo per la sicurezza dello stato (art.15 Conv.).

Il desiderio della Corte di estendere e rinforzare la protezione dei singoli rispetto alle azioni pregiudizievoli degli Stati tuttavia si manifesta talora con un abbassamento del livello minimo di lesione perché la violazione sia riconosciuta. Ma abbassato quel livello e riconosciuta quindi più facilmente la violazione dell'art. 3 Conv., la Corte ha difficoltà a tirare le conseguenze di una così grave violazione dei diritti fondamentali della persona. Ed allora essa si astiene dall'indicare al Governo responsabile della violazione la sola via ragionevole per rimediare, che consiste innanzitutto nella cessazione immediata del trattamento inumano, fosse anche per la via della scarcerazione di un detenuto. La Corte – è il caso delle violazioni automaticamente dichiarate per il solo fatto del sovraffollamento carcerario – se ne astiene e si limita a stabilire un indennizzo economico, come se si trattasse sì di un diritto, ma di un diritto qualunque. Non di

un diritto appartenente al cuore di quel patrimonio della dignità della persona che la Comunità internazionale ha assunto l'onere di difendere superando la sovranità degli Stati, con lo straordinario strumento dell'intervento giudiziario esterno. Il motivo per cui la Corte si limita all'indennizzo economico risiede nella consapevolezza del contenuto grado di gravità della sofferenza procurata al singolo ricorrente (inumana sì, ma solo un poco!) ed anche nella considerazione che si tratta di situazioni massicciamente presenti in numerosi Stati europei. Una violazione dell'art. 3 Conv. "presa sul serio" richiederebbe una posizione rigida da parte della Corte, ma, abbassato il livello della violazione dichiarata, la Corte non si sente di assumerla. Diversamente operando, anziché alla stigmatizzazione dello Stato che ha commesso la violazione, si assisterebbe alla solidarietà degli altri Stati europei (almeno in sede di esecuzione delle sentenze da parte del Comitato dei ministri). Ed invece la stigmatizzazione dello Stato violatore è un tratto strutturale del sistema convenzionale, come dimostra la previsione del ricorso interstatale, non subordinato alla condizione che lo Stato ricorrente sia vittima della violazione imputata ad altro Stato europeo.

Un diritto fondamentale, tra i più fondamentali, viene quindi trattato come un diritto qualunque, la cui violazione è monetizzabile. L'intenzione di estendere la protezione si traduce nella riduzione della natura e posizione del diritto. La sua banalizzazione, appunto, che, una volta avvenuta, diventa caratteristica del diritto che ne è stato colpito. L'esempio fatto riguarda un caso specifico e una materia che per natura è atta a distogliere da considerazioni di sistema. E tuttavia queste sono importanti ed il fenomeno ha, portata e conseguenze generali. Una correzione non porterebbe necessariamente a collegare alla minor facilità di riconoscere la violazione della Convenzione nel caso del ricorrente una più ristretta definizione dell'ambito del diritto. Le sentenze della Corte, come è noto contengono due parti distinte: le affermazioni di principio e l'applicazione nel caso concreto.

Nell'attuale stato di cose, spesso appare giustificata l'impressione che, portato dal prevalente rilievo assegnato al caso del ricorrente, vi sia un rilevante scarto tra il tenore di molte sentenze della Corte europea e ciò cui si riferisce, ciò che implica e ciò che richiede il sistema di protezione dei diritti fondamentali, che distingue l'Europa da tutto il resto del mondo.

(Ri)Alzare la testa per recuperare memoria*

di Pasquale De Sena

Nel registrare come la lotta al terrorismo o, per altro verso, politiche imposte dalla crisi finanziaria ed economica mondiale abbiano compromesso alcuni diritti fondamentali, l'Autore rileva che la crisi dei diritti umani è in realtà espressione di un fenomeno profondo, che si manifesta nell'allontanamento progressivo da alcuni dei motivi sostanziali posti a fondamento del funzionamento del sistema internazionale di tutela dei diritti umani e nella sottovalutazione del legame tra le varie categorie di diritti.

1. Molto si discute della crisi dei diritti dell'uomo dal punto di vista della loro tutela giuridica internazionale. Il più delle volte si allude alla compressione cui diritti internazionalmente previsti sono stati sottoposti, in ragione della necessità di difendersi dal terrorismo, nel corso degli anni 2000. Si tratta, naturalmente, di un riferimento del tutto appropriato, se solo si pensa, per esempio, alla pratica delle "renditions"¹ o a quella delle "rassicurazioni diplomatiche"², entrambe oggetto di pronunce da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo³. Altrettanto appropriato è il riferimento che viene fatto alla crisi economico-finanziaria mondiale ed europea, allorché si segnala la compressione alla quale sono andati incontro taluni diritti, soprattutto a contenuto sociale, per effetto di siffatta congiuntura⁴.

Tuttavia, la crisi di cui è oggi opportuno parlare in tema di diritti dell'uomo è di portata più significativa rispetto a quella che si ricollega alla questione del terrorismo internazionale o anche agli effetti sociali della crisi economica, in sé e per sé considerati. È un fenomeno profondo, che si manifesta, per un verso, nella dimenticanza del significato *storico* di certi principi in materia di diritti, e, per altro verso, nella sottovalutazione del legame ineludibile che sussiste fra *diverse* categorie di diritti, indipendentemente dal *diverso* regime di tutela per essi predisposto

2. Quanto al *primo* aspetto, vorrei qui ricordare, a titolo di esempio, un caso in tema di interpretazione della nozione di dignità umana, che,

* Lo scritto qui pubblicato è frutto di un dialogo tra l'Autore, Vincenzo Ferrone e Vladimiro Zagrebelsky svoltosi il 29 gennaio 2015, in Roma, nella sede della Fondazione Lelio e Lisli Basso (Isocco) della cui cortese ospitalità si desidera ringraziare la presidente Elena Paciotti (NDR).

¹ V. *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, sentenza del 13 dicembre 2012 ([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115621#{"itemid":\["001-115621"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115621#{)).

² V. *Saadi v. Italy*, sentenza del 28 febbraio 2015 ([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85276#{"itemid":\["001-85276"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85276#{)).

³ V. note precedenti.

⁴ V., ad es., i contributi di G. Adinolfi, A. Viterbo, F. Costamagna, N. Napoletano e M. Fasciglione, contenuti nella sezione *Crisi economico-finanziarie e tutela dei diritti umani* (a cura di Nicola Napoletano), in *Diritti umani e diritto internazionale*, 201, pp. 319-450.

seppure un po' risalente nel tempo, mi pare degno della massima attenzione, avendo dato luogo ad una pronuncia di una delle massime istituzioni giurisdizionali di questo Continente, quale la Corte di giustizia dell'Unione europea (all'epoca, Corte di giustizia CE). Si tratta del caso "Omega"⁵, il quale prende avvio da un provvedimento adottato dal Sindaco di Bonn nel 1994, con cui quest'ultimo aveva vietato alla società tedesca Omega – per motivi di ordine pubblico, in applicazione dell'art. 14 dell'"*Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen*" – di far praticare nel suo "laserdromo" di Bonn un gioco consistente nel «colpire deliberatamente uomini mediante raggi *laser* o altri strumenti tecnici (come, ad esempio, raggi infrarossi), nonché il cosiddetto "omicidio simulato", sulla base della registrazione dei colpi mandati a segno».

A seguito di una molteplicità di ricorsi, proposti dalla società "Omega" contro questo provvedimento, la questione era giunta sino al *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo federale) che, uniformandosi alle decisioni precedentemente rese in proposito da altri tribunali, aveva concluso che il gioco suddetto – nella variante del "gioco ad uccidere" – dovesse considerarsi contrario al principio della dignità umana, consacrato dall'articolo 1 della Costituzione tedesca⁶. Nel contempo, il *Bundesverwaltungsgericht* chiedeva alla Corte di giustizia di verificare se tale soluzione, ancorché conforme al diritto tedesco, non risultasse tuttavia contraria, rispettivamente, ai principi comunitari della libertà di circolazione dei servizi e delle merci, previste dagli articoli 28 e 49 del Trattato CE dell'epoca (rispettivamente, articoli 34 e 56 del TFUE). Esso domandava di accertare, cioè, se il divieto disposto dal Sindaco di Bonn non si fosse tradotto, sia in un limite alla libertà di operare in territorio tedesco per la società britannica (Pulsar) – con la quale la società Omega aveva concluso un contratto di *franchising*, riguardante appunto il gioco incriminato –, sia in un ostacolo, per la stessa società Omega, ai fini dell'importazione, dal Regno Unito, di beni di equipaggiamento del suo "laserdromo" (in particolare, apparecchi *laser* da tiro), necessari allo svolgimento del gioco.

Alla questione in esame la Corte di giustizia ha risposto, confermando la decisione del *Bundesverwaltungsgericht*, in base alla quale il suddetto divieto doveva considerarsi giustificato, in quanto rispondente all'esigenza di tutelare il principio della

dignità umana di cui all'articolo 1 del *Grundgesetz*. Più esattamente, dal punto di vista dell'(allora) ordinamento comunitario (oggi, ordinamento dell'Unione), questa fondamentale esigenza viene ritenuta riconducibile al rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, e, dunque, in grado di comprimere legittimamente anche libertà economiche fondamentali.

Ciò che è significativo notare ai nostri fini è che, pervenendo ad una simile conclusione, la Corte di giustizia ha fatto propria l'impostazione adottata dalla giurisdizione amministrativa tedesca; e cioè, l'idea che la dignità umana possa ritenersi violata, indipendentemente dal verificarsi di una violazione della dignità di un *singolo* individuo, anche quando il comportamento rilevante sia contrario alla *concezione generalmente accettata* della dignità medesima. Tale doveva ritenersi, a giudizio del *Bundesverwaltungsgericht*, la pratica del "gioco ad uccidere", essendo idonea a rappresentare la degradazione di un individuo a mero strumento di un altro, e configurandosi, perciò stesso, come pratica contraria alla clausola generale di ordine pubblico, interpretata, a sua volta, alla luce della nozione di dignità, desumibile dall'articolo 1 del *Grundgesetz*.

È difficile peraltro non rilevare quanto sia lontana una simile interpretazione dall'idea che la dignità umana costituisca il limite che l'azione del pubblico potere non può oltrepassare, nel dispiegarsi a discapito di diritti ed interessi di singoli individuali; idea, quest'ultima sulla cui base si fonda l'intero edificio del Diritto internazionale dei diritti umani, così come questo nasce dall'esperienza della seconda guerra mondiale, in particolare dell'Olocausto. Dov'è infatti la compressione della sfera soggettiva dell'individuo da parte dell'autorità pubblica in un simile caso? Non è singolare, e non deve forse far riflettere, per contro, la circostanza che la dignità umana venga richiamata per "riempire" la clausola dell'ordine pubblico (da parte del *Bundesverwaltungsgericht*), secondo un'interpretazione che finisce per essere recepita dalla Corte di giustizia UE, con effetti (almeno potenzialmente) per tutti gli Stati membri?

3. Il secondo esempio riguarda la sottovalutazione degli effetti *profondi* della compressione di alcuni diritti sociali, derivante dalla crisi economica mondiale ed europea. Di tale fenomeno hanno avuto modo di occuparsi, anche di recente, sia giurisdizio-

⁵ *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, sentenza del 14 ottobre 2004 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=49221&doclang=IT>).

⁶ Ivi, paragrafi 3 ss.

ni nazionali⁷, che organi di controllo sovranazionali⁸. Non è però né sugli esiti delle relative decisioni, né sulle logiche seguite per adottarle che è qui il caso di porre l'accento. Si tratta piuttosto di sottolineare i riflessi che la compressione di alcuni dei suddetti diritti, in particolare del diritto all'istruzione, è in grado di produrre anche sull'effettivo godimento di diritti politici tradizionali, fra i quali la libertà di manifestazione del pensiero o il diritto di voto.

Non vi è dubbio, infatti, che il diritto all'istruzione presenti una dimensione "civile e politica", come risulta con chiarezza, sul piano giuridico-internazionale, dall'articolo 13 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. In tale disposizione (par. 1), si afferma anzitutto che l'istruzione costituisce mezzo di realizzazione del "*sense of dignity*" della personalità umana, presupposto per la partecipazione dell'individuo alla vita collettiva "*in a free society*", strumento di promozione della reciproca comprensione fra diversi gruppi etnici, nazionali, razziali e religiosi; a ciò si aggiungono gli obblighi di garantire l'istruzione secondaria (par. 2, lettera b) e l'istruzione superiore (par. 2, lettera c) ad accesso gratuito, i quali, ben più dell'obbligo di garantire l'istruzione primaria, appaiono direttamente preordinati a concretizzare il diritto all'istruzione nella sua dimensione di presupposto fondamentale per l'esercizio di libertà civili e politiche. Seppure sprovvisti di efficacia precettiva immediata, i principi in questione sono tutt'altro che privi di efficacia precettiva, come risulta dal *General Comment* del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali (CDESC) PDESC, nel quale si chiarisce che gli Stati hanno una "*specific and continuing obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards the full realization of article 13*"⁹.

Non vi è peraltro chi non veda che le politiche imposte dalla crisi finanziaria ed economica mondiale hanno fortemente compresso il diritto all'istruzione, con la stessa "complicità" di istituzioni internazionali, agenti peraltro nell'esercizio delle loro competenze. Sul piano *globale*, possono qui citarsi le misure di

"condizionalità" adottate dalla Banca mondiale (che è un istituto specializzato delle Nazioni unite), già nel corso della prima metà degli anni 2000, nel contesto dell'aiuto finanziario concesso a Paesi in sviluppo; misure, nell'ambito della quali, a tacer d'altro, non è previsto alcun vincolo di destinazione delle risorse attribuite alla realizzazione *progressiva* di un sistema di istruzione secondaria e superiore ad accesso gratuito, come richiesto dall'articolo 13 del Patto¹⁰. Sul piano *europeo*, è appena il caso di accennare alle politiche con cui gli Stati dell'area euro hanno generalmente dato esecuzione alle prescrizioni in materia di bilancio, già contenute nel Patto di stabilità (poi rafforzate da un insieme di accordi internazionali, culminati nel cd. *Fiscal Compact*), ovvero, alle azioni imposte da accordi di prestito relativi a singoli Paesi della stessa area – quali Portogallo e Grecia – volte a realizzare il rispetto di dette prescrizioni. Tali politiche ed azioni, nella misura in cui hanno implicato una *regressione* (meglio dire, forse, un'inversione) del processo di generalizzazione dell'accesso gratuito all'istruzione secondaria e superiore, sono senz'altro in contrasto con l'articolo 13 del Patto (di cui gli Stati coinvolti sono parti), in particolare con la dimensione civile e politica del diritto all'istruzione, ricavabile da tale disposizione.

4. Solo apparentemente, i casi appena segnalati, pur essendo distanti sul piano dei diritti e dei valori che ne costituiscono oggetto, possono esser considerati come distanti fra di loro (perlomeno) da un importante punto di vista. Sia pure per ragioni diverse, essi sono infatti espressione di un progressivo *allontanamento* da alcuni dei motivi sostanziali, di fondo, del sistema internazionale di tutela internazionale dei diritti umani. Di tali motivi si è già detto poc'anzi con riguardo alla vicenda della nozione della dignità umana nell'ambito del caso "Omega". Qualcosa di simile è accaduto anche con riferimento al diritto all'istruzione, irrinunciabile – ancorché, spesso trascurato –

⁷ Si veda, ad es., l'"Acórdão" n. 187/2013, del 5 aprile 2013, reso dal *Tribunal constitucional* portoghese (*Diário da República*, 1ª série – n. 78 – 22 aprile 2013, p. 2328 ss.), in ordine alla compatibilità rispetto a principi costituzionali fondamentali di alcune misure comprese nel bilancio dello Stato del 2013, in esecuzione di impegni internazionali assunti dallo Stato in cambio di aiuti finanziari (R. Cisotta, D. Gallo, *Il Tribunale costituzionale portoghese, i risvolti sociali delle misure di austerità ed il rispetto dei vincoli internazionali ed europei*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 465 ss.).

⁸ Si tratta delle decisioni rese dal Comitato europeo dei diritti sociali sui reclami collettivi di alcuni sindacati greci contro misure di politica economica adottate in Grecia: v., anche per i riferimenti, L. Mola, *Le "misure di austerità" adottate dalla Grecia davanti al Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 419 ss.

⁹ *General Comment* No. 13, UN DOC E/C.12/1999/10 dell'8 dicembre 1999, par. 44 (<http://www.refworld.org/docid/4538838c22.html>).

¹⁰ Mi permetto di rinviare a P. De Sena, *Banca mondiale, diritto all'istruzione e Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in N. Boschiero, R. Luzzatto (a cura di) *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico* (XII Convegno della Società italiana di diritto internazionale), Napoli, 2008, p. 123 ss., pp. 130-134.

presupposto del godimento di libertà civili e politiche. Si può senz'altro osservare che la previsione dell'articolo 13, nel disporre la progressiva realizzazione di un sistema di accesso gratuito all'istruzione secondaria e superiore, si riconnette a una vicenda politico-economica largamente esaurita sul piano storico, quale quella dello stato sociale. È però difficile negare che il suddetto principio è, non solo propedeutico alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale (ciò che attiene alla dimensione *sociale* del diritto all'istruzione), ma anche, per l'appunto, all'effettivo (=consapevole) esercizio della libertà di manifestazione o del diritto di voto. Ed è, dunque, altrettanto difficile negare che esso (principio), pur concernendo apparentemente solo un diritto "sociale", costituisce, in realtà, la naturale evoluzione della stessa tradizione dei *diritti civili e politici* appena menzionati. Da questa tradizione gli sviluppi accennati sono, invece, ben più lontani di quanto appaiano

Molti sono naturalmente gli esempi che si potrebbero ancora indicare, a proposito del progressivo *allontanamento* dalle radici di fondo del fenomeno della tutela internazionale dei diritti dell'uomo, così come questo si è manifestato a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale. Basti solo pensare alla latitanza, nel quadro generale del dibattito seguito al-

l'orribile attentato a *Charlie Hebdo*, della considerazione secondo la quale "il senso" più "profondo della libertà di espressione risiede nella tutela del debole che critica il potere"¹¹, come si desume facilmente dalla pregressa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹². Considerazione, quest'ultima, che, se fosse stata diffusamente presente, avrebbe fatto probabilmente emergere un maggior livello di consapevolezza sul punto – evidentemente cruciale – del significato della libertà di espressione in società pluri-etiche e a forte tasso di disuguaglianza.

Quanto appena posto in risalto riguarda non solo gli operatori del diritto, ma soprattutto i decisori politici, la stampa e la stessa opinione pubblica. Né è qui possibile, neppure in forma di accenno, sviluppare discorsi in relazione al ruolo che i suddetti operatori potrebbero svolgere per contribuire al recupero, ancorché critico, della memoria dei motivi di fondo del fenomeno della tutela giuridica internazionale dei diritti umani. In ogni caso, ... (ri)alzare la testa al fine di recuperare siffatta memoria – come hanno fatto, per esempio, di recente, il Tribunale di Firenze, e poi la Corte costituzionale italiana, con la sentenza 238/2014, affermando la prevalenza del diritto di accesso a un giudice sulla disciplina internazionalistica in tema di immunità degli Stati¹³ – è senza dubbio indispensabile.

¹¹ Così, giustamente, L. Pasquet "Alcuni pensieri su «Charlie Hebdo», la libertà d'espressione e le leggi liberticide", in SIDIBlog (18 gennaio 2015): <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1259>.

¹² V., per esempio, le decisioni citate da L. Pasquet.

¹³ Sentenza del 23 ottobre 2014, n. 238, Pres. e relatore, Tesauro (<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238>).

Introduzione

di Francesco Buffa

1. Sono raccolti in questa sezione saggi di giuristi autorevoli a commento della sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale, pronuncia che – affacciandosi, come detto da uno di questi autori «*sul baratro della coscienza europea del Novecento*» – ha esaminato la questione delicatissima delle responsabilità per i crimini nazisti e della esclusione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione di Paesi stranieri per gli atti lesivi dei diritti fondamentali della persona.

La questione era emersa qualche anno prima, dopo il risveglio investigativo e giudiziario seguito alla scoperta del cd. “armadio della vergogna” nel 1994 (su cui Giustolisi, *L'armadio della vergogna*, Nutrimenti 2004, e Franzinelli, *Le stragi nascoste*, Mondadori 2003) e dopo le successive azioni risarcitorie proposte anche in Italia da cittadini italiani e stranieri contro lo Stato tedesco, che avevano portato alla condanna della Germania quale responsabile civile dei reati ed all'attivazione di procedure esecutive su immobili tedeschi in Italia.

La Corte di cassazione aveva affermato in più occasioni il primato dei diritti fondamentali della persona e le sezioni unite, nella sentenza n. 5044 del 11/03/2004, statuivano che il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale, riducendo la portata e l'ambito di altri principi ai quali tale ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello sulla “sovrana uguaglianza” degli Stati, cui si collega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera; ne consegue che la norma consuetudinaria di diritto internazionale generalmente riconosciuta che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri, non ha carattere assoluto, nel senso che essa non accorda allo Stato straniero un'immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, tale immunità non potendo essere invocata in presenza di comportamenti dello Stato straniero di tale gravità da configurare, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, crimini internazionali,

in quanto lesivi, appunto, di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali; sussiste pertanto la giurisdizione italiana in relazione alla domanda risarcitoria promossa, nei confronti della Repubblica federale di Germania, dal cittadino italiano che lamenti di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista in Italia durante la seconda guerra mondiale e deportato in Germania per essere utilizzato quale mano d'opera non volontaria al servizio di imprese tedesche, atteso che sia la deportazione che l'assoggettamento ai lavori forzati devono essere annoverati tra i crimini di guerra e, quindi, tra i crimini di diritto internazionale, essendosi formata al riguardo una norma di diritto consuetudinario di portata generale per tutti i componenti della comunità internazionale (nello stesso senso, Sezioni unite, ordinanza n. 14201 del 29/05/2008, est. Morelli, e sez. 1, sentenza n. 11163 del 20/05/2011).

Ne era nata però presto anche una questione internazionale che aveva portato, sul piano internazionale, ad una sentenza della Corte internazionale di Giustizia di condanna dell'Italia per violazione della regola internazionale dell'immunità statale (sentenza CIG del 3 febbraio 2012, già commentata – tra i tanti – in questa *Rivista*, Franco Angeli, 2012, n. 3, 185, da Baiada, nel ricco ed appassionato saggio *Il processo dell'Aja: Germania contro Italia*, nonché da Senese, *Giurisdizione e guerra*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione*, Giuffrè, 2013), e prima ancora, sul piano interno, all'adozione del decreto legge 28 aprile 2010 n. 63, convertito nella legge 23 giugno 2010 n. 98 (che aveva sospeso di diritto, anche con riferimento alle procedure in corso ed ai titoli già formati, l'efficacia dei titoli esecutivi nei confronti di uno Stato estero, qualora lo Stato estero o l'organizzazione internazionale avesse presentato un ricorso dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, diretto all'accertamento della propria immunità dalla giurisdizione italiana, in relazione a controversie oggettivamente connesse a detti titoli esecutivi).

La situazione, si è ben detto, aveva del paradossale, atteso che oggetto della controversia davanti alla Corte internazionale non erano più i crimini nazifascisti, ma i giudici nazionali che pretendevano di dare soddisfazione alle vittime, tanto che si è parlato di una decisione che sembrava addirittura rappresentare una “rettifica” della sentenza di Norimberga.

La Cassazione si è subito adeguata e le sezioni unite (ordinanza n. 4284 del 21/02/2013) hanno affermato che non sussiste la giurisdizione italiana in relazione alla domanda risarcitoria promossa nei confronti della Repubblica federale di Germania con riguardo ad attività *iure imperii* lesive dei valori fondamentali della persona o integranti crimini contro l'umanità, commesse dal Reich tedesco fra il 1943 ed il 1945, dovendosi escludere che il principio dello *jus cogens* deroghi al principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati. (Nella specie, le sezioni unite., in sede di regolamento di giurisdizione, hanno dato applicazione alla sentenza della Corte internazionale di giustizia dell'Aja del 3 febbraio 2012 – la cui immediata efficacia nei giudizi è stata riconosciuta anche dall'art. 3, comma 1, della legge n. 5 del 2013, sopravvenuta tra la decisione ed il deposito della sentenza – che aveva disatteso il pregresso orientamento delle medesime Sezioni unite).

La soluzione non aveva peraltro riferimenti giurisprudenziali contrari in ambito internazionale, e la stessa Corte europea dei diritti umani in più occasioni aveva ritenuto (pur, ma solo in alcuni casi, con numerose *dissenting opinion*) che il principio di immunità riconosciuto agli Stati in date materie è conforme alle limitazioni generalmente ammesse dal diritto internazionale, ha fondamento legale, persegue uno scopo legittimo e non eccede dal margine di apprezzamento lasciato agli Stati nel limitare l'accesso degli individui ai tribunali a tutela dei propri diritti (si richiamano in proposito le affermazioni del principio in tema di tortura in paesi esteri: *Al Adsani c. Gran Bretagna*, 21.11.01, con ampi richiami di giurisprudenza internazionale in tema di immunità, nonché *Jones c. Gran Bretagna*, 14.1.2014; o in ordine agli atti criminosi della polizia staniera su territorio estero: *McElhinney*, 21.11.2011; o in tema di lavoro forzato durante il governo di Vichy: *Grosz c. Francia*, 16.6.2009; o infine in tema di procedimenti esecutivi contro la Germania per danni relativi a massacro perpetrato dalle forze tedesche nel 1944: *Kalogeropoulou* +246 c. Grecia e Germania, 12.12.2002; o ancora nelle controversie di lavoro di impugnativa dei licenziamenti degli agenti delle ambasciate: *Fogarty v. Gran Bretagna*, 21.11.01).

All'esito della pronuncia della Corte internazionale di giustizia, e poi della legge 14 gennaio 2013 n. 5 (recante Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle nazioni unite sulle immunità giu-

risdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), sembrava che la questione fosse definitivamente chiusa, fino a quando un valoroso e coraggioso giudice toscano, con quattro distinte ordinanze del 21 gennaio 2014 (l'ultima delle quali è stata oggetto di distinto giudizio costituzionale, discusso all'udienza dell'11 febbraio 2015 e definito con ordinanza n. 30 del 3 marzo 2015, pres. Criscuolo, rel. Morelli), sollevava questione di legittimità costituzionale di alcune norme che gli avrebbero imposto di declinare la giurisdizione, come eccepito dalla convenuta, in relazione a tre giudizi instaurati contro la Repubblica federale di Germania (RFG) per ottenere la condanna di quest'ultima al risarcimento dei danni patiti nel corso della seconda guerra mondiale da tre cittadini italiani, catturati nel territorio italiano da forze militari tedesche e deportati in Germania per essere adibiti al lavoro forzato nei campi di concentramento (nella specie, di Mauthausen, Kahl-Thuringa, Zeitz (Buchenwald), Hartmannsdorf Stammlager e Granschutz).

In particolare, il Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale: 1) della «norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.», della consuetudine internazionale accertata dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) nella sentenza del 3 febbraio 2012, nella parte in cui nega la giurisdizione, nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte, nello Stato del giudice adito, *iure imperii* dal Terzo Reich; 2) dell'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello statuto delle Nazioni unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), nella parte in cui, recependo l'art. 94 dello Statuto dell'ONU, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della CIG quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* dal Terzo Reich, almeno in parte nel territorio italiano; 3) dell'art. 3 della legge 14 gennaio 2013 n. 5, su richiamata, nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della CIG anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* dal Terzo Reich nel territorio italiano, in riferimento agli artt. 2 e 24 della Costituzione.

Le richiamate norme sono state censurate in riferimento agli artt. 2 e 24 Cost., in quanto, impedendo l'accertamento giurisdizionale e l'eventuale condanna delle gravi violazioni dei diritti fondamentali subite dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità,

perpetrati sul territorio dello Stato italiano, investito dall'obbligo di tutela giurisdizionale, ma commessi da altro Stato, anche se nell'esercizio dei poteri sovrani (*iure imperii*), contrasterebbero con il principio di insopprimibile garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti, consacrato nell'art. 24 Cost., il quale è principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano ed in quanto tale costituisce limite all'ingresso sia delle norme internazionali generalmente riconosciute, ex art. 10, primo comma, Cost., che delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 Cost. o derivanti da tali organizzazioni.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014 (pres. ed est. Tesauro), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale *in toto* dell'art. 3 della legge n. 5/2013 e l'illegittimità dell'art. 1 l. n. 848/1957 esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 (che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona). La Corte ha invece dichiarato non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale della norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.», della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati. In motivazione, peraltro si spiega come il dispositivo di rigetto derivi dal fatto che la norma contrastante con principi fondamentali e diritti inviolabili della persona è norma inidonea ad entrare nel nostro ordinamento (sicché la Corte espressamente esclude che «atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità, possano giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini, nell'ambito dell'ordinamento interno»).

Infine, con ordinanza n. 30 del 3 marzo 2015, la Corte costituzionale –superando le polemiche nate all'indomani della precedente sentenza n. 238 ed alcuni *rumors* sulle opinioni contrastanti dei giudici che l'avevano accompagnata– ha confermato l'impostazione del proprio precedente, dichiarando la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità sollevate, non solo in ragione del nuovo assetto dell'ordinamento risultante dalle precedenti pronunce (che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme, espungendole dall'ordinamento), ma anche in riferimento all'impossibilità per la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i nostri principi fondamentali di entrare nell'ordinamento italiano.

2. Gli interventi che seguono esaminano la portata della pronuncia costituzionale e le questioni, non di rado complesse, che la materia solleva.

Di eccezionale interesse, per i ricchi ed imprescindibili riferimenti storico-giuridici e filosofici e per la tensione morale che vi scorre, il saggio di Senese, che prende le mosse dalla considerazione della «rivoluzione mondiale» nell'ordinamento internazionale verificatasi con la Carta delle nazioni unite, che ha determinato l'acquisizione, come *ius cogens*, di tre valori, tra loro intimamente connessi, costituiti dalla pace, dai diritti umani e dall'autodeterminazione dei popoli, che non consentono più allo Stato di comportarsi, come per il passato, senz'alcun altro limite che quelli derivanti dai patti che lo Stato stesso abbia sottoscritto, essendo invece obbligato a rispettare, tra l'altro, i diritti fondamentali della persona umana, sia questa un cittadino o uno straniero.

Il saggio puntualmente rileva come una categoria fondativa della modernità giuridica, la sovranità, entra in crisi, cedendo il passo alla «sovranità dei valori», come confermato dalle più recenti e mature elaborazioni della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana che, nel contribuire all'emersione di una regola conformativa dell'immunità dello stato estero, ha consolidato l'orientamento secondo il quale il rispetto dei diritti inviolabili della persona ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale.

L'Autore evidenzia così che, nel contesto storico-giuridico che analiticamente si esamina nella sua prospettiva diacronica, la decisione del 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia dell'Aja, lungi dal costituire espressione di principi indiscutibili del diritto internazionale (quale il rispetto dell'immunità degli Stati stranieri), è in realtà una battuta d'arresto nel processo rivoluzionario mondiale descritto, e che solo per intervento della Corte costituzionale italiana è riemersa una regola conformativa dell'immunità, basata sull'affermazione della persona e dei suoi diritti fondamentali quale valore comune da parte di ciascun popolo e ciascun ordinamento.

Segue lo scritto limpido di Silvestri che, nel ricordare incisivamente come le vittime di gravissime lesioni di diritti fondamentali siano andate per anni «alla ricerca di un giudice», ripercorre le vicende normative e giudiziarie relative alle riparazioni dei danni derivati dalle atrocità naziste: l'Autore richiama le pronunce in materia della Cassazione (con la relativa affermazione che il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale del diritto internazionale), il dibattito interno alla Corte europea dei diritti dell'Uomo (ben espresso in un caso dalle *dissenting opinion* di otto giudici della CEDU su

diciassette), fino alla affermazione generale, ad opera della Corte internazionale di giustizia, del principio di immunità degli Stati dal sindacato giurisdizionale per i loro *acta jure imperii* (pur con l'opinione dissenziente di un giudice che vi ha contrapposto la nozione di *delicta imperii*, crimini internazionali in violazione dello *ius cogens*, in relazione ai quali non è possibile invocare l'immunità degli Stati).

In tal contesto, si ricorda come l'avvento della Costituzione democratica del 1948 – dopo la dittatura, gli orrori della guerra e la Resistenza al nazifascismo – abbia sostituito il fondamento di “valore” a quello di “autorità” ed abbia scardinato, di conseguenza la nozione tradizionale di “sovranità”. In tale contesto si inserisce la sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale, che – pur senza pervenire, come sarebbe stato più corretto secondo l'Autore, ad un dispositivo di accoglimento, applicabile come tale *erga omnes* – ha esteso il proprio sindacato di costituzionalità, comprendendo tra le norme che possono essere scrutinate dalla Corte costituzionale anche quelle non scritte, quali quelle poste in essere da consuetudini internazionali, al fine di eliminare tutte le “zone d'ombra” nelle quali si producono ed hanno efficacia norme giuridiche in grado di incidere sul livello primario del sistema normativo e sulla tutela dei diritti dallo stesso tutelati.

L'analisi di Lupo esamina la portata della sentenza n. 238, sottolineando come sia la prima sentenza che rende operanti ed applica i “controlimiti” nei confronti non di norme di ordinamenti esterni costituenti limiti per il diritto interno, ma di una sentenza di una Corte internazionale, vincolante per lo Stato italiano.

Si evidenzia come la pronuncia, nel toccare materia molto discussa in ambito internazionale – essendo la pratica degli Stati in uno “*state of flux*”, registrandosi casi sia di riconoscimento che di rigetto della immunità statale – segna in modo radicale una smentita del processo di marginalizzazione della Corte costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali che era derivato – a seguito dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della crescente applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – da un lato dall'affermazione delle Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo e, dall'altro lato, dal nuovo ruolo del giudice ordinario quale giudice europeo, direttamente chiamato a dare attuazione diretta, nell'applicazione diretta o anche solo nell'interpretazione orientata, ai principi internazionali di protezione della persona.

Attraverso la nuova via dell'inclusione nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle norme consuetudinarie di diritto internazionale (recepiti nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 10, primo comma,

Cost.), anche se anteriori alla Costituzione, e, per altro verso, nell'ambito del tradizionale controllo di legittimità delle norme, attraverso l'affermazione della necessità della conformità ai principi fondamentali della nostra Costituzione sia delle norme degli altri ordinamenti (sopranazionali e internazionali), sia delle sentenze emesse dai giudici previsti dagli stessi ordinamenti, la nostra Corte – con sentenza pur non priva di alcune imperfezioni rilevate dall'Autore sul piano tecnico – afferma in modo netto il proprio ruolo di verifica che non sia superato il «limite del rispetto degli elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale, vale a dire dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona».

Acutamente rileva Colacino come la Corte costituzionale abbia tentato una ricostruzione della portata applicativa della regola dell'immunità degli Stati su basi giuridiche e concettuali diverse da quelle fatte proprie in passato dalla Corte di cassazione: secondo quest'ultima, infatti, l'antinomia quale la regola dell'immunità (richiamata dall'art. 10) e del diritto alla tutela giurisdizionale (sancito all'art. 24 della Costituzione e annoverato tra i diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2) poteva trovare composizione sul piano «sistemico» delle fonti del diritto internazionale attraverso la “cedevolezza” della norma consuetudinaria che sancisce l'insindacabilità degli atti posti in essere da Stati stranieri allorché configurino una «estrinsecazione immediata e diretta» della loro sovranità (*acta iure imperii*) innanzi alla prevalente esigenza di garantire la tutela delle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità.

Tale soluzione si scontrava però con la eterogeneità delle norme messe a confronto, trattandosi di norme destinate a operare l'una sul piano sostanziale e l'altra su quello procedurale, come rilevato dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio 2012.

La Consulta ha quindi proposto una soluzione diversa, basata su un piano tutto interno all'ordinamento costituzionale, attraverso un bilanciamento tra norme procedurali del medesimo rango.

L'Autore osserva come la scelta di ricorrere a tale tecnica non sia priva di conseguenze: il bilanciamento presuppone, infatti, che la soluzione individuata non sia valida *in abstracto*, in forza cioè dell'applicazione di criteri predeterminati, ma scaturisca dalla sensibilità del giudicante rispetto al concreto atteggiarsi della situazione in cui le norme in conflitto sono chiamate a operare, dovendo verificare in concreto se i comportamenti denunciati attengano all'esercizio tipico della potestà di governo (agli *acta jure imperii*) o se ad esso non possano essere ricondotti (e siano dunque dei *crimina imperii*), in quanto lesivi di diritti inviolabili della persona.

Lo scritto di Lamarque registra la nuova centralità che la Corte costituzionale viene ad assumere, dimostrando – soprattutto alle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, con le quali essa intrattiene da tempo “relazioni pericolose” *multileve* – di essere capace, all’occorrenza, di opporre resistenza all’ingresso nell’ordinamento italiano di orientamenti di giudici esterni.

Si rilevano, peraltro, vari profili di criticità della sentenza costituzionale, che al difficile problema di come bilanciare i diritti costituzionali delle vittime di atroci violenze con il rispetto del diritto internazionale consuetudinario offre una soluzione estremamente rigida, che pare postulare una lesione dei diritti e della dignità delle vittime italiane dei crimini di guerra per il solo fatto di non poter agire in giudizio contro la Germania per ottenere il risarcimento dei danni subiti, senza accennare così alla possibilità di considerare altri elementi, e in particolare quelle forme di compensazione collettiva già auspiccate dalla stessa sentenza della Corte internazionale di giustizia che, pur senza passare attraverso la via giurisdizionale, comunque potrebbero in ipotesi raggiungere l’obiettivo ultimo di tutelare la dignità delle persone coinvolte.

Sul piano degli effetti della pronuncia, l’Autrice si interroga sugli effetti che la sentenza costituzionale produce nei confronti dei giudici italiani, chiedendosi se li vincola, obbligandoli davvero a compiere un illecito internazionale, oppure se li invita soltanto a compierlo, e propende per la seconda soluzione, sia in ragione della forma del terzo capo del dispositivo della sentenza, sia in ragione della mancata sottoposizione alla Corte (e della mancata estensione da parte di questa del giudizio) della questione di legittimità costituzionale della legge 23 marzo 1958, n. 411 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie, firmata a Strasburgo il 29 aprile 1957) – che contiene all’art. 39 una norma analoga a quella dell’art. 94 dello Statuto delle nazioni unite, con relativo obbligo dell’Italia di conformarsi al decreto della Corte internazionale di giustizia in ogni controversia nella quale è parte.

Tutta sul piano tecnico, nell’ottica del costituzionalista, l’analisi di Luciani, che evidenzia come gli interrogativi aperti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238 siano più numerosi delle risposte che ha dato: si sottolinea così l’esigenza che l’affermazione dell’assenza di spazi vuoti del controllo di costituzionalità e del primato della Costituzione debba comunque essere assicurato con le tecniche, con gli strumenti e nei limiti che la stessa Costituzione ha fissato, con conseguente rilievo dell’anomalia dell’oggetto del controllo di costituzionalità (posto che un sindacato su norme consuetudinarie, o in genere su norme di fonti-fatto, non sembra ammesso nel nostro

ordinamento) e, per altro verso, della sua estensione a norme consuetudinarie anteriori alla Costituzione (pur in presenza di norma costituzionale – l’art. 10 – che nel contempo si esclude dal controllo); si afferma per altro profilo che, se la norma internazionale è inidonea ad essere sindacata o, comunque, se essa non è mai entrata nel nostro ordinamento perché contrastante con i principi fondamentali, la relativa questione di costituzionalità avrebbe dovuto portare alla declaratoria di inammissibilità della questione.

Sul piano dei principi e con riferimento all’esordio dei controllimiti, poi, nel sottolineare come gli effetti dei controllimiti non sono sempre gli stessi in relazione alle norme internazionali cui si oppongono, si riscontra criticamente una certa eterogenesi dei fini nella pronuncia, in quanto la dottrina dei controllimiti, elaborata per difendere lo Stato in un contesto generale che lo vede esposto alle più varie forme di erosione della sua sovranità, finisce per diventare il grimaldello per un’ulteriore assoggettamento della sovranità statale a limiti.

L’Autore critica poi la genericità del richiamo operato dalla Corte al paradigma della dignità umana, in quanto privo di elementi capaci di specificarne adeguatamente il contenuto («essendo i più vari i *Menschenbilde*»), sottolineandosi nel contempo che il punto che occorre dimostrare non era tanto il pregio dei diritti lesi dagli atti *iure imperii* dello Stato straniero, quanto l’assenza di pregio dell’interesse all’intangibilità di quegli atti davanti al giudice dell’altro Stato, interesse la cui caratura internazionale è indiscussa, ma che proprio per questo avrebbe dovuto essere vagliato nella sua eventuale dimensione costituzionale.

Infine, sul piano pratico, si sostiene l’incongruità del risultato della pronuncia costituzionale, che renderà più difficile per i giudici di merito sottrarsi a richieste di tutela di persone lese, con conseguente responsabilità internazionale del nostro Stato, e con l’ulteriore conseguenza che il vero pregiudizio patrimoniale si potrebbe determinare proprio in capo allo Stato che ha rivendicato la giurisdizione.

Meno critica la posizione di Girelli, secondo il quale, pur essendo configurabili altre soluzioni meno forti e pur essendovi a disposizione molte chiavi per aprire le porte dell’inammissibilità, la Corte costituzionale, pervenendo ad una sentenza interpretativa di rigetto, pur tenendo fede alle sue funzioni istituzionali, non ha inteso collocarsi in una posizione di radicale opposizione rispetto al contesto internazionale, né ha inteso vincolare oltremodo i giudici di merito, ricercandone anzi la collaborazione nel dar seguito a quanto sancito in una sentenza per definizione non immediatamente vincolante per lo specifico profilo attinente alla consuetudine internazionale: dunque,

per effetto della formula decisoria prescelta, gli atti di governo restano coperti dall'immunità, ed anche l'atto di governo il più odioso, quello che la Costituzione della Repubblica espressamente «ripudia», la guerra, rimane nell'alveo applicativo dell'immunità in parola; per converso, «uccidere civili inermi, mettere le persone in vagoni piombati, costringerle ai lavori forzati, torturarle, gettarle nelle fosse comuni sono comportamenti che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo e rispetto ai quali, quindi, non può essere invocata l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione nazionale».

Molto interessante, infine, per la prospettiva internazionale e di ampio respiro nell'esame delle dinamiche politiche interne al Consiglio di sicurezza delle nazioni unite e nella proiezione degli effetti della pronuncia costituzionale nel prossimo futuro, l'intervento di Marini, il quale, accertato che la sentenza della Corte costituzionale italiana presenta profili di contrasto con quella adottata dalla Corte internazionale di giustizia, si interroga su cosa potrà accadere sul piano dei rapporti tra Stati, pur nella consapevolezza che un simile problema si porrà in concreto solo ove vi siano condanne dello Stato tedesco da parte dei giudici di merito italiani, peraltro una volta che esse siano definitive.

Nell'ipotesi di reazione dello Stato tedesco alla violazione da parte dello Stato italiano degli obblighi derivanti dalla decisione della CIG, la questione è rimessa al Consiglio di sicurezza, ai sensi del paragrafo 2 dell'art.94 della Carta delle nazioni unite.

Peraltro, lo studio dei precedenti in cui il Consiglio di sicurezza è stato chiamato a intervenire a fronte di asserite violazioni degli obblighi nascenti a carico di uno Stato a seguito di una decisione della CIG evidenzia che essi hanno riguardato situazioni di crisi e di asserite «minacce per la pace e la sicurezza internazionali», sicché gli stessi non sembrano precedenti utili per il nostro caso, relativo a risarcimenti per fatti risalenti ormai a molti decenni fa; quegli stessi precedenti, peraltro, evidenziano in ogni caso la natura tutta politica del dibattito in seno al Consiglio di sicurezza e la probabilità che il Consiglio finisca per non assumere decisioni, rinviando al confronto politico e alle trattative fra le parti il compito di individuare le soluzioni e renderle effettive.

Pare così che l'opzione principale, nel caso che potrà opporre Germania ed Italia, sia da rinvenire nel dialogo fra gli Stati e in un percorso politico di confronto che sappia farsi carico della complessità della vicenda e dello sviluppo culturale, giuridico e politico che caratterizza la tutela dei diritti della persona verso gli Stati.

Corte costituzionale e sovranità

di Salvatore Senese

L'Autore nel disegnare il percorso del mutamento subito dal diritto internazionale, attraverso le pronunce delle Corti internazionali e nelle decisioni della nostra Corte di cassazione, ripercorre le tracce della “rivoluzione mondiale” identificata nel passaggio dalla sovranità degli Stati alla “sovranità dei valori” e, considerata la sentenza della Corte internazionale sui crimini nazisti una battuta di arresto, iscrive invece nel sentiero principale la pronuncia n. 238/2014 della Corte costituzionale.

1. Una “rivoluzione mondiale”

Nel 1947, Vittorio Emanuele Orlando, ponendosi dal punto di vista del giurista di fronte alle novità intervenute negli assetti planetari e nelle relative regole, non esitava a parlare di “rivoluzione mondiale” ed a chiedersi se una tale rivoluzione avrebbe messo capo ad un unico Stato dominante ovvero ad una rete o associazione di Stati¹. Quale che sia la risposta che oggi si ritenga di dare ad un tale interrogativo², l'intuizione racchiusa nella formula “rivoluzione mondiale” si conferma, a distanza di oltre mezzo secolo, incontestabilmente esatta nel suo nucleo essenziale: i mutamenti istituzionali e culturali portati dalla conclusione del secondo conflitto mondiale hanno inciso in profondità sul paradigma stesso del diritto, oltre che sugli assetti di potere e nell'immaginario collettivo.

È, infatti, affermazione oggi autorevolmente sostenuta, anche se non universalmente accettata, che, con la Carta delle Nazioni unite, si sia verificata una rivoluzione copernicana nell'ordinamento internazionale, in quanto

di esso sono venuti a far parte, come “*ius cogens*”, tre valori, tra loro intimamente connessi, costituiti dalla pace, dai diritti umani e dall'autodeterminazione dei popoli³. Grazie a questa rivoluzione, il paradigma del diritto internazionale ha subito un mutamento: la sovranità eguaglianza degli Stati sul piano internazionale, pur riaffermata dalla Carta delle NU (art. 2/1), non consente più allo Stato di comportarsi, come per il passato, senz'alcun altro limite che quelli derivanti dai patti che lo Stato stesso abbia sottoscritto: esso non è più libero di ricorrere alla minaccia o peggio all'impiego della forza nei confronti degli altri Stati; di sottoporre a dominio coloniale altri popoli; d'istituire un regime razzista o d'*apartheid*; di violare i diritti fondamentali della persona umana, sia questa un cittadino o uno straniero.

2. Il mascheramento del processo

Cade qui acconcia una digressione che può aiutare a comprendere come, per alcuni decenni, la cultura

¹ V.E Orlando, La rivoluzione mondiale ed il diritto, in Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi, Giuffrè, Milano 1952, pp. 777/778.

² Secondo S. Cassese, *Universalità del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2005, p. 37, L'interrogativo «ha trovato una risposta ambigua: ci sono al tempo stesso globalizzazione e americanizzazione».

³ V. al riguardo, tra le opere più recenti, L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol 2, *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 486 e ss., ove si dà conto anche della letteratura sul tema.

giuridica, e quella dei giudici in particolare, non abbiano colto le novità che si andavano accumulando a partire dalla fondamentale rottura del 1945.

Se si guarda, infatti, allo stato del mondo ed al sentire dell'opinione pubblica internazionale, oltre che alle elaborazioni in senso lato culturali (ivi comprese quelle giuridiche e le idee che i giuristi si fanno del diritto), dei primi lustri del dopoguerra, sarà giocoforza concludere che i tre valori, che la Carta delle Nazioni unite avrebbe immesso nell'ordinamento giuridico internazionale (ancora presenti all'indomani della guerra nel processo costituente che interessò alcuni grandi Paesi, tra i quali il nostro), siano rimasti, per circa 15-20 anni, per così dire sottotraccia; e, soprattutto, come sia rimasto del tutto in ombra il nesso che li lega.

Forse, l'unico valore veramente sentito nei primi anni che seguirono il 1945 era quello della pace, perché troppo bruciante era stato il vissuto della guerra, delle sue devastazioni, dei suoi orrori; troppo lancinante lo *shock* determinato dai terribili effetti dell'arma atomica e delle sue, per l'innanzi inimmaginabili, conseguenze. Troppo forte era stato il timore (che quest'arma aveva reso tremendamente concreto) che la guerra avrebbe potuto significare la distruzione totale dei contendenti e la fine della civiltà, del processo d'incivilimento. Ma proprio perché basato su questi fondamenti, il valore della pace era sentito e declinato in forma negativa e impoverita, privo di nessi con gli altri valori: come terrore della guerra e, in particolare, della guerra atomica. La rapida acquisizione dell'arma nucleare da parte dell'Unione sovietica e la guerra fredda offrirono al valore della pace l'angusta e tuttavia, nei suoi limiti, efficace dimensione dell'equilibrio del terrore. Tanto bastò perché le grandi potenze prestassero omaggio ufficiale al principio che vieta l'uso della forza nelle relazioni internazionali e si astenessero dal proclamare il diritto di fare la guerra, che oggi invece capita di sentir proclamare, anche se le guerre si susseguirono fuori dall'Occidente e dai Paesi del blocco dell'Est.

Per quanto riguarda il principio di autodeterminazione e di pari dignità dei popoli, è innegabile che gli imperi coloniali non scomparvero all'indomani del 1945 (la stessa Dichiarazione del 1948, com'è stato osservato, in qualche modo li presuppone) e che, per l'eliminazione di alcuni di questi, furono necessarie guerre sanguinose (Indocina, Algeria, etc.). Solo nel 1960, con la Risoluzione n. 1514, il diritto dei popoli a

non essere sottoposti a un regime coloniale, ad un'occupazione straniera o ad un regime di *apartheid* fu solennemente proclamato e ritenuto parte integrante del cd. *ius cogens* di diritto internazionale.

Per quanto riguarda infine la Dichiarazione universale, che del valore di *ius cogens* dei diritti umani dovrebbe rappresentare l'esplicitazione e la sistemazione, nello stesso suo Preambolo si dice che essa rappresenta un ideale cui tutti i popoli devono tendere; il che non implica necessariamente – come pure a lungo è stato ritenuto – che la Dichiarazione non abbia vigore giuridico, ben potendo quella formula – tra l'altro contenuta nel Preambolo, ove nei documenti internazionali si mescolano proposizioni giuridiche e voti politici – esprimere l'auspicio che le norme cogenti di seguito poste potessero acquistare un tale grado di effettività da realizzare l'ideale cui tende la Carta delle NU e la stessa Dichiarazione.

Comunque, basta rivolgere uno sguardo alla dottrina per trovare, ancora alla metà degli anni sessanta, la (sociologicamente) esatta affermazione che le disposizioni della Dichiarazione «hanno un valore ben più programmatico e morale che specificamente giuridico»⁴.

Solo a partire dalla metà degli anni ottanta, anche sulla scorta di pronunce giudiziarie sia della Corte internazionale di giustizia (con l'importante sentenza sul problema degli ostaggi americani in Iran, ove si afferma la tesi che esiste, come parte integrante del diritto internazionale vincolante per tutti, un deposito di principi che si può trarre dalla Dichiarazione universale del 1948,⁵), sia di Corti supreme occidentali (con la storica pronuncia della Corte di cassazione francese, a metà degli anni ottanta, a proposito dell'affare *Barbie*),⁶ si può dire che sia stata accettata l'opinione che, almeno per una serie di disposizioni relative a diritti fondamentali, le norme della Dichiarazione facciano parte del diritto internazionale generale come diritto consuetudinario in cui tutti i Paesi si riconoscono.

3. I mutamenti nel paradigma del diritto e la parabola della sovranità

Se si guarda oggi al processo aperto dalla Carta delle Nazioni unite, sembra lecito affermare che, malgrado gli innumerevoli fattori di crisi con i quali il paradigma di diritto internazionale disegnato nella

⁴ G. Sperduti, voce *Diritti Umani*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1964.

⁵ La sentenza può leggersi in *Recueil des arrêts de la Cour internationale de Justice*, 1980, 42 ss.

⁶ Corte di cassazione criminale francese 20.12.1985, Imputato Barbie, in *JPC*, 1986, II, 20655.

Carta ha dovuto confrontarsi, quel paradigma risulta oggi ampiamente confortato, non soltanto dalla messe di strumenti internazionali frattanto intervenuti in attuazione della Carta ma, anche dalla cultura dei giuristi. Ciò fonda l'affermazione di Luigi Ferrajoli secondo cui «quel contratto sociale internazionale, storico e non metaforico, che» con gli strumenti già ricordati «viene stipulato, pone. termine al vecchio modello delle relazioni internazionali basato su trattati bilaterali che si era affermato tre secoli prima, con la pace di Westfalia... E vale ad assoggettare tutti gli Stati, quale *pactum subiectionis* e non solo *associationis*, ad un ordinamento sopranazionale la cui ragione sociale può ben identificarsi con la garanzia universale della pace e dei diritti umani»⁷.

Ovviamente, l'Autore di queste impegnative affermazioni è ben consapevole della crisi di effettività che corrode il patto e che rischia di oltrepassare quei livelli d'ineffettività fisiologici, propri di ogni ordinamento e segnatamente di ordinamenti complessi ispirati al paradigma della democrazia costituzionale: ma tale crisi di effettività – Egli avverte – sino a quando non sia superato il punto di rottura, non dispensa il giurista dal ricostruire il nuovo paradigma del diritto imposto dall'avvento, sul piano interno, dello Stato costituzionale di diritto e, sul piano internazionale, del «contratto sociale internazionale».

Questo doppio mutamento di paradigma si realizza, per il nostro Paese, simultaneamente, all'indomani della seconda guerra mondiale, attraverso, da un lato, l'adozione di una Costituzione rigida e, dall'altro, la soggezione dello Stato ad un ordinamento sopranazionale inteso alla protezione dei tre valori dei quali sopra si è detto.

L'uno e l'altro mutamento producono un'erosione della sovranità: sul piano interno, il *sovrano*, e cioè nelle democrazie il popolo, non dispone più, nel porre le leggi, di una libertà illimitata poiché deve rispettare i limiti e i vincoli posti dalla Costituzione, segnatamente a tutela dei diritti fondamentali della persona; ma neanche sul piano esterno, ove nel XIX secolo e nei primi decenni del XX si riteneva che lo Stato – pur vincolato al proprio interno al rispetto dei diritti umani – godesse di una libertà assoluta, l'agire dello Stato risulta libero da vincoli. Una categoria fondativa della modernità giuridica, la sovranità, nel cui ambito si radicano storicamente acquisizioni democratiche fondamentali come la sovranità popolare

e grazie alla quale il diritto ha potuto affrancarsi dalla teologia ed il positivismo giuridico ha potuto celebrare i propri fasti, entra così in crisi. Ciò determina problemi teorici inediti e alimenta divisioni profonde tra i giuristi⁸.

4. Il giudice italiano e la “rivoluzione mondiale”

Per i giudici italiani, in particolare della Corte di cassazione, il mutamento di paradigma introdotto dalla “rivoluzione mondiale” sembra definitivamente acquisito solo qualche anno dopo l'inizio di questo secolo. Illuminante al riguardo può essere il raffronto tra due pronunce delle sezioni unite civili della Corte, succedutesi a distanza di pochi anni l'una dall'altra: nell'ordinanza 5 giugno 2002 n. 8157, infatti, le sezioni unite affermavano che gli atti compiuti dallo Stato nella conduzione di ostilità belliche si sottraggono ad ogni sindacato giurisdizionale, costituendo espressione di una funzione di “indirizzo politico”, rispetto alla quale «non è configurabile una situazione d'interesse protetta a che gli atti in cui tale funzione si manifesta assumano o meno un determinato contenuto». In applicazione di tale principio, le sezioni unite dichiaravano il difetto di giurisdizione in ordine ad una domanda di danni avanzata nei confronti dello Stato italiano per la morte di alcuni civili a seguito del bombardamento aereo dell'edificio della televisione jugoslava, da parte di aerei della Nato, il 23 aprile 1999. In altre parole: a fronte della conduzione della guerra, i diritti fondamentali della persona, pur se dichiarati inviolabili, degradano ad interessi di mero fatto, senza che sia neanche necessario indagare se la guerra della cui conduzione si tratta sia o meno di difesa e se la conduzione della guerra sia stata o meno rispettosa delle norme dello *ius in bello*. Peraltro, a meno di due anni di distanza da tale pronuncia, le stesse sezioni unite civili, chiamate a pronunciarsi su un ricorso proposto – da cittadino italiano, che richiedeva alla Repubblica federale tedesca il risarcimento dei danni subiti a seguito di deportazione e adibizione a lavori forzati nel corso della seconda guerra mondiale – avverso sentenza della corte d'appello che, confermando la pronuncia di primo grado, aveva negato la giurisdizione, accoglievano il ricorso ed affermavano la giurisdizione sulla domanda. In motivazione, que-

⁷ L. Ferrajoli, *op. cit. loc. cit.*, 491.

⁸ V. per tutti, come espressioni rigorosamente argomentate delle opposte posizioni, M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in Riv. Dir. Cost., n.1/1996, 124 ss.; Id. *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in Giur. Cost., 2006, 1643 e ss.; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa declino e trasfigurazione di un concetto*, in Riv. Dir. Cost., n.1/1996, 3 e ss.; Id., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in Quaderni costituzionali, n. 1/2006, 7 e ss.

sta seconda pronuncia delle sezioni unite si confronta esplicitamente con le argomentazioni della precedente ordinanza rilevando, «da un lato, che l'insindacabilità delle modalità di svolgimento delle attività di suprema direzione della cosa pubblica non è d'ostacolo all'accertamento degli eventuali reati commessi nel corso del loro esercizio, e delle conseguenti responsabilità sia sul piano penale che su quello civile; dall'altro, che, in forza del principio di adattamento sancito dall'art. 10 primo comma della nostra Carta costituzionale, le norme di diritto internazionale "generalmente riconosciute" che tutelano la dignità e la libertà della persona umana come valori fondamentali e configurano come "crimini internazionali" i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono divenute "automaticamente" parte integrante del nostro ordinamento e sono pertanto pienamente idonee ad assumere il ruolo di parametro dell'ingiustizia del danno causato da un fatto doloso o colposo altrui». La sentenza prosegue, ad ulteriore sostegno del proprio assunto, con un'ampia ricognizione dei tratti distintivi della "rivoluzione mondiale", sulla quale peraltro non è il caso d'indugiare, bastando qui rilevare che, al di là delle innegabili differenze storiche correnti tra le fattispecie oggetto delle due pronunce, ciò che rileva è il diverso approccio al fenomeno guerra, e cioè all'esercizio della sovranità ed al concetto stesso di questa.

L'impostazione di sezioni unite n. 5044/2004 segna una svolta definitiva nella giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, come conferma una serie di pronunce emesse nel 2008 (v. per tutte sezioni unite n. 14202/2008) su altrettanti regolamenti di giurisdizione sollevati in cause civili intentate contro il governo tedesco da lavoratori (o loro eredi) deportati durante il secondo conflitto mondiale.

In tali sentenze, le sezioni unite riprendono il nucleo essenziale della sentenza n. 5044 del 2004, disattendendo tutti gli argomenti portati dal governo tedesco con argomentazioni fondate anche sui testi fondativi della comunità internazionale quale regolata dopo il 1945 (Statuto NU; Accordo di Londra sul tribunale di Norimberga; risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle NU; Statuto corte penale internazionale).

Le sezioni unite, riprendendo e facendo proprio il nucleo di sez. un. n. 5044 del 2004, lucidamente confermano il principio della sovrana eguaglianza degli Stati, che fonda l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per gli atti dal medesimo compiuti *iure imperii* (tra i quali innegabilmente

rientrano anche quelli relativi alla conduzione delle attività belliche), ma ne affermano la coesistenza con altro parallelo principio di portata generale per cui i crimini internazionali «minacciano l'umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza dei popoli». Rilevano, poi, l'antinomia tra i due principi — i quali risultano entrambi recepiti dal nostro ordinamento per effetto dell'art. 10 della Costituzione — e affermano che tale antinomia non può altrimenti risolversi che sul piano sistematico dando la prevalenza al principio di rango più elevato. Per concludere — nell'esplicitata consapevolezza di contribuire «all'emersione di una regola conformativa dell'immunità dello stato estero» sulla scia di sez. un. n. 5044 del 2004, che «il rispetto dei diritti inviolabili della persona ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di meta-valore», si da prevalere su ogni altro principio o regola.

Dunque, le più recenti e mature elaborazioni della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, sembrano giustificare l'affermazione che il "sovrano" cede il passo alla "sovranità dei valori"⁹.

5. Una battuta d'arresto?

La tormentata vicenda dei rapporti tra giurisdizione e guerra e, più in generale, tra "sovranità dei valori" e "sovranità degli Stati" non ha tuttavia raggiunto, con la giurisprudenza inaugurata da sez. un., n. 5044 del 2004, il suo approdo definitivo nel nostro ordinamento, ad onta del fatto che tale giurisprudenza sia stata sempre confermata, come si è visto, dalle pronunce successive e risulti ripresa e fatta propria anche dalla cassazione penale¹⁰ che ha rigettato il ricorso proposto dalla Repubblica federale di Germania avverso la sentenza di App. mil. Roma, 18 dicembre 2007, Milde (che l'aveva condannata, quale responsabile civile, nel processo a carico del responsabile delle stragi di Civitella, Cornia e S.Pancrazio del 29 giugno 1944, al risarcimento dei danni subiti dalle parti civili).

In effetti, la Repubblica federale di Germania adiva, il 23 dicembre 2008, la Corte internazionale di giustizia dell'Aja (CIG), chiedendo fosse accertato che l'Italia, attraverso le pronunce dei propri organi giurisdizionali nella materia in esame, aveva violato la norma di diritto internazionale relativa all'immunità degli Stati stranieri. Con decisione del 3 febbraio 2012, la CIG dichiarava l'Italia responsabile di viola-

⁹ L'espressione è di G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 70.

¹⁰ Cass. sez. I, 21.ottobre 2008, n.1072, Repubblica federale di Germania e Milde.

zione dell'obbligo di rispetto dell'immunità riconosciuta allo Stato tedesco dal diritto internazionale, per aver consentito che, nei confronti dello stesso, avessero corso delle azioni civili fondate sulla violazione del diritto umanitario, e dichiarava la Repubblica italiana tenuta, attraverso la promulgazione di apposita legge o in qualsiasi altro modo, a privare d'effetto le decisioni dei propri organi giurisdizionali che violino l'immunità della Repubblica tedesca.

Non è questa la sede per ripercorrere le diffuse argomentazioni della CIG¹¹. Ci si limiterà ad alcuni essenziali rilievi: il primo è che il "processo rivoluzionario", avviato con la Carta dell'ONU ed i processi di Norimberga e Tokio, subisce con questa pronuncia una battuta d'arresto. Non a caso nei primi commenti, citati alla nota n. 11, l'espressione «occasione mancata» è ricorrente. Ma in un faticoso e tormentato processo di ridimensionamento di regole secolari, relative ai rapporti tra gli Stati, e di conformazione di tali regole ai nuovi valori sui quali la comunità internazionale si è solennemente impegnata a fondare la propria convivenza, una «occasione mancata» equivale ad un passo indietro, che non arresta il processo ma lo rende più difficile e faticoso. Soprattutto quando il "passo indietro" riguarda una categoria fondamentale del vecchio ordine, la sovranità, ed il suo rapporto con una categoria fondamentale del nuovo ordine: i diritti fondamentali della persona umana.

Ed a tal ultimo proposito, cade acconcio il secondo rilievo: la CIG ha concentrato il proprio esame, essenzialmente, sulla rassegna della giurisprudenza delle Corti nazionali per escludere l'esistenza di una regola di attenuazione dell'immunità, ma ha evitato di affrontare il nodo, lucidamente messo in luce dalla giurisprudenza delle nostre sezioni unite civili, rappresentato dalla coesistenza nel diritto internazionale generale di due valori antinomici e dalla conseguente necessità, ai fini della correttezza del procedimento logico-interpretativo, di sciogliere tale antinomia dando la prevalenza al valore di rango più elevato. Per evitare tale scoglio, essa — pur senza negare il valore dei diritti fondamentali o affermare che esso cede di fronte al valore della sovranità statale — ha adottato un espediente consistente nell'affermare che «la questione dell'immunità, essendo di carattere procedurale e preliminare, dev'esser tenuta del tutto distinta dal merito della controversia rispetto alla quale il problema dell'immunità si pone», per tale via oscurando la distinzione — tra individuazione della materia del

contendere, ai fini della giurisdizione, e merito — senza la quale non sarebbe possibile nemmeno distinguere gli atti *iure imperii* da quelli *iure gestionis*.

6. Il travaglio dei giudici italiani

La sentenza della CIG non può non incidere sulle acquisizioni raggiunte dai giudici italiani a proposito dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione. Ed infatti, le sezioni unite civili della cassazione, investite, pochi mesi dopo, di un regolamento di giurisdizione in una causa di risarcimento danni, intentata da erede di una vittima delle Fosse Ardeatine contro la Repubblica federale tedesca, «pur esprimendo perplessità sulle argomentazioni adottate dalla Corte internazionale di giustizia...», hanno ritenuto che la tesi inaugurata da Cass. n.5044/2004... non è stata convalidata dalla comunità internazionale, di cui la Corte internazionale di giustizia è massima espressione» (così la motivazione della pronuncia) ed hanno di conseguenza dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione sulla domanda. Sempre in motivazione e ad ulteriore conferma della decisione, le stesse sezioni unite non mancavano di rilevare che, tra la data di deliberazione della decisione (20.11.2012) e quella della stesura della motivazione (la decisione risulta pubblicata il 21.2.2013), era intervenuta la legge 14 gennaio 2013 n. 5 il cui art. 3 imponeva, nel caso di specie, di dichiarare il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. Pochi mesi dopo, tale ultima disposizione era posta, come unica *ratio decidendi*, a fondamento di altra pronuncia delle sezioni unite che ribadiva il difetto assoluto di giurisdizione dello Stato italiano in causa intentata contro la Repubblica federale tedesca da vittima di deportazione subita nel 1944. (sez. un. n. 1136/2014).

Il tenore delle decisioni sopra ricordate pareva tale da far considerare chiusa, per un non trascurabile lasso di tempo, la questione. E tuttavia, nello stesso periodo di tempo segnato da quelle decisioni, la magistratura di merito sollevava questione di costituzionalità sia dell'art. 3 della legge n.5/2013, sia dell'art. 1 della legge n. 848/1957 nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della CIG, sia della norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento» della consuetudine internazionale accertata dalla CIG nella sentenza del 3.2.2012, nella parte in cui nega la giurisdizione,

¹¹ Sulla quale i primi commenti da parte di giuristi, apparsi sulla grande stampa, sono stati critici: cfr. V. Zagrebelsky, *L'occasione perduta*, su la Stampa, 4 febbraio 2012; F. Pocar, *La sentenza dell'Aja non convince*, su *Il Sole 24 ore*, 5 febbraio 2012. Così come sono stati critici i commenti degli internazionalisti: cfr. B. Conforti, *The judgement of International Court of justice on the immunity of foreign States: a missed opportunity*, in *The Italian Yearbook of International law*, vol. XXI, 2011; G. Turatto, *Riflessioni in margine alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 sulle immunità giurisdizionali degli Stati*, Roma, ed. ANRP, 2012.

nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte nello Stato del giudice adito, *iure imperii* dal Terzo Reich (cfr. Trib. Firenze, ordinanze nn. 83, 84 e 113 del 2014, nonché ordinanza n. 235 del 29.1. 2014).

Con sentenza del 22.10.2014 (Pres. ed est. Tesauro), pubblicata in Gazzetta ufficiale il 29 ottobre successivo, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sia dell'art. 1 l. n. 848/1957 nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della CIG del 3.2.2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona; sia dell'art. 3 della legge n.5/2013. Mentre ha dichiarato non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale della norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10 primo comma Cost.», della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati: in motivazione si chiarisce che il recepimento della norma consuetudinaria in virtù dell'art. 10/1 Cost. avviene solo se tale norma – o per la parte di tale norma che – non contrasti con principi fondamentali della Costituzione e i diritti inviolabili dalla stessa garantiti, con la conseguenza inevitabile che, nella parte confliggente con detti principi e diritti (come, nella specie, la parte che nega la giurisdizione nelle azioni risarcitorie per danni provocati da crimini di guerra o contro l'umanità), la norma non entra nell'ordinamento e non v'è luogo dunque a pronunciarsi su di essa.

7. Un contributo all'emersione di una regola “conformativa” dell'immunità?

Come osserva E. Lamarque in questo stesso numero di *Questione Giustizia*, la sentenza della Corte costituzionale «ha fatto letteralmente il giro del mondo» ed ha sollevato critiche e commenti, destinati a moltiplicarsi ed articolarsi. La stessa autrice, del resto, non risparmia critiche alla decisione e giudica probabile che «i clamorosi difetti di rigidità» della pronuncia possano essere emendati in futuro dai giudici ordinari o dalla stessa Corte costituzionale e – in quest'ultimo caso – vede possibile una risposta positiva all'interrogativo che dà il titolo a questo paragrafo.

Mi riesce difficile pronunciarmi su tale previsione.

Più diffuse e puntuali le critiche rivolte alla sentenza, sempre in questo numero, da M. Luciani.

Ad alcune di esse vorrei riservare qualche breve considerazione, cominciando da quella che riguarda l'oggetto del controllo di costituzionalità, che – secondo Luciani – presuppone un atto normativo, ossia una legge o un decreto-legge. I dati testuali confermano tale assunto, tuttavia a me sembra che, a fronte dell'alternativa consistente nel lasciare nel nostro ordinamento una norma in contrasto con i principi fondamentali dello stesso, il superamento del dato letterale sia preferibile e giustificato. Né il rilievo che la consuetudine internazionale non appartenga al nostro ordinamento mi pare cogliere nel segno, posto che lo scrutinio riguarda – secondo l'originale impostazione della Corte – la consuetudine ai fini della determinazione del contenuto normativo cui dare ingresso nel nostro ordinamento: si tratterebbe, cioè, di un controllo volto a stabilire se quella consuetudine e quanto di essa possa entrare a far parte dell'ordinamento giuridico italiano: un controllo di frontiera, potrebbe dirsi. Ma se così è, il problema è se la Costituzione assegni un siffatto compito alla Corte costituzionale. Ed è su questa originale costruzione che s'innesta un ulteriore e, a mio avviso, ancora più intricato problema: un tale controllo “frontaliero” può risolversi negativamente (come nel caso in esame) ed in tale ipotesi la questione si rivelerà infondata (come, ancora, nel caso in esame) ovvero si risolve positivamente ed anche in tal caso la questione dovrà essere dichiarata infondata: v'è allora da chiedersi se sia ammissibile una questione di costituzionalità destinata in ogni caso ad esser dichiarata infondata.

Tralascio le ulteriori critiche di Luciani, tutte segnate a mio avviso da una forte sottovalutazione del rilievo che assume anche sul piano del diritto internazionale il valore della persona e della sua dignità, e concludo osservando che l'emersione di una regola conformativa dell'immunità in tanto sarà possibile in quanto la difesa della persona e dei suoi diritti fondamentali sia avvertita non come difesa di un orizzonte statale, *id est* particolaristico, quanto piuttosto come difesa di una preziosa acquisizione di valore comune da parte di ciascun popolo e ciascun ordinamento, idonea a consentire il passaggio dalla antica sovranità degli Stati (*superiorem non recognoscentes*) alla ben diversa sovranità di ciascuna persona intesa come inviolabilità – da parte di chiunque – dei suoi diritti fondamentali.

Sovranità vs. Diritti fondamentali

di Gaetano Silvestri

Secondo l'autore la sentenza n. 238 del 2014 nel riconoscere che l'avvento della Costituzione democratica del 1948 – dopo la dittatura, gli orrori della guerra e la Resistenza al nazifascismo – *ha sostituito il fondamento di valore a quello di autorità* ed ha scardinato, di conseguenza la nozione tradizionale di sovranità, spiega come il *favor Constitutionis*, che presiede a tutto il sistema di giustizia costituzionale, imponga l'eliminazione progressiva di tutte le “zone d'ombra”, nelle quali si producono ed hanno efficacia norme giuridiche in grado di incidere sul livello primario del sistema normativo ed esprime infine i propri dubbi sul dispositivo interpretativo di rigetto, dato che le norme interne di adeguamento alle consuetudini internazionali esistono, ancorché non scritte, in quanto frutto del processo di “adattamento”, che implica perciò la formazione “automatica” di norme non scritte interne.

1. L'antefatto: le vittime delle atrocità naziste alla ricerca di un giudice

Per comprendere correttamente il senso e la portata della sentenza in commento si deve partire dalle vicende, normative e giudiziarie, che l'hanno preceduta, in quanto gettano luce sugli aspetti non solo giuridici in senso stretto, ma soprattutto umani e morali di gravissime lesioni di diritti fondamentali, le cui vittime sono andate per anni “alla ricerca di un giudice”.

Due cittadini italiani e gli eredi di un terzo avevano adito il Tribunale di Firenze per ottenere il risarcimento dei danni subiti in occasione della deportazione in Germania di tre militari italiani – in seguito a cattura degli stessi, sul territorio italiano, da parte di forze militari tedesche – avviati al lavoro forzato, in condizioni di schiavitù, in alcuni *Lager*, dove avevano patito atroci sofferenze e uno di loro era stato ucciso.

La domanda risarcitoria era stata presentata ad un giudice italiano, giacché nell'ordinamento tedesco si erano chiuse tutte le porte praticabili per ottenere una riparazione per gli atti compiuti dalle truppe naziste sia in territorio italiano che, successivamente, in Germania.

Vale la pena ricordare, al proposito, che una legge federale tedesca del 2 agosto 2000 ha istituito una Fondazione dal nome significativo: *Erinnerung, Verantwortung und Zukunft* (Memoria, Responsabilità e Futuro) dotata di fondi destinati alle persone assoggettate a lavori forzati o vittime di “altre ingiustizie”, nel periodo del regime nazionalsocialista. L'art. 11 della suddetta legge, come interpretato dalle autorità germaniche, aveva posto alcune limitazioni, una delle quali produceva la conseguenza dell'esclusione dal diritto al risarcimento di coloro che rivestivano, all'epoca dei fatti, lo *status* di prigioniero di guerra. La ragione di tale esclusione fu motivata con l'argomento che le norme internazionali vigenti all'epoca dei fatti consentivano che i prigionieri di guerra fossero avviati al lavoro.

A nulla è valsa la circostanza che alle migliaia di militari italiani internati in Germania fosse stato negato tale *status* dalle autorità tedesche del regime nazista, giacché le autorità della attuale Repubblica federale tedesca hanno ritenuto illegale e quindi nulla quella negazione. È stato sufficiente quindi che i militari italiani deportati avessero avuto astrattamente titolo, in quei tempi, al riconoscimento dello *status* di prigioniero di guerra, indipendentemente dal rifiuto delle autorità dello Stato nazionalsociali-

sta, concretamente operativo, ma solo *a posteriori* ritenuto nullo, perché illegale, dalla Repubblica federale tedesca.

In definitiva, i militari italiani deportati in Germania non avevano effettivamente goduto dei diritti attribuiti dalle convenzioni internazionali ai prigionieri di guerra, ma non hanno – secondo la vigente legge tedesca, come interpretata dalle competenti autorità – neppure oggi diritto ai risarcimenti, giacché *virtualmente* essi erano prigionieri di guerra all'epoca dei lavori forzati. Su questa base interpretativa, i giudici tedeschi rigettavano le domande di risarcimento presentate da molti italiani, ritenendo che i richiedenti dovessero essere considerati, ora per allora, prigionieri di guerra e quindi esclusi dai benefici della legge federale del 2000. Tale orientamento fu confermato dal Tribunale costituzionale germanico con sentenza del 28 giugno 2004.

Si tratta di una vicenda cui ben si adatta l'antico aforisma latino *summum ius summa iniuria*: l'illegalità a suo tempo commessa dalle autorità tedesche giova oggi all'attuale Stato germanico per negare le riparazioni alle vittime ed ai loro eredi! La stessa Corte internazionale di giustizia, pur nel contesto di una decisione sfavorevole per l'Italia e favorevole per la Germania (sentenza 3 febbraio 2012) ha stigmatizzato questo atteggiamento attuale delle autorità tedesche, esprimendo "sorpresa" e "rammarico"¹.

2. La risposta dei giudici italiani

Le vittime delle atrocità naziste si trovarono quindi di fronte all'alternativa di adeguarsi, con una rassegnata rinuncia, alla paradossale situazione creata dal contorto sofisma giuridico adottato dalle autorità tedesche, o di tentare di avere giustizia dai giudici italiani, anche in considerazione che l'atto di violenza iniziale da loro subito – all'origine di tutti quelli susseguenti – era avvenuto in territorio italiano.

In un primo momento, la magistratura italiana diede una risposta positiva alla richiesta risarcitoria delle vittime. Con alcune importanti sentenze, la Corte di cassazione superò in modo argomentato l'eccezione di difetto di giurisdizione fondata sull'immunità degli Stati che agiscono *iure imperii*. L'antinomia tra quest'ultima e il principio della tutela delle vittime di crimini internazionali o di gravi violazioni di diritti umani deve essere risolto – affermò la Suprema corte – in favore del secondo. Nella sentenza "Ferrini" del 2004² si affermò, tra l'altro: «Il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha invero assunto, ormai, il valore di principio fondamentale del diritto internazionale». Nella motivazione di tale pronuncia furono richiamate le opinioni dissenzienti della minoranza (otto contro nove) della Corte di Strasburgo, la cui maggioranza aveva invece riaffermato, con tre sentenze del 2001, l'inderogabilità del principio di immunità degli Stati dalla giurisdizione di altri Stati per atti compiuti *iure imperii*³. I giudici rimasti in minoranza avevano ricordato infatti che l'art. 12 della Convenzione di New York 2 dicembre 2004 (al tempo della citata decisione della Corte EDU ancora allo stato di progetto), in cui è stabilita una deroga all'immunità giurisdizionale degli Stati in caso di lesione all'integrità fisica di una persona o danni ai beni⁴, deve essere interpretato nel senso che, nei casi contemplati da tale norma, non ha valore la tradizionale distinzione tra atti commessi *iure imperii* e atti posti in essere *iure gestionis*, con la conseguente prevalenza dello *ius cogens* della riparazione dei crimini di guerra in tutti i casi.

In un'altra sentenza della Corte di cassazione, conforme all'orientamento prima ricordato, si legge una frase di estrema importanza, anche al fine di un aggiornato inquadramento teorico del problema: «[...] sarebbe a dir poco "incongruo" che la giurisdizione civile, che l'ordinamento internazionale già consente di esercitare nei confronti dello Stato straniero in caso di violazione ad esso addebitabili, resti, invece, esclusa a fronte di ben più gravi violazioni, quali quelle costituenti crimini addirittura contro l'umanità, e

¹ «The Court considers that it is matter of surprise – and regret – that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them» (par. 99).

² Corte di cassazione (sez. un. civ.), 11 marzo 2004 n. 5004, *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*.

³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Fogarty vs. United Kingdom, McElhinney vs. Ireland, Al-Adsani vs. United Kingdom*.

⁴ Art. 12: «Sempre che gli Stati interessati non convengano diversamente, uno Stato non può invocare l'immunità giurisdizionale davanti a un tribunale di un altro Stato, competente in materia, in un procedimento concernente un'azione di riparazione pecuniaria in caso di decesso o di lesione dell'integrità fisica di una persona o in caso di danno o di perdita di un bene corporeo, dovuti a un atto o un'omissione presumibilmente attribuibile allo Stato, se tale atto o omissione si sono prodotti, interamente o in parte, sul territorio dell'altro Stato e se l'autore dell'atto o dell'omissione era presente su tale territorio nel momento in cui è prodotto l'atto o l'omissione». L'Italia ha aderito alla suddetta Convenzione in base alla legge 14 gennaio 2013 n. 5.

che segnano anche il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità»⁵.

Nella suddetta pronuncia del giudice di legittimità si mette a fuoco, con poche, incisive parole, il nucleo essenziale di tutta la problematica sollevata dai casi di riparazioni di crimini di guerra compiuti da militari tedeschi durante il secondo conflitto mondiale, non riconosciute alle vittime italiane dalle attuali autorità germaniche e pertanto richieste ai giudici italiani.

La domanda che sin d'ora ci possiamo porre è la seguente: quali sono i limiti della sovranità degli Stati, intesi come titolari di un mero *imperium* vuoto di contenuti sostanziali, di fronte al quale i valori fondamentali della civiltà umana sono irrilevanti?

3. La risposta della Corte internazionale di giustizia

La risposta della Corte internazionale di giustizia (CIG) è stata nel senso che la sovranità degli Stati, che implica la loro rigorosa eguaglianza nell'ordinamento internazionale, non tollera eccezioni. Essa ha accertato pertanto l'esistenza e la perdurante vigenza di una norma internazionale consuetudinaria, che esclude dalla giurisdizione di altri Stati l'accertamento della responsabilità di uno Stato per atti compiuti nell'esercizio della potestà di governo (*iure imperii*), qualunque sia il loro contenuto lesivo e dovunque gli stessi siano posti in essere.

La Corte non ha negato la natura delittuosa degli atti subiti dalle vittime che reclamavano risarcimenti, ma ha affermato, nello stesso tempo, che lo *ius cogens*, posto a fondamento del diritto alla riparazione delle lesioni dei diritti fondamentali procurate da atti criminali, ha natura sostanziale, mentre l'immunità ha natura processuale. I due principi pertanto operano, secondo la Corte, in due campi distinti, separati e non interferenti. La conseguenza pratica di tale *dictum* è stata che il diritto delle vittime ad ottenere una riparazione ed il dovere dei responsabili a prestarla, ancorché conclamato e giuridicamente riconosciuto,

è di fatto inoperante a causa dell'immunità processuale degli Stati, conseguenza indefettibile della loro uguale sovranità⁶.

Il risultato finale è quello della totale assenza, in tutto il mondo, di un giudice, nazionale o internazionale, che possa conoscere delle lamentate violazioni dei diritti fondamentali degli attori, deportati o eredi di deportati nei campi di lavoro schiavistico nella Germania nazista.

La CIG sembra rendersi conto della conclusione sostanzialmente ingiusta della vicenda processuale e non soltanto – come abbiamo accennato prima – esprime sorpresa e rammarico per l'atteggiamento delle autorità tedesche, ma auspica che abbiano luogo ulteriori negoziati diplomatici tra Italia e Germania per risolvere il problema (par. 104).

4. Le opinioni dissenzienti

La sentenza della CIG ha provocato – come era da aspettarsi – molti commenti, di cui non si tiene conto in questa nota, dedicata in via principale alla sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana.

Per comprendere meglio la pronuncia del giudice delle leggi italiano, può essere utile ricordare tuttavia alcune notazioni critiche, tra le tante che sono state espresse rispetto alla decisione della Corte dell'Aja, da due giudici rimasti in minoranza.

La prima si trova nella *dissenting opinion* del giudice Cançado Trindade che osserva come, in rapporto a crimini contro l'umanità, non è appropriato parlare di *acta iure imperii*, dovendosi invece, più correttamente, adottare la definizione di *delicta imperii*, crimini internazionali in violazione dello *ius cogens*, in relazione ai quali non è possibile invocare l'immunità degli Stati⁷.

La seconda si legge nella *dissenting opinion* del giudice Yusuf e si basa sulla necessità di ammettere una deroga al principio dell'immunità degli Stati, quanto meno in riferimento a circostanze eccezionali – come quelle delle atrocità naziste commesse dal

⁵ Corte di cassazione (sez. un. civ.), 29 maggio 2008, n. 14201, *Repubblica federale di Germania c. M. L. e altri*.

⁶ A titolo meramente esemplificativo (rinviando per una valutazione più organica alla lettura dell'intera sentenza della CIG) si possono ricordare due passi significativi: «*The Court considers that there can be no doubt that this conduct was a serious violation of the international law of armed conflict applicable in 1943-1945. Article 6 (b) of the Charter of the International Military Tribunal, 8 august 1945 [...] convened at Nuremberg included as war crimes "murder, ill-treatment, or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory", as well as "murder and ill-treatment of prisoners of war".*» (par. 52). «*[...] the law of immunity is essentially procedural in nature [...]. It regulates the exercise of jurisdiction in respect of particular conduct and is thus entirely distinct from the substantive law which determines whether that conduct is lawful or unlawful*» (par. 58).

⁷ *Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade*, spec. par. 184 ss., ove è svolta un'ampia argomentazione a sostegno dell'assunto critico contro la rilevanza della distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* in presenza di gravi crimini contro i diritti umani. Lo stesso giudice critica tutta l'impostazione della sentenza, basata, secondo la sua valutazione, su una visione Stato-centrica dell'ordinamento giuridico internazionale (par. 161 ss.).

Terzo Reich durante la Seconda guerra mondiale – e solo nell'ipotesi che le vittime non possano avvalersi di alcun altro strumento per ottenere riparazione. Si riconoscerebbe, in tal modo, secondo il giudice Yusuf, un'eccezione molto limitata alla perdurante consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati e la tutela di diritti fondamentali, i cui titolari rimarrebbero, in caso contrario, privi di un giudice cui rivolgersi⁸.

5. Controlimiti, fondamento di valore e fondamento di autorità

Da questa “notte dei diritti” prende le mosse la questione sollevata dal Tribunale di Firenze, con tre distinte ordinanze, e la susseguente sentenza n. 238 del 2014.

Come è noto, la Corte costituzionale italiana ha precisato, nella sua pluridecennale giurisprudenza, che le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute – di cui all'art. 10, primo comma, Cost. – non possono produrre l'effetto di adeguamento previsto dalla citata norma costituzionale, nel caso in cui violino i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano (sentenze n. 48 del 1979, n. 15 del 1996, n. 73 del 2001). La dottrina ha coniato l'espressione “controlimiti”, ora entrata, con la sentenza in commento, anche nel linguaggio del giudice costituzionale, per indicare complessivamente la necessaria chiusura dell'ordinamento giuridico italiano nei confronti di norme esterne (internazionali e sovranazionali) in contrasto con i principi (e i diritti) fondamentali.

La *ratio* generale dei controlimiti (al di là delle differenze relative alle singole fonti esterne cui, di volta in volta, ci si riferisce) è desumibile dal secondo comma dell'art. 1 Cost., che subordina la stessa sovranità popolare alle “forme” ed ai “limiti” della Costituzione. Ciò significa che nessun soggetto istituzionale, e neppure lo stesso popolo, può deliberare atti lesivi delle basi stesse dell'ordinamento costituzionale, senza incorrere nel vizio di contraddittorietà,

derivante dall'uso di un potere conferito dalla Costituzione contro la Costituzione medesima. Quest'ultima non è immodificabile, ma può essere rivista solo ed esclusivamente nelle “forme” (vedi art. 1) dell'art. 138 e nei limiti (vedi sempre art. 1) dell'art. 139 della Carta (comprendendosi nella “forma repubblicana” il nucleo essenziale dei principi). Questa logica costruzione è stata resa esplicita dalla sentenza n. 1146 del 1988, che ha escluso che con lo stesso procedimento di revisione costituzionale si possa arrivare alla violazione dei principi e dei diritti fondamentali su cui poggia tutto l'edificio costituzionale.

La sentenza n. 238 del 2014⁹ parte quindi dal riconoscimento, da parte del giudice delle leggi, che l'avvento della Costituzione democratica del 1948 – dopo la dittatura, gli orrori della guerra e la Resistenza al nazifascismo – *ha sostituito il fondamento di valore a quello di autorità* ed ha scardinato, di conseguenza la nozione tradizionale di sovranità, intesa come potere illimitato, indivisibile e insindacabile attribuito allo Stato-soggetto. Alla luce della tradizionale nozione di sovranità, e dell'altrettanto tradizionale positivismo legalistico, sarebbero difficilmente giustificabili sia i “controlimiti” all'efficacia interna delle norme internazionali e sovranazionali, sia lo stesso limite posto dalla citata sentenza n. 1146, che apparirebbe (ed a taluno continua ad apparire!) un controsenso giuridico.

Se non si fosse d'accordo con questa premessa generale e si ritenesse invece che ancor oggi si possa concepire soltanto il fondamento di autorità del potere, non solo la sentenza n. 238 del 2014 sembrerebbe “eretica”, ma tutta la giurisprudenza della Corte sui “controlimiti” non avrebbe consistenza giuridica.

6. Sindacabilità di norme non scritte

La finalità di non lasciare privi di tutela giurisdizionale diritti fondamentali gravemente violati ha indotto la Corte a compiere un altro passo nella sua ormai consolidata – ma prudente e non priva di oscil-

⁸ *Dissenting opinion of Judge Yusuf*, par. 42.

⁹ Si sono ben presto moltiplicati i commenti su vari aspetti di tale pronuncia: cfr., tra gli altri, A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria*, in consultaonline.it; T. Groppi, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, ivi; P. Farraguna, *La sentenza n. 238 del 2014 e i controlimiti in azione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2014, pp. 899 ss.; L. Gradoni, *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana “controvento” sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, ivi, pp. 905 ss.; A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in forumcostituzionale.it; A. Guazzarotti, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini costituzionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, ivi; S. Lieto, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, ivi; P. Passaglia, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in diritticomparati.it; F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgement no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, ivi; D. Russo, *La sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014: la Consulta attiva i “controlimiti” all'ingresso delle norme internazionali lesive del diritto alla tutela giurisdizionale*, in osservatoriosullefonti.it; P. De Sena, *Spunti di riflessione sulla sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale*, in sidi-isil.org.

lazioni – tendenza ad allargare le vie di accesso al giudizio di costituzionalità.

Il “filo rosso” che collega le pur caute aperture, da parte del giudice delle leggi, delle vie d’accesso alla giustizia costituzionale è il perseguimento della miglior tutela dei diritti fondamentali, l’intento di limitare al minimo l’incidenza di preclusioni formali sull’effettività di tali diritti, quando questi siano lesi o minacciati da atti normativi di grado primario.

La sentenza n. 238 del 2014 ha continuato tale percorso, comprendendo tra le norme che possono essere scrutinate dalla Corte costituzionale anche quelle non scritte, quali quelle poste in essere da consuetudini internazionali. Sarebbe stato inconciliabile con il ruolo della Corte, “guardiana” della Costituzione – e *a fortiori* dei principi e dei diritti fondamentali in essa enunciati e tutelati – rinunciare a valutare una norma giuridica, posta, per effetto dell’art. 10, primo comma, Cost. ad un livello del sistema delle fonti del diritto simile a quello delle norme internazionali pattizie, con la differenza della non necessità di atti interni di recepimento. Si tratta, anche in questo caso, di “norme interposte”, idonee ad integrare il parametro costituzionale, a condizione che non si pongano in contrasto, quanto meno, con i principi e i diritti fondamentali della Costituzione¹⁰.

Come per le norme dell’UE e per quelle della CEDU, anche per le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute il vero problema non è quello di individuare, con selezioni più o meno arbitrarie, le componenti interne del “nucleo duro”, che resisterebbero alle “modificazioni tacite” della Costituzione ad opera di fonti esterne, ma la valutazione, da effettuare caso per caso, dei limiti alla “contestualizzazione” delle norme esterne, alla loro possibilità di permanere nel sistema costituzionale italiano, senza creare stridenti dissonanze, che finiscono, in via diretta o indiretta, con il sacrificare o eccessivamente comprimere diritti fondamentali (civili, politici e sociali).

Una norma, il cui effetto pratico è quello di incidere in modo irreparabile sul diritto di difesa in giudizio, sul diritto, nella fattispecie, di far valere davanti ad un giudice la propria pretesa ad una riparazione per gravissime lesioni dei propri diritti umani, non poteva rimaner fuori dallo spettro del controllo di legittimità costituzionale affidato al giudice delle leggi. Il *favor Constitutionis* che presiede a tutto il sistema di giustizia costituzionale impone l’eliminazione progressiva

di tutte le “zone d’ombra”, nelle quali si producono ed hanno efficacia norme giuridiche in grado di incidere sul livello primario del sistema normativo. Tale è la caratteristica delle norme internazionali consuetudinarie, che incidono, sul piano del diritto positivo, principalmente sulle norme legislative interne italiane ed integrano il parametro di cui all’art. 10, primo comma, della Costituzione.

L’introduzione di una specifica immunità dalla giurisdizione aveva inciso, in modo concreto e positivo – al punto da costringere i giudici italiani a prenderne atto esplicitamente nelle loro decisioni – sul sistema giurisdizionale italiano, costituito da norme scritte, di rango costituzionale e legislativo ordinario, che attribuiscono, nelle forme processuali previste, a tutti i cittadini il diritto di «agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (art. 24, primo comma, Cost.). Si rischiava di rimanere impotenti di fronte al paradosso di una lesione ad uno dei principi fondamentali, su cui si regge l’intero sistema costituzionale – in conformità ad uno dei classici principi del costituzionalismo moderno –, non riparabile dall’organo di giustizia costituzionale a causa di un ostacolo puramente formale, frutto peraltro di una interpretazione meramente letterale dell’art. 134, primo comma, della Costituzione.

Se l’effetto delle norme internazionali consuetudinarie si produce non soltanto sull’ordinamento positivo di livello primario, ma sulla stessa Costituzione o addirittura sui suoi principi fondamentali, il pericolo è che si verifichi ancora una volta, in assenza di un rimedio costituzionale, una situazione di *summum ius summa iniuria*, sempre in agguato nei tormentati percorsi giurisprudenziali del giudice delle leggi. La Corte ha dovuto evitare il paradosso di norme giuridiche “esterne” idonee a modificare, per “adattamento”, norme interne. Queste ultime rimarrebbero, in sé e per sé sindacabili dalla Corte costituzionale, ma non lo sarebbero le loro modifiche, in quanto prodotte da norme non scritte. La contraddizione logico-giuridica mi sembra evidente.

7. Perplexità sulla soluzione tecnica prescelta dalla Corte

Qual era l’oggetto del sindacato di costituzionalità, che ha condotto alla sentenza n. 238 del 2014? A tale

¹⁰ Si può prescindere, in questa sede, dalla controversia sulla consistenza e configurabilità separata dei principi fondamentali o “supremi” della Costituzione e sul quesito se la maggiore “durezza” di questi ultimi rispetto a tutte le altre norme costituzionali attribuisca alla Corte costituzionale un anomalo potere di “scegliere” quali parti della Carta sono sacrificabili e quali non: mi si consenta, su questa problematica, di rinviare a G. Silvestri, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, IV, p. 3421; Idem, *L’integrazione e la contestualizzazione dei principi e dei diritti fondamentali nei rapporti tra UE, CEDU e ordinamento costituzionale italiano*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Editoriale Scientifica, Napoli, I, pp. 655 ss.

quesito sembra di dover rispondere che l'oggetto sostanziale dello scrutinio fosse la norma interna di adeguamento, che si forma automaticamente in corrispondenza delle norme consuetudinarie internazionali.

Se si esamina il precedente più vicino alla fattispecie oggi definita, si può vedere che la Corte ha ben distinto tra l'oggetto formale, le norme di adattamento, e quello sostanziale, la norma consuetudinaria. Nella sentenza n. 48 del 1979 – non sempre a proposito evocata in questi ultimi tempi – si legge che «il vero oggetto del giudizio [...] concerne la compatibilità, con gli invocati principi costituzionali, della norma interna di adeguamento alla consuetudine internazionale generale». Ciò significa due cose: a) l'ordine di esecuzione dato con legge statale è solo un *plus* rispetto ad una norma *già entrata*, per effetto dell'adeguamento automatico, nell'ordinamento giuridico italiano; b) esiste quindi una norma interna, avente efficacia giuridica, che si forma in corrispondenza di quella internazionale generalmente riconosciuta e che si modifica man mano che quest'ultima si trasforma.

Nella sentenza n. 238 del 2014, la Corte ha tentato di completare il quadro ed ha scelto, per quanto riguarda la norma consuetudinaria, la soluzione basata su una sorta di controllo automatico di legittimità costituzionale, che farebbe tutt'uno con l'adeguamento previsto dall'art. 10, primo comma, Cost., impedendo sin dall'origine l'ingresso della norma non compatibile con i principi costituzionali.

Si può nutrire qualche perplessità su questa scelta, che sembra viziata da un eccesso di virtualità. Il controllo di costituzionalità è sempre sulla “questione”, quale è posta dal giudice *a quo* e quale emerge dall'impatto della norma censurata con la situazione concreta dei rapporti su cui la stessa è destinata ad incidere. Tale verifica, non puramente astratta, sfocia in una decisione adottata all'esito di un processo, con la sua dialettica e la sua inevitabile parte di “concretezza”. Non a caso si dice comunemente che la Corte non si pronuncia in generale sulla norma, ma sulla questione e non a caso la stessa non dichiara mai le norme conformi a Costituzione, ma si limita a dichiarare fondata o non fondata una questione. Che tale complesso e sfaccettato giudizio possa essere sostituito da una sorta di controllo automatico e virtuale sembra non aderente al sistema italiano di giustizia costituzionale.

La conclusione più coerente sarebbe stata, a mio modesto avviso, una sentenza di accoglimento anche per la norma avente origine nella consuetudine internazionale, la quale, penetrata nell'ordinamento italiano, ne viene espunta, allo stesso modo in cui qualsiasi norma legislativa efficace sino ad una eventuale sentenza di accoglimento, viene espunta dal sistema perché ritenuta in contrasto con la Costituzione. La norma incostituzionale “esiste” così com'è, con i suoi vizi, e produce effetti sino ad un eventuale intervento del giudice delle leggi. La stessa cosa si può dire delle norme interne di adeguamento alle consuetudini internazionali, che esistono, ancorché non scritte, in quanto frutto del processo di “adattamento”, che non deve essere confuso con una sorta di efficacia diretta ed implica perciò la formazione “automatica” di norme non scritte interne¹¹.

Assumendo il diverso punto di vista dello sbarramento preventivo all'ingresso della norma consuetudinaria in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, la Corte non poteva che arrivare ad una decisione interpretativa di rigetto, poiché non poteva certo dichiarare costituzionalmente illegittima una norma rimasta puramente esterna, in quanto mai penetrata nell'ordinamento giuridico italiano¹². Così facendo, però, ha dilatato oltre misura una *fictio* che finisce per indebolire l'efficacia della decisione, poiché – secondo la grande maggioranza della dottrina – le decisioni di rigetto non spiegano effetti *erga omnes*, ma solo *inter partes*. Resta aperta pertanto la non auspicabile possibilità che un altro giudice vada in contrario avviso, ritenendo perdurante la vigenza, nell'ordinamento italiano, della norma consuetudinaria internazionale mai divenuta oggetto di una pronuncia di accoglimento. Si tratta solo di una eventualità, ma non la possiamo scartare in partenza, vista l'incandescenza della materia e la diversità di opinioni che si sono manifestate a tutti i livelli.

8. Dogma della sovranità dello Stato e forza universale dei valori

Al di là della precedente riserva, si deve dire che la sentenza n. 238 del 2014 ha fatto compiere un balzo in avanti ad una concezione della sovranità basata sui valori e non sull'autorità. Non avrebbe

¹¹ La problematica delle norme non scritte interne, corrispondenti a quelle internazionali consuetudinarie è stata, in passato, affrontata da lungimiranti dottrine, sia con riferimento alla sindacabilità delle norme non scritte da parte della Corte costituzionale, sia con riferimento alla formazione istantanea di norme non scritte interne corrispondenti: cfr. S. Leone, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2014, pp. 902 ss., che ricorda le riflessioni magistrali di Antonio La Pergola e Antonio Cassese.

¹² Cfr. in proposito M. Longobardo, *“Il non-essere non è e non può essere”: brevi note a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario*, in www.sidi-isil.org.

senso parlare di “controlimiti”, se non si disponesse di un criterio generale per valutare l’apertura o la chiusura dell’ordinamento italiano rispetto alle norme esterne. La caduta della sovranità impenetrabile dello Stato, posta alla base della tradizionale teoria dualistica, non ha portato con sé la rovina dei fondamenti assiologici del costituzionalismo moderno. Ciò che non è consentito alle norme interne non è consentito neppure a quelle esterne. L’intangibilità

dei valori costitutivi della dignità umana si afferma soprattutto in contrasto con la forza dell’autorità, nazionale, sovranazionale o internazionale che sia¹³. La CIG ha fatto prevalere le ragioni della forza su quelle della ragione; la Corte costituzionale italiana ha ritenuto prevalenti i principi e i diritti fondamentali sul dogma della sovranità. Il cammino è ancora lungo e accidentato; è importante però che non si torni indietro.

¹³ Questo sembra essere il significato profondo della famosa sentenza *Kadi* della Corte di giustizia dell’Unione europea.

I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia *

di Ernesto Lupo

L'autore mette in rilievo che, per la prima volta, i controlimiti sono rivolti verso una sentenza della CIG vincolante per lo Stato italiano, rappresenta il rischio che il dispositivo *interpretativo di rigetto* porti con sé il riconoscimento del potere dei giudici comuni di esercitare il controllo di costituzionalità sul diritto consuetudinario internazionale, apprezza che l'ultima parola sulla tutela dei diritti nell'ordinamento nazionale sia stata nuovamente radicata nella Corte costituzionale, sottolinea la coerenza della sentenza n. 238/14 con la dichiarazione italiana di adesione alla Convenzione di New York, del 2 dicembre 2004, rappresenta il rischio che la dichiarazione di incostituzionalità dell'intero art. 3 della legge n. 5/2013 implichi conseguenze più ampie dell'oggetto della questione sottoposta alla decisione della Corte costituzionale.

1. Una novità assoluta: l'operatività dei "controlimiti" nei confronti di una sentenza (della Corte internazionale di giustizia)

La sentenza che è oggetto di questo Convegno è importante per tanti aspetti, che vanno anche al di là del titolo dello stesso, e quindi della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.

Innanzitutto essa è la prima sentenza che rende operanti ed applica i "controlimiti"¹ nei confronti non di norme di ordinamenti esterni costituenti limiti per il diritto interno, ma di una sentenza

di una Corte internazionale, e precisamente della Corte internazionale di giustizia (CIG) istituita dalla Carta delle nazioni unite², alle cui decisioni l'art. 94 della medesima Carta ha previsto l'impegno di ciascun membro (che sia parte della relativa controversia) "*a conformarsi*"³. L'impegno internazionale assunto dall'Italia crea un limite che, però, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, non opera nella situazione in essa considerata. La conseguenza è che la sentenza della CIG è resa inefficace dalla pronunzia della Corte costituzionale, la quale fa prevalere la nostra Costituzione. Come ha scritto Pietro Faraguna⁴, «*la pistola dei controlimi-*

* Intervento al Convegno tenuto l'11 dicembre 2014 nell'Aula magna della Corte di cassazione sul tema: *Diritti fondamentali e giurisdizione* (A proposito della sentenza della Corte Costituzionale n. 238 del 23 settembre 2014).

¹ La parola è usata e posta tra virgolette dalla Corte costituzionale: § 3.2 della parte *Considerato in diritto* (parte a cui si farà esclusivo riferimento anche in seguito).

² La Carta delle Nazioni unite, firmata a San Francisco il 26 giugno 1945, è stata resa esecutiva in Italia dalla legge 17 agosto 1957 n.848.

³ Il comma 2 dello stesso art.94 prevede: «*Se una delle parti di una controversia non adempie gli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione*».

⁴ Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione, in www.forumcostituzionale.it, 2 novembre 2014.

ti è dunque carica. *E spara davvero*». Per la prima volta, contro una sentenza vincolante per lo Stato italiano.

L'innovazione è significativa, innanzitutto, sotto l'aspetto processuale perché individua la tecnica da seguire per rendere operanti i "controlimiti" posti dalla nostra Costituzione nei confronti di una sentenza internazionale o sopranazionale⁵, tecnica che potrà, evidentemente, essere seguita anche in relazione a sentenze delle Corti europee. Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'operatività del controlimite posto dagli artt. 2 e 24, primo comma, Cost. comporti l'illegittimità costituzionale della legge che ha dato esecuzione alla Carta (o Statuto) delle Nazioni unite, limitatamente alla efficacia interna di una determinata sentenza emanata in applicazione della detta Carta. È facile percepire che la tecnica utilizzata dal giudice costituzionale non è sostanzialmente diversa da quella già da esso seguita per l'operatività dei controlimiti all'ingresso di disposizioni normative⁶. Ma il precedente costituito dalla sentenza n. 238/14 fa una utile chiarezza, se si tiene presente che, recentemente, la Cassazione penale⁷, ritenendo che una sentenza della Corte di Strasburgo⁸ si ponga in contrasto con molte disposizioni della Costituzione italiana, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale (non della legge che ha dato esecuzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma) «dell'art. 44, comma 2, del DPR. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza Varvara)»⁹.

2. Una novità parziale: l'estensione del sindacato di costituzionalità alle consuetudini internazionali, anche se anteriori alla Costituzione

Un secondo aspetto innovativo della sentenza n. 238/14, del tutto diverso da quello già considerato ma (come si vedrà) collegato al primo nell'ottica del ruolo della Corte costituzionale, è costituito dalla inclusione nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle norme consuetudinarie di diritto internazionale (recepte nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.), anche se anteriori alla Costituzione¹⁰. Si è rilevato che tale affermazione si pone in contrasto con il tenore dell'art. 134 Cost., che prevede il giudizio di legittimità costituzionale soltanto sulle «leggi» e sugli «atti aventi forza di legge», e non anche sulle consuetudini che sono fontifatto¹¹. È però convincente l'interpretazione estensiva che la Corte costituzionale dà alla previsione dell'art. 134 Cost. nel senso di riferirla a tutte le disposizioni normative che sono «provvisive della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali», qualunque sia la natura della loro fonte di produzione. È la caratteristica di fonte primaria della disposizione che determina il sindacato del giudice delle leggi. Anche se concerne tematica completamente diversa, si tenga presente che la Corte costituzionale ha, da tempo, attribuito a se stessa il controllo di conformità del decreto legislativo alla legge delega, non ostante che nessuna delle norme tra le quali si opera

⁵ In senso proprio, "controlimiti" sono soltanto quelli operanti rispetto alle sentenze emesse sulla base di un ordinamento sopranazionale, che si fondi sulle "limitazioni di sovranità" previste dall'art. 11 Cost.; invece, rispetto alle sentenze di una Corte internazionale ed ai correlati "obblighi internazionali" menzionati dall'art. 117, primo comma, Cost. dovrebbe parlarsi di "limiti". La differenza tra i due concetti non assume, però, rilievo rispetto alle considerazioni qui espresse.

⁶ Nel menzionato § 3.2 la Corte costituzionale cita le sentenze che si sono pronunziate sui controlimiti all'ingresso delle norme dell'Unione europea ovvero sui limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato. I precedenti della Corte individuano tali limiti (e controlimiti) nei «*principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*» e nei «*diritti inalienabili della persona*» (in dottrina, v. ampiamente Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, 1995, con riferimento sia alle norme dell'Unione europea, sia alle norme concordatarie). Ambedue i detti limiti, congiuntamente considerati, sono stati ritenuti dalla Corte operanti nel caso di specie.

⁷ Sez. Terza, sentenza-ordinanza 30 aprile-20 maggio 2014, n. 20636.

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 ottobre 2013 (ric. N.17475/2009), Varvara c. Italia.

⁹ Così il dispositivo della pronuncia della Corte di cassazione. È facile osservare che la Corte di Strasburgo interpreta le disposizioni della Convenzione europea, e non la normativa interna.

¹⁰ § 2.1 della sentenza. La Corte ha rigettato l'eccezione dell'avvocatura dello Stato, secondo cui la verifica di costituzionalità delle norme consuetudinarie sarebbe consentita esclusivamente per quelle formatesi successivamente alla Costituzione.

¹¹ È questa l'opinione espressa da Luciani in questo stesso convegno e poi nello scritto *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, pubblicato su questo numero di questa *Rivista* e in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

il confronto abbia natura costituzionale, trovando esso fondamento esclusivamente nelle disposizioni generali previste dall'art. 76 Cost.. A maggior ragione non può essere sottratto al giudice costituzionale l'esame di conformità tra norme che, come si dirà, hanno, ambedue, rango costituzionale.

Modalità ed effetti particolari ha, però, secondo la Corte, il controllo di costituzionalità sulle consuetudini internazionali. Esso, nell'eventualità in cui la norma consuetudinaria sia ritenuta contrastante con i principi fondamentali della Costituzione, non determina l'illegittimità di tale norma, bensì il suo mancato ingresso nell'ordinamento interno e quindi la non operatività del meccanismo di adattamento automatico previsto dall'art. 10 Cost., e cioè del "trasformatore permanente" della norma internazionale consuetudinaria nel diritto nazionale.

Tuttavia, così configurato l'esito negativo del controllo di costituzionalità, si va incontro ad una obiezione sollevata da più autori¹². Poiché la norma consuetudinaria presa in esame non è entrata nell'ordinamento nazionale, la Corte non avrebbe potuto affrontare il merito della questione proposta (di conformità alla Costituzione di una norma inesistente nel diritto interno), ma avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la questione proposta per la mancanza del suo oggetto. Ed invece la Corte ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità della norma consuetudinaria internazionale «nei sensi di cui in motivazione», in cui ha affermato che la stessa norma è incostituzionale e perciò «non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto»¹³.

La pronuncia di inammissibilità della questione sollevata avrebbe, però, comportato che la verifica di compatibilità tra norma internazionale consuetudinaria e Costituzione sarebbe stata necessariamente attribuita al giudice comune, mentre più volte nella sentenza la Corte rivendica a se stessa siffatto controllo. Questa affermazione va condivisa se si considera che, secondo la stessa Corte, le norme consuetudinarie immesse nel nostro ordinamento per effetto del meccanismo dell'art. 10 Cost hanno rango equivalen-

te a quello costituzionale¹⁴ e che le difficoltà e le conseguenti incertezze di detta verifica di compatibilità ne giustificano l'accentramento in un'unica sede.

La Corte ha, quindi, esaminato nel merito la questione prospettata, la quale ha per oggetto la costituzionalità della norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art.10, primo comma, Cost., della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati»¹⁵. La Corte ha ritenuto fondata la questione, limitatamente alla estensione di detta immunità anche agli atti dello Stato straniero «che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona»¹⁶. Sarebbe stata, allora, coerente con le considerazioni espresse nella motivazione della sentenza, non una pronuncia interpretativa di rigetto (come quella contenuta nel n. 3 del dispositivo della sentenza), ma una pronuncia di accoglimento parziale, negli identici termini del precedente n.2.

Si sarebbe, cioè, dovuta dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento della norma consuetudinaria di diritto internazionale sulla immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, limitatamente al diniego di giurisdizione in riferimento agli atti di uno Stato straniero che consistono in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona. In termini siffatti, d'altronde, la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal Tribunale di Firenze.

3. Incidenza delle novità della sentenza sul ruolo della Corte costituzionale

I due aspetti innovativi della sentenza convergono verso un risultato di enorme rilievo sul piano del rapporto tra ordinamenti e del cd. dialogo tra le Corti dei diritti.

L'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente lo stesso valore

¹² V., per esempio, Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria*, in www.giurcost.org, Studi, 2014.

¹³ § 3.5 della sentenza.

¹⁴ Sul punto v. Cannizzaro, *Commentario alla Costituzione*, Utet 2006, vol.1, p.248, che ritiene il pensiero della Corte idea diffusa in dottrina e giurisprudenza.

¹⁵ L'oggetto della questione di legittimità costituzionale è così enunciato dalla stessa Corte nel dispositivo n. 3.

¹⁶ Le parole riportate tra virgolette sono quelle usate dalla Corte nel dispositivo n.2, dichiarativo della illegittimità costituzionale della legge di esecuzione dello Statuto delle nazioni unite.

giuridico dei trattati¹⁷, in aggiunta alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁸, ha dato adito alla previsione, piuttosto diffusa, di progressiva marginalizzazione della Corte costituzionale rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Essa si sarebbe verificata per effetto della possibilità, attribuita al giudice comune, di accedere direttamente alle Corti europee¹⁹, ottenendo pronunzie immediatamente applicabili nelle controversie nazionali.

La sentenza n. 238/14 dimostra l'inconsistenza di tali previsioni. Alla Corte costituzionale viene riservato il controllo sulla conformità ai principi fondamentali della nostra Costituzione sia delle norme degli altri ordinamenti (sopranazionali e internazionali), sia delle sentenze emesse dalle Corti e dai giudici previsti dagli stessi ordinamenti. Quindi, anche dopo l'emanazione di una pronunzia da parte delle Corti europee, spetterà al nostro giudice costituzionale verificare che essa non violi il «*limite del rispetto degli elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale, vale a dire dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona*»²⁰, elementi «*sottratti anche alla revisione costituzionale*»²¹.

In sostanza, l'ultima parola sulla tutela dei diritti nell'ordinamento nazionale spetta alla Corte costituzionale, che aveva visto messo in pericolo il proprio ruolo soprattutto quando, prima delle sentenze n. 348 e 349 del 2007, stava prendendo piede la tesi di un controllo diffuso di conformità delle norme interne alla CEDU, affidato cioè ai giudici comuni nelle singole controversie, senza bisogno di sollevare una questione di costituzionalità (per contrasto con l'art. 117, pri-

mo comma, Cost.) e di rimettere all'apposito giudice la valutazione di detta conformità. Questa temperie culturale, che appare già oggi lontana, si vanifica, anche nelle possibili prospettive future, per effetto degli orientamenti seguiti dalla sentenza qui considerata.

4. Il punto centrale della sentenza: restrizione, nell'ambito nazionale, della immunità degli altri Stati dalla giurisdizione civile

Ma veniamo al punto centrale della sentenza, espresso dal titolo del nostro incontro: l'immunità degli Stati che agiscono *iure imperii* dalla giurisdizione civile degli altri Stati – affermata dalla CIG nella sentenza del 3 febbraio 2012 in relazione alle «violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal Reich tedesco tra il 1943 e il 1945»²² – viola il diritto al giudice che la nostra Costituzione (art. 24) riconosce a tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2). Tale immunità (pur esistente secondo la consuetudine internazionale accertata dalla citata sentenza del giudice internazionale) non può essere affermata nell'ordinamento nazionale, perché ed in quanto «*determina il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti delle vittime*»²³ di crimini contro l'umanità commessi nel territorio italiano.

L'argomento è molto complesso ed ha avuto uno sviluppo importante nella giurisprudenza della Corte di cassazione, a partire dalla sentenza 11 marzo 2004 n. 5044²⁴. Qui non si può ripercorrerlo neanche per sintesi. Mi limito ad osservare che convincente è

¹⁷ Art. 6 TUE, il quale precisa che «*le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*», onde esse si applicano «*esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*» (art. 51 della stessa Carta).

¹⁸ Le disposizioni della Convenzione europea sono destinate ad acquisire maggiore forza giuridica a seguito della prevista (ma non ancora attuata) adesione ad essa dell'Unione europea (art. 6 TUE).

¹⁹ L'accesso diretto del giudice comune alla Corte di Strasburgo, per ottenerne una pronunzia interpretativa della Convenzione anteriormente alla decisione del caso nazionale e rilevante per la decisione dello stesso, è previsto dal Protocollo di modifica della CEDU n. 16, firmato dall'Italia ed in corso di autorizzazione parlamentare alla ratifica.

²⁰ § 2.1 della sentenza.

²¹ § 3.2 della sentenza.

²² § 135 della sentenza della Corte internazionale (nella traduzione italiana, non ufficiale).

²³ § 3.4 della sentenza della Corte costituzionale. Nella sentenza assume un rilievo essenziale la constatazione della assenza totale di tutela giurisdizionale, la cui preclusione «*rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi*» della Costituzione. Anche nel successivo § 5.1 si collega la valutazione di illegittimità costituzionale della immunità giurisdizionale al presupposto che non «sia prevista altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati».

²⁴ Per una rapida informazione, sino alla valutazione della citata sentenza della Corte internazionale di giustizia v. Senese, *Giurisdizione e guerra*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione*, VII, Giuffrè 2013. Per una più ampia analisi degli «antefatti» della sentenza della Corte costituzionale e per un elenco dei primi commenti alla stessa v. Dickmann, *Il «diritto al giudice» di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *federalismi.it*, n. 22/2014.

senz'altro la critica che la Corte costituzionale rivolge alla sentenza della CIG nella parte in cui quest'ultima ritiene che le norme internazionali dello *jus cogens* (relative ai conflitti di guerra) non siano in contrasto con l'affermata immunità dello Stato, perché questa è un istituto di carattere procedurale diverso dalle norme di diritto sostanziale²⁵. Correttamente il giudice costituzionale osserva che «*sarebbe arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela*»²⁶. Ed in realtà una tutela del diritto non può configurarsi se si nega in modo assoluto che per farla valere si possa adire un giudice.

Numerosi sono gli argomenti addotti dalla Corte a fondamento dell'accoglimento della questione di costituzionalità. Ne sottolineo solo quello consistente nella coerenza della pronuncia con l'orientamento interpretativo espresso dall'Italia nell'aderire alla Convenzione delle Nazioni unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni²⁷. Nel depositare l'adesione (il 6 maggio 2013) il Governo italiano ha dichiarato che «*la Convenzione dovrà essere interpretata e applicata conformemente... ai principi concernenti la tutela dei diritti umani dalle violazioni gravi*», aggiungendo l'opinione che «*la Convenzione non si applichi alle attività delle forze armate e del loro personale,....effettuate durante un conflitto armato come definito dal diritto internazionale umanitario*»²⁸. Le due diverse considerazioni espresse dall'Italia nel depositare l'atto di adesione alla Convenzione sulla immunità giurisdizionale degli Stati convergono verso la conclusione della sentenza n. 238/14, che ha escluso l'immunità della Germania rispetto alle azioni di responsabilità civile per i crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal *Terzo Reich* nel territorio italiano.

Non si può, però, ignorare che la posizione della Corte costituzionale, limitativa dell'ambito della im-

munità giurisdizionale degli Stati, tocca materia molto discussa in ambito internazionale. La Corte menziona, a proprio sostegno, la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea 3 settembre 2008, nel caso Kadi²⁹. Ma è noto che ben diversa è la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha riconosciuto che è compatibile con la CEDU il riconoscimento, ad opera di uno Stato parte della Convenzione, della immunità dalla giurisdizione a favore di uno Stato terzo accusato di crimini internazionali³⁰. Nella sentenza più recente la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che la materia è in divenire perché la pratica degli Stati è in uno «*state of flux*», essendovi casi simili sia di riconoscimento che di rigetto della immunità³¹.

La constatazione che precede rende pertinente e realistico l'auspicio espresso dalla nostra Corte di una evoluzione del diritto internazionale verso un ulteriore ridimensionamento della immunità giurisdizionale degli Stati, analogo a quello operato per il diritto interno con la sentenza qui considerata³².

5. Illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 5/2013: pronuncia oltre l'ambito del giudizio

Se si condivide il dispositivo collocato al n. 2 della sentenza della Corte, e cioè l'illegittimità costituzionale della norma che obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, non altrettanto può dirsi per il dispositivo contrassegnato con il n. 1, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale *in toto* dell'art. 3 della citata legge 14 gennaio 2013 n. 5, di adesione alla Convenzione delle Nazioni unite del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati.

²⁵ § 92-97 della sentenza della CIG.

²⁶ §3.4 della sentenza della Corte costituzionale.

²⁷ La Convenzione di New York, del 2 dicembre 2004, è – come dice la Corte costituzionale (§ 5.1) – «*volta a recepire, in via convenzionale, il principio del diritto internazionale consuetudinario dell'immunità giurisdizionale degli Stati generalmente riconosciuto, delimitandone l'ambito di operatività mediante l'individuazione dei casi di esenzione*». Essa è stata recepita in Italia con la legge 14 gennaio 2013 n. 5, ma non è ancora entrata in vigore, occorrendo per ciò il deposito di trenta strumenti di ratifica (art.30 della Convenzione).

²⁸ V. Luzzatto e Pocar, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Giappichelli 2013, p.604.

²⁹ Per sintetici riferimenti sulla pronuncia della *Grande chambre*, v. la parte finale del § 3.4 della sentenza della Corte costituzionale.

³⁰ Sentenze 14 gennaio 2014, Jones c. Regno unito; 21 novembre 2001, Al-Adsani c. Regno unito.

³¹ § 214 della citata sentenza Jones c. Regno unito.

³² Parte finale del § 3.3. All'inizio dello stesso paragrafo, la Corte ha fatto cenno all'evoluzione giurisprudenziale che, nel secolo scorso, ha avuto la norma consuetudinaria della immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati.

L'art. 3 si riferisce alla «*esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia*» (così la rubrica) e riguarda, in particolare, le sentenze (emanate in un procedimento in cui è parte l'Italia) che abbiano «*escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile*», regolandone l'effetto sia sui processi pendenti, sia sulle sentenze passate in giudicato.

La disposizione legislativa, nel suo tenore letterale, ha un ambito generale che include la sentenza emanata il 3 febbraio 2012, ma che comprende anche qualsiasi altra sentenza futura che affermi l'esistenza della immunità giurisdizionale di uno Stato straniero convenuto davanti ad un giudice italiano. Si pensi ad atti che non consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona. L'art. 3, cioè, ha un ambito di applicazione che comprende, ma va anche al di là del caso oggetto della sentenza della CIG del 3 febbraio 2012.

La Corte costituzionale ha, invece, interpretato il contenuto dell'art. 3 come disposizione «*diretta alla esecuzione*» soltanto di detta sentenza³³, traendo chiari argomenti in tal senso dai lavori parlamentari della legge, approvata «*a breve distanza dalla sentenza del 3 febbraio 2012*». Ma non vi è bisogno di ricordare che il contenuto della disposizione legislativa è diverso dalla *occasio legis* e dalla stessa *intentio legislatoris* e che il disposto dell'art. 3 ha indiscutibilmente un carattere generale, riferendosi alla esecuzione di tutte le sentenze della CIG che dichiarino l'esistenza della immunità ivi prevista.

Un dispositivo coerente con la motivazione della sentenza della Corte costituzionale, e ancora prima con l'ambito della questione sottoposta alla Corte, avrebbe dovuto limitare l'illegittimità del citato art. 3 alla specifica situazione regolata dalla decisione della CIG del 3 febbraio 2012 (e, al più, ad eventuali future sentenze di uguale contenuto della stessa Corte), con

limitazione analoga a quella operata nel dispositivo n. 2 della stessa sentenza.

Ci si può ora chiedere se sia possibile una interpretazione del dispositivo n. 1 della sentenza che tenga conto della motivazione e quindi della correlazione esclusiva ivi contenuta dell'art. 3 della legge n. 5/2013 con la sentenza della CIG del 3 febbraio 2012. Se è vero che, in linea di principio, le sentenze si interpretano attraverso il collegamento tra dispositivo e motivazione, tale principio va però adattato alle sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di un intero articolo. Siffatta dichiarazione comporta la cancellazione dall'ordinamento dell'articolo (con efficacia *ex tunc*), e quindi il suo totale venir meno tra le fonti del diritto, onde l'interprete non può che prendere atto della sua formale eliminazione, senza che questo effetto possa essere limitato in via ermeneutica a causa delle ragioni che hanno condotto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale *in toto* dell'articolo. Si avrebbe un enorme *vulnus* alla certezza del diritto se si dovessero prendere in esame le ragioni che hanno condotto la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale di un determinato articolo per desumerne che sia rimasta in vigore qualcuna delle norme desumibili dalle disposizioni in esso contenute.

Se è stato cancellato totalmente il disposto dell'art. 3 della legge n. 5/2013, rimane però in vigore l'art. 94 della Carta delle Nazioni unite, che, come si è detto all'inizio, obbliga ciascun membro della organizzazione «*a conformarsi alla decisione della Corte internazionale di giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte*». Questa forza vincolante delle decisioni della CIG è rimasta intatta anche dopo la pronuncia della Corte costituzionale, che l'ha esclusa soltanto per una determinata sentenza, come è esplicitamente precisato nel dispositivo n. 2. Quindi quest'ultimo è idoneo a porre rimedio, almeno in parte, alla troppo ampia pronuncia di illegittimità dell'intero art. 3 della legge n. 5/2013.

³³ Così nel § 5.1. Lo strano è che, subito dopo, la Corte afferma che, con l'art. 3, «*in altri termini, si è provveduto a disciplinare puntualmente l'obbligo dello Stato italiano di conformarsi a tutte le decisioni con le quali la CIG abbia escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile*» (la sottolineatura è mia, a segnalare la ravvisata contraddizione).

La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui “*crimina*” *iure imperii*

di Nicola Colacino

L'Autore si propone di identificare, nel caso concreto, l'ambito materiale in cui i precetti costituzionali entrano in conflitto, evidenzia la difficoltà di delineare i contenuti di una (nuova) regola vigente nell'ordinamento costituzionale, difforme da quella consuetudinaria, si chiede se e in che modo si possa realmente contribuire allo sviluppo del *droit international coutumier* in materia di immunità dopo la cristallizzazione del contenuto della regola da parte della Corte internazionale di giustizia, propone di riflettere sulle conseguenze della distinzione tra la categoria generale degli *acta* e quella dei “*crimina*” *iure imperii*.

1. La natura procedurale della regola dell'immunità giurisdizionale degli Stati e l'inammissibilità di eccezioni fondate sul divieto di violazione di norme imperative

Tra i numerosi profili di interesse della sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014¹, meritevole di specifica considerazione è la ricostruzione della portata applicativa della regola dell'immunità degli Stati operata dalla Corte costituzionale nel tentativo di (ri)fondare,

su basi giuridiche e concettuali diverse da quelle originariamente prospettate dalle sezioni unite della Corte di cassazione, l'esercizio della giurisdizione del giudice italiano nelle cause di risarcimento dei danni per i crimini di guerra e contro l'umanità commessi dall'esercito tedesco durante il secondo conflitto mondiale².

Com'è noto, nel 2004, la Suprema corte – sulla scorta di alcuni significativi precedenti, pur tuttavia rimasti isolati³ – aveva affermato per la prima volta che il giudice nazionale doveva ritenersi pienamente

¹ La quale, com'è noto, ha dichiarato incostituzionali gli articoli 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5 e 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (quest'ultimo «*limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona*») e non fondata, «*nei sensi di cui in motivazione*», la questione di legittimità costituzionale concernente il recepimento, ex art. 10, 1° comma, Cost., della norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile interna, in riferimento agli articoli 2 e 24 della Costituzione.

² Si vedano la sentenza n. 5044 dell'11 marzo 2004 e le ordinanze nn. 14200-14212 del 29 maggio 2008 delle sez. unite civili, nonché la sentenza della I sez. penale del 21 ottobre 2008 (pubblicata il 13 gennaio 2009) sul caso *Milde*.

³ Si fa riferimento ai casi *Al-Adsani c. Regno unito* (Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, sentenza del 21 novembre 2001, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885>), all'esito del quale la decisione della Corte di dichiarare non sussistente la violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione da parte della Gran Bretagna fu adottata a maggioranza di soli 9 voti contro 8 (la complessità della questione affrontata dalla Corte è testimoniata dal fatto che le diverse opinioni dissenzienti confutano la tesi accolta nella sentenza con argomentazioni differenti: si segnalano, infatti, l'opinione comune ai giudici C. L. Rozakis, L. Caflisch, L. Wildhaber, J.-P. Costa, I. Cabral Barreto e N. Vajić, che già contiene, in sintesi, la tesi successivamente fatta propria dalla Cassazione, quella del giudice L. Ferrari Bravo, secondo cui «*prohibition of torture is now jus cogens, so that [...] every State has a duty to contribute to the punishment of torture*

legittimato all'esercizio della giurisdizione in simili controversie. Ciò in ragione della "cedevolezza" della norma consuetudinaria che sancisce l'insindacabilità degli atti posti in essere da Stati stranieri allorché configurino una «estrinsecazione immediata e diretta» della loro sovranità (*acta iure imperii*)⁴ innanzi alla prevalente esigenza di garantire la tutela delle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità. In definitiva, secondo la Suprema corte, se da un lato la natura pubblicistica degli atti imputabili all'esercito tedesco rappresentava un limite intrinseco all'esercizio della giurisdizione, dall'altro l'intervento del giudice nazionale nel caso di specie si imponeva, in via eccezionale, a motivo della riconosciuta criminalità di tali atti e della violazione di diritti umani inviolabili da essi provocata. Tali caratteristiche giustificavano, infatti, da parte dello Stato del foro, una reazione qualitativamente appropriata – in linea con il sistema di valori accolto nella comunità internazionale – al fine di evitare che i crimini commessi restassero impuniti.

Pur essendo riproposta in alcune pronunce successive⁵, la tesi della Cassazione non ha, tuttavia, trovato conferma nella giurisprudenza di altre Corti nazionali⁶, in cui si mantiene distinto l'ambito applicativo della norma che garantisce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per tutti gli atti, ancorché gravemente illeciti, riconducibili all'esercizio di funzioni sovrane, da quello del divieto di commettere crimini internazionali, in considerazione della loro eterogeneità. Trattandosi, infatti, di norme destinate a operare l'una sul piano sostanziale e l'altra su quello procedurale, il criterio gerarchico non può ritenersi idoneo a comporre quella «innegabile antinomia»⁷ ravvisata dalla Cassazione.

Alle medesime conclusioni perviene anche la Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio 2012, in cui si afferma che «*there is a substantial body of State practice from other countries which demonstrates that customary international law does not treat a State's entitlement to immunity*

and cannot hide behind formalist arguments to avoid having to give judgment» e quella del giudice L. Loucaides, secondo cui «*[a]ny form of blanket immunity, whether based on international law or national law, which is applied by a court in order to block completely the judicial determination of a civil right without balancing the competing interests, namely those connected with the particular immunity and those relating to the nature of the specific claim which is the subject matter of the relevant proceedings, is a disproportionate limitation on Article 6 § 1 of the Convention and for that reason it amounts to a violation of that Article. The courts should be in a position to weigh the competing interests in favour of upholding an immunity or allowing a judicial determination of a civil right, after looking into the subject matter of the proceedings*») e *Prefettura di Voiotia c. Repubblica federale di Germania* (sentenza del 4 maggio 2000, in *ILR*, p. 513), nel quale la Corte di cassazione greca ritenne inapplicabile la regola in argomento perché di ostacolo all'accertamento della violazione di norme imperative nel caso di specie. Successivamente, tuttavia, nel caso *Margellos c. Repubblica federale di Germania* (sentenza del 17 settembre 2002, in *ILR*, p. 525) tale interpretazione venne confutata dal Tribunale speciale supremo (che, in conformità con l'art. 100 della Costituzione greca ha giurisdizione sulle controversie relative alla determinazione delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute), che decise in senso favorevole al riconoscimento dell'immunità nei confronti dello Stato tedesco.

⁴ La norma che sancisce l'immunità giurisdizionale dello Stato straniero può essere considerata uno dei pilastri su cui poggia l'assetto "westfaliano" delle relazioni giuridiche tra enti sovrani: nella sentenza sulle *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, in *I.C.J. Reports*, 2012, p. 99 ss., par. 57, la Corte internazionale di giustizia ha chiarito che «*[i]t derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order [...]*». Pertanto, le relative eccezioni «*represent a departure from the principle of sovereign equality*». Per un approfondimento, si rinvia, *ex multis*, a R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941; G. Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, in particolare p. 189 ss.; M. Panebianco, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Napoli, 1967; R. Luzzatto, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 294; E. K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin-Heidelberg, 2005; X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge, 2012; A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, 2014.

⁵ *Supra*, nota 2.

⁶ Si vedano, in particolare, le sentenze della House of Lords sul caso *Jones v. Saudi Arabia*, 2007, 1 Appeal Cases (AC) 270, in *ILR*, vol. 129, p. 629, della *Cour de cassation* francese nn. 02-45961 del 16 dicembre 2003, in *Bulletin civil de la Cour de cassation*, 2003, I, n. 258, p. 206, 03-41851 del 2 giugno 2004, *ibid.*, 2004, I, n. 158, p. 132 e 04-47504 del 3 gennaio 2006 (quest'ultima vicenda ha formato oggetto di ricorso anche innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, con decisione del 16 giugno 2009 sul caso *Grosz c. Francia* ha dichiarato il ricorso irricevibile; il testo della sentenza è reperibile all'URL <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93525>), della Corte d'appello dell'Ontario sul caso *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, 2004, *Dominion Law Reports (DLR)*, 4th Series, vol. 243, p. 406, in *ILR*, vol. 128, p. 586, della Corte costituzionale slovena sul caso *A.A. v. Germany*, 8 marzo 2001, n. IP-13/9, della New Zealand High Court sul caso *Fang v. Jiang*, 2007, *New Zealand Administrative Reports (NZAR)*, p. 420, in *ILR*, vol. 141, p. 702 e della Suprema corte polacca sul caso *Natoniewski*, 2010, in *Polish Yearbook of Int. Law*, vol. XXX, 2010, p. 299. Da ultimo, v. anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 14 gennaio 2014 sul caso *Jones c. United Kingdom* (si tratta della medesima questione già decisa negativamente dalla *House of Lords*), reperibile all'URL <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140005>.

⁷ L'espressione è contenuta nelle ordinanze nn. 14200-14212 del 29 maggio 2008, cit. (nota 2).

as dependent upon the gravity of the act of which it is accused or the peremptory nature of the rule which it is alleged to have violated»⁸. Per i giudici dell'Aja è innegabile che «*the law of immunity is essentially procedural in nature*»: essa disciplina, infatti, «*the exercise of jurisdiction in respect of particular conduct and is thus entirely distinct from the substantive law which determines whether that conduct is lawful or unlawful*»⁹. La qualificazione della natura (pubblicistica o privatistica) dei comportamenti in contestazione assume, perciò, un rilievo pregiudiziale rispetto all'accertamento della loro liceità, che resta precluso ai tribunali dello Stato del foro – impregiudicata la gravità – allorquando tali comportamenti siano riconducibili alla categoria degli *acta iure imperii*.

2. Il «bilanciamento» (inedito) tra l'immunità degli Stati e la tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili proposto dalla Consulta

Nella sentenza in commento, il Giudice delle leggi, anziché precedere a un nuovo scrutinio della norma consuetudinaria già accertata dalla Corte dell'Aja, propone una soluzione diversa, in base alla quale la regola dell'immunità – “costituzionalizzata” per effetto del recepimento tramite l'art. 10 – viene messa a confronto con il diritto alla tutela giurisdizionale sancito all'art. 24 della Costituzione e annoverato tra i diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2. L'antinomia che ne scaturisce trova, quindi, composizione non sul piano «sistematico» delle fonti del diritto internazionale al quale sia la Corte di cassazione, sia la CIG si erano rapportate, bensì su quello interno all'ordinamento costituzionale, attraverso un bilanciamento tra norme procedurali del medesimo rango¹⁰.

La scelta di ricorrere a tale tecnica non è, ovviamente, priva di conseguenze: il bilanciamento presuppone, infatti, che la soluzione individuata non sia valida *in abstracto*, in forza cioè dell'applicazione di criteri predeterminati, ma scaturisca dalla sensibilità del giudicante rispetto al concreto atteggiarsi della situazione in cui le norme in conflitto sono chiamate a operare. Pertanto, essa non può essere presa a ri-

ferimento ove si tratti di stabilire il contenuto di una nuova regola (com'era il caso, invece, delle pronunce della Cassazione fino all'intervento censorio della CIG), ma può solo contribuire alla relativa formazione *pro futuro*. Di ciò, d'altronde, la Corte costituzionale appare pienamente consapevole laddove afferma di voler «concorrere [...] ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale»¹¹ in materia, non mediante un nuovo accertamento in ordine all'effettiva portata della regola internazionale, ma facendone emergere i profili di incostituzionalità nel caso concreto, che precludono all'interprete di acconsentire all'operatività del rinvio *ex art. 10*. In altri termini, la Corte sembra preoccuparsi di circoscrivere al massimo l'ambito materiale in cui i precetti costituzionali messi a confronto entrano in reciproco conflitto, apparentemente allo scopo di ovviare al «diniego di giustizia» subito dalle vittime dei crimini internazionali, anziché di delineare i contenuti di una (nuova) regola vigente nell'ordinamento costituzionale, difforme da quella consuetudinaria.

Ne consegue che l'esito del bilanciamento risulta favorevole al riconoscimento della prevalenza del «diritto al giudice» sulla garanzia dell'immunità solo in considerazione delle condizioni concrete di applicazione delle norme in conflitto: entro i confini, cioè, dei giudizi di risarcimento dei danni derivanti da crimini internazionali commessi in territorio italiano nei confronti di cittadini italiani, nonché in assenza di rimedi alternativi esperibili. È in quest'ottica, infatti, che sembra doversi leggere l'*obiter dictum* secondo cui «in un contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo [...], la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di cui si tratta, ormai risalenti, sia preclusa la verifica giurisdizionale rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato, allorquando quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo»¹².

In ultima analisi, *date le condizioni in cui la regola dell'immunità si troverebbe a operare*, il suo recepi-

⁸ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, cit., par. 84.

⁹ *Ibid.*, par. 58.

¹⁰ Cfr. il par. 3.1 della sentenza.

¹¹ Così il par. 3.3 della sentenza.

¹² *Ibid.*, par. 3.4.

mento nei termini accertati dalla CIG determinerebbe un sacrificio intollerabile dei valori supremi tutelati dalla carta costituzionale. Pertanto, alle predette condizioni, essa è destinata a rimanere inoperante e non può essere introdotta nell'ordinamento tramite il rinvio previsto dall'art. 10.

3. Dall'immunità assoluta all'immunità ristretta... e oltre: alcune considerazioni critiche

La soluzione accolta nella sentenza n. 238 ha sollevato più di una perplessità tra i commentatori, sia per la tecnica ermeneutica adoperata dalla Corte¹³, sia per le conseguenze da essa derivanti sul piano sistematico interno¹⁴ e su quello dei rapporti internazionali¹⁵. Pur evidenziando taluni limiti ricostruttivi, a parere di chi scrive le argomentazioni che sorreggono la decisione in commento appaiono tanto "audaci", quanto sostanzialmente condivisibili. Resta da capire, tuttavia, se e in che modo esse possano realmente contribuire allo sviluppo del *droit international coutumier* in materia di immunità dopo la cristallizzazione del contenuto della regola da parte della Corte internazionale di giustizia.

Sul punto, la Consulta, nel fare riferimento alla «evoluzione progressiva» che ha caratterizzato l'istituto in commento – dalla sua originaria concezione assoluta fino all'accettazione generalizzata del limite di operatività per gli *acta iure gestionis*, introdotto

per merito «principalmente della giurisprudenza italiana [...] e di quella belga» a partire dai primi anni del XX secolo – sembra volersi collegare idealmente al ruolo svolto dalle «giurisdizioni nazionali» nel circoscrivere la portata della norma consuetudinaria, esaltandone la motivazione di fondo, consistente nell'«escludere la concessione del beneficio dell'immunità» nei casi in cui ciò avrebbe condotto a «una iniqua limitazione dei diritti dei contraenti privati»¹⁶. A tale specifico riguardo, la Corte non manca di evidenziare la differenza tra il tipo di scrutinio attribuito ai giudici nazionali (e quindi, in ultima analisi, a se stessa, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana), «ai quali è naturale spetti la valutazione del rispettivo titolo di competenza», e quello riservato agli organi internazionali, cui compete, invece, «la ricognizione della prassi ai fini della rilevazione delle norme consuetudinarie e della loro evoluzione». Su tale distinzione di compiti, essa fonda la legittimazione del proprio sindacato esclusivo, volto ad «assicurare il rispetto della Costituzione ed a maggior ragione dei suoi principi fondamentali» anche in confronto alla norma internazionale sull'immunità degli Stati, mettendo da subito in conto, per l'effetto, «di produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della predetta norma», formalmente «limitato al diritto interno», ma – come anticipato – «tale da concorrere [all']evoluzione dello stesso diritto internazionale»¹⁷.

Se così è, tuttavia, occorre chiedersi in cosa consista effettivamente il *ridimensionamento della regola* prodotto dalla sentenza della Corte, tenuto conto di

¹³ Cfr. G. Guarino, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, disponibile all'URL <http://www.giurcost.org/studi/guarino7.pdf>, e, con argomentazioni diverse, P. De Sena, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1108>, nonché ID, *The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law*, in *QIL II* (2014), p. 31 (disponibile all'URL http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/12/03_Constitutional-Court-238-2014_DE-SENA.pdf).

¹⁴ A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, disponibile all'URL <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri42.pdf>.

¹⁵ A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/nota_238_2014_tanzi.pdf. V. anche R. Kolb, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *QIL II* (2014), pp. 1-12 (disponibile all'URL http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/12/02_Constitutional-Court-238-2014_KOLB.pdf).

¹⁶ Tale giurisprudenza è richiamata al par. 3.3 della sentenza n. 238/2014. Per quanto attiene al giudice italiano si rinvia, in particolare, a Trib. Firenze, sentenza 8 giugno 1906, in *Riv. dir. int.*, 1907, p. 379 ss.; Cass., 13 marzo 1926, *ibid.*, 1926, p. 250 ss.; Corte app. Napoli, 16 luglio 1926, *ibid.*, 1927, p. 104 ss.; Corte app. Milano, 23 gennaio 1932, *ibid.*, 1932, p. 549 ss.; Cass., 18 gennaio 1933, *ibid.*, 1933, p. 241 ss. In proposito, può osservarsi che le citate sentenze, nel dare applicazione alla regola dell'immunità cd. «ristretta», non affermano di voler derogare al diritto consuetudinario vigente per ragioni di giustizia, ma considerano tale la portata della norma generale proprio in conformità ad esso, distinguendo «[...] nello Stato l'ente politico dall'ente civile, per conchiuderne che quando discende ad atti di amministrazione ed a contrattazioni civili ed assume personalità privata, agisce *utendo iure privato rum*; e quindi, come i privati, va soggetto alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria» (così Corte di cassazione (Roma), sez. unite, 12 ottobre 1893, in *Annali*, 1893, p. 198). Sul punto, cfr. L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/238-2014-nota-gradoni.pdf>.

¹⁷ Par. 3.3 della sentenza, cit.

quanto rilevato in precedenza e cioè dell'osservazione secondo cui la tecnica del bilanciamento non sembra prestarsi adeguatamente alla definizione di astratte ipotesi di deroga alla norma generale, essendo orientata, piuttosto, a stabilire un criterio di prevalenza di una norma sull'altra ai fini della relativa applicazione nel caso concreto.

Ora, il limite all'applicazione della norma sull'immunità individuato dalla sentenza n. 238 all'esito del bilanciamento appare in sé troppo specifico per poter determinare un ridimensionamento della regola, sia pur circoscritto, sul piano operativo, all'ordinamento costituzionale. Ciò in quanto le stesse condizioni in base alle quali il bilanciamento operato dalla Corte può risolversi in senso favorevole al principio di tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 – vale a dire la sussistenza di una violazione di diritti inviolabili, commessa sul territorio dello Stato del foro nei confronti di un cittadino il quale si trovi nell'impossibilità di esperire rimedi giurisdizionali alternativi – appaiono eccessivamente "puntuali"¹⁸.

Sennonché, il superamento della regola dell'immunità ristretta «auspicato» dalla Corte esige di stabilire uno o più parametri obiettivi di applicazione validi nella generalità dei casi. Solo in questo modo dalla soluzione concretamente adottata all'esito del bilanciamento potrà enuclearsi un'eccezione alla regola dotata di carattere normativo; suscettibile, cioè, di essere applicata in modo uniforme e costante in tutti i giudizi del medesimo tipo, fino alla sua possibile cristallizzazione sul piano consuetudinario internazionale.

4. Conclusioni (provvisorie)

Qualche "indizio" sembra emergere dalla lettura del citato par. 3.4 della sentenza, laddove la Corte, dopo aver sottolineato la sproporzione esistente tra il sacrificio imposto a «due principi supremi consegnati nella Costituzione» e l'esigenza di salvaguardia dell'autonomia sovrana dello Stato straniero (in specie allorché quest'ultima implichi l'obbligo di

astenersi dal valutare comportamenti «estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo»), con ciò implicitamente confermando la propria attitudine a decidere attraverso la tecnica del bilanciamento, afferma più innanzi che l'immunità statale «consentita» dagli articoli 2 e 24 della Costituzione presenta un limite obiettivo: essa, infatti, «protegge la funzione», ma non si estende a quei comportamenti «che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo» e che «sono espressamente ritenuti e qualificati illegittimi, in quanto lesivi di diritti inviolabili [...], ma ciò nonostante sprovvisti di rimedi giurisdizionali».

In base a tale interpretazione, le condotte lesive di diritti inviolabili, *en tant que telles* gravemente illegittime, non potrebbero essere considerate alla stregua di manifestazioni "tipiche" della sovranità statale, concretizzandosi in atti e comportamenti che non attengono al normale esercizio della potestà pubblica. La Corte, pertanto, sembra voler superare, con tale ulteriore sviluppo argomentativo, l'approccio originario che l'aveva condotta a sostenere l'ammissibilità del bilanciamento, per introdurre un principio di distinzione tra la categoria generale degli *acta* e quella dei "*crimina*" *iure imperii*¹⁹. Solo nei confronti dei primi, derivanti dall'esercizio ordinario della potestà di governo, la norma sull'immunità potrebbe essere applicata con il "consenso" degli articoli 2 e 24 della Costituzione, mentre qualora il medesimo esercizio di potestà pubbliche si traduca in atti apertamente illegittimi l'avallo costituzionale verrebbe meno, autorizzando per ciò stesso l'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici nazionali. In altri termini, nel momento in cui le forze armate statali si rendano responsabili di crimini di guerra e contro l'umanità, la garanzia di insindacabilità delle condotte corrispondenti non potrebbe ritenersi oltremodo giustificata, data la relativa estraneità alle ordinarie manifestazioni della sovranità.

Sembra lecito allora scorgere proprio in tale distinzione il fondamento dell'eccezione alla norma sull'immunità accertata dalla CIG alla cui formazione il Giudice costituzionale ha dichiarato espressamente di voler contribuire. D'altro canto, la Corte, che ave-

¹⁸ In proposito, è appena il caso di rilevare come la ricostruzione proposta dalla Cassazione fosse, in linea di principio, maggiormente adatta a tale scopo, essendo volta a sostenere la supremazia generale del dovere di osservanza delle norme imperative su ogni altra norma (sostanziale o procedurale) internazionale con esso contrastante.

¹⁹ L'espressione "*crimina*" *iure imperii* è utilizzata per enfatizzare la differenza tra tale ristretta categoria di comportamenti illeciti e quella generale degli *acta iure imperii*. Una formulazione analoga («*delicta imperii*») si ritrova nella lunga *dissenting opinion* del giudice A. Cançado Trindade alla sentenza della CIG sulle *Immunità giurisdizionali* (cit.). Secondo l'A., «War crimes and crimes against humanity are not to be considered *acta jure gestionis*, or else "private acts"; they are crimes. They are not to be considered *acta jure imperii* either; they are grave *delicta*, crimes. The distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, between sovereign or official acts of a State and acts of a private nature, is a remnant of traditional doctrines which are wholly inadequate to the examination of the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before the Court. Such traditional theories, in their myopia of State-centrism, forgot the lessons of the founding fathers of the law of nations, pointing to the acknowledgement that individuals are subjects of the law of nations (*droit des gens*)» (par. 178, pp. 244-245).

va già inteso astenersi da un nuovo accertamento sui contenuti della regola internazionale vigente, nel rispetto dell'interpretazione «particolarmente qualificata» fornita dalla CIG, non sembra addentrarsi più di tanto nemmeno sul terreno dell'interpretazione «costituzionalmente orientata» dell'istituto in commento, limitandosi ad affermare l'indisponibilità dell'ordinamento costituzionale a rendere operativo il rinvio *ex art. 10* a quella parte della regola in contrasto con gli articoli 2 e 24 della Carta, per le ragioni suesposte.

Resta aperto, pertanto, l'interrogativo se davvero la sentenza n. 238 possa contribuire a un «ridimensionamento della portata» della norma sull'immunità, ovvero se il bilanciamento proposto dalla Consulta e il relativo esito non possano condurre piuttosto a «confermare la regola attraverso l'eccezione», secondo il noto adagio. In proposito, corre l'obbligo di chiarire che l'interrogativo anzidetto non trova, al momento, una risposta definitiva. Le seguenti considerazioni conclusive risultano, pertanto, necessariamente provvisorie e si limitano a contribuire al posizionamento del problema (appunto del ridimensionamento) sollevato dalla decisione in commento.

A parere di chi scrive, la distinzione operata dalla Corte tra esercizio tipico e atipico (in quanto illegittimo) della potestà di governo ai fini del riconoscimento dell'immunità, benché astrattamente ammissibile sul piano normativo, solleva alcune perplessità su quello logico-giuridico, come per altro verso chiarito proprio dalla CIG²⁰: in sede giurisdizionale, infatti, l'accertamento in ordine all'illiceità della condotta necessariamente *presuppone* e non *precede* quello sull'imputabilità della medesima allo Stato come soggetto del diritto internazionale. Ne consegue che, ove tale accertamento preliminare risulti positivo, resterà preclusa al giudice nazionale qualsiasi tipo di valutazione ulteriore, in ossequio alla regola vigente che stabilisce l'insindacabilità di tutti gli atti – impregiudicata la loro liceità – riconducibili alla «sfera pubblica» statale. Sostenere, al contrario, che gli atti

lesivi di diritti inviolabili, pur se commessi da organi dello Stato, siano *comunque* sottoponibili a scrutinio giurisdizionale implica l'inversione di tale processo logico, ovvero l'attribuzione di un rilievo autonomo a un elemento – la qualificazione dell'atto come crimine internazionale – che in sé giustifica l'ammissibilità di un'eccezione alla regola. Un rilievo simile è riconosciuto, com'è noto, alla cd. *territorial tort exception*, che consente l'esercizio della giurisdizione nazionale nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati a persone o beni privati commessi sul territorio dello Stato del foro qualora il responsabile risulti essere stato presente sul territorio medesimo al momento dei fatti, a prescindere dalla qualificazione pubblicistica o privatistica della condotta causativa del danno²¹.

Deve ritenersi, quindi, che il contributo offerto dalla sentenza n. 238 allo sviluppo di un'eccezione alla regola dell'immunità legittimante l'esercizio della giurisdizione sui «*crimina iure imperii*» non sia sufficiente a delineare i contenuti «minimi» dell'eccezione medesima, né a superare le obiezioni opponibili a tale ricostruzione. Una rilevanza diversa, ai fini dello sviluppo progressivo del diritto internazionale, assume, invece, il contributo del Giudice delle leggi all'emersione del conflitto – peraltro già compiutamente delineato dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione²² – tra norme secondarie (procedurali), trascurato sia dalla giurisprudenza della Cassazione, sia nel giudizio innanzi alla CIG. Tale conflitto, infatti, appare senz'altro «trasportabile» anche a livello internazionale, tenuto conto dell'ormai innegabile rilievo attribuito al principio di effettività della tutela delle situazioni giuridiche individuali riconosciute da norme generali e convenzionali. È possibile, pertanto, che sia proprio la valorizzazione del diritto inviolabile di accesso alla giustizia a favorire, anche in considerazione dell'importanza ad esso assegnata negli ordinamenti costituzionali democratici, il progressivo – e auspicabile – «ridimensionamento» della norma sull'immunità.

²⁰ *Supra*, nota 9.

²¹ La *territorial tort exception* è codificata nell'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 16 maggio 1972, e nell'art. 12 della Convenzione delle Nazioni unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2 dicembre 2004 ed è, altresì, presente in diverse normative nazionali. Tuttavia, essa è stata ritenuta inapplicabile dalla CIG nell'ambito del giudizio sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*, perché, secondo la Corte, l'*opinio iuris* generale è orientata nel senso di escluderne la rilevanza rispetto agli atti compiuti in occasione di conflitti armati.

²² Ivi si legge, infatti (p. 10): «[i]l serio sospetto che la norma consuetudinaria in esame sia affetta da incostituzionalità nasce dunque dalla convinzione maturata nell'odierno giudicante che sussista allo stato attuale dell'ordinamento italiano e che fosse sussistente già al momento della proposizione della domanda [...], un principio supremo di insopprimibile garanzia di tutela giurisdizionale insuscettibile di cedere di fronte alla norma consuetudinaria di diritto internazionale che rileva nel caso concreto e così come esplicitata dalla Corte internazionale di giustizia ogni qualvolta a ledere il diritto fondamentale della persona umana sia un crimine contro l'umanità commesso nello Stato investito dall'obbligo di tutela giurisdizionale, ancorché commesso da altro Stato nell'esercizio di poteri sovrani (*iure imperii*)».

La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere

di Elisabetta Lamarque

Il contributo tenta di rispondere, dalla prospettiva costituzionalistica, ai seguenti tre interrogativi: a) Come si è arrivati a questa sentenza costituzionale?; b) Quali sono le caratteristiche delle questioni presentate alla Corte costituzionale che rendono – e non potevano non rendere – la sentenza in commento del tutto unica e peculiare nel panorama della giurisprudenza costituzionale?; c) Quali sono gli effetti che la sentenza è in grado di produrre all'interno dell'ordinamento italiano, nei confronti dei giudici civili e delle parti dei loro giudizi? (par. 4)

1. Ha fatto ormai letteralmente il giro del mondo la notizia che la Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014 ha stabilito che la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, così come accertata nel suo contenuto dalla Corte internazionale di giustizia appena due anni prima in una controversia riguardante i medesimi due paesi Germania e Italia e analoghi crimini di guerra¹, non vale, non agisce, all'interno dell'ordinamento italiano in tutta la sua portata.

Tale norma consuetudinaria, infatti, secondo la sentenza costituzionale entra in Italia solo dopo essere stata “amputata” della parte contrastante con il controlimite che l'ordinamento costituzionale italiano le oppone, consistente nel diritto delle vittime e dei

loro familiari alla tutela giurisdizionale nei confronti di atti che siano qualificabili come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi dei diritti inviolabili e della dignità stessa della persona umana (art. 24 Cost., letto congiuntamente all'art. 2 Cost.). Tale norma, in altre parole, entra in Italia ridotta nella sua portata e sostanzialmente trasformata in una diversa norma che impone sì l'immunità per gli atti *iure imperii* degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, *ma la esclude* per atti quali la deportazione e la messa ai lavori forzati di civili in tempo di guerra, di cui si discuteva davanti al giudice che aveva interpellato la Corte costituzionale.

La nostra sentenza ha già battuto ogni record per la straordinaria quantità di commenti a prima lettura che la riguardano², senza contare che ora è in arrivo

¹ La sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 si trova all'indirizzo www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf.

² Si veda, innanzitutto, il ricco dibattito sviluppatosi all'interno dei *blog* della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI), all'indirizzo www.sidi-isil.org/sidiblog/ (nel quale sono fino a ora intervenuti L. Gradoni, *Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*; P. De Sena, *Spunti di riflessione sulla sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale*; M. Longobardo, *“Il non-essere non è e non può essere”: brevi note a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario*; e poi di nuovo P. De Sena, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)* e L. Gradoni, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana e Id., Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*) e della rivista *Questions of International Law (QIL)*, all'indirizzo www.qil-qdi.org (lo Zoom out II – 2014 sul tema *Colliding legal systems or balancing of values? International customary law on State immunity vs fundamental constitutional principles in the Italian Constitutional Court decision no 238/2014*, è stato introdotto da M. Arcari e vede finora i contributi di P. De Sena, *The*

l'onda lunga dei contributi più approfonditi, e per il gran numero di incontri e seminari interdisciplinari, soprattutto tra internazionalisti e costituzionalisti, a cui finora ha dato vita in giro per l'Italia, e non soltanto.

Soprattutto, essa si avvia a diventare la più nota pronuncia della Corte costituzionale italiana al di fuori dei confini nazionali, perlomeno tra quelle degli ultimi anni. E ciò accade non soltanto per il tema in sé – il tema del rapporto tra diritto internazionale consuetudinario e diritti fondamentali tutelati dalle costituzioni nazionali ha infatti una naturale vocazione globale –, ma anche per la soluzione che essa fornisce, che non lascia indifferente nessun commentatore, suscitando o innamoramenti a prima vista oppure (per verità più frequentemente) forti critiche.

La spiegazione di un'accoglienza così vivace e contrastata sta certamente nel fatto che la nostra sentenza offre al difficile problema di come bilanciare i diritti costituzionali delle vittime di atroci violenze con il rispetto del diritto internazionale consuetudinario una soluzione estremamente *rigida*, secondo cui *aut* alle vittime italiane dei crimini di guerra e ai loro discendenti viene assicurata la possibilità di agire in giudizio contro la Germania per ottenere il risarcimento dei danni subiti, in violazione della consuetudine internazionale che impone l'immunità degli

Stati, *aut* i loro diritti e la loro stessa dignità di esseri umani devono ritenersi sempre per ciò stesso violati. Nella nostra sentenza, in altre parole, non si accenna neppure alla possibilità di considerare altri elementi, e in particolare quelle forme di compensazione collettiva già auspiccate dalla stessa sentenza della Corte internazionale di giustizia che, pur senza passare attraverso la via giurisdizionale, comunque potrebbero in ipotesi raggiungere l'obiettivo ultimo di tutelare la dignità delle persone coinvolte.

Per questo suo essere così *tranchant*, dunque, la nostra sentenza costituzionale quando piace piace molto, e quando non piace suscita invece perplessità, di cui la più seria è che un simile *aut aut* è indegno dei raffinati bilanciamenti che la giurisprudenza costituzionale italiana è solita invece fare. Bilanciamenti che purtroppo all'estero sono poco conosciuti e apprezzati perché il sito ufficiale della Corte costituzionale non fornisce la traduzione inglese di tutte le sue pronunce³.

Per chi sposa la posizione critica, in definitiva, se la nostra sentenza diventerà davvero la più nota decisione costituzionale italiana al di fuori dei confini nazionali, lo sarà immeritatamente, perché esistono molte altre pronunce costituzionali capaci più di questa di portare preziosi argomenti e spunti di riflessione alle altre Corti supreme, nazionali o internazionali,

judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law; R. Kolb, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*) e C. Pinelli, *Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles*. Tra i molti altri commenti a prima lettura apparsi sul web si vedano poi ancora almeno: A. Peters, *Let Not Trier of Triumph – How To Make the Best Out of Sentenza No 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order*, in www.ejeltalk.org e in *VerfBlog*, all'indirizzo www.verfassungsblog.de; N. Krisch, *The Backlash against International Courts*, in *VerfBlog*; F. Würkert, *No Custom restricting State Immunity for Grave Breaches - Well Why Not?*, ivi; F. Fontanelli, *Damage-assessment on the Building of International Law after the Italian Constitutional Court's Decision No. 238 of 2014: No Structural Damage, just Wear and Tear*, ivi; H. Birkenkötter, R. Kunz e D. Schmalz, *Of Global Cities and Gallic Villages: Tensions between Constitutional and International Law*, ivi; D. Roughton, e A. Hoffmann, *Constitutional Rights vs. State Immunity: Implementation of an ICJ Decision on Sovereign Immunity Declared Unconstitutional*, in www.hsfnotes.com/publicinternationallaw; R. Caponi, *Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights after Italian Constitutional Court no. 238 2014*, in www.academia.edu; Id., *A Fresh Start: How to Resolve the Conflict between the ICJ and the Italian Constitutional Court*, in www.tinyurl.com/ic-vcsicj (nella versione italiana in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2014); A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarrando le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta on line*, Studi 2014; A. Guazzarotti, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it; L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, ivi; P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, ivi; S. Lieto, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, ivi; S. Leone, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, ivi; A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, ivi; F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in www.diritticomparati.it; P. Passaglia, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'Immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, ivi; P. Faraguna, *Corte costituzionale e Corte internazionale di giustizia: il diritto alla penultima parola (sulla sentenza n. 238 del 2014)*, ivi; Id., *La sentenza n. 238 del 2014: i controlimiti in azione*, in *Quad. cost.*, 2014; S. Leone, *La sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali*, *ibidem* e ancora L. Gradoni, *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, *ibidem*.

³ Le poche sentenze tradotte, dal 2006 a oggi, si trovano all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_1240.do. Né ci sono, a quanto mi consta, raccolte non ufficiali di "grandi decisioni costituzionali italiane", salvo quella, che ha purtroppo avuto una limitatissima circolazione, di C. Pettinari, *Cases and materials on the Italian Constitutional Court*, Milano, Cuem, 2009, 218 pages.

e di arricchire così il loro *reasoning* nel momento in cui si trovano ad affrontare casi analoghi.

Tuttavia, volendo vedere il bicchiere mezzo pieno, anziché mezzo vuoto, tanto clamore intorno a questa sentenza potrebbe anche servire a qualcosa. Potrebbe servire, ad esempio, a ricordare che le corti costituzionali esistono ancora, e in particolare che quella italiana ha ancora una sua funzione da svolgere (sul tema tornerò tra poco), e che sopravvivono ancora, nel mondo e in Europa, identità costituzionali distinte, in nome delle quali le più alte Corti nazionali hanno davvero ragione a reclamare un proprio spazio e a fare sentire la propria voce, nonostante non sempre lo facciano – mi si consenta il gioco di parole – quando hanno ragione nel singolo caso.

Svolte queste necessarie premesse, nelle brevi considerazioni che seguono non desidero certo richiamare tutte le numerose questioni che la nostra sentenza suscita, e che in gran parte la dottrina ha già affrontato, e in particolare non accennerò ai molti problemi di diritto internazionale da essa sollevati, perché travalicano la mia competenza.

Preferisco piuttosto tentare di rispondere, dalla prospettiva costituzionalistica, che è più alla mia portata, e nel modo più semplice possibile, a tre dei principali interrogativi che un lettore della nostra sentenza potrebbe porsi: *a) che cosa è successo?* Come si è arrivati a una sentenza come quella in commento? (par. 2); e, ancora, *b) perché?* Quali sono cioè le caratteristiche delle questioni presentate alla Corte costituzionale che rendono – e non potevano non rendere – la sentenza di cui qui ci occupiamo del tutto unica e peculiare nel panorama della stessa giurisprudenza costituzionale italiana, giustificando così in gran parte l'attenzione che gli studiosi le riservano? (par. 3); e, infine, *c) che cosa potrebbe succedere ora?* Quali sono gli effetti che la nostra sentenza è in grado di produrre non tanto ovviamente nei confronti della comunità internazionale – indagare tali aspetti non è certamente compito mio – quanto piuttosto all'interno dell'ordinamento italiano, nei confronti dei giudici civili e delle parti dei loro giudizi? (par. 4).

2. Avverto subito che qui non posso descrivere i più risalenti tentativi compiuti dagli italiani vittime dei crimini di guerra nazisti e dai loro familiari

per ottenere in via stragiudiziale un indennizzo per i danni subiti. Mi basta dire che tali tentativi rivestono un'importanza cruciale per comprendere l'intera vicenda, come del resto sottolinea la pronuncia della Corte internazionale di giustizia, che al contrario della sentenza della Corte costituzionale vi si sofferma ampiamente, perché da essi emerge che anche il governo italiano ha avuto, e continua ad avere, la sua buona parte di responsabilità nella mancata soddisfazione della domanda di giustizia avanzata dai propri cittadini.

Mi limiterò invece a richiamare per estrema sintesi le vicende che seguono il fallimento della via stragiudiziale e la conseguente emersione delle richieste delle vittime davanti alle nostre corti.

Quando, una decina di anni fa, alcuni dei procedimenti civili avviati nei confronti della Germania giungono al supremo giudice di legittimità, a sorpresa quel giudice non si adegua alla consuetudine internazionale che gli avrebbe imposto di dichiarare sbarrata la via giurisdizionale. La nota e commentatissima sentenza Ferrini delle Sezioni unite della Cassazione civile del 2004⁴, infatti, propone alla comunità internazionale di accogliere una nuova versione di quella consuetudine che tenga conto del primato assoluto dei valori fondamentali di libertà e dignità della persona umana, riformulandola nel seguente modo: l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati stranieri non si estende agli atti *iure imperi* di questi configurabili come crimini contro l'umanità. La proposta è poi ribadita in casi analoghi nel 2008⁵ e nel 2011⁶. In queste ultime sentenze il ragionamento è se possibile ancora più esplicito. Secondo la Cassazione italiana, la norma internazionale di tutela dei diritti umani fondamentali "supera" la norma consuetudinaria sull'immunità, perché «è norma di grado più elevato», «ha carattere sopraordinato» e «ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di meta-valore». Nell'ultima sentenza della serie la Cassazione afferma esplicitamente che la giurisprudenza inaugurata dalle sentenze Ferrini deve essere ribadita perché «costituisce un indubbio progresso in tema di conformazione dell'immunità giurisdizionale al nuovo ordine internazionale» che appunto vede al suo vertice i diritti umani.

⁴ Cass., sez. un. civ., 11 marzo 2004, n. 5044 (nota come sentenza *Ferrini*), in *International Law Reports (ILR)*, Vol. 128, 2006. Sulla questa sentenza, molto commentata, si veda almeno P. De Sena e F. De Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *The European Journal of International Law (EJIL)*, 2005, Vol. 16, No. 1, pp. 89 ss.

⁵ Tra le pronunce del 2008 si ricorda Cass., sez. un. civ., sent. 28 maggio 2008, n. 14199, da cui è tratta la frase riprodotta tra virgolette nel testo.

⁶ Cass., sez. I civ., 20 maggio 2011, n. 11163.

Senonché nel 2012 la Corte internazionale di giustizia, adita dalla Germania, respinge la proposta innovativa del supremo giudice civile italiano e ricostruisce la norma consuetudinaria vigente sull'immunità degli Stati in termini tradizionali⁷. La Cassazione, allora, pronunciandosi dopo pochi mesi in sede penale, si allinea alla regola dell'immunità per tutti gli atti *iure imperii*, crimini di guerra inclusi⁸. Anche il Parlamento italiano si adegua alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia, adottando nel 2013, con inusitata tempestività, una legge che impone ai giudici di dichiarare il difetto di giurisdizione nei giudizi civili in corso e che consente di revocare le sentenze già passate in giudicato con le quali si era ammessa l'azione civile nei confronti della Germania⁹.

La vicenda, tuttavia, non si chiude qui. Pochi mesi dopo un giudice di primo grado, in netta controtendenza rispetto alla Cassazione e agli organi politici, dubita di dovere seguire la decisione del giudice internazionale, e chiama così in gioco la Corte costituzionale con quattro identiche ordinanze di rimessione, tre delle quali sono state decise dalla sentenza in

commento, mentre la quarta è stata di recente decisa dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 30 del 2015.

Il perno dei dubbi di costituzionalità presentati dal giudice di Firenze è l'art. 10, primo comma, Cost.. Da molti anni, infatti, la giurisprudenza costituzionale consolidata sostiene che attraverso la "porta aperta" dell'art. 10, primo comma, Cost. le norme internazionali consuetudinarie entrano nell'ordinamento italiano ponendosi sul medesimo piano delle norme costituzionali¹⁰, salvo che – al pari di quanto la Corte stessa predica a proposito delle norme dell'Unione europea quando discorre dei controlimiti¹¹ – esse contrastino con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o attentino ai diritti inalienabili della persona umana¹². Secondo il giudice di Firenze, dunque, la consuetudine internazionale che impone l'immunità della Germania nei procedimenti civili davanti a lui pendenti si scontra con il controlimite costituito dal diritto alla tutela giurisdizionale nel caso di grave violazione di diritti fondamentali. Di qui i suoi dubbi, che si appuntano concretamente su

⁷ La pronuncia della Corte internazionale di giustizia è molto nota. Si vedano, fra i numerosi commenti, i contributi contenuti nel libro *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, edited by A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter e C. Tomuschat, Leiden, 2014; M. Krajewski e C. Singer, *Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, edited by A. von Bogdandy e R. Wolfrum, Vol. 16, 2012; P.C. Bornkamm, *State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State*, in *German Law Journal*, Vol. 13, no. 6, pp. 773 ss.; M. McMenamin, *State Immunity before the International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, in *Victoria U. Wellington L. Rev.*, Vol. 44, 2013, pp. 189 ss.; M. Kaldunski, *The Law of State Immunity in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 13, Issue 1, 2014, pp. 54 ss.; D. Raju e B. Jasar, *Intervention before the International Court of Justice - A Critical Examination of the Court's Recent Decision in Germany v. Italy*, in *NUJS L. Rev.*, Vol. 6, 2013, pp. 63 ss.; S. Talmon, *Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, 2013, pp. 979 ss.

⁸ Cass., sez. I pen., sent. 30 maggio 2012, n. 32139 (nota come sentenza *Albers*), annotata da F. Fontanelli, *Criminal Proceedings against Albers*, in *American Journal of International Law (ASIL)*, Vol. 107, n. 3, 2013, pp. 632 ss. In quell'occasione, le precedenti pronunce della Cassazione civile sono qualificate in modo molto lucido «come un tentativo, dettato da esigenze di affermazione di principi di civiltà giuridica, che, in difetto della sua "convalida" da parte della Comunità internazionale della quale la Corte dell'Aja è il massimo momento di sintesi giurisdizionale, non è stato, o non è stato ancora, fornito della necessaria condivisione, e che, per questa ineluttabile considerazione, non può essere portato ad ulteriori applicazioni». Segue quindi nel 2013 una nuova pronuncia delle sezioni unite civili in sede di regolamento di giurisdizione: anch'esse si arrendono alla pronuncia della Corte dell'Aja, e dichiarano il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti della Germania, convenuta in una diversa causa di risarcimento dei danni conseguenti alla detenzione, alle torture subite e alla sua successiva uccisione di un cittadino italiano da parte del criminale nazista Priebke nell'eccidio delle Fosse Ardeatine (Cass., sez. un. civ., sent. 21 febbraio 2013, n. 4284). Su questi sviluppi della vicenda si veda anche V. Filfak, *Domestic Courts Enforcement of Decisions and Opinions of the International Court of Justice*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Faculty of Law, paper No 32/2014, April 2014, pp. 15 ss.

⁹ L. 14 gennaio 2013, n. 5. Sul punto G. Nesi, *The Quest for a Full Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, pp. 185 ss.

¹⁰ La formulazione dell'art. 10, primo comma, Cost. era stata proposta in Assemblea costituente da Tomaso Perassi, che già in quella sede aveva dato al meccanismo previsto da quell'articolo il nome di «trasformatore permanente» delle consuetudini internazionali in prescrizioni vincolanti interne (Commissione per la Costituzione, seduta plenaria, 24 gennaio 1947). Tale definizione sarà ripresa nella dottrina italiana prima da Perassi stesso (T. Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1959) e poi da moltissimi altri autori.

¹¹ Corte cost., sent. n. 98 del 1965, e poi Corte cost., sent. n. 183 del 1973, n. 170 del 1984 fino alla formulazione definitiva contenuta in Corte cost., sent. n. 232 del 1989.

¹² L'affermazione dell'esistenza di controlimiti anche all'ingresso nell'ordinamento italiano delle norme internazionali consuetudinarie è affermata per la prima volta nel caso *Russel* (Corte cost., sent. n. 48 del 1979).

tre norme diverse, ognuna delle quali diventa poi oggetto della sentenza costituzionale.

La Corte costituzionale gli dà sostanzialmente ragione in relazione a tutte e tre le questioni. Ma lo fa, attenzione, senza mettere più in discussione la portata della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati, diversamente da quanto aveva fatto la Cassazione con la sentenza Ferrini, perché si limita a dire che tale norma, *così come è*, non può entrare in Italia per l'esistenza appunto di un controlimite.

Nel primo capo del dispositivo la nostra sentenza dichiara incostituzionale la legge italiana del 2013 intesa a vincolare i giudici italiani al rispetto della pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 2012.

Nel secondo capo del dispositivo essa dichiara incostituzionale – si noti bene! – nientemeno che la legge italiana del 1957 che dà esecuzione allo Statuto delle nazioni unite¹³, nella parte in cui, con l'art. 94, obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla medesima pronuncia della Corte internazionale.

Nel terzo capo del dispositivo, infine, la Corte costituzionale decide la questione più delicata, che verte su un oggetto completamente inedito, e cioè non su una legge italiana, ma sulla “norma” – così la chiama, genericamente, anche la Corte costituzionale – prodotta nell'ordinamento italiano mediante recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost., della norma consuetudinaria internazionale.

La questione viene risolta con quella che nel gergo tecnico della nostra giustizia costituzionale si chiama sentenza interpretativa di rigetto. Viene risolta, in altre parole, con il rigetto del dubbio di costituzionalità sollevato dal nostro giudice di Firenze condizionato tuttavia a una (nuova) lettura della norma oggetto del dubbio che ne escluda il contrasto con la Costituzione.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, come ho anticipato, la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati che si deve ritenere effettivamente “entrata” nell'ordinamento italiano è quella che non viola il controlimite costituzionale, e che dunque, pur imponendo in generale l'immunità degli Stati per gli atti *iure imperii*, tuttavia non copre atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi riconosciuti come crimini contro l'umanità.

3. La mia sensazione è che l'innegabile peculiarità dei problemi affrontati non può non avere inciso sulle scelte – per molti aspetti criticabili e giustamente criticate – compiute dalla Corte costituzionale.

Innanzitutto c'è da dire, in generale, che pochi altri casi sono in grado di suscitare un'eco emotiva paragonabile a quella che nasce dall'orrore nazista.

È possibile anche che all'interno dello stesso collegio costituzionale ci fossero persone capaci di sentire quell'eco con intensità ancora maggiore o per ragioni anagrafiche, essendo già nati all'epoca della seconda guerra mondiale, oppure per le loro storie familiari. Molti italiani, del resto, si trovano in questa condizione. Ad esempio, entrambi i miei nonni materni erano capi partigiani in Piemonte, e mia madre, nata nel 1941, ricorda ancora quando, all'età di tre anni, nascosta dentro un pozzo buio dai contadini a cui era stata affidata, sentì le voci dei soldati tedeschi che erano venuti a cercare lei per arrivare a catturare i suoi genitori, e che dopo avere interrogato i contadini si allontanarono per fortuna senza più tornare.

Il caso, inoltre, presentava una dimensione simbolica più unica che rara.

Si pensi, in particolare, che in Europa la giustizia costituzionale come noi oggi la conosciamo si può dire che nasca nel secondo dopoguerra proprio come reazione al genocidio nazista, perché quei *fatti storici* avevano provato che le costituzioni nazionali precedenti non erano effettivamente in grado di garantire i diritti individuali in esse enunciati contro lo strapotere delle maggioranze politiche, e intere minoranze erano state private non solo del diritto alla vita, ma anche della stessa loro dignità di esseri umani. Proprio per evitare che quello che era successo accadesse di nuovo, dunque, non ci si accontentò di fare nuove costituzioni sovraordinate alle leggi ordinarie, ma si ritenne necessario inserire la previsione di appositi tribunali costituzionali, a cui si diede il potere di mettere nel nulla la volontà delle maggioranze politiche nel caso di violazione dei diritti umani in esse riconosciuti. E così, fecero, in particolare e non a caso, la Costituzione italiana del 1948 e quella tedesca del 1949.

Si capisce quindi perché per la nostra Corte costituzionale sarebbe stato difficile, anche dal punto di vista ideale, non rispondere alla chiamata del nostro giudice di Firenze proprio sulla tutela delle vittime dei crimini nazisti.

Bisogna dire, ancora, che era già accaduto, sia pure non molte volte, che la Corte costituzionale avesse a che fare con una consuetudine internazionale. Ma – attenzione – in passato non era mai successo che essa si confrontasse con una norma consuetudinaria la cui esistenza e la cui portata fosse stata già in precedenza accertata e dichiarata dalla Corte internazionale di giustizia. E non era mai accaduto nemmeno che la norma consuetudinaria, così come ricostruita da que-

¹³ L. 17 agosto 1957, n. 848.

st'ultimo giudice, oltre a costituire il parametro a cui raffrontare la legge interna denunciata, diventasse anche oggetto essa stessa del giudizio costituzionale, in relazione ai controllimiti. Al contrario che in tutti i casi precedenti, dunque, uno dei risvolti delicati per la Corte costituzionale era di trovarsi a valutare l'operato della Corte internazionale di giustizia, sia pure alla luce di parametri interni.

Solo in quest'ultima occasione, in altre parole, veniva prepotentemente in rilievo il tema dei rapporti tra corti nella tutela dei diritti fondamentali, che come sappiamo è un problema generale che assilla ormai da qualche anno tutte le corti supreme, e in particolare i tribunali costituzionali¹⁴.

Non si può dimenticare, infatti, che anche la Corte costituzionale italiana, come tutti i suoi "colleghi" europei, almeno a partire dall'inizio del nuovo millennio si è trovata catapultata in un mondo sempre più complesso, quello della tutela multilivello dei diritti e dei tribunali di Babele¹⁵, dove si vede costretta quotidianamente a combattere per preservare il proprio ruolo, affinché non sia indebitamente eroso da altri giudici.

In particolare, la sua posizione è minacciata sia "dall'interno", in quanto i giudici comuni e in particolare le supreme magistrature sono oggi in grado di svolgere gran parte dei suoi compiti di controllo sulla legge; sia "dall'esterno", perché le due Corti europee, di Strasburgo e di Lussemburgo, per motivi diversi che qui è impossibile esaminare, le fanno una pericolosissima concorrenza, minacciando la stessa perdurante operatività del sistema accentrato di controllo di costituzionalità¹⁶.

Anche sotto il profilo delle "relazioni pericolose" tra Corti, dunque, nel nostro caso deve avere contato l'assoluta peculiarità dei *fatti storici* di cui in tutte le sedi si discuteva, e cioè la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi riconosciuti come crimini contro l'umanità compiuti dal regime nazista.

In questo senso, si può dire che la Corte costituzionale italiana abbia colto al volo un'ottima, e forse unica occasione, per "parlare a nuora" – la Corte internazionale di giustizia – perché "suocere" – la Corte di Strasburgo e *soprattutto* la Corte di Lussemburgo

– intendessero. Ha, insomma, approfittato del caso sottoposto dal Tribunale di Firenze per dimostrare soprattutto alle due Corti europee di essere capace, all'occorrenza, di opporre resistenza all'ingresso nell'ordinamento italiano di orientamenti di giudici esterni.

Si è spesso detto, infatti, ragionando dei rapporti con la Corte di giustizia dell'unione europea, che il vecchio istituto dei controllimiti all'ingresso del diritto dell'Unione, inventato quasi cinquant'anni fa dalla stessa Corte costituzionale ma poi di fatto da lei stessa mai utilizzato, sarebbe ormai caduto in disuso. Can che abbia non morde, si ripeteva da tempo.

Ora, invece, la Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere, ma lo ha fatto quando la preda da mordere era una preda facile, che ben si prestava a essere aggredita dal punto di vista simbolico, perché sullo sfondo c'erano i crimini commessi dal regime nazista. A una Corte costituzionale nazionale non poteva capitare una occasione migliore per farsi paladina dei diritti umani constatando l'inadeguatezza della tutela offerta da una Corte internazionale.

4. Eccoci quindi all'ultima delle tre domande, che a me pare quella cruciale. Quali effetti produce la nostra sentenza nei confronti dei giudici italiani? In particolare, li vincola, li obbliga davvero a compiere un illecito internazionale? Oppure li invita soltanto a compierlo?

Sembra pacifico, infatti, che l'illecito internazionale prospettato nella sentenza in commento non si è ancora consumato, ma verrà ad esistenza solo nel momento in cui un giudice, adito in sede civile da una vittima o da un suo discendente, esplicitamente o implicitamente negherà alla Germania l'immunità dalla giurisdizione, portando avanti il proprio procedimento¹⁷.

Quale sia l'effetto delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale contenute nei primi due capi del dispositivo della nostra sentenza non è in realtà chiarissimo. O meglio, si può dire con certezza solo che dopo la sentenza della Corte costituzionale il giudice italiano non è ormai più vincolato alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia. Ma è anche obbli-

¹⁴ La letteratura sul tema è ormai amplissima. Per uno sguardo lucido e ampio ai principali problemi si rinvia, per tutti, a M. Cartabia, *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court*, in 50ème anniversaire de l'arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos. Actes du colloque*, Luxembourg, 2013, pp. 155 ss.

¹⁵ S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

¹⁶ Per questa visione si veda soprattutto V. Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven&London, 2009 e, in relazione al caso italiano, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio e E. Lamarque, Napoli, 2013.

¹⁷ A. Peters, *Let Not Triepel Triumph*, cit., p. 4.

gato a non adeguarsi a quella pronuncia? Oppure è ancora *libero* di effettuare un diverso bilanciamento dell'art. 10 Cost. con gli artt. 2 e 24 Cost., e fare quindi prevalere sulla tutela dei diritti delle vittime il vincolo internazionale che gli imporrebbe di dichiarare l'immunità della Germania?

Mettiamo in ipotesi che riprendano le trattative tra Italia e Germania, e che si arrivi a corrispondere un indennizzo a tutte le vittime dei crimini di guerra e ai loro discendenti. Non potrebbe un giudice italiano, ritenendo a quel punto tutelata a sufficienza la dignità delle vittime (art. 2 Cost.), valutare che il rispetto della consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati prevalga sul loro diritto di agire in giudizio per ottenere un risarcimento pienamente soddisfacente (art. 24 Cost.)? Se anche per le sentenze della Corte costituzionale si applica il principio di totalità, per cui il dispositivo deve interpretarsi alla luce della motivazione, la risposta parrebbe essere negativa, perché la motivazione della nostra sentenza, nel modo che come ho detto più sopra pare davvero criticabile, impone un rigido *aut aut*.

Ciò nonostante, resta ancora spazio, a mio parere, per sostenere che entrambi i dispositivi di accoglimento semplicemente autorizzino i giudici ordinari italiani a negare l'immunità alla Germania, ma non valgano a imporre loro quest'unica soluzione.

A confermare una simile conclusione – secondo cui la sentenza costituzionale in commento non obbliga i giudici italiani a compiere l'illecito internazionale, ma solo li invita a farlo – concorre la “forma” del terzo capo del suo dispositivo. Come ho detto prima, infatti, la sentenza costituzionale risolve la questione che ha a oggetto direttamente la norma consuetudinaria entrata nell'ordinamento italiano attraverso la “porta aperta” dell'art. 10, primo comma, Cost. con un dispositivo di rigetto del dubbio di costituzionalità che chiede ai giudici di dare a quella norma una lettura diversa, che non contrasti con il controlimite.

Ebbene. Una sentenza interpretativa di rigetto non è mai – per consolidatissima giurisprudenza – vincolante verso la generalità dei giudici¹⁸. È un consiglio, non un comando¹⁹.

Liberi tutti, dunque, i giudici civili italiani di scegliere se adeguarsi alla sentenza costituzionale del

2014 oppure alla sentenza internazionale del 2012, e dunque dichiarare, o meno, l'immunità della Germania? La risposta potrebbe essere positiva.

Da questo punto di vista, solo la posizione del giudice di Firenze nei processi civili riassunti dopo la sentenza della Corte costituzionale rimane particolare, perché almeno nel processo da cui era sorta la questione la sentenza interpretativa di rigetto produce sia un vincolo esegetico negativo, a non accogliere l'interpretazione ritenuta dalla Corte costituzionale non conforme a Costituzione, sia la preclusione processuale a risollevarne identica questione, in ossequio al divieto di impugnazione delle sentenze costituzionali previsto dall'art. 137, ultimo comma, Cost.²⁰

Ma a questo punto entra in gioco un altro importante elemento, che i commentatori della sentenza costituzionale spesso trascurano, e che cioè esiste ancora, ed è ancora pienamente obbligatoria per tutti i giudici italiani, una legge ordinaria – la legge 23 marzo 1958, n. 411 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie, firmata a Strasburgo il 29 aprile 1957*) – che contiene una norma analoga a quella dell'art. 94 dello Statuto delle nazioni unite: l'art. 39 di tale Convenzione, secondo cui «ciascuna Alta parte contraente si conformerà al decreto della Corte internazionale di giustizia [...] in ogni controversia nella quale è parte». Una norma che è ancora in vita solo perché il giudice di Firenze non l'ha denunciata al giudice delle leggi.

La Corte costituzionale, alcuni potrebbero osservare, non era tenuta a giudicare su quella norma, non essendo compresa nel *thema decidendum*. Ma, si potrebbe ribattere, se la Corte costituzionale avesse voluto veramente fare pulizia di tutte le norme che stringono i giudici italiani al rispetto della pronuncia della Corte internazionale di giustizia avrebbe potuto eliminare anche quella previsione ricorrendo all'istituto della illegittimità costituzionale consequenziale, che le consente di uscire dai limiti dell'impugnazione, e di dichiarare «altresì quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata»²¹.

Tutto ciò per dire che qualsiasi giudice – compreso lo stesso giudice di Firenze che aveva sollevato le

¹⁸ E non produce neppure quel vincolo alternativo prospettato da antica e autorevole dottrina (L. Elia, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1718 ss.; Id., *Gli inganni dell'ambivalenza sintattica*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1051), secondo cui i giudici, di fronte a una sentenza interpretativa di rigetto, sarebbero tenuti, alternativamente, o a seguire l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale oppure a investire di nuovo la Corte costituzionale della medesima questione allo scopo di ottenere finalmente una dichiarazione di illegittimità costituzionale.

¹⁹ A. Pizzorusso, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, pp. 346 ss.

²⁰ Sia consentito il rinvio a E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, pp. 75-80.

²¹ Art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87.

questioni ora già decise! – che volesse procedere in un giudizio civile intentato contro la Germania non potrebbe farlo neppure dopo la nostra sentenza costituzionale, perché *dovrebbe comunque prima sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale sulla legge del 1958*, in modo da eliminare anche l'ultimo ostacolo rimasto alla sua “disobbedienza” nei confronti della pronuncia della Corte internazionale del 2012.

E sarebbe bene che ciò accadesse, anche perché nel giudizio costituzionale così instaurato la Corte costituzionale potrebbe avere la preziosa occasione di correggere il tiro, magari appoggiandosi a nuove circostanze di fatto, quali ad esempio trattative diplomatiche eventualmente in corso o concluse con la Germania, e compiere un diverso e più flessibile bilanciamento tra il diritto di difesa delle vittime e la consuetudine internazionale che impone l'immunità degli Stati.

La prospettiva, in definitiva, è abbastanza confortante. Pare possibile, e anzi molto probabile, che i clamorosi difetti di rigidità della sentenza costituzionale

di cui ci occupiamo – che rendono addirittura inutile, ai fini di evitare la responsabilità dello Stato italiano per illecito internazionale, la ricerca di una soluzione diplomatica che consenta di indennizzare le vittime e i loro parenti – possano essere emendati in un futuro anche molto vicino dai giudici ordinari italiani oppure – meglio – dalla stessa Corte costituzionale in occasione di un nuovo giudizio di costituzionalità.

E una volta operata questa correzione di rotta, che a me pare necessaria, della nostra vicenda resterà solo l'aspetto più interessante, e cioè il segnale di perdurante vitalità lanciato dall'organo italiano di giustizia costituzionale e ormai recepito forte e chiaro dall'intera comunità internazionale. Senza contare che, una volta opportunamente ammorbidita, l'impostazione della Corte costituzionale italiana potrebbe anche contribuire a fare evolvere positivamente la consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati per atti *iure imperii*, nel senso di arrivare ad escluderla almeno per le gravi violazioni di diritti umani che non abbiano trovato forme alternative di compensazione per le vittime.

I controlimiti e l'eterogenesi dei fini *

di Massimo Luciani

L'Autore analizza i problemi teorici e le conseguenze dell'operatività del controlimite (artt 2 e 24 Cost.) opposto dalla Corte costituzionale al diritto internazionale consuetudinario con la sentenza n. 238/2014, dubita dell'assoggettabilità a controllo di costituzionalità di una fonte fatto, nella specie consuetudine internazionale, evidenzia i problemi teorici implicati dalla estensione del controllo di costituzionalità alle consuetudini internazionali anteriori alla Costituzione e critica la formula decisoria con cui la Corte costituzionale ha accertato il mancato recepimento interno della immunità degli Stati dalla giurisdizione civile per crimini di guerra e contro l'umanità. Infine nell'apprezzare il merito della sentenza l'Autore mette in luce l'unità strutturale e la duplicità funzionale dei controlimiti e la difficoltà di dare effettiva tutela sul piano internazionale alla tutela giurisdizionale dei diritti portati all'attenzione dei giudici nazionali.

1. Premessa

La dottrina dei cd. “controlimiti” è stata sempre controversa e ha diviso soprattutto costituzionalisti e comunitaristi: propensi i primi a condividerla, i secondi a contestarla. Anche al di là di queste divisioni di disciplina e di prospettiva, però, molti si sono trovati d'accordo nel ritenerla bella da enunciare, ma difficile, se non impossibile, da applicare, in ciò trovando conforto proprio in una giurisprudenza costituzionale dimostratasi restia a farla valere in concreto. Tutto è cambiato, adesso, con la sent. n. 238 del 2014.

Raramente in una decisione della Corte costituzionale s'incontra il tentativo di sciogliere così tanti nodi

problematici come accade – invece – in questa pronuncia, nella quale per la prima volta si fanno valere, appunto, i “controlimiti” che si oppongono all'ingresso nel nostro ordinamento di norme di ordinamenti diversi confliggenti con taluni intangibili principi costituzionali. Finora, solo i giudici comuni avevano inteso assicurarne concretamente il rispetto: il Consiglio di stato soprattutto¹, negando d'essere tenuto alla pregiudiziale eurolunitaria quando l'eventuale contrasto con il diritto europeo sia comunque destinato a rimanere senza effetto se alla sua applicazione nel diritto interno ostano i controlimiti²; la Corte di cassazione più indirettamente, affermando, proprio nella materia affrontata dalla sent. n. 238, che l'im-

*Questo saggio è anche destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

¹ “Soprattutto”, è bene precisare, perché la Cassazione ha ragionato essenzialmente in punto di diritto *internazionale* (di interpretazione delle sue norme), mentre l'argomentazione del Consiglio di stato è tutta incentrata nella questione di diritto *costituzionale* dei controlimiti.

² Alludo alla nota dec. Cons. stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207. In quella occasione è stata affrontata l'importante questione degli effetti di una sentenza additiva della Corte costituzionale, che abbia “manipolato” un testo di legge allo scopo di proteggere un diritto fondamentale (nella specie: la salute), concludendo – esattamente – nel senso che il diritto nazionale frutto della “manipolazione” ha una copertura

munità degli Stati dalla giurisdizione non può valere quando sono incisi diritti fundamentalissimi³. Ora la Corte costituzionale si allinea.

Certo, che qualcosa potesse presto cambiare si sarebbe dovuto intuire già dalla Conferenza stampa tenuta da Gaetano Silvestri, presidente della Corte proprio subito prima del redattore di questa pronuncia, quando, facendo il consuntivo della giurisprudenza costituzionale del 2013, osservò che «Il perfezionamento dell'integrazione sovranazionale non deve [...] far dimenticare quanto questa Corte ha affermato in una serie di pronunce (fondamentale la n. 170 del 1984), con le quali ha ricordato l'esistenza di quelli che la dottrina ha definito «controlimiti», vale a dire, i principi ed i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana, che mai potranno essere intaccati da norme esterne di qualsiasi rango e provenienza. Se la sovranità nazionale tende inevitabilmente a restringersi per la maggiore coerenza dei vincoli comunitari, i valori fondamentali che stanno alla base del patto costituzionale devono rimanere integri *sempre e comunque*. Il giudice delle leggi ha, dunque, il dovere di vegliare sull'intangibilità del nucleo essenziale della Costituzione non disponi-

bile da parte di alcuna autorità né nazionale, né sovranazionale, né internazionale»⁴. Una fermezza evidente e forse inusuale, che non solo sembrava voler contro-bilanciare le aperture eurounitarie della stessa Corte costituzionale (solo da poco risoltasi a rimettere alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia), ma si estendeva anche – come si legge in chiusura del passo – al dominio del diritto internazionale.

Qualche tempo addietro mi era capitato di scrivere che non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell'art. 11 della Costituzione. Nemmeno tutti i cammelli internazionali, ovviamente, possono passare per la cruna dell'art. 10 ed è molto importante che la Corte si sia ora messa a regolare in concreto il traffico. È altrettanto importante che l'abbia fatto affrontando la questione delicatissima delle responsabilità per i crimini nazisti, affacciandosi, con una tensione etica evidente, sul baratro della coscienza europea del Novecento. Gli interrogativi che sono stati aperti da questa sentenza, però, mi sembrano più numerosi delle risposte che ha dato.

Non a caso, già i commenti «a caldo» sono stati numerosissimi⁵ e non è avventato prevedere un cre-

costituzionale specifica. Proprio tale copertura costituzionale esenta il giudice nazionale di ultima istanza dall'adire la Corte di giustizia pur ove si prospetti l'ipotesi di un contrasto fra diritto interno così «coperto» e diritto eurounitario.

Questa pronuncia ha suscitato varie critiche soprattutto da parte di alcuni comunitaristi, mentre dai costituzionalisti non si è mancato di mettere in luce le sue solide ragioni di diritto – appunto – costituzionale (v., ad es., A. Ruggeri, *Le pronunzie della Corte costituzionale come «controlimiti» alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario* (A margine di Cons. stato, sez. V, n. 4207 del 2005), in *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, vol. IX, Torino, Giappichelli, 2006, 398).

³ Cass., sez. un. civ., 11 marzo 2004, n. 5044. La Corte si chiese «se l'immunità dalla giurisdizione possa operare anche in presenza di comportamenti che [...] assumono connotati di estrema gravità, configurandosi, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, quali crimini internazionali, in quanto lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali». La risposta fu negativa, perché si fecero valere varie norme internazionali sanzionatorie dei crimini contro l'umanità, da ritenersi in qualche modo sovraordinate. Con la conclusione che «Il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti si pone in palese contrasto con i dati normativi appena ricordati, poiché detto riconoscimento, lungi dal favorire, ostacola la tutela di valori, la cui protezione è da considerare invece, alla stregua di tali norme e principi, essenziale per l'intera Comunità internazionale, tanto da giustificare, nelle ipotesi più gravi, anche forme di reazione obbligatorie. E non può esservi dubbio che l'antinomia debba essere risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato [...]». Questo orientamento fu confermato da sez. un. civ., 29 maggio 2008, n. 14199; 24 maggio 2008, n. 14201 (ord.) e 20 maggio 2011, n. 11163, ma venne abbandonato dopo la sentenza della Corte internazionale di giustizia della quale si dice più avanti (ord. sez. un. civ., 21 febbraio 2013, n. 4284).

È interessante notare che questo abbandono non è stato indolore. L'ordinanza da ultimo ricordata, infatti, sembra condividere le perplessità già manifestate da Cass. pen., sez. I, 9 agosto 2012, n. 32139, che si ritenne tenuta a «prendere atto» della sentenza della CIG, ma osservò questo: «balza all'attenzione con particolare evidenza che, nell'ambito dell'analisi compiuta dalla Corte internazionale sullo jus cogens, si predica che non vi sarebbe nessun conflitto tra le norme imperative di diritto internazionale e la norma consuetudinaria che concede l'immunità allo Stato, posto che le stesse opererebbero su due livelli diversi, le prime, di natura sostanziale, idonee ad attribuire un valore alle azioni dello Stato e la seconda connotata dal suo carattere procedurale, sicché tra esse non vi sarebbe alcuna interferenza (con la corretta conseguenza per la quale dalla improcedibilità della domanda non si potrebbe dedurre la liceità della condotta dello Stato in violazione dei diritti umani). Tale affermazione ingenera nel Collegio alcune perplessità in relazione alla sua coerenza con i principi generali in materia di interpretazione delle norme, apparendo indebitamente riduttivo confinare la categoria dello jus cogens alla sua sola portata sostanziale, ignorando che la sua effettività concreta si misura proprio alla stregua delle conseguenze giuridiche che derivano dalla violazione delle norme imperative. E – d'altro canto – non appare marginale considerare che proprio la predicata distinzione tra norme «sostanziali» e «procedurali» cagiona null'altro che l'impunità dei soggetti e finisce per riaffermare la poca persuasiva attrazione, nella sfera della esenzione dalla giurisdizione, propria degli atti adottati jure imperii, di atti quali i crimini contro l'umanità che in quella categoria stentano ad essere ricompresi».

⁴ I corsivi sono miei.

⁵ V., al sito www.giurcost.org, in epigrafe al testo della sent. n. 238 del 2014, l'elenco (probabilmente non completo) dei commenti apparsi nel frattempo.

scendo di attenzione della dottrina. In effetti, si tratta di una pronuncia che non può certo passare inosservata. Dai rapidissimi tempi di decisione (le ordinanze di rimessione sono state pubblicate a fine maggio e ai primi di luglio, e già il 23 settembre si è tenuta l'udienza di trattazione) al complesso di questioni processuali affrontate; dalla risistemazione dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale alla ricostruzione del regime giuridico dei cd. "controlimiti": tutto indica che si tratta di un passaggio tutt'altro che trascurabile della giurisprudenza costituzionale. Proprio l'ampiezza delle questioni affrontate sconsiglia un esame analitico e suggerisce di proporre soltanto qualche riflessione – diciamo così – di sistema, sia sul piano processuale che su quello sostanziale. Quelle che seguono, dunque, non sono le pagine di una "nota a sentenza" e vorrebbero anche contribuire alla discussione sul "dopo", sulle prospettive che, oggi, sono state aperte.

2. Alcune questioni processuali

La Corte passa con una certa *souplesse* su una questione classica del diritto processuale costituzionale, qual è quella dell'oggetto del controllo di costituzionalità, sollecitando una serie di dubbi non marginali.

2.1. È noto che il tema dell'oggetto è stato a lungo discusso e che ci si è chiesti s'esso sia dato dagli atti, dalle disposizioni o dalle norme. Non è meno noto che in particolare la giurisprudenza sul cd. "trasferimento" della questione di costituzionalità dal decreto legge alla legge di conversione ha finito per risolvere il problema nel modo (a mio parere) più corretto, chiarendo che oggetto del controllo di costituzionalità sono le norme, sicché è proprio in ragione di questo dato che la censura attinente ad una norma di decreto legge si trasferisce sulla medesima norma una volta novata la sua fonte (una volta, cioè, convertito il decreto legge in legge).

Si deve tuttavia considerare che quella giurisprudenza ha sempre dato per scontato che la *norma* in tanto possa essere oggetto del controllo di costituzionalità in quanto la si possa ricavare da una *disposizione*. Disposizione, però, significa diritto scritto e diritto scritto significa atto normativo. Il testo dell'art. 134 Cost. del resto, non sembra ammettere equivoci, perché il riferimento è esplicitamente alle *leggi* (che sono ovviamente atti) e agli «*atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni*». Né sembrano ammetterli gli artt. 1 e 2 della legge cost. n. 1 del 1948 e più ancora l'art. 23, comma 1, lett. a), della legge n. 87 del 1953, perché ivi si precisa che nelle questioni incidentali di legittimità costituzionale devono essere indicate le «*disposizioni*» della «*legge*» o dell'«*atto avente*

forza di legge». Certo, l'art. 136 Cost. fa riferimento alla declaratoria di incostituzionalità di una «*norma*», ma deve pur sempre trattarsi «*di una norma di legge o di atto avente forza di legge*».

Un sindacato su norme consuetudinarie, pertanto, o in genere su norme di fonti-fatto, non sembra ammesso nel nostro ordinamento: oggetto della *quaestio de legitimitate* (e della decisione che chiude il giudizio) è una norma, ma la qualità della fonte che l'introduce nel nostro ordinamento non è indifferente, dovendosi trattare di una fonte-atto.

Non basta. Le «*leggi*» e gli «*atti, aventi forza di legge*», cui fa riferimento l'art. 134 Cost. devono essere «*dello Stato e delle Regioni*», con conseguente esclusione d'ogni sindacato su norme di fonti non statali o non regionali (l'eccezione delle leggi provinciali, ovviamente, è solo apparente e – comunque – è prevista da una legge costituzionale).

2.2. Ora, a fronte di questi dati di diritto positivo, la sentenza n. 238 sembra seguire una via originale. Esaltando il primato della Costituzione e la natura accentrata del controllo di costituzionalità, sostiene che «*il principio affermato nella [...] sentenza n. 1 del 1956, secondo il quale il controllo di legittimità costituzionale riguarda sia norme posteriori che norme anteriori alla Costituzione repubblicana, vale anche per le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*», senza porsi più di tanto il problema della loro *fonte*. Quel problema, però, a me sembra cruciale.

Certo, la sentenza richiama, a sostegno della propria conclusione, la storica sent. n. 48 del 1979. Allora si scrisse questo (è il passaggio richiamato dalla sentenza di cui si discute): «*La prospettazione della questione così come formulata dal giudice a quo, riferita all'ordine di esecuzione di cui alla legge n. 804 del 1967, in relazione all'art. 31, paragrafi 1 e 3 della Convenzione di Vienna, appare solo formalmente esatta perché, sul punto che interessa, la disposizione pattizia è meramente ricognitiva della norma di diritto internazionale generale sopra descritta. Il fondamento della questione va considerato, pertanto, con riferimento a quest'ultima norma, ed il vero oggetto del giudizio, cui va rivolto l'esame della Corte, concerne la compatibilità con gli invocati principi costituzionali della norma interna di adeguamento alla consuetudine internazionale generale*». E proprio da questo, mi sembra, si desume l'esistenza di un precedente favorevole al diretto sindacato delle norme internazionali (anche) consuetudinarie. A me sembra che, invece, la sent. n. 48 del 1979 fosse pienamente in linea con l'indirizzo cui sopra ho accennato. Essa, infatti, ebbe cura di precisare che l'impostazione del remittente era «*formalmente esatta*», né poteva essere diversamente: senza l'intermediazione di una fonte-

atto la questione di costituzionalità non avrebbe potuto essere sollevata. Certo, si aggiunse che il «*vero oggetto*» di tale questione era la norma consuetudinaria, ma – ripeto – quella norma poteva essere sindacata *solo* perché se ne era data la “ricognizione” in una norma di legge e attraverso quella norma di legge. Ora, se è vero che nel diritto processuale, pur dovendosi a tutti i costi evitare i formalismi⁶, la forma è essenziale, a mio avviso non è possibile procedere ad un diretto scrutinio di costituzionalità di norme consuetudinarie, fosse pure di norme che hanno il “rango” di quelle del diritto internazionale generale.

Fra l'altro, solo impropriamente si parla – appunto – di un “rango” di tali norme, per la ragione semplicissima che questo presupporrebbe il loro pieno inserimento nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, il che però non è, trattandosi di norme di *altro* e ben diverso ordinamento. Quelle norme, pertanto, appaiono doppiamente sottratte al controllo di costituzionalità: perché non sono prodotte da una fonte-atto; perché non appartengono al nostro ordinamento (ancorché questo ad esse si “adequi”).

La diversa conclusione raggiunta dalla sent. n. 238 del 2014 a me pare fondata sia sul timore di dover finire per dichiarare l'illegittimità costituzionale *in parte qua* dello stesso art. 10 Cost. (ci tornerò fra poco), sia su una premessa sostanzialmente assiologica: che, cioè, non si diano spazi vuoti di controllo di costituzionalità e che il primato della Costituzione non tolleri lacune di tutela. Il che potrebbe anche condividersi, se non fosse che quel primato deve comunque essere assicurato con le tecniche, con gli strumenti e nei limiti che la stessa Costituzione ha fissato. Non a caso, la sentenza n. 238 sostiene che l'art. 134 Cost. assoggetterebbe al controllo accentrato di costituzionalità «*tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo*», sovrapponendo al riferimento alle fonti (leggi, atti...) quello alle norme. Laddove, a mio parere, insisto, se è vero che oggetto del controllo è la norma, non è meno vero che al controllo non può procedersi in assenza di un'ideale fonte della sua produzione.

La questione, si badi, non è di semplice diritto processuale, perché proprio nella prospettiva del forte collegamento fra i diritti e la loro tutela in giudizio, che proprio la sent. n. 238 scolpisce, la definizione delle regole processuali finisce per delimitare

il campo della protezione effettiva dei diritti. Preciso, però, che far coincidere la tutela dei diritti con la sola loro azionabilità in giudizio, come fa qui la Corte («*Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela*»), sembra riduttivo, perché legislazione e amministrazione sono esse pure parte essenziale del sistema di tutela dei diritti. Né varrebbe dire che proprio dalla legislazione e dall'amministrazione, male esercitate, possono provenire gli attentati per i diritti stessi, cui deve porre rimedio la giurisdizione, perché anche la stessa giurisdizione può essere male esercitata, tanto che l'ordinamento prevede appositi meccanismi per porre rimedio a questa eventualità (dalla revocazione all'interpretazione autentica; dall'azione di responsabilità alla revisione della Costituzione).

2.3. Ma la sent. n. 238 del 2014 va ancora più in là. Una volta stabilito che anche le norme internazionali consuetudinarie possono essere oggetto di sindacato di costituzionalità, afferma anche che non si dovrebbe distinguere fra norme consuetudinarie anteriori e posteriori alla Costituzione, invocando a sostegno di questa affermazione ancora una volta la sent. n. 48 del 1979. Non credo, però, che quella pronuncia indicasse proprio un simile approdo e ritengo – anzi – che allora se ne fosse raggiunto uno esattamente opposto⁷.

La Corte, allora, disse questo: «*Occorre comunque affermare [...], per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione (art. 1, secondo comma e Titolo VI della Costituzione)*». Il passaggio è chiaro: il limite dei principi fondamentali opera solo per le norme del diritto internazionale generale venute ad esistenza «*dopo l'entrata in vigore della Costituzione*». Né si trattò di una svista. Subito prima, infatti, la Corte ebbe cura di precisare che, nel caso di una norma consuetudinaria anteriore alla Costituzione (si trattava dell'immunità dei rappresentanti diplomatici dalla giurisdizione civile), «*il denunciato contrasto*» fra quella norma e le norme costituzionali era «*sol-*

⁶ Ho cercato di distinguere i due profili nel mio *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, spec. 34 sgg.

⁷ Semmai, fu la sent. n. 73 del 2001 a trattare indifferentemente le norme consuetudinarie anteriori e quelle successive, ma nell'economia di quella pronuncia la questione era secondaria e il fatto che se ne sia discusso *tout confondu* non è probante.

tanto apparente e risolubile applicando il principio di specialità».

In definitiva, un doppio regime, nel quale le norme consuetudinarie anteriori non soffrivano del limite dei principi fondamentali, opponibile, invece, alle successive. La ragione di questo doppio regime era scoperta: per le norme consuetudinarie anteriori, infatti, la sottrazione al limite si doveva alla presunzione che gli stessi Costituenti avessero positivamente vagliato la loro conformità a Costituzione, ché, in caso contrario, non avrebbero previsto il meccanismo di adeguamento automatico di cui all'art. 10 Cost.⁸. Per le norme successive, invece, nella fatale ignoranza del loro contenuto, il limite non poteva darsi per osservato ed era destinato a riespandersi.

La premessa allora accolta, in definitiva, era quella della piena equiparazione delle norme consuetudinarie internazionali anteriori alle norme *originarie* della Costituzione: come si sarebbe potuta giustificare altrimenti, infatti, l'ordinazione dei loro rapporti in base al principio di specialità? Destinato com'è a regolare i rapporti fra norme di (fonti di) pari grado, quel principio presupponeva l'equiparazione⁹.

Ora, questa impostazione non viene espressamente criticata dalla sent. n. 238, che si limita ad invocare la sent. n. 1 del 1956 e il principio, ivi solennemente affermato, dell'estensione del controllo di costituzionalità delle leggi anche a quelle anteriori alla Costituzione. Senonché, allora l'assunzione della Costituzione a paradigma delle leggi anteriori non era ostacolata da un qualsivoglia "recepimento" delle fonti primarie anteriori da parte della Costituzione, mentre qui (almeno stando alla ricostruzione della sent. n. 48 del 1979) è proprio il recepimento delle norme consuetudinarie anteriori che è in discussione. A fronte di tale recepimento, il solo modo per sindacare la norma anteriore sarebbe stato accogliere la (a mio avviso discutibile) dottrina secondo la quale potrebbero esistere norme

(originarie) della Costituzione incostituzionali, dottrina che ha avuto successo in Germania¹⁰, ma che da noi non è mai stata fortunata¹¹. E, aggiungo, non lo è stata nemmeno nella sent. n. 48 del 1979, che a sostegno della limitazione delle norme internazionali consuetudinarie successive alla Costituzione non a caso richiama, con il principio della rigidità costituzionale, quello della sovranità popolare: è alla sovranità popolare (generatrice della Costituzione) che poteva imputarsi il recepimento delle norme anteriori, mentre è sempre la sovranità popolare che ostacola il recepimento illimitato di quelle successive. È per evitare di raggiungere un simile (invero assai problematico) approdo che si è scelto di concludere come si è concluso, perché – a rigore – diversamente ragionando si sarebbe dovuto dichiarare illegittimo lo stesso art. 10 Cost. «nella parte in cui» consente l'immissione nel nostro ordinamento di norme internazionali consuetudinarie contrarie ai nostri principi fondamentali.

2.4. Un rapido cenno, infine, alla scelta di dichiarare non fondata la questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati.

La tesi della Corte è che quella norma sia in contrasto con alcuni principi fondamentali della Costituzione, fungenti da "controlimiti", sicché «*Ne consegue che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto*». Giustamente, già i primi commentatori hanno osservato che sulla base di questa premessa la formula esatta avrebbe dovuto essere quella della declaratoria di inammissibilità¹². Invero, delle due l'una: o si ritiene (come a me sembra corretto) che la norma internazionale non possa essere "in sé" sindacata, in quanto

⁸ Sul punto, v. R. Nania, *Nota a prima lettura alla sent. n. 48 del 1979*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 378. Anche la dottrina che ha criticato la sent. n. 48 del 1979 ne dà la lettura che si indica nel testo: cfr., ad esempio, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, 207 sg.; F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1995, 23.

⁹ Semmai, sarebbe stato opportuno chiarire i limiti e il senso della "equiparazione", visto che – come già detto – si trattava pur sempre di norme di ordinamenti diversi, non ordinabili a mezzo del criterio gerarchico (sicché quel criterio avrebbe potuto riguardare solo la norma internazionale per come immessa nel nostro ordinamento, e dunque "nazionalizzata").

¹⁰ V., in particolare, O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, in *Recht u. Staat*, 1951, ora in *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein/Ts., Athenäum, 1979, 1 sgg. e, in giurisprudenza, *BVerfGE*, 30, 17 sgg.; 34, 19 sgg.; 84, 118 sgg.

¹¹ Non fa eccezione la sent. n. 2 del 2004, per le ragioni che ho cercato di indicare nel mio *Governo (forme di)* in *Enc. dir. – Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, 588 sg., nt. 301.

¹² Così A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consultaonline*, 2014; S. Lieto, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 4.

norma d'altro ordinamento, e allora la declaratoria di inammissibilità è inevitabile, oppure si ritiene ch'essa lo sia nella misura in cui è entrata nel nostro ordinamento, ma allora la declaratoria di inammissibilità è altrettanto inevitabile, una volta affermato che in realtà quella norma non è mai entrata nel nostro ordinamento perché contrastante con i principi fondamentali. O la norma è inidonea ad essere sindacata, dunque, o semplicemente non è vigente (come norma del nostro ordinamento). In entrambi i casi, dunque, la relativa *quaestio* è inammissibile.

Va detto, comunque, che la scelta della formula decisoria rileva fino a un certo punto, almeno se si condivide la tesi – a me cara – che anche le pronunce di inammissibilità, quando hanno un certo contenuto (ad esempio quando negano la forza di legge dell'atto sindacato o – come qui accade – la stessa vigenza della norma censurata) producono effetti *erga omnes* tanto quanto le decisioni che si pronunciano nel merito¹³.

3. I controlimiti: strutturalmente uni, funzionalmente bini

Ma veniamo al merito della decisione e, anzi, subito ai suoi meriti. Che stanno, a me sembra, soprattutto nell'evidente afflato etico che la anima e nell'aver finalmente chiarito quanto una precedente pronuncia, la sent. n. 73 del 2001, aveva solo fatto intendere, e cioè che i principi "fondamentali" o "supremi", che conferiscono alla Costituzione la sua stessa identità, sono i medesimi quale che sia il campo materiale della loro applicazione: che si tratti, cioè, dei rapporti

Stato-Chiesa; del diritto sovranazionale; del diritto internazionale; della revisione della Costituzione¹⁴. Una sola etichetta può bastare a indicarli ed è "controlimiti", lemma che la Corte impiega tra virgolette, ma che d'ora in avanti sarà ben possibile utilizzare senza specifiche cautele, una volta che è stato acquisito al lessico giurisprudenziale non solo dei giudici comuni¹⁵, ma anche della Corte costituzionale.

L'unitarietà dei controlimiti, in effetti, pare essere logicamente imprescindibile. Se essi sono dati dagli elementi caratterizzanti – appunto – l'identità costituzionale, non è ragionevole immaginare che l'identità cambi o possa essere diversamente declinata o tutelata in questo o in quel campo del manifestarsi di un potere giuridicamente organizzato. I controlimiti, dunque, sono "uni" perché non possono non esserlo, così come l'identità della persona non cambia a seconda della prospettiva dalla quale la si riguarda.

Eppure, a questa esatta premessa dell'unità strutturale dei controlimiti si affianca quella che a me pare la loro duplicità funzionale, che emerge proprio nella sentenza della quale stiamo discutendo.

La funzione originaria della dottrina dei controlimiti è nota e la stessa giurisprudenza ne è perfettamente consapevole. Come si legge in una recente pronuncia della Corte di cassazione, quella dottrina è stata «*elaborata da alcune Corti costituzionali interne come difesa della sovranità statale nel caso in cui questa fosse minacciata dal primato comunitario in alcuni valori considerati irrinunciabili dall'ordinamento interno*»¹⁶. Si tratta, dunque, di un usbergo della statualità. Un usbergo, è bene precisare, benvenuto e indispensabile¹⁷.

¹³ Rinvio, sul punto, al mio *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, spec. 130 sgg. Dubito, pertanto, che una pronuncia di inammissibilità avrebbe davvero autorizzato il "fai da te" dei giudici comuni temuto da S. Leone, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 4. Dubito anche, poi, che la preferenza accordata alla formula della non fondatezza possa giustificarsi con la considerazione che "una decisione di inammissibilità, non implicando valutazioni di merito, non avrebbe offerto lo spazio necessario per considerazioni più articolate sul piano interpretativo" (così S. Lieto, *Op. loc. cit.*). Esattamente le stesse parole che la Corte ha scritto per motivare l'infondatezza, infatti, avrebbero potuto essere usate per motivare l'inammissibilità, identico essendo – sino all'inopinata conclusione in concreto raggiunta – l'itinerario argomentativo da seguire.

¹⁴ Analogo apprezzamento in P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 2.

¹⁵ Nella giurisprudenza comune, v., dopo la sent. n. 238 del 2014, Cass. civ., sez. lav., 13 novembre 2014, n. 24221; prima, ad es., Cass. civ., sez. V, 11 novembre 2012, n. 22577.

¹⁶ Cass. civ., sez. V, 26 settembre 2012, n. 16352. Anche in dottrina, del resto, non si è dubitato di questa funzione e di questa origine storica della dottrina dei controlimiti. V., ad es., tra i molti, G. Strozzi, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2009, 24, ad avviso del quale il processo di integrazione europea avrebbe incontrato "alcune resistenze da parte delle Corti supreme di alcuni Stati membri (Italia, Germania, Francia, Spagna...), elaborate a «difesa» delle sovranità statali quando si rilevassero minacciate dal «primato» comunitario in certi valori considerati irrinunciabili del proprio ordinamento interno".

¹⁷ Che postularne la necessità equivalga ad accogliere un approccio dualista, piuttosto che monista, ai rapporti fra diritto interno e diritto internazionale è, a mio avviso, assai probabile (la questione è posta, ma lasciata aperta, da M. Arcari, *Colliding legal systems or balancing of values? International customary law on State immunity vs fundamental constitutional principles in the Italian Constitutional Court decision no 238/2014*, in *QIL*, II, 2014, 3; nel senso, invece, che proprio la sent. n. 238 del 2014 esprima una forma di robusto dualismo,

Non è certo un caso che di una dottrina dei controlimiti si sia avvertita la necessità proprio quando la statualità era sfidata: quando lo Stato – cioè – doveva confrontarsi con altri “ordini” (per dirla con l’art. 7 della Costituzione), come la Chiesa, l’Unione europea¹⁸, ora l’ordinamento internazionale. Reclamare l’intangibilità di alcuni principi significa dare un senso alla perdurante qualificazione dello Stato come soggetto sovrano, che, proprio in quanto *superiorem non recognoscens*, può autodefinire la propria identità e tutelarla nei confronti di chiunque. Insomma, fra controlimiti e sovranità statale v’è una corrispondenza biunivoca.

Ebbene, adesso sembra doversi dire che se questa corrispondenza biunivoca c’era, ora non c’è più, almeno non sempre e non per ogni profilo. La Corte, infatti, segnando un’interessante eterogenesi dei fini, utilizza i controlimiti non già per tutelare, ma per limitare la statualità, escludendo che alcune categorie di atti o comportamenti, sia pure adottati o tenuti *iure imperii*, siano sottratti all’altrui giurisdizione, come – invece – è sempre stato sin dall’avvento dello *ius publicum europaeum* (salve le eccezioni che possono liberamente essere negoziate dagli stessi Stati). Si avverte, qui, una prova ulteriore della crisi dello Stato.

Alla fine del primo decennio del secolo passato Santi Romano, si sa, prendeva atto della crisi dello Stato moderno, ma a me è sempre parso che quella crisi recasse un *segno* molto diverso dalla presente. Allora, le cause della temuta disgregazione erano tutte interne allo Stato, o per meglio dire al rapporto fra lo Stato e la “sua” società civile, mentre oggi i fattori della crisi si situano prevalentemente al di fuori di esso, ricollegandosi all’impetuoso sviluppo dei fenomeni di globalizzazione e alla crescita di istituzioni internazionali o sovranazionali che erodono progressivamente lo spazio residuo della sovranità statale¹⁹.

L’erosione avviene sovente ad opera di istanze giurisdizionali e anche questo corrisponde bene allo spirito dei tempi, segnato dalla crisi di legittimazione della politica e dalla progressiva giurisdizionalizzazione del conflitto. Il fenomeno, in parte dovuto a dati oggettivi (l’incapacità delle classi politiche di recuperare la loro funzione sistemica e la rinuncia alla pretesa illuministica di progettare politicamente il futuro), è anche sorretto da un atteggiamento culturale di favore, che preferisce affidare il conflitto alla giurisdizione non solo perché il canale decisionale politico è inaridito, ma anche perché si ritiene che la giurisdizione stia in qualche modo più dentro la società civile che dentro la società politica, sicché sarebbe parte di quel complesso meccanismo di autoregolazione sociale che oggi viene sempre più spesso preferito all’eteroregolazione politica. Non posso qui argomentare le ragioni della mia contrarietà a un simile indirizzo²⁰, ma devo constatare come – almeno a mio parere – ne sia oggettivamente manifestazione la sent. n. 238 del 2014.

Stavolta, certo, c’è una differenza significativa, perché l’estensione dell’ambito della giurisdizione non avvantaggia istanze internazionali o sovranazionali, bensì schiettamente nazionali. Anzi, la pronuncia in questione è palesemente – e direi esplicitamente – in collisione con una nota decisione della Corte internazionale di giustizia, che si era attestata sulla tesi più classica²¹. La sostanza del fenomeno di ampliamento della sfera della giurisdizione, però, non cambia. E, del resto, pare esprimere una tendenza che la Corte costituzionale aveva già manifestato, in particolare quando aveva recentemente “salvato” la dottrina dell’insindacabilità degli atti politici, ma con molti significativi *distinguo*²². Eterogenesi dei fini, dunque: la dottrina dei controlimiti, elaborata per difendere lo Stato in un contesto generale che lo vede esposto alle più varie forme di erosione della

R. Kolb, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in QIL, II, 2014, 6, imputandole di aver addirittura commesso un “murder of international law through municipal law”, *ivi*, 11).

¹⁸ È questo, anzi, il dominio nel quale la dottrina dei controlimiti ha trovato fertile terreno di sviluppo, peraltro generando – come è ben noto – più di una discussione fra costituzionalisti e comunitaristi (le ragioni dei primi sono esposte, ad es., da A. Ruggeri, *Le fonti del diritto eurolunitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in AA. Vv., *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2014, 308 ss.; quelle dei secondi, ad es., da G. Strozzi, *Limiti e controlimiti*, cit., 24 ss.).

¹⁹ Usavo queste stesse parole nel mio *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in Riv. dir. cost., 1996, 125.

²⁰ Alcune riflessioni in proposito sono nel mio *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in Rivista AIC, n. 3/2012, 1 sgg.; *Giur. cost.*, 2012, 3823 sgg.; AA. Vv., *Costituzione, economia, globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Napoli, ESI, 2013, 749 sgg.

²¹ Sent. 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia* (con intervento della Grecia).

²² Cfr. Corte cost., sent. n. 81 del 2012.

sua sovranità, finisce per diventare il grimaldello per un'ulteriore assoggettamento della sovranità statale a limiti. Controlimiti strutturalmente uni, allora, funzionalmente bini²³.

4. I diritti protagonisti

Se la Corte è giunta alla conclusione che sappiamo è soprattutto perché ha fatto leva sulla dignità umana. È la dignità, infatti, che è presidiata dai parametri invocati dal remittente: gli artt. 2 e 24 Cost. «*Il primo*», dice la Corte, «è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità. Il secondo è anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile».

Ora, quando si invoca il paradigma della dignità umana, si corrono, a mio parere, rischi considerevoli, a meno che non lo si colleghi ad altri paradigmi capaci di specificarne adeguatamente il contenuto. Vediamo.

a) In assenza di specificazione, le concezioni della dignità umana possono essere le più varie, perché i più vari sono i *Menschenbilde*. Il caso del fine vita lo dimostra a sufficienza: cosa è più “degnò”? Aiutare a (o almeno non impedire di) morire quando il titolare del bene-vita non ne vuole più godere, o impegnarsi sempre e comunque per la sua tutela? Se nella nota sent. sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, relativa al “caso E.”, la Corte di cassazione avesse deciso in ragione del

solo paradigma della dignità e non si fosse appoggiata sul ben più saldo fondamento del diritto a non farsi curare non sarebbe riuscita – credo – a decidere senza arbitrio.

b) La dignità è assolutistica e costituisce il miglior esempio della schmittiana *Tyrannei der Werte*. Non a caso buona parte della dottrina che la pone al centro dell'edificio costituzionale tende ad escludere la sua bilanciabilità, perché sembra davvero difficile identificare valori alternativi capaci di contrapporsi più o meno vittoriosamente all'esigenza di proteggerla²⁴. A me sembra, invece, che proprio la Costituzione faccia chiaramente intendere che la dignità si possa bilanciare con altri valori costituzionali: come giustificare, ad esempio, se così non fosse, una realtà ben poco in armonia con l'umana dignità qual è il carcere²⁵? Non a caso, l'art. 27, comma 3, Cost., si limita alla prudente prescrizione che la pena detentiva sia rispettosa del ben diverso «senso di umanità», dando così per scontato che la dignità risulti – inevitabilmente – compromessa pel solo fatto della limitazione della libertà personale (che è, appunto e ovviamente, libertà della *persona umana* – presupposta proprio da chi esclude il bilanciamento come degna – nella concretezza della sua esperienza di vita)²⁶.

c) Ancor più rischioso è collegare la dignità e il diritto di difesa, come invece fa la sent. n. 238 del 2014. Se, infatti, l'*an* della difesa in giudizio viene connesso alla dignità, è assai difficile non legarvi anche il *quomodo*, sicché diverrebbe molto difficile conservare la nota e consolidata giurisprudenza sulla modulabilità del diritto di difesa a seconda della logica dei singoli procedimenti.

²³ Non si potrebbe obiettare che la negazione dell'immunità di uno Stato sarebbe compensata dall'espansione della giurisdizione dell'altro, sicché, dal punto di vista della statualità, il giuoco finirebbe per essere a somma zero. Proprio l'immunità dall'altrui giurisdizione è un tratto storicamente caratterizzante della sovranità statale entro la comunità internazionale, mentre la limitazione della giurisdizione (si pensi all'insindacabilità degli atti politici, pur nella sua già segnalata parabola discendente) non mette in discussione la sovranità, specie quando ne è – anzi – il tradizionale corollario.

²⁴ Penso, in particolare, a G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008, e alla sua nota affermazione che «La supremazia della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima» (cors. nell'orig.).

²⁵ Quanto si dice nel testo abbisogna di una precisazione. Parrebbe, infatti, che anche qui si dia per scontato che una qualche nozione di “dignità” (non astrattamente identificata per le sue determinazioni formali, ma contenutisticamente riempita di senso) sia data per scontata: come si potrebbe ritenere, infatti, che il carcere non sia in armonia con l'umana dignità, se di questa non s'avesse un concetto? In realtà, quel che si tenta nel testo è un giuoco di identificazione con la posizione dei sostenitori della tesi – diciamo così – ottimistica: intendo dire che nemmeno ponendosi dal loro punto di vista (quello della concreta definibilità ed operatività, in assenza di altre determinazioni costituzionali, del principio del «pregio ineffabile della persona umana») si riesce a dimostrare che nelle stesse costituzioni contemporanee la dignità sarebbe posta al riparo da qualunque limitazione, condizionamento o bilanciamento.

²⁶ Non solo i dati dell'esperienza pratica, dunque (come invece ritiene A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei “controlimiti”*, cit. 9, nt. 32), confortano l'opinione della bilanciabilità della stessa dignità umana (e quindi l'impossibilità di qualificarla metavalore), ma anche quelli dello stesso diritto positivo.

Per la verità, la sentenza n. 238, pur così netta nell'affermare l'esigenza di protezione della dignità umana, non ne esclude l'immissione nel bilanciamento, assoggettandola a limiti. Ogni limite «*deve essere giustificato da un interesse pubblico riconoscibile*», la cui sussistenza, tuttavia, la Corte qui nega, perché «*[non] si ravvisa, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, un interesse pubblico tale da risultare preminente al punto da giustificare il sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale di diritti fondamentali (artt. 2 e 24 Cost.), lesi da condotte riconosciute quali crimini gravi*». Anzi, caratterizzandosi il controlimito per l'affermazione del necessario «*rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale*», ne viene che deve essere escluso che «*atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità, possano giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini, nell'ambito dell'ordinamento interno*». Con il che, però, il problema è più posto che risolto, perché il punto che occorre dimostrare non era tanto il pregio dei diritti lesi dagli atti *iure imperii* dello Stato straniero, quanto l'assenza di pregio dell'interesse all'intangibilità di quegli atti davanti al giudice dell'altro Stato, interesse la cui caratura internazionale è indiscussa²⁷, ma che proprio per questo avrebbe dovuto essere vagliato nella sua eventuale dimensione costituzionale²⁸.

5. In prospettiva

Le prospettive aperte da questa pronuncia sono incerte. È evidente ch'essa si pone quale momento di un possibile «dialogo fra le Corti»²⁹, laddove, pur rivendicando esclusivamente a se medesima «*il compito di assicurare il rispetto della Costituzione ed a maggior ragione dei suoi principi fondamentali e quindi la necessaria valutazione della compatibili-*

tà della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati con i predetti principi», precisa che ciò ha «*l'effetto di produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della predetta norma, limitato al diritto interno ma tale da concorrere, altresì, ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale*». Trattandosi di un auspicio è difficile dire, scrutando il futuro, quali potranno esserne gli esiti: se – cioè – l'appello della nostra Corte sarà ascoltato o se, invece, sarà letto come un atto di sfida alla giurisdizione internazionale, ferma nelle sue pregresse acquisizioni. Quel che più conta è altro.

Se è vero che i controlimiti – come la sent. n. 238 ha opportunamente chiarito – sono sempre i medesimi, non sono i medesimi gli effetti che la loro applicazione può produrre. Il caso più comune è quello dei rapporti concordatari e di quelli sovranazionali. Quando essi si scontrano con i controlimiti sono chiari i passi processuali e i loro effetti: esclusa dall'art. 134 Cost. la declaratoria d'incostituzionalità di una norma d'altro ordinamento, occorre dichiarare illegittima la norma interna che la immette nel nostro. Di conseguenza, si determina con ogni probabilità una violazione dell'assetto negoziale dei rapporti fra il nostro Stato e la Santa Sede ovvero gli altri Stati e spetterà alla giurisdizione competente (internazionale o sovranazionale) stabilire se essa sia o meno fonte di responsabilità. In ogni caso, lo Stato italiano potrà sempre denunciare il trattato nelle forme previste dal diritto internazionale, recedendo dagli impegni precedentemente assunti.

Le cose vanno diversamente quando i controlimiti si oppongono al diritto internazionale consuetudinario (per quello convenzionale, il problema in genere non si pone, perché i comuni trattati, come si sa, trovano il proprio limite in *tutte* le norme costituzionali). In questo caso, infatti, il recesso dagli impegni non è possibile, per la semplice ragione che lo Stato non può scegliere se far parte o meno della società internazionale, del-

²⁷ V., da ultimo, proprio in commento alla sent. n. 238 del 2014, P. De Sena, *The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law*, in *QIL*, II (2014), 22 sg.

²⁸ Mi sembra non dissimile il rilievo di A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 2.

²⁹ Lo auspica, ad es., R. Dickmann, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto (Nota a Corte cost., sent. n. 238 del 22 ottobre 2014)*, in *Federalismi.it*, n. 22/2014, 23, e non ne escludono il successo L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 3, e P. De Sena, *The judgment of the Italian Constitutional Court*, cit., 25 sg. Esattamente osserva A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014*, cit., 3, però, che l'efficacia dell'iniziativa italiana al fine della modificazione della norma internazionale generale è inficiata dall'evidente divergenza di posizione di giurisdizione, Governo e Parlamento. Il che mi sembra opporre un realistico dubbio all'affermazione che «il coraggio e/o la lungimiranza di singole Corti nazionali sono elementi fondamentali nel costruire le norme consuetudinarie internazionali, specie quelle sui diritti umani» (così A. Guazzarotti, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 2).

la comunità degli Stati. Potrebbe autoescludersi dall'Organizzazione delle Nazioni unite, ma sarebbe cosa diversa, perché i vincoli derivanti dal diritto internazionale generale resterebbero. La tutela della propria identità, dunque, non ha un vero strumento operativo per farsi valere. È per questo che la soluzione trovata dalla sent. n. 49 del 1979 sembrava accorta, nella misura in cui escludeva in radice il contrasto fra norme internazionali consuetudinarie anteriori e principi fondamentali della Costituzione. Semmai, non spiegava espressamente cosa si sarebbe dovuto fare nell'ipotesi di un contrasto con quelle successive. Implicitamente, però, faceva capire che lo si sarebbe dovuto risolvere sul piano dei rapporti di forza e dell'iniziativa politica: poiché anche la nostra Repubblica partecipa alla formazione del diritto consuetudinario, il problema era posto nei termini dell'egemonia e della capacità di indirizzo dei processi internazionali.

La via percorsa dalla sent. n. 238 del 2014 è opposta e disloca, una volta di più, sul terreno del rapporto fra giurisdizioni la questione che trentacinque anni fa si lasciò al libero dispiegarsi del confronto politico. E la nettezza del *dictum* della Corte renderà assai difficile la manovra dei giudici comuni, che non vedo come potranno sottrarsi – se richiesti – alla nuova commissione di quello che la CIG ha qualificato come illecito internazionale, disponendo il sequestro o l'iscrizione di ipoteca sui beni dello Stato responsabile di crimini contro l'umanità che siano aggredibili nel territorio nazionale. Il che, alla fine, potrebbe comportare di bel nuovo la nostra responsabilità internazionale, con la conseguenza che il vero pregiudizio patrimoniale si potrebbe determinare proprio in capo allo Stato che ha rivendicato la giurisdizione. Insomma: e se al di là delle apparenze valesse il principio *cuius regio eius et indemnitas*³⁰?

³⁰ Alla fine, dunque, osserva esattamente R. Kolb, *The relationship between the international and the municipal legal order*, cit., 14, sarà il contribuente italiano, non quello tedesco, a pagare (magari, anche perché, aggiunge, qualche etiope, greco o albanese potrebbe convenire in giudizio la Repubblica italiana per i crimini contro l'umanità commessi durante il fascismo).

Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione

di Federico Girelli

L'Autore, esaminate le possibilità che il Tribunale di Firenze e la Corte costituzionale avrebbero avuto di risolvere diversamente la controversia, propone una lettura originale della pronuncia interpretativa di rigetto della questione di legittimità costituzionale della norma consuetudinaria. Secondo l'Autore essa avrebbe il senso di una proposta di collaborazione rivolta ai giudici comuni nazionali, alle Corti internazionali e di altri Stati, rivolta a promuovere la ricerca di una diversa nozione di immunità dalla giurisdizione compatibile con gli elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale.

1. Una questione spinosa e le possibili vie di uscita

Le questioni sollevate dal Tribunale di Firenze, e decise dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 238/2014, hanno fatto sì che la Consulta prendesse posizione nell'ambito di una complessa vicenda dalle innumerevoli implicazioni.

Affaire veramente difficile da gestire, solo se si ponga mente al fatto che sulle decisioni che dovevano prendere il Tribunale di Firenze, prima, e la Corte costituzionale, poi, gravava un serio problema di ragion di stato; anzi, una ragion di stato grande come una casa, si potrebbe dire, o, se si vuole, grande (almeno) come la Repubblica federale di Germania.

Particolarmente spinosa, poi, si presentava quella parte del *petitum*, che postulava il sindacato su di una norma internazionale consuetudinaria. La portata di quest'ultima, peraltro, già era stata accertata dalla Corte internazionale di giustizia¹, che la Con-

sulta stessa afferma essere interprete particolarmente qualificato del diritto internazionale seppure non esclusivo, come, invece, ritenuto dal giudice *a quo*². Il Giudice delle leggi, in ogni modo, nel trattare la questione, ha comunque riconosciuto l'alveo applicativo dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione così come definito dalla CIG³.

Neppure può dirsi che non ci fossero vie per liberarsi della questione: sia alla Corte costituzionale, che comunque ha reputato di decidere nel merito, sia, e a maggior ragione, al Tribunale di Firenze, II sezione civile, che ha effettivamente sollevato la questione, gli strumenti per uscire da questo ginepraio di certo non mancavano.

La Corte costituzionale, in verità, se avesse voluto liberarsi del problema, avrebbe potuto ben scegliere fra diverse opzioni, nemmeno poi così peregrine:

a) poiché la Corte si pronuncia su norme, ma per tramite di disposizioni, avrebbe potuto rilevare l'assenza di un atto da cui trarre l'oggetto del sindaca-

¹ Corte internazionale di giustizia, 3 febbraio 2012, Germania c. Italia (con intervento della Grecia).

² Vedi *infra* nota 5.

³ Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, n. 3.1 del *considerato in diritto*: «deve riconoscersi che, sul piano del diritto internazionale, l'interpretazione da parte della CIG della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti ritenuti *iure imperii* è un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte».

to, la cui natura, in ogni modo, restava comunque incerta o la cui riconducibilità agli atti *ex art. 134 Cost.* risultava assai problematica;

- b) pur riconoscendo un qualche pregio alle argomentazioni del giudice *a quo*, avrebbe potuto affermare che l'eventuale accoglimento della questione avrebbe determinato una situazione di maggiore incostituzionalità rispetto a quella già propria del quadro normativo vigente, con conseguente esposizione della Repubblica ad una grave infrazione internazionale e violazione degli artt. 10, 11 e 117 della Cost.;
- c) avrebbe potuto affermare che non spetta al Giudice delle leggi effettuare "riforme di sistema", sull'assunto che il giudice *a quo*, in sostanza, avrebbe chiesto alla Corte di mutilare il diritto internazionale di una regola fondamentale che *ab immemorabili* governa i rapporti fra gli Stati sovrani; si sarebbe trattato quindi di effettuare scelte di un tale tasso di politicità, così discrezionali, che non possono che competere al legislatore o, comunque, agli organi di governo.

In casi del genere, poi, vale sempre la regola aurea per cui, a volerlo cercare, un impedimento di tipo processuale per non decidere nel merito si trova sempre.

La Corte, invece, nonostante tutto, entra nel merito della questione sottoposta.

Il Tribunale di Firenze, II sezione civile, dal canto suo, si trovava ad operare all'interno di un quadro normativo e giurisprudenziale che, tutto, spingeva perché declinasse la giurisdizione: la norma internazionale consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione; le due norme certamente interne e certamente promananti da fonti atto poi censurate dalla Corte costituzionale⁴; l'accertamento della regola internazionale consuetudinaria effettuato dalla Corte internazionale di giustizia, ritenuta, dallo stesso giudice *a quo*, interprete esclusivo del diritto internazionale⁵; l'avallo (*rectius* la presa d'atto) da parte della Corte di cassazione a sezioni unite della sentenza della CIG⁶.

Non solo; altri giudici del Tribunale di Firenze medesimo già avevano declinato la propria giurisdizione in casi simili: il Tribunale di Firenze, quindi, sul punto, e in questo senso, già si era pronunciato⁷.

Con tali decisioni di rito, del resto, è stata applicata la legge, in linea, peraltro, con l'autorevole giurisprudenza appena richiamata. Il giudice, infatti, com'è noto, è soggetto «soltanto» alla legge (art. 101 Cost.)⁸, ma alla legge sì; l'unica via che ha per sottrarsi a questo dovere incondizionato è sollevare la questione di legittimità costituzionale: via, appunto, intrapresa dalla II sezione civile del Tribunale di Firenze, le cui argomentazioni, va detto, hanno trovato sostanziale accoglimento da parte della Corte costituzionale, anche là dove la formula decisoria è quella del rigetto (non a caso) con rinvio alla motivazione.

2. Spirito di collaborazione

Nella sentenza emerge un particolare tentativo di ricerca di collaborazione ed il suo impianto motivazionale unitariamente sorregge tutti e tre i dispositivi.

Ci si soffermerà soprattutto sulla decisione interpretativa di rigetto, poiché ha ad oggetto la questione più complessa; le altre investono norme certamente interne e certamente poste da fonte atto, quindi qui, almeno sotto il profilo dell'oggetto del sindacato, particolari problemi non sembrano emergere.

La sentenza interpretativa di rigetto è la formula decisoria che maggiormente esprime la ricerca di collaborazione da parte del Giudice delle leggi nei confronti dei giudici comuni: ed è proprio questa la tecnica decisoria prescelta dalla Consulta per pronunciarsi sulla questione concernente la consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione.

Nel caso in esame la ricerca di collaborazione è stata rivolta non solo verso il Tribunale di Firenze, e verso gli altri giudici che saranno chiamati ad operare in questo nuovo quadro normativo, ma anche verso la

⁴ Art. 3, legge n. 5/2013 (su cui vedi *infra* § 5) e art. 1, legge n. 848/1957.

⁵ Trib. Firenze, II sez. civ., ordinanza 21 gennaio 2014: «al giudice italiano è sottratta la interpretazione della valenza imperativa e inderogabile delle norme di *jus cogens* di diritto internazionale, ambito nel quale la Corte internazionale di giustizia ha una competenza assoluta ed esclusiva». Invero le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate con «tre distinte ordinanze di identico tenore» (Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, n. 1 del *ritenuto in fatto*), mentre quella oggetto di una quarta ordinanza di analogo contenuto, iscritta al n. 143 del registro ordinanze 2014, è stata decisa dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 30 del 3 marzo 2015.

⁶ Cass. civ., sez. un., ordinanza 21 febbraio 2013, n. 4284.

⁷ Vedi Trib. Firenze, sentenze nn. 1080, 1081, 1086 3913 del 2012 e nn. 47 e 48 del 2013, richiamate dallo stesso giudice *a quo* nell'ordinanza di rinvio.

⁸ In proposito, di recente, vedi S. Bartole, *Il potere giudiziario*, Seconda edizione, Bologna, 2012, 19 e ss. (spec. 25-27).

Corte internazionale di giustizia, cui, in effetti, è stato offerto un primo tassello per un nuovo futuro accertamento dell'alveo applicativo dell'immunità degli Stati, al momento, è chiaro, di là da venire.

L'intero impianto argomentativo sembra condurre ad una decisione di accoglimento (così com'è stato, del resto, per le altre questioni oggetto della sentenza), invece *questa* questione, relativa appunto alla consuetudine internazionale, viene dichiarata «non fondata, nei sensi di cui in motivazione»: più avanti si vedranno le ragioni per cui, in concreto, la via dell'accoglimento nel caso di specie non era (nemmeno auspicabilmente) percorribile.

Sebbene siano state utilizzate espressioni come, ad esempio, «pistola [...] carica»⁹, non pare che la Corte costituzionale abbia inteso collocarsi in una posizione di radicale opposizione rispetto al contesto internazionale, ma che in realtà, ferma l'estrema complessità della questione, si sia almeno sforzata di tener fede alle sue funzioni istituzionali.

Tutta la motivazione è improntata a spirito di collaborazione: la Corte mostra di voler contribuire alla definizione di un patrimonio costituzionale comune europeo ed internazionale, proprio nel ribadire la forza - e certamente per il nostro ordinamento l'irrinunciabilità - di quei diritti inviolabili e principi supremi, che connotano le fondamenta del nostro sistema costituzionale e che già sono parte di quel patrimonio condiviso a livello europeo ed internazionale.

3. Sussistenza (non scontata) dell'oggetto del sindacato di costituzionalità

Tale spirito vuol farsi emergere anche dalla tecnica decisoria prescelta.

La Corte afferma che la norma sull'immunità nella sua portata assoluta, tale da coprire qualunque atto, «non è entrata nell'ordinamento italiano» per la parte in cui coprirebbe anche crimini atroci, quali sono, appunto, quelli oggetto del giudizio principale¹⁰.

A seguito di tale affermazione, legittimamente ci si poteva ben attendere una decisione di inammissibilità: se, infatti, la norma, su cui va esercitato il sindacato, «non è entrata», non c'è, non è presente nell'ordinamento, la questione di costituzionalità è inammissibile per mancanza dell'oggetto¹¹.

La Corte costituzionale, invece, decide la questione nel merito con una sentenza interpretativa di rigetto.

Una questione, s'è detto, spinosa sotto molteplici profili, non ultimo quello relativo alla scelta del tipo di decisione da adottare, specie se, come in questo caso, sono a disposizione molte chiavi per aprire le porte dell'inammissibilità.

Quando la Corte afferma che la norma non entra, in realtà, vuole (con forza) precisare che è esclusa dall'orizzonte ermeneutico dell'art. 10, comma 1, Cost. una norma che possa confliggere con i diritti inviolabili o i principi supremi.

Pur in astratto concepibile una norma di tale portata (ne ha disegnato i contorni la CIG ed il giudice *a quo* si è ritenuto vincolato a tale interpretazione), la Corte costituzionale, nella logica propria delle sentenze interpretative di rigetto, dà una lettura *diversa* da quella prospettata nell'ordinanza di rinvio.

Il sistema costituzionale non tollera che l'art. 10, comma 1, Cost. possa rappresentare la base testuale di norme in contrasto con valori fondanti del sistema medesimo; diversamente, si aprirebbe la via alla declaratoria d'incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 10, comma 1, Cost., non, quindi, di una comune disposizione di rango costituzionale, ma di una disposizione *della Costituzione*: ipotesi estrema, che, se ritenuta in concreto percorribile, porterebbe a pensare che la cura sia forse peggiore della malattia.

La Corte, appunto, ha voluto escludere in radice questa evenienza, volendo, però, decidere comunque *nel merito* la questione; di qui il ricorso alla interpretativa di rigetto, che, da un lato, rappresenta la tecnica decisoria più incisiva che si sarebbe mai potuta utilizzare in un caso del genere, e, dall'altro, rivela, in quanto decisione *di merito*, e non di rito, anche all'esterno, sul piano formale, il chiaro intento della Corte di occuparsi di questa complicata vicenda implicante profili capitali di tenuta del nostro assetto costituzionale.

È pur vero, come detto, che la motivazione adottata avrebbe plausibilmente potuto condurre ad un dispositivo di inammissibilità, ma tale formula decisoria avrebbe, come dire, indebolito le statuizioni della motivazione medesima, dando un non voluto tono pilatesco alla decisione: la Consulta, pur al prezzo di qualche forzatura, ha deciso (è il caso di dirlo) di impedire che solo potesse insorgere il dubbio circa una

⁹ Vedi P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in www.forumcostituzionale.it (2 novembre 2014).

¹⁰ Vedi Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, n. 3.5 del *considerato in diritto*.

¹¹ Sul punto A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in www.giurcost.it, 17.11.14, 2.

sua qualche presa di distanza dalla questione sottoposta.

Ed è proprio la formula decisoria adottata, che rivela la consapevolezza della Corte della sussistenza dell'oggetto del sindacato.

Fermo che la consuetudine in sé, a prescindere dalla sua natura, non può venir sindacata in quanto norma esterna all'ordinamento, il "funzionamento" dell'art. 10, comma 1, Cost. si potrebbe, in sintesi, intendere in due modi: o determina la «creazione indiretta» di una norma «nella sostanza» di contenuto corrispondente alla regola internazionale sull'immunità¹² oppure pone una norma sulla normazione che consente alle regole esterne di dispiegare efficacia all'interno dell'ordinamento.

Sia che si aderisca all'una o all'altra tesi, resta astrattamente possibile assoggettare a sindacato di costituzionalità una norma: o quella creata indirettamente, di contenuto sostanzialmente corrispondente alla consuetudine internazionale, o quella sulla normazione che consente alla consuetudine medesima di dispiegare efficacia all'interno del nostro ordinamento.

Bisognerebbe ora chiedersi di che tipo di norma si tratti.

Secondo la Corte costituzionale questa norma interna è di rango costituzionale¹³, secondo la teorica della «creazione indiretta del diritto» è una norma primaria, ma di una specie particolare perché si tratterebbe di norma interposta¹⁴.

L'ordinanza del giudice *a quo*, al riguardo, tradisce un'insistita preoccupazione nel sottolineare la primarietà della norma censurata; il Tribunale di Firenze, forse, temeva che, se ne avesse affermato il rango costituzionale, sarebbe sorto qualche problema sul piano dell'ammissibilità della questione sollevata.

In realtà, però, quando sono in gioco principi supremi e diritti inviolabili della persona umana, sin dalla sentenza n. 1146/1988 la Corte costituzionale ha

affermato la propria competenza a sindacare anche le norme di rango costituzionale.

L'appartenenza al livello costituzionale della norma, dunque, non poteva di per sé costituire un ostacolo al suo controllo, che poi, come si è visto, si è effettivamente esplicato in termini di intervento interpretativo chiarificatore.

4. Ricerca (necessitata) di collaborazione

È indubbio che le sentenze vadano interpretate e applicate secondo il cd. canone della totalità, per cui, per coglierne appieno la portata, non basta leggere il solo dispositivo, ma quest'ultimo va letto insieme alla motivazione¹⁵. Ciò non significa, però, che la formula decisoria perda poi ogni pregio.

Nella sostanza, è evidente, emerge a chiare lettere nel testo della sentenza, che nell'ottica della Corte costituzionale il giudice di Firenze (e non solo lui) sia munito di giurisdizione; anzi, il giudice ora *deve* dichiararsi munito di giurisdizione in vista della salvaguardia dei principi supremi e dei diritti inviolabili della persona umana.

Nondimeno, avendo pronunciato una sentenza interpretativa di rigetto, *stricto iure* la Corte non ha costretto il giudice di Firenze e gli altri giudici comuni a dichiararsi muniti di giurisdizione; lo avrebbe fatto se avesse esercitato l'«interpretazione decisoria», a lei riservata, se avesse cioè pronunciato la «cd. ultima parola»¹⁶, disponendo l'annullamento della norma interna contrastante con il parametro dato dai valori irrinunciabili; ipotesi, che, nel caso di specie, come detto, è stata esclusa in radice per ragioni sistemiche.

L'opzione per l'interpretativa di rigetto rivela, quindi, la scelta del limite invalicabile di efficacia imposto dalla Corte alla propria decisione, che, co-

¹² È questa la tesi della «creazione indiretta del diritto» di S. M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Seconda edizione, Torino, 2007, 35 e ss. (spec. 38 e ss.), fatta propria in modo esplicito dal giudice *a quo*: «Ad avviso del giudicante per invocare l'intervento della Corte costituzionale, a fronte di un diritto vivente consolidato, non rileva probabilmente la distinzione se il meccanismo di recepimento di cui all'art. 10 Costituzione determini la semplice efficacia nell'ordinamento italiano delle suddette norme internazionali ovvero dia luogo al sorgere di norme interne ad esse corrispondenti (dando vita secondo una dottrina condivisa dal giudicante ad un fenomeno di creazione indiretta del diritto)» (Trib. Firenze, II sez. civ., ordinanza 21 gennaio 2014).

¹³ Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, n. 3.1 del *considerato in diritto*: «la norma internazionale da immettere ed applicare nell'ordinamento interno, così come interpretata nell'ordinamento internazionale, [...] ha rango equivalente a quello costituzionale, in virtù del rinvio di cui all'art. 10, primo comma, Cost.».

¹⁴ Vedi S. M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 47.

¹⁵ Vedi E. Lamarque, *Relazione illustrativa della ricerca*, curata dall'Ufficio studi della Corte costituzionale, su *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in www.cortecostituzionale.it, 57.

¹⁶ Vedi F. Modugno, *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Il diritto fra interpretazione e storia*, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati, Tomo III, a cura di A. Cerri, P. Häberle, I.M. Jarvad, P. Ridola, D. Schefold, Roma, 2010, 355.

munque, *doveva* essere di merito, e la conseguente ricerca di collaborazione da parte dei giudici comuni nel dar seguito a quanto sancito in una sentenza per definizione non immediatamente vincolante per lo specifico profilo, è chiaro, attinente alla consuetudine internazionale.

Nel merito, poi, la Consulta fa affermazioni che, francamente, paiono dettate anche dal buon senso: uccidere civili inermi, mettere le persone in vagoni piombati, costringerle ai lavori forzati, torturarle, gettarle nelle fosse comuni sono «comportamenti che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo» e rispetto ai quali, quindi, non può essere invocata l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione nazionale¹⁷.

Con ciò non è stato certo cancellato l'equilibrio dei rapporti internazionali: gli atti di governo restano coperti dall'immunità; anche l'atto di governo il più odioso, quello che la Costituzione della Repubblica espressamente «ripudia», la guerra, rimane nell'alveo applicativo dell'immunità in parola.

La Corte costituzionale, ferma la via di collaborazione intrapresa, non ha assunto proditoriamente una posizione isolazionista rispetto al contesto internazionale o di sicura opposizione alla Germania; ha semmai affermato che nel nostro ordinamento, nel caso di crimini così odiosi, l'immunità dalla giurisdizione degli Stati non deve operare, poiché la sua applicazione indiscriminata determina la lesione di diritti inviolabili e principi supremi sanciti nella nostra Costituzione, degli «elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale»¹⁸.

Non si tratta, pertanto, di ostentare un'attenzione ai diritti umani in opposizione ad una asettica giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, che medesima attenzione non dimostrerebbe; il punto vero è che i limiti fissati all'applicazione (indiscriminata) della regola consuetudinaria internazionale sono gli stessi limiti che l'ordinamento giuridico ita-

liano ha dato a se stesso: alla nostra massima manifestazione di sovranità, ossia il potere di revisione costituzionale, non è consentito vulnerare i diritti inviolabili e i principi supremi.

Un impatto, che dall'esterno colpisse questa dimensione, sarebbe intollerabile per il sistema, in quanto la dimensione ascrivibile ai diritti inviolabili e ai principi supremi, rappresenta la condizione minima di esistenza dell'ordinamento costituzionale, così come lo conosciamo.

E la funzione istituzionale della Corte costituzionale consiste nel difendere *questa* Costituzione, non un'altra.

5. Salpare per Troia?

Quel che emerge nitidamente da questa intricata vicenda è una preoccupante debolezza, se non addirittura assenza, della politica¹⁹. Questioni dalle così articolate implicazioni non possono essere lasciate al solo apprezzamento della giurisdizione o di quella peculiare forma di giurisdizione che viene esercitata dalla Corte costituzionale.

Del resto, mettendo per un momento da parte la delicata questione relativa alla consuetudine internazionale, se si pensa al tenore testuale dell'art. 3 della legge n. 5/2013²⁰, dichiarato appunto incostituzionale dalla sentenza n. 238/2014, appare quanto mai difficile immaginare un esito diverso, una volta che una disposizione di tale fattura venga assoggettata allo scrutinio di costituzionalità.

Gli interessi in gioco erano tali e tanti da dover *in primis* trovare allocazione e composizione (avveduta) nel dominio della politica.

Tale vicenda, per la verità, ha riportato alla memoria di chi scrive il mito di Ifigenia in Aulide.

Ifigenia, com'è noto, era la figlia di Agamennone, il quale era pronto a sacrificarla perché tornasse a sof-

¹⁷ Vedi Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, n. 3.4 del *considerato in diritto*.

¹⁸ Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, n. 2.1 del *considerato in diritto*.

¹⁹ Anche la vicenda in esame, insomma, pare figlia di quel «lungo letargo progettuale», da cui la politica stenta a destarsi, vedi M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2012, 03/07/2012, 12.

²⁰ Art. 3, legge n. 5/2013, *Esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia*: « 1. Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle nazioni unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848, quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. // 2. Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'articolo 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato codice di procedura civile». P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, cit., reputa tale disposizione frutto di «inusuale zelo» del legislatore.

fiare il vento in modo che le navi dei greci potessero salpare alla volta di Troia.

Agamennone aveva organizzato un'impresa militare che il mito non aveva mai conosciuto né mai conoscerà; egli era ἄναξ, ossia signore e guida degli altri re greci: di norma riottosi a collaborare fra di loro, era riuscito a convincerli a seguirlo in quest'impresa grandiosa.

Sembra davvero ingenuo pensare che Agamennone avesse organizzato un'operazione di tali dimensioni (solo) per riscattare l'onore del fratello Menelao e della Grecia tutta, offeso per via del rapimento di Elena, oppure per inseguire l'idea romantica di liberare la donna più bella di tutti i tempi.

Il re di Micene, invero, aveva in mente un ambizioso piano politico-militare: voleva conquistare Troia, i suoi tesori ed aprirsi così la strada alle infinite ricchezze d'Oriente.

Intanto gli altri re Achei, bloccati in Aulide, perché lo stesso Agamennone aveva offeso la dea Artemide, premevano perché si potesse partire.

Era la ragion di stato, dunque, che spingeva Agamennone nella sua azione, fino al punto aberrante di decidere di far uccidere la figlia.

Eschilo precisa che Agamennone diede disposizioni perché, per essere sollevata sull'altare sacrificale, la povera Ifigenia venisse presa come «capra selvatica»: χυμαίρας, scrive Eschilo²¹.

Nella complessa e delicatissima vicenda, che oggi ci occupa, sembra allora che in buona sostanza sia accaduto questo: che, una volta chiamate a pronunciarsi, la II sezione civile del Tribunale di Firenze, prima, e la Corte Costituzionale, poi, non se la siano sentita di sacrificare come «capra selvatica» sull'altare della ragion di stato le colonne portanti della Costituzione della Repubblica.

²¹ ESCHILO, *Agamennone*, in Id., *Oresteia*, traduzione di M. Valgimigli, introduzione di V. Di Benedetto, premessa al testo e note di F. Ferrari, Milano, 1980 (ristampa 1988), 82-83.

Il conflitto fra Italia e Germania, tra Corte costituzionale, Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza

di *Luigi Marini* *

È probabilmente prematuro pensare all'esistenza di un contrasto fra lo Stato italiano e gli obblighi derivanti dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia del febbraio 2012. Tuttavia, qualora i principi fissati con la sentenza n. 238 del 2014 comportassero la condanna dello Stato tedesco, si porrebbe il problema dei rimedi che questo potrebbe attivare. Vengono così in luce l'art. 94, par.2, della Carta delle nazioni unite e l'intervento del Consiglio di sicurezza. L'analisi dei precedenti e le logiche che presiedono al dibattito in Consiglio sembrano sottolineare la centralità della via del rapporto diretto e delle transazioni fra gli Stati interessati dalla controversia.

1. Qualche considerazione preliminare

L'importanza della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale ha avuto un amplissimo riconoscimento ed è stata ed è oggetto di un numero molto elevato di commenti. Questi ne hanno esaminato gli aspetti di sistema, anche sul piano del rapporto fra le Corti; le ricadute sulla disciplina nazionale; gli sviluppi che potranno venire dai giudici di merito. I pregevoli interventi pubblicati nel presente volume danno ampio conto della pluralità dei temi sollevati dalla decisione e della pluralità degli approcci della dottrina.

Una volta accertato che la sentenza della Corte italiana presenta profili di contrasto con quella adottata il 3 febbraio 2012 dalla Corte internazionale di Giustizia (CIG), non è fuori luogo chiedersi cosa potrà accadere sul piano dei rapporti tra Stati e quali prospettive si aprono sul terreno delle risposte delle istituzioni sovranazionali. La domanda, per quanto dirò, può apparire prematura e forse lo è. Ma non considero inutile avviare una pur interlocutoria riflessione.

Premessa necessaria sono le disposizioni applicabili al caso, a partire dagli artt. 94 e 96 della Carta delle nazioni unite, capitolo XIV dedicato alla Corte:

«Art.94

1. Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party.
2. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment.

Art.96

Nothing in the present Charter shall prevent Members of the United Nations from entrusting the solution of their differences to other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future.

- a. The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.
- b. Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request

* L'Autore esprime in questo articolo opinioni esclusivamente personali.

advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities.»

Una lettura piana dei testi normativi lascia comprendere come la giurisdizione della CIG abbia chiare implicazioni politiche e come l'esecuzione della decisione della Corte, ove non realizzata più o meno spontaneamente dalle parti della causa, torni ad essere questione rimessa al Consiglio di sicurezza (Cs) ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 94.

Si pone, dunque, un primo problema, ed è quello di stabilire se e quando nel nostro caso si concretizzi una situazione di inadempimento o di contrasto rispetto alla decisione della CIG del 3 febbraio 2012. Un secondo problema è quale azione potrebbe intraprendere lo Stato che lamenta la mancata applicazione di quella decisione.

2. L'inadempimento

Dico subito che non sembra che la sentenza n. 238 della Corte costituzionale integri in sé un inadempimento azionabile da parte dello Stato tedesco.

In primo luogo va osservato che la decisione della CIG in ordine alla vigenza della norma internazionale consuetudinaria che fissa l'immunità degli Stati per atti d'imperio viene considerata dalla Corte italiana come una «interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte»¹. Dunque, al di là delle critiche che alcuni hanno rivolto alla motivazione resa dal giudice internazionale², la Corte costituzionale non pone in dubbio l'esistenza della norma consuetudinaria e affronta le sue ricadute nel diritto interno secondo una complessa motivazione che altri hanno ampiamente e convincentemente esaminato nelle pagine del presente volume.

In secondo luogo va osservato che la adozione di una sentenza interpretativa di rigetto sembra escludere che i giudici nazionali siano obbligati a dichiararsi muniti di giurisdizione. Una simile conseguenza sarebbe, invece, derivata da una pronuncia di illegittimità costituzionale della norma interna soggetta a

sindacato per violazione dei valori irrinunciabili del nostro sistema, e cioè di quegli «elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale» che la Consulta richiama³ per giungere a escludere che la norma internazionale sia entrata nell'ordinamento italiano nella sua forma più assoluta⁴.

Se queste premesse sono corrette, la sentenza interpretativa della Corte costituzionale fissa i principi che spetterà ai giudici di merito e, eventualmente, alla Corte di legittimità applicare al caso concreto⁵ al fine di dare alle norme interne un'applicazione costituzionalmente conforme. Con la conseguenza che al momento non si verifica alcuna forma di contrasto effettivo con la decisione della CIG e la sua operatività.

Vi è da chiedersi quando, in ipotesi, tale contrasto potrebbe verificarsi. Ora, se il tema che viene in rilievo a tale proposito è quello della esistenza, o meno, della giurisdizione in capo agli organi di giustizia italiani, un atto violatorio della sentenza della CIG potrebbe essere identificato nella pronuncia con la quale il giudice di merito dichiarasse l'esistenza della giurisdizione e proseguisse nell'attività processuale. Tuttavia, posto che le statuizioni sulla giurisdizione sono assoggettate al controllo anche del giudice di legittimità, pare doversi concludere che non la decisione del giudice di merito, che è soggetta a sindacato interno, ma soltanto una pronuncia definitiva sul punto creerebbe le condizioni per la reazione sul piano internazionale dello Stato interessato a far valere l'efficacia della pronuncia della CIG.

Né va dimenticato che la disposizione dell'art. 94, paragrafo 2, opera un riferimento agli Stati e non alle loro giurisdizioni nazionali. Il che pone l'ulteriore profilo di discussione circa l'identificazione di quello che potremo definire il «soggetto controparte» dello Stato estero in relazione al verificarsi dell'inadempimento della decisione della CIG che giustifichi il ricorso a possibili rimedi ulteriori.

3. La risposta all'inadempimento

Il nostro discorso intende prendere le mosse dal verificarsi di tre ipotesi.

¹ Sentenza n. 238 del 2014, par.3.1 delle considerazioni in diritto.

² Luca Baiada, *Il processo dell'Aia: Germania contro Italia*, in questa Rivista, 2012, n. 3, 185, tra l'altro pagg.3-6.

³ Sentenza citata, par.2.1 delle considerazioni in diritto.

⁴ Sentenza citata, par.3.5 delle considerazioni in diritto.

⁵ È interessante sul punto il commento di Girelli allorché, si veda il suo intervento nel presente volume, afferma che attraverso la sentenza interpretativa di rigetto la Consulta sembra ricercare la collaborazione sia del giudice nazionale sia, in una prospettiva di rimeditazione, della stessa CIG.

a) La prima è che con pronuncia definitiva gli organi giurisdizionali italiani giungano a ritenere esistente la giurisdizione verso lo Stato tedesco in quanto conven-gono con il paragrafo 3.4 della motivazione in diritto della sentenza n. 238/2014, secondo la quale i crimini contro l'umanità e comunque i crimini atroci non sono ricompresi nell'«esercizio tipico della potestà di gover-no» ed esulano dai casi in cui è invocabile l'immunità dello Stato straniero. Il tema è indubbiamente contro-verso in sede giurisdizionale, se ancora con sentenza del dicembre 2012 la Corte EDU lo ha definito tale; altrettanto può dirsi per la sede politica. Va su questo punto ricordato che, così come avviene per la pena di morte e la sua moratoria, anche per i crimini di genocidio e quelli contro l'umanità si assiste a un progressivo mutamento della sensibilità che i Paesi esprimono in sede ONU. Il ripetersi di vicende di genocidio e atrocità in alcune aree del mondo è all'origine di crescenti pre-se di posizione che invocano il superamento delle resi-stenze politiche alla tempestiva rilevazione dei segnali di tali crimini, alle conseguenti reazioni della comuni-tà internazionale, ivi compreso l'intervento della Corte penale internazionale secondo lo Statuto di Roma. Va, parimenti, ricordato che sembra trovare oggi maggiore appoggio la proposta, forse un po' demagogicamente avanzata dalla Francia, di eliminare l'esercizio del di-ritto di veto in presenza di crimini di quella natura e di quella gravità, che offendono lo stesso ordine interna-zionale. Una simile evoluzione dell'approccio politico al tema potrebbe non lasciare indifferente la stessa CIG e condurla a ripensare l'esistenza di limiti alla norma consuetudinaria che abbiamo più volte richiamato.

E, tuttavia, i passaggi motivazionali contenuti nella sentenza n. 238 del 2014 appaiono particolarmente significativi e, per quanto non vincolanti, costituiranno un elemento cardine delle prossime decisioni dei giudici italiani.

b) Facciamo, poi, l'ipotesi che in esito al giudizio venga affermata la responsabilità civile dello Stato tedesco, con conseguente condanna al risarcimento dei danni.

c) Facciamo, infine, l'ipotesi che lo Stato tedesco ritenga tale condanna in contrasto radicale con la decisione della CIG e intenda reagire alla violazione da parte dello Stato italiano degli obblighi derivanti da tale decisione.

Quid iuris ? La risposta è certamente difficile, ma non può che muoversi nel solco delle disposizioni di di-ritto internazionale con cui si sono aperte queste pagine.

Non mancano precedenti in cui il Cs è stato chia-mato a intervenire a fronte di asserite violazioni degli obblighi nascenti a carico di uno Stato a seguito di una decisione della CIG. Ma non sembrano preceden-ti utili per il nostro caso, anche se qualcosa possono dirci sul piano dell'effettività delle valutazioni che lo stesso Cs è chiamato ad esprimere da parte dello stato interessato.

4. Pochi essenziali riferimenti

Va rilevato in primo luogo che l'intervento del Cs risulta sempre sollecitato a fronte di situazioni di crisi e di asserite «minacce per la pace e la sicurezza in-ternazionali». Condizioni non certamente presenti nel contrasto che si creerebbe fra Italia e Germania in tema di risarcimenti per fatti risalenti ormai a mol-ti decenni fa. Tale contrasto chiamerebbe in causa, piuttosto, due profili diversi e rilevanti sul piano si-stematico: l'ambito di applicazione della norma con-suetudinaria ⁶ e il rispetto del ruolo e dell'autorevo-lezza della CIG.

Merita, poi, osservare che un pur sintetico esame dei precedenti⁷ mostra come il dibattito in Cs sia sta-to spesso introdotto al fine di ottenere una condanna politica dello Stato asseritamente irrispettoso della de-cisione della Corte, senza alcuna formale introduzione di una richiesta di misure *ex art. 94*, comma 2, citato.

Esemplificativo appare il noto caso del contrasto fra lo Stato del Nicaragua e gli Stati Uniti d'America, che nel periodo 1985-86 impegnò a lungo il Cs (per poi tornare in Consiglio ancora a distanza di anni). Convocati davanti alla Corte e non presentatisi in giudizio, gli Stati Uniti furono destinatari prima di una misura provvisoria e quindi, il 27 giugno 1986, di una decisione che qualificava come illegali le con-dotte di interferenza nella vita politica del Nica-ragua. Dopo una iniziale protesta del giugno 1986, il Nicaragua chiese in data 22 luglio la convocazione di una riunione apposita per valutare lo stato di applli-cazione della decisione della Corte⁸. Il lungo dibat-

⁶ Su questo punto i dibattiti avvenuti in Cs sembrano condurci all'affermazione che spetta alla CIG il potere di interpretare le disposizioni controverse, tanto che alla Corte possono essere devolute domande preventive (si pensi alla deliberazione con cui l'Assemblea generale richiese alla Corte un parere consultivo sulla dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo).

⁷ I precedenti sono reperibili sul sito del Consiglio di sicurezza e sono costituiti dai verbali riassuntivi delle discussioni e delle decisioni assunte nei rapporti tra il Cs stesso e gli altri organismi ONU, tra cui la CIG. A tali verbali si fa riferimento nelle presenti note.

⁸ Si veda il verbale riassuntivo degli anni 1985-88, pag.120 e ss. In apertura di discussione della prima seduta del 29 luglio 1986, il Presi-dente del Nicaragua dichiarò che «il Nicaragua non intende chiedere la condanna di alcuno, ma esclusivamente una dichiarazione di sup-porto in favore della Corte internazionale di giustizia e della legalità delle relazioni internazionali».

tito che seguì e che occupò numerose sessioni dopo quella del 29 luglio, vide i Paesi intervenuti tutt'altro che concordi sulle soluzioni (rimasero silenziosi quelli occidentali, se si eccettua una dichiarazione post-voto di Regno Unito e Francia a illustrazione delle ragioni della propria astensione). Premesso che Usa ed El Salvador contestavano la legittimità e fondatezza del giudizio⁹, gli interventi degli altri Stati si sono divisi fra proposte secondo cui il Cs avrebbe dovuto: a) chiedere formalmente agli Usa di rispettare la decisione della Corte; b) persuadere, nonostante il diritto di veto, gli Usa a operare in modo conciliante e costruttivo verso il Nicaragua; c) richiedere agli Usa un'adeguata compensazione dei danni umani e materiali causati all'altro Paese; d) imporre alle parti di riprendere un vero dialogo politico, unico mezzo efficace.

In esito al dibattito fu messa in votazione una generica ¹⁰ proposta di risoluzione depositata da Congo, Ghana, Madagascar, Trinidad e Tobago e Emirati Arabi Uniti, che ebbe 11 voti a favore, 1 voto contrario, 3 astensioni. Peraltro, come si legge nel rapporto, la risoluzione «non fu adottata a seguito del voto sfavorevole di un membro permanente del Consiglio di sicurezza».

Se in questo caso fu il diritto di veto esercitato dagli Usa a mettere nel nulla sul piano dell'effettività la protesta del Nicaragua e il lungo dibattito che ne era seguito, non sono mancati casi in cui il dibattito si è concluso con un semplice nulla di fatto, avendo il Cs chiuso la discussione senza alcuna deliberazione. Il riferimento è al conflitto fra Bosnia-Erzegovina e Serbia-Montenegro, in cui si discuteva del mancato rispetto delle decisioni provvisorie adottate dalla CIG prima l'8 aprile 1993 e poi 13 settembre 1993¹¹. Ma anche altre vicende hanno visto il Cs come luogo di

dibattito privo di dispositivo, basti pensare alle proteste presentate in Cs contro le condotte dello Stato di Israele successive alla decisione provvisoria assunta il 9 Luglio 2004 in relazione alla costruzione del muro fra Israele e Palestina.

Gli esempi potrebbero continuare, ma ci paiono sufficienti per evidenziare le fratture e le incoerenze esistenti all'interno del sistema di tutela. Da un lato, abbiamo gli Stati che, per profonda convinzione o come argomento funzionale alla propria tesi, difendono in Cs il ruolo insostituibile dei pareri e delle decisioni della CIG «nella soluzione pacifica delle dispute che precedono conflitti irrisolvibili e nelle situazioni post-conflitto», aggiungendo che il rafforzamento delle relazioni fra la Corte e il Cs è necessario alla tutela della pace e all'effettività dello Stato di diritto¹². Dall'altro lato, abbiamo Stati che non esitano a dichiarare le decisioni della Corte prive di basi solide, parziali e dunque non vincolanti. Infine, la natura tutta politica del dibattito in Cs e i rapporti esistenti tra i suoi contenuti e le posizioni e le alleanze sul tappeto lasciano aperta la probabilità che il Cs finisca per non assumere decisioni, rinviando al confronto politico e alle trattative fra le parti il compito di individuare le soluzioni e renderle effettive ¹³.

5. Una non conclusione

La complessa storia delle relazioni fra Germania e Italia con riguardo ai danni conseguenti alle condotte tedesche successive all'armistizio del 1943 non costituisce certo una minaccia per la pace e la sicurezza. E, tuttavia, il tema del rispetto e dell'applicazione della decisione adottata dalla CIG nel 2012 può, sul piano sistematico, chiamare in causa il ruolo

⁹ Entrambi i Paesi osservavano che le condotte addebitate agli Usa costituivano solo una piccola parte delle più complessive condotte integranti la grave «crisi centroamericana» e che il giudizio della CIG aveva ommesso di ricostruire il contesto e ignorato le condotte violatorie commesse dal Nicaragua in danno di El Salvador. Con la conseguenza che la Corte, caduta nella strumentalizzazione e mistificazione nicaraguense, aveva pronunciato un giudizio parziale, contraddittorio e immeritevole di applicazione a fronte dell'unica soluzione possibile: una trattativa politica fra tutti i Paesi interessati.

¹⁰ Richiamato l'obbligo generale di rispetto delle decisioni della CIG e preso atto della prosecuzione di attività degli Usa non rispettose della decisione del 27 Giugno 1986, il testo prevedeva l'urgente richiamo agli Usa a cessare dette attività e sollecitava il Segretario generale a monitorare il rispetto di tale obbligo e riferire al Cs.

¹¹ Si vedano i verbali degli anni 1993-95, pag.175. E si può rinviare anche all'interessamento del Cs ad opera delle medesime parti con riferimento, questa volta, ad accuse di genocidio e alla decisione provvisoria della CIG in data 26 febbraio 2007; vicenda complessissima che si è conclusa agli inizi del 2015 con la decisione di merito della CIG che ha salomonicamente escluso condotte di genocidio da parte di tutti gli attori del conflitto.

¹² Verbale degli anni 2010-11, pagine da 41 a 43.

¹³ Si pensi all'accordo trovato faticosamente molto dopo la sentenza CIG dell'11 settembre 1992 nel conflitto per la determinazione di confini fra Honduras ed El Salvador (verbali degli anni 2000-2003, pag.244), oppure al lunghissimo conflitto per la definizione dei confini protrattosi fra Nigeria e Cameroon, con l'intervento una commissione mista a sostegno di un possibile accordo (verbali relativi agli anni 2004-07, pag.255; anni 2008-09, pag.50 e ss.).

lo, l'autorevolezza e la ragion d'essere della Corte internazionale.

Ora, è chiaro che la sentenza interpretativa di rigetto adottata dalla Corte italiana non si pone in conflitto aperto e totale con quella dell'altro giudice. Riconosciuta la fondatezza delle premesse della sentenza della CIG, vengono infatti introdotti elementi di distinzione che aprono la via a un ulteriore sviluppo giurisprudenziale, che può rivelarsi innovativo rispetto alle sentenze puramente adesive a quella del giudice internazionale e presenta margini significativi

sul piano dell'interpretazione del sistema normativo complessivamente ricostruito.

Pare così che l'opzione principale in un caso come questo sia da rinvenire nel dialogo fra gli Stati e in un percorso politico di confronto che sappia farsi carico della complessità affrontata dalla Corte costituzionale e dello sviluppo culturale, giuridico e politico che caratterizza la tutela dei diritti della persona e delle persone rispetto a condotte della gravità di quelle che formano oggetto dell'esame del giudice fiorentino.

Introduzione

di Maria Giuliana Civinini

«Esistevano due procedure per riparare i torti, a quel tempo in Israele. La prima, il mishpat o giudizio, era una procedura a tre, analoga al processo che conosciamo: l'offeso che conduce l'offensore davanti ad un terzo imparziale, il giudice, affinché questi pronunci una condanna che valga a compensare il torto. L'immagine di questo tipo di giustizia è la bilancia, i cui piatti devono stare in equilibrio.

Questa procedura e questa giustizia valevano tra due nemici o, almeno, tra due estranei. Ma dove i contendenti fossero stati amici o fossero legati da un rapporto vitale (padre-figlio; marito-moglie, fratello-fratello, Dio e il popolo eletto...) era possibile lo scontro a due, il ryb, il litigio. Il ryb era uno scontro ma non mirava a distruggere l'avversario. Al contrario. Lo scopo era il componimento della controversia, la conclusione della contesa attraverso il riconoscimento del torto compiuto, il perdono e quindi la riconciliazione e la pace... L'immagine, invece che la bilancia da riequilibrare, potrebbe essere il nodo da riallacciare.»

G. Zagrebelsky, *Il "crucifige!" e la democrazia*, Torino, 1995, p. 25

Da molto tempo, almeno dalla seconda metà degli anni '90, *Questione Giustizia* guarda con attenzione e interesse a quella che Marco Bouchard definiva, in un bell'articolo del 1999 (cui ho rubato la citazione di apertura)¹, la «galassia delle tutele», cioè l'insieme di alternative alla giurisdizione ordinaria. Di tali alternative si era discusso, tra l'altro, proprio in quel 1999, in un lungimirante colloquio tenutosi a Parigi il 29-30 gennaio 1999 e organizzato da MEDEL, Magistrats Européen pour la Démocratie et la Liberté, dal titolo «*Per una nuova giustizia civile. La crisi di effettività della giustizia in Europa*». La conclusione del dibattito era che «d) i modelli alternativi di risoluzione delle controversie (in senso lato) possono svolgere un ruolo importante nel superamento della crisi della giustizia civile, a condizione che lo stesso non si giochi tutto sul terreno della deflazione dei carichi giudiziari ... ma punti sulla vera forza di quei modelli: l'essere una via pacifica, non autoritaria, coscientemente imboccata per la risoluzione condivisa dei conflitti, una via per garantire una soluzione che

non abbia il suo baricentro nell'affermare il torto o la ragione secondo la legge ma che punti al recupero di una comunicazione interrotta dal conflitto e alla ricostruzione dei rapporti, divenendo così oltre che mezzo per risolvere (o evitare) la lite (in senso atecnico) un potente strumento di pacificazione sociale ... f) la maggiore coscienza che si sta diffondendo nella società e tra i giuristi dell'importanza di una soluzione concordata dei conflitti pone alcune importanti questioni: f1) al giudice negli ordinamenti europei è solitamente demandato il compito di esperire un tentativo di conciliazione tra le parti; si affaccia oggi la domanda se il giudice debba espletare tale compito muovendosi all'interno dei confini tradizionali (aiuto alle parti nella ricerca di un'equa composizione degli interessi, controllo del rispetto dei limiti dell'ordine pubblico e del buon costume, riequilibrio dei rapporti di forza) oppure debba appropriarsi delle tecniche suggerite dalle scienze sociali attraverso un'apposita formazione; in altre parole ci si chiede oggi se il giudice possa svolgere il doppio ruolo di organo giurisdi-

¹ Bouchard, *La galassia delle tutele (ovvero la risoluzione dei conflitti dentro e fuori della giurisdizione)*, in questa Rivista, 1999, n. 4, ed. Franco Angeli.

zionale e di conciliatore o mediatore, assai differenti tra di loro presupponendo il primo la logica binaria del diritto e muovendo l'altro verso il superamento di tale logica, insufficiente a comprendere la complessità sociale e umana, per andare alla ricerca delle ragioni che stanno dietro al conflitto e alla scoperta dei reali interessi perseguiti dalle parti; come ha osservato Jean, il giudice "deve delegare o ha bisogno lui stesso degli elementi tecnici necessari? Conviene non mescolare, evitare il *juge prothée* o il giudice terapeutà"; f2) il favore verso istanze non giurisdizionali di soluzione dei conflitti, lo sviluppo di modelli alternativi apre nuovi campi professionali (negoziatori, conciliatori, mediatori ma anche consulenti, informatori, gestori di istanze d'ascolto) sui quali si accentrano gli interessi delle tradizionali professioni giuridiche, in primo luogo avvocati, ma anche di psicologi, sociologi, operatori sociali; ciò crea il rischio di operazioni lobbistiche di conquista di questo nuovo mercato e pone in ogni caso seri problemi di formazione e selezione dei conciliatori/mediatori/negoziatori nonché di regolamentazione delle attività relative»².

Le questioni erano dunque già tutte sul tappeto. Sulle stesse abbiamo continuato a interrogarci nel corso degli anni e, poiché in tempi recenti l'attivismo del legislatore in questo settore è stato rilevante, abbiamo voluto iniziare il 2015 dedicando al tema un approfondito obiettivo.

Già il titolo – la risoluzione amichevole dei conflitti – è una scelta di campo, per rivolgere lo sguardo verso metodi di pacificazione, costruzione e ripresa della comunicazione, rafforzamento e continuazione di rapporti per il futuro, rifiutando una logica vuotamente efficientista di vasi comunicanti tra giurisdizione e meccanismi alternativi.

All'obiettivo hanno contribuito teorici e pratici del diritto, professori, avvocati, magistrati, componendo, attraverso i diversi articoli, un quadro tendenzialmente completo degli strumenti a disposizione delle parti, dei punti di forza e delle criticità, delle prospettive. Tra le interessantissime esperienze che stanno maturando in tutta Italia, ne vengono presentate due, quella milanese di mediazione e conciliazione familiare dentro e fuori del processo e quella fiorentina di rinvio in mediazione. Un'attenzione particolare è riservata alle novità normative, dalla mediazione in appello al rinvio agli arbitri. Non manca lo

sguardo all'Europa e ad un'esperienza straniera particolarmente significativa, quella francese.

Quel che emerge è l'insostenibilità di un sistema di ADR, autonomo e avulso dalla giurisdizione, a questa completamente alternativo. I modelli che funzionano in modo più efficace sono quelli che vedono l'intervento del giudice, o come conciliatore o mediatore all'interno o in *limine litis* o come propulsore della mediazione, attraverso l'uso del *case management* per selezionare i casi da avviare alla via conciliativa e quelli da avviare alla via contenziosa ordinaria e attraverso un rinvio che tende ad esser configurato dalla giurisprudenza in modo sempre più cogente per renderlo effettivo. La combinazione dei modelli contenziosi e dei modelli conciliativi configura un nuovo sistema in cui la Corte presenta all'utente della giustizia un'offerta multipla secondo la tipologia della controversia e le esigenze che ne sono sottese. La fiducia nel giudice e nelle sue indicazioni nella trattazione delle controversie ne resta motore vitale.

Viene poi riconfermata l'essenzialità del ruolo degli avvocati, senza i quali la mediazione non può avere un futuro, e che oggi possono offrire ai clienti in prima persona soluzioni graduate e varie, dal diritto collaborativo alla negoziazione assistita, all'assistenza nel rinvio in mediazione o all'arbitrato.

Emerge infine il problema del patrocinio ai non abbienti e della tendenziale necessità della sua estensione a fasi pre-contenziose finalizzate alla conciliazione della lite o a procedimenti alternativi alla giurisdizione, quali la negoziazione assistita. Come ha osservato Jean-Paul Jean nella relazione conclusiva del citato colloquio parigino, «l'essenziale è che il cittadino abbia sempre una scelta (sostenuta dallo Stato per i non abbienti) di una soluzione alternativa al processo (ascolto, consiglio, negoziazione) o di una soluzione contenziosa, l'una non escludente l'altra. È necessario diffondere l'informazione giuridica (avvocati, altri giuristi, associazioni ...), proporre un ventaglio di soluzioni. Attualmente, il ricco può scegliere tra negoziazione, arbitrato e contenzioso. Il povero non poteva che andare davanti al giudice con il patrocinio statale; adesso in Francia può anche ottenere un sostegno giuridico per una trattativa, essere assistito da un avvocato prima di adire il giudice per un tentativo di transazione».

Questo nel nostro Paese è un terreno ancora tutto da esplorare.

² M.G. Civinini, *La crisi di effettività della giustizia civile in Europa (a margine del colloquio di Medel del 29-30 gennaio 1999)*, in questa Rivista, 1999, n. 2, ed. Franco Angeli.

Le alternative alla giustizia tradizionale: lo stato dell'arte e le prospettive

di Maria Angela Zumpano

Numerosi gli interventi recenti del legislatore in materia di risoluzione amichevole dei conflitti. L'Autore traccia un ampio quadro dei diversi strumenti messi oggi a disposizione delle parti litigiose per supportarle nella ricerca di una soluzione concordata del conflitto, esaminandone aspetti positivi e criticità e guardando ai possibili sviluppi futuri.

È ormai da diversi anni, specie dopo lo studio del 2002 conosciuto come Libro Verde¹, che anche in Europa la lettera A della sigla ADR non assume esclusivamente l'originario, diffuso significato di *alternative*, ma sta anche a esprimere il più dinamico (e forse ambizioso) significato di *appropriate*. Il legislatore italiano, benché più incalzato dal bisogno di abbattere le dimensioni del contenzioso che non ispirato da una vera e propria politica di ammodernamento del sistema giustizia, nel corso di questo decennio ha prodotto una serie di interventi grazie ai quali inizia a prendere piede l'idea che un buon numero di controversie, non dovendo per loro natura essere necessariamente risolte in via giurisdizionale², possano usufruire di altre vie, certamente alternative, ma soprattutto più idonee a tutelare i diritti che vi sono coinvolti.

Solo pochi lustri addietro un obiettivo del genere pareva confinato alle raccomandazioni di alcuni pionieri, mentre oggi, anche a motivo della spinta ricevuta dalle sedi comunitarie, il nostro Paese sem-

bra avere imboccato la strada del riconoscimento e potenziamento di ogni possibile alternativa, fino a porsi nell'ottica di una *multi-door courthouse* quale emerge dal più recente di quegli interventi, dove l'obiettivo di allontanare il contenzioso civile dalle aule di giustizia viene addirittura esposto nella intitolazione³. Chiaramente il successo dell'operazione dipende da molti fattori, sia strutturali che culturali: è forse presto per fare una prognosi, ma vale la pena di mettere in evidenza i punti di forza su cui possono contare le diverse soluzioni e di segnalare gli aspetti suscettibili di miglioramento, considerando il quadro esistente come una sorta di *work in progress* verso la realizzazione di un'offerta diversificata, entro la quale il bisogno di giustizia possa dirigersi verso il modello di tutela più adeguato al caso di specie.

Tra questi modelli, l'arbitrato presenta il vantaggio di avere una lunga tradizione e una disciplina abbastanza consolidata, frutto di progressivi perfezionamenti. Proprio in seguito alle riforme che si sono

¹ Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, presentato a Bruxelles il 19 aprile 2002 dalla commissione delle Comunità europee.

² Il discorso che stiamo facendo riguarda le controversie che non presentano limiti alla gestione in via alternativa, poiché in ogni caso questa gestione si fonda sul consenso degli interessati, espresso nell'ambito di una loro efficace autonomia negoziale. Occorre notare, peraltro, che la recentissima l. 10 novembre 2014 n. 162 ha aperto una breccia in un settore tradizionalmente sottratto alla gestione diretta degli interessati, come la separazione e il divorzio in presenza di figli minori o comunque non autosufficienti: v. S.U. De Simone, *La negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in *Questione Giustizia-online*, 2015, http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-negoziazione-assistita-nelle-cause-di-separazio_04-02-2015.php.

³ Facciamo riferimento al DL 12 settembre 2014 n. 132, «misure urgenti di degiurisdizionalizzazione per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», convertito con la su cit. l. n. 162/2014.

succedute con cadenza decennale, e ad alcune importanti pronunce della Consulta, può dirsi che l'assimilazione tra processo privato e processo giurisdizionale sia praticamente compiuta. Le differenze residue vanno quasi tutte a favore dello strumento alternativo, che resta assolutamente volontario e permette alle parti di modulare i tempi e le forme del procedimento in base alle proprie esigenze, con la garanzia di ottenere una decisione che ha effetto di sentenza. Né va dimenticata la possibilità di scegliere il giudicante o almeno di designare chi lo sceglierà.

Il vero limite dell'arbitrato sta nei costi elevati, costi in realtà contenibili ove ci si affidi a un'istituzione che amministra la procedura, sia pur riducendo i margini di personalizzazione della medesima, in quanto, come è esplicitato anche nel disposto dell'art. 832 cpc, rivolgendosi a un'istituzione arbitrale le parti si sottomettono a un regolamento preconstituito e possono derogarvi soltanto nei limiti in cui questo lo preveda o l'istituzione lo accetti⁴. Va comunque riconosciuto che i regolamenti arbitrali sono per la maggior parte espressione di un'elevata professionalità, offrono schemi procedurali completi, attenti alle variegate esigenze, e pertanto contribuiscono a favorire l'espansione progressiva dell'arbitrato amministrato, sia in ambiti settoriali che in generale.

Dal primo punto di vista, oltre alla più risalente esperienza delle camere arbitrali istituite presso le CCIAA sulla base della l. 29 dicembre 1993, n. 580, per le controversie tra imprese e tra imprese e consumatori, possiamo ricordare la camera arbitrale che opera presso la CONSOB in base al DLGS 8 ottobre 2007, n. 179, per le controversie tra risparmiatori o investitori non professionali e le banche o altri intermediari finanziari, la camera arbitrale per i contratti pubblici prevista dall'art. 242 del DLGS 12 aprile 2006, n. 163, e attualmente gestita dall'ANAC⁵, per le controversie in materia di contratti pubblici stipulati tra privati e PA relativamente a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee. Dal secondo punto di vista meritano una menzione le camere arbitrali istituite dai Consigli degli Ordini degli avvocati in applicazione

della l. 31 dicembre 2012, n. 247, di riforma dell'ordinamento professionale forense, alle quali è possibile rivolgersi senza limitazione di materia (ferma restando l'ovvia condizione della disponibilità del diritto). Con queste specialmente, l'avvocatura può cogliere l'occasione per valorizzare competenze finora espresse quasi soltanto a livello individuale, e per diffondere l'arbitrato come strumento di giustizia alternativa più rapido ed efficiente ma pure economico⁶.

Non si tratta peraltro di vere novità, così come solo apparentemente nuova può dirsi la recente modalità di arbitrato "in prosecuzione" verso cui si è diretta, con esclusiva finalità di smaltire l'arretrato, l'ultima delle citate riforme sul processo civile (v. nota 3). La possibilità di affidare ad arbitri controversie già in atto sussisteva anche in precedenza, la circostanza che sia pendente un giudizio non è certamente di ostacolo quando la volontà delle parti converge in tal senso. La peculiarità sta piuttosto nel fatto che in questo caso il processo, di primo grado o di appello, non si estingue ma, appunto, prosegue nella sede arbitrale; però le parti devono comunque redigere un compromesso⁷, le cui condizioni di validità rimangono regolate dalla disciplina comune e sono soggette a verifica da parte del giudice come in generale è previsto nell'art. 819-ter, cpc. Le altre peculiarità, sulla nomina degli arbitri, sulle preclusioni istruttorie e sulla durata del procedimento (artt. 2, 3 e 4, DL n. 132/2014), sono tutte dirette a restringere l'autonomia della parti, e non sembra proprio che alle parti derivino corrispondenti vantaggi in misura tale da indurle a prescegliere questa via. Gli incentivi economici, forse i soli a poter bilanciare l'irrigidimento di libertà che altrimenti connotano il processo privato, al momento sono modesti, consistendo in una deroga al vincolo di solidarietà tra le parti per i compensi arbitrali e nella possibilità, non ancora concretizzata sebbene il termine sia scaduto, che un decreto ministeriale intervenga a ridurre i parametri relativi ai compensi medesimi (art. 5, DL cit.). Inoltre, se a lite insorta la scelta dell'arbitrato è sicuramente più rara rispetto alla convenzione per liti eventuali e future, a maggior ragione è difficile che

⁴ Difatti, se da un lato il contrasto tra il regolamento camerale e le regole previste dalle parti viene risolto a favore di quest'ultime (art. 832, comma 2), dall'altro lato è possibile, come si desume dall'art. 832, comma 6, che l'istituzione rifiuti legittimamente la prestazione tutte le volte in cui la volontà pattizia sia incompatibile con la disciplina regolamentare inderogabile o con le funzioni della camera.

⁵ Con legge 11 agosto 2014, n. 114, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici presso cui era istituita la camera arbitrale è stata soppressa e le sue funzioni, con le risorse necessarie, sono state trasferite all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

⁶ Cfr. la lettera con cui il presidente e il segretario del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Milano, in data 20 maggio 2013, danno notizia agli iscritti dell'istituzione e dell'operatività della Camera arbitrale nazionale e internazionale: http://www.ordineavvocatimilano.it/upload/file/allegati_articoli/Lettera_Pres-Segretario_20-5-13.pdf.

⁷ Solo quando una delle parti è una Pubblica amministrazione non viene richiesto un consenso esplicito, ma è sufficiente che la PA non risponda alla proposta rivolta dalla controparte. Questo meccanismo di "silenzio-assenso" è però circoscritto alle controversie per pagamento di somme non superiori a 50.000 euro (art. 1, comma 1, DL n. 132/2014, cit.).

si realizzi un'istanza congiunta a processo in corso, anche perché spesso una delle parti ha interesse a procrastinare la decisione per continuare a sfuggire ai propri doveri. Pare dunque che questo arbitrato "in prosecuzione" sia destinato a restare lettera morta non solo per il carattere inevitabilmente episodico con cui lo si è concepito, ma per il modo stesso in cui è stato congegnato.

Un secondo modello, nuovo per il nostro ordinamento ma già conosciuto in Nord-America come "diritto collaborativo" e adottato da qualche anno anche in Francia, è rappresentato dalle negoziazioni svolte con l'ausilio di avvocati. Il d.l. n. 132/2014 ha introdotto la "negoziata assistita" al preciso – e dichiarato – scopo di disincentivare l'utilizzo del processo, inserendo anche questo istituto nel contesto di smaltimento dell'arretrato benché, a differenza dell'arbitrato, senza legarlo necessariamente a una causa pendente.

La disciplina prende in considerazione diverse ipotesi, la più interessante delle quali è forse quella che affida alla gestione negoziata anche la separazione e il divorzio. Facendo uso dell'assistenza legale, le parti possono infatti evitare di ricorrere al giudice quando tra loro vi è accordo sui presupposti e sulle condizioni di separazione o di scioglimento del matrimonio, così come possono modificare consensualmente le condizioni in precedenza fissate, ottenendo i medesimi effetti di provvedimenti giudiziali prima d'ora indispensabili (art. 6, DL cit.). Dunque il legislatore lascia che una porzione del contenzioso giurisdizionale venga "ceduta" all'autonomia negoziale e assegna alla classe forense quei compiti di salvaguardia che in precedenza riservava senza eccezioni alla giurisdizione, pur senza rinunciare del tutto alla supervisione di un organo pubblico⁸.

In realtà, quando i coniugi sono in accordo l'attività giudiziale è comunque ridotta al minimo, la novità

può semmai apprezzarsi perché elimina qualche passaggio puramente formale⁹ ma nell'ottica deflattiva i risultati sul carico degli uffici giudiziari saranno di poco conto. È vero che la previsione potrebbe valere da stimolo per gli avvocati a intensificare gli sforzi, che peraltro talvolta già praticano, per convincere i coniugi ad affrontare consensualmente e con spirito conciliativo la crisi matrimoniale. Sennonché, se agli accordi di questo tipo deve – come pare – applicarsi l'intera disciplina dettata per la negoziazione assistita, è probabile che la complessità delle prescrizioni induca gli interessati a optare per la via giudiziale, ove l'assetto congiuntamente raggiunto presenta minori incertezze. Infatti, l'attività di negoziazione in base alla legge citata risulta fortemente proceduralizzata, scandita fin dall'accordo preparatorio da forme sanzionate a pena di nullità e contenuti suscettibili di produrre nuove responsabilità, per cui il contenzioso rischia perfino di incrementarsi a dispetto dell'ottimistica prognosi legislativa¹⁰.

La criticità appena segnalata affligge con maggiore evidenza le ipotesi in cui la negoziazione abbia a oggetto diritti pienamente disponibili, mancando rispetto a queste anche l'attrattiva di fare a meno del giudice per realizzare certi effetti: ci si chiede, allora, se alle parti che siano disposte a trattare non convenga procedere fuori dai vincoli, con o senza assistenza legale (si rammenti che per le somme di denaro un titolo esecutivo si ottiene con la semplice autenticazione di una scrittura privata ex art. 474, comma 2, cpc). Resta il fatto che i litiganti molte volte non cercano spontaneamente una trattativa, e per tale motivo sono state previste anche ipotesi in cui è obbligatorio *ex lege* sperimentare la negoziazione assistita prima di agire in giudizio¹¹.

La tecnica normativa è la stessa già utilizzata per imporre la mediazione, con cui la negoziazione "obbligatoria" condivide evidentemente le finalità¹²: per

⁸ Occorre il nulla osta del Pm in assenza di figli, o l'autorizzazione del medesimo – con valutazione di merito – quando vi sono figli minori o maggiorenni non autonomi (art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014, nel testo modificato dalla legge di conversione).

⁹ È la logica che ha portato a dare rilievo pure agli accordi diretti tra coniugi senza figli, o con figli autonomi, dinanzi all'ufficiale di stato civile (art. 12, DL n. 132/2014, cit.).

¹⁰ Cfr. la *Relazione tecnica* ministeriale, che in conseguenza della negoziazione assistita stima una riduzione «di circa 60.000 cause per anno»: http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_2.wp?previousPage=mg_2_7_1.

¹¹ Art. 3, comma 1, DL n. 132/2014, cit. Si tratta delle pretese risarcitorie per danni dovuti alla circolazione di veicoli e natanti, e delle domande di pagamento di somme non eccedenti 50.000 euro, proposte a qualsiasi altro titolo, fuori dei casi previsti dall'art. 5, comma 1-bis, DLGS n. 28/2010. Altra eccezione espressa riguarda le obbligazioni derivanti da contratti di consumo.

¹² Tanto è vero che si è cercato di evitare sovrapposizioni per lo meno con la disciplina comune della mediazione civile e commerciale c.d. obbligatoria (v. nota precedente). Vengono invece fatti salvi dall'art. 3, comma 5, DL cit., cosicché concorrono con la negoziazione «i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque nominati» previsti da leggi speciali (si pensi ad es. all'art. 11, DLGS 1 settembre 2011, n. 150, in tema di controversie agrarie, all'art. 10, l. 18 giugno 1998, n. 192, per i contratti di sub-fornitura, all'art. 194-bis, l. 22 aprile 1941, n. 633, sui diritti d'autore). Qualche margine di incertezza sembra residuare relativamente all'azione risarcitoria per danno da circolazione, circa il mantenimento della condizione prevista dall'art. 145, DLGS n. 209/2005.

entrambi i procedimenti il mancato assolvimento dell'obbligo comporta una improcedibilità del giudizio eventualmente instaurato, con differimento dell'udienza per un periodo di tempo non superiore a tre mesi, entro i quali almeno una delle parti deve invitare l'altra alla procedura stragiudiziale; diversa è invece la soluzione adottata per sanzionare la parte inadempiente, che in caso di rifiuto o mancata adesione all'invito non rischia di trovarsi colpita sul piano del merito come invece prevede l'art. 8, comma 5, del DLGS n. 28/2010 per chi non partecipa alla mediazione, ma si espone comunque a conseguenze sul piano delle spese processuali e persino a vedersi attribuire una responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, cpc¹³.

Ancora una volta, come già per la mediazione, l'intento di sviluppare modelli alternativi punta maggiormente su ostacoli processuali in funzione di deterrente piuttosto che su incentivi volti a rendere conveniente la composizione amichevole. Nel caso della negoziazione assistita, oltretutto, manca quell'elemento vincente che è rappresentato dalla presenza di un terzo imparziale: anche se gli avvocati ce la mettessero tutta per convincere i propri assistiti dell'opportunità di un accordo, anche se paventassero (come in effetti non di rado fanno) gli inconvenienti e il rischio di incertezza insito nella procedura giudiziale, ciascuno di essi verrebbe pur sempre visto dall'altra parte come un antagonista, rappresentante degli interessi avversari. E non è semplice smentire una simile considerazione quando il legale che assiste in veste di negoziatore può essere o potrà essere la stessa persona che rappresenta in giudizio la controparte; né a mutare questo stato di cose possono bastare l'impegno a mantenere riservate le informazioni acquisite durante le trattative e l'impegno a non impugnare l'accordo eventualmente raggiunto, rilevanti solo come illecito deontologico (artt. 5, comma 4, e 9, comma 4-bis, DL cit.).

Insomma, se veramente si voleva andare «nel senso della valorizzazione della figura del professionista avvocato»¹⁴, si poteva evitare di imbrigliare la negoziazione assistita entro binari formali inutilmente complessi, pensati più nell'ottica di un successivo – ancorché scoraggiato – giudizio anziché avendo di mira la proficuità dell'operazione. Le competenze specialistiche dell'avvocato sono, in effetti, un valore prezioso del quale quasi nessun tipo di controversia può fare a meno, ma ciò non significa che l'attività in cui dette competenze si esplicano debba essere tutta

o principalmente di rilevanza giuridica, non significa che la presenza di questioni a carattere tecnico debba escludere o sovrastare altre dimensioni del conflitto che spesso incidono, in misura anche decisiva, sulla risoluzione. Non tutti gli appartenenti al ceto forense hanno dimestichezza con le pratiche di diritto collaborativo, perciò è indubbio che sul nuovo istituto della negoziazione assistita pesino anche carenze di formazione, e queste potrebbero essere recuperate, col tempo; ma affinché non si tratti di investimento a vuoto per chi se ne faccia carico, bisogna che anche il legislatore faccia la sua parte passando dalla visione sanzionatoria a quella promozionale.

L'opportunità di affidare la diffusione degli ADR agli incentivi, evitando o almeno ridimensionando le interferenze con il processo, era emersa significativamente a proposito della mediazione civile e commerciale, altro importante modello stragiudiziale a cui com'è noto il legislatore italiano è approdato sulla scorta della Direttiva comunitaria 2002/52/CE. Le critiche mosse a tale istituto investivano principalmente la previsione di obbligatorietà per numerose materie (art. 5, DLGS n. 28/2010), adottata con una certa leggerezza a fronte della delega legislativa che non la prevedeva, senza tenere conto della necessità di predisporre adeguati strumenti perché fosse condivisa da tutti gli operatori, *in primis* la classe forense. La previsione originaria, come tutti sanno, è caduta per opera della Corte costituzionale che ne ha riscontrato il contrasto con l'art. 76, Cost., dopodiché la medesima regola è stata ripristinata con *iter* normativo diverso. Può darsi che la prescrizione di obbligatorietà non sarebbe stata così negativamente accolta se non fosse stata inserita in un quadro caratterizzato da interferenze processuali in chiave sanzionatoria, alcune delle quali capaci di suscitare avversione ben al di là dell'effettiva applicazione nella pratica, come la disciplina dell'art. 13 in tema di spese.

Per quanto non sia l'ideale, trattandosi di strumenti che vivono del consenso, può succedere che in una fase iniziale ci si serva dell'obbligatorietà legale come espediente per far conoscere un nuovo modello e testarne le capacità di tutela; in questa direzione, confermare la mediazione come condizione temporanea di procedibilità, limitandola a un periodo monitorato di 4 anni, è stata una scelta di compromesso tutto sommato condivisibile.

Altrettanto condivisibile, addirittura migliore perché basata non su una valutazione legale astratta, bensì su una ponderata considerazione del caso con-

¹³ Art. 4, DL n. 132/2014, che oltre a quanto riportato nel testo prevede anche la possibilità di vedersi negare la provvisoria esecutività di un decreto ingiuntivo.

¹⁴ Sono parole della *Relazione tecnica* cit. alla nota 10.

creto, è la prescrizione di obbligatorietà che consegue all'indicazione del giudice (art. 5, comma 2, DLGS n. 28/2010, come modificato dalla l. 9 agosto 2013, n. 98). Diversi uffici hanno già fatto uso di questa facoltà, dando luogo a una specie di *Court annexed mediation* che dimostra attenzione verso l'interesse comune delle parti, attenzione che si rivela ancor più significativa in un contesto nel quale il giudice ha ora a disposizione anche lo strumento previsto dall'art. 185-bis, cpc, che gli consente di formulare direttamente alle parti una propria proposta di transazione o conciliazione; il provvedimento con cui viene disposta la mediazione amministrata dagli Organismi diviene, allora, espressione di un vaglio più approfondito delle posizioni contrapposte, che non si ferma a considerare le pretese formalmente avanzate dai contendenti ma intravede, al di là di queste pretese, esigenze o bisogni ulteriori e indirizza le parti verso la sede idonea a manifestarli e a ricomporli.

Emerge al riguardo tutta l'importanza della figura professionale del mediatore, terzo estraneo alla lite ma anche privo del potere di giudicare, esperto di comunicazione e libero di gestire il procedimento senza quelle formalità che potrebbero ostacolarne la riuscita. Si capisce, dunque, il motivo per il quale è emerso un orientamento giurisprudenziale che fa leva sulla necessità che la mediazione sia "effettiva", che cioè il tentativo venga concretamente svolto con la presenza personale delle parti e non si riduca alla mera formalità di comparire dinanzi al mediatore per dichiarare la mancata volontà di mediare senza neppure iniziare il procedimento¹⁵. Una condotta del genere evidentemente non permette di apprezzare le potenzialità dello strumento, e pertanto vanifica l'obiettivo sotteso all'obbligatorietà.

A frustrare ulteriormente l'intento legislativo si è aggiunta una complicazione dovuta alla previsione inserita nell'art. 17, DLGS n. 28/2010 dalla modifica del 2013, secondo cui il primo incontro di mediazione è gratuito quando il procedimento si conclude senza

un accordo. Il problema dei costi è cruciale, mentre il legislatore lo ha sottovalutato fin dall'inizio, trascurando anche le indicazioni provenienti dalla Direttiva europea sulla necessità di assicurare un corretto equilibrio tra mediazione e processo. La prima fase applicativa si è svolta in un clima di diffidenza anche perché lo Stato non si è fatto carico di curare la diffusione del metodo predisponendo sessioni informative per gli utenti, né di contribuire alla formazione dei mediatori e degli organismi. Con incentivi economici a dir poco ridicoli¹⁶, la mediazione è sembrata una trovata inutile e costosa, la cui imposizione si è presentata come un balzello ingiustificato prima di accedere a una giustizia comunque inefficiente. A questa situazione si è poi cercato di porre rimedio con il DM n. 145/2011, riducendo le indennità per i casi di mediazione obbligatoria e limitando il costo alle sole spese di avvio per il caso in cui nessuna altra parte abbia aderito all'invito della parte istante. La revisione legislativa del 2013 ha infine cercato di mitigare il disagio, derivante dalla reintrodotta obbligatorietà, con la menzionata gratuità del tentativo che termina al primo incontro. Sennonché in questo modo si è solamente incentivato la diserzione dalla procedura mortificando gli organismi, ai quali è stato recentemente negato pure il diritto di esigere le spese di avvio, in seguito alla discutibile interpretazione del TAR Lazio che ha ritenuto di estendere a tale voce la dizione "compenso" contenuta nel cit. art. 17¹⁷.

La mediazione rischia di fallire non già perché non capace di fornire risposte adeguate bensì per mancanza di mezzi. È assurdo che lo Stato pretenda di dirottare il bisogno di giustizia verso strutture alle quali non intende minimamente contribuire, e al contempo impedisca alle stesse strutture di andare avanti. C'è da chiedersi come esso possa affrontare, senza un cambio di rotta, l'imminente compito di dare attuazione alla Direttiva 2013/11/UE in materia di ADR per le liti tra professionisti e consumatori. Gli organismi che saranno deputati a risolvere tali controversie po-

¹⁵ Trib. Firenze, sez. II, ord. 19 marzo 2014 (est. Breggia); Trib. Bologna, ord. 5 giugno 2014 (est. Gianniti); Trib. Rimini, ord. 16 luglio 2014 (est. Bernardi); Trib. Palermo, sez. I, ord. 16 luglio 2014 (est. Ruvolo); Trib. Monza, sez. I, ord. 20 ottobre 2014 (est. Litta Modignani); Trib. Firenze, sez. II, ord. 26 novembre 2014 (est. Breggia); Trib. Siracusa, sez. II, ord. 17 gennaio 2015 (est. Muratore). Sulla necessità di comparizione personale, in particolare, Trib. Firenze, ord. 17 marzo 2014 (est. Scionti); Trib. Firenze, sez. III, ord. 18 marzo 2014 (est. Primavera); Trib. Cassino, ord. 16 dicembre 2014. I provvedimenti citati sono reperibili in <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it/p/giurisprudenza-banca-dati.html>.

¹⁶ L'art. 17, DLGS n. 28/2010 prevede un'esenzione dell'imposta di registro per gli accordi conclusi entro il limite di valore di 50.000 euro; l'art. 20 un credito di imposta per l'indennità versata all'organismo, subordinatamente alla disponibilità delle risorse nel Fondo unico giustizia.

¹⁷ A fronte della suddetta interpretazione, la sentenza TAR Lazio, sez. I, 23 gennaio 2015, n. 1351, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=U45XNQHZWJUFEWDASQFM454PRE&q=> ha annullato l'art. 16, commi 2 e 9, del DM 18 ottobre 2010, n. 180. In seguito a questa pronuncia il Ministero della giustizia ha reso pubblico sul proprio sito un comunicato con cui rende noto a tutti gli organismi di mediazione che «non è più possibile richiedere il pagamento di alcuna somma di denaro a titolo di spese di avvio – né a titolo di indennità – in sede di primo incontro».

trebbero essere i medesimi ai quali è attualmente affidata la mediazione civile e commerciale oppure nuovi organismi creati *ad hoc* (cfr. il Considerando 24), e potrebbero essere anch'essi chiamati a operare in regime di "obbligatorietà" se il legislatore nazionale scegliesse di dare corso alla previsione dell'art. 1, ultima parte, Dir. cit.; ora, dal momento che l'art. 8, lett. c) stabilisce che «la procedura è gratuita o disponibile a costi minimi per i consumatori», è immaginabile che si trovino ancora organismi disposti a garantire il servizio senza ricevere alcun tipo di rimborso da parte dello Stato?

I modelli alternativi funzionano e possono funzionare pure nel nostro Paese, ma occorre un impegno dei poteri pubblici a integrarli nel proprio sistema; chiunque non sia totalmente estraneo alla vita prati-

ca sa che passaggi di questa portata non si improvvisano. La diversificazione dell'offerta avrebbe bisogno di riflessioni ampie e di scelte più meditate, lussi che solo una politica lungimirante potrebbe permettersi, con investimenti mirati alla diffusione di una cultura, sociale e professionale, che ancora scarseggia. Difficile pensare che a breve le cose migliorino, posto che anche la formazione in materia di ADR, se non è ricavata tra le pieghe di corsi universitari a carattere sperimentale o comunque facoltativo, viene lasciata all'iniziativa dei privati ed è posta economicamente a carico dei medesimi. Bisognerebbe sciogliere questo nodo prima di escogitare ulteriori riforme con le quali si pretende di rendere competitivo il Paese, aspettandosi che a spendere siano soltanto fantomatici imprenditori stranieri.

La mediazione nella prospettiva europea

di *Marcello Marinari*

L'articolo muove dalla disciplina europea della mediazione per analizzarne lo stato di attuazione, il successo pratico a livello internazionale, le possibili linee di evoluzione e le prospettive culturali di una giustizia integrata tra livello giudiziario e strumenti alternativi di risoluzione delle controversie cui dovrebbe tendersi.

1. La mediazione in Europa nel quadro degli strumenti di accesso alla giustizia

Parlare delle prospettive della mediazione in Europa significa innanzitutto parlare del presente, e chiedersi, prima di ogni altra cosa, se esiste oggi una mediazione “europea”, con una sua specifica fisionomia, e non solo una legislazione dell’Unione europea sulla mediazione.

Significa chiedersi, in altri termini, quale nozione di mediazione sia oggi diffusa nei Paesi europei, anche in quelli che non fanno parte dell’Unione, e se una simile nozione, se pure esiste, presenti una sua originalità, rispetto al modello americano al quale si sono ispirate, ed in gran parte si ispirano ancora, le esperienze del nostro continente.

Ancora: significa chiedersi, da un lato, se questa “idea” della mediazione sia un concetto sufficientemente condiviso nei suoi caratteri fondamentali e nelle sue finalità, e se ed in che modo, dall’altro lato, questa idea abbia trovato una pratica realizzazione nella realtà dei Paesi europei, dopo 20 anni di discussioni e di elaborazioni.

Ma significa anche, necessariamente, parlare di rapporti tra la mediazione, e più in generale tra i metodi e meccanismi ADR, ed i sistemi giudiziari dei Paesi europei.

Intendo dire, insomma, che occorre rimanere saldamente ancorati al presente ed alla realtà, se vogliamo formulare ipotesi di sviluppo realistiche, e non solo affascinanti o suggestive.

Per questo, mi pare necessario partire dal qua-

dro tracciato dall’Unione europea con la direttiva 2008/52, e dai caratteri originari della mediazione “europea”, per cercare di verificarne il grado di sviluppo.

La direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 «*relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*» che l’Italia ha attuato in tempi rapidissimi, con la legge delega 69/2009 e con il DLGS 28/2010, ha rappresentato il punto di arrivo di un processo lungo e complesso, che ha preso l’avvio, come ricorda il punto 2 del “considerando”, dal Consiglio europeo di Tampere dell’ottobre 1999, sviluppandosi poi negli anni, nel quadro delle iniziative comunitarie in materia di accesso alla giustizia – settore nel quale deve quindi essere inquadrata la materia della mediazione, e più in generale dell’ADR, dal punto di vista della normativa comunitaria –, iniziative che si sono articolate in numerosi interventi della Commissione e del Parlamento, a partire dal 1998.

Credo che questo dato sia importante in sè, sul piano dell’inquadramento dell’istituto, e delle conseguenze che ne derivano, perché fin dall’inizio caratterizza la mediazione, sul piano del diritto positivo comunitario, come uno dei mezzi di attuazione del sistema di giustizia, e non come uno strumento di risoluzione contrapposto al sistema di giustizia, anche se distinto dai rimedi giurisdizionali.

Questo dato, invece, – seppure storicamente già presente, naturalmente nelle forme proprie di quei contesti storici, nella tradizione dei sistemi di giustizia europei dei secoli scorsi, e seppure sia stato richia-

mato, anche in riferimento al nostro ordinamento attuale, dalla più recente pubblicistica costituzionale in materia (Mirabelli) – è largamente trascurato, specie nella realtà italiana, dove la mediazione è stata a lungo, ed in parte è ancora, considerata come un rimedio di serie B, che trova una sua giustificazione, anche quando si riconosca (come peraltro molti negano), che ne abbia una, solo se ed in quanto la giustizia civile non funzioni adeguatamente, e solo se ed in quanto riesca a ridurre in modo significativo il numero delle nuove cause civili. Altrimenti, si intende, non ce ne sarebbe bisogno, ed anzi potrebbe costituire un ostacolo all'esercizio dei diritti o, peggio ancora, una forma di privatizzazione della giustizia, anche se non è chiaro cosa si intenda per privatizzazione, o quantomeno in che modo la mediazione introdurrebbe elementi di privatizzazione innovativi, riducendo lo spazio della giurisdizione, visto che la risoluzione della controversia non avviene con una decisione, ma con la conclusione di un contratto.

Di questa caratterizzazione, proprio la Direttiva europea fornisce invece immediatamente, all'articolo 1, una conferma molto significativa sul piano del diritto positivo, anch'essa largamente trascurata, individuando quale obbiettivo della mediazione quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la loro composizione amichevole, «*garantendo un'equilibrata relazione tra il numero delle mediazioni ed il procedimento giudiziario (balanced relationship between the number of mediations and trials)*», un obbiettivo che attribuisce quindi pari dignità allo strumento non giudiziario.

Si tratta di una previsione che non solo possiede uno specifico rilievo sul piano dell'inquadramento sistematico dell'ADR, ma che potrebbe giustificare, in futuro, anche la previsione (non necessariamente vincolante, per gli Stati membri, ma non per questo meno significativa) di standard minimi di realizzazione.

2. La Direttiva EU 2008/52 e il suo stato di attuazione

La Direttiva del 2008 rappresenta il punto di arrivo di un cammino tutt'altro che lineare, che ha incontrato molti ostacoli ed ha richiesto numerosi compromessi, come appare dalla semplice comparazione della Direttiva 2008/52 con il primo progetto in materia (La proposta 2004/0251 di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio), a partire dalla stessa determinazione dell'ambito di applicazione, che, significativamente, non era neppure limitato alle controversie transnazionali.

Il processo legislativo europeo, nella materia della mediazione, in effetti, registra fin dall'inizio un

contrasto di fondo, ma si potrebbe dire un conflitto, in qualche caso, che si è incentrato e si incentra ancora, nel panorama dell'Europa comunitaria (e non solo), sulle stesse caratteristiche, e sull'estensione, dell'intervento legislativo, contrapponendo i sostenitori di una concezione della mediazione intesa come una procedura strutturata in senso formale, e regolamentata in modo articolato e dettagliato, anche sul piano procedurale, sul modello di un procedimento giudiziario (come è avvenuto in particolare nel nostro Paese, ma anche, ad esempio, in Slovenia ed Austria) ai fautori di una visione della mediazione come procedimento aperto ed informale, la cui strutturazione, termine del resto usato, ma senza specificazioni, dalla stessa direttiva nella definizione della mediazione, non è di carattere "procedurale", ma funzionale, e come tale deve essere affidata caso per caso alle parti ed al mediatore.

Come chiarisce il secondo comma dell'articolo 1, la direttiva si applica alle controversie transfrontaliere, una limitazione che si collega all'articolo 67 del Trattato, in riferimento agli articoli 65 e 61, che richiama espressamente «*le misure della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere*».

Questa limitazione, tuttavia, non è stata di ostacolo, in quasi tutti i Paesi membri, all'estensione alle mediazioni interne della legislazione nazionale applicativa dei principi della direttiva (come la stessa auspica, al punto 8 del *considerando* che precede il testo, affermando che «*nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni*»).

Oggi, tutti i Paesi membri hanno una legislazione applicativa della direttiva, talvolta, come nel caso già citato dell'Italia, o dell'Austria e della Slovenia, molto dettagliata, ed in altri casi molto meno ampia, o addirittura limitata alla disciplina delle controversie transnazionali in senso stretto, come il Regno Unito (nel quale, peraltro, in particolare in Inghilterra, al di fuori delle previsioni sulla mediazione transnazionale, contenute nelle CPR, la disciplina della mediazione e dell'ADR è contenuta in testi formalmente privi del valore di legge, ma ai quali la giurisprudenza della stessa Court of Appeal fa riferimento, in particolare l'ADR Handbook del 2013).

Se passiamo, però, dall'inquadramento di carattere generale dell'iniziativa europea alle sue realizzazioni pratiche, dobbiamo chiederci quale sia oggi, dopo 6 anni dall'approvazione della Direttiva, lo stato della mediazione in Europa, in termini di diffusione, e di livello di accettazione da parte del ceto forense e dei sistemi giudiziari.

Rispondere a queste domande basandoci su elementi statistici oggettivi è praticamente impossibile, perché i dati sulla pratica della mediazione sono mol-

to limitati, e, quando disponibili, riferiti a singole materie o singole istituzioni dei vari Paesi, e non sempre univocamente apprezzabili, in termini di omogeneità, tanto che possiamo senz'altro affermare che solo in Italia, nel panorama europeo, e forse addirittura mondiale, è previsto dalla legge un sistema centralizzato di raccolta dei dati, affidato al Ministero della giustizia, potenzialmente in grado di fornire una fotografia completa del fenomeno, almeno per quanto riguarda la mediazione accreditata, così come prevista nel nostro ordinamento.

Non è un caso, del resto, che sia così difficile non solo avere a disposizione dati di una qualche rilevanza sulla mediazione, ed anzi che una simile raccolta di dati non sia neppure prevista, in molti Paesi, così che una ricerca in materia che voglia cogliere aspetti generali del fenomeno, deve essere necessariamente affidata alla tecnica del sondaggio. Del resto, le stesse considerazioni si possono fare per gli Stati Uniti, a partire dalla più nota ricerca americana degli anni '90, quella realizzata dalla Rand Corporation (che si esprime peraltro in modo scettico sui risultati fino ad allora raggiunti dalla *mediation*).

La mediazione infatti privilegia la riservatezza, anche a prescindere dalle previsioni di legge, e si può ritenere certo che, in qualunque contesto nazionale, esista da molti anni, non pubblicizzata né documentata, accanto a quella più antica dell'arbitrato, anche una pratica diffusa della mediazione, o di altri strumenti di ADR, come il Mini Trial o l'Early Neutral Evaluation, che riguarda controversie di elevato ammontare economico, una pratica che non è particolarmente influenzata dalle vicende dello sviluppo del movimento della mediazione, e della mediazione civile e commerciale per così dire di massa.

Un altro elemento da tenere presente, poi, per una corretta lettura dei dati, è rappresentato dal fatto che, in molti Paesi, quando ci si riferisce al movimento della mediazione ed alla sua diffusione, ci si riferisce anche alla mediazione familiare, che invece, nella realtà italiana, ha avuto uno sviluppo in parte indipendente da quella civile, e tende ad essere sempre considerata a parte, nell'ambito delle stime sulla diffusione quantitativa dell'istituto, come avviene, almeno in parte, anche per le controversie di lavoro.

3. Un risultato importante: una cultura comune della mediazione

Ho parlato volutamente di movimento (the ADR Movement, secondo la definizione tradizionale) per indicare un primo traguardo, fortemente positivo, a mio giudizio, già raggiunto a seguito della diffusione della mediazione, vale a dire quello della realizzazione di una cultura comune della mediazione.

Quelli della mediazione e più in generale dell'ADR, sono ormai, infatti, temi sui quali si può discutere in qualsiasi parte di Europa con la certezza di venire compresi, ed anzi si può dire che i problemi fondamentali oggetto di discussione siano sempre gli stessi, anche nei diversi contesti nazionali, dall'alternativa obbligatorietà-facoltatività a quella della mediazione precedente alla causa-mediazione ordinata dal giudice, dal tema dell'assistenza difensiva a quello dei requisiti della formazione dei mediatori, e così via.

La mediazione, insomma, parla ormai un linguaggio comune, che utilizza generalmente l'inglese, ed in particolare la terminologia USA, un linguaggio, pertanto, nel quale le parole hanno lo stesso significato per tutti, senza bisogno di traduzione, almeno nella maggior parte dei casi, e permette a chiunque di capire e farsi capire, quando parla con interlocutori che operano nell'ambiente della mediazione. È questo un risultato di grande rilievo, che meriterebbe di essere analizzato anche sul piano della sociologia del diritto.

Nella materia dell'ADR, ed in particolare della mediazione, ci troviamo insomma in presenza di nozioni "comuni", che non richiedono pertanto una comparazione, e che possono dare vita, se già non lo hanno fatto, ad un diritto "comune" della mediazione, almeno in relazione ad alcuni elementi fondamentali, anche se, naturalmente, le singole realtà nazionali possiedono la propria individualità, ed anche se il panorama della mediazione (ma in modo trasversale, nell'ambito di tutti i Paesi), come è giusto che sia, presenta una vasta articolazione di scuole di pensiero, più o meno orientate all'approccio umanistico, o psicologico, o invece a quello giuridico, talvolta in modo più ideologico, altre volte in modo più concreto e pragmatico.

Non è certamente un successo da poco, anche se spesso si tende a darlo per scontato, se facciamo il paragone con le difficoltà che si incontrano, sul piano terminologico, nella comparazione in altri settori del diritto.

4. La pratica della mediazione. Tentativi di analisi quantitativa

Ma, se da questo piano, quello culturale, appunto, passiamo a quello della pratica della mediazione, dobbiamo prendere atto di una diffusione ancora limitata, sul piano quantitativo, almeno a quanto è possibile ricavare dai dati disponibili in base alle poche ricerche di carattere generale esistenti, come già accennato.

La più recente (2014), realizzata su impulso del Parlamento Europeo (Directorate General for internal policies) denominata «*Rebooting Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementa-*

tion and proposing measures to increase the number of Mediations in the EU», condotta attraverso un'ampia consultazione di esperti ed operatori dei singoli Stati membri nel campo della mediazione, rivela fin dal suo titolo, l'approccio realistico al problema, e la finalità non solo ricognitiva, per lo scopo esplicito di incrementare la pratica della mediazione in Europa, ritenuta evidentemente deficitaria.

Una simile riflessione è certamente indispensabile, non solo e non tanto per verificare la validità della mediazione come strumento di risoluzione delle controversie, che non mi sembra corretto misurare dal successo quantitativo, ma soprattutto per capire meglio come se ne possa favorire una diffusione che venga incontro alle necessità dei cittadini europei, tenendo conto dell'esperienza concreta.

Il primo e più significativo risultato che emerge dalla ricerca – che, per quanto, come già detto, non abbia il carattere dell'oggettività statistica sul piano numerico, per eccesso o per difetto, appare certamente attendibile nella sostanza delle dimensioni e delle proporzioni del fenomeno – è proprio quello che riguarda il numero delle mediazioni, o, più esattamente, delle istanze di mediazione.

A prescindere da quelle commerciali o finanziarie di valore molto elevato che, come ho già osservato, rimangono spesso nell'ombra, si può affermare che solo in Italia si sia raggiunto (e si tratta, in questo caso, di un dato confermato dalle rilevazioni ministeriali) il livello di centinaia di migliaia annue (vicino a 200.000) nel periodo di massima diffusione seguito all'entrata in vigore, nel 2011, delle norme sul tentativo obbligatorio.

I Paesi che seguono immediatamente in questa rilevazione, Germania, Olanda e UK, infatti, non superano la fascia compresa tra 10.000 e 20.000 (quella che in Italia si era raggiunta, stando alle statistiche pubblicate dall'Unioncamere e dall'ISDACI nei suoi rapporti annuali, nel periodo immediatamente precedente l'entrata in vigore delle norme sul tentativo obbligatorio di mediazione).

Si scende poi alla fascia compresa tra 5.000 e 10.000 per Ungheria e Polonia, mentre Francia, Belgio e Slovenia non vanno oltre quella 2.000-5.000.

Tutti gli altri Paesi conoscono uno sviluppo della mediazione ancora minore, compreso nella fascia tra 500 e 2.000 per quanto riguarda Austria, Danimarca, Irlanda, Romania, Slovacchia e Spagna, e addirittura al di sotto di 500 nei rimanenti Paesi dell'Unione, che ne rappresentano il 46%, vale a dire Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Grecia, Lituania, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo e Svezia.

Naturalmente, nella comparazione, e nell'interpretazione dei dati, si devono sempre tenere presenti le dimensioni della popolazione e le diverse situazioni

nazionali, sul piano economico e su quello del funzionamento del sistema giudiziario, un'analisi, questa, molto importante e sofisticata, che non è possibile sviluppare in questo intervento e che sarebbe invece fondamentale, per meglio identificare i fattori che influiscono maggiormente, in senso positivo o negativo, sullo sviluppo della mediazione.

Ma già il dato numerico appare importante, almeno nel suo significato complessivo.

Si può ragionevolmente affermare, in sostanza, che, almeno fino ad oggi, senza l'introduzione di meccanismi di obbligatorietà, il numero delle istanze di mediazione non è cresciuto in modo significativo, anche se non può essere sottovalutato il livello quantitativo comunque raggiunto in paesi come Slovenia, Danimarca, Slovacchia e come la stessa Olanda, in relazione alle dimensioni delle rispettive popolazioni e del loro contenzioso giudiziario, pur essendo Paesi che non hanno introdotto meccanismi di obbligatorietà.

Anche il livello di *Balanced Relationship* è da ritenere molto basso, e tutt'altro che soddisfacente, attestandosi la percentuale delle mediazioni, secondo le stime della stessa ricerca, attorno all'1% del contenzioso giudiziario.

Naturalmente occorrerebbe approfondire il significato ed il peso stesso della previsione di un tentativo obbligatorio di mediazione o di una partecipazione obbligatoria ad una sessione informativa nelle diverse realtà nazionali, anche in relazione al costo delle controversie giudiziarie ed alle conseguenze in termini di spesa, così come esaminare in che modo, come si ipotizza nella ricerca citata, l'introduzione di meccanismi di obbligatorietà comporti un aumento non solo delle mediazioni "obbligatorie", ma anche di quelle volontarie, come effetto di trascinamento.

Penso tuttavia, che, sulla base di questi dati, sarebbe sbagliato, come è invece già avvenuto più volte anche a proposito dello sviluppo della mediazione in Italia, parlare senza mezzi termini ed in modo ultimativo di fallimento della mediazione.

Prima di tutto, anche stando al solo dato numerico, non si può dimenticare che in molte realtà nazionali la mediazione era totalmente sconosciuta fino a pochi anni fa, e che la stessa ampiezza di diffusione geografica raggiunta si può ritenere già in sé un successo non indifferente, mentre il raggiungimento di elevati livelli di utilizzazione, anche nella più favorevole delle ipotesi, richiederà certamente tempi medio-lunghi.

In realtà, come si può constatare proprio dai giudizi critici, invariabilmente pessimistici (e definitivi, malgrado il poco tempo trascorso) appena ricordati, si tratta di giudizi che si fondano su un presupposto molto discutibile, e cioè che la mediazione "funziona" se riduce sensibilmente, ed immediatamente, il numero delle nuove cause civili, senza neppure riflettere

sulle implicazioni da trarre da un eventuale rapido e consistente calo delle nuove controversie giudiziarie, anche qualora una simile ipotesi si verificasse, e di un accentuato favore per la mediazione, potendo tali sviluppi essere l'effetto della rinuncia a far valere i propri diritti in giudizio per il costo troppo elevato del processo, un risultato che, a mio giudizio, sarebbe tutt'altro che positivo, malgrado l'apparenza, e che del resto potrebbe verificarsi in futuro anche a prescindere dal "successo" della mediazione, secondo una tendenza che comincia a manifestarsi anche nel nostro Paese, specie in un periodo di crisi economica.

Da questo punto di vista, sarebbe interessante studiare a fondo l'esempio che vede forse il maggior successo mondiale della mediazione, almeno rispetto all'obiettivo della riduzione del numero delle cause, quello dell'Argentina, che in 15 anni ha raggiunto una percentuale molto alta di successo della mediazione in relazione al numero delle cause iscritte, e che vede adesso l'adesione convinta della classe forense.

Ma analoghe realtà sono diffuse ormai in Perù, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Honduras, Venezuela, mentre in Uruguay è la stessa Costituzione a prevedere l'obbligo del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità, anche se generalmente svolto dal giudice.

5. Prospettive future in un contesto di complessiva qualità della giustizia

A mio giudizio, invece, il successo della mediazione, in Italia ed in Europa, si deve misurare non solo in termini di diffusione quantitativa, in sé considerata, ma soprattutto in termini di riconoscimento della sua piena cittadinanza nell'ambito della risoluzione delle controversie, e della sua scelta oculata ed equilibrata, in base all'esistenza di adeguati presupposti, una scelta che dovrebbe essere effettuata anche in un contesto di buon funzionamento del sistema giudiziario. Questo, a mio giudizio, sarebbe il vero successo della mediazione.

Certamente, un adeguato livello di utilizzazione della mediazione, e di altri strumenti di definizione delle controversie, decisori, come l'arbitrato, e non decisori, come la mediazione, è da ritenere un obiettivo strategico, nel medio-lungo periodo, e corrisponde del resto ad una tendenza che, seppure oggi appena percettibile, in alcuni sistemi (ma molto più diffusa negli Stati Uniti, in Inghilterra ed in area Commonwealth) è probabilmente destinata ad espandersi notevolmente.

Da questo punto di vista l'introduzione di meccanismi di obbligatorietà, come avvenuto in Italia, può avere indubbiamente una notevole efficacia nel promuovere l'uso della mediazione, e, prima di

tutto, nel farla conoscere ai cittadini ed agli stessi avvocati, come dimostra la nostra esperienza, considerando anche la previsione di assistenza legale obbligatoria (che ha un equivalente solo nell'ordinamento greco).

La ricerca qui citata evidenzia, peraltro, lo scarso favore per l'obbligatorietà nell'opinione degli esperti e degli operatori degli altri Paesi europei consultati (in nessuno dei quali esiste un equivalente della disciplina italiana), prevalendo invece largamente la preferenza per quella che viene denominata come *mitigated mandatory mediation*, una obbligatorietà attenuata, per così dire, nella quale si richiama alle parti solo di comparire dinanzi ad un mediatore per esaminare la possibilità di iniziare una vera e propria mediazione, come nel modello italiano attuale, che prevede il "primo incontro", benché, come è noto, una parte della giurisprudenza ritenga improprio distinguere una prima fase di "studio" per così dire, da quella dell'inizio di un vero e proprio tentativo di mediazione, e neghi che la nostra previsione di legge possa essere così interpretata.

Credo che proprio questa sia la prospettiva più realistica e più "virtuosa" della mediazione europea, una prospettiva strettamente connessa a quella dello sviluppo di sistemi integrati di risoluzione delle controversie, e che, necessariamente, per questo motivo, richiede ai giudici di svolgere un ruolo decisivo.

Osservando ciò che avviene negli altri Paesi, infatti, si può constatare che, al di là delle differenze esistenti in molti campi, ed in relazione a singoli aspetti della disciplina, come nel caso dei requisiti di formazione dei mediatori e del loro accreditamento, il tema che riveste un'importanza cruciale è infatti costituito dal riferimento al ruolo centrale del *referral* giudiziario, vincolante o meno che sia per le parti.

Si tratta di un dato tanto più significativo in quanto prescinde dalla stessa distinzione tra sistemi di *civil law* e di *common law*, come dimostra l'esperienza dell'Inghilterra, dove, sia pure dopo un serrato dibattito, si sono sviluppate, in alcune Corti, competenti per materie e ritenute particolarmente adatte allo scopo (come la Tcc, l'Employment Tribunal e le Family Courts) esperienze di *mandatory consideration to mediation*.

La funzione del *referral* giudiziario non sembra peraltro da ritenere collegata solo alla sua pure importante efficacia legittimante data dall'intervento del giudice, in relazione ad uno strumento altrimenti poco conosciuto dal cittadino e poco valutato da gran parte dell'avvocatura, in termini di affidabilità ed utilità, ma è destinata ad avere un'efficacia significativa sullo stesso successo della mediazione, che, anche partendo dal punto di vista puramente quantitativo, deve essere misurato dal numero degli accordi raggiunti in relazione alle mediazioni realmente iniziate

e non dal numero delle istanze, a prescindere quindi dalle mediazioni realmente svoltesi.

L'ordine del giudice, basato su una valutazione concreta del singolo caso, e quindi su una selezione in concreto, appare destinato ad ottenere risultati migliori, rispetto ad una forma di obbligatorietà generalizzata, ed in ogni caso ad essere accettato più facilmente, come uno sviluppo fisiologico dello stesso procedimento giudiziario, e non come un'alternativa in senso stretto.

Ma questa connotazione integrativa della mediazione potrebbe condurre, come qualche esperienza europea e non solo europea lascia ipotizzare, anche ad uno sviluppo ulteriore, nel senso di una integrazione interna allo stesso procedimento, ai fini della

decisione, che potrà combinare una valutazione consultiva del Giudice, come nella "proposta" prevista dall'articolo 185-*bis* del nostro cpc, o nell'*assessment* praticato dal giudice inglese in alcune Corti, con l'invio delle parti in mediazione, o potrà anche combinare la decisione con sentenza su alcune questioni con la risoluzione in ADR, con la mediazione o l'arbitrato, su altre.

Sono scenari tutt'altro che fantascientifici ed in parte già in corso di sviluppo, e non riguardano solo la mediazione, ma, più in generale, una nuova modulazione della risposta giudiziaria al contenzioso, una tendenza che si fonda su esigenze oggettive, e che, seppure destinata a manifestarsi in modo differenziato nei vari Paesi, non potrà comunque essere ignorata.

Cambiamenti e nuove possibilità per la professione forense

di *Maria Pia Lessi*

L'articolo trasporta il lettore in un viaggio appassionato attraverso 35 anni di evoluzione culturale, politica, sociale del ruolo dell'avvocato. Non più solo si richiede oggi all'avvocato di essere un eccellente tecnico del diritto, collaboratore primo del giudice nell'attuazione della giustizia. L'avvocato deve essere sensibile interprete delle trasformazioni, attore nella risoluzione delle crisi, supportato da buone prassi ormai sperimentate (dalla mediazione familiare al diritto collaborativo) e sospinto dalle modifiche normative e dalle numerose sfide lanciate alla professione forense, realizzando non una «“esternalizzazione” o “privatizzazione” della giustizia, ma l'apertura a strumenti che si affiancano alla giurisdizione per consentire maggiore e migliore soddisfazione alla stessa sete di giustizia, che continuiamo a considerare degna di ascolto e risposta».

Premessa

Iscritta all'albo degli avvocati dal 1980, dopo la laurea in giurisprudenza (nel 1978 a Pisa), ho attraversato in modo paradigmatico le trasformazioni del ruolo professionale per le normative che sono state emanate, ma soprattutto per i cambiamenti sociali e culturali di questi 35 anni.

1. Il ruolo tradizionale

Il ruolo tradizionale dell'avvocato fino agli anni '80 presentava un professionista (uso il maschile non come “neutro” ma perché l'accesso delle donne alla professione è avvenuto in modo massiccio e progres-

sivo successivamente)¹ con una preparazione esclusivamente giuridica (26 esami su aree diverse del diritto), un attore individualista sulla scena della giustizia che si intrometteva tra le parti interessate, in genere sprovviste di informazioni giuridiche, e i giudici al fine di chiarire la situazione e far scaturire dal contrasto dei fatti e delle idee la verità che poi doveva essere consacrata nelle sentenze sulla base delle norme generali e astratte della giustizia cieca.

Doti fondamentali: “una cultura generale e specifica, attitudine alla logica e all'oratoria, probità e correttezza”, eccellente solista ma poco propenso a confondere la propria voce all'interno dell'orchestra.²

Ci siamo formati su testi di diritto costituzionale che individuavano nella difesa tecnica un diritto della persona costituzionalmente garantito (art. 2, 24

¹ L'ingresso delle donne in magistratura risale, come noto al 1963 (L. 66/63), con accessi modesti nel primo periodo (4-5% a concorso per aumentare progressivamente negli anni '70 e '80 fino all'impennata del 58% nel 2009 (nel 2013 il 46% dei magistrati sono donne) (confr. Scheda tematica: Donne e magistratura in Italia. Time for equality Dossier: la magistratura sotto la lente di genere). Nel 1981 le donne iscritte all'albo degli avvocati superavano appena il 6%, dopo un decennio si arrivava al 20%, per arrivare al 40% nel 2005 e superare oggi (58%) i colleghi nelle fasce d'età infra 29 e 56,2% nella fascia d'età 30–34 anni (confr. Intervento avvocato Sabina Giunta www.csm.it/PariOpportunita/pages/giunta.html).

² Cfr. voce Avvocatura, in Enciclopedia Italiana www.treccani.it di C. A. Cobianchi, V. Arangio Ruiz, P. Biondi e C. Marcucci, Pratica collaborativa: possibili consensi e prevedibili resistenze nella realtà italiana www.diritto-collaborativo.it.

Cost) e che proponevano il sistema della difesa giurisdizionale dei diritti come unico mezzo di attuazione dei valori costituzionali di uguaglianza sostanziale e libertà, di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, diritto alla salute, diritto al lavoro, alla retribuzione sufficiente a una vita libera e dignitosa.

Il processo civile ci è stato prospettato come il luogo dove dirimere le controversie al di fuori dei rapporti di forza (economica e sociale), dove un terzo soggetto, indipendente e competente, applicava normative conformi ai valori costituzionali e il giusto processo consentiva a chi avesse ragione di ottenere quello di cui aveva diritto ai sensi degli art. 24 e seguenti della Costituzione.

L'avvocato seguiva un unico copione, quello "avversariale": emblematico, nel film "Schegge di paura" del 1996, il motto dell'affascinante avvocato Martin Vain: "In Tribunale non è importante aver ragione o torto: l'importante è vincere".

Con la sentenza infatti il giudice distribuisce ragioni e torti, celebra il vincitore e sanziona il soccombente.

La persona prospetta il problema all'avvocato e questi si occupa di difenderne in giudizio le sorti, con pieno affidamento alle sue conoscenze tecniche, per cui è l'avvocato che porta dinanzi al giudice e difende "a spada tratta" le convinzioni e i diritti del cliente "contro" l'altra parte (ricordo che i timbri delle copie per controparte, ormai desuete con il processo telematico, portavano scritto copia per l'avversario").

Scarso è il potere decisionale dei clienti, per la mancanza delle informazioni giuridiche, massima la delega al professionista che a sua volta delega a un terzo soggetto indipendente la decisione delle questioni sulla base di norme generali e astratte.

Gustavo Zagrebelsky in quegli anni scriveva agli studenti delle scuole superiori: «Tutti i cittadini hanno il diritto di adire un giudice per far valere i propri diritti (art. 24 Cost.); questo diritto alla giustizia è una conseguenza dell'uguaglianza di fronte alla legge. La giustizia non dovrebbe essere arma a disposizione dei ricchi contro i poveri, come per tanto tempo è stata, ma un servizio offerto dallo Stato, in condizioni di parità, a tutti. Da questo punto di vista si comprende l'importanza che assumono anche le regole del processo. Queste devono essere le più semplici possibili.

Tutte le volte in cui esistono complicazioni, infatti, coloro che sono meno avveduti culturalmente e non hanno la possibilità di farsi assistere da un buon avvocato sono svantaggiati di fronte a coloro che invece hanno questa possibilità»³.

Il diritto positivo e quindi le norme in quel momento in vigore erano l'unico parametro di riferimento per la soluzione della questione e grande era l'entusiasmo e la convinzione di cooperare all'attuazione della giustizia.

2. Crisi del modello unico avversariale. Tempi, costi, parzialità di norme e risposte

L'entusiasmo e la convinzione dei valori costituzionali, che tuttora restano intatte, peraltro subivano negli anni l'impatto con la quotidianità del contenzioso giudiziario, in cui l'affermazione della teoria generale del processo di «rendere giustizia ai cittadini in tempi accettabili» si rivelava difficoltosa per la lunghezza e i costi sempre maggiori⁴ dei processi, nonostante la generosità e l'impegno di tanti soggetti che vi operano, il continuo mutamento delle norme anche di diritto sostanziale, con un progressivo allontanamento dai valori costituzionali della uguaglianza e libertà che la Repubblica si impegna a promuovere rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto li limitano (art. 3 Costituzione).

Si è poi assistito dagli anni '80 alla progressiva erosione dei diritti, per limitarci alla materia, particolarmente sensibile del diritto del lavoro, con le norme introduttive dei contratti di formazione e lavoro del 1984, il protocollo d'intesa del 14.02.84 sul contenuto del costo del lavoro, la L. 368 del 06.09.2001 sui contratti a termine, la L. 30/2003 e il successivo DLgs 276/2003 sui contratti di lavoro "atipici", la L. 183/2010 cd. "collegato lavoro" con limiti all'impugnazione dei licenziamenti, l'art. 8 del DL 138/11 con la possibilità per la contrattazione decentrata di derogare alle disposizioni di legge, la L. 14/12 che crea soggetti (cd. Esodati) privi di lavoro e pensione, la L. 92/12 cd. "Legge Fornero" che limita le tutele in uscita, la L. 183/14 (cd. *Job acts*) e i decreti attuativi del dicembre 2014 con i contratti a tutele crescenti⁵.

³ Confr. *Questa Repubblica*, Le Monnier.

⁴ Confr. Guido Alpa, La durata del processo di I e II grado dal 2005 al 2014 è aumentata di circa 2 anni, i costi di accesso sono lievitati del 55,62% in primo grado, del 119,15% in appello e del 182,67% in cassazione <http://tv.ilfattoquotidiano.it/2014/01/23/giustizia-alpa-tempi-dei-processi-aumentati-di-2-anni-e-costi-alle-stelle/262244/>.

⁵ Confr. Antonella Faucci, *Abbecedario del diritto sul lavoro. Dalla Costituzione, indietro e in avanti in Come un paesaggio*, Iacobelli Editore 2013.

Ma il *vulnus* più feroce a un'impostazione giuridica democratica è stato inferto dalla L. costituzionale n. 1/2012 che ha inserito il pareggio di bilancio come vincolo, consegnando i diritti sociali a una gestione contabile.

Accanto a questa insoddisfazione della struttura del sistema giudiziario, cresceva però la consapevolezza della inadeguatezza del modello avversariale a risolvere con soddisfazione delle parti le loro controversie specie nei settori, come quello della famiglia, ma anche delle società commerciali del diritto fallimentare in cui la demolizione dell'avversario non soddisfa l'interesse della parte, che all'altro soggetto è legato da rapporti destinati a protrarsi nel tempo.

In tema più strettamente processuale le modifiche al codice di procedura civile dal 1940 ad oggi sono state oltre 30, concentrate negli anni successivi al 1995.

Purtroppo si è trattato di una normativa "alluvionale", senza una visione sistemica in cui le regole processuali venivano inserite con leggi destinate ad altri scopi, provvedimenti d'urgenza volti a arginare la crisi finanziaria, con mutamenti delle regole del gioco durante lo svolgimento delle cause e un pericoloso aumento di sensazioni di difficoltà interpretativa per gli operatori, giudici e avvocati e di confusione e inaffidabilità per le parti⁶.

In particolare, in materia di famiglia, una forte "scossa", questa volta in senso evolutivo, al ruolo tradizionale del "divorzista" è giunto dalla riforma della materia di famiglia con la L. 54/2006 in punto di "bigenitorialità" che richiede alla coppia in crisi di mantenere e rafforzare la responsabilità genitoriale nei confronti dei figli e dalla successiva L. 219/2013 che ha sostituito la responsabilità alla potestà genitoriale.

Se infatti prima del 1975 le separazioni si focalizzavano sul necessario addebito e la "colpa" era il primo interesse in giudizio, progressivamente il mutamento culturale e sociale che ha reso più frequenti le separazioni, le normative già richiamate sulla "bigenitorialità" (L. 54/2006) e la responsabilità genitoriale (DL 54/2013 e L. 219/2013) impongono ai legali di favorire il mantenimento di relazioni tra i genitori che tali continuino ad essere indipendentemente e nonostante dalla loro crisi di coppia.

Sono richieste quindi oggi all'avvocato di famiglia competenze ulteriori e diverse, di capacità di ascolto dei bisogni del proprio cliente e della controparte di comprendere le ragioni del conflitto, di sostenerli, di convincere la persona che vive la crisi della coppia

a comportarsi ragionevolmente, di fornire le informazioni sulla base della competenza tecnica e della esperienza in un procedimento "sicuro" per i minori coinvolti.

Ulteriore necessità di interpretare in modo diverso il ruolo dell'avvocato è imposta dalla normativa relativa all'ascolto del minore, ridisegnata dal DLGS 154/2013 con l'art. 366bis cc che impone di sostenere il\la cliente in una fase molto delicata e dolorosa, di vedere i propri figli in tribunale, senza venir meno alle regole di rispetto dei minori (peraltro accuratamente previste in vari protocolli) e di doveri di lealtà.

L'avvocato "tradizionale", individualista e battagliero, competente solo tecnicamente come giurista, non ha strumenti sufficienti per sostenere queste sfide che coinvolgono aspetti relazionali ben diversi dalla conoscenza delle norme.

3. ... il pensiero giuridico democratico ...

Agli inizi degli anni '90 un testo per me fondamentale fu "La grammatica della giustizia" di Elisabeth Wolgast⁷ con cui la studiosa americana sottopone a severa critica i principi dell'ordinamento nordamericano fondati sul contratto sociale e i diritti individuali.

Afferma Wolgast che il modello di atomismo sociale pone al centro un individuo umano e razionale autonomo, privo di legami, in realtà inesistente perché si escludono parti di realtà; i rapporti in cui sono presenti disparità di posizioni e legami richiedono infatti categorie diverse da quelle contrattuali e investono campi diversi e nuovi come "responsabilità" e "cura".

Elisabeth Wolgast parla di "diritti imperfetti" nei casi in cui la disparità strutturale tra i soggetti rende inefficace lo strumento giuridico\giudiziario.

Si pensi ai bambini (non a caso il legislatore nel 2014 ha sostituito la potestà genitoriale con la responsabilità), agli ammalati nei confronti del personale sanitario, soggetti inseriti in relazioni complesse dove sono in gioco la fiducia e l'aiuto, non solo ragione o torto o spartizione di potere.

Il paradigma della "cura" del resto era stato richiamato da Carol Gilligan nel testo "In a different voice" che individua e nomina accanto al linguaggio dei diritti (generali, astratti, da gestire con indipendenza, la nota "giustizia cieca") quello delle relazioni concrete, situate in contesti reali.

⁶ Confr. G. Costantino, *Riflessioni sulla Giustizia (in) civile* (1995-2010), Torino 2011.

⁷ Elisabeth H. Wolgast, *The Grammar of Justice*, Cornell University 1987 pubblicato in Italia nel 1994 da Editori Riuniti.

Sulla stessa linea Stefano Rodotà⁸ in “La vita e le regole” afferma che: “La nozione di cura, proiettata ormai ben al di là dell’area della malattia, si trasforma dunque in uno strumento per definire la posizione sociale di un soggetto, le sue relazioni con gli altri e con le istituzioni. Non riguarda più soltanto il corpo, ma la persona nella sua integralità. Non è riferibile soltanto a singole categorie di soggetti o a situazioni particolari, ma a tutti e a ciascuno. Si libera dalle insidie del paternalismo, e individua piuttosto responsabilità sociali. Non dipende da un esercizio di discrezionalità.

Il paradigma consente quindi a parere di molte e molti un arricchimento e una maggiore efficacia dell’azione giuridica nell’esercizio della giustizia, tant’è che in campo penalistico ha ispirato il cd. *restorative justice* che si propone di riconciliare anziché di punire e si domanda quale sia la modalità più idonea per riparare il male cagionato, al di là del risarcimento del danno, in azioni positive che tendono a una graduale responsabilizzazione del reo⁹.

In questa linea fu per me fondamentale in quegli anni la lettura del testo “Non credere di avere diritti”, della Libreria delle Donne di Milano, della frase di Simon Weil: «Non offuscare o deformare la giustizia, ma non credere che ci si possa legittimamente aspettare che le cose avvengano in maniera conforme alla giustizia; tanto più che noi stessi siamo ben lungi dall’essere giusti. Vi è un cattivo modo di credere di avere dei diritti, e un cattivo modo di credere di non averne»¹⁰.

Il diritto, si sosteneva, non è sufficiente, per agire la libertà. Occorrono il confronto con l’altro, il suo riconoscimento; perché ogni individuo, donna o uomo, deve essere consapevole dei limiti del diritto. Una rifondazione del diritto e della giustizia nel senso della realtà parte dal considerare che ciascuna, ciascuno di noi è in necessaria relazione con altri: relazioni affettive, relazioni di cura, relazioni politiche, relazioni dispari. Le relazioni portano dipendenza, portano conflitti, ma sono necessarie all’essere umano.

La giustizia si realizza nell’ascolto, nella ridefinizione del problema, nel percorso con la persona interessata protagonista e responsabile del suo bisogno/desiderio/diritto.

La pratica dei Centri antiviolenza e le esperienze delle professioniste che sostengono le donne abusate ci insegna che il primo obiettivo è non appiattare nessuna nel ruolo della vittima che riduce la persona alla

violenza subita, chiude il futuro nella “verità processuale” del passato, consegna a carte e a terzi estranei la profondità di ciò che è accaduto.

La incommensurabilmente necessaria dimensione giudiziaria si affianca quindi a percorsi relazionali e di consapevolezza che consentono di elaborare la sofferenza e attraversare esperienze dolorosissime.

Con altri toni Gustavo Zagrebelsky nel “Il Diritto mite”¹¹ riprende il frammento di Archiloco per richiamare l’opportunità di operare come la volpe che «sa molte cose» piuttosto che il riccio «che ne sa una sola, grande» e spiegava che «l’astuzia che occorre è gravata di tanti compiti, di tante responsabilità ...», per cui «ragionevole è il diritto quando si presta a essere sottomesso a quell’esigenza di comparazione e apertura», con un’apertura potente all’integrazione delle competenze.

4. ... buone pratiche ...

4a) La difesa civica

Altra esperienza fondamentale per una conoscenza e pratica della giustizia non contenziosa è stata per molti legali la Difesa civica.

Molti legali hanno conosciuto la cultura della mediazione rivestendo il ruolo di difensore civico comunale fino al 23.12.2009 quando il difensore civico comunale è stato soppresso dalla L. 23.12.2009 n. 191.

Scrivevo nella relazione della Difesa civica livornese del 2000: «Si sta cercando di superare l’idea di “diritti” per cui si protesta, si accusa, si denuncia l’assenza di autorità competenti e si invocano soluzioni drastiche, per provare a favorire lo scambio di saperi e esperienze tra le/gli abitanti e l’amministrazione, attingendo all’innovativa risorsa dei rapporti vissuti nella concretezza, con desiderio e consapevolezza. L’impegno costante riguarda la tessitura dei rapporti, la presa di parola su quanto ci accade intorno a partire dallo spazio più vicino per creare momenti e prospettive di libertà e giustizia. Perché scommettere su un livello più alto di rapporti è proteggere la città dalla bruttezza e coltivare la gioia comune.». «Se si considera che l’immagine classica della giustizia è quella di una dea bendata, dove l’immagine della cecità suggerisce l’idea di neutralità e di impersonalità, ben si comprende quanto ambiziosa e appassionante

⁸ Confr. Stefano Rodotà, *La vita e le regole*, Feltrinelli 2006, p. 246.

⁹ Confr. Carlo Maria Martini, Gustavo Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Einaudi, 2003.

¹⁰ Confr. *Come un paesaggio*, Iacobelli, 2013 cit. Libreria delle Donne di Milano, *Non credere di avere diritti*, Rosenberg & Seller, 1987.

¹¹ Confr. Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992.

sia la scommessa di provare a praticare il giudizio e la giustizia ad occhi bene aperti, senza benda, una giustizia che prova a interpretare la legge ascoltando le condizioni di esistenza materiale e simbolica dei soggetti, donne e uomini, in carne e ossa» temi questi attualissimi alla luce della L. 162/2014 in materia di negoziazione assistita.

«L'attività di difesa civica rappresenta uno dei molteplici campi di applicazione della mediazione che spaziano dalle negoziazioni politico sindacali all'ambito diplomatico, ai conflitti inter etnici e sociali, ai procedimenti di separazione e divorzio. Si deve, però, anche avere ben presente che nelle politiche di mediazione possono essere compresenti due componenti alternative, che potremo definire contenimento e innovazione. Nel primo caso la mediazione assume una funzione di ammortizzatore sociale e tende a prevalere un atteggiamento di delega alla figura del mediatore da parte di chi gli si rivolge. Nel secondo caso la strategia della mediazione tende a rimuovere ostacoli, promuovere diritti, attuare una politica di *empowerment*, stabilire rapporti di reciprocità. È questa seconda alternativa, a parere di questa Difesa civica, che deve essere privilegiata, perché rappresenta una fondamentale strategia per promuovere la partecipazione, costituendo un passo fondamentale per consentire di esprimere, affermare e far valere bisogni e diritti su un piano di parità e di interscambio.»

L'insoddisfazione dei clienti e dei professionisti più attenti sul contenzioso come unico modello di intervento di fronte alla richiesta di giustizia e l'ascolto e lo studio del pensiero più attento e innovativo porta all'apertura a nuove e diverse procedure: le cd. *ADR alternative dispute resolution* "risoluzioni alternative delle controversie, che si affiancano al contenzioso come strumento monopolistico e onnivoro per la risoluzione dei conflitti (sul punto, in maniera più ampia, in questo numero di questa Rivista, *Le alternative alla giustizia tradizionale: lo stato dell'arte e le prospettive*, di Maria Angela Zumpano).

Cresce la consapevolezza che il sistema giurisdizionale è una risorsa preziosa e limitata che per essere efficace deve essere reso sostenibile, che si può e si deve giungere alla cd. "Giurisdizione minima" per i casi relativi a questioni fondamentali (cd. diritti indisponibili), di capacità, di interessi generali e che la riduzione della litigiosità demandata al sistema giurisdizionale appare condizione necessaria per rendere lo stesso sostenibile; nello stesso tempo l'autonomia privata consente di comporre le controversie attraverso strumenti "alternativi" più adeguati alle singole tipologie di liti. Anziché un'unica opzione di procedimento giurisdizionale, la linea continua della soluzione delle controversie parte dal confronto tra le parti, per articolarsi nei diversi strumenti della mediazione, dell'arbitrato, della pratica collaborativa, (oggi) della negoziazione

tra avvocati per lasciare il contenzioso ai casi in cui è veramente necessario, a cui brevemente accenno, rimandando agli altri saggi di questo numero.

4b) La mediazione familiare

È noto che la mediazione familiare, "fase" richiamata dall'art. 155-sexies II co. cc come riferimento a "esperto" nell'ambito della lite giudiziaria in corso, è un intervento professionale che facilita o restaura la comunicazione tra le parti per ottenere condivisione di linguaggi genitoriali e accordi consapevoli, che possano "mantenersi nel tempo" visto che riguardano i figli, di cui i genitori continuano a doversi occupare.

Il limite della mediazione familiare nella cultura italiana è risultato la percezione di distanza del soggetto neutro rispetto al bisogno di prossimità, sostegno e assistenza di chi attraversa la crisi familiare, che nel momento di particolare fragilità della perdita o riorganizzazione della famiglia, si sente scoraggiato dalla necessaria imparzialità del mediatore.

Questo limite viene superato dalla presenza, indiretta, di legali che sostengono in modo non litigioso le parti in mediazione.

4c) L'arbitrato

Di natura diversa è l'arbitrato, previsto e regolato dagli art. 806 e segg. del codice di procedura civile oggetto di riforma col DLGS 40/2006.

In ambito societario per assistere i clienti (e ancora di più nella contrattualistica internazionale più rilevante) sono da tempo inserite clausole compromissorie volte a demandare ad arbitri indipendenti e imparziali la soluzione delle controversie con procedure snelle e tempi rapidi e i soggetti finanziariamente più forti da tempo si avvalgono della giustizia "privata" per conseguire risultati certi in tempi compatibili con le esigenze della produzione.

Questo strumento di definizione delle controversie è considerato più efficiente perché si avvale di soggetti competenti e indipendenti, è più veloce delle cause ordinarie, consente di procedere con regole più snelle e flessibili del giudizio ordinario nel rispetto del contraddittorio con costi prevedibili. L'art.1 della L. 162/2014 di cui *infra* apre e incentiva l'arbitrato nelle cause già in corso, e in molti luoghi si sta promuovendo la cultura arbitrale (confr. www.arbitrando.eu) e si costituiscono camere arbitrali per affrontare con questo strumento anche questioni di minore rilevanza economica.

4d) Il diritto collaborativo

Tra le "buone pratiche" merita un'attenzione particolare il "diritto collaborativo", un metodo di trat-

tazione non contenziosa dei conflitti nato negli Usa nell'anno 1999, diffuso successivamente in Canada, Australia, in Europa, particolarmente in Francia e Belgio, dal 2010 in Italia 2 associazioni, AIADC (Associazione italiana professionisti collaborativi) che fa riferimento a IACP (international academy of collaborative professionals) e IICI (Istituto italiano di diritto collaborativo).

La pratica collaborativa è un metodo efficace di risoluzione dei conflitti con un alto tasso di soddisfazione che si protrae nel tempo, in cui le parti e i loro avvocati, oltre i professionisti necessari per le esigenze del caso concreto, collaborano a trovare una soluzione concordata ed appare particolarmente interessante in questa fase, caratterizzata da un'ampia diffusione delle informazioni, tramite internet, dall'espansione dell'autonomia privata, dalla complessità degli aspetti che coinvolgono chi attraversa la crisi familiare o comunque una controversia.

Gli elementi chiave della pratica collaborativa sono: anzitutto il *team* dei professionisti, in ogni caso un avvocato per parte, a cui possono aggiungersi l'esperto in relazioni e l'esperto finanziario; l'obbligo di trasparenza delle informazioni; il protagonismo delle parti, che interagiscono tra loro e sono presenti alle riunioni; la negoziazione sugli interessi reali oltre e più che sui diritti.

La pratica collaborativa richiede una preparazione specifica, e la continua supervisione in gruppi di lavoro ed è strutturata in protocolli e moduli permeati dalla cultura anglosassone e dei sistemi di *common law* in cui è cresciuta.

Assolutamente da escludere nei casi di abuso, violenza, malattie psichiatriche, è inadatta nelle situazioni caratterizzate da scarsa fiducia, scarsa comunicazione e interessi molto divergenti.

Rappresenta invece un'ottima via in casi di copie, comunque soggetti in conflitto, che attraversano la crisi ma sono disposte, nell'interesse dei figli o di altri legami o beni comuni, ad avvalersi di una difesa conciliativa, in cui mettere in gioco, col sostegno di professionisti motivati e competenti, risorse di fiducia, capacità, rispetto.

Particolarmente interessante appare per l'avvocato italiano, deluso dall'aspettativa di giustizia nel campo giurisdizionale, per i tempi, i costi, le incertezze normative e interpretative, la prospettiva del diritto e del contenzioso che viene proposta dal diritto collaborativo.

Nei corsi di diritto collaborativo si insegna infatti a non demonizzare il procedimento del contenzioso, ne' a spaventare i clienti con le informazioni, peraltro dovute sui tempi, costi e disagi del giudizio.

Piuttosto si rappresenta come ipotesi, in caso di mancato accordo, il ricorso a un giudice, competente e attento che si prenderà cura della questione con una giusta decisione.

Si segnala peraltro come la decisione venga presa sulla base del diritto vigente, e, necessariamente, non possa rispondere ad ogni aspettativa o bisogno, proprio perché il giudice, competente in materia di diritto, giudicherà sulla base della "verità processuale" sempre inevitabilmente meno ricca delle innumerevoli sfumature della verità sostanziale.

L'avvocato svolge in questo caso il ruolo fondamentale di fornire una consulenza giuridica qualificata, assumendo però il compito ulteriore di cooperare e lavorare con la controparte per il raggiungimento dell'accordo.

5. Le normative successive al 2010

Se il percorso di apertura culturale e professionale delineato tra gli anni '80 e il 2010 poteva essere una scelta di competenza e sensibilità del legale, le normative degli ultimi cinque anni hanno delineato la nuova figura e le nuove preparazioni tecniche anche in termini di regole del gioco.

Mi riferisco alla L. 69/2009 che ha introdotto la mediazione obbligatoria con le successive modifiche, alla riforma della professione forense introdotta dalla L. 247/2012, alla L. 162/2014 che ha introdotto la negoziazione assistita e, ultimo ma non per importanza, l'avvio del processo telematico, previsto dalla L. 114/2014.

La riforma della professione forense introdotta dalla L. 247/2012 «cristallizza la figura dell'avvocato implicando competenza, aggiornamento, internazionalità», «affida nuovi ruoli coinvolgendo questa professione in ambiti sempre più estesi ... che postulano una preparazione tecnica da acquisirsi mediante l'aggiornamento costante, la specializzazione, l'approfondimento culturale, l'esperienza, il confronto e la cooperazione con le altre professioni»¹².

5a) La mediazione civile e commerciale

La L. 69/2009 e il DLgs 28/2010 hanno richiesto all'avvocatura di acquisire 2 diversi nuovi ruoli: il legale media-conciliatore e il legale che sostiene la parte nella procedura di mediazione civile e commerciale.

Le competenze del legale media-conciliatore sono delineate dalla norma e, presentano sia l'acquisizione del caso di mediatore, sia il mantenimento della qualifica attraverso il tirocinio e la formazione ulteriore.

¹² Confr. Guido Alpa, *Quotidiano del Diritto*, 09.10.2014.

Le materie del corso riguardano:

- i principali metodi ADR
- la costituzione del consenso di fronte al conflitto
- tecniche di comunicazione efficace
- la normativa italiana.

È l'esperienza che si matura a rafforzare la capacità di accompagnare le parti e i loro legali a costruire un accordo valido ed efficace a raggiungere i loro intenti.

Dall'altra parte al legale che accompagna la parte in mediazione è richiesto un radicale mutamento di atteggiamento: un passo indietro al ruolo di *litigator* e passare dall'obiettivo di far valere le ragioni del cliente a quello di far raggiungere al cliente un accordo per lui vantaggioso in termini dei suoi interessi sostanziali (finanziari, fiscali, relazionali) e procedurali (compresi tempi e costi).

In questa prospettiva si rileva essenziale la prima seduta della mediazione in cui il mediatore prospetta alle parti gli elementi essenziali del procedimento e chiede alle parti sostanziali se intendono aderire conferendo al loro legale un ulteriore e diverso ruolo: salvaguardare al meglio gli interessi della parte nella loro globalità.

L'esperienza ci insegna che quando al legale è conferito un chiaro ed esplicito mandato in questo senso, si supera "l'ansia da prestazione" di derogare ai diritti della parte e si allarga l'area di intervento mettendo in campo quella che Guido Alpa¹³ ha definito «funzione creativa dell'avvocato; che costruisce la base su cui si forma il diritto vivente».

Per comprendere la volontà deflattiva affidata alla mediazione si richiama la recente pronuncia 1.11.2014 del Tribunale di Roma sez. VI che così si è espressa: «Segnala sin d'ora che la legge sulla mediazione obbligatoria prevede l'erogazione di sanzioni economiche a favore dello Stato ed a carico dell'una e dell'altra parte per eventuali comportamenti non leali e non probi tenuti in sede di mediazione. Segnala che l'art. 96 comma 3 cpc prevede la condanna al pagamento di una somma a carico di quella parte che dovesse risultare aver agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave. Richiede alle parti di segnalare immediatamente l'accordo conciliativo raggiunto in sede di mediazione ovvero in altro modo stragiudiziale prima della prossima udienza onde poter così liberare prezioso spazio sul proprio ruolo istruttorio e decisorio per quelle cause che necessitano inevitabilmente di decisione di tipo giurisdizionale/contenziosa da parte del giudice. Si richiede tale collaborazione alle parti in

applicazione dell'art. 111 Cost. che impone una "durata ragionevole del processo", durata ragionevole che va letta sia con riferimento al singolo processo trattato sia con riferimento alla più complessiva gestione dell'attività giurisdizionale da parte del giudice».

5b) La riforma della professione forense

La L. 247/2012 «cristallizza la figura dell'avvocato implicando competenza, aggiornamento, internazionalità», «affida nuovi ruoli» coinvolgendo questa professione in ambiti sempre più estesi... che postulano una preparazione tecnica da acquisirsi mediante l'aggiornamento costante la specializzazione, l'approfondimento culturale, l'esperienza, il confronto e la cooperazione con le altre professioni ¹⁴, mentre il nuovo codice deontologico, 31.01.2014 pubblicato su GU il 16.10.2014 oltre a tipizzare gli illeciti disciplinari prevede per l'avvocato obblighi di diligenza (qualità della prestazione) e competenza, aggiornamento e formazione continua.

5c) Il processo telematico

L'introduzione del processo telematico (L. 114/2014) presenta la necessità per il legale di lavorare sul *web*, utilizzare i *software* operativi, trasformare gli atti in *files PDF* (consapevole della differenza tra formati "immagine" e formati "testo") apporre firme digitali con l'inserimento della *smart card* nella porta USB dalla propria postazione per poi trasmettere al sistema nelle strutture e linguaggi compatibili, depositare tramite il POA prescelto, consultare il PST per verificare il provvedimento, il legale del 2015 può rendere nota la sua attività tramite siti internet previa comunicazione dell'Ordine, colloquia con controparti e clienti, e talora anche con i giudici con mail, acquisisce, in sostanza un linguaggio diverso e impara a interagire con strumenti diversi di cui deve munirsi e su cui ogni studio deve investire, in termini di risorse e competenze.

5d) La legge sulla negoziazione assistita

Ma il più radicale ampliamento del ruolo dell'avvocato è sancito dalla L. 162/2014 che prevede il passaggio in arbitrato delle cause pendenti (art. 1) e la negoziazione assistita (art. 2-11) con particolare riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio.

L'avvocatura, tramite il CNF ha espresso una valutazione favorevole all'introduzione dei nuovi istituti,

¹³ Confr. Guido Alpa, loc. ult. cit.

¹⁴ Confr. Guido Alpa, *Quotidiano del Diritto*, 09.10.2014.

che si uniscono e rafforzano il sistema delle ADR e si basano sulla competenza e professionalità specifica degli avvocati nel praticare e promuovere la “cultura” della conciliazione tra le parti come modalità più adeguata a ottenere giustizia sostanziale.

Nel rimandare agli altri saggi raccolti in questo stesso numero della *Rivista* per i contenuti della nuova normativa, preme rilevare come alcuni aspetti critici rischiano di compromettere l'adesione a cambiamenti significativi:

«1. La formazione professionale

I nuovi legali sono formati in università che considerano opzionale la formazione in materia di negoziazione¹⁵ o l'affidano a corsi post laurea.

Ci si chiede da più parti¹⁶ come incida, in termini di costi e tempi, oltre che di investimento intellettuale, la formazione dei professionisti già operativi in settori della negoziazione e della mediazione.

Il mantenimento della qualifica di “mediatore” richiede infatti la frequenza obbligatoria di corsi a pagamento, così come la negoziazione e il processo telematico richiedono competenze e strumenti diversi su cui investire in termini di tempo e risorse, ma soprattutto in disponibilità personale a mettersi in gioco su aree e con regole e linguaggi diversi dal noto.

Preme rilevare che per la negoziazione assistita le disposizioni cruciali ripropongono elementi del diritto collaborativo (penso anzitutto all'impegno di «cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati», ma anche al tempo concordato per l'espletamento della procedura e, alla tutela della riservatezza) con le stesse preoccupazioni emerse in sede di approfondimento in Italia del conflitto potenziale tra dovere di lealtà e dovere di riservatezza per l'avvocato negoziatore (l'esempio più banale: devo per lealtà comunicare al creditore, mia controparte, ogni elemento patrimoniale su cui può fondare le sue garanzie di adempimento?).

Mentre nel diritto collaborativo gli avvocati NON possono assistere i propri clienti in caso di mancato accordo, la normativa della L. 162/2014 prevede solamente il divieto per gli avvocati e le parti di utilizzare delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite in negoziazione.

Oltre al prerequisito della formazione professionale, due aspetti della nuova normativa appaiono

particolarmente critici per chi esercita la professione forense.

2. Divieto di compenso per chi assiste i soggetti non abbienti

L'art. 3 co. 6 prevede che NON è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

A questo proposito ci si richiama a quanto chiaramente e compiutamente affermato da M.G. Civinini¹⁷ circa la necessità del gratuito patrocinio in ogni caso di rappresentanza obbligatoria, come nel caso in questione, per il rispetto della convenzione europea dei diritti dell'uomo: «In Anghel c. Italia, 25 giugno 2013, afferma la Corte: “51. Non esiste un obbligo ai sensi della Convenzione di rendere disponibile il gratuito patrocinio per tutte le cause (controversie) in materia civile, giacché esiste una chiara distinzione tra la formulazione dell'articolo 6 § 3 (c), che garantisce il diritto di essere assistito gratuitamente nel procedimento penale se ricorrono determinate condizioni, e quello dell'articolo 6 § 1, che non menziona in alcun modo l'assistenza legale (si veda *Del Sol c. Francia*, n.46800/99, §21, CEDU 2002-II). Tuttavia, nonostante l'assenza di tale clausola per le cause civili, l'articolo 6 § 1 può talvolta obbligare lo Stato ad accordare l'assistenza di un avvocato, laddove tale assistenza si dimostri indispensabile per garantire l'effettivo accesso a un tribunale perché la rappresentanza legale è resa obbligatoria, come richiesto dal diritto nazionale di alcuni Stati contraenti in vari tipi di controversie oppure perché la procedura o la causa sono particolarmente complesse (si veda *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, § 26, Serie A n. 32). Nel sottrarsi all'obbligo di accordare alle parti il gratuito patrocinio nelle cause civili, laddove ciò sia previsto dal diritto interno, lo Stato deve dare prova di diligenza, assicurando a dette parti il pieno ed effettivo godimento dei diritti tutelati dall'articolo 6 (si vedano, *inter alia*, *Staro-szczyk c. Polonia*, n.59519/00, §129, 22 marzo 2007; *Siałkowska c. Polonia*, n.8932/05, §107, 22 marzo 2007; e *Bąkowska c. Polonia*, n. 33539/02, § 46, 12 gennaio 2010)».

3. Sanzioni amministrative per gli avvocati

L'art. 6, IV co. Prevede una sanzione amministrativa per il legale che ritardi oltre 10gg il deposito dell'accordo di negoziazione in materia di famiglia all'Ufficio di stato civile.

¹⁵ Confr. Università di Firenze, Università di Pisa, Università Bocconi, Università Luiss.

¹⁶ Confr. *Avvocato: oneri, responsabilità e compensi alla luce del DL 132/2014*. www.altalex.com.

¹⁷ Confr. M.G. Civinini, *Questioni controverse in materia di mediazione*, in *Questione Giustizia on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/questioni-controverse-in-materia-di-mediazione_15-05-2014.php.

Una norma che “sorprende e intimorisce”¹⁸ per l’esosità degli importi (da euro 5000,00 a euro 50.000,00) per un adempimento formale che oggi non ha né termine né sanzioni».

6. ... piste di riflessione ...

Alla luce di questa rapida ricostruzione dei cambiamenti intervenuti negli ultimi 35 anni, mi sembra che la definizione di avvocato da cui sono partita (un attore individualista sulla scena della giustizia che si intrometteva tra le parti interessate, in genere sprovviste di informazione giuridica, e i giudici al fine di chiarire la situazione e di far scaturire dal contrasto dei fatti e delle idee la verità che poi doveva essere consacrata nelle sentenze sulla base delle norme generali e astratte della giustizia cieca. Doti fondamentali: «una cultura generale e specifica, attitudini alla logica e all’oratoria, probità e correttezza», eccellente solista ma poco propenso a confondere la propria voce all’interno della orchestra) appaia assolutamente inadeguata all’attività che svolgiamo quotidianamente.

Oggi abbiamo attrici e attori, cui è sempre più richiesto di essere capaci di lavorare in squadra, con clienti sempre più informati dei contenuti diffusi sul web, da sostenere nella pretesa di giustizia attraverso le diverse opzioni possibili, considerando col massimo rispetto l’ambito giurisdizionale cui demandare solo le questioni più importanti, per affrontare in sede di mediazione o negoziazione tutte le altre, che coinvolgono interessi, relazioni, legami con competenza non solo giuridica e telematica, ma relazionali su questioni che richiedono uno sguardo più vicino, attento e accurato della “giustizia cieca”.

Se restano, ed anzi si accentuano, come doti la probità e correttezza, si aggiungono alla cultura generale e specifica e all’attitudine alla logica e alla oratoria, la conoscenza delle tecniche e la consapevolezza del ruolo del negoziatore, la conoscenza informatica, la capacità di passare dall’individualismo al gioco di squadra. La capacità di sintesi quando ci si rivolge ai giudici¹⁹.

In questa prospettiva la “degiurisdizionalizzazione” del processo, non è “esternalizzazione” o “privatizzazione” della giustizia, ma l’apertura a strumenti che si affiancano alla giurisdizione per consentire maggiore e migliore soddisfazione alla stessa sete di giustizia, che continuiamo a considerare degna di ascolto e risposta.

Le ADR divengono quindi occasioni per riservare la giurisdizione ai casi in cui è richiesta la sua efficacia, e l’avvocatura, in prima battuta, in sede di primo luogo di accoglienza e ascolto della domanda di giustizia, è chiamata a individuare gli strumenti più idonei a realizzarla con professionalità e competenza.

In particolare, ma non solo nella materia di famiglia è esperienza consolidata che dove le parti trovano ascolto delle loro ragioni, anche emotive, hanno poi maggiore possibilità di negoziare nel proprio vantaggio gli aspetti da regolamentare giuridicamente.

Ciascuno di noi ha visto procedimenti sorti e nutriti dall’accecamento di chi ha sentito tradita la sua fiducia e distrutto un progetto di vita, risolversi poi in buoni accordi quando la parte riesce a distaccarsi dalla sofferenza patita e a concentrare le sue energie sulla possibile ricostruzione.

Viene però richiesto all’avvocato di fare un passo avanti di affrontare gli aspetti ulteriori alla sua formazione e, oltre all’informazione più accurata e approfondita sulle questioni di diritto, riconoscere e dare al cliente l’indicazione degli aspetti diversi da affrontare, sia sul piano relazionale che fiscale avvalendosi nel caso di altri consulenti.

Si supera quindi la soddisfazione, che nella lettura tradizionale si limita a soluzione del problema, chiusura del contenzioso, transazione con reciproche concessioni che quindi impoveriscono il soggetto.

Una soddisfazione più piena si raggiunge infatti quando la persona sente ascoltate, valorizzate le sue ragioni sia per gli aspetti relazionali, che per quelli economico-finanziari, con un accordo giuridicamente valido e stabile, in tempi ravvicinati e con costi contenuti.

Ecco quindi la necessità di integrare le diverse competenze relazionali, economica e giuridica, per fornire al soggetto interessato oltre a un contesto di informazione completa, sul piano giuridico un inquadramento globale della questione.

Il legale che assiste il cliente in questo percorso negoziale è richiesta una professionalità particolare, che coniuga competenze giuridiche, in termini di approfondimento di informazione e formazione, idoneità personale ad affrontare il percorso stragiudiziale coniugando capacità relazionale di empatia col cliente con i propri consulenti e con le controparti.

In questo quadro l’integrazione dei soggetti apre a un servizio più ampio e allargato, dove la capacità di gestione creativa del conflitto da parte degli altri è una risorsa di cui avvalersi.

¹⁸ Confr. Laura Biarella, *Avvocato: oneri, responsabilità e compensi*, Altalex 14.10.20414.

¹⁹ Confr. Cass 191/2006 e Cass. 20589/2014.

In questo senso la modalità non contenziosa di affrontare il conflitto, può essere uno strumento efficace di trovare regole adatte, tenendo conto degli aspetti di benessere economico, relazionale, di stabilità degli accordi che premono a tutti i soggetti interessati.

Una prospettiva che si fonda sulla fiducia nella capacità delle parti di risolvere la crisi, proprio perché i più competenti sulle loro questioni e interessati a che le soluzioni siano valide.

In ogni caso da queste procedure si esce tutti diversi e più consapevoli, sia i clienti che i professionisti.

Primo fu fra tutti Gandhi ad affermare: *«Mi resi conto che la vera funzione dell'avvocato è di unire parti che si sono disunite; la lezione s'impresse così indelebilmente in me che occupai gran parte del tempo per ottenere compromessi privati in centinaia di casi. Non ci persi nulla, neppure denaro, certamente non l'anima. Io sono un avvocato».*

Questioni controverse in tema di mediazione

di Massimo Vaccari

L'Autore affronta, col supporto di ampi riferimenti alla giurisprudenza più recente, molti dei più rilevanti nodi pratici in tema di mediazione: mediazione e cumulo oggettivo e soggettivo di domande, domanda riconvenzionale e *reconventio reconventionis*, intervento, tutela cautelare, opposizione a decreto ingiuntivo, senza dimenticare le problematiche legate all'attuazione del principio del contraddittorio e le sanzioni per mancata partecipazione alla mediazione.

Premessa

Con il DL 21 giugno 2013 n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013 n.98 il legislatore ha introdotto alcune significative modifiche al procedimento di mediazione intervenendo in particolare, ancor più incisivamente rispetto alla scelta originaria compiuta con il DLGS 4 marzo 2010 n. 28, sul rapporto tra procedimento di mediazione e processo civile, attraverso previsioni quali quella dell'obbligo di assistenza tecnica per la parte che partecipa alla mediazione e la fissazione di un criterio di competenza per territorio dell'organismo di mediazione.

Con l'approvazione di tale disciplina si è però anche persa l'occasione per chiarire, in via normativa, altri profili del predetto rapporto che avevano già dato luogo a dubbi interpretativi e soluzioni eterogenee sia in dottrina che giurisprudenza e tra essi vi sono sicuramente quelli oggetto della presente trattazione.

Per contro molte delle nuove norme, frutto, ancora una volta, di una tecnica legislativa assai scadente che purtroppo, è divenuta una costante, risultano poco chiare, prestandosi così a differenti interpretazioni.

In questo scritto si esamineranno le questioni tuttora più controverse seguendo, come ordine di espo-

sizione, quello derivante dalla scansione del procedimento di mediazione.

1. La natura del primo incontro davanti al mediatore

Secondo l'opinione della dottrina prevalente e di una parte della giurisprudenza¹, a seguito delle modifiche introdotte al DLGS n. 28/2010 ad opera dell'art. 84 del DL 21 giugno 2013, n.69, l'assistenza difensiva è divenuta obbligatoria, fin dal primo incontro davanti al mediatore, perlomeno nei casi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ivi compresi quindi quelli di mediazione demandata dal giudice (la questione è invece tuttora controversa con riguardo alla mediazione volontaria).

Il disposto normativo risulta quanto mai chiaro sul punto. Infatti l'art. 5, comma 1-bis, del DLGS 28/2010 prevede che: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di... è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto...».

Data tale premessa, non si vedono ostacoli normativi a che la parte conferisca procura speciale al pro-

¹ Trib. Modena, sez. II, 10 marzo 2012; contra Civinini.

prio difensore affinché partecipi per suo conto alla procedura al fine di conciliare la controversia.

In giurisprudenza si sta affermando un orientamento² che, con specifico riguardo alla mediazione demandata dal giudice, ritiene, sulla base di una articolata ricostruzione della disciplina rilevante sul punto, che l'ordine del giudice possa considerarsi rispettato, e di conseguenza la condizione di procedibilità possa dirsi realizzata, solo se le parti siano comparse di persona davanti al mediatore e il tentativo di conciliazione sia stato effettivo.

2. Mediazione obbligatoria e cumulo oggettivo o soggettivo di domande

Il DLGS 28/2010 non dedica nessuna disposizione a tali ipotesi nemmeno dopo l'intervento correttivo di cui al DL 69/2013.

L'art. 5, infatti, fa riferimento alla parte che «intenda esercitare in giudizio un'azione»: e dunque parrebbe riferirsi all'attore, ovvero agli attori, nei casi di litisconsorzio attivo.

2.1 Pluralità di domande proposte dall'attore e domande nei confronti di una pluralità di convenuti

Nei casi di procedimenti complessi dal punto di vista oggettivo o soggettivo, parte della dottrina (Petta) reputa che la condizione di procedibilità debba essere soddisfatta per ogni domanda cumulata dall'attore ex art. 104 cpc e rientrante nella lista di cui al comma 1-bis dell'art. 5.

Altro autore (Battaglia) ritiene invece che occorra distinguere l'ipotesi del cumulo oggettivo di domande connesse, per oggetto o per il titolo, da quella di cumulo oggettivo unilaterale di domande non connesse. Nel primo caso, qualora una delle domande fosse stata oggetto del procedimento di mediazione, non vi sarebbe necessità di un nuovo procedimento di mediazione pena la lesione del principio di ragionevole durata del processo. Nella seconda ipotesi, invece, se una delle cause avesse implicato il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ed esso non vi fosse stato, occorrerebbe rilevare il difetto della condizione di procedibilità separando la domanda da sottoporre a mediazione dalle altre.

2.2 Mediazione obbligatoria e domanda riconvenzionale e reconventio reconventionis

Meno ovvio è l'operare dalla norma in esame rispetto alle domande fatte valere nel corso del processo dal convenuto, dai terzi intervenienti volontari, o su chiamata, e pure dallo stesso attore, sotto forma di *reconventio reconventionis*, a fronte di una domanda principale che sia stata preceduta dalla mediazione obbligatoria.

Secondo un autore (Petta), ove non si sia svolto tentativo di conciliazione rispetto alla domanda principale e la riconvenzionale sia soggetta a mediazione obbligatoria, nulla esclude che il tentativo di conciliazione possa avere luogo su quest'ultima.

Secondo altra lettura (Petta), invece, la proposizione di una domanda "incidentale" costituisce, come è ovvio, «esercizio del diritto d'azione», per quanto nell'ambito di un processo cominciato da altri, o comunque già in corso, e quindi non sotto forma di "azione" autonoma. Si può, dunque, pensare che la *ratio legis* sia limitata all'iniziativa processuale che dà vita ad un processo, senza estendersi anche ai fenomeni di ampliamento dell'ambito oggettivo del giudizio già avviato (Dittrich; Masoni). La posizione in esame osserva anche che l'applicazione dell'art. 5 alle domande proposte in corso di causa può portare ad una molteplicità di rinvii del processo e ad un aumento esponenziale dei costi per le parti.

In questo senso si è orientata anche parte della giurisprudenza di merito³, che ha escluso dall'ambito della mediazione obbligatoria tutte le domande diverse da quella dell'attore proposta con l'atto introduttivo del giudizio, comprese le cd. riconvenzionali inedite, ovvero quelle emerse solo nella fase giudiziale della controversia e non nel corso del procedimento di mediazione.

A sostegno di tale soluzione sono state addotte varie ragioni, le principali delle quali sono le seguenti:

1. la soluzione avversata determina un allungamento notevole dei tempi di definizione del processo in contrasto con l'art. 111 Cost;
2. qualora il giudice, per non ritardare l'iter processuale sulla domanda principale, separasse da essa la riconvenzionale, tale operazione determinerebbero un aumento del numero dei fascicoli;
3. le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga al diritto di azione,

² Trib. Firenze, sez. spec. Impresa, 17 marzo 2014; Trib. Firenze, sez. II, 19 marzo 2014; Trib. Roma, 30 giugno 2014, Trib. Monza, 20, ottobre 2014, Trib. Firenze, 26 novembre 2014; Trib. Cassino, 16 dicembre 2014.

³ Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 11 luglio 2011.

- devono essere interpretate in senso restrittivo;
4. l'art. 5 indica il solo convenuto come la parte legittimata a sollevare il difetto di previo esperimento del tentativo di conciliazione;
 5. occorre evitare che vengano formulate domande riconvenzionali al solo fine di costringere il giudice a mandare di nuovo le parti in mediazione.

Al predetto orientamento se ne affianca un altro (Buffone; Battaglia) che sostiene che, anche la riconvenzionale inedita, vale a dire quella emersa solo nella fase giudiziale della lite e non anche nel corso della mediazione, debba essere preceduta dal tentativo di conciliazione⁴, e, al fine di giustificare questa conclusione, ai succitati argomenti contrappone i seguenti:

1. la Cassazione⁵ ha interpretato una norma analoga all'art. 5 comma 1, ossia l'art. 46 l. 3 maggio 1982 n. 3 in materia di controversie agrarie nel senso che l'onere del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione, sia pure quale condizione di proponibilità della domanda, sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una riconvenzionale secondo uno dei criteri di collegamento previsti dall'art. 36 cpc;
2. consentire la trattazione congiunta delle reciproche pretese davanti al mediatore potrebbe favorire una soluzione conciliativa, senza il paventato allungamento dei tempi di definizione del giudizio, e, in tale prospettiva, sarebbe opportuno, ed anzi necessario, che il giudice, anziché separare la riconvenzionale dalla domanda principale, suggerisse alle parti di riportare in mediazione anche la domanda principale, utilizzando a tal fine l'istituto della mediazione delegata;
3. il termine convenuto, utilizzato dalla norma per indicare il soggetto che eccepisce l'improcedibilità della domanda, ben può essere riferito all'attore rispetto alla domanda riconvenzionale;
4. l'esclusione della domanda del convenuto dall'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 1-bis provocherebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra attore e convenuto del tutto illegittima.⁶

Questa ricostruzione, peraltro, muove dalla premessa dell'adesione dell'indirizzo della Corte di cassazione⁷ che aveva interpretato l'art. 46 della l. 3 maggio 1982 n.3 nel senso di escludere la necessità del tentativo di conciliazione propedeutico alla riconven-

zionale in presenza dei seguenti presupposti: le parti del giudizio fossero coincise con le parti del tentativo obbligatorio di conciliazione; la formulazione della domanda riconvenzionale non avesse comportato nessun ampliamento della controversia già oggetto della conciliazione perché fondata su questioni già esaminate in quella sede.

Tale soluzione risulta praticabile anche quando nel corso di un procedimento sommario venga svolta una domanda riconvenzionale che non richieda una istruzione non sommaria (art. 702-ter, quarto comma cpc), potendo ipotizzarsi che la separazione sia attuata dopo l'esperimento infruttuoso del procedimento di mediazione.

A quanto appena detto consegue che sarà la parte attrice che eccepisse la mancata realizzazione della condizione di procedibilità della riconvenzionale a dover allegare e dimostrare che i fatti oggetto di essa sono stati trattati nel corso della mediazione e, al fine di assolvere tale onere, essa potrà avvalersi o dell'adesione della controparte o della produzione dei verbali di mediazione, purché in essi siano state esplicitate le *causae petendi* della pretesa delle parti, e degli atti costitutivi (Buffone).

È anche vero che, come è stato evidenziato in dottrina (Battaglia), per valutare se la domanda nuova sia stata effettivamente assoggettata al tentativo di conciliazione è sufficiente che nel procedimento di mediazione già svolto siano stati in qualunque forma discussi l'oggetto e le ragioni della pretesa contenuta nella nuova domanda.

Occorre peraltro tenere presente che la verifica sul punto potrebbe non essere agevole, qualora l'istanza di mediazione non contenesse tutti gli elementi identificativi della pretesa ma solo quelli che richiede l'art.4, comma 2, DLGS 28/2010 (indicazione dell'organismo, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della pretesa).

Le considerazioni sopra svolte dovrebbero valere anche per la *reconventio reconventionis*.

2.3. Mediazione obbligatoria e domanda trasversale

Per quanto riguarda l'ipotesi della domanda trasversale, ossia la riconvenzionale del convenuto nei confronti di altro convenuto, la dottrina ha osservato

⁴ Così in giurisprudenza: Trib. Roma – sez. dist. Ostia, 15 marzo 2012; Trib. Como, sez. dist. Cantù, ord. 2 febbraio 2012; Trib. Firenze 14 febbraio 2012.

⁵ Cass. sez. III, 18 gennaio 2006, n.830.

⁶ Cass. sez. III, 7 marzo 1992, n. 2753.

⁷ Cass., sez. III, 27 aprile 1995 n.4651; Cass. sez. III, 14 novembre 2008, n. 27255.

che, allorché essa investa un rapporto soggetto mediazione obbligatoria, a rigore il tentativo di mediazione sarebbe sempre necessario, dal momento che non vi è coincidenza soggettiva tra le parti del rapporto processuale introdotto dalla predetta domanda.

È stato però parimenti osservato (Buffone) che la predetta soluzione porterebbe a risultati iniqui, ad esempio nel caso in cui la riconvenzionale del convenuto verso altro convenuto dipendesse dalla soccombenza nei confronti dell'attore, cosicché al fine di ovviare ad essi si è proposto di recuperare un principio elaborato dalla Suprema corte con riguardo al rito agrario⁸ e secondo il quale non vi è necessità di un nuovo tentativo di conciliazione, quando la parte non abbia il potere di evitare la controversia ad esempio stipulando una transazione: la conseguenza sarebbe che quando la domanda trasversale del convenuto prescinde dalla domanda dell'attore non deve essere preceduta dal tentativo di mediazione.

2.4 Mediazione obbligatoria e domande proposte contro e da terzi

Nel caso di litisconsorzio necessario (art. 102 cpc), che sia stato preceduto dallo svolgimento del procedimento di mediazione nei confronti di solo alcuni dei litisconsorti, appare ragionevole la tesi di chi (Battaglia) esclude la necessità di un nuovo tentativo di conciliazione poiché la possibilità di un successo della conciliazione è escluso nel caso di specie dalla circostanza che già alcune delle parti hanno sottoposto la lite, soggettivamente inscindibile alla decisione di un giudice.

Diversamente, nel caso di litisconsorzio facoltativo (art. 103 cpc) è stato sostenuto che, se tutti i rapporti sono soggetti a mediazione obbligatoria, ciascuno di essi dovrà avere soddisfatto la condizione dell'art. 5 nei confronti di tutti gli eventuali convenuti (Petta).

Rispetto alle ipotesi di intervento di terzo può convenirsi con chi (Battaglia) ritiene che, qualora si tratti di intervento adesivo autonomo, poiché esso è svolto al fine di sostenere le ragioni di una delle parti, non vi sia la necessità di ripetere il tentativo di conciliazione già esperito dalle parti, quanto meno qualora il titolo dell'interveniente sia connesso al titolo dedotto in giudizio. Ad opposta soluzione deve invece pervenirsi rispetto all'ipotesi dell'intervento principale (art. 105,

primo comma, cpc) poiché in questo caso il terzo fa valere nei confronti delle parti un diritto incompatibile con quello già oggetto di controversia (Buffone).

Altra tesi (Battaglia), invece, distingue a seconda che le domande siano tra loro connesse propriamente o impropriamente poiché solo in questa seconda ipotesi si può escludere che lo svolgimento della mediazione per solo una delle cause connesse abbia soddisfatto la condizione di procedibilità anche per le altre.

Venendo a considerare le ipotesi di intervento di terzo ad istanza di parte, secondo certa dottrina (Battaglia), vanno distinte le due ipotesi considerate dall'art. 106 cpc della chiamata del terzo per comunanza di causa e dalla chiamata di terzo in garanzia.

La prima, analogamente alle altre sopra considerate, deve essere preceduta dal tentativo di conciliazione, sempre che riguardi uno dei rapporti di cui all'art. 5, comma 1-bis del DLGS 28/2010, qualora il terzo vanti un diritto incompatibile con quello già oggetto di causa.

Rispetto alle ipotesi di chiamata in garanzia del terzo che involga un rapporto soggetto a mediazione obbligatoria la stessa dottrina sopra citata distingue la fattispecie della garanzia cd. propria da quella di garanzia impropria atteso che quest'ultima non si fonda sullo stesso rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio ma deriva da un collegamento di mero fatto senza che tra le domande sussista alcuna connessione. Solo nel caso di garanzia propria quindi può escludersi la necessità del preventivo esperimento del tentativo di mediazione che si sia già svolto rispetto alla domanda principale.

In tutte le ipotesi, esaminate nel presente paragrafo, nelle quali va rinnovata la mediazione rispetto ad una delle domande o dei rapporti processuali cumulati è opportuno che in mediazione sia demandata l'intera controversia, perché solo in tal modo essa potrà essere definita in via conciliativa⁹.

Il giurisprudenza¹⁰ al problema è stata data una soluzione molto pragmatica, consistente nel rimettere alla mediazione tutte le controversie, in applicazione del disposto di cui al comma 2 dell'art. 5, DLGS 28/2010, e ciò al fine di favorire la conciliazione.

Nel caso esaminato la domanda originaria, avente ad oggetto risarcimento danni conseguenti ad un intervento chirurgico, non era soggetta a mediazione, in quanto introdotta in data antecedente l'entrata in

⁸ Cass. 7 luglio 1992, n.8290.

⁹ Nei termini riportati nel testo si è espresso anche il protocollo dell'osservatorio veronese Valore Prassi sulla mediazione finalizzata alla conciliazione pubblicato su *Questione Giustizia on-line*; http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-protocollo-sulla-mediazione-finalizzata-alla-co_25-07-2014.php.

¹⁰ Trib. Verona, 4 novembre 2014.

vigore del decreto cd. del fare; mentre le ulteriori domande avanzate dalle altre parti (la casa di cura nei confronti del medico per manleva e quest'ultimo, a sua volta, contro la propria assicurazione tenuta per la responsabilità civile), in tesi, erano soggette all'obbligo di conciliazione, la prima in quanto afferente a garanzia impropria e la seconda, contratto assicurativo.

Orbene il giudice è giunto alla predetta conclusione sulla base del rilievo in considerazione che la separazione della causa soggetta a mediazione obbligatoria da quella che non vi è sottoposta potrebbe pregiudicare un esito conciliativo della fase di mediazione poiché il convenuto della prima ben difficilmente sarebbe propenso a valutare soluzioni transattive con la propria compagnia assicuratrice, senza sapere se e a quali condizioni potrebbe raggiungere un accordo bonario con la propria chiamante.

3. Tutela cautelare *ante causam* e onere di instaurazione del giudizio di merito

L'art. 5, comma 3, nel testo vigente e non modificato dall'intervento normativo del DL del fare, prescrive che «Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari (...)».

La formula normativa non è delle più felici, poiché con il termine «svolgimento» la disposizione sembrerebbe disciplinare le sole ipotesi di procedimento di mediazione nel corso del quale sorga l'esigenza di rivolgersi al giudice per ottenere la concessione di provvedimenti cautelari. In realtà, è fuor di dubbio che la tutela cautelare *ante causam* sia assolutamente svincolata anche dalla previa instaurazione del procedimento di mediazione, finanche nei casi in cui questo assurga a condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tra le questioni applicative poste dalla operatività della mediazione obbligatoria nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1-bis, DLGS 28/2010 che il legislatore delegato non ha disciplinato, una delle più delicate riguarda l'individuazione della strada percorribile dalla parte, che avendo ottenuto un provvedimento cautelare abbia l'onere di promuovere il giudizio di merito, la cui procedibilità sia condizionata, *ex lege* o *ex contractu*, al previo esperimento del procedimento di mediazione.

Il problema non si pone per i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata di cui all'art. 669-octies, 6° co., cpc (provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 cpc* o emessi a seguito di denunce di nuova opera e danno temuto, cautele anticipatorie in genere), giacché, in assenza di un onere, per la parte che ne abbia beneficiato, di instaurare il giudizio di merito in un

termine perentorio, tale parte può presentare istanza di mediazione (obbligatoria o volontaria) e riservarsi all'esito di agire in giudizio, senza alcun pregiudizio per la perdurante efficacia della cautela.

Allo stesso modo non vi è questione rispetto ai procedimenti di istruzione preventiva di cui agli artt. 692 ss. cpc che, pur avendo natura cautelare, sono da sempre «sganciati» da un rigido collegamento temporale con il giudizio di merito.

Discorso diverso invece va fatto per le cautele a carattere conservativo, in quanto la loro concessione *ante causam* impone, ai sensi dell'art. 669-octies, primo comma, cpc, alla parte che le abbia conseguite di instaurare il relativo giudizio di merito nel termine fissato dal giudice o, in mancanza, entro sessanta giorni, pena l'inefficacia della misura. In questo caso, infatti, l'obbligatoria attivazione del procedimento di mediazione anteriormente all'instaurazione del giudizio contenzioso potrebbe determinare la decorrenza di quel termine nelle more della procedura stragiudiziale, con conseguente vanificazione della tutela ottenuta dalla parte istante.

Si potrebbe sostenere che il rischio di caducazione del provvedimento conservativo *ante causam* sarebbe minore, in virtù delle modifiche normative introdotte dal DL 69/2013 che consentono alla mediazione di arrestarsi subito dopo il primo incontro (nel caso di verificata impossibilità di giungere all'accordo conciliativo), e di quelle che hanno ridotto la durata del procedimento, *ex art. 6 DLGS n. 28/2010*, da quattro mesi a tre mesi. In realtà, anche a fronte di tale mutato contesto normativo, il rischio di veder sfumata la tutela cautelare ottenuta non è del tutto escluso poiché nessuno dei termini del procedimento di mediazione è perentorio, in quanto non espressamente qualificato come tale.

Secondo una prima tesi (Minelli) sarebbe applicabile analogicamente, in caso di mediazione obbligatoria *ex lege*, il quarto comma dell'art. 669-octies, cpc, il quale, con riferimento al previo tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di controversie di lavoro pubblico, dispone tuttora che il termine per la proposizione della causa di merito successivamente alla concessione di misura cautelare «decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni».

A tale ricostruzione è stato però obiettato, in primo luogo, che la predetta disposizione può ritenersi tacitamente abrogata, essendo stata introdotta con riferimento ad una fattispecie di tentativo di conciliazione la cui obbligatorietà è venuta meno a seguito della riforma recata dalla l. 4 novembre 2010, n. 183 (cd. «collegato lavoro»). In secondo luogo, è stato giustamente osservato che è di ostacolo alla possibilità di una esten-

sione in via analogica della norma il suo carattere speciale, dal momento che si riferisce allo specifico ambito delle controversie relative a rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni (così Tiscini).

Una seconda opinione (Dalfino) ha ipotizzato l'applicabilità dell'art. 5, ult. comma, DLGS 28/2010, ritenendo che l'effetto impeditivo della decadenza collegato dalla citata norma alla comunicazione dell'istanza di mediazione alle altre parti possa intendersi come riferibile, in senso più ampio, anche alle decadenze connesse alla decorrenza di termini processuali, come quello previsto dall'art. 669-octies, 1° e 2° co., cpc.

Sulla base di tale premessa, quindi, la parte che abbia richiesto ed ottenuto una misura cautelare conservativa potrebbe evitare la perdita di efficacia della stessa anche comunicando alla controparte (o alle altre parti) la sola istanza di mediazione entro il termine previsto dal codice di rito per l'introduzione del giudizio contenzioso, fermo restando che, in caso di fallimento del tentativo, la domanda giudiziale dovrebbe essere proposta entro il medesimo termine, decorrente dal deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'organismo¹¹.

Anche questa soluzione si espone ad alcuni rilievi.

In primo luogo, già ponendo attenzione al termine previsto dall'art. 669-octies cpc non appare agevole prospettare un inquadramento come termine di decadenza in senso proprio.

A conforto di tale interpretazione occorre aggiungere che l'art. 5, comma 6, DLGS 28/2010 ricalca il disposto dell'art. 410, secondo comma, cpc, rispetto al quale non si è mai dubitato che qualifichi in termini di decadenza sostanziale il periodo di tempo occorrente per l'espletamento del tentativo di conciliazione. Entrambe le norme infatti estendono alla domanda di conciliazione gli stessi effetti della domanda giudiziale.

In secondo luogo, anche nell'ottica specifica della disciplina contenuta nel DLGS 28/2010, risulta problematico riconoscere all'istanza di mediazione (che avvia un procedimento di natura pur sempre stragiudiziale) effetti processuali diversi ed ulteriori rispetto a quelli cui il legislatore delegato ha espressamente riconosciuto rilevanza ai fini della valutazione giudiziaria della procedibilità del giudizio contenzioso (così Gasperini).

Nel dubbio, mi pare maggiormente condivisibile la tesi, sia dottrinale (Lupo; Cuomo Ulloa) che giurisprudenziale¹², secondo cui la parte che ha chiesto

e ottenuto un provvedimento *ante causam* per una controversia rientrando in una delle materie per cui è prevista la mediazione obbligatoria, pur volendo esperire il procedimento di mediazione, non può esimersi dall'istaurare il giudizio di merito ex art. 669-octies cpc, in quanto il termine della durata della procedura di mediazione può spingersi fino a tre mesi, ed è dunque più ampio rispetto al termine perentorio di cui all'art. 669-octies, comma 1, cpc.

Tale ricostruzione comporta, quindi, che la parte che abbia ottenuto la tutela cautelare possa optare per l'introduzione del giudizio di merito e attendere che la controparte sollevi l'eccezione di improcedibilità, o che il giudice ne rilevi la mancanza, per instaurare il procedimento di mediazione e in tale ipotesi non sosterrà costi maggiori di quelli che avrebbe sostenuto comunque (Fanelli).

In alternativa tale parte potrebbe proporre contemporaneamente il giudizio di merito ed il procedimento di mediazione ma è evidente che tale soluzione finirebbe per vanificare la finalità deflattiva propria della mediazione, anche se non esporrebbe a particolari costi, dopo che, con la modifica dell'art. 8 DLGS 28/2010, si è previsto che se le parti non hanno intenzioni conciliative il procedimento si possa concludere già al primo incontro.

4. Mediazione obbligatoria e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo

Al comma 4 dell'art. 5 il legislatore delegato ha previsto alcune ipotesi in cui il tentativo di mediazione obbligatoria non abbia luogo prima dell'inizio del procedimento ma in un momento successivo.

Si tratta di procedimenti (procedimento di sfratto, opposizione a decreto ingiuntivo e procedimento possessorio) tutti accomunati da una struttura processuale (solo eventualmente) bifasica rispetto ai quali la scelta del legislatore appare chiara: è congruente al significato complessivo della disciplina in tema di mediazione escludere il previo esperimento di tale incombenza per questa tipologia di procedimenti che potrebbero risolversi senza l'insorgenza di alcun contrasto tra le parti e in modo consensuale.

Ad esempio nel caso di procedimento per convalida di sfratto esso può pervenire a conclusione se il convenuto non compare in udienza o, comparendo, non si oppone (art. 663 cpc), mentre è solo con l'op-

¹¹ L'art. 5, 6° comma., DLGS 28/2010, prevede infatti che «la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo».

¹² Trib. Brindisi, sez. dist. Francavilla Fontana, 9 gennaio 2012.

posizione spiegata dall'intimato che si realizza un contrasto di pretese che va risolto con la decisione.

Allo stesso modo, il giudizio possessorio può concludersi senza sfociare nella fase di merito e ai procedimenti per ingiunzione potrebbe non seguire la fase di opposizione.

Con riguardo a questi ultimi il legislatore ha stabilito che la mediazione vada tentata dopo la pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione. In sostanza, libera la proponibilità del ricorso per ingiunzione, in caso di opposizione, il giudice dovrà dare i provvedimenti previsti dal comma 1-bis dell'art. 5 all'esito della prima udienza o comunque contestualmente all'ordinanza in cui decida in merito alla provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo.

Secondo un autore (Masoni), peraltro, qualora nessuna delle parti formulasse istanze relative alla provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo, non essendo applicabile il presupposto di legge, non vi sarebbe spazio per il tentativo di conciliazione. La soluzione è stata però criticata (Lupoi), a mio giudizio in modo condivisibile, sulla base del rilievo che appare incongruo escludere l'obbligatorietà della mediazione in base ad un elemento così occasionale.

Questa interpretazione trova riscontro nel passo della relazione illustrativa al comma 4, lett. a e b del DLGS 28/2010 nel quale si legge che l'esclusione dei procedimenti in esame si giustifica per il fatto che essi sono caratterizzati «*da un contraddittorio differito o rudimentale, e mira a consentire al creditore di conseguire rapidamente un titolo esecutivo. Appare pertanto illogico frustrare tale esigenza imponendo la mediazione o comunque il differimento del processo (sulla non applicabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione al procedimento ingiuntivo v. del resto Corte cost. 6 febbraio 2001, n. 29; Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276). È stato peraltro previsto che la mediazione possa trovare nuovamente spazio all'esito della fase sommaria, quando le esigenze di celerità sono cessate, la decisione sulla concessione dei provvedimenti esecutivi è stata già presa e la causa prosegue nelle forme ordinarie*».

È evidente, quindi, che, anche qualora non dovessero esservi istanze del genere suddetto, nulla escluderebbe l'applicazione del meccanismo ordinario previsto dall'art. 5, con rilievo anche officioso, alla prima udienza, del mancato soddisfacimento della condizione di procedibilità.

Il problema che, nel silenzio anche della relazione illustrativa, può porsi rispetto all'ipotesi di un giu-

dizio di opposizione a decreto ingiuntivo integrante una controversia soggetta a mediazione obbligatoria, che non sia stato preceduto dalla mediazione, è quello di stabilire quale parte, tra opponente ed opposto, abbia l'onere di promuovere il giudizio di cognizione una volta che vi sia stata la decisione sulla provvisoria esecuzione o, più correttamente, se la mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda monitoria o della azione di cognizione.

A ben vedere essa si può presentare solo qualora nessuna delle parti del giudizio si sia attivata per proporre la mediazione, atteso che il termine per la proposizione della domanda di mediazione va assegnato dal giudice «alle parti».

Due sono le proposte interpretative che sono state avanzate al riguardo.

La prima, di carattere letterale¹³, fa leva sul dato normativo dell'art. 5, comma 1-bis, DLGS 28/2010 che individua nella «*improcedibilità della domanda*» l'effetto del mancato esperimento della mediazione, con la conseguenza che tale domanda andrebbe ravvisata, ai sensi dell'art. 39 cpc, nel ricorso monitorio. A conforto di tale postulato si è osservato che, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte¹⁴, la fase di opposizione a decreto ingiuntivo non consiste in una azione di impugnativa nei confronti della emessa ingiunzione ma, essendo invece un ordinario giudizio sulla domanda del creditore, che si svolge in prosecuzione del procedimento monitorio, in essa il giudice dell'opposizione deve affrontare e decidere il merito, e cioè accertare sia l'*an* che il *quantum* della pretesa del creditore.

Secondo questa tesi la medesima soluzione varrebbe per la domanda di convalida di sfratto che, dopo il mutamento di rito si converte automaticamente in domanda di risoluzione negoziale, con la conseguenza che la condizione di procedibilità è richiesta per quest'ultima.

La seconda interpretazione, che riprende argomenti già esposti in dottrina con riguardo alla identica questione del rapporto tra procedimento monitorio e tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro (Ronco), è di tipo teleologico in quanto valorizza la finalità deflattiva della disciplina della media-conciliazione e pone in luce la criticità della prima tesi che farebbe retroagire l'improcedibilità *ex art. 5* all'azione esercitata con il ricorso originario, quale sanzione per il mancato adempimento di un obbligo che scatta in una fase successiva (Gasperini).

¹³ In giurisprudenza: Trib. Varese, ord. 18 maggio 2012 (pronunciata all'atto della assegnazione alle parti del termine per proporre la mediazione).

¹⁴ Cass, Sez. Un., 7 luglio 1993 n.7448; Cass. Sez. Un., 9 settembre 2010, n.19246.

Quest'ultima soluzione, si fa osservare dai chi opta per la tesi ora in esame, finisce per configgere con il dato letterale invocato proprio dai propugnatori dell'improcedibilità della domanda monitoria, imponendo di giungere ad una pronuncia di revoca e/o nullità sopravvenuta e/o inefficacia (non codificata e perciò atipica) del decreto ingiuntivo.

A sostegno della seconda tesi è stato poi aggiunto che essa consente di salvaguardare il principio cardine del diritto processuale in tema di diritti disponibili: l'interesse ad agire *ex art. 100 cpc*. Infatti, tenuto conto che le fasi sommarie sono suscettibili di chiudersi con provvedimenti che diventano definitivi ove la fase successiva di merito non venga coltivata, l'opposto che fosse già munito di clausola di provvisoria esecutività *ex art. 648 cpc* non avrebbe interesse a promuovere la mediazione nella prospettiva di una bonaria riduzione del proprio credito. Stando a questa ricostruzione è l'opponente che ha davvero un interesse concreto ed attuale a che il processo "proceda" e, pertanto, è colui che ancora ha qualcosa da "domandare", in senso sostanziale, al conciliatore, in prima battuta, e, in successione, al giudice.

Questa tesi, nell'onerare dell'incombente l'opponente, ha in pregio, ad avviso dello scrivente, di tener conto della caratteristica del giudizio di opposizione come un'unica ipotesi, ammessa dal nostro ordinamento, di giudizio ad iniziativa del convenuto.

A sostegno di essa recente giurisprudenza¹⁵, ha addotto anche l'ulteriore e convincente argomento secondo cui la interpretazione delle disposizioni di cui al DLGS n. 28/10 in materia di conseguenze dell'omessa mediazione in caso di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non possa prescindere dalla sua assimilazione ai giudizi impugnatori, atteso che, al pari di questi, il ritardo nella proposizione del giudizio ne determina la improcedibilità, con la conseguenza che nell'opposizione a decreto ingiuntivo, così come per i procedimenti di appello, la locuzione "improcedibilità della domanda giudiziale" va intesa alla stregua di improcedibilità/estinzione dell'opposizione (o dell'impugnazione in caso di appello) e non come improcedibilità della domanda monitoria consacrata nel provvedimento ingiuntivo. La stessa pronuncia ha poi osservato che la opposta interpretazione conduce, del tutto inopportuno, a porre nel nulla una pretesa che è già stata scrutinata positivamente dal-

l'autorità giudiziaria, sia pure non nel contraddittorio delle parti, con provvedimento idoneo al giudicato sostanziale.

5. Procedimento di mediazione e principio del contraddittorio

I provvedimenti di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, DLGS 28/2010, a rigore, devono essere presi in udienza, nel contraddittorio delle parti. Peraltro sia con riguardo ai giudizi di cognizione ordinaria che ai procedimenti che iniziano con ricorso (procedimenti soggetti al rito locatizio e procedimenti sommari di cognizione), alcuni interpreti ritengono che il giudice, verificato il mancato ottemperamento della condizione di procedibilità, li possa emettere d'ufficio, anche prima dell'udienza e dunque senza prospettare la questione alle parti. E, così, nell'ambito di procedimenti soggetti al rito locatizio *ex art. 447-bis cpc*, in sede di fissazione dell'udienza di discussione, alcuni giudici si sono orientati ad assegnare al ricorrente il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione¹⁶, con contestuale fissazione dell'udienza (ai sensi dell'art. 420 cpc) per una data successiva alla scadenza del termine di quattro mesi (ora come detto ridotto a tre) previsto dall'art. 5, comma 1-*bis*¹⁷.

La soluzione, che con tutta evidenza mira ad anticipare i tempi per l'esperimento del procedimento di mediazione, non è però del tutto condivisibile sotto il profilo pratico-applicativo, atteso che presuppone che la decisione sulla sussumibilità della controversia tra quelle soggette a mediazione obbligatoria possa prescindere dalla interlocuzione con tutte le parti del giudizio laddove questo momento può risultare utile anche al fine della compiuta qualificazione giuridica del rapporto.

La giurisprudenza¹⁸ si è occupata di una questione analoga, ossia se possa disporsi la rinnovazione della notifica dell'atto di citazione o l'integrazione del contraddittorio per una successiva udienza, con contestuale assegnazione del termine per lo svolgimento della mediazione, giungendo a darvi una risposta negativa.

È stato infatti osservato che tale iter comporta, per la parte chiamata in mediazione che si presenti al mediatore, la sopportazione di costi che avrebbe po-

¹⁵ Trib. Firenze, sez. III, 30 ottobre 2014.

¹⁶ Trib. Modena, 6 maggio 2011, il decreto peraltro assegna ad entrambe le parti il termine per la proposizione della domanda di mediazione laddove il resistente dovrebbe avere un interesse contrario a che il giudizio prosegua.

¹⁷ Trib. Prato, 30 marzo 2011, decr..

¹⁸ Trib. Palermo, sez. distaccata di Bagheria, ord. 30 dicembre 2011; Trib. Como sez. distaccata di Cantù, ord. 2 febbraio 2012.

tuto evitare se avesse potuto argomentare nel giudizio sulla non necessità della mediazione e, per quella che invece preferisca non comparire in mediazione, la necessità di giustificare la propria assenza ai sensi dell'art. 8, comma 4-bis, DLGS 28/2010.

6. Le sanzioni per la mancata partecipazione al procedimento di mediazione

Altra questione che è stata affrontata in giurisprudenza, e che riveste un certo rilievo, è quella se la sanzione, prevista dall'art. 8 comma 4-bis, secondo periodo del DLGS 28/2010, per la parte che non sia comparsa davanti al mediatore senza giustificato motivo possa essere comminata dal giudice già alla prima udienza del giudizio di cognizione ordinario.

La risposta affermativa è stata data da alcune pronunce¹⁹ che, però, ad avviso di chi scrive, non hanno considerato due aspetti che avrebbero dovuto condurre alla conclusione opposta.²⁰ Innanzitutto la parte che non abbia partecipato alla mediazione ha diritto di allegare e dimostrare la sussistenza del giustificato motivo di assenza nei termini previsti per la definizione del *thema probandum* non diversamente da tutti gli altri suoi assunti.

A conforto di tale interpretazione va poi evidenziato come la norma sopra citata sia immediatamente successiva a quella che, dalla stessa circostanza della mancata partecipazione alla mediazione della parte, consente di desumere anche argomenti di prova. Orbene, giacché quest'ultima valutazione non può che avvenire al momento della decisione, non si vede perché quella che può giustificare l'applicazione della sanzione pecuniaria debba avvenire in un momento anteriore.

¹⁹ rib. Termini Imerese, 9 maggio 2012; Trib. Palermo, sez. dist., Bagheria, 20 luglio 2012 che ritiene irrogabile la sanzione, anche prima della decisione finale, quando sia sufficientemente chiaro il motivo della mancata partecipazione alla mediazione.

²⁰ Trib. Roma, sez. dist. Ostia, 5 luglio 2012.

Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185-bis cpc

di *Luciana Razete*

Accanto all'esame della norma per gli aspetti relativi al suo ambito di applicazione, ai tempi ed alle modalità di formulazione della proposta, l'articolo analizza i profili del rapporto del giudice con le parti ed i loro difensori, delle tecniche persuasive, finora affidate all'iniziativa spontaneistica ed alla sensibilità individuale del singolo magistrato, della cumulabilità con altri istituti mediaconciliativi, della potenzialità e degli effetti della conciliazione ex art.185-bis cpc sulla durata ragionevole del processo in una prospettiva di ampio respiro, sotto il profilo programmatico e formativo.

Premessa

La legge 9 agosto 2013 n. 98, di conversione del DL 21 giugno 2013 n. 69 ha apportato varie modifiche non solo al testo originario del DLGS 4 marzo 2010, n. 28, ma anche al nuovo art. 185-bis cpc, intitolato «proposta di conciliazione del giudice», che ora così recita «*il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice*».

L'art. 185-bis cpc è norma applicabile ai processi pendenti in applicazione del principio *tempus regit actum*: infatti l'art. 77 del decreto legge 69/2013, che introduce la proposta di conciliazione del giudice, non contempla disposizioni transitorie e il suo regime di efficacia temporale discende dalla norma finale, art. 86, per cui il decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione (21 giugno 2013 data di pubblicazione in GU).

Con la novella 69/2009, ma ancor più con il decreto legislativo 28/2010 sulla mediazione civile e commerciale, il legislatore pare aver inteso dare un forte impulso a tutti i mezzi di soluzione delle controversie alternativi al giudizio, sebbene i diversi interventi normativi che si sono succeduti al fine di realizzare

tale obiettivo si siano ispirati a principi non sempre coerenti.

L'art. 185-bis cpc si inserisce a pieno titolo nella predetta categoria di interventi sebbene, la norma sia stata notevolmente modificata rispetto alla sua prima versione.

In presenza di una pluralità di sistemi conciliativi, pur con le peculiarità proprie di ciascuno di essi, talora in rapporto di concorrenzialità, appare possibile un loro impiego combinato o in sequenza nell'ambito dello stesso contenzioso.

Non deve trascurarsi che la proposta conciliativa di cui all'art. 185-bis cpc, specie nei processi la cui durata ha superato il termine ragionevole di tre anni (previsto per il giudizio di primo grado, dall'art. 55, comma 2 bis, del DL 22 giugno 2012 n.83 -cd. decreto sviluppo – convertito dalla legge 7 agosto 2012 n. 83) – se anche non servisse a definire la lite – potrebbe conseguire l'effetto di escludere la possibilità per le parti che l'avessero rifiutata di richiedere l'indennizzo per irragionevole durata del processo, stante il disposto dell'art. 2, comma 2 *quinques* della legge 24 marzo 2001 n.89 (cd. legge Pinto), come sostituito dall'art. 55, del DL 83/2012, convertito nella legge 134/2012 che prevede che: «*Non è riconosciuto alcun indennizzo: ... b) nel caso di cui all'articolo 91, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile; ...*» cioè quando la domanda è accolta in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa.

1. Ambito di applicazione

La collocazione sistematica dell'art. 185-bis cpc indurrebbe a ritenere che esso possa trovare applicazione solamente nei giudizi di cognizione ordinaria in cui si controverta di diritti disponibili. In realtà non vi sono ostacoli, sotto il profilo teorico, ad ammettere la formulazione di proposte conciliative, sempre a discrezione del giudice, anche in altri giudizi come nel procedimento camerale o nel giudizio sommario di cognizione *ex art. 702-bis cpc* o in quello cautelare che possa concludersi con un provvedimento destinato ad acquistare una relativa stabilità (e con una condanna alle spese – art. 669-septies, comma 2 e art. 669-octies, *terz'ultimo comma, cpc*). La durata solitamente contenuta di procedimenti del genere comporterebbe però un minor effetto persuasivo connesso alla prospettiva del rifiuto della eventuale proposta conciliativa, ma tale ragionamento andrebbe ribaltato nell'ipotesi di procedimenti – specie in tema di art. 700 cpc e di azioni di nunciazione – che richiedono indagini tecniche necessariamente complesse e dispendiose, in termini di costi e di tempo, e nel caso di *periculum in mora* fortemente rappresentato (si pensi al caso di temuti cedimenti strutturali di un immobile di eziologia incerta e contestata che richiedano sondaggi ed indagini idrogeologiche) in cui la proposta conciliativa, con esecuzione immediata di opere provvisorie, consentirebbe un significativo risparmio di tempo e costi.

In realtà sia un giudizio che risulti definibile prontamente in punto di fatto, ad esempio per mancata specifica contestazione dei fatti dedotti dalla controparte o per la sua natura documentale, sia quello che involga questioni complesse in punto di fatto (la norma impone questioni di facile e pronta soluzione “in diritto” ma non “in fatto”) potrebbero predisporre il giudice ad assumere una simile iniziativa e le parti ad aderirvi, sia pure per ragioni opposte nell'uno e nell'altro caso.

Nel primo infatti potrebbero essere indotte ad accettare la proposta dalla prospettiva di evitare una decisione che, presumibilmente, sopraggiungerà in tempi brevi mentre nel secondo dall'alea sull'esito del giudizio – per gli incerti risultati dell'accertamento dei fatti – e dal rischio conseguente che il contenzioso si articoli in tutti i gradi di giudizio possibili.

2. Tempi di formulazione della proposta

L'originario testo dell'art. 185-bis, introdotto dal DL 69/2013 prima della conversione testualmente recitava: «*Il giudice alla prima udienza ovvero fino a quando è esaurita l'istruzione, deve comunicare alle parti una proposta transattiva o conciliativa. Il*

rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio». Tale versione della norma si ritenne in contrasto con due principi essenziali della funzione giudicante: il principio dell'imparzialità e della terzietà del giudice e il principio del divieto di anticipazione del giudizio da parte del magistrato. La norma era stata formulata in termini imperativi nel senso che il giudice “deve” avanzare alle parti una proposta conciliativa, ma non era chiaro se doveva farlo comunque a prescindere da ogni circostanza processuale.

Per il momento nel quale il giudice deve formulare questa proposta transattiva o conciliativa due le alternative: immediatamente alla prima udienza oppure fino a quando non sia conclusa la fase istruttoria; la formulazione della proposta alla prima udienza appare prematura in quanto l'istruttoria non è ancora iniziata e, come è evidente, le ragioni di fatto e di diritto delle parti si chiariscono ulteriormente almeno al deposito della seconda o terza memoria istruttoria *ex art. 183 comma 6 cpc*. Potrebbe non rivelarsi prematura per le cause di natura documentale ove i documenti sono allegati agli atti introduttivi (ovvero siano stati prodotti in precedenti fasi processuali, ad esempio nella fase monitoria o nel procedimento cautelare *ante causam*).

La formulazione della proposta «sino a quando è esaurita l'istruzione» inciso mantenuto dalla legge di conversione, non è quindi del tutto esente da criticità: parrebbe indicare un riferimento dell'ultimo atto istruttorio, escludendo l'udienza fissata per la precisazione delle conclusioni (per il rischio, di un'anticipazione, nella proposta, del convincimento del giudice in relazione alla futura decisione ed in cui la proposta formulata si atteggierebbe verso le parti – che possono o no accettarla – come una minaccia per la futura decisione, tenuto conto che le parti non hanno l'obbligo di conciliare).

Una proposta conciliativa formulata in sede di precisazione delle conclusioni tenuto conto dei termini di cui all'art 190 e dei tempi di redazione della sentenza non sortirebbe poi apprezzabili economie sulla durata del processo.

Può quindi concludersi che la proposta conciliativa/transattiva possa trovare spazio nella fase della trattazione (prima udienza) o nella fase dell'istruzione, e che esaurita e chiusa l'istruttoria, non sussista più per il giudice il potere-dovere di formulare una ipotesi conciliativa o transattiva, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 185-bis cpc. Questa lettura della norma discende sia dalla sua formulazione letterale («sino a quando è esaurita l'istruzione» indica esplicitamente come limite dell'attività del giudice di formulare i termini della transazione o della conciliazione quello della fase istruttoria) sia dall'interpretazione

logico sistematica, in quanto stabilire il potere dovere del giudice di formulare (non potendo ciò avvenire se non in termini sufficientemente specifici e dettagliati) alle parti una ipotesi conciliativa o transattiva della controversia, in una fase in cui è già chiusa l'attività istruttoria e non resta che rimettere le parti alla decisione, significherebbe imporre al giudice di anticipare – esplicitando il contenuto della ipotesi transattiva/conciliativa – la sua probabile decisione finale, senza che possa sopravvenire alcun nuovo elemento istruttorio utilizzabile per la decisione.

Nessun ostacolo pare quindi esservi alla formulazione della proposta nel caso in cui, dopo essere stata posta in decisione, la causa ritorni sul ruolo per integrazione di attività istruttoria.

3. Modalità di formulazione della proposta

Il legislatore, in sede di conversione del DL 69/2013, ha omissso di disciplinare le modalità di formulazione dell'eventuale proposta di soluzione conciliativa.

Ancorché la norma nulla disponga sul *modus procedendi* di norma, sia che la proposta sia contenuta in un'ordinanza riservata che formulata in udienza sarà assegnato alle parti termine fino alla data dell'udienza per il raggiungimento di un accordo amichevole sulla base di tale proposta; all'udienza fissata le parti potranno anche non comparire, ove abbiano ritenuto di accordarsi sulla base della proposta stessa; viceversa, in caso di mancato accordo, potranno in quella sede, fissare a verbale quali siano state le rispettive posizioni, anche al fine di consentire la eventuale valutazione giudiziale della loro condotta processuale ai sensi degli artt. 91 e 96, co. 3, cpc.

La nuova disposizione non prescrive che la formulazione della proposta conciliativa si collochi all'interno di un tentativo di conciliazione. Se può pertanto ammettersi che il giudice formalizzi una ipotesi di soluzione amichevole anche al di fuori dell'udienza, ad esempio a scioglimento di una riserva (in questo caso le parti potranno aderire con differenti modalità a quella iniziativa): è indubbio che essa potrà più facilmente realizzarsi se l'iniziativa sarà stata preceduta da un tentativo di conciliazione, in quanto tale incombenza consente al giudice di rendersi conto di quali siano le compiute ragioni del conflitto sostanziale tra le parti e quindi di acquisire le notizie utili ad elaborare una proposta rispondente ad esse.

Non è affatto necessario che la proposta di definizione amichevole o il tentativo di conciliazione vengano sollecitati dalle parti, atteso che il giudice istruttore, ai sensi dell'art. 185, primo comma, seconda parte,

cpc ha facoltà, in ogni stato e grado del processo, di fissare l'udienza di comparizione personale delle parti per procedere al loro libero interrogatorio ed, in tale occasione, può esperire per la prima volta o rinnovare il tentativo di conciliazione già esperito e all'esito di esso formulare la proposta dopo aver verificati, attraverso i difensori delle parti, la disponibilità delle stesse ad una soluzione amichevole della lite.

A differenza dell'attività che il giudice svolge nell'ambito del più generale tentativo di conciliazione delle parti ex art. 185 cpc (che si estrinseca nell'attività del giudice di stimolare le parti affinché si scambino, nell'ambito della loro autonomia privata, proposta e accettazione di accordi convenzionali transattivi o conciliativi) – la norma in esame configura in capo al giudice – il potere dovere di porre in essere una specifica attività consistente nel farsi promotore del contenuto di una ipotesi conciliativa o transattiva. Ed in tale ricerca di equilibrio tra i contrapposti interessi dei contendenti condivisibilmente, il potere del giudice di rivolgere alle parti proposte conciliative può tenere conto anche del più ampio eventuale contenzioso cioè delle questioni di lite esistenti tra le parti, che non siano oggetto dello specifico processo pendente, anche se siano connesse con lo stesso, di modo che l'assetto conciliativo vada a comporre il conflitto nel suo complesso non limitandosi a definire la singola controversia (v. Trib. Milano, sez. IX civ., decr. 14 novembre 2013; Trib. Roma, 23 settembre 2013, in *Osservatorio Mediazione Civile* n. 74/2013).

Un serio disincentivo all'utilizzo dell'istituto in esame, quantomeno dopo il momento dell'ammissione delle richieste istruttorie, può derivare dall'art. 81-bis, primo comma, cpc sul *calendario del processo* che impone al giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, di fissare, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive.

Il giudice che ha già calendarizzato tutte le udienze in cui si svolgerà l'attività istruttoria delle cause che tratta che si determini a formulare proposte di definizione bonaria di una o più di esse, dovrebbe riprogrammare le udienze successive a quel momento sia nell'eventualità in cui le parti aderissero alla proposta sia nel caso in cui chiedessero un termine per esaminarla.

Nella norma non esiste una previsione per cui la proposta conciliativa debba essere *motivata*, bastando che in essa siano indicate alcune fondamentali direttrici che potrebbero orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta e sulla opportunità e convenienza di farla propria, ovvero di svilupparla autonomamente.

Una proposta generica va necessariamente integrata, tenuto conto dell'art. 91, comma 1, secondo

periodo cpc, cosicché, solo se il rifiuto di essa sarà sorretto da un giustificato motivo non vi saranno conseguenze per la parte che lo abbia opposto mentre, in caso contrario, essa sarà condannata alla rifusione delle spese maturate dopo la formulazione della proposta, salvo che non sussistano i presupposti per la loro compensazione parziale o integrale.

Anche il rifiuto della proposta giudiziale (che di per sé non comporta alcuna sanzione) dovrà essere adeguatamente motivato, al fine di ridurre il rischio di incorrere in condanne ex artt. 91 e 96 cpc e alla luce di questo principio emergente in varie pronunce, sarà opportuno che tale motivazione sia comunque esplicitata dai legali delle parti anche in assenza di un esplicito invito del giudice in sede di redazione della proposta.

Il rifiuto senza giustificato motivo di una delle parti condurrà il giudice a valutare la scelta ai fini del giudizio assumendo rilievo endoprocesuale sul regolamento delle spese ed extraprocesuale – in via eventuale e mediata – ai fini d esclusione dell' indennizzo ex legge Pinto.

4. Soluzione amichevole: possibile sinergia di vari strumenti mediaconciliativi a disposizione del giudice. Conciliazione mediazione

La Proposta conciliativa si differenzia in modo netto dall'altra previsione (introdotta dalle sovraccitate norme) secondo cui «*il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione...*». Questa previsione fa riferimento, comunque, ad un vero e proprio procedimento di mediaconciliazione autonomo e distinto dal giudizio in essere, anche se delegato dal giudice, che si differenzia nettamente dall'istituto regolato dall'art. 185-bis che fa riferimento ad una mera conciliazione giudiziale di cui il legislatore ha inteso incentivare le potenzialità applicative; è peraltro prevedibile un più frequente ricorso da parte del giudice all'istituto di cui all'art. 185-bis cpc piuttosto che alla mediaconciliazione delegata: appare improbabile che il giudice possa delegare a terzi l'esperimento del tentativo di conciliazione, qualora si avveda, autonomamente o su segnalazione dei difensori, di una disponibilità conciliativa delle parti, cui dedicare un'apposita udienza, necessariamente in tempi brevi.

Per Trib. Milano, sez. IX civile, ord. 29.10.2013, la modifica normativa ha previsto la possibilità per il giudice (anche di appello) di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione (cd. mediazione *ex officio*) a prescindere dall'elenco delle materie sottoposte alla cd. mediazione obbligatoria di cui all'art. 5 comma 1-bis (e quindi può ricadere anche su controversie aventi ad oggetto il recupero di un credito rimasto insoddisfatto). Anche per la mediazione *ex officio* è vincolante la previsione di cui al novellato art. 4 comma III DLGS 28/2010: la domanda di mediazione, pertanto, va presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia, disposizione, secondo il giudice, derogabile con l'accordo delle parti (che pertanto potranno rivolgersi con domanda congiunta ad altro organismo scelto di comune accordo).

Le parti, assistite dai rispettivi difensori, possono trarre utilità dall'ausilio, nella ricerca di un accordo, e anche alla luce della proposta del giudice, di un mediatore professionale, sicché è possibile prevedere, anche all'interno dello stesso provvedimento che contiene la proposta del giudice, un successivo percorso di mediazione demandata dal magistrato che potrebbe risultare vantaggioso per entrambe. Un'applicazione per così dire simultanea dei due istituti comporterebbe l'assegnazione alle parti un termine fino ad una certa data per il raggiungimento di un accordo amichevole sulla base della proposta giudiziale prevedendo, dalla eventuale infruttuosa scadenza del suddetto termine, il decorso un ulteriore termine di quindici giorni per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di mediaconciliazione, con il vantaggio di poter pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale, della controversia in atto. Interessante in quest'ottica l'ordinanza del Trib. Roma, 30 settembre 2013, dott. Moriconi (in *G.dir.*, 2013, 45), che rappresenta un'ulteriore applicazione del nuovo art. 185-bis cpc, in tema di proposta transattiva o conciliativa formulata dal giudice in pendenza della lite ed esempio pratico di applicazione della cosiddetta mediazione delegata, ovvero di proposta conciliativa del giudice e successivo invito a rivolgersi ad un organismo di mediazione¹.

Appaiono invece improbabili i risultati positivi della mediaconciliazione delegata da attuarsi in uno stato avanzato della lite, in una fase in cui l'istruttoria

¹ Così la motivazione: «Si ritiene che in relazione all'istruttoria fin qui espletata ed ai provvedimenti già emessi dal giudice, le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo conciliativo. Una tale soluzione, che va assunta in un'ottica non di preconcetto antagonismo giudiziario, ma di reciproca rispettosa considerazione e valutazione dei reali interessi di ciascuna delle parti, non potrebbe che essere vantaggiosa per entrambe. Invero la controversia non ha fatto emergere questioni di diritto complesse, e dubbi tali da richiedere approfondite analisi e

– seppure non esaurita – sia ormai pervenuta ad esiti dirimenti (si pensi all’esito di una CTU grafica o alla confessione giudiziale) in quanto essa si insinua in una causa già ormai avviata alla decisione e quindi in cui si può prescindere ben poco dallo stato degli atti.

Deve anche segnalarsi la prassi (sempre più diffusa, in svariati tribunali) di conferire incarico al consulente tecnico d’ufficio, oltre che di rispondere a specifici quesiti tecnici, di cercare una soluzione bonaria della vertenza anche alla luce delle risultanze peritali, prassi che si ricollega anche al disposto dell’art. 696-bis cpc, regolante la consulenza tecnica preventiva finalizzata alla composizione della lite. È certamente prassi virtuosa: il CTU dispone degli strumenti per ipotizzare una definizione della vertenza basata su dati oggettivi, il che ha una fondamentale importanza in cause “tecniche”, quali quelle edilizie o simili: in esse, certamente, è molto più agevole per il CTU, che per il giudice, delineare i termini di una proposta ex art. 185-bis (v ad es. Trib. Nocera, sez. I, Giudice-Levita, 27 agosto 2013, in *Dir.&Giust.*, 2013, 2). Resta un margine di dubbio se la proposta del CTU possa avere lo stesso valore, ai fini di cui all’art. 185-bis cpc, di quella fatta dal giudice (questione che potrebbe essere esplicitata in sede di redazione del quesito e di conferimento dell’incarico per fugare ogni dubbio).

Molteplici dunque gli strumenti a disposizione del giudice, volti ad incentivare la composizione bonaria delle vertenze sulla base, però (e a differenza da quanto accade nella mediaconciliazione preventiva), di una situazione processuale ed istruttoria più avanzata, più definita e delineata nei suoi termini, tale pertanto da rendere anche più agevole una valutazione completa delle rispettive posizioni delle parti e quindi della convenienza od opportunità di chiudere la lite prima della decisione del giudice.

5. Rapporti tra giudice parti e difensori nella proposta ex art. 185-bis cpc

La possibilità per il giudice istruttore di formulare la proposta in qualunque momento del giudizio purché non sia ultimata la fase istruttoria rende *differentemente* tale potere/dovere per il giudice civile ordinario rispetto a quello che detiene il giudice del lavoro. Nel rito del lavoro, infatti, il giudice può formularla solo ed esclusivamente alla prima udienza, ai sensi dell’art. 420 cpc e la rivolge non agli avvocati difensori (come accade nell’art. 185-bis), ma alle parti, comparse personalmente in udienza. Le parti potranno accettare formalmente la proposta, a mezzo dei rispettivi difensori, purché essi siano muniti di procura speciale, o comparendo di persona davanti al giudice per concludere una conciliazione giudiziale o per rinunciare agli atti del giudizio o lasciando estinguere il giudizio.

La direzione della proposta ex art.185-bis ai difensori ne potrebbe senza dubbio limitare la concreta operatività pratica, sminuendo l’incisività della proposta, sicuramente maggiore se rivolta direttamente alle parti in giudizio (il legislatore avrebbe potuto ben modificare il già presente art. 185 o, diversamente, ritornare al vecchio art. 183 cpc, ricorrendo ad un interrogatorio libero delle parti disposto dal giudice a seguito del quale il giudice stesso avrebbe potuto formulare la proposta.) In tale senso l’art.185-bis cpc, al di là dell’apparente novità, in realtà è apparso ai primi commentatori una rivisitazione di istituti già esistenti e riesumazione di istituti non più in vigore. Il giudice formula la proposta ai difensori delle parti poiché queste *non sono obbligate a comparire personalmente*. I difensori hanno così l’obbligo di riferire alle parti la proposta conciliativa formulata dal giudice. Una proposta formulata da un terzo, preclude, però,

difficili interpretazioni dei testi normativi. La condizione postulata dall’art.185-bis (come introdotto dall’art.77 del DL 21.6.2013 n.69 conv. nella l. 9.8.2013 n. 98) della *esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto*, trova il suo fondamento logico nell’evidente dato comune che è meno arduo pervenire ad un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall’inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell’esito applicativo che il Giudice ne dovrà fare. Anche la natura ed il valore della controversia in un’accezione rapportata ai soggetti in causa, sono idonei a propiziare la formulazione di una proposta da parte del giudice ai sensi della norma citata. Trattandosi di norma processuale, in applicazione del principio *tempus regit actum*, è applicabile anche ai procedimenti già pendenti alla data della sua entrata in vigore. ... Benché la legge non preveda che la proposta formulata dal giudice ai sensi dell’art.185-bis cpc debba essere motivata (le motivazioni dei provvedimenti sono funzionali alla loro impugnazione, e la proposta ovviamente non lo è, non avendo natura decisionale); tuttavia si indicano alcune fondamentali direttrici che potrebbero orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta e nella opportunità e convenienza di farla propria, ovvero di svilupparla autonomamente vale a dire la possibilità che le parti, assistite dai rispettivi difensori, possano trarre utilità dall’ausilio, nella ricerca di un accordo, ed anche alla luce della proposta del giudice, di un mediatore professionale di un organismo che dia garanzie di professionalità e di serietà, è possibile prevedere, anche all’interno dello stesso provvedimento che contiene la proposta del giudice, un successivo percorso di mediazione demandata dal magistrato. Alle parti si assegna termine fino alla data del ... per il raggiungimento di un accordo amichevole sulla base di tale proposta. Dalla eventuale infruttuosa scadenza del suddetto termine, decorrerà quello ulteriore di gg. 15 per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell’art. 5 del decreto; con il vantaggio di poter pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. artt. 17 e 20 del decr.legisl. 4.3.2010 n. 28), della controversia in atto. Viene infine fissata un’udienza alla quale in caso di accordo le parti potranno anche non comparire; viceversa, in caso di mancato accordo, potranno, volendo, in quella sede fissare a verbale quali siano state le loro posizioni al riguardo, anche al fine di consentire al giudice l’eventuale valutazione giudiziale della condotta processuale delle parti ai sensi degli artt. 91 e 96 III cpc».

alla parte che si trova a doverla valutare, la possibilità di cogliere una serie di sfumature ed orientamenti che sicuramente traspaiono dall'invito proveniente direttamente dal giudice. Per quanto la proposta venga riportata al proprio cliente dal difensore con intento di imparzialità, è tuttavia inevitabile che risenta del giudizio e dell'interpretazione personale dello stesso senza contare la frequente ipotesi in cui il difensore delega altri colleghi a comparire in udienza in sua vece ed in questo caso, la proposta potrebbe subire ulteriori filtri ed interpretazioni e, potrebbe risultare falsata rispetto all'intento originale. Non va sottovalutato il rapporto tra difensore e cliente e il fatto che non è facile far collimare gli incentivi del rappresentante con quelli del rappresentato.

Nella mia esperienza, nel formulare la proposta, ho sempre preferito disporre la comparizione personale delle parti privilegiando un loro contatto diretto con il giudice che evita quel possibile travisamento delle sfumature della proposta – da parte dei difensori e dei loro sostituti di udienza – fondata su delicati equilibri, ma anche per sollecitare, attraverso il loro libero interrogatorio, l'emersione delle ragioni profonde del contrasto attraverso un dibattito diretto nel quale fondamentale appare la comunicazione tra giudice e parti, scevra da eccessivi tecnicismi.

6. Come il giudice perviene alla proposta conciliativa. Un'analisi basata sull'esperienza

La proposta conciliativa si fonda su ciò che emerge dall'istruzione probatoria (o dai fatti non contestati e quindi non bisognosi di prova) e sulle reciproche eventuali rinunce di entrambe le parti.

Il giudice, in qualità di promotore, dovrà sviluppare una particolare sensibilità nel cogliere la possibilità di conciliazione sin dalla prima udienza (si imporrebbe un percorso di formazione per magistrati e avvocati: i primi con lo scopo di potenziare le capacità conciliative, i secondi con quello di migliorare le capacità di valutazione di proposte transattive). Se è vero che la ragione del scarso successo della mediazione è legata sia ad una radicata resistenza della classe forense verso l'ADR sia ad una certa diffidenza delle parti nei confronti di un soggetto che non ritengono tecnicamente attrezzato, risulta chiara la *ratio legis* che si fonda sull'importanza, in tale veste conciliativa, di un soggetto terzo e neutrale che, però, a differenza del mediatore professionale, ha la *potestas decidendi*, e sul cui prestigio ed autorevolezza le parti confidano (nonostante le tristi campagne di delegittimazione della magistratura non arginate dalla classe politica di qualsiasi colore). Il giudice – negoziatore efficace nel processo interattivo di comunicazione tra

due litiganti – è soggetto che ha piena contezza delle rispettive pretese e delle emergenze processuali che, in alcuni casi, lo stesso ha raccolto.

Se, come sarà opportuno, sarà stata disposta la comparizione personale delle parti, il giudice dovrà prestare speciale attenzione alla comunicazione con persone che hanno difficoltà di approccio al linguaggio giuridico ed ai meccanismi processuali anche nei casi di soggetti non illetterati e con discreto livello di scolarità. La comunicazione deve essere del tutto scevra da tecnicismi ed adeguata al livello culturale ed al profilo delle parti (si pensi a soggetti di età avanzata seppur pienamente capaci) nella consapevolezza che, specie in contesti territoriali connotati da forte depressione economica e culturale, i contendenti hanno talora difficoltà a destreggiarsi con l'italiano adoperando come normale canale di comunicazione il dialetto.

La realtà che affronto quotidianamente è proprio quella di un contesto provinciale con livello culturale non elevato – in un territorio inesorabilmente e costantemente all'ultimo posto della classifica per qualità della vita – una realtà in cui il substrato economico produttivo di tipo industriale è praticamente assente e che – nonostante l'immenso patrimonio artistico e naturalistico, gravemente sfregiato dall'abusivismo edilizio – vive di agricoltura, di poco turismo, di terziario ed anche di assistenzialismo, caratterizzata da emigrazione fortissima dove comunque intenso rimane il legame con il territorio e la proprietà fondiaria. Questi profili si riverberano sul contenzioso nel senso che le vicende giuridiche ruotano intorno alla gestione di immobili, a questioni di rapporti vicinato, di diritti reali, di successioni ed, in minor misura, di rapporti commerciali con elevato ricorso al patrocinio a spese dello Stato (per le modeste soglie di reddito dei litiganti).

Nonostante l'espresso inciso dell'articolo 185-bis, nel suo ultimo comma, cpc – che pone la proposta al riparo dalla riconsuazione – quale che sia il livello di scolarità dei nostri interlocutori, per favorirne il successo, sarà comunque indispensabile chiarire alle parti che la proposta prescinde del tutto da una valutazione del merito della causa, dalla *ragione e del torto rispettivi* si da chiarire che *il giudice in definitiva non parteggia per le posizioni di alcuno dei contendenti* e mira soltanto ad una definizione della causa che consenta ad entrambi di raggiungere un risultato concreto, soddisfacente, conveniente e vantaggioso in tempi brevi e soprattutto più economici nell'ottica di un risparmio anche delle spese di giustizia; è evidente che questa premessa metodologica attiene al momento del contatto o meglio del primo contatto tra il giudice le parti (colmando eventuali lacune informative dei procuratori che non abbiano ben chiarito le finalità della proposta) e dovrebbe indurre le parti ad una condizione di maggiore affidamento e serenità nella percezione in dettaglio della proposta; questa fase sarà accompagna-

ta dal cosiddetto adeguamento al registro comunicativo dei contendenti e preceduta da un attento esame preliminare degli atti volto ad individuare non solo il *thema decidendum* (i fatti effettivamente controversi) ma anche le questioni giuridiche di facile e pronta soluzione. Il dibattito orale, in sede di comparizione delle parti, consentirà l'emersione delle ragioni "naturalistiche" di contrasto, ad esempio, la presenza di forti e radicati contrasti personali tra le medesime parti, magari per precedenti controversie insorte tra le stesse o tra le rispettive famiglie (ad es per ragioni di intolleranza nei rapporti vicinato), come nella materia successoria, la presenza di sentimenti di rivalsa per ataviche ragioni familiari personali o, di contro, l'esistenza di condizioni ostative di tipo obiettivo come illiquidità della società debitrice nei rapporti commerciali. La piena cognizione delle ragioni profonde del contrasto consentirà di calibrare al meglio quelle che sono le tecniche della *moral suasion* e cioè il cosiddetto potere di attrattiva dei risultati a seconda della natura delle ragioni stesse. A tale dibattito processuale sarà opportuno dedicare abbastanza spazio con udienza *ad hoc* o con destinazione di apposita fascia oraria.

Gli *incentivi* sono di norma rappresentati: a) dall'accorciamento dei tempi di attesa; b) dall'eliminazione del rischio: di accordi frettolosi sotto la spinta magari di una esecuzione; degli alti costi degli accertamenti tecnici; della cattiva pubblicità sul mercato per tutta la durata del processo; di opportunità perse ed affari sfumati con altri soggetti (ad esempio una vendita immobiliare ostacolata dalla presenza della trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica di un preliminare); dell'intervento di misure cautelari limitative della disponibilità del bene (come un sequestro giudiziario con nomina di un custode esterno); di interruzione di relazioni d'affari durante la pendenza delle lite; dello stress emotivo e psicologico per l'exasperazione dei rapporti interpersonali specie tra stretti congiunti e soggetti legati da relazioni di vicinato o societarie, in quest'ultimo caso, con ripercussioni negative sulla vita aziendale e sulla gestione del bene comune. *Indispensabile per il giudice*: la capacità di ascolto che agevoli il confronto ed infonda alle parti maggior fiducia con domande aperte volte a far emergere le ragioni reali del conflitto, emozioni, risentimenti intensi, ostacoli emotivi ed i prodromi della controversia, le aspettative e finalità perseguite, i timori e quel che le parti ritengono effettivamente negoziabile, pregressi relazioni e rapporti economici che impongano di mantenere un rapporto di cooperazione per i vantaggi personali e squisitamente economici che ne derivano (ove le parti – nonostante la controversia – siano obbligate a materne rapporti economici come ad esempio nel contratto di agenzia) ovvero il sopravvenuto disinteresse al mantenimento del rapporto che possa condurre ad una sua risoluzione consensuale

con un'equa compensazione pecuniaria (o ad esempio con restituzione dei beni oggetto della transazione commerciale) o ancora l'interesse al pagamento pur con dilazioni e scansioni temporali nel caso il creditore sia in condizioni di temporanea difficoltà economica, reversibile nel breve periodo. Si impone quindi la concentrazione su interessi prioritari e sulle aspettative delle parti e sulle ragioni del conflitto reale, su interessi profondi, timori, ostacoli che hanno impedito di accordarsi autonomamente utilizzando la rappresentazione dei rischi di cui sopra come strategia per superare tali remore, analisi che impone la preliminare raccolta di informazioni specie sulla genesi concreta del conflitto, sulla sua storia ed anche su altri procedimenti pendenti e tentativi di conciliazione e cause di interruzione dei precedenti negoziati. Necessario un percorso di condivisione alla soluzione della contesa oltre alla rappresentazione della irragionevolezza di una diversa opzione. In tale prospettiva è fondamentale adottare un registro comunicativo adeguato, anche attraverso il comportamento non verbale, sviluppando una formulazione neutrale della proposta e l'elaborazione e sviluppo di una soluzione partecipata in cui i contendenti abbiano un ruolo attivo ed, a loro volta, propositivo. Un esempio: in una controversia ereditaria in cui pacifico il valore frazionario delle quote legittime (o delle quote di riserva) la controversia attenga esclusivamente alla stima dell'immobile da dividere (specie ove, in realtà, le ragioni della mancata divisione amichevole risiedano in risalenti rancori tra i condividenti legati da vincoli di stretta parentela) sarà ben convincente l'argomento economico relativo alla risparmio nei costi delle CTU e dei tempi del processo che terrebbe in qualche modo legate le parti in un contenzioso persistente oltre a quello della concretezza e maggiore immediatezza ed economicità dei risultati soprattutto ove si rappresenti la enorme difficoltà di vendita di beni non divisibili o non comodamente divisibili (destinati a restare invenduti specie nell'attuale situazione di stasi e declino delle transazioni immobiliari) e la più agevole soluzione offerta dai conguagli in danaro, ancor più agevolmente praticabile nel caso di azione di riduzione per lesione di legittima in cui la rinuncia all'azione con il conguaglio pecuniario consentirebbe anche un maggior risparmio fiscale. Lo spauracchio della prolungata tensione derivante dalla durata del processo non è di poco momento soprattutto quando uno dei contendenti sia più desideroso di definire i rapporti con la controparte anche a costo di qualche maggior sacrificio economico. In un caso abbastanza recente di scioglimento di comunione (di beni mobili) tra ex coniugi, privi di prole, a tra i quali era già stata pronunciata, da tempo, sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, dopo la loro comparizione personale, ha trovato immediato accoglimento una proposta conciliativa da parte dell'ex coniuge detentore dei beni con pagamento di una com-

pensazione pecuniaria, tenuto conto della antieconomicità del protrarsi del processo, in termini di tempo e di costi della procedura – per le contestazioni esistenti sulla provenienza di arredi e suppellettili oggetto di un lungo elenco (contestando l'acquisto in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale e la provenienza da donazioni, circostanze bisognose di prova): la parte detentrica dei beni – evidentemente più desiderosa di troncare ogni tipo di relazione con l'ex coniuge – offrì *banco iudicium* e senza dilazione, una consistente somma di denaro, forse superiore al probabile valore della metà dei beni, quale si evinceva sommariamente dagli atti e che la controparte non poté fare a meno di accettare. Evidentemente il disagio derivante dalla pendenza del processo e dalla permanenza del contrasto, più che la rappresentazione dei costi, in quel caso, ebbe una valenza preponderante sul sacrificio pecuniario che la soluzione conciliativa comportava: in altri termini il “costo” psicologico del processo superò il suo profilo economico.

Talvolta quindi la tensione derivante dalla permanenza del processo è un punto favorevole alla soluzione transattiva ove questa sia suscettibile di determinare la cessazione di ogni tipo di contrasto (e forse anche di contatto) con la controparte. In un altro caso di lite, sempre tra ex coniugi, l'attribuzione patrimoniale dei beni in contesa alla prole – la cui tutela era di comune interesse – ha eliminato un variegato contenzioso in sede di cognizione ordinaria ed esecutiva (con vari procedimenti incidentali) oltre ai procedimenti penali innescati da querele poi rimesse.

Talvolta, al contrario, la soluzione transattiva consente il mantenimento del rapporto tra le parti ed il ripristino delle normali relazioni commerciali; ad esempio, nel caso di rapporti di fornitura abituale tra due soggetti imprenditoriali – produttore e fornitore – la soluzione del contrasto, in sede conciliativa, consente una serena ripresa della relazione commerciale nel lungo periodo a differenza dell'intervento giudiziale che rappresenta sempre una cesura più radicale del rapporto tra le parti; analogamente in materia di beni comuni la soluzione transattiva consente una gestione più razionale ed economica delle *res*.

Un altro esempio: a causa dell'ostruzione e danni ad un canalone di scolo che attraversava diversi fondi, in sede cautelare ex art. 700 cpc, erano contestate le ragioni dell'avaria e del malfunzionamento dell'impianto con reciproci addebiti di responsabilità. L'accoglimento della proposta conciliativa, con interventi comuni di rimozione di detriti e manutenzione del canale con ripartizione delle spese in misura approssimativamente proporzionale all'estensione delle rispettive proprietà fondiari, evitò una complessa e non breve indagine tecnica sulle cause dell'intasamento del canale e sulle rispettive responsabilità e sugli interventi da effettuare così consentendo una

rimozione immediata degli inconvenienti lamentati, una ripresa della funzionalità dell'impianto con beneficio immediato per i fondi allagati, un miglior rapporto di collaborazione tra i proprietari confinanti, suscettibile di evitare future tensioni (che qualche volta si traducono in attività ritorsive).

Le materie possessoria e cautelare, fortemente connotata da tali caratteristiche di tensione personale, come quella ereditaria, dei rapporti vicinato, della comunione e condominio meglio si prestano alla ricettività di una proposta conciliativa, di immediata operatività, nell'ottica di una rapida soluzione della controversia. Qualche volta invece in materia di relazioni commerciali l'attuazione di una soluzione conciliativa non è istantanea come nel caso in cui le ragioni di inadempimento siano da ricondurre a una transitoria crisi di liquidità dell'onerato o ad una difficoltà di produzione o ad un cambiamento degli standard produttivi che mal si presta a una soluzione immediata ed a cui meglio risponde una dilazione ragionevole di pagamenti ovvero una graduale revisione condivisa degli accordi commerciali che consenta di mantenere il rapporto di fiducia tra gli operatori.

In tal caso la proposta impone una ponderazione più accurata dei contrapposti interessi economici in gioco, della situazione patrimoniale dei contendenti e la ricerca di un punto di equilibrio che non è solo una media aritmetica delle reciproche pretese ma un punto di convergenza che tenga conto di molteplici fattori, suscettibili di valutazione economica ma non quantificabili in termini meramente aritmetici, quali l'avviamento, la durata dal rapporto commerciale, la penetrazione del prodotto nel mercato, la posizione del consumatore finale.

Sull'attività conciliativa ex art. 185-bis cpc pesano *due grandi interrogativi*: se, in una situazione in cui, per espressa previsione della norma, le questioni giuridiche sono di *facile e pronta soluzione*, sia corretto rappresentare alle parti – per definizione digiune di diritto – alcuni effetti giuridici per così dire scontati e costituenti “diritto vivente”; ad esempio l'impossibilità della prova tra le parti della simulazione relativa in assenza di una controdiagnosi, l'inammissibilità di una prova orale di contratti per cui sia richiesta la firma scritta, *ad substantiam*, l'impossibilità di circolazione di beni edificati senza concessione e non sanabili (in tema di richiesta di sentenza costitutiva ex art. 2932 cc), o, in materia di rapporti bancari, il computo della commissione di massimo scoperto ai fini del tasso soglia dell'usura (si pensi al proliferare del contenzioso bancario per rilievi che hanno trovato soluzioni giurisprudenziali univoche, confortate dalle pronunce delle sezioni unite della Cassazione ed in cui la quantificazione, da parte del CTU contabile delle poste indebite, dà talora risultati prossimi al costo delle indagini peritali (liquidate con compenso a scaglioni sul valore

della controversia: saldo negativo dei conti). Ritengo che tale scelta, in presenza di principi che costituiscono “diritto vivente” (quadro normativo di riferimento e interpretazioni giurisprudenziali del tutto univoci) appaia legittima onde sgombrare il campo da questioni su cui vi è ormai certezza legislativa e/o orientamenti giurisprudenziali consolidati. L’ultima comma dell’art. 185-bis cpc eviterà che una sostanziale anticipazione di giudizio o meglio dei principi di diritto applicabili alla fattispecie determinino una riconsiderazione.

Altro interrogativo – che attiene a profili di politica giudiziaria – è la ponderazione degli sforzi del decidente per l’elaborazione e la realizzazione di una proposta conciliativa in rapporto a quelli, talora minori, che richiederebbe la redazione di un provvedimento decisorio, redatto magari con richiamo ai precedenti pacifici e con ricorso a precedenti motivazioni analoghe ed ai risultati di una CTU pienamente condivisibili e non oggetto di rilievi specifici: qualche volta questo sbilanciamento si verifica ma non va trascurato che anche la soluzione conciliativa rappresenta un momento alto di affermazione della giurisdizione, nella prospettiva di una sollecita e soddisfacente risposta di giustizia e della salvaguardia del tessuto economico produttivo, senza le lacerazioni che qualche volta la pronuncia giudiziale inevitabilmente produce e perciò merita di essere perseguita nonostante un apparente sbilanciamento del rapporto immediato sforzo/beneficio isolatamente considerato, in vista delle potenzialità espansive del contenzioso insite nella pronuncia ed in un’ottica deflattiva di più ampio respiro.

La pendenza del processo è suscettibile di ingenerare, a parte le impugnazioni, possibili richieste di misure cautelari ed anticipatorie in corso di causa e reclami ex art. 669-terdecies cpc per le prime; la pronuncia della sentenza è seguita da procedimenti esecutivi e relative opposizioni ex art. 615 e 617 cpc, nelle quali trovano frequente spazio le sospensioni dell’esecuzione ex art. 624 cpc ed i relativi reclami ex art. 66-terdecies, a parte i costi per l’Erario dell’ammissione a gratuito patrocinio cui si fa frequente ricorso nelle aree economiche depresse (e relative liquidazioni e possibili opposizioni ex art. 170 DPR 115/2002 e 15 DLGS 150/2011). Quindi la soluzione conciliativa – ancorché laboriosa ed impegnativa – oltre ad eliminare il contrasto tra le parti in lite evita la non rara insorgenza di questa *filiera* di ulteriore contenzioso che appesantisce il sistema giustizia e genera costi non indifferenti per l’Erario.

7. La proposta conciliativa in una dimensione programmatica organizzativa della gestione del contenzioso

Ardua una progettualità dell’incidenza sui procedimenti definiti nell’ambito dei programmi di gestione dell’arretrato civile ex art. 37 DL 98/2001, convertito nella legge 111/2011, delle proposte conciliative – affidate finora all’iniziativa individuale del singolo magistrato senza una precisa metodologia e rilevazione statistica – specie nel rapporto percentuale tra numero delle proposte ed esiti positivi (in base agli attuali format ex art. 37 gli esiti positivi delle proposte conciliative ex art. 185-bis cpc si collocano tra i procedimenti “altrimenti definiti” cioè non definiti con sentenza ma senza una loro autonoma evidenza statistica che consentirebbe di misurare il tasso della litigiosità sul territorio).

L’elaborazione dei cd. carichi esigibili, nell’ambito dei programmi di cui al citato art. 37, non è certo una scienza predittiva ma si basa su una *prognosi* che parte dalla *diagnosi* dei risultati del periodo precedente tenendo conto, in tale proiezione, di diverse variabili (indici relativi all’ufficio ed al ruolo giudiziario) tra le quali il tasso di litigiosità dovrebbe trovare spazio così come potrebbe trovare collocazione sistematica nel programma Strasburgo 2 il cui avvio il 14 gennaio corrente ha avuto ampia eco negli organi di stampa e che si ispira al principio cd. FIFO².

Programma Strasburgo 2 è il nome del progetto del Ministero della Giustizia che ricalca da vicino il progetto organizzativo del Tribunale di Torino, risalente al 2001, preso a modello anche in altri uffici giudiziari, da Marsala, a Genova e Prato. Una prima fase del piano ministeriale si è già concretizzata con l’acquisizione delle statistiche aggiornate dell’arretrato civile esistente; ora, seguendo il principio ‘Fifo - first in, first out’, ossia la prima causa che entra è la prima ad uscire, si punta all’azzeramento in tempi brevissimi di parte dell’arretrato: smaltire quindi entro 6 mesi gli affari contenziosi (in totale 86.283) iscritti a ruolo fino all’anno 2000, ed entro 9 mesi quelli (ben 127.146) iscritti fino all’anno 2005.

Altra fase consisterà nella gestione ordinaria dell’arretrato residuo (835.190 affari iscritti a ruolo negli anni 2006-2010), nonché delle giacenze infra-triennali (2.692.504 affari iscritti a ruolo negli anni

² Il termine FIFO è un acronimo inglese di First In First Out (primo ad entrare, primo ad uscire). Meccanismo mutuato dal mondo aziendale è usato per la gestione del magazzino secondo cui le cause più vecchie vanno gestite per prime. Il termine ha origini informatiche ed esprime in ambito informatico il concetto di una coda, ovvero la modalità di immagazzinamento di oggetti fisici in cui il primo oggetto introdotto è il primo ad uscire. La modalità LIFO (Last In-First Out: ultimo arrivato primo uscito) è alternativa alla FIFO in quanto è l’ultimo oggetto inserito ad essere estratto per primo; in questo modo l’ordine di uscita è invertito rispetto a quello di entrata. Gli aziendalisti definiscono ironicamente *FISH* (*First In, Still Here*) la tecnica usata nelle pubbliche amministrazioni: la pratica più vecchia, cioè la prima entrata è ancora qui!

2011-2013). L'obiettivo è portare la durata effettiva di ogni singolo processo sotto i 3 anni, tendenzialmente verso il biennio, con l'ambizione di ridurre la durata a 12 mesi.

Il progetto presentato al Ministero sarà «di tipo esclusivamente organizzativo – ha spiegato il capo della DOG – non vi sarà nessuna imposizione di regole per gli uffici giudiziari ma piuttosto un invito a dotarsi di un metodo»; potrà essere realizzato sia seguendo il decalogo già applicato a Torino sia una delle *best practices* censite dal CSM (anche attraverso l'esperienza degli Osservatori). Il programma non porterebbe, ad aggravare il lavoro dei magistrati nella stesura delle sentenze: «spesso, infatti, le parti in causa in processi troppo lunghi, hanno voglia di concludere e quindi la via risolutiva diventa la *conciliazione*».

Il progetto organizzativo è fondato su un decalogo di «prescrizioni e consigli»:

- programma di esaurimento delle cause civili con il metodo FIFO (*First In, First Out*) e non più LIFO (*Last In, First Out*);
- precedenza assoluta per le cause di anzianità ultra-triennale, eventualmente con udienze appositamente riservate;
- rilevazione periodica con la «targatura dei processi».

Impostato con la seguente tecnica:

- a) individuazione di un obiettivo comune (*vision* del problema irrisolto);
- b) sforzo congiunto per realizzarlo (*mission*);
- c) coinvolgimento anche emotivo dei protagonisti, giudici e personale amministrativo (condivisione della *mission*).

Ridurre a un anno la durata massima delle cause civili commerciali ed a meno di tre anni le altre cause di primo grado, dando priorità processuale alle cause di imprese e famiglie, dimezzando così l'arretrato – il «fardello» più pesante della giustizia civile italiana – è quindi l'ambizioso obiettivo del piano straordinario messo a punto dal Guardasigilli, insieme con il capo del Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria. Un progetto di carattere «organizzativo», che, parallelamente alle riforme legislative in atto ed in cantiere, punterebbe a raggiungere l'obiettivo di una giustizia più rapida ed efficiente con una maggiore competitività delle imprese in Europa e con un rilevante beneficio economico per l'Erario sotto il profilo della riduzione del cd. «rischio Pinto».

Si propone di affrontare l'emergenza dell'arretrato ultratriennale, con misure organizzative però a costo zero, puntando ad azzerare il fardello di vecchi procedimenti che condiziona i tempi del lavoro negli uffici giudiziari con progetto che prevede tre fasi:

1) Prima fase: acquisizione delle statistiche aggiornate dell'arretrato esistente, fase già esaurita con il Censimento speciale di tipo selettivo sulla giustizia civile, realizzato dal Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria tramite la Direzione generale di statistica utilizzando un programma informatico apposito (il *data-warehouse*); che ha permesso l'identificazione, in ogni tribunale e corte d'appello, della reale entità di cause fisiologicamente giacenti, distinguendole dal patologico arretrato ultratriennale.

2) Seconda fase: azzeramento in tempi brevissimi di parte dell'arretrato, secondo il cosiddetto principio FIFO (*First In First Out*) in cui è consigliato il cosiddetto decalogo Strasburgo o altra *best practice* analoga:

- entro 6 mesi, gli affari contenziosi iscritti a ruolo fino all'anno 2000 (86.283 affari);
- entro 9 mesi, gli affari contenziosi iscritti a ruolo fino all'anno 2005 (127.146 affari).

3) Terza fase: gestione ordinaria dell'arretrato residuo (affari iscritti a ruolo negli anni 2006-2010, 835.190 affari) nonché delle giacenze infra-triennali (affari iscritti a ruolo negli anni 2011-2013, 2.692.504 affari): nel rispetto del principio Fifo, con l'obiettivo di portare la durata effettiva di ogni singolo processo sotto i tre anni, tendenzialmente verso il biennio, con l'ambizione di ridurre la durata a 12 mesi (quantomeno per le cause commerciali) Il sistema della marcatura o targatura dei fascicoli (con bollini di diverso cromatismo o altri segni che diano immediata evidenza visiva della loro progressiva «anzianità») è stato adottato in quasi tutti i Tribunali

Per le cause risalenti iscritte a ruolo prima del 2005 o addirittura del 2000 – precipuo obiettivo del programma – stante l'inapplicabilità della mediazione preventiva, l'art. 185-*bis* cpc può rappresentare un fondamentale strumento di definizione non decisoria, unitamente ai nuovi istituti di ADR, introdotti dal DL 132/2014, convertito nella legge 162/2014 (arbitrato e negoziazione assistita).

Alla conciliazione il piano straordinario assegna un ruolo fondamentale che tuttavia sarebbe riduttivo limitare alle cause più *anziane*, ben potendo funzionare per quelle alle quali lo stesso programma Strasburgo 2 assegna una corsia privilegiata (imprese e famiglia anche se a quest'ultima materia, paiono attagliarsi meglio gli strumenti della negoziazione assistita e quelli di semplificazione – accordi ricevuti dall'ufficiale di stato civile – introdotti dal citato DL 132/2014) ed anche per la materia cautelare e possessoria.

È evidente che il successo di tale strumento non può prescindere da una sua analisi con metodo statistico e da una adeguata progettualità che passa attraverso il percorso formativo del giudice conciliatore per ora, pare, scarsamente incentivato.

Il Progetto Nausicaa del Tribunale di Firenze: esperienza virtuosa di invio in mediazione

di *Luciana Breggia*

Nell'ambito dei sistemi di risoluzione dei conflitti diversi dalla giurisdizione, la mediazione è, negli ultimi anni, quello di cui più si discute, con toni variegati e contrastanti.

Il *Progetto Nausicaa* del Tribunale di Firenze, grazie alla sinergia tra Osservatorio sulla giustizia civile e Università, propone una pratica riflessiva che consente di conoscere la mediazione “sul campo”.

L'Autore ne propone una lettura ragionata dei presupposti e delle ricadute culturali e pratiche.

Premessa

Nel cantiere delle riforme sulla giustizia civile, sempre aperto da vent'anni, anche la mediazione procede secondo un percorso non sempre lineare, nel tentativo di offrire un nuovo sguardo sui conflitti, una riflessione sull'accesso alla giustizia e quindi anche sulla giurisdizione. Nella consapevolezza del carattere relativo dei sistemi di risoluzione delle liti, l'individuazione degli ambiti della mediazione si accompagna infatti alla domanda su quale sia il ruolo del giudice e dell'avvocato nel ventunesimo secolo. Il *Progetto Nausicaa* del Tribunale di Firenze rappresenta il tentativo di affrontare i problemi posti dal raccordo tra *iter* giudiziario e mediazione e nel contempo di stimolare una riflessione sui conflitti, sul modo in cui le persone, le istituzioni e le professioni li affrontano, che è poi il grande tema posto dalla mediazione².

1. Il Progetto Nausicaa: le origini

Prima di soffermarsi sulla tappa importante che attualmente attraversa la sperimentazione avviata con il *Progetto Nausicaa*, è utile rileggerne la storia partendo dai primi passi. Il *Progetto Nausicaa* nasce alla fine del 2009 come progetto sulla “*conciliazione delegata dagli uffici giudiziari*”. Allora si usava quell'espressione, oggi si parla di “*mediazione demandata dal giudice*”: già il linguaggio denota la strada percorsa, che, come tutti i percorsi di cambiamento, non è stata scevra di difficoltà, di inciampi, di silenzi. Nel progetto erano ricompresi, tra l'altro, un protocollo per affrontare alcuni snodi processuali e indicare buone prassi, e questionari rivolti a giudici, avvocati e mediatori. La firma del primo progetto avvenne il 1° dicembre 2009, nel Tribunale, allora situato nel centro della città, in piazza San Firenze. Enti

¹ Il testo è in gran parte frutto della rielaborazione del contributo *La mediazione presa sul serio* - Note sulla sperimentazione del Progetto Nausicaa, nel volume collettaneo *Mediazione su ordine del giudice a Firenze - Prassi, problemi e linee guida di un modello*, edito da Utet, in corso di pubblicazione nella collana *Un altro modo*, curata da R. Caponi, P. Lucarelli e I. Pagni. I contributi del volume consentono di approfondire la sperimentazione avviata presso il Tribunale di Firenze grazie alla collaborazione dell'Osservatorio sulla giustizia civile e l'Università di Firenze e analizza tra l'altro i fattori più rilevanti che hanno contribuito a promuovere la mediazione demandata. L'intervento del Laboratorio *Negoziazione e mediazione dei conflitti per le imprese e per le organizzazioni complesse - Un Altro Modo* dell'Università di Firenze, come si dirà oltre, è stato determinante per la formazione, l'affiancamento di giovani borsisti agli undici giudici che partecipavano alla sperimentazione e l'approfondito monitoraggio degli invii in mediazione.

² Un tema che esige necessariamente una formazione multidisciplinare: si veda al riguardo il dialogo tra giuristi e soggetti esperti in altri saperi accolto nel volume *Mediazione e progresso - persona, società, professione, impresa*, a cura di P. Lucarelli e G. Conte, Milano, 2012.

firmatari erano l'Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze³, la Regione Toscana, la Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Firenze, la Camera di commercio di Firenze e l'Organismo di conciliazione di Firenze-OCF. Già prima, il 29 ottobre 2009, il Protocollo d'intesa aveva ricevuto il sostegno del presidente della Corte di appello, del presidente del Tribunale di Firenze, dell'Ordine degli avvocati di Firenze e dell'Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili di Firenze, che avevano siglato una lettera d'intenti di apprezzamento dell'iniziativa promossa dall'Osservatorio.

Si impegnavano a seguire e sostenere la sperimentazione della "conciliazione delegata dal giudice" secondo le linee del protocollo, con la diffusione del progetto, la partecipazione alle attività di formazione e informazione, compresa la creazione di sportelli informativi, auspicando che fosse possibile realizzarne almeno uno presso i locali del Tribunale. Il progetto mirava al corretto impiego della mediazione, sistema ritenuto più adeguato della procedura giudiziaria per soddisfare gli interessi delle parti in certi tipi di conflitto. Non era ancora stato approvato il DLGS n. 28/2010, ma era richiamata la direttiva europea 52/2008/CE e l'idea, ribadita da numerosi fonti europee, secondo cui «la qualità della giustizia non è monopolio dell'apparato giudiziario, ma il risultato di procedure per risolvere dispute che sono adeguate al caso».

Secondo le intenzioni dei firmatari del Protocollo d'intesa, la prima fase del *Progetto* avrebbe dovuto concentrarsi sulla formazione e in generale sulla promozione di una «cultura della mediazione» tra tutti gli operatori coinvolti (magistrati e professionisti) nonché sulla successiva sperimentazione, i cui risultati sarebbero stati monitorati ed analizzati dall'Università. Il progetto fu presentato pubblicamente il 9 febbraio 2010, quando ancora non era stato approvato il DLGS 4 marzo 2010, n. 28. Dopo il decreto, fu necessario l'aggiornamento alla luce delle nuove norme, e il nuovo Protocollo fu presentato, tra l'altro, ad un incontro di formazione decentrata del Consiglio superiore della magistratura il 24 febbraio 2011. Il *Progetto* è stato poi al centro dei lavori degli Osservatori sulla giustizia civile a livello nazionale (all'Assemblea di Torino del 2011, a quella Catania del 2012, a Rimini nel 2014), ha attraversato i tempi difficili delle questioni di costituzionalità della mediazione obbli-

gatoria, lo *strano* periodo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 272/2012 e di nuovo ha affrontato le novità introdotte dal DL n. 69/2013. Per la costante opera di aggiornamento, si è proposto di chiamarlo *Progetto Penelope*, tanti sono i fili tessuti e disfatti in questo periodo in tema di mediazione. In realtà, proprio la sperimentazione e il dialogo tra tante professionalità diverse hanno costituito il binario stabile dove è stato possibile accogliere le novità, gli arresti, i rallentamenti, le riprese. L'impegno sul piano culturale ha mantenuto la sua rilevanza a dispetto dei continui sommovimenti normativi e giurisprudenziali⁴ ed ha permesso di superare diffidenze o indifferenze tra le varie categorie coinvolte.

2. Una nuova fase: ufficio di orientamento, borsisti e incontri di informazione con i giudici

Su questo binario si svolge la nuova fase, particolarmente importante, avviata dal 2013 grazie alla collaborazione del Laboratorio congiunto *Un Altro Modo* dell'Università di Firenze.

Tre sono gli aspetti da sottolineare per la loro particolare rilevanza nella promozione di una diversa mentalità di giudici e avvocati, presupposto essenziale per l'impiego della mediazione demandata.

I. L'Ufficio di orientamento. Dopo molti anni, finalmente si è realizzata la previsione del 2009 circa l'apertura di un Ufficio di orientamento e informazione sulla mediazione nel Tribunale: al di là della concreta e utile attività dell'ufficio⁵, va sottolineato anche il valore simbolico dell'apertura di un luogo destinato a promuovere una giustizia diversa da quella giudiziaria proprio nello spazio dedicato a quest'ultima. Una breccia che veicola un messaggio di pari dignità delle forme di giustizia mite e di apertura dell'istituzione rispetto all'esterno.

II. I borsisti della mediazione. Un punto qualificante di questo lavoro di approfondimento e ricerca è la collaborazione dei giovani borsisti del Laboratorio *Un altro Modo* dell'Università specializzati sul tema della mediazione, che hanno affiancato i giudici del Tribunale per l'analisi del contenzioso. I borsisti si sono trovati spesso ad interagire con i tirocinanti delle convenzioni ex art. 37, DL n. 98/2011 con i quali era già stato avviato un percorso di formazione e di assi-

³ Sugli Osservatori, si veda in generale il volume collettaneo a cura di Berti Arnoaldi Veli, *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011.

⁴ Da ultimo, si veda Tar Lazio 23 gennaio 2015, n. 1351, che ha annullato l'art. 16, co. 2 e 9 e l'art. 4, co. 3, lett. b, DM n. 180/2010.

⁵ I provvedimenti di invio in mediazione dei giudici invitano i difensori e le parti a svolgere sessioni informative presso tale Ufficio.

stenza al giudice, con la previsione, tra l'altro, della redazione di una *scheda del processo*: la scheda indica, in estrema sintesi, la posizione dell'attore, la posizione del convenuto, eventuali vicende processuali rilevanti (tra cui, ad es., il tentativo di conciliazione svolto). Con l'affiancamento dei borsisti l'analisi si arricchisce della sezione dedicata ai "*rilevi circa l'invio in mediazione*": questa sezione è quella dove, con un'attenzione particolare ai fatti e agli interessi delle parti - non solo alle posizioni di diritto - si possono dare indicazioni sull'opportunità o meno dell'invito, già in base a ciò che emerge dagli atti scritti. Dopo l'udienza si hanno ulteriori elementi e la scheda si arricchisce della sezione relativa all'*"esito dell'udienza"*, che serve a verificare se si è andati avanti o meno con l'invio in mediazione e per quali motivi.

Il contatto dei giovani borsisti con i tirocinanti, i funzionari di cancelleria, i giudici togati ed onorari alimenta anche sotto questo peculiare punto di vista (la soluzione del conflitto migliore per le parti) la sinergia che caratterizza l'*Ufficio per il processo*: un modo diverso di lavorare negli uffici, fondato su rapporti di reciproca interazione e di collaborazione tra soggetti differenti per il raggiungimento di obiettivi comuni; sulla condivisione della riflessione (preziosa per il giudice monocratico, che ha perso quella offerta dalla camera di consiglio); sul coordinamento con le cancellerie, l'apertura verso le Università, i consigli dell'Ordine, gli enti locali.

Se intorno al giudice si delinea uno *staff* di sostegno, come avviene negli altri Paesi europei, si evidenziano potenzialità imponenti di raccordo di tanti fattori che incidono sulla qualità della giurisdizione: dal controllo statistico dei ruoli alla costruzione progressiva della decisione, al miglioramento della comunicazione con le parti e il foro, alle banche dati, la semplificazione dei moduli di trattazione e decisori e, appunto, l'analisi qualitativa del contenzioso dove può utilmente svolgersi l'invito del giudice alla mediazione.

Avviato sperimentalmente a Firenze sin dal 2008, l'Ufficio per il processo è stato di recente previsto per la prima volta sul piano normativo dall'art. 50, DL n. 90/2014, che introduce l'art. 16-*octies*, DL n. 179/2012⁶. Per ora, in verità, l'Ufficio per il processo è più un'affermazione che una realtà, dal momento che la previsione legislativa non si è accompagnata all'indispensabile incremento dell'organico del per-

sonale amministrativo e alla radicale revisione dei tradizionali compiti di cancelleria; inoltre, è ambiguo il riferimento ai giudici onorari di Tribunale che, nell'attuale configurazione, costituiscono una risorsa del tutto disomogenea e instabile. Infine, non può negarsi che i tirocinanti abbiano esigenze formative che vanno soddisfatte perché il tirocinio *ex art. 73 cit.*, costituisce un titolo per l'accesso al concorso in magistratura, e quindi, vista la durata di 18 mesi, deve anche fornire gli strumenti per poterlo affrontare. Le esigenze formative rendono evidente che gli stagisti non possono svolgere pienamente la funzione di assistenza al giudice che invece è fondamentale per gli uffici. Le esigenze del giudice o meglio "del processo", richiedono una nuova figura professionale: quella di un assistente stabile e retribuito. La retribuzione rende il ruolo di quest'ultimo dignitoso e efficace, mentre la sostanziale gratuità dello *stage* è un ulteriore motivo per evitare di confondere figure diverse.

Tuttavia, di questa *équipe* ancora in divenire che chiamiamo Ufficio per il processo, dovranno far parte, oltre agli assistenti stabili, anche i tirocinanti, proprio per non perdere l'eredità più preziosa dell'esperienza degli *stages* e cioè l'occasione di "*formazione preliminare comune*" di magistrati e avvocati (aspiranti tali) e, in una dimensione inter-disciplinare, anche dei mediatori. La formazione dei tirocinanti, affidata *ex lege* alle strutture territoriali della Scuola superiore della magistratura, *deve* dunque arricchirsi dei temi della mediazione: l'esperienza dei borsisti fiorentini ha dimostrato quanto sia utile offrire ai giudici l'esame del contenzioso non solo dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico, ma anche sotto il profilo della mediabilità del conflitto: anche per questa via, la giurisdizione e la mediazione divengono mondi che, pur diversi, sono comunicanti, almeno culturalmente.

III. Gli incontri di formazione nelle sezioni del Tribunale. Infine, nell'ambito della sinergia Tribunale, Osservatorio, Università una particolare efficacia va riconosciuta agli incontri organizzati dal Laboratorio *Un altro modo* volti a sensibilizzare i giudici, il personale amministrativo e il foro. La collaborazione dell'Università ha permesso una prima analisi delle caratteristiche del contenzioso, a seconda delle materie: ad es. per le cause in materia ereditaria si nota la particolare qualificazione dei rapporti di natura personale, familiare o affettiva, di durata nel tempo; la frequente separazione tra l'oggetto del conflitto e

⁶ La norma prevede che «sono costituite, presso le Corti di appello e i Tribunali ordinari, strutture organizzative denominate "ufficio per il processo", mediante l'impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo a norma dell'articolo 73 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, o la formazione professionale dei laureati a norma dell'articolo 37, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Fanno altresì parte dell'ufficio per il processo costituito presso le Corti di appello i giudici ausiliari di cui agli articoli 62 e seguenti del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, e dell'ufficio per il processo costituito presso i Tribunali, i giudici onorari di tribunale di cui agli articoli 42-*ter* e seguenti del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12».

l'oggetto della controversia. Anche per i diritti reali si assiste alla frequente dissociazione tra oggetto del conflitto – personale – e oggetto della disputa – giuridico. Nelle locazioni si è in presenza di un rapporto di durata e vi è frequentemente divergenza tra l'oggetto della controversia e gli interessi concreti delle parti, non sempre giuridicamente rilevanti: è particolarmente sentito il bisogno di una ventaglia di soluzioni più ampia e flessibile di quello che offre la disciplina normativa. Possono essere indicazioni per la mediazione l'esigenza di soluzioni flessibili e rapide specie in casi con dinamiche psicologiche complesse (ad es. affitti di azienda, in genere il campo societario), dove c'è bisogno di ascolto e riconoscimento del danneggiato (certe cause in materia di responsabilità extracontrattuale, specie in campo medico; ma anche in certe controversie bancarie). Gli incontri dedicati in modo specifico a ogni sezione del Tribunale hanno permesso di approfondire le tematiche proprie della tipologia di contenzioso che i giudici erano chiamati a trattare, favorendo lo scambio di osservazioni, riflessioni e bisogni e si sono rivelati un ottimo strumento per avvicinare i magistrati alla mediazione e indurli ad usare un istituto che non solo è vantaggioso per gli interessi delle parti, ma costituisce anche un utile strumento per il governo del ruolo e del singolo procedimento.

La strada percorsa dal 2009 è servita a creare l'*humus* su cui è stato possibile accogliere, come vedremo, la nuova disciplina della mediazione. Sono passati quasi sei anni, e deve darsi ragione a chi attribuiva un'importanza "epocale" al Protocollo: epocale non per quello che diceva, ma perché, come tutti i protocolli degli Osservatori del resto, apriva la via a un metodo, quello del dialogo, su un tema dove il dialogo non era mai nato, non se ne sentiva nemmeno l'esigenza perché la mediazione, *allora*, sembrava un mondo a parte, poco conosciuto e estraneo al mondo della giustizia tradizionale.

3. La mediazione demandata dal giudice: dall'invito all'ordine

È nel corso della collaborazione dell'Osservatorio con l'Università, che arriva la novella introdotta dal DL n. 69/2013, e nell'ambito del *Progetto Nausicaa* si è provveduto ad aggiornare il Protocollo e ad elaborare alcune *Linee guida*. Queste ultime, varate all'indomani della novella, mirano essenzialmente a sem-

plificare le questioni procedurali che possono porsi, cercando tra l'altro di distinguere tra condizioni per la validità dell'accordo e condizioni relative all'assolvimento della condizione di procedibilità per i casi di mediazione obbligatoria. Lo scopo era ed è quello di alleggerire quanto più possibile le questioni procedurali, per concentrare l'attenzione sulla natura e le finalità della mediazione. Attenzione che ispira anche le modifiche al Protocollo originario sulla mediazione demandata dal giudice, rese necessarie dalle novità normative⁷. Se prima il giudice poteva "invitare" le parti ad esperire un tentativo di mediazione, il DL n. 69/2013 gli attribuisce il potere di "ordinare" tale esperimento, prescindendo dal consenso delle parti⁸. In tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e addirittura mantiene tale natura anche in sede di appello.

La previsione dell'art. 5, comma 2 ha reso efficace la possibilità di collegare il percorso mediativo rispetto a quello giudiziario e ha rilanciato il progetto sulla mediazione demandata dal giudice che offre un'occasione di "formazione sul campo" non ancora sfruttata sufficientemente dai magistrati e dagli avvocati. La mediazione su ordine del giudice si presta in modo particolare all'individuazione di buone prassi condivise tra giudici, avvocati, e mediatori, affinché di tale potere del giudice sia fatto un buon uso. I criteri già elaborati circa l'*invito* a mediare da parte del giudice (a seconda della natura della causa, dei rapporti tra le parti e molti altri criteri) si sono rivelati molto utili: prima del DL n. 69/2013, avevamo osservato che solo se si instaurano relazioni di fiducia, il giudice è in grado di motivare le parti alla mediazione e può *invitarle* in modo credibile. Ora che questo invito è diventato un'imposizione, non cambia la sostanza di questa riflessione: ci sarà sempre differenza tra un'imposizione che cala dall'alto, senza coinvolgimento delle parti e senza un ruolo persuasivo del giudice e dei difensori, e l'imposizione basata sul colloquio e la collaborazione tra giudice e parti. La *chance* di un uso corretto dell'istituto resta fondato non sull'imposizione immotivata, ma sulla persuasione delle parti, veicolata dalla specifica motivazione del provvedimento e dal colloquio processuale, altrimenti la mediazione sarà svilita e vissuta dalle parti come un inutile dilazione del percorso giudiziario da loro scelto. Per questo, il Protocollo del *Progetto Nausicaa* prevede che il provvedimento del giudice con cui si dispone la mediazione sia

⁷ Sia il Protocollo che le *Linee guida* sono rinvenibili nel sito istituzionale del Tribunale di Firenze: www.tribunale.firenze.fsegiustizia.it.

⁸ Conformemente alla previsione della Direttiva Ue n. 52/2008, art. 3, par. 1, lett. a) e art. 5, comma 1; v. anche i considerando nn. 12 e 13.

succintamente motivato, con indicazione dei motivi per cui il giudice ritiene opportuno inviare le parti dinanzi al mediatore con riferimento alla fattispecie concreta.

4. Natura della mediazione e presenza delle parti “di persona”

Negli ultimi tempi la mediazione demandata ha conosciuto due importanti affermazioni da parte dei giudici: la necessità della presenza personale delle parti in mediazione e la necessità che, quando il giudice ordina la mediazione, questa sia svolta davvero e non possa essere limitata ad un preliminare incontro informativo. I primi provvedimenti in tal senso sono stati pronunciati dal Tribunale di Firenze⁹, queste affermazioni sono state poi recepite dal protocollo annesso al *Progetto Nausicaa* nell'ultima versione, e sono poi stati seguiti da molti altri provvedimenti giudiziari analoghi¹⁰.

Tale orientamento si fonda sull'esigenza di accogliere il messaggio principale che la mediazione ci trasmette: è un messaggio rivolto principalmente ai litiganti, l'offerta per loro di un'occasione di consapevolezza delle dinamiche profonde dei propri comportamenti e di responsabilizzazione. La mediazione, in primo luogo, vuole restituire la parola alle persone, finora inserite in un sistema che le disattiva, magari a fini protettivi, ma che comunque le considera “poco capaci”. Il ruolo tradizionale di giudici e avvocati porta a togliere la parola alle parti; se la logica è puramente tecnico-giuridica, quello che le parti dicono o vorrebbero dire può essere addirittura d'intralcio. Oggi però il panorama è – o dovrebbe essere – completamente rovesciato: il giudice non è un liquidatore di conflitti, così come l'avvocato non è un condottiero che va alla pugna; le persone non sono soggetti incapaci di gestire i propri conflitti, ma sono proprio loro che, per prime, dovrebbero essere in grado di riconoscere, “leggere” i conflitti in cui sono coinvolte, divenire autrici del percorso di soluzione, giudiziario o meno.

È la natura della mediazione, dunque, che richiede la presenza delle parti, per permettere l'indispensabile interazione tra queste e il mediatore, con uso di abilità e competenze varie da parte di quest'ultimo: particolarmente rilevanti quelle volte a riaprire

un dialogo tra le parti, a riattivare una comunicazione interrotta, che richiedono un contatto personale, l'ascolto, l'attenzione al linguaggio non verbale. Inoltre, il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, anche i sentimenti dei soggetti coinvolti, e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori. La mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile (il giudice, naturalmente, valuterà caso per caso se la mancata presenza personale sia giustificata).

5. Colloquio processuale e mediazione effettiva

Un'altra affermazione importante dell'orientamento giurisprudenziale ricordato, recepito dal Protocollo del *Progetto Nausicaa*, si riferisce alla necessità che la mediazione demandata dal giudice sia *effettivamente* svolta: i difensori non possono limitarsi a presentarsi dinanzi al mediatore solo per ricevere informazioni e manifestare l'indisponibilità a svolgere la mediazione.

Al di là della motivazione tecnica di questo orientamento (rinvio al riguardo ai provvedimenti), va sottolineata la necessità di collegare l'orientamento interpretativo in parola al contesto complessivo in cui l'invio deve avvenire. Se l'ordine del giudice non cala dall'alto, ma è discusso con i difensori e, se presenti, con le parti, che consentono al giudice a valutare se la lite è “mediabile”, vuol dire che l'invio in mediazione avviene dopo un colloquio processuale nel quale già si sviscerano i profili relativi sia alla natura della mediazione, sia alla sua utilità in quel caso. Un confronto trasparente e ragionato sul materiale processuale nella fase preparatoria è possibile anche nel nostro modello processuale ed è il principale strumento non solo per un processo celere e giusto, ma anche per la soluzione che le parti possono ritrovare attivando la propria autonomia. Questo modo di trattare le controversie sarebbe grandemente favorito dalla possibilità del lavoro in *équipe* di cui abbiamo parlato in precedenza, perché il sostegno al giudice favorisce l'analisi della mediabilità del conflitto.

⁹ Trib. Firenze, sez. II, ord. 19 marzo 2014; Trib. Firenze, sez. specializzata imprese, ord. 17 marzo 2014 e ord. 18 marzo 2014; i provvedimenti, rinvenibili in vari siti internet, sono pubblicati in *Mediazione e processo*, a cura di M. Marinaro, Roma, 2014.

¹⁰ Trib. Roma, ord. 30 giugno 2014, in www.101mediatori.it; Trib. Bologna, ord. 5 giugno 2014, in www.adrmaeremma.it; Trib. Rimini, ord. 16 luglio 2014; Trib. Palermo, ord. 16 luglio 2014, in www.osservatoriomediazione.it. Da ultimo, Trib. Firenze, 26.11.2015, in www.adrintesa.it, afferma la necessità della partecipazione personale delle parti e dell'avvio effettivo della mediazione anche per la mediazione obbligatoria prima del processo. Di questi temi si è discusso anche alla IX Assemblea degli Osservatori sulla giustizia civile di Rimini: si veda il *Report* del gruppo Mediazione e gli altri materiali in www.osservatoriogiustiziavilimini.it.

Se questo è il contesto in cui si opera, appare estremamente riduttivo l'invio del giudice in mediazione volto solo ad assumere informazioni dal mediatore. Se già emerge con chiarezza la reale e specifica impossibilità di mediare una lite, il giudice non può imporre la mediazione. Questo è un rischio molto attuale, perché la situazione poco gestibile della domanda di giustizia, in assenza – almeno fino ad ora – di scelte del potere politico per un investimento serio sull'organizzazione e una revisione dei compiti affidati alla giurisdizione, porta alla cd. *giurisprudenza difensiva*. La mediazione demandata non è tuttavia uno strumento deflativo: certo può avere un effetto deflativo indiretto, anche rilevante, data la mancanza di governo della domanda giudiziaria, ma la deflazione non è la sua ragion d'essere. Per un impiego corretto della mediazione occorre partire dall'idea che non sia la soluzione per decongestionare la giustizia civile (di cui pure abbiamo un grande bisogno), oppure un nuovo settore nel mercato dei servizi, ma la ricerca di *una nuova centratura della giustizia*: mettere al centro le persone, i cittadini, per far crescere la cultura della conciliazione, della ricostruzione dei legami comunitari e della regolazione pacifica dei rapporti sociali.

Proprio questa nuova centratura impone di *prendere la mediazione sul serio*: solo un tentativo effettivo, alla presenza delle parti oltre che dei difensori, costituisce una reale possibilità offerta alle persone ed è rispettoso di una ricostruzione teleologica del sistema normativo.

6. Il monitoraggio

Occorre dunque restituire alla mediazione la dignità che le spetta; e restituirla agli avvocati, che assistono la parte nella mediazione, accettando la sfida professionale di re-inventarsi un ruolo diverso da quello tradizionale; al giudice, che rinvia la causa perché è convinto che questa scelta sia migliore per le parti; infine ai mediatori, formati per svolgere mediazioni e non per sottoscrivere attestati.

La necessità della presenza effettiva delle parti in mediazione e dello svolgimento di un tentativo effettivo è collegata ad un'altro aspetto di vitale importanza perché solo in tal caso avrà senso monitorare l'efficacia della mediazione. Altrimenti ogni verifica statistica sarà priva di significato perché effettuata

non sulla mediazione, ma su una sua parodia. In tale prospettiva appare particolarmente prezioso il monitoraggio effettuato nell'ambito del *Progetto Nausicaa* dal Laboratorio *Un altro modo*¹¹, sia perché considera mediazioni effettivamente svolte, sia perché ha cercato di seguire il percorso circolare che dall'ordine del giudice conduce al deposito delle domande di mediazione presso gli organismi e poi di nuovo al processo nelle udienze di rinvio presso i giudici. Inoltre, l'elaborazione dei dati ha tenuto conto della modifica legislativa apportata nel settembre 2013 che ha attribuito al giudice il potere di ordinare lo svolgimento della mediazione, nonché l'ulteriore impulso dato all'istituto dai provvedimenti volti a rendere lo svolgimento effettivo. Dai dati raccolti nell'ottobre 2014 - relativi al periodo 30.6.2013/30.6.2014 - risulta che i giovani borsisti in affiancamento ai giudici hanno esaminato 2753 cause, ritenendo che vi fossero 1122 casi da inviare in mediazione. I giudici hanno inviato le parti in mediazione selezionando 507 casi: solo 164 sono le mediazioni svolte effettivamente¹²; di queste, il 39 % si è concluso con accordo; ma è importante sottolineare che nel 28 % dei casi, pur non essendo stato raggiunto un accordo *in mediazione*, la causa non è più "tornata" nel ruolo del giudice. Si tratta dunque di dati positivi e ben diversi da quelli offerti dalle statistiche basate sulle mediazioni "apparenti", cioè quelle ridotte ad un primo incontro in cui il difensore dichiara la mancanza di volontà della parte di svolgere la mediazione.

7. La centralità della prima udienza ex art. 183 cpc

L'articolo 5, comma 2, DLGS n.28/2010 prevede che il giudice, al momento dell'invio, valuti *la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*. Le indicazioni vanno lette in filigrana, per far emergere il principale obiettivo della valutazione: il giudice deve essere consapevole del modo in cui la parte percepisce il conflitto, cosa significa per lei, in quale ambito di relazioni si collochi: devono emergere i suoi interessi, l'eventuale *iceberg* sottostante, altri conflitti connessi.

La mediazione ripropone un tema centrale per il buon andamento del processo civile e cioè la grande importanza della fase preparatoria del processo e

¹¹ Per l'analisi dettagliata dei dati raccolti durante la sperimentazione, si veda Guazzesi, *I numeri della mediazione su invito/ordine del giudice a Firenze*, nel volume indicato alla nota 1. Si veda anche M. Marinaro, *Mediazione, il modello "fiorentino": i dati di un anno di sperimentazione*, in Guida al diritto, 3.12.2014.

¹² Va precisato che 72 mediazioni non erano concluse al momento dei rilievi.

la trattazione della prima udienza. In questa fase si può sfronare il procedimento dal *troppo e il vano*, si può delimitare la materia controversa e programmare gli sviluppi successivi secondo un *iter* calibrato sulle specificità della singola controversia anziché su moduli meccanici e astratti, uguali per tutti¹³; e in questa fase preparatoria si può anche sollecitare la consapevolezza che alla base della controversia vi è una crisi di cooperazione delle stesse parti che potrà essere risolta anche – probabilmente meglio – con accordi amichevoli, rinunciando a sottolineare torti e ragioni.

Lo snodo fondamentale, indicato anche nel protocollo del *Progetto Nausicaa*, è dunque il momento dell'udienza ex art. 183 cpc e il raccordo con il tentativo di conciliazione giudiziale che il giudice potrebbe disporre per tale udienza o quella successiva.

L'art. 185-bis cpc introdotto dal DL n. 69/2013 prevede inoltre che il giudice possa formulare una proposta transattiva o conciliativa alla prima udienza ovvero sino a quando l'istruttoria è esaurita. La disposizione costituisce un forte richiamo ad un intervento attivo del giudice nel processo nella piena collaborazione con i difensori. La proposta infatti presuppone lo studio del fascicolo preventivo da parte del giudice, il colloquio con i difensori, il contatto con le parti, il recupero dell'oralità del processo. Vale dunque a sanare quel distacco tra parti e giudice che si è incrementato con la eliminazione del tentativo obbligatorio di conciliazione (operata dalla novella del 2006) e che invece va valorizzato anche al fine di ristabilire quel sentimento di fiducia su cui poggia la legittimazione dell'attività giudiziaria, secondo quanto sottolineato spesso anche dalla Commissione Europea per l'efficienza dei sistemi giudiziari (CEPEJ).

Su questa norma può dunque innestarsi la mediazione ordinata dal giudice, visto che, per l'esperienza avviata in questi anni, la maggior parte delle mediazioni su invito del giudice risultano generate dal tentativo di conciliazione del giudice, magari rivelatosi insufficiente ai fini conciliativi, ma propedeutico rispetto alla mediazione stragiudiziale endo-processuale. Gli esempi che possono trarsi dalla prassi attuativa del *Progetto Nausicaa* rivelano infatti un interessante intreccio tra processo e mediazione. In molti casi, la fase pre-processuale di mediazione obbligatoria, non è risultata un elemento ostativo ad un invio in mediazione, come potrebbe apparire in astratto, in quanto tale fase si era svolta in modo non effettivo e senza la partecipazione delle parti. In tali casi, si è ri-

velato utile riprendere la prospettiva di accordo amichevole con un tentativo di conciliazione giudiziale, prospettando alle parti anche quali sarebbero stati i futuri incombenzi processuali. Altre volte, si è riscontrata l'utilità della conciliazione giudiziale, perché il conflitto nasceva da pretese economiche non soddisfatte o per impossidenza finanziaria (e allora si era rivelato determinante verificare come bilanciare altri aspetti rispetto alla remissione del debito), oppure per divergenti interpretazioni in diritto del contratto: in questi casi il giudice, insieme ai difensori, può discutere dell'alea processuale a seconda che vengano adottate le varie interpretazioni possibili o la *chance* di prova dei fatti. La valutazione ragionata del giudice sul materiale processuale è un fattore importante per le parti per meditare sull'opportunità di concludere l'accordo.

Se invece prevalgono profili della relazione andati in crisi, allora è del tutto evidente l'impotenza del giudice di portare sino in fondo, in modo fecondo, il tentativo di conciliazione, perché non ha le competenze e il tempo per riattivare la comunicazione tra le parti a qualche livello. Quello che può fare il giudice, però, è far riflettere la parte su questo aspetto della lite che è fondamentale per la soluzione del conflitto, cioè la rottura della relazione, l'incapacità conseguente di cooperazione. Un esempio tipico di questo tipo di controversie è dato da quelle che formalmente riguardano contratti tipici o meno (si pensi al comodato immobiliare), ma che invece nascondono liti di tipo para-familiare legate alla dissoluzione del rapporto di coppia. L'indicazione qui è l'invito alla mediazione stragiudiziale.

Il circuito di riflessione-sperimentazione-riflessione è solo agli inizi ma si rivela molto proficuo. Lo snodo centrale resta il dialogo tra conciliazione giudiziale e mediazione stragiudiziale delineato anche nel Protocollo del *Progetto Nausicaa*: non perché si tratti della stesso metodo, ma perché sono attraversate dalla stessa cultura conciliativa: anche il tentativo di conciliazione giudiziale è l'unico momento informale in cui si possono instaurare relazioni di fiducia e si può far emergere il conflitto dai paramenti della controversia giuridica in cui si è presentato nell'aule del Tribunale; è per questo che la conciliazione tentata dal giudice può preparare l'invio in mediazione; oppure, che la riattivazione della comunicazione tra le parti, l'abbassamento del livello di conflitto può favorire la successiva conciliazione in giudizio, anche in caso di fallimento della mediazione endoprocessuale.

¹³ Nella prima udienza potrebbero innestarsi moduli differenziati, mentre la prassi per il processo ordinario registra spesso una meccanica concessione dei termini per le memorie scritte ex art. 183, comma 6. Al riguardo, mi permetto di rinviare al mio contributo *Il processo di cognizione dopo la legge 28.12.2005, n. 263: un processo a raggiera?*, in *Giur. it.*, 2006.

8. Scavare nei fatti

Una conclusione che si trae dalla sperimentazione sin qui avviata è che, per un invio corretto in mediazione, occorre che giudice e difensori “*scavino nei fatti*” e questo comporta una modificazione del modo tradizionale di affrontare le liti civili: di solito, i giuristi tendono a privilegiare gli aspetti in diritto, la cd. fattispecie, i problemi di qualificazione. Sono tutte operazioni utili, ma per verificare se la controversia debba essere inviata in mediazione, il diritto ci dice poco: qualcosa, ma non tutto. È la realtà fattuale quella dove si annida l’interesse della parte, che ben può essere diverso dall’interesse tutelato dalla posizione di diritto. Lo storico Paolo Grossi, per fornirci una chiave per comprendere la non facile transizione che stiamo vivendo, ci avverte che il diritto come dimensione formale sovraordinata rispetto ai fatti ha ceduto alla riscoperta della *fattualità* del diritto, che permette il riavvicinamento tra diritto e giustizia¹⁴.

La vicinanza alle persone rende i professionisti particolarmente vocati (specie gli ad-vocati) al ruolo di rilevatori della dimensione *fattuale* (Grossi aggiungerebbe: “carnale”), del diritto. La *responsabilità sociale* della professione forense [già enunciata nel codice deontologico europeo sin dal 1988 e nelle Linee Guida del CCBE (Consiglio degli ordini forensi europei) del 2002], è legata a questa opera di scavo nei fatti umani e sociali: sono gli avvocati che per primi selezionano i casi, indagano, prospettano soluzioni dentro e fuori delle Corti affinché si innalzi il livello di tutela dei diritti e dei bisogni. Il contatto dell’avvocato con il mondo della mediazione dovrebbe essere segnato da questa prospettiva, sia come assistente della parte in giudizio, nel processo e nello snodo che può far deviare il processo verso la mediazione, sia come mediatore, sia come avvocato che assiste la parte dinanzi al mediatore. Il giudice conosce i fatti attraverso filtri: il colloquio processuale con gli avvocati o l’interrogatorio libero delle parti, che però, per quanto *libero*, non avrà mai quei profili di riservatezza e di affidamento che ha il contatto tra difensore e parte. Il ruolo dell’avvocato non risulta

dunque affatto sminuito, o defilato, ma è un ruolo protagonista di questa sperimentazione.

9. Una casa per la giustizia

Il *Progetto Nausicaa* è un progetto che si radica nel DNA degli Osservatori sulla giustizia civile, abituati a esaminare i problemi e cercare le soluzioni sotto i punti vista di tutti gli operatori della giustizia: avvocati, magistrati e funzionari di cancelleria e altri soggetti coinvolti, per una costruzione critica della giurisdizione in un’ottica non limitata alla visione separata delle singole professioni. In questa cultura delle relazioni che alimenta l’esperienza degli Osservatori ben si inserisce un progetto, quale quello sulla mediazione demandata, che allarga la visuale, incontra altre professionalità, altri mestieri che ben possono trovare spazio nella galassia delle tutele. Pensare alla giustizia come un bene comune¹⁵ porta a responsabilizzare anche gli stessi cittadini, invitandoli a non delegare subito all’apparato statale la soluzione del conflitto, ma a scegliere e decidere la sorte del conflitto insieme all’altra parte. La mediazione si inserisce nella discussione sull’accesso alla giustizia e realizza un principio cardine della giustizia del XXI secolo, quella della prossimità, in senso attuale meglio declinabile come “accessibilità”, tecnologica o geografica a seconda dei casi. Per assecondare questa trasformazione epocale del modo di concepire la regolazione dei conflitti appare necessario ripartire dalle fondamenta e dunque, ben prima che la lite approdi in Tribunale, occorre lavorare nelle scuole e nelle università, rivedendo in modo particolare la formazione offerta dalle Scuole di giurisprudenza.

Il primo *Progetto Nausicaa* fu sottoscritto in Tribunale, circostanza significativa sia per il sostegno concreto all’opera di formazione e informazione che costituiva la prima fase del progetto, sia per l’icona offerta: quella di una casa della giustizia costruita da tutti, dove ognuno mette il suo mattoncino. Per lo sviluppo di una cultura della mediazione che possa radicarsi nella società, c’è bisogno della sinergia di tutti gli operatori, gli enti e i soggetti che sono coinvolti nella gestione delle relazioni e dei conflitti che le attraversano.

¹⁴ P. Grossi, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, XI-XII.

¹⁵ La IX Assemblea degli Osservatori svoltasi a Rimini, 30 maggio-1° giugno 2014, si intitolava appunto *Giustizia bene comune*.

Conciliazione e mediazione nel processo di famiglia. L'esperienza del Tribunale di Milano

di Gloria Servetti e Giuseppe Buffone

La nona sezione del Tribunale di Milano è da sempre un luogo di elaborazione di nuove prassi che talvolta si trasformano in soluzioni normative (si pensi al rinvio in mediazione). Attraverso la bella metafora dell'isola della famiglia nella tempesta del processo e nella quiete della mediazione, gli Autori (presidente e giudice della "nona") ci accompagnano in un viaggio appassionante attraverso variate esperienze di mediazione dentro e fuori del processo, alla ricerca di soluzioni che guardano allo stesso tempo alla sensibilità della materia e all'efficienza dei risultati.

1. L'isola della famiglia nella tempesta del processo

Quando la famiglia si disgrega e i coniugi/genitori non riescono a risolvere mediante accordo la loro lite, l'«isola delle relazioni familiari», appena lambita dalle onde del mare del diritto¹, viene a trovarsi nella tempesta del processo. Il procedimento civile, che sia governato con eccellente diligenza o meno, resta comunque un processo, pure quando oggetto ne è la famiglia, nella sua dimensione patologica. Anche nel processo di famiglia, come per il procedimento civile in generale, la mediazione si distingue come sistema omeostatico², capace di offrire ai litiganti un modo diverso di affrontare i conflitti³, se possibile trasformandoli⁴. Vista da questo punto di osservazione, la mediazione può arrivare a essere considerata come un segmento preliminare di significativo valore se non francamente necessario, come una fase che pre-

cede lo scontro nel processo e prelude all'incontro del giudice con la famiglia. Non ancora numerosi sono i casi in cui la coppia, al momento della sua disgregazione, avverte l'esigenza di intraprendere un percorso di mediazione familiare, spesso anche per non conoscere a fondo la natura, le modalità e gli scopi: il difetto di adeguata informazione fa sì che non di rado il percorso di mediazione sia erroneamente percepito come una terapia di coppia, diretta più a conservare la sua unità piuttosto che a raggiungere l'obiettivo di una separazione "condivisa" dove ciascuno si riappropri del proprio ruolo e riesce, superando sterili rivendicazioni o anche solo una ormai subentrata incomunicabilità, a porre al centro del progetto di vita futura la genitorialità, riconoscendone il valore del tutto prevalente.

Nelle prassi interne al Tribunale di Milano la mediazione (intesa in senso ampio) è considerata come una delle componenti essenziali e primarie del servi-

¹ Citando Jemolo, la famiglia è «Un'isola che è solo lambita dalle onde del mare del diritto» (A.C. Jemolo, in *La famiglia e il diritto*, in *Ann. fac. giur. Univ. Catania*, Jovene, 1949, 57).

² Sia consentito citare: Buffone, *La mediazione è un sistema omeostatico del processo civile* in *La Mediazione*, 2014, 6, 6.

³ Maria Martello meglio di altri rende bene l'idea di questa necessità parlando espressamente di «un nuovo volto della giustizia» (Martello M., *La formazione del mediatore*, Milano, 2014, 15).

⁴ Utilizzando l'efficace espressione di Fragomeni: Fragomeni T., *Conflitti istruzioni per l'uso*, Milano 2014.

zio pubblico che il magistrato eroga ai genitori in crisi. Essa muove da una idea “positiva” e “ottimistica” dei litiganti: visti non già (solo) come parti del processo a cui somministrare le regole del diritto bensì (anche e soprattutto) come individui-soggetti capaci di autode-terminarsi nella selezione delle regole da imporsi per comporre la lite mediante accordo. La giurisprudenza del Tribunale di Milano, in quest’ottica, è restia a “sostituirsi” ai coniugi/genitori nelle scelte che loro la legge riserva e guarda sempre all’accordo dei litiganti come momento fisiologico privilegiato per risolvere il conflitto: quest’ultimo, infatti, non deve essere di per sé temuto o negato, bensì vissuto come occasione, per quanto dolorosa, di trasformazione delle relazioni. Tant’è che, in materia di procedimento *ex art. 709-ter cpc*, l’orientamento milanese è nel senso che l’ingerenza del giudice nella lite familiare, per potersi considerare legittima e in reale sintonia con gli obiettivi segnati dall’impianto normativo, richiede che il mancato perfezionamento dell’accordo tra i genitori esercenti la responsabilità genitoriale sia accertato come insuperabile e che lo stesso integri, attraverso un significativo blocco delle funzioni decisionali inerenti alla vita del soggetto minore, un consistente pregiudizio dei suoi più pregnanti interessi⁵. Riassumendo la trama dei principi sin qui illustrati, può affermarsi che, nelle liti familiari, il Tribunale di Milano prevede (di fatto) sempre un momento preliminare al processo (vero e proprio) in cui si affida ai coniugi/genitori il compito di risolvere il loro conflitto in via amichevole: non è il Tribunale, al cospetto di un conflitto genitoriale, a decidere “in sostituzione” dei genitori se non nei casi in cui questi ultimi non siano stati capaci di decidere assieme e, comunque, la questione investa aspetti fondamentali per la vita del minore.

In che modo si favorisce l’accordo nelle dinamiche processuali milanesi?

Il terreno della mediazione è coltivato sfruttandone tutte le potenzialità.

2. Il giudice-conciliatore nel processo

Un primo cantiere processuale, in cui alle parti viene offerta una preliminare «area di mediazione», è quello della prima udienza di comparizione personale (l’udienza presidenziale nei procedimenti divorzili e di separazione; la prima udienza camerale in tutti i procedimenti *ex art. 737 cpc*; l’udienza di prima comparizione delle parti, in tutti gli altri riti: es. *art. 269 cpc*; *art. 250 cc.*; *art. 316-bis cc.*, etc.; così anche nei procedimenti aventi ad oggetto le garanzie nei procedimenti di famiglia⁶). In questo caso, la funzione di conciliazione è affidata al magistrato assegnatario del fascicolo che, ovviamente, non agisce, in senso tecnico-giuridico, come mediatore bensì come *arbitrum boni viri*⁷, professionista qualificato che può indicare ai genitori una soluzione equa, nel contemperamento di tutti gli interessi in gioco⁸. È bene insistere nel rimarcare come, in questo caso, il giudice non sia un “mediatore”⁹ ma un magistrato che, prima di decidere, sperimenta con le parti un tentativo di conciliazione. Nella giurisprudenza milanese questa fase è particolarmente pregnante poiché caratterizzata dalla “proposta” del giudice, rivolta alle parti (e in genere redatta per iscritto a verbale) *ex art. 185-bis cpc*¹⁰ (cd. proposta giudiziale). La proposta non è percepita dai litiganti come una “anticipazione” del giudizio per almeno tre ragioni principali: 1) in primo luogo, perché la proposta viene formulata dal giudice istruttore o dal giudice relatore, mentre

⁵ Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 5 dicembre 2012 (Pres. Servetti, est. Blandini).

⁶ Sia consentito citare: Servetti, *Le garanzie patrimoniali nella famiglia*, Giuffrè ed., 2013).

⁷ L’ordinamento già conosce da data risalente ipotesi legislative in cui è il giudice a svolgere una funzione di conciliatore: v. ad es., *art. 145 cc* su cui, cfr. Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 1992, n. 5415 in *Vita Notar.*, 1992.

⁸ La “funzione conciliativa” del giudice – visto quale mediatore tipico nel processo – è ben presente in altri Ordinamenti europei che ne hanno rafforzato la portata. Ad esempio, nel codice di procedura civile tedesco (§ 278. Abs 5 ZPO), è previsto un “giudice-conciliatore” («*Güterichter*») che espleta egli stesso il tentativo di mediazione su processi di colleghi (procedimenti, dunque, dove non deve e non può assumere decisioni).

⁹ È la Legge che indica chi e quando sia “mediatore”: v. *art. 1, lett. b)* del DLGS 4 marzo 2010, n. 28 (definizione di mediatore: “la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”).

¹⁰ La Sezione IX civile del Tribunale di Milano ha aderito all’orientamento che giudica applicabile ad ogni controversia la nuova norma (v. Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 26 giugno 2013, pres. Canali, rel. Buffone); peraltro, nel tentativo di conciliazione, *ex art. 185-bis cpc*, la trattativa viene condotta, se del caso, anche coinvolgendo questioni estranee al processo (cfr. Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 14 novembre 2013, pres. rel. N. Dell’Arciprete: in questo caso, i litiganti hanno raggiunto un accordo includendo nel patto la questione della casa in comproprietà che non era oggetto del procedimento). A volte, infatti, la lite davanti al giudice è solo una frazione del conflitto e, per comporlo, è necessario esaminare anche le altre frazioni di litigio (ove possibile).

la decisione è destinata a essere assunta dal Collegio, quindi da un organo giudicante diverso; 2) in secondo luogo, perché la proposta viene formulata in una fase del processo (la prima udienza) ancora embrionale, in cui la piattaforma probatoria deve ancora formarsi e, quindi, lo spettro di cognizione del giudice non è lo stesso su cui poggerà le radici la decisione; 3) in terzo luogo, perché il contenuto della proposta, almeno in larga parte dei casi, non coincide con l'ambito ristretto delle statuizioni che possono essere contenute nella decisione (ad es., nella proposta si propone di trasferire un immobile o costituire un diritto reale limitato, di prevedere un assegno di mantenimento a termine oppure di versarne una frazione in via anticipata e forfetaria: in ogni caso si tratta di questioni che giammai potrebbero trovare spazio nel provvedimento decisorio definitivo del processo)¹¹. La figura del giudice - conciliatore ormai costituisce, comunque, l'espressione di una linea legislativa costante¹², nel senso di una più efficace *governance* giudiziale in cui il magistrato non "osserva" il processo per poi deciderlo, ma lo governa, lo dirige perché lo conosce in tutti i suoi meandri anche inespressi, provando, finché può, a garantire una soluzione amichevole: la decisione "chiude" il conflitto, laddove l'accordo delle parti lo "risolve".

3. Il giudice-mediatore nel rito partecipativo

Un altro importante contesto processuale in cui alle parti viene offerta una qualificata «area di mediazione», è quello del cd. rito partecipativo. In questo caso, sulla falsariga del modello tedesco¹³, le parti ven-

gono convocate dinanzi a un magistrato (onorario) al quale è delegato esclusivamente il compito di portare a termine un tentativo di conciliazione, avvalendosi di tecniche di mediazione adeguate in relazione al caso concreto. In sintesi, il procedimento cd. partecipativo può essere descritto come a seguire¹⁴. Al termine della relazione affettiva, il genitore presenta la sua domanda contro il *partner*. Il Tribunale, disposto lo scambio delle difese, valuta se sussistono ostacoli a una fase conciliativa, quali ad esempio patologie, violenze domestiche, limitazioni alla genitorialità preesistenti. In assenza di elementi ostativi a un percorso di conciliazione e mediazione, il Tribunale fissa una udienza "filtro" in cui invita i genitori a comparire dinanzi a un giudice delegato, per verificare la possibilità di una soluzione condivisa: il giudice-mediatore. Il giudice delegato è un magistrato onorario, proveniente dalle fila degli avvocati esperti in diritto di famiglia, con una specializzazione in conflitti familiari e tecniche di mediazione. È, quindi, un giurista esperto nelle dinamiche conflittuali. Collabora con gli avvocati delle parti che, in questa fase, non sono visti come meri titolari dell'interesse parziale oggetto del processo ma come «garanti del cittadino per l'effettività della tutela dei diritti» (art. 2, comma II, legge 31 dicembre 2012 n. 247). Nei primi mesi di sperimentazione, i procedimenti totalmente conciliati sono stati l'80%. Il rito partecipativo si applica solo alle controversie a cui è estranea ogni questione in merito allo *status* (separazione, divorzio): in una prima fase, è stato applicato solo alle controversie tra genitori di figli nati fuori da matrimonio, ex artt. 316, comma IV, 337-bis cc e ss., in una fase successiva anche ai figli nati da matrimonio, nell'ambito dei procedimenti di revisione ex artt.

¹¹ Anche perché, secondo la giurisprudenza di Milano, «l'art. 40 cpc consente nello stesso processo il cumulo di domande soggette a riti diversi soltanto in ipotesi qualificate di connessione (art. 31, 32, 34, 35 e 36), così escludendo la possibilità di proporre più domande connesse soggettivamente e caratterizzate da riti diversi»; conseguentemente, è esclusa la possibilità del *simultaneus processus* tra l'azione di separazione o di divorzio e quelle aventi ad oggetto, tra l'altro, la restituzione di beni mobili, il risarcimento del danno, i diritti sulla casa coniugale, etc. (Trib. Milano, sez. IX civ., sentenza 6 marzo 2013, Pres. Manfredini, est. R. Muscio; ancor più recente: Trib. Milano, sez. IX, sentenza 3 luglio 2013, Pres. Canali) essendo queste ultime soggette al rito ordinario, autonome e distinte dalla prima (cfr. *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, 21 maggio 2009 n. 11828, Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2004 n. 20638).

¹² V. d.l. 69/2013 conv. in l. 9 agosto 2013 n. 98 che ha introdotto l'art. 185-bis cpc; v. l. 4 novembre 2010 n. 183 che ha modificato l'art. 420 cpc; v. la legge 18 giugno 2009 n. 69 che ha modificato l'art. 92 cpc: in tutti questi casi, rafforzando gli effetti e la portata della "proposta" del giudice.

¹³ V. nota n. 8. Secondo l'ordinamento tedesco, per risolvere la controversia in modo amichevole, il Tribunale può rimettere le parti davanti ad un "giudice conciliatore", il quale non è autorizzato ad assumere alcuna decisione. Il giudice conciliatore è un magistrato dell'ufficio che ha delle specifiche competenze tecniche in materia di mediazione (frutto di corsi di specializzazione e formazione dedicati) e aiuta le parti a trovare da sole, sotto la loro responsabilità, una soluzione ragionevole della lite, mediante accordo. È un giudice neutrale che non può decidere la causa e non può offrire consulenza legale sul caso sottoposto: può solo fare da mediatore e gestire l'udienza di conciliazione, dove devono essere presenti gli avvocati. L'udienza di conciliazione è regolata dal principio della "libertà del metodo" e, dunque, il giudice conciliatore può scegliere egli stesso le tecniche per mediare il conflitto, non esclusa la mediazione civile.

¹⁴ V., al riguardo, Buffone, Servetti, *Il rito partecipativo: un invito a «partecipare» per creare legami nuovi piuttosto che distruggere quelli vecchi*, in *Questione Giustizia on-line*; 2014 (13 giugno), www.questionegiustizia.it/articolo/il-rito-partecipativo_un-invito-a-partecipare-per-creare-legami-nuovi-piuttosto-che-distruggere-quelli-vecchi_13-06-2014.php.

337-*quinquies* cc, 710 cpc, 9 legge divorzio (cd. rito partecipativo *bis*). In questo contesto, pur sempre processuale, il giudice opera più concretamente come “mediatore”, poiché non può decidere la controversia e nemmeno prende parte al Collegio che poi, in caso di omessa conciliazione, definirà la lite. Durante l’udienza di conciliazione il giudice delegato segue, in genere, questo “schema” di intervento: *in primis*, verifica se è possibile raccogliere il consenso delle parti per una mediazione familiare: in caso affermativo, rinvia il processo ad altra udienza e rimette le parti dinanzi all’organismo di mediazione familiare da loro scelto in autonomia; se le parti non consentono a un simile percorso tecnico, il giudice-mediatore conduce un tentativo di conciliazione, avvalendosi delle più generiche tecniche di mediazione in suo possesso e formula una proposta conciliativa *ex art. 185-bis cpc*. Al termine dell’udienza il giudice delegato rimette il fascicolo al Collegio che, in caso di accordo raggiunto, provvederà in conformità, salvo chiarimenti ritenuti necessari e, altrimenti, fisserà nuova udienza dinanzi a sé per la necessaria prosecuzione del processo.

4. Il giudice e la mediazione familiare

Il giudice togato che sperimenta un tentativo di conciliazione e il giudice onorario che conduce una udienza di mediazione non sono ovviamente mediatori familiari. I primi cantieri “processuali” sin qui descritti costituiscono “occasioni di mediazione” (*latu sensu* intesa) che vengono coltivate “nel processo” da magistrati. Il Tribunale di Milano – accanto a queste risorse endoprocessuali – attinge in modo costante all’istituto della mediazione familiare, riconoscendogli una funzione privilegiata nell’ambito delle misure alternative di risoluzione del conflitto in materia di famiglia. In quest’ottica, il giudice della sezione IX civile quantomeno “informa” sempre i litiganti dell’opportunità e della possibilità di un percorso di mediazione. Quest’onere di “informazione” ha, oggi, trovato un importante riconoscimento legislativo: ove la lite familiare venga risolta mediante negoziazione, nell’accordo gli avvocati devono dare atto di avere « informato le parti della possibilità di esperire

la mediazione familiare» (art. 6, comma III, Legge 10 novembre 2014 n. 162, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132)¹⁵. Giova, però, ricordare i limiti applicativi della mediazione familiare¹⁶: pur dopo le recenti modifiche apportate al *corpus iuris* in materia di famiglia (l. n. 219/2012 e DLGS n. 154/2013), il tentativo di mediazione familiare presuppone, imprescindibilmente, il consenso delle parti (art. 337-*octies*, comma II, cc); inoltre, ancora oggi e in via prevalente, il percorso di mediazione familiare è offerto a titolo oneroso. Nel Tribunale di Milano un ottimo riscontro, in termini di risultato, perviene dal servizio di mediazione familiare offerto dal “Centro Gea” del Comune di Milano¹⁷. Il Centro – che ricade nell’ambito degli interventi sociali del Comune di Milano – offre ai residenti qualificati percorsi di mediazione familiare: con l’aiuto di un operatore dotato di specifica formazione, i genitori si incontrano (per un massimo di 10/12 colloqui) per individuare soluzioni e intese soddisfacenti per ciascuno dei *partners* e, in particolare, per i figli. Tutto ciò in autonomia dall’*iter* giudiziario e con la garanzia della riservatezza.

5. Il giudice e la mediazione civile

Guardando alle risorse a disposizione delle parti “fuori dal processo”, la Sezione IX civile del Tribunale di Milano non ignora la mediazione civile, introdotta dal DLGS 4 marzo 2010 n. 28¹⁸. Si tratta di una ulteriore area di mediazione diversa da quella familiare e differente da quella endoprocessuale che presuppone la disponibilità del “diritto” oggetto del processo (da qui, i ristretti ambiti di applicazione nel diritto di famiglia). Si fa riferimento, in particolare, alla cd. mediazione *ex officio*, introdotta nell’art. 5 comma II DLGS 28/2010 dalla legge 9 agosto 2013 n. 98 (di conversione del DL 21 giugno 2013 n. 69): la novella ha previsto la possibilità per il giudice (anche di appello) di disporre l’esperimento del procedimento di mediazione (cd. mediazione *ex officio*). Si tratta di un addentellato normativo che iscrive, in seno ai poteri discrezionali del magistrato, una nuova facoltà squisitamente processuale. La nuo-

¹⁵ Sia consentito richiamare, per un primo commento: Buffone, *Processo civile: tutte le novità (d.l. 132/2014 conv. con mod. in l. 162/2014, Giuffrè ed.*, Il Civilista, 2014.

¹⁶ In argomento, v. AA.Vv. *Trattato sulla mediazione familiare* (a cura di A. Cagnazzo), Torino, 2012 (Utet Editore).

¹⁷ Su: <https://www.comune.milano.it>.

¹⁸ Per un precedente della Sezione che ha applicato l’istituto nel diritto di famiglia, v. Trib. Milano, sez. IX civ., ordinanza 29 ottobre 2013 in *Guida al Dir.*, 2013, 46 (gli speciali). Nel caso di specie, si trattava di una controversia in materia di recupero credito promossa dalla madre del minore contro il padre di quest’ultimo.

va cd. «mediazione mediata dal giudice» costituisce una forma di mediazione obbligatoria, in cui la fonte del procedimento mediativo non è la legge ma il provvedimento del giudice. La mediazione delegata dal magistrato è stata qualificata in termini di mediazione obbligatoria anche dalla prima circolare interpretativa del Ministero della Giustizia¹⁹. Se, dunque, la precedente mediazione su invito del giudice era da inquadrare nell'ambito della mediazione volontaria, la mediazione *ex officio* va inquadrata nell'ambito della mediazione obbligatoria: mediazione obbligatoria che, peraltro, non è sottoposta al termine di scadenza di quattro anni istituito dalla riforma (l. 98/2013; v. art. 5, comma I-bis). Che si tratti di una mediazione decisa dal giudicante pare potersi desumere anche dall'art. 17 DLGS 28/2010 in cui la norma discorre di mediazione «prescritta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2». In caso di mediazione *ex officio*, l'esperimento del procedimento di mediazione diventa condizione di procedibilità della domanda giudiziale e, quindi, successivamente al provvedimento che dispone la mediazione, alla prima udienza utile, il giudice potrà verificare che la condizione sopravvenuta si sia avverata e, in difetto, potrà definire il processo dichiarando l'improcedibilità della domanda (pronuncia che, avendo carattere decisorio, va emessa nel provvedimento conclusivo della lite, quale ad es. la sentenza). Questo istituto consente al giudice di «obbligare» le parti a rivolgersi ai mediatori civili per (almeno) provare

a risolvere la loro lite in modo amichevole. È istituito che bene si attanaglia alle liti familiari aventi ad oggetto mere questioni economiche o patrimoniali (es., scioglimento di comunione legale; restituzione di bene; risarcimento del danno, etc.).

6. L'isola delle famiglia nella quiete della mediazione

Quando la famiglia si disgrega e i coniugi/genitori non riescono a risolvere mediante accordo la loro lite, l'«isola delle relazioni familiari», appena lambita dalle onde del mare del diritto, può, quindi, scegliere di attraversare la quiete della mediazione: essa garantisce alle parti un ventaglio copioso di conseguenze positive, quali l'evitare il processo civile, l'ottenere una soluzione più stabile nel tempo, il garantire riservatezza al conflitto coniugale, il salvaguardare la serenità dei figli. Che sia «questa» o «quella» mediazione, l'importante è l'accordo conciliativo raggiunto dai coniugi/genitori, il più prezioso suggello a una relazione che, non più di coppia, si trasforma in una effettiva condivisione della responsabilità genitoriale.

Il Tribunale di Milano – sia consentito l'ossimoro – se può «decide di non decidere», aiutando invece le parti a decidere della loro vita, del loro futuro e di quello dei loro figli: un ausilio e uno sprone alla consapevole crescita personale e alla stabilità di un nuovo contesto relazionale.

¹⁹ V. Min. Giustizia, circolare 27 novembre 2013 - Entrata in vigore dell'art. 84 del d.l. 69/2013 come convertito dalla l. 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, che modifica il d.lgs. 28/2010. Primi chiarimenti.

Il giudice francese e la mediazione commerciale *

di Gilbert Cousteaux

La mediazione, un'idea nuova? Si rispetto alla legge, perché la mediazione è stata introdotta nel codice di procedura civile francese nel 1995. Ma, a ben guardare, la mediazione è, in realtà, un'idea antica profondamente radicata nella storia delle relazioni umane. Così Voltaire scriveva, in una lettera del 1739, che *«la miglior legge, la più eccellente pratica, la più utile che ho visto, è in Olanda. Quando due uomini vogliono farsi causa, sono obbligati ad andare prima di tutto al tribunale dei giudici conciliatori, detti pacificatori, facitori della pace: Se le parti arrivano con un avvocato o un procuratore, prima di tutto si fanno ritirare questi ultimi come si toglie la legna da un fuoco che si vuole spengere. I pacificatori dicono alle parti: siete veramente folli a voler mangiare il vostro denaro a rendervi reciprocamente scontenti. Noi sistemeremo le cose senza che vi costi niente. ... Se la loro follia è incurabile, viene concesso loro di andare in giudizio, come si abbandonano all'amputazione del chirurgo delle membra in cancrena; allora la giustizia fa la sua parte.»*.

1. Il diritto della mediazione

1.1. Una sola mediazione ma due principi fondamentali

Anche prima della legge dell'8 febbraio 1995 che ha consacrato la mediazione senza definirla, la Corte di cassazione (Civ. 2, 16 giugno 1993) ha ritenuto che la stessa ha per oggetto di procedere al confronto tra le rispettive pretese delle parti in vista di pervenire ad un accordo proposto dal mediatore. E che essa è una modalità di applicazione dell'articolo 21 del nuovo codice di procedura civile (cpc)¹ che tende al regolamento amichevole dei conflitti e, conseguentemente, esclude ogni potere giurisdizionale, di cui il giudice può essere investito solo per volontà comune delle parti.

Vi è dunque innanzitutto la legge 8 febbraio 1995 e

il decreto 22 luglio 1996 che ha introdotto un titolo VI bis intitolato "La mediazione" nel codice di procedura civile. I 15 articoli del decreto hanno conferito alla mediazione uno statuto procedurale stabile ormai da quasi vent'anni.

Successivamente la legge del 4 marzo 2002 sulla responsabilità genitoriale (articolo 373-2-10 del codice civile) e quella del 26 maggio 2004 sul divorzio (articolo 225 del codice civile) hanno fondato la mediazione familiare sugli stessi principi della mediazione civile, attribuendo al giudice d'ingiungere alle parti d'incontrare un mediatore che fornirà loro le informazioni su oggetto e svolgimento di questa misura.

Infine, l'ordinanza del 16 novembre 2011 che ha trasposto, con un po' di ritardo, la direttiva europea del 21 maggio 2008 su certi aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, ha modificato la legge del 1995 per fissare una base di regole comuni ai

* Traduzione dal francese di Maria Giuliana Civinini.

Testo originale in www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-1_26-originale.pdf.

¹ Articolo 21 cpc francese: "Rientra tra i compiti del giudice conciliare le parti".

modi di risoluzione amichevole dei conflitti. Il decreto del 20 gennaio 2012 introduce nel codice di procedura civile un intero libro consacrato alla “risoluzione amichevole dei conflitti” al di fuori del processo prevedendo una procedura di omologazione dell'accordo da parte del giudice.

L'ordinanza del 16 novembre 2011 ha definito la mediazione come “ogni processo strutturato, qualunque ne sia la denominazione, col quale due o più parti tentano di pervenire ad un accordo in vista della definizione amichevole della loro controversia con l'aiuto di un terzo, il mediatore, scelto da loro, o designato, col loro accordo, dal giudice della causa”.

Non deve dunque distinguersi tra mediazione giudiziaria e mediazione convenzionale perché ogni mediazione poggia sulla libertà di adesione delle parti, primo principio fondamentale.

Questa libertà delle parti è affermata in più articoli del codice di procedura civile:

- 131-1 cpc: il giudice adito può, dopo aver raccolto l'accordo delle parti, designare un terzo;
- 131-6 cpc: la decisione che ordina una mediazione menziona l'accordo delle parti.

La Corte di cassazione riafferma questo principio (civ. 1, 07 dicembre 2005) ritenendo che la decisione di ordinare una mediazione giudiziaria, che non può essere eseguita che col consenso delle parti, è una misura di amministrazione giudiziaria che non può essere né appellata né far oggetto di ricorso per Cassazione.

Di conseguenza, una mediazione obbligatoria, ordinata con l'obiettivo dichiarato di disintossicare la giurisdizione, sarebbe contraria allo spirito della mediazione.

Ciò nonostante una mediazione obbligatoria è stata introdotta nel codice rurale, con la legge n. 2014-1170 sull'avvenire dell'agricoltura, l'alimentazione e la foresta del 13 ottobre 2014. L'articolo L. 631-27 crea un mediatore delle relazioni commerciali in agricoltura che può essere adito in relazione a ogni litigio relativo alla conclusione o esecuzione di un contratto avente per oggetto la vendita o la consegna di prodotti agricoli o di prodotti alimentari destinati a essere rivenduti o trasformati, comprese le liti legate alla rinegoziazione di un prezzo previste dall'art. L. 441-8 del codice di commercio. E l'articolo successivo prevede che ogni controversia tra professionisti relativa all'esecuzione di un contratto avente ad oggetto la vendita di prodotti agricoli o alimentari deve essere oggetto di una procedura di mediazione prima di poterne investire il giudice, salvo che il contratto preveda altrimenti o contenga una clausola arbitrale; e che in ogni caso, e salvo il ricorso all'arbitrato, la mediazione è obbligatoria in caso di lite relativa alla

rinegoziazione del prezzo che permette di tener conto delle fluttuazioni delle materie prime agricole.

Il secondo principio riguarda l'intervento di un terzo indipendente e imparziale.

Questo principio è fissato dall'articolo 131-5 cpc che prevede: «La persona fisica che effettua la mediazione deve rispondere alle seguenti condizioni: ... 5° Presentare le garanzie d'indipendenza necessarie all'esercizio della mediazione».

L'ordinanza del novembre 2011 che ha trasposto la direttiva europea ha creato un nuovo articolo 21-2 che prevede che il mediatore adempie alla sua funzione con imparzialità, competenza e diligenza.

Di indipendenza non si parla. Nella relazione al presidente della Repubblica si precisa che il Governo ha scelto di non inserire la nozione d'indipendenza nella definizione del mediatore perché si tratta di nozione non utilizzata nella direttiva e che avrebbe irrigidito l'esercizio dell'attività di mediatore rinviando all'esistenza di uno statuto professionale e che comunque la nozione di imparzialità è sufficiente.

Ma forse l'indipendenza non ha detto la sua ultima parola. In effetti, la direttiva europea del 21 maggio 2013 relativa alla definizione extragiudiziaria delle controversie dei consumatori, da trasporre entro il 9 luglio 2015, precisa all'articolo 6, intitolato «Competenza, indipendenza e imparzialità» che gli Stati membri vegliano affinché le persone fisiche incaricate di tale regolamentazione delle liti abbiano le competenze necessarie e siano indipendenti e imparziali. L'articolo fissa le garanzie dell'indipendenza, gli Stati dovendo assicurare in particolare che queste persone siano nominate per un tempo sufficiente per assicurare l'indipendenza della loro azione e che non possano essere sollevate dalle loro funzioni senza giusto motivo.

Questo terzo deve essere neutro e non interventista. È così che può distinguersi la mediazione dalla conciliazione. Il mediatore accompagna le persone nel loro progetto di risoluzione del conflitto senza far prevalere il suo punto di vista, laddove il conciliatore opera per la ricerca di un accordo.

1.2 Questi principi si scontrano con reticenze e resistenze degli operatori del diritto che devono essere rimosse.

1.2.1 I giudici

Reticenze possono esistere nei magistrati ignoranti. Non il magistrato della favola di Jean de La Fontaine, *L'asino che porta le reliquie* la cui morale è: *di un magistrato ignorante quel che si saluta è la toga*. Questa ignoranza è sinonimo di incompetenza. No, il magistrato ignorante cui alludo è quello, peraltro

in favore del principio della mediazione, che non sa come fare e, *in primis*, chi nominare come mediatore ai sensi dell'art. 131-6 che prevede: *la decisione che ordina la mediazione menziona l'accordo delle parti, designa il mediatore*. Questa ignoranza sui modi di funzionamento è facile da superare. Basta redigere e diffondere le liste dei mediatori.

Le resistenze sono più difficili da eliminare. Certamente il primo comma dell'articolo 12 cpc dispone che il giudice decide la causa in conformità alle regole di diritto che le sono applicabili. Ma, limitare a ciò la funzione del giudice, non è riduttivo? Per un gioco di specchi, l'articolo 21 cpc precisa che *rientra nella missione del giudice di conciliare le parti*.

È vero che conciliare significa per il giudice accettare di lasciare alle parti il ruolo primario nella ricerca di una soluzione alla controversia. Può essere la ragione per cui certi magistrati possono considerare che la conciliazione è estranea alla loro missione? Quanto alla mediazione, la resistenza è ancora più grande nella misura in cui il giudice è totalmente assente dall'accordo che le parti raggiungono con l'aiuto del mediatore.

Per superare queste resistenze vale la pena rileggere l'intervento tenuto da Paul Ricoeur nel 1991 all'Istituto di alti studi per la giustizia. In questo testo intitolato *L'atto di giudicare* pubblicato nel 1995 in *Juste*, Paul Ricoeur distingue «una finalità a breve, in virtù della quale giudicare significa tagliare, decidere, in vista di mettere fine all'incertezza; a questa si oppone una finalità a lungo, certamente più nascosta, e cioè il contributo del giudizio alla pace pubblica».

1.2.2 Gli avvocati

L'avvocato deve essere un partner attivo. Non ci potrà essere sviluppo della mediazione se gli avvocati sono esclusi. L'avvocato deve inserirsi nel processo di mediazione e i mediatori devono tener conto della presenza dell'avvocato. Ma l'avvocato deve essere un partner rispettoso della mediazione. Non deve essere ostile. L'assistenza e la partecipazione alla mediazione impone una modificazione del suo comportamento. L'obiettivo è permettere alle parti di trovare la loro soluzione. Sono certamente aiutate dal mediatore ma anche dai consigli dell'avvocato.

2. La mediazione del diritto

Per sviluppare il ricorso alla mediazione, devono essere lanciate più azioni mirando tre obiettivi: il pubblico, i professionisti del diritto e le corti.

Queste azioni cominciano a dare risultati promettenti. Ma bisogna ricordare che la legge che ha introdotto la mediazione da 20 più di vent'anni.

2.1 Le azioni

2.1.1 L'informazione: azione verso il pubblico.

In base all'articolo 9 della direttiva europea del 21 maggio 2008, gli Stati membri incoraggiano in tutti i modi appropriati la messa a disposizione del pubblico, in particolare su internet, le informazioni sul modo di contattare i mediatori e gli organismi che forniscono servizi di mediazione.

Questo compito d'informare compete ai consigli dipartimentali d'accesso alla giustizia, presieduti dal presidente del Tribunale di grande istanza del capoluogo del dipartimento, che devono mettere a disposizione documenti, ad esempio *depliants*, e pubblicare informazioni su internet.

Anche alcuni Consigli dell'ordine prendono l'iniziativa. Così a marzo 2006, il centro di mediazione del CDO di Tolosa ha realizzato un sito di informazione che propone tra l'altro un modulo per domandare di realizzare una mediazione convenzionale. Il centro è stato creato nel 2000 dal presidente del CDO Desarnauts, un precursore poiché si è dovuto attendere il decreto del 27 novembre 2010 affinché un testo regolamentare precisi che la professione d'avvocato è compatibile con la funzione di mediatore.

Inoltre, il gruppo europeo magistrati per la mediazione, GEMME; ha creato a sua volta un sito accessibile all'indirizzo www.gemme.eu, che fornisce informazioni generali sulla mediazione in Europa e informazioni specifiche sui singoli Paesi. L'associazione, creata in Francia nel dicembre 2003, conta circa 450 membri, per tre quarti dei magistrati, distribuiti tra 21 Paesi – 19 dell'Unione europea più la Svizzera e la Norvegia. Facendo seguito al Colloquio di Parigi del giugno 2014 in occasione dei 10 anni dell'associazione, tre nuove sezioni nazionali sono in corso di costituzione: la Grecia, la Svezia e la Danimarca, una sezione nazionale potendo essere creata da un minimo di 7 magistrati. GEMME Francia comprende 100 membri (76 magistrati e 24 membri associati).

2.1.2. La formazione: azione verso i professionisti del diritto

Il 13 settembre 2011 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sul recepimento della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, sugli effetti sulla mediazione e la sua adozione nei tribunali. Dopo aver analizzato a fondo i principali approcci regolamentari degli Stati membri al fine di individuare le buone pratiche, il Parlamento stima che è necessario incoraggiare le autorità nazionali a elaborare programmi atti a promuovere una adeguata conoscenza dei modi alternativi di risoluzione dei conflitti, le rela-

tive attività - da destinarsi ad avvocati, notai, imprese, università - dovendo mettere in luce i principali vantaggi della mediazione - come i costi, il tasso di successo, i tempi.

Il rapporto dell'Istituto di alti studi sulla giustizia pubblicato a maggio 2013, intitolato «la prudenza e l'autorità, il ruolo del giudice nel 21° secolo», evoca la necessità di un'evoluzione della cultura professionale dei giudici al fine di rendere vita all'offerta della conciliazione della mediazione.

Il rapporto sul giudice del 21° secolo, «un cittadino attore, un'equipe di giustizia» pubblicato a dicembre 2013, contiene varie proposizioni finalizzate ad arricchire l'intervento giudiziario in materia civile in particolare promovendo nelle università una cultura della mediazione, assicurando nelle facoltà di giurisprudenza, alla Scuola della magistratura e nelle scuole dell'avvocatura un insegnamento metodologico appropriato.

La Scuola della magistratura impartisce nel quadro della formazione iniziale un insegnamento sulla conciliazione e sulle tecniche della mediazione. La consultazione del sito della formazione continua consente di verificare che sono proposti vari moduli in materia di mediazione.

La Scuola degli avvocati del Sud-Ovest Pirenei ha realizzato per la prima volta nel primo semestre del 2014 una formazione sui modi alternativi di risoluzione dei conflitti e più in particolare sulla mediazione per il primo anno di formazione.

Comunque sia, l'organizzazione di corsi di formazione continua cozza contro una difficoltà: spesso vi assistono quelli che sono già convinti dell'interesse della misura. La partecipazione a questi corsi dovrebbe essere obbligatoria per avvocati e giudici il cui contenzioso si presta alla mediazione. In qualche modo, una formazione obbligatoria per una misura che non lo è.

2.1.3. Attività nelle corti

La prima azione da realizzare è designare un magistrato referente.

Sulla base del decreto del 1 ottobre 2010 sulla conciliazione e la procedura orale in materia civile, commerciale e sociale, il primo presidente della corte d'appello designa un consigliere incaricato di seguire l'attività dei conciliatori di giustizia e dei mediatori e di coordinare la loro attività nel distretto della corte d'appello. Questo magistrato redige un rapporto annuale che trasmette al Primo presidente della corte d'appello, che a sua volta lo trasmette al Ministro della giustizia, e ai Presidenti dei tribunali di grande istanza. Lo stesso non deve contentarsi di monitorare ma deve anche trasmet-

tere informazioni ai mediatori e agli uffici del distretto, assicurando l'aggiornamento. Deve essere costantemente aggiornato e pronto a cogliere le novità e a diffonderle.

La seconda azione è la creazione di unità di mediazione.

Ad oggi, esistono molte unità di mediazione nelle Corti, in particolare nel distretto dell'a Corte d'appello di Parigi, a Metz, o alla Rochelle. La Corte d'appello di Tolosa è prolifica. A Tolosa sono stati firmati tre protocolli tra il presidente e il primo presidente, il presidente del Consiglio dell'ordine e il responsabile delle cancellerie: al Tribunale di grande istanza nel 2010, al Tribunale di commercio a giugno 2011 e alla Corte d'appello a settembre 2011. E un quarto è stato firmato a novembre 2011 al Tribunale di grande istanza di Montauban.

A Tolosa, le unità di mediazione sono composte da due magistrati, due avvocati, un cancelliere e un universitario in ragione dei legami privilegiati tra Palazzo e Università, legami che hanno condotto tra l'altro all'organizzazione di un diploma universitario sulla mediazione che propone 150 ore di formazione, valutazioni comprese (la 6° promozione si è formata nel 2014).

L'unità di mediazione civile è incaricata d'impiantare la mediazione nell'ambito della giurisdizione e promuovere ogni genere di iniziative verso magistrati, avvocati e utenti. Facilita il ricorso alla mediazione definendo procedure d'informazione, monitoraggio e trattamento e diffondendo istruzioni per la concreta realizzazione della mediazione. Redige annualmente una lista di mediatori con indicazione della specializzazione. Realizza strumenti di valutazione delle attività poste in essere. A Tolosa, in occasione delle udienze settimanali di «*référé*» al tribunale di grande istanza, dei turni di presenza sono organizzati dai mediatori.

2.2. I risultati

Nel 2008, introducendo il lavoro della commissione «Celerità e qualità della giustizia. La mediazione, un'altra via», il primo presidente Magendie valutava che «non è più il tempo di discutere sui meriti della mediazione o di esporne le tecniche. Ormai i nostri sforzi devono tendere a far sì che la mediazione giudiziaria divenga un modo abituale di risoluzione dei conflitti».

2.2.1. A livello nazionale

Le cifre ottenute dalla direzione degli affari civili sui tribunali di grande istanza e le corti d'appello per gli anni 2001, 2012 e 2013 forniscono le seguenti indicazioni:

Obiettivo 3. LA RISOLUZIONE AMICHEVOLE DEI CONFLITTI

Tribunali di grande istanza: nel 2011, 3205 misure (rinvii in mediazione) ordinate, nel 2012 le stesse erano 2954 e nel 2013, 3792; tra il 2011 e il 2013, un aumento del 18%;

- di cui mediazione familiare, nel 2011: 94%, nel 2012: 93% e nel 2013: 91%;
- altri settori, nel 2011: 185 misure, nel 2012: 254 e nel 2013: 347 ; tra 2011 e 2013, 88% d'aumento.

	Total 2011	2011		Total 2012	2012		Total 2013	2013	
		Fond	Référé		Fond	Référé		Fond	Référé
Total	3205	2940	265	3413	3120	293	3792	3469	323
Biens - Propriété littéraire et artistique	58	43	15	77	59	18	78	49	29
Contrats	50	43	7	71	58	13	111	94	17
Droit de la famille	3020	2794	226	3159	2919	240	3445	3202	243
Droit des affaires	22	18	4	47	39	8	88	75	13
Droit des personnes	1	1	0	1	0	1	0	0	0
Entreprises en difficulté	19	19	0	22	22	0	17	17	0
Relations du travail	8	2	6	7	2	5	4	1	3
Responsabilité	17	14	3	24	16	8	28	16	12
nd	10	6	4	5	5		21	15	6

Corti d'appello: nel 2011: 494 misure ordinate; nel 2012, 560, nel 2013, 641; tra 2011 e 2013, un aumento del 30%;

- esclusa la famiglia, lavoro e previdenza rappresen-

ta il 71% nel 2011, 60% nel 2012 e 46% nel 2013;

- esclusi famiglia e lavoro, nel 2011: 127 misure ordinate; nel 2012, 203 e nel 2013, 323; tra 2011 e 2013, 154% d'aumento.

	2011	2012	2013
Total	494	560	641
Biens - Propriété littéraire et artistique	23	28	44
Contrats	48	97	149
Droit de la famille	55	46	46
Droit des affaires	31	50	98
Entreprises en difficulté	1	1	6
Relations du travail	312	311	272
Responsabilité	7	7	7
nd	17	20	19

2.2. A livello locale

A Tolosa, attualmente è una sezione della seconda camera della Corte d'appello, davanti alla quale la rappresentanza è obbligatoria, che esperimenta il ricorso alla mediazione. Una sezione della camera lavoro ha iniziato analoga sperimentazione a ottobre 2013.

Prima dei risultati, qualche spiegazione sulla prassi realizzata e i casi selezionati.

La prassi:

- i nuovi fascicoli vengono esaminati e selezionati dal presidente della camera;
- dopo la costituzione del convenuto, è inviata una lettera alle parti per posta e agli avvocati at-

traverso la rete privata avvocati (RPVA - un sistema di comunicazioni telematiche coi tribunali) per proporre una mediazione (la lettera precisa l'importo del deposito messo a carico di ciascuna parte, salvi i benefici del patrocinio statale, tra 500 e 750 euro, la durata della mediazione - tre mesi rinnovabili una sola volta -, la confidenzialità della misura, la sospensione dei termini giudiziari);

- il presidente della camera tiene una riunione di informazione sulla mediazione di durata inferiore a un'ora (in due anni se ne sono tenute 14, qualche volta con la partecipazione di mediatori), durante la quale sono raccolti gli accordi o i rifiuti ad an-

dare in mediazione; sempre più spesso le risposte sono inviate via RPVA;

- emissione di ordinanze di designazione dei mediatori;
- eventualmente emissione di ordinanze di proroga (nella metà dei casi);
- se è intervenuto un accordo, emissione dell'ordinanza di omologazione dell'accordo a richiesta delle parti, o ordinanza di estinzione per rinuncia;
- se l'accordo non è stato raggiunto, la causa è chiamata a un'udienza dove si constata la fine della mediazione e della funzione del mediatore (Cass. Chambre sociale - 14 gennaio 2014);
- emissione di ordinanza che fissa la remunerazione del mediatore (a Tolosa il costo orario è tra 250 e 300 euro e una sessione dura di regola un'ora e mezzo), la quale non dipende dalla circostanza che le parti abbiano o meno raggiunto un accordo (Cass, 2° civ., 22 marzo 2007).

I casi selezionati: tra il primo gennaio 2012 e il 15 novembre 2013, sono stati selezionati 477 cause civili e commerciali su 943 nuovi fascicoli, cioè il 46%.

Su 115 designazioni di mediatore tra febbraio 2012 e settembre 2014, 70 decisioni di primo grado erano state rese da tribunali di grande istanza e 45 da tribunali di commercio.

Le cause selezionate sono essenzialmente quelle in cui le parti conservano delle relazioni: relazioni tra locatore e conduttore, diritto delle società, conflitti tra associati o membri della stessa famiglia, diritto dei trasporti, pagamenti di fatture tra due società, e quelle di valore inferiore a 10.000 euro. si deve ricordare che l'articolo 3.7.1 del codice deontologico degli avvocati europei, pubblicato dal Consiglio degli ordini europei (CCBE) prevede che «l'avvocato deve tentare in ogni momento di trovare una soluzione al litigio del cliente che sia appropriata al costo dell'affare, e deve consigliare, al momento opportuno, se la ricerca di un accordo sia opportuna e se sia conveniente far ricorso a metodi alternativi di risoluzione dei conflitti». Deve precisarsi che detto codice è parte integrante del Regolamento interno nazionale della professione d'avvocato, base della deontologia comune agli avvocati francesi.

I risultati: nel 2012/2013, sono stati ottenuti 95 accordi per il rinvio in mediazione, pari al 20% dei fascicoli selezionati.

Su 82 mediazioni portate a termine, si sono avuti 39 fallimenti, 34 successi e 9 abbandoni per difetto del versamento del deposito, cioè il 47%.

34 casi cause si sono concluse con un accordo in circa due anni, cioè il 3,6% degli affari sopravvenuti, cioè, rapportato a un anno, l'equivalente di un mese di lavoro a tempo pieno di un consigliere.

Il costo medio delle mediazioni, calcolato su 71 procedure, è di 800 euro, da dividere tra le parti, il più basso 200 euro per un caso di successo e il più elevato 4000 euro per un caso di insuccesso, con due mediatori.

Conclusioni

Se anche le cifre sono esplicite, devono tenersi in conto anche i valori messi in campo dalla mediazione.

La *Revue internationale de droit comparé* ha pubblicato nel 1997 il rapporto di sintesi redatto dal rettore Cornu sui modi alternativi di risoluzione delle controversie all'esito di un colloquio tenutosi a Damas nell'ottobre del 1996. Inizia scrivendo «giustizia e pace si baciano» (Salmo 84-11) e aggiunge tra parentesi «non dico che si danno fuoco»². Qualifica la mediazione come una figura nuova che non è una specie della conciliazione e che, allo stato puro, riposa su sette colonne:

1. il consenso
2. la partecipazione personale degli interessati
3. l'assistenza di un terzo indipendente e del giudice
4. la confidenzialità
5. l'assenza di poteri di tipo giudiziario nel mediatore
6. la ricerca di una soluzione equa o almeno accettabile per le parti.

E nell'ultimo paragrafo scrive: «viva la pace! Favore per gli operai della pace» (*les ouvriers de paix*), ritrovando in qualche modo l'espressione di Voltaire, i pacificatori, «i facitori della pace» (*les faiseurs de paix*).

² Trattasi di gioco di parole; così il testo originale: «*Il commence en écrivant*» «*justice et paix s'embrassent*» (Psaume 84-11) et il ajoute dans une parenthèse «*je ne dis pas s'embrassent*».

La mediazione in appello

di Giovanni Buonomo

Il modello italiano di mediazione delegata dalla Corte di appello, risultante dalle modifiche introdotte recentemente al DLGS n. 28/2010 e dalle misure tendenti a favorire il trasferimento, ad istanza di parte, delle cause pendenti davanti agli arbitri, ipotizza un uso degli strumenti alternativi di definizione delle controversie per lo smaltimento del pesante arretrato accumulatosi nel secondo grado di giudizio principalmente per effetto della riforma del giudice unico di primo grado. L'esperienza degli altri Paesi, tuttavia, dimostra che, per funzionare come strumento di deflazione, l'ADR postula un processo civile tanto efficiente e rapido da scoraggiare il ricorso al giudice a scopi meramente dilatori e favorire l'accordo tra le parti.

Così com'è congegnata, dunque, la mediazione «forzata» in appello è destinata ad operare solo in un numero assai limitato di casi e rischia di ripetere, alimentando un contenzioso «di ritorno», l'esperienza delle note sezioni-stralcio istituite nei tribunali nel 1997.

1. Introduzione: la mediazione come strumento ibrido di deflazione dei processi

I sistemi *alternativi* di risoluzione delle controversie, contrariamente a quanto indurrebbero a credere le recenti modifiche del DLGS n. 28/2010, presuppongono un buon funzionamento della giustizia civile poiché solo la prospettiva di una tutela giurisdizionale efficiente può scoraggiare strategia difensive volte all'abuso del processo¹.

Gli interventi volti ad introdurre anche nel nostro Paese strumenti di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali perseguono, invece, lo scopo dichiarato² di porre rimedio alla durata insopportabile dei giudizi civili, disincentivando il ricorso al giudice attraverso la previsione di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie.

Il modello italiano delineato dalla legge delega (e dai tre successivi interventi legislativi del 2010, del 2013 e, da ultimo, del 2014³), è dunque un modello *ibrido* che, partendo dalla legge n. 69 del 2009, che

¹ D. Dalfino, *Mediazione, conciliazione e rapporti col processo*, in *Foro it.* 2010, V, 101. Nello stesso senso, R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, *ibidem*, 89 e M. Gradi, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»* in *Judicium.it*, 2014, XII, pag. 7 e ss.

² Come si legge nella relazione illustrativa che accompagna il decreto legislativo n. 28/2010 e nella scheda di sintesi dei lavori parlamentari della XVI legislatura pubblicato sul sito istituzionale della Camera dei deputati e dedicato all'attuazione della delega contenuta nell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (www.camera.it/camera/browse/561?appro=588&Decreto+legislativo+28%2F2010+--+Mediazione+civile+e+commerciale).

³ Si fa qui riferimento al decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito con motivazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, espressamente intitolato a «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile».

ha fissato le linee guida per la riforma del processo civile, si affida alla mediazione (o al *respingimento del contenzioso*⁴ al di fuori della giurisdizione) per recuperare efficienza attraverso una più razionale distribuzione della domanda di giustizia. Un mezzo di deflazione che, nella particolare realtà italiana, sembra muovere dalla constatazione che il processo, così com'è, non è più in grado di comporre in tempi utili le controversie e, in ultima analisi, di soddisfare le esigenze dei cittadini⁵.

2. Lo stato disastroso delle corti di appello

Com'è noto, (e come puntualmente riportato nell'ultima relazione sull'amministrazione della giustizia del primo presidente della Corte di cassazione⁶), il giudizio d'appello ha pagato il prezzo più alto, in termini di accumulazione di processi arretrati, per la realizzazione della riforma del giudice unico di primo grado.

La soppressione delle preture, e anche la scadente qualità di molte decisioni delle sezioni stralcio istituite per lo «smaltimento» delle cause pendenti al 30

aprile 1995⁷, hanno riversato sulle corti di appello una crescente quantità di impugnazioni, col risultato di estendere la durata dei processi (di molto) oltre i limiti della ragionevole durata del processo.

I dati, recentemente pubblicati dal Ministero della giustizia in occasione di un censimento speciale della giustizia civile⁸, sono di per sé eloquenti.

Al 30 giugno 2013 erano pendenti, davanti alle corti di appello italiane, 412.699 processi, a fronte di una capacità di definizione, registrata dalla media del triennio precedente, pari a poco più di 155.000 cause l'anno.

Ciò significa che, come scrive il capo del dipartimento dell'organizzazione giudiziaria nel suo rapporto, occorrerebbero circa tre anni di lavoro, bloccando le future sopravvenienze (ed è evidentemente un'ipotesi fuori dal reale), per esaurire l'intero arretrato; con buona pace, in ogni caso, del termine biennale imposto dalla legge Pinto per la definizione di questo tipo di cause.

S'è detto che il carico di lavoro delle corti di appello si è di molto incrementato, soprattutto per gli effetti perversi della riforma del giudice unico di primo grado⁹. Ma il fatto singolare è che, secondo i dati del Ministero della giustizia, il 68% degli appelli si con-

⁴ Secondo l'efficace espressione coniata da B. Capponi in *Respingimento del contenzioso, degiurisdizionalizzazione, prospettive in tempi di crisi*, in *Questione Giustizia on line*, 10.10.2014, http://questionegiustizia.it/articolo/respingimento-del-contenzioso_degiurisdizionalizzazione_prospettive-in-tempi-di-crisi_10-10-2014.php.

⁵ Secondo Neil Andrews (*I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, ne *L'altra giustizia*, a cura di V. Varano, Giuffrè, Milano, 2007, I), «La mediazione non opera come un mero strumento al servizio della transazione, bensì come un'alternativa all'avvio o alla conclusione di un processo dinanzi alle corti ordinarie o ai tribunals. La principale conclusione è che occorre riconoscere come, laddove sia appropriata, la mediazione rappresenti la cosa migliore dopo il pane a fette, senza che per questo sia stato eliminato il pranzo a tre portate (processo dinanzi alle *country courts*), né tantomeno il banchetto di cinque portate (processo dinanzi alla *High Court*). Il successo di questo metodo, soprattutto nella soluzione di controversie in materia commerciale, nasce dal fatto che «...la mediazione è volta permettere alle parti l'individuazione di un terreno comune. Al contrario, il processo le induce a ostentare un atteggiamento antagonista (*adversarial*) che può impedire il negoziato. È noto come processo incoraggi le parti a sottolineare rigidamente le differenze fra le rispettive posizioni [...] In realtà anche le parti della controversia apparentemente più esasperata spesso bramano la possibilità di negoziare una transazione e "porre fine all'incubo"» (pag. 9 e ss.) In generale, sui metodi negoziali di composizione delle controversie, e sul *multidoor system* di matrice nordamericana, si rimanda, per brevità, a M. Cappelletti, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro it.* 1979, V, 54.

⁶ Letta il 23 gennaio 2015 nella cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario e reperibile sul sito istituzionale della Corte di cassazione all'indirizzo http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_amministrazione_Giustizia_2014_del_Primo_Presidente_Giorgio_Santacroce.pdf.

⁷ Scrive a questo proposito B. Capponi (*Respingimento del contenzioso*, cit.) «Nel 1997 abbiamo già fatto l'esperienza delle sezioni-stralcio, sempre a fini di smaltimento dell'arretrato. Ogni sezione dei tribunali civili è stata duplicata da una sezione *bis*, col compito di occuparsi soltanto del contenzioso pendente. L'esperienza non ha dato frutti troppo positivi (la qualità delle sentenze rese dalle sezioni-stralcio è spesso stata pessima), e non ha impedito il formarsi di un nuovo arretrato. La mia impressione è che il vizio principale di tale misura emergenziale sia stato quello legato al reclutamento: si sono privilegiati soggetti con una vita lavorativa alle spalle, che hanno visto in quella funzione un terminale premiale. In tal modo questi soggetti – al di là dei personali meriti o demeriti – sono stati nominati necrofori non solo dell'arretrato, ma anche di loro stessi.»

⁸ Si tratta del rapporto contenente la «Analisi delle pendenze e dell'anzianità di iscrizione degli affari civili» curato dalla direzione generale di statistica del Ministero, pubblicato il 14 novembre 2014 e reperibile all'indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_9_10_1.wp?previousPage=mg_2_9_10.

⁹ Secondo G. Monteleone, *La crisi dell'appello civile ed il dissesto delle corti di appello*, in *Judicium.it* 2013 «Prima di questa disastrosa riforma gli appelli erano suddivisi tra i Tribunali e le Corti: l'appello contro le sentenze dei Pretori era rivolto al Tribunale, sia nelle cause

clude con il rigetto dell'impugnazione e con la conferma della sentenza di primo grado; il che, com'è stato efficacemente osservato, equivale a dire «che in oltre i due terzi dei casi, il giudice lavora a vuoto, rispondendo ad una domanda di giustizia che, per lo più, non aveva ragione di essere»¹⁰.

Le cause di questo disastro sono numerose e non si fermano alla riforma del giudice unico. Basti pensare alla mancata revisione delle circoscrizioni giudiziarie, al costo, relativamente basso, rispetto agli altri paesi europei, dell'accesso alla giustizia civile anche per cause di modesta importanza, e, soprattutto, al numero dei professionisti abilitati al patrocinio in giudizio che, secondo molti commentatori, costituisce (unito al regime di concorrenza cui i professionisti erano costretti, sino pochi anni fa, dal basso livello dei compensi) uno dei principali fattori di moltiplicazione delle cause anche nelle giurisdizioni superiori¹¹.

La legge 18 giugno 2009, n. 69, da cui si origina anche la delega legislativa sulla mediazione, ha inteso contrastare il fenomeno dell'abuso del processo con un nuovo regime delle spese processuali e della lite temeraria, modificando gli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile e ha dato inizio, come troppo spesso avviene nel nostro Paese, ad una serie di occasionali aggiustamenti legislativi diretti (per la parte che qui interessa) a migliorare «l'efficienza delle impugnazioni».

Vanno letti in questo contesto, ad esempio, la modifica dell'articolo 351 c.p.c. volta a consentire, sulla scorta di numerose sentenze di merito che rivendicavano l'uso di questo strumento anche per l'appello (prima, tra queste, la Corte di appello di Roma), la definizione della causa ai sensi dell'articolo 281/*sexies*, con immediata lettura in udienza del dispositivo e della motivazione della sentenza (introdotta dall'articolo 27 della legge n. 183/2011), oltre all'introduzione, con la legge n. 134/2012 (che ha convertito il decreto leg-

ge n. 83/2012) del cosiddetto «filtro» costituito dalla ordinanza di inammissibilità per gli appelli che non hanno una ragionevole probabilità di essere accolti.

Si tratta di un istituto analogo a quello introdotto, nel 2009, dall'articolo 360/*bis* cpc secondo cui, quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte, ovvero quando la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo è «manifestamente infondata», il ricorso è dichiarato inammissibile.

A ben vedere, i due strumenti processuali di recente introduzione non hanno in comune soltanto l'uso improprio della sanzione processuale dell'inammissibilità per rigettare un'impugnazione infondata. V'è infatti la speranza, che è forse il principale dato comune ai due istituti, di poter ridurre apprezzabilmente la durata del giudizio favorendo l'immediata definizione delle impugnazioni palesemente infondate.

L'articolo 348/*ter* cpc, al fine evidente di favorire l'utilizzo del «filtro» in funzione di deflazione del carico degli appelli, prevede, inoltre, che l'ordinanza sia «succintamente motivata», anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati negli atti di causa e con riferimento precedenti conformi; così autorizzando, par di capire, anche una riduzione ai minimi termini dell'obbligo di motivazione.

Per completare il quadro, occorre far cenno alle modifiche dell'art. 342 cpc introdotte dalla legge n. 134 del 2012 che, recependo un consolidato orientamento della Corte di cassazione (cristallizzato nella fondamentale sentenza Cass. sez. un. n.16/2000), impone oggi all'appellante di indicare, a pena d'inammissibilità e in ossequio al cd. «principio di specificità», le parti del provvedimento che si intende appellare, le modifiche richieste, le circostanze da cui deriva la violazione di legge e la loro rilevanza a ai fini della decisione impugnata¹².

ordinarie che in quelle di lavoro; quello avverso le sentenze dei Tribunali alle Corti. Sopprese le Preture ed istituito il Tribunale giudice unico, tutti gli appelli sono andati a finire in Corte, donde il loro collasso, essendo rimaste immutate nel numero e nella composizione. Ricordo perfettamente che, a detta dei sostenitori dell'introduzione del giudice unico di primo grado, questa misura avrebbe dovuto risolvere la crisi della giustizia civile ripetendo a sessanta anni di distanza argomenti (del tutto inconsistenti) di solmiana memoria...».

¹⁰ M. Di Marzio, *L'appello civile dopo la riforma*, Giuffrè, Milano, 2013, 4 e ss.

¹¹ In Francia, secondo l'ultimo rapporto CEPEJ, vi sono 56.176 avvocati (in rapporto di 8 per ogni giudice) mentre in Italia gli avvocati sono 226.202, con un rapporto di 35 a 1. Secondo M. Di Marzio (*L'appello civile*, cit., I.1, 7 e ss.) un numero così elevato di professionisti abilitati «...comporta l'ineluttabile creazione di una sorta di proletariato giudiziario, pronto ad abbassare i compensi pur di accaparrarsi qualche causa e vincerla con ogni mezzo; e non è il caso, qui, di soffermarsi sulla miope scelta, attuata attraverso il «Decreto Bersani» prima e il «Decreto Crescitella» poi, di modificare la disciplina dei compensi di avvocato in modo da ridurne tendenzialmente l'entità e di trasformare tali professionisti in imprenditori di se stessi, mediante l'impiego del patto di quota lite».

¹² La norma, peraltro, recepisce il consolidato orientamento della Corte di cassazione, secondo cui l'onere della specificazione dei motivi di appello non può ritenersi assolto mediante la mera riproposizione della domanda (o dell'eccezione decisa in senso sfavorevole dal giudice di primo grado) poiché i motivi di gravame, per essere idonei a contrastare la motivazione della sentenza impugnata, devono accompagnare la parte volitiva, a pena di inammissibilità dell'impugnazione, con una parte argomentata che contrasti e confuti le ragioni addotte dal primo giudice (così, ad esempio, Così, oltre a Cass., sez. un., n. 16/2000 cit., le conformi Cass. n. 7849/2001; Cass. n. 10401/2001; Cass. n. 15558/2005; Cass. n. 6630/2006).

Le recenti riforme del processo, dunque, hanno in comune lo scopo di ridurre, entro i limiti imposti dal principio di ragionevole durata del processo, i tempi di definizione dei procedimenti di secondo grado favorendo l'esame preliminare di tutte le cause sul ruolo (con una radicale inversione di tendenza dell'attuale organizzazione delle udienze) e l'immediata definizione delle impugnazioni che si presentano, in sostanza, come manifestamente infondate¹³.

In questo contesto si pongono le norme che consentono al giudice o alle parti di attivare il procedimento di mediazione anche nel corso del giudizio di appello.

3. La mediazione «forzata» in appello

Com'è noto, la reintroduzione, con legge non delegata, della mediazione come condizione di procedibilità (ad opera del decreto-legge n. 69 del 2013) ha fatto seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 5 del DLGS n. 23/2010 (e delle disposizioni connesse) pronunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza 24 ottobre 2012 n. 272¹⁴. Con l'occasione sono state tuttavia apportate numerose modifiche, tra cui l'introduzione della mediazione prescritta dal giudice anche in appello, la riduzione della durata del procedimento a tre mesi e, complessivamente, un significativo restringimento dell'area per materia dell'obbligatorietà *ex lege* bilanciato dalla valorizzazione della mediazione c.d. demandata¹⁵.

L'art. 5 del DLGS n. 28/2010 (così come modificato dall'art. 84 della legge n. 98/2013) prevede ora, per il giudizio di secondo grado, la facoltà del collegio, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni (o prima dell'udienza di discussione nelle cause trattate col rito speciale locatizio), di invitare le parti a presentare domanda di mediazione entro un termine prefissato. L'invito, che può riguardare solo le cause

indicate dal comma 1/*bis*¹⁶, dev'essere preceduto da una generale valutazione «della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti», che dovrebbe indurre il giudice a pronosticare favorevolmente la possibilità di definire la causa con un accordo guidato dal mediatore.

Il procedimento di mediazione, peraltro, non può durare più di tre mesi e non soggiace alla sospensione dei termini in periodo feriale.

In sostanza, la Corte di appello, disponendo l'avvio del procedimento di mediazione, deve avvisare le parti che, per effetto della disposizione contenuta nell'articolo 5, comma 2, del DLGS n. 23/2010, la procedura «è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello» e che, a norma dell'art. 5 comma 2/*bis*, «la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo». Deve, quindi, assegnare il termine di quindici giorni (art. 5, comma 1/*bis*, settimo periodo) per la presentazione della domanda e fissare una nuova udienza per la riassunzione del processo al termine della procedura (non prima, dunque, di quattro mesi e quindici giorni dalla notifica dell'ordinanza, considerato che la fissazione della prima riunione può avvenire entro un mese dalla domanda). Sembra opportuno, inoltre, che col provvedimento che assegna il termine, il giudice dia anche gli avvisi relativi alla competenza territoriale dell'organismo di mediazione (che deve trovarsi nel luogo in cui si trova il giudice territorialmente competente per la controversia, *ex art. 4, comma I*).

Alla ripresa del processo, dunque, la corte di appello potrà valutare come argomento di prova (art. 8, comma 4/*bis*) la mancata partecipazione della parte, senza giustificato motivo, alla prima riunione e, in caso di soccombenza, condannarla al versamento all'erario di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, analogamente a quanto previsto, per gli appelli respinti integralmente, dichiarati inammissibili o improcedibili,

¹³ Come ha scritto il primo presidente della Corte di cassazione, nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, «...L'appello non può rimanere un mezzo di impugnazione a critica libera finalizzato a un totale riesame della controversia. La giustizia, per essere tale, richiede una procedura che consenta di "raffinare" le decisioni e non di agevolare una moltiplicazione, tendenzialmente indefinita, dei giudizi».

¹⁴ La declaratoria d'illegittimità è avvenuta per eccesso rispetto alla delega contenuta nell'articolo 60 della legge 18 marzo 2009 n. 69 poiché la cd. mediazione obbligatoria delineava, a parere della Corte, «un istituto a carattere generale, destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali, però, [...], il carattere dell'obbligatorietà per la mediazione non trova alcun ancoraggio nella legge delega».

¹⁵ Come si legge nella relazione illustrativa pubblicata sul sito istituzionale del Governo italiano all'indirizzo <http://www.governo.it/backoffice/allegati/71696-8767.pdf>.

¹⁶ È possibile la mediazione delegata, come indicate dall'art. 5, comma 1/*bis*, del DLGS n. 28/2010 solo nelle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228 (che ha modificato l'art. 13 del DPR 30 maggio 2002, n. 115¹⁷).

4. Induzione all'accordo e sistema sanzionatorio

Le sanzioni processuali previste per la mancata collaborazione della parte al tentativo di conciliazione stragiudiziale costituiscono un ibrido difficilmente riconducibile alle tradizionali categorie dei doveri di lealtà e di probità della parte o della responsabilità processuale, posto che si tratta, a ben vedere, di riflessi processuali di comportamenti assunti dalle parti *al di fuori* del processo¹⁸; a meno che non si voglia considerare la mediazione «forzata» come una sorta di incidente processuale, una parte eventuale del processo tendente a favorire una definizione stragiudiziale della lite.

Lo «stato dell'istruzione», in appello, corrisponde, di norma ad una causa perfettamente istruita nel primo grado e destinata, per questo, ad esaurirsi nella prima udienza, dopo la verifica della corretta instaurazione del contraddittorio. Sono infatti assai rari i casi in cui il giudice d'appello può disporre l'assunzione di una nuova prova (nei limiti oggi consentiti dall'art. 345 cpc), ammettere una prova richiesta ritualmente in primo grado e non ammessa erroneamente dal giudice, ovvero disporre la rinnovazione, totale o parziale, della prova assunta in primo grado.

Il caso più comune è costituito dalla rinnovazione della consulenza tecnica espletata in primo grado, sempre che l'accertamento sia stato richiesto con uno specifico motivo di impugnazione.

Si tratta di casi assai limitati, nei quali non è dato comprendere, prescindendo dalle peculiarità del singolo caso, se sia più conveniente, per una più rapida definizione del giudizio, dopo la necessaria rinnovazione della consulenza tecnica, delegare alle parti la mediazione o invitarle a precisare subito le conclusioni, considerato che il parere acquisito con la nuova

CTU dovrebbe avere carattere, come si usa dire, dirimente.

Infine, poiché è la legge a stabilire le materie in cui è ammessa la mediazione, resta alquanto fumoso il riferimento alla «natura della causa» che dovrebbe ispirare la decisione di un tentativo di composizione conciliativa «forzosa» da parte del giudice; così come il riferimento generico al «comportamento delle parti», che sono pur sempre libere, quando abbiano manifestato l'intenzione di accordarsi tra loro per por fine alla lite, di abbandonare il processo.

5. La «migrazione» dell'appello davanti agli arbitri e la cd. «degiurisdizionalizzazione»

Analoghe considerazioni devono farsi per le disposizioni relative al trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti in grado di appello, introdotte dal decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, (come convertito dalla legge n. 162/2014), ove si prevede, per le cause che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili (e che non vertano in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale¹⁹), e prima che la causa sia passata in decisione (il che avviene, com'è noto, all'udienza di precisazione delle conclusioni²⁰), la facoltà per le parti, con istanza congiunta, di richiedere «un procedimento arbitrale rituale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile».

Il giudice, rilevata la sussistenza delle condizioni di legge, deve qui disporre la trasmissione del fascicolo al presidente del consiglio dell'ordine per la nomina del collegio arbitrale, composto tra gli avvocati disponibili, iscritti all'albo da almeno cinque anni; sicché il procedimento «prosegue davanti agli arbitri» (art. 1, comma 3), fermi restando, analogamente a quanto avviene nelle ipotesi conseguenti a declaratoria di incompetenza²¹, gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale.

¹⁷ Secondo il comma 4/*bis* dell'art. 8, introdotto dalla legge n. 98/2013, Il giudice «condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio». La condanna, analogamente a quanto dispone l'art. 13 del DPR 115/2002, dovrebbe pertanto essere pronunciata col provvedimento che chiude il processo.

¹⁸ Sul punto, M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore in Judicium.it*, 2010, pag. 5 e ss.

¹⁹ Ma il trasferimento della causa davanti agli arbitri è consentita anche «nelle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale» secondo le modifiche introdotte all'art. 1 dalla legge di conversione.

²⁰ Poiché è questo il momento che scandisce la separazione tra fase istruttoria e fase decisoria, secondo Cass. sez. 6, n. 22737/2012 (ord.) e le conformi Cass. sez. un. n. 2576/2012 (ord.), sez. un. n. 25256/2009 e sez. un. n. 87/2000.

²¹ Si fa riferimento alla nota sentenza 12 marzo 2007, n.77 (in GU 1a s.s. 14/03/2007, n.11) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato

Dopodiché, se il lodo non viene pronunciato entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo dev'essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni, a pena di estinzione del procedimento e del conseguente passaggio in giudicato, a norma dell'art. 338 cpc, della sentenza impugnata.

La differenza, rispetto all'ipotesi dell'abbandono della causa e alla proposizione di un'autonoma domanda di arbitrato, sta nel fatto che, in questo caso, la questione portata alla cognizione degli arbitri è *esattamente* quella pendente davanti al giudice, con le preclusioni e le decadenze già maturate; ma non si vede perché la parte che ha proposto (in ipotesi) l'appello confidando nei tempi lunghi della giustizia debba trovare conveniente l'abbandono della causa dilatoria così abilmente coltivata per definirla, d'accordo con la controparte, nel giro di pochi mesi davanti agli arbitri, affrontando nuove spese e nuove incognite sull'esito della lite. Così come non è affatto chiaro il motivo per cui il legislatore ritiene che la parte che interesse ad una più rapida definizione della lite possa trovare l'accordo per il trasferimento in sede arbitrale della causa con la parte portatrice, quasi sempre, di un opposto interesse.

Si tratta, in ogni caso, di ipotesi teoriche e di portata pratica pressoché nulla. Cosicché le cause in appello trasferite dai giudici agli arbitri (ma lo stesso vale per la cd. «negoziata assistita» fra avvocati) «saranno una goccia nel mare, operando e potendo operare solo su base volontaria e cioè sull'accordo fra le parti in lite e con ulteriori oneri economici per entrambe; accordo che, verosimilmente, non vi sarà pressoché mai e non potrà neppure essere indotto dalla garbata minaccia «altrimenti precisazione delle conclusioni a fra tre anni» visto che — a parte l'inverecundo effetto in termini di immagine — questa minaccia è di regola tale per una ma non per entrambe le parti.»²²

6. Brevi considerazioni finali

Di fronte alla prospettiva di portare una lite pendente da sette o otto anni al di fuori del processo, bi-

sognerebbe anche porsi la domanda (che pochi sembrano porsi in questo momento) di *come* queste cause saranno decise.

Alcune materie, come la responsabilità professionale medica, lo scioglimento della comunione ereditaria, i contratti bancari e assicurativi, richiedono non solo particolari competenze, ma anche una particolare esperienza affinata in anni di pratica giudiziaria; e l'idea che, una volta intrapresa la via giurisdizionale, una risposta alla domanda di tutela legale possa essere offerta, con la stessa credibilità, dal mediatore o dall'arbitro, «come se ogni possibile soluzione si equivallesse purché sia data una risposta, alternativa a quella giurisdizionale, alla domanda di tutela legale»²³ equivale, nei fatti, all'idea sostenuta in passato dai fautori delle sezioni-stralcio, unanimemente considerate all'origine della marea di impugnazioni che hanno contribuito allo sfascio delle corti di appello.

Non è detto, dunque, che il processo, una volta uscito dalla Corte di appello per essere definito dagli arbitri, non rientri nuovamente nella stessa Corte attraverso l'impugnazione per nullità del lodo ex art. 829 cpc. Così come non è detto che un accordo «forzato» con l'aiuto del mediatore non sia fautore di ulteriore contenzioso tra le parti aventi ad oggetto l'interpretazione o l'esecuzione delle clausole dell'accordo transattivo.

I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non sono, infatti, realmente alternativi alla tutela giurisdizionale dello Stato; e non solo perché non possono riguardare diritti indisponibili o hanno bisogno, per l'esecuzione o per i provvedimenti cautelari, dell'intervento del giudice.

Per funzionare come sistemi di deflazione, prima dell'inizio del processo e della pronuncia di una sentenza di primo grado e non durante il processo, essi richiedono una giustizia civile tanto efficiente da rendere sconsigliabile il ricorso al giudice almeno per una delle parti (quella che ha torto) e assolutamente sconsigliabile un'impugnazione della transazione o del lodo a scopo meramente dilatorio.

Una giustizia civile, dunque, ove i giudici professionali siano in numero proporzionato alla doman-

l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. Sulla *translatio iudicii* per difetto di giurisdizione si veda la nota Cass. sez. un. n. 4109/2007. *Amplius*, in dottrina, A. Panzarola, «*Translatio iudicii*» e *dichiarazione di difetto di giurisdizione* in Martino (a cura di) *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2008, 183 e ss. nonché C. Asprella, *La translatio iudicii*, Giuffrè, Milano, 2010.

²² A. Briguglio, *L'ottimistico decreto-legge sulla «degiurisdizionalizzazione» ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Rivista dell'arbitrato*, fasc. 3, 2014, pag. 633.

²³ B. Capponi, *Respingimento del contenzioso*, cit., pag. 3.

da di giustizia ed adeguatamente assistiti, i ruoli del personale ausiliario e le sedi di lavoro siano adeguati, gli uffici dotati di strutture materiali e di impianti tecnologici efficienti e non obsoleti e le ADR si pongano, infine, come valore aggiunto e non come im-

proprio strumento deflattivo che rischia di generare altro contenzioso, perpetuando quell'eterogeneità dei fini che ha sin qui caratterizzato un decennio di occasionali e disorganici interventi legislativi sul processo civile.

Il passaggio alla sede arbitrale dei giudizi pendenti

di Edoardo Campese

L'articolo offre un'analisi approfondita delle molte questioni poste dal nuovo arbitrato deflattivo o di prosecuzione e dall'arbitrato sostitutivo dell'appello; attraverso la disanima delle opzioni dottrinali ad oggi formulate, si prospettano soluzioni possibili soffermandosi in particolare su ambito di operatività dell'istituto, natura sostitutiva della convenzione arbitrale dell'istanza comune delle parti, scelta dell'arbitro e limitazione della libertà delle parti.

Premessa

A meno di tre mesi dalle modifiche in tema di «*digitalizzazione della giustizia*», introdotte con il DL 24.6.2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, si è registrato un ulteriore intervento sulla disciplina del processo civile diretto a «*semplificare*», «*accelerare*» e «*degiurisdizionalizzare*» l'amministrazione della giustizia: il fine – per il tramite di mere modifiche alle regole del processo – è un miglioramento dell'efficienza del sistema processuale, da tempo in grave crisi.

Il riferimento è al DL 12 settembre 2014, n. 134, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, che, attraverso il perseguimento di quell'obiettivo, si propone, altresì, molto più ambiziosamente, di «*definire l'arretrato*».

Questa volta il legislatore del decreto, oltre alla consueta dose (ormai quasi annuale) di riforme procedurali, ha voluto riproporre nell'ordinamento processuale civile italiano strumenti – il ricorso all'arbitrato ed alla conciliazione – in una versione, se non del tutto nuova, certamente molto particolare, nel senso che oggi la soluzione stragiudiziale delle controversie non è stata incentivata semplicemente migliorando o rendendo più efficienti gli strumenti mes-

si a disposizione dall'ordinamento (come è avvenuto con la riforma dell'arbitrato del 2006 o con il DLGS 4 marzo 2010, n. 28, in tema di *mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*), ma si è cercato di creare un ponte che consenta di travasare le cause dalla sede pubblica a quella privata quasi senza soluzione di continuità.

Si è pensato, cioè, di risolvere il problema dell'enorme arretrato che incombe sulla giurisdizione senza aumentare gli organici o – per usare la formula d'ordinanza – «*senza spese a carico dello Stato*», comportandosi, cioè, «*come quegli imprenditori che esternalizzano le loro lavorazioni per contenere i costi e per evitare nuove assunzioni*¹»: si è evitato di arruolare – come fatto in altre occasioni – giudici onorari, meno costosi di quelli di professione, ma pur sempre da remunerare, e si è optato per un sistema che scarica il costo degli smaltitori dell'arretrato (arbitri e negoziatori) sulle parti.

In definitiva, la particolarità di tale operazione è che, a parte alcuni interventi sulla disciplina del processo civile, si mira all'autocomposizione preventiva delle liti, attraverso il nuovo istituto della *negoziazione assistita da un avvocato* e si favorisce la definizione dei giudizi pendenti con il ricorso allo strumento arbitrale.

¹ D. Borghesi, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca*, in www.judicium.it, 2014.

Ed è proprio all'analisi di quest'ultima misura (come disciplinata dall'art. 1 del citato DL n. 134 del 2014 e dalla sua legge di conversione) che intendono riferirsi le pagine che seguono, senza, peraltro, alcuna velleità di fornire certezze, mirandosi, molto più semplicemente, ad apprestare una sorta di sintesi degli aspetti più interessanti dei contributi finora pubblicati sul medesimo argomento.

1. L'ambito di applicabilità dell'arbitrato cd. "deflattivo" o "di prosecuzione"

L'arbitrato evocato dal legislatore del 2014 come mezzo più rapido di risoluzione delle liti civilistiche, nonché come strumento deputato alla più celere «*definizione dell'arretrato in materia di processo civile*», si rivela, in realtà, un istituto tutt'altro che nuovo, tanto più che l'art. 1, primo comma, del DL n. 132 del 2014, come risultante dalla sua conversione per effetto della legge n. 162 del 2014², richiama espressamente la disciplina di cui agli artt. 806 e ss. cpc.

Si è in presenza, invero, del già noto mezzo di risoluzione delle controversie civili cui le parti possono ricorrere in alternativa o in deroga rispetto alla giurisdizione (*rectius*: alla funzione giurisdizionale del giudice statale) al fine di ottenere un provvedimento, denominato "lodo", che in luogo della sentenza produca i medesimi effetti di quest'ultima, eccezion fatta per l'efficacia cosiddetta esecutiva (in tal senso, con espressione in effetti inutilmente ripetitiva, se non tautologica rispetto all'art. 824 bis cpc, si pronuncia l'art. 1, terzo comma, del DL n. 132 del 2014).

Identici, quindi, ne sono i presupposti di operatività: a) l'esistenza di una controversia civile riguardante diritti disponibili, ossia suscettibili di divenire oggetto di transazione, trasferimento, rinuncia, alienazione, etc. (la lettera della legge, conformemente a quanto disposto in altri testi normativi³ e soprattutto nell'art. 806, primo comma, cpc, prevede che si tratti di questioni involgenti diritti non indisponibili); b) la

scelta libera e non coercibile dei soggetti parti del rapporto controverso di deferire ad arbitri la soluzione della lite che li riguarda. A tal proposito la riforma del 2014 stabilisce che «*le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile*». Una siffatta istanza congiunta ha, pertanto, il sapore, se non la sostanza, di un vero e proprio patto compromissorio "postumo" in virtù del quale i contendenti esprimono favore ad una soluzione della lite in forma arbitrale, nonostante la pendenza della medesima in sede contenziosa giudiziale⁴.

La scelta arbitrale a mezzo di istanza rivolta al giudice, anziché delle classiche ipotesi del compromesso *tout court* o della clausola compromissoria, non deve scandalizzare⁵, considerato che l'ordinamento conosce e legittima ipotesi "eterodosse" rispetto a quelle di cui agli artt. 806 e ss. cpc poco sopra ricordate, quali, ad esempio, quelle implicite o indirette conseguenti all'adesione da parte di individui o persone giuridiche a gruppi sociali ristretti ed ai loro statuti e regolamenti interni, laddove questi atti prevedano una giustizia domestica o un'autodichia che si sviluppi nelle forme dell'arbitrato rituale o libero: è questo il caso degli atleti o delle associazioni e società sportive che mediante tesseramento o affiliazione accettano l'ingresso nel micro-ordinamento giuridico dello Sport e tacitamente il proprio assoggettamento alla giustizia interna, esercitata in buona parte attraverso l'istituto arbitrale.

In tal senso non deve, quindi, stupire neppure il consenso presuntivo alla soluzione per arbitri che l'ordinamento giuridico stabilisce per le proprie istituzioni con riferimento a particolari controversie sorte in determinate materie e per determinati valori: recita, infatti, l'art. 1, primo comma, del DL n. 132 del 2014 che «*per le controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte del giudizio una*

² Sulla riforma in argomento si vedano, oltre al già citato D. Borghesi, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca*, in www.judicium.it, 2014, gli articoli ed i saggi sinora prodotti da: A. Briguglio, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in www.giustizia-civile.com, 2014; G. Navarrini, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo" (Art. 1, DL 12 settembre 2014, n. 132)*, in www.judicium.it, 2014; D. Cerri, *Vedi alla voce: "Degiurisdizionalizzazione" (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti)*, in www.judicium.it, 2014; V. Vigoriti, *Il trasferimento in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza*, in www.judicium.it, 2014; G. Ludovici - D. De Rito, *L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione. Prime riflessioni sull'arbitrato di prosecuzione e sulla negoziazione*, in www.LaNuovaProceduraCivile.com, 2014; C. Consolo, *Un DL processuale in bianco e nerofumo sull'equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Il Corriere giuridico* 2014, 1173 e ss.

³ Cfr. per tutti, il Codice del Tribunale nazionale di arbitrato per lo sport.

⁴ Così G. Ludovici - D. De Rito, *op. cit.*

⁵ Così G. Ludovici - D. De Rito, *op. cit.*

pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta». La presunzione *de qua*, come appare evidente, non pregiudica la libertà di scelta della PA parte della controversia, né impone per questa una forma di arbitrato obbligatorio, come tale illegittimo e suscettibile di espunzione dal sistema processuale civile, poiché l'articolazione dello Stato interessata alla *querelle* potrà pur sempre manifestare il proprio dissenso in forma scritta ed entro trenta giorni dalla richiesta di controparte.

La menzionata disposizione prevede, dunque, che nelle cause civili pendenti, innanzi al Tribunale o in grado di appello, al momento della sua entrata in vigore (13.9.2014)⁶ ed aventi ad oggetto *diritti disponibili*, le parti, con istanza congiunta, possano chiedere il “trasferimento” del giudizio dinanzi ad un collegio arbitrale (per le controversie di valore superiore ad € 100.000,00), o ad un arbitro unico (per le liti inferiori al suddetto valore e sempre che le parti siano d'accordo sul punto, altrimenti necessitando, anche in tal caso, il collegio arbitrale). La norma, invero, precisa che «*il procedimento prosegue davanti agli arbitri*», prevedendo che «*restano fermi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*».

Questa singolare forma di *translatio iudicii* impropria⁷ ha tratto indubbiamente ispirazione dalla possibilità di passaggio, ormai riconosciuta per effetto dell'intervento additivo della Corte costituzionale⁸, fra giurisdizione statale e giurisdizione arbitrale, in caso di accoglimento dell'*exceptio compromissi* ai sensi dell'art. 819 *ter* cpc, oppure di declinatoria della “competenza” degli arbitri: in tali ipotesi è, infatti, adesso possibile la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda erroneamente proposta davanti al giudice statale o arbitrale privo di *potestas iudicandi*, in ragione dell'esistenza o meno di una valida ed efficace convenzione di arbitrato.

La nuova disposizione di cui all'art. 1 del menzionato decreto introduce una nuova e singolare ipotesi di “comunicazione” fra giudizio statale ed arbitrato, che opera, però, qualora il processo davanti al giudice togato sia pendente alla data di entrata in vigore della norma predetta, vuoi davanti al Tribunale, vuoi dinanzi al giudice di appello, nel qual caso, appunto, per comune volontà dei litiganti, è possibile proseguire il giudizio davanti agli arbitri.

Si è, dunque, in presenza di una vera e propria prosecuzione del processo, con espressa salvezza degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale⁹.

In forza del rinvio al titolo VIII dell'ultimo libro del codice di rito, l'arbitrato introdotto dal DL n. 132 del 2014 – è d'obbligo tenerlo sempre a mente – sarà disciplinato dagli art. 806 e ss. cpc, salve le inevitabili deroghe imposte dallo stesso DL.

Qualche dubbio è sorto quanto alla possibilità di intendere l'espressione del legislatore relativa alle «*cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello*» come riferita all'organo giurisdizionale o al grado di giudizio: in altri termini, non risulta chiaro se la legge consenta il ricorso all'arbitrato “deflattivo” o “di prosecuzione” solo per le cause pendenti davanti al Tribunale ed alla Corte di appello oppure a tutte le cause di primo e di secondo grado.

Il dubbio non è facilmente risolvibile atteso che la norma in commento ha scelto di fare diretto riferimento all'organo giudiziale per indicare le cause di primo grado ed al grado di giudizio per indicare le controversie già decise dal giudice di prime cure.

La soluzione del nodo interpretativo *de quo* non è fatto di poca importanza, in quanto funzionale a comprendere se l'opzione arbitrale a lite pendente possa essere esercitata anche dinanzi all'Ufficio del giudice di pace per il primo grado e dinanzi al Tribunale in funzione di giudice dell'appello per il secondo.

La disposizione per come concepita sembra comunque fare intendere che l'istanza congiunta ai fini arbitrali potrebbe essere diretta nel primo grado di

⁶ Si è parlato, quindi, di “storizzazione della soluzione arbitrale” (cfr. G. Ludocivi - D. De Rito, *op. cit.*), essendo questa forma di arbitrato destinata ad avere vita limitata al tempo di esaurimento del contenzioso civile pendente alla data di entrata in vigore della norma riportata nel testo, non potendosi applicare, invece, ai giudizi ad essa sopravvenuti.

⁷ Come rileva puntualmente C. Consolo, *op. cit.*, infatti, per *translatio iudicii* si intende, in senso proprio, la traslazione del processo da in giudice ad un altro (anche arbitrale), ma dopo che questi si sia spogliato della causa per difetto di *potestas iudicandi*.

⁸ Cfr. Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223, che ha ritenuto l'art. 819-*ter*, secondo comma, cpc costituzionalmente illegittimo nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 cpc, con la conseguenza che nell'ipotesi in cui l'attore sbaglia nell'individuazione munito di *potestas decidendi*, il processo prosegue dinanzi al giudice – statale o arbitrale – ritenuto “competente”.

⁹ Come osservato da A. Briguglio, *op. cit.*, il nuovo istituto si differenzia dall'ipotesi, già in passato possibile, in cui le parti decidano di abbandonare la lite giudiziaria con effetti estintivi del processo in corso, per poi compromettere la lite in arbitri, nel qual caso non sarebbe, invece, possibile avvalersi degli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda giudiziale.

giudizio soltanto al Tribunale, mentre nel secondo grado, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale adito per l'impugnazione, al giudice codicisticamente competente a decidere il giudizio di appello¹⁰.

In attesa della parola della giurisprudenza, pertanto, vanno escluse dall'ambito di applicabilità della norma in esame le controversie pendenti innanzi ai Giudici di pace e quelle innanzi alla Corte di appello in unico grado.

Il testo normativo, poi, non dice espressamente se sarà possibile utilizzare la nuova disciplina anche per le controversie pendenti dinanzi alle Sezioni specializzate del tribunale¹¹.

Benché non sussistano particolari ragioni per negare astrattamente l'utilizzabilità del nuovo istituto nei processi pendenti dinanzi a tali organi (tanto più che una larga gamma dei procedimenti di loro competenza vertono su diritti disponibili delle parti), merita, però di essere evidenziato che: a) le sezioni specializzate costituiscono uffici distinti dal tribunale ordinario (tra di essi configurandosi rapporti di competenza e non di semplice distribuzione del carico di lavoro) ed il testo dell'art. 1 in esame parla esclusivamente di tribunale; b) nelle cause societarie di competenza della sezione per le imprese, il meccanismo previsto dal DL n. 132 del 2014 rischierebbe di vanificare la disciplina dettata in tema di clausola compromissoria statutaria (ex art. 34, del DLGS n. 17 gennaio 2003, n. 5, introducibile negli statuti di società non quotate solo a maggioranza qualificata dei due terzi e con la possibilità dei soci dissenzienti di recedere dalla società); c) nelle cause di competenza della sezione agraria sussiste il problema della particolare composizione non solo del tribunale, ma anche della corte d'appello, sicché – com'è stato acutamente sottolineato – non esiste alcuna norma che consenta di far convergere le impugnazioni del lodo alla sezione specializzata agraria della corte d'appello¹².

In forza di tali argomentazioni, quindi, e pur nella consapevolezza che *adducere inconueniens non est solvere argumentum*, parte della dottrina¹³ sembra cautamente orientata per l'esclusione dell'applicabilità dell'istituto deflattivo al contenzioso pendente dinanzi alle sezioni specializzate, nonostante l'oggetto del contendere possa rientrare pienamente nella disponibilità delle parti.

Non pare abbia, invece, rilevanza – ai fini dell'arbitrabilità delle controversie pendenti dinanzi alla giustizia statale – il rito di trattazione.

Potranno trasmigrare, dunque, dinanzi all'arbitro o al collegio arbitrale sia le cause trattate con il rito ordinario, sia quelle soggette ad un rito speciale.

Giacché, tuttavia, la giustizia arbitrale può fornire solo un surrogato della tutela di cognizione piena, e poiché agli arbitri (salvo il caso di sospensione dell'efficacia delle delibere societarie di cui all'art. 35, quinto comma, del DLGS n. 5 del 2003) è fatto divieto – perché privi di *imperium* – di assumere misure cautelari (art. 818 cpc), non sarà mai possibile invocare l'applicazione del nuovo strumento nel corso di un procedimento cautelare.

Per la medesima ragione gli arbitri non possono surrogarsi alla magistratura in attività di giurisdizione volontaria¹⁴ (nelle quali, peraltro, sovente è prevista anche la partecipazione del pubblico ministero) o adottare provvedimenti interdittali a tutela di situazioni possessorie.

Più dubbia è la soluzione per processi quali quello sommario di cognizione (art. 702-bis cpc) o quello monitorio.

In entrambi, infatti, ci si è chiesto¹⁵ se non ci sia un qualche elemento di incompatibilità.

Il primo, invero, non sembrerebbe rientrare tra le procedure malate cui deve essere somministrata la terapia dell'*outsourcing*, ma dovrebbe essere esso stesso un rimedio contro l'eccessiva durata del processo. In mancanza, però, di una precisa indicazione nella

¹⁰ Secondo G. Ludovici – D. De Rito, op. cit., «...Una simile soluzione sarebbe, però, irragionevolmente restrittiva e discriminatoria non tanto perché porrebbe una differenziazione tra uffici giudiziari che non poggia nel caso di specie su validi motivi, ma soprattutto perché introdurrebbe un ingiustificato ed ingiustificabile elemento di distinzione all'interno di una medesima controversia o causa, per cui questa diverrebbe suscettibile di applicazione della norma di cui all'art. 1, primo comma, del DL n. 132 del 2014 solo allorquando venisse impugnata e diventasse di competenza del Tribunale in grado di appello...».

¹¹ Si tratta, in particolare, della sezione specializzata per le imprese (sorta, per effetto del DL n. 1 del 2012, sulle ceneri della sezione specializzata per la proprietà industriale istituita con il DLGS n. 168 del 2003) e della sezione specializzata agraria (istituita con la legge n. 320 del 1963).

¹² Cfr. G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, in AA.VV. *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino 2000.

¹³ Cfr. G. Navarrini, op. cit.

¹⁴ Cfr. G. Verde, op. cit.

¹⁵ Cfr. G. Navarrini, op. cit.

legge, non si può ritenere che il carattere sommario della cognizione (ammesso, e non concesso, che possa riscontrarsi nel procedimento di cui all'art. 702-bis cpc) sia, di per sé, incompatibile con il passaggio dalla giurisdizione all'arbitrato.

Per i processi di opposizione a decreto ingiuntivo, invece, è opinione ampiamente prevalente in dottrina ed in giurisprudenza che l'arbitrato non sia compatibile con il procedimento monitorio e con la eventuale successiva opposizione.

La fase di opposizione, infatti, appartiene alla competenza funzionale dell'ufficio che ha adottato il decreto opposto e non può essere derogata a favore di altro giudice. Occorrerà vedere se, sul punto, ai soli fini dell'applicazione dell'art. 1, del DL n. 132 del 2014, vi sarà un mutamento di indirizzo da parte della giurisprudenza.

Allo stato, tuttavia, parte della dottrina ritiene¹⁶ che i problemi di compatibilità tra procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e giudizio arbitrale possano essere agevolmente risolti con alcuni piccoli accorgimenti.

Intanto, – assume tale opinione – il procedimento arbitrale non potrà essere invocato dalle parti se non dopo l'assunzione delle decisioni (se richieste) in tema di provvisoria esecutività del decreto (artt. 648 e 649 cpc), necessariamente di spettanza del giudice statale.

Poi, quanto alla decisione di merito che rigettando l'opposizione debba dichiarare esecutivo il decreto opposto (qualora questo non sia già stato dichiarato esecutivo *ab origine* ex art. 642 cpc o *in limine iudicii* ex art. 648 cpc), si ritiene possa trovare agevole applicazione la disciplina posta dall'art. 654 cpc: l'esecutorietà non disposta con il lodo (che, non avendo esso stesso efficacia esecutiva, non la può donare ad altri provvedimenti) sarà conferita con decreto del giudice che ha pronunciato l'ingiunzione.

Se poi si considera che con l'art. 1 del DL n. 132 del 2014 sarà possibile trasferire agli arbitri anche le cause pendenti in appello, non ci sarebbe più alcun giustificabile limite alla traslazione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo agli arbitri, atteso che, spesso, la giurisprudenza ha giustificato l'esistenza – ai fini dell'opposizione – di una competenza funzionale del giudice che ha emesso il decreto, assimilando funzionalmente l'opposizione ad un'impugnazione¹⁷.

Inoltre, in linea con i principi generali in materia di arbitrato, sarà impossibile ricorrere al nuovo strumento deflattivo qualora la controversia abbia ad oggetto diritti indisponibili.

Occorre, poi, precisare che un elemento di differenziazione dell'istituto in esame rispetto all'arbitrato tradizionalmente conosciuto dal nostro ordinamento processualcivilistico è dato dall'esclusione dell'applicabilità del primo alle controversie vertenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale, le quali presuppongono una ontologica posizione di disparità tra le parti titolari del rapporto giuridico controverso, tanto da rendere necessaria l'introduzione per via normativa di correttivi teoricamente volti a ripristinare l'equilibrio tra le posizioni dei contendenti.

L'esistenza di questo naturale squilibrio tra le parti in causa si riflette anche sulla libertà di scegliere strumenti alternativi alla risoluzione delle predette controversie mediante ricorso alla giurisdizione statale e tale considerazione non è venuta meno in sede di elaborazione del DL n. 132 del 2014, laddove nella decretazione di urgenza si è precisato che la scelta arbitrale non sarebbe potuta avvenire che per le controversie «*che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale*».

Onde, però, evitare un evidente passo indietro per il legislatore, atteso che in questo modo si ritornava alla formulazione dell'art. 806 cpc anteriore alla riforma del 2006, allorquando la norma che stabiliva quali materie fossero arbitrabili in modo rituale prevedeva che le parti potevano «*far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 442*», ossia proprio le controversie in tema di lavoro, previdenza ed assistenza, si è imposto l'intervento correttivo adottato in sede di conversione del citato decreto legge, così recuperandosi allo strumento arbitrale rituale parte delle dispute *lato sensu* laburistiche precedentemente tralasciate, in conformità a quanto previsto dall'attuale disciplina del Libro IV, Titolo VIII, del codice di rito: saranno, pertanto, deferibili ad arbitri rituali, anche nell'ipotesi dell'arbitrato «*di prosecuzione*» o «*deflattivo*», le liti ex artt. 409 e ss. cpc qualora si sia in presenza di «*cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale*». Il presupposto della deferibilità ad arbitri nei modi e nelle forme stabiliti dell'intervento normativo in commento non è quindi la legge, ma il contratto collettivo di lavoro: analogamente a quanto stabilito dal riformato art. 412-ter cpc, il CCNL vede confermato dal legislatore il proprio ruolo di strumento idoneo a consentire ai contraenti la scelta di risolvere una lite *in subiecta materia* in un modo che non preveda il necessario

¹⁶ Cfr. G. Navarrini, *op. cit.*. In senso sostanzialmente conforme, si veda anche D. Borghesi, *op. cit.*

¹⁷ Cfr., *ex aliis*, Cass. 11.1.2012, n. 186, Cass. 26.2.2009, n. 4751, Cass. 20.9.2006, n. 20324.

ricorso alla giurisdizione statale, affidandosi ai cosiddetti mezzi di ADR (strumenti di risoluzione alternativa delle controversie); orbene, se sino ad ora la previsione negoziale della scelta arbitrale contenuta nel contratto collettivo di lavoro operava nel senso di consentire una simile opzione solo anteriormente alla introduzione del procedimento civile in sede giudiziale, ora funzionerà anche *ex post* rimettendo alla volontà delle parti del rapporto controverso la decisione di trasferire in sede arbitrale rituale quella lite già pendente in primo o in secondo grado dinanzi ad un organo giudiziale. La clausola compromissoria, in questi casi (come, peraltro si è già sostenuto¹⁸), non imporrà *tout court* la soluzione arbitrale, ma fungerà da mero presupposto per l'operatività dell'art. 1, primo comma, del d. DL n. 132 del 2014, vale a dire metterà in condizione le parti in causa di valutare e di scegliere conseguentemente in modo concorde la *traslatio iudicii* dinanzi ad un arbitro o ad un collegio arbitrale: nell'ottica dell'arbitrato "di prosecuzione", quindi, il patto compromissorio trasfuso nella clausola compromissoria dei CCNL dovrebbe intendersi come una sorta di condizione di procedibilità per la scelta arbitrale "postuma", da esercitarsi sempre e comunque mediante espressa istanza rivolta all'organo giurisdizionale adito.

Resta fermo, in ogni caso, che l'ambito di operatività dell'istituto arbitrale delineato dall'art. 806, secondo comma, cpc è più ampio di quello tracciato dalla norma in esame, anche se, in concreto, potrebbero sorgere dubbi e complicazioni soprattutto quando la sovrapposizione di fonti incida su situazioni sostanziali inscindibili.

Infine, saranno trasferibili dinanzi agli arbitri solo le controversie che non siano state già assunte in decisione, sicché sembra potersi dire che il termine ultimo oltre il quale non può essere più richiesto l'accesso al surrogato arbitrale sia rappresentato dalla precisazione delle conclusioni nel rito ordinario e dal termine della discussione nei giudizi modellati sul rito del lavoro (ovvero trattati con le modalità previste dall'art. 281-sexies cpc).

Da ultimo, sarà certamente possibile chiedere il trasferimento dinanzi agli arbitri anche dopo la pronuncia di una sentenza non definitiva, nel momento in cui si riapra la fase di trattazione o l'istruttoria.

2. Istanza congiunta e patto compromissorio

La trasmigrazione della controversia dinanzi agli arbitri, *ex art. 1, primo comma, del DL n. 132 del 2014*, postula l'istanza congiunta delle parti, da esercitarsi finché la causa, già pendente in sede giudiziale, non sia stata rimessa in decisione in primo o in secondo grado¹⁹.

Dalla lettura della disposizione pare emergere che il rimedio deflattivo non sia utilizzabile nelle cause contumaciali (giacché, non c'è bisogno di sottolinearlo, non vi può essere l'istanza congiunta di tutte le parti), ma non è dato comprendere se tale istanza tenga luogo della convenzione arbitrale, né da chi e come debba essere formulata.

Quanto alla prima questione, il dato testuale sembrerebbe deporre a favore di una autosufficienza dell'istanza congiunta delle parti²⁰, che, dunque, sostituirebbe totalmente la convenzione arbitrale ed il cui oggetto coinciderebbe con la *res in iudicium deducta* nella causa da definire. Nulla vieta, tuttavia, che le parti, prima di formulare la detta istanza, convengano tra loro, per iscritto, di rimettersi alla decisione di un arbitro o di un collegio arbitrale. Anzi, in linea di principio – qualora esse decidessero di avvalersi dell'arbitrato in esame e qualora anche si ritenesse (come pare si debba) sufficiente la sola istanza congiunta – sarà auspicabile che prima di rivolgere l'istanza al giudice si raggiunga un accordo sul punto²¹.

Ma anche a prescindere da quanto si è appena detto, la stipula di un patto compromissorio potrà servire alle parti (oltre che per ottenere più semplicemente il decreto di esecutività *ex art. 825 cpc*), ad esempio, per stabilire la sede dell'arbitrato (in ordine alla quale nulla si rinviene nel DL in esame), per scegliere un

¹⁸ Cfr. G. Ludovici - D. De Rito, *op. cit.*.

¹⁹ Sul punto v. G. Ludovici - D. De Rito, *op. cit.*.

²⁰ Soluzione che – secondo G. Navarrini, *op. cit.* – avrebbe, forse, anche il pregio di evitare l'applicazione delle imposte (di registro e di bollo) sulla (inesistente) convenzione d'arbitrato. Le istanze presentate nel processo sono (e rimangono), infatti, atti processuali, soggetti al regime fiscale del processo civile e non a quello degli atti civili sostanziali. Sulla disciplina fiscale dell'arbitrato si veda R. Vitolo, *Introduzione al diritto dell'arbitrato*, Napoli, 2001, 133 ss..

²¹ E ciò anche al fine di esonerare i difensori da ogni eventuale responsabilità, anche solo disciplinare, nei confronti dei rispettivi clienti. Qualora, infatti, si volesse ritenere (cfr. G. Navarrini, *op. cit.*) che la scelta dello strumento arbitrale non sia un atto vietato al difensore in assenza di specifica procura scritta da parte del cliente, in quanto non implicante una diretta disposizione del diritto in contesa, non si potrebbe negare che tale scelta finirebbe per avere ricadute economiche sul patrimonio del cliente.

giudizio di equità (art. 822 cpc), oppure, ancora, per stabilire se il lodo di diritto sia impugnabile per violazione di legge (art. 829, terzo comma, cpc). Ciò non toglie, comunque, che tali disposizioni possano venire eventualmente inserite direttamente nell'istanza congiunta.

Con la menzionata istanza, le parti danno in sostanza origine ad una convenzione di arbitrato, nelle specie ad un compromesso per arbitrato rituale²², anche se non è chiaro se tale scelta operi con effetti limitati al procedimento in corso, oppure se comporti la definitiva compromissione in arbitrato della lite.

In ossequio ai requisiti richiesti per il compromesso arbitrale, l'istanza presentata congiuntamente da tutti i litiganti deve assumere la forma scritta, salva la possibilità della verbalizzazione delle loro intenzioni in udienza, purché la sottoscrizione delle parti sia apposta in calce al verbale.

Questo patto compromissorio può anche essere «stipulato» in via progressiva, ossia con istanza scritta di una delle parti ed adesione implicita dell'avversario che sia una pubblica amministrazione, limitatamente alle controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro: in questa ipotesi, infatti, il consenso della pubblica amministrazione in ordine alla richiesta avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la stessa esprima il proprio dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta.

In altri termini, in quest'ultima ipotesi, giocando, probabilmente, sulla scarsa prontezza di riflessi della PA, si è creato un meccanismo di silenzio accettazione diretto a favorire il ricorso all'arbitrato: in particolare, oltre a sostituirsi l'espressione della volontà di una delle parti con una presunzione, si è derogato alla necessità della forma scritta, che paradossalmente è richiesta non quando si tratta di dimostrare il consenso ma di formalizzarne la mancanza²³.

Occorre, poi, affrontare il problema di chi debba (e di come si debba) formulare l'istanza per la traslazione del processo dinanzi all'ufficio arbitrale. Si tratta,

cioè, di stabilire se l'istanza sia un atto riservato personalmente alle parti, ovvero se essa rientri nello *ius postulandi* dei difensori. Fermo restando che la scelta di rivolgersi agli arbitri dovrà essere opportunamente e preventivamente concordata per iscritto sia tra la parte e il proprio difensore, sia – come detto – tra le stesse parti in conflitto, non è chiaro se, ai fini del trasferimento del processo, sia sufficiente che i difensori formulino verbalmente l'istanza in udienza, ovvero occorra una apposita istanza scritta. E, comunque, non è chiaro se i difensori possano operare in virtù dell'originario mandato, ovvero debbano essere muniti di procura speciale, *ad instar* di quanto previsto dagli artt. 185 cpc (per la conciliazione) e 306 cpc (per la rinuncia agli atti del giudizio).

Si è da alcuni²⁴ osservato come l'attività che introduce l'«arbitrato deflattivo» non possa essere assimilata ad una forma di conciliazione o transazione (poiché la lite non viene affatto definita, ma solo deferita alla decisione di giudici privati), né ad una rinuncia agli atti del giudizio (poiché, nonostante il processo statale di primo grado si estingua, il giudizio prosegue dinanzi agli arbitri con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda). Se, dunque, si ritiene – come assume tale dottrina – che la scelta dell'«arbitrato deflattivo» rientri nella discrezionalità tecnica del difensore, senza importare un'incisione del diritto controverso, allora essa potrà essere compiuta (salva, chiaramente, la eventuale responsabilità del professionista nei confronti del cliente) senza necessità di procura *ad hoc*.

Secondo altri²⁵, invece, fermo restando che, in questo caso, la legittimazione a richiedere l'arbitrato «deflattivo» (o «di prosecuzione») dipenderebbe da quanto contenuto nella *procura ad litem*, cosicché solo se quest'ultima prevedesse specificamente il conferimento *ex ante* del potere di proporre l'istanza di cui all'art. 1, primo comma, del DL n. 132 del 2014 il difensore potrebbe validamente avanzare la proposta o accettare quella della controparte di proseguire il contenzioso in chiave arbitrale, sembrerebbe più opportuno e conforme alla disciplina generale dell'arbi-

²² Per la necessità del ricorso all'arbitrato rituale, v. A. Briguglio, *op. cit.*, p. 10 s., il quale precisa, altresì, che dovrà peraltro essere un arbitrato di diritto italiano. Secondo S. Izzo, *Legge 10 novembre 2014, n. 162, di conversione, con modificazioni, del DL 12 settembre 2014, n. 132, Analisi a prima lettura, con quadro sinottico, delle modifiche apportate al codice civile, al codice di procedura civile ed alle disposizioni attuative del medesimo, Dossier di analisi e documentazione n. 13/2004, a cura dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense*, p. 3, sarebbe, invece, anche possibile procedere nelle forme dell'arbitrato irrituale, posto che l'art. 808-ter cpc è parimenti collocato nel Titolo VIII del Libro IV del codice di rito, anche se, in senso contrario, depone la riconosciuta «efficacia di sentenza» del lodo di cui all'art. 1, terzo comma, del decreto, che evidentemente rinvia all'art. 824-bis cpc: proprio sulla base questo richiamo, anche D. Borghesi, *op. cit.*, p. 4, esclude che con l'arbitrato ex art. 1 del DL n. 132/2014 si possa chiedere un lodo con effetti negoziali ai sensi dell'art. 808-ter cpc.

²³ In tali termini, vedasi D. Borghesi, *op. cit.*, p. 3-4.

²⁴ G. Navarrini, *op. cit.*, pag. 6 e ss.

²⁵ G. Ludovici - D. De Rito, *op. cit.*

trato che, nel silenzio della legge, l'istanza arbitrale venga manifestata personalmente dalla parte sostanziale del rapporto controverso, magari anche a mezzo di rappresentante. In buona sostanza – ad avviso di tale opinione – si verrebbe a verificare una situazione analoga a quello che accade nelle ipotesi di rinuncia all'azione, per cui l'art. 306 cpc postula il consenso personale della parte del rapporto controverso o quello del suo difensore munito però di procura speciale: ciò poiché non solo la scelta di proseguire il contenzioso nelle forme del giudizio arbitrale rituale non è attività tipicamente riconducibile in quelle di cui al mandato alle liti, ma anche perché in questo modo la parte dispone di un proprio diritto, per cui solo questa sarebbe legittimata a disporre in quanto titolare della situazione giuridica soggettiva.

Inoltre, per quanto riguarda la forma dell'istanza, in assenza di specifici requisiti richiesti dalla legge, sarà perfettamente ammissibile – in quanto rispondente ai principi generali di libertà delle forme e di adeguatezza delle stesse allo scopo dell'atto – un'istanza formulata oralmente in udienza dalle parti (o dai loro difensori muniti di procura speciale, aderendosi all'impostazione da ultimo riportata) e debitamente verbalizzata (con sottoscrizione del verbale stesso da parte degli istanti).

Comunque, a fini pratici, ogni ostacolo potrebbe essere facilmente aggirato attraverso la presentazione di un'istanza scritta, sottoscritta personalmente dalle parti e dai rispettivi difensori. Una soluzione che, del resto, sembra anche avere il pregio di snellire le produzioni documentali necessarie per ottenere l'*exequatur* dell'emanando lodo. A tale scopo, al momento della richiesta di esecutività, sarà sufficiente depositare – oltre all'originale o a una copia conforme del lodo stesso – una copia conforme dell'istanza congiunta (al posto della convenzione di arbitrato)²⁶.

Quanto da ultimo detto, tuttavia, sembra escludere in assoluto la possibilità che le parti presentino, anche in udienza, istanze materialmente distinte, ancorché tutte convergenti verso il medesimo obiettivo.

3. La trasmissione del fascicolo al Consiglio dell'ordine degli avvocati

Formulata l'istanza congiunta delle parti, il giudice dovrà valutare l'ammissibilità dell'arbitrato muovendo dall'esame della disponibilità del diritto in contesa, verificando, altresì, se la controversia sia per altri versi inarbitrabile (se non rientri, ad esempio, tra le controversie di lavoro o se sia previsto l'intervento del pubblico ministero), nonché la ritualità e la tempestività dell'istanza: l'esito positivo di tale complessiva verifica comporterà, poi, la trasmissione del fascicolo (d'ufficio) al presidente del Consiglio dell'ordine (degli avvocati) sito nel circondario in cui ha sede il giudice *a quo*²⁷.

La disposizione sul punto appare estremamente lacunosa e sconta una eccessiva sinteticità, che rischia di nuocere alla chiarezza della disciplina e, dunque, alla omogenea applicazione della norma su tutto il territorio nazionale.

In primo luogo – e malgrado sia stato omesso di indicare esplicitamente che il fascicolo da trasmettere è quello d'ufficio, così come che il Consiglio dell'ordine è quello degli avvocati – non è chiaro con quale forma ed in che termini (e, soprattutto, con quali contenuti ed effetti) il giudice debba adottare il provvedimento di trasmissione del fascicolo.

Considerando che questi dovrà (almeno apparentemente) limitarsi ad impartire disposizioni sulla prosecuzione del processo, il provvedimento assumerà la forma di ordinanza succintamente motivata (probabilmente con una motivazione che rinvia, *per relationem*, all'istanza delle parti). E qualora le parti depositino in cancelleria (e, dunque, fuori udienza) un'istanza congiunta, sembra ipotizzabile che il giudice possa disporre la trasmissione del fascicolo anche con ordinanza resa in calce alla stessa istanza, vista la sostanziale inutilità di fissare un'udienza per discutere la questione in contraddittorio: se tutti (giudice incluso) si trovano d'accordo sull'ammissibilità dell'arbitrato e le parti

²⁶ Il problema pratico che, in ogni caso, si porrà riguarda il modo di estrarre dal fascicolo d'ufficio – non più depositato presso la cancelleria di un ufficio giudiziario – una copia autentica di un atto in esso contenuto. Sono sicuro che la fantasia – che non fa certo difetto agli avvocati – verrà in soccorso al momento opportuno, per superare ogni inconveniente. Cautelativamente, comunque, sarà meglio richiedere alla cancelleria la copia autentica dell'istanza congiunta (o del verbale d'udienza da cui risulti l'istanza) prima che il fascicolo venga trasmesso all'ordine degli avvocati.

²⁷ Afferma A. Briguglio, *op. cit.*, p. 10, che «...pare altresì ovvio che la trasmissione, ad opera del giudice, del fascicolo al presidente del consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte d'appello ha senso solo quando costui, invece delle parti inerti o in disaccordo, debba provvedere alla nomina; nell'altro caso il giudice – nonostante il silenzio del testo normativo – manderà alla cancelleria di trasmettere il fascicolo direttamente all'arbitro o al presidente del collegio...». Di diversa opinione, invece, è G. Nazzari, *op. cit.*, pag. 9, sub nota n. 20, ad avviso del quale, non sarebbe tanto sicuro «...che la ragionevole soluzione così ben delineata da Briguglio sia "ovvia", quanto meno perché il testo del DL n. 132 del 2014 impone in modo chiaro che il giudice, su istanza di parte, disponga la trasmissione al consiglio dell'ordine, e non al collegio degli arbitri...».

ne fanno richiesta non c'è alcuna questione da dibattere.

Con la medesima ordinanza, inoltre, il tribunale²⁸, nelle causa di primo grado, dovrà disporre, secondo alcuni²⁹, la cancellazione della causa dal ruolo. Invero, malgrado il silenzio della legge sul punto, sarebbe contrario alla logica – secondo tale opinione – privarsi di un fascicolo senza cancellare il relativo affare giudiziario dal ruolo dell'ufficio.

Questione per cui, invece, la soluzione pare assai meno intuitiva, riguarda l'efficacia – più o meno preclusiva – dell'ordinanza di ammissione delle parti all'“arbitrato deflattivo”, in merito sia alla arbitrabilità della lite, sia alla ricorrenza di un patto compromissorio per istanza congiunta.

Si è ritenuto³⁰, infatti, che, in assenza di rimedi avverso l'ordinanza, questa non possa acquisire alcuna stabilità preclusiva per le doglianze delle parti, le quali avranno l'onere di proporle nella prima difesa utile dinanzi al collegio arbitrale³¹. Tuttavia, per quanto riguarda l'eventuale inarbitrabilità della controversia, la questione – com'è noto – potrà essere sempre fatta valere, anche dopo la pronuncia del lodo e la consumazione dei termini di impugnazione dello stesso, con un'autonoma *actio nullitatis*.

Adottata l'ordinanza di trasmissione del fascicolo, l'adempimento dovrà essere evaso d'ufficio dal personale di cancelleria senza il rispetto di alcun termine (neppure ordinatorio). Ciò fa sospettare che i tempi necessari per compiere il trasferimento potranno variare, anche sensibilmente, da ufficio a ufficio.

Nebulosa è la sorte cui è destinato il fascicolo d'ufficio una volta che sia stato trasmesso al Consiglio dell'ordine ed ancor meno chiara è la meta di tale fascicolo allorquando il giudizio arbitrale si sia esaurito. Non essendo previsto nulla, sembra che la cancelleria del giudice statale si spogli definitivamente del fascicolo, affidandolo al Consiglio dell'ordine degli avvocati. Se, poi, il dovere di conservazione del medesimo fascicolo spetti al Consiglio dell'Ordine, ovvero agli arbitri successivamente nominati, resta un quesito di non facile soluzione³².

4. La scelta degli arbitri ed il procedimento arbitrale

Premettendosi, – ma sul punto si tornerà anche nei paragrafi successivi – quanto allo svolgimento dell'arbitrato, che restano ferme le norme dettate dalla disciplina codicistica dell'arbitrato rituale, che consentono alle parti, ed in subordine all'arbitro o agli arbitri, di stabilire le regole che presiederanno allo sviluppo del giudizio arbitrale, ferme restando le disposizioni inderogabili e cogenti *ex artt.* 806 e ss. cpc, una sensibile differenza, però, si rinviene riguardo ai precetti che stabiliscono la scelta dei “giudici privati” cui è demandata la soluzione del caso concreto.

Il libro IV, titolo VIII, del codice di rito contiene la norma di cui all'art. 810 cpc, la quale ha il fine precipuo di risolvere le situazioni di *empasse* che si dovessero venire a creare nella scelta e nella nomina degli arbitri ad opera delle parti della controversia attraverso il ricorso al presidente del Tribunale del luogo in cui è stabilita la sede dell'arbitrato. La regola generale in materia vuole, quindi, che si garantisca l'autonomia e la libertà di scelta delle parti nella nomina dell'arbitro unico o degli arbitri del collegio, con possibilità di ricorrere ad un soggetto qualificato dell'ordinamento giuridico solo in via subordinata e solo laddove si rinvenivano difficoltà di accordo o condotte ostruzionistiche nella scelta comune.

Tale libertà viene evidentemente ridimensionata ora per l'arbitrato *de quo*: l'art. 1, secondo comma, del DL n. 132 del 2014, così come modificato dalla legge di conversione n. 162 del 2014, prevede, con una formulazione poco armoniosa dal punto di vista lessicale, la trasmissione del fascicolo (di ufficio) riguardante la causa che si vuole definire per arbitri al presidente del Consiglio dell'ordine (degli avvocati) del circondario in cui ha sede il Tribunale investito della controversia pendente in primo grado oppure ove ha sede la Corte di appello davanti alla quale è incardinato il giudizio di secondo grado; peraltro, l'individuazione del Consiglio dell'ordine (degli avvocati) “competente” non è circostanza di poco conto, atteso che questa risulta funzionale alla individuazione del novero dei soggetti

²⁸ Viene da chiedersi, peraltro, se, nelle controversie attribuite alla decisione del Tribunale in composizione collegiale (*cfr.* art. 50-bis cpc), sempre che si ritenga anche ad esse applicabile (nella misura in cui non riguardino diritti indisponibili) la norma in esame, un siffatto provvedimento debba essere adottato dal Collegio, o possa anche provenire dal Gi.

²⁹ *Cfr.* G. Navarrini, *op. cit.*, p. 9. *Idem* A. Briguglio, *op. cit.*

³⁰ *Cfr.* G. Navarrini, *op. cit.*, p. 9.

³¹ In mancanza di tempestiva eccezione, infatti, la questione si precluderà e non potrà costituire motivo di impugnazione del lodo (*arg. ex art.* 829, secondo comma, cpc).

³² Secondo G. Navarrini, *op. cit.*, p. 10, il dovere di conservazione degli atti dovrebbe gravare sugli arbitri, ai quali (dopo l'accettazione dell'incarico) il fascicolo verrà consegnato dal Consiglio dell'ordine.

entro il quale dovranno essere scelti gli arbitri che dovranno risolvere quella determinata disputa.

L'opzione tra arbitro unico e collegio arbitrale, che per scelta normativa non potrà superare il numero di tre individui, sarà determinata da due elementi: *in primis*, il valore della causa e, in secondo luogo, la volontà delle parti. In altri termini, se la lite avrà valore superiore ad € 100.000,00 questa sarà composta da un collegio arbitrale, mentre se la medesima avrà valore inferiore ad € 100.000,00 la scelta tra arbitro unico o collegio arbitrale sarà rimessa alla concorde determinazione dei contendenti (qualora non si giungesse ad un accordo sul punto, l'arbitrato deflattivo avverrà in composizione collegiale).

L'individuazione personale dei soggetti cui sarà deferita la controversia sarà, quindi, operata *prima facie* dalle parti del rapporto controverso che, laddove trovassero un accordo, procederebbero alla scelta tra «*gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo dell'ordine circondariale che non hanno subito negli ultimi cinque anni condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso*».

In caso di contrasto circa la nomina del terzo arbitro ci si deve chiedere se sia possibile il ricorso al presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati per la nomina del solo terzo o di tutti i membri del collegio: la norma al riguardo non è chiara, ma ragioni di mera logica giuridica e di rispetto del sistema normativo non sembrano poter escludere la prima soluzione, la quale sarebbe, quindi, da preferire. L'individuazione del solo terzo componente del collegio, infatti, non soltanto è analogica rispetto a quella che il presidente del Tribunale compie ex art. 810 cpc, ma è pure in linea con il presupposto volontaristico e libertario della procedura arbitrale, ragion per cui non si vedrebbe alcun fondato motivo per consentire la revoca delle nomine già eseguite dalle parti (verosimilmente un arbitro per ciascuna, laddove i contendenti siano solo due) e la loro sostituzione con altri due indicati dal presidente del COA.

Altra rilevante problematica è quella che si pone allorché le parti della causa fossero tre o più. La possibilità che vengano individuati di comune accordo tra tutte le parti tutti e tre i membri del collegio arbitrale è certamente risolutiva di ogni potenziale problema: la scelta di un collegio unico appare la più semplice. Qualora poi si sia in presenza di tre conten-

denti, ciascuno portatore di un proprio interesse ai sensi dell'art. 100 cpc, anche qui il problema non dovrebbe porsi se ad ognuno di essi fosse consentita la nomina del proprio "arbitro di fiducia"; analogamente *nulla quaestio* se tutti i soggetti coinvolti nella *querelle* giudiziale potessero essere ricondotti a due o tre centri di interesse, se non proprio coincidenti, quanto meno simili o affini. Al contrario, laddove ciò non fosse possibile, è evidente come, in astratto, si porrebbe una questione di non poco conto, considerato che è facile intuire come ad ogni parte non piacerebbe subire la decisione altrui, ma vorrebbe concorrere nella scelta degli arbitri in modo diretto ed attivo: in questi casi, salvo imprevedibili intese, opererà come *extrema ratio* l'intervento del Presidente del COA, il quale a fronte di contrasti tra i tre o più contendenti circa l'individuazione dei membri del collegio arbitrale, provvederà esso stesso alla nomina³³.

Va poi osservato che l'ambito degli avvocati candidati ad essere scelti come arbitro è stato circoscritto dal legislatore in forza di due elementi.

Il primo è quello della preventiva disponibilità dell'avvocato iscritto a quel determinato COA: la disponibilità deve essere espressamente dichiarata al Consiglio dell'ordine degli avvocati di appartenenza anteriormente alla nomina, cosicché, eccezion fatta per le ipotesi di incompatibilità previste in generale dalla disciplina di cui agli artt. 806 e ss. cpc ed in particolare dal DL n. 132 del 2014 così come modificato dalla legge n. 162 del 2014³⁴, non si perderà ulteriormente tempo per l'accettazione della nomina da parte del soggetto prescelto.

Il secondo elemento discriminante è l'anzianità di iscrizione all'albo professionale, che dovrà essere di almeno cinque anni, collegato all'assenza negli ultimi cinque anni di condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo. La scelta di soggetti che sono operatori del diritto dovrebbe garantire una maggiore professionalità nella risoluzione delle controversie rispetto a quanto astrattamente previsto dalla generale disciplina dell'arbitrato, atteso che ai sensi dell'art. 812 cpc chiunque sia in possesso della capacità di agire potrebbe svolgere la funzione di arbitro. Tale osservazione appare confortata dall'inciso introdotto nell'art. 1 (comma V *bis*) dalla legge di conversione del decreto legge in commento: prevede, infatti, la norma *de qua* che, con un provvedimento successivo all'entrata in vigore della disciplina sin qui esaminata, dovranno essere stabiliti «*i criteri per l'assegnazione*

³³ G. Ludovici - D. De Rito, *op. cit.*

³⁴ Recita l'inciso introdotto all'art. 1, comma 2 *bis*, dalla legge di conversione del DL n. 132 del 2014 che: «*La funzione di consigliere dell'ordine e l'incarico arbitrale di cui al presente articolo sono incompatibili. Tale incompatibilità si estende anche per i consiglieri uscenti per una intera consiliatura successiva alla conclusione del loro mandato*».

degli arbitrati tra i quali, in particolare, le competenze professionali dell'arbitro, anche in relazione alle ragioni del contendere e alla materia oggetto della controversia». La scelta del presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati dovrà avvenire, allora, non casualmente, bensì con riferimento alle specifiche competenze e cognizioni di cui l'iscritto all'albo è in possesso al fine di garantire alle parti del rapporto controverso una professionalità concreta e non soltanto presuntivamente derivabile dal titolo; per tale motivo, chi scrive ritiene che i criteri di scelta *de quibus* dovrebbero trovare applicazione sin d'ora, senza attendere l'emanazione del decreto di cui al comma 5-bis.

Va infine sottolineato che, in caso di necessità di sostituzione degli arbitri, nulla è previsto, ma non si può non concordare, però, con chi³⁵ ha sostenuto che il Presidente del Tribunale resta titolare dei corrispondenti poteri ai sensi degli artt. 811 ed 813-bis cpc.

Tanto premesso, non sembra superfluo riportare alcune osservazioni formulate in dottrina circa la scelta degli arbitri come finora descritta.

In particolare, si è evidenziato³⁶, quanto alla loro nomina effettuata dal presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati che non dovrebbe trovare alcuno spazio applicativo la disposizione contenuta nell'art. 832, quarto comma, cpc, che fa divieto alle organizzazioni associative di nominare arbitri in cause nelle quali sia parte un loro iscritto. Deve, però, chiedersi se – nelle controversie che vedano tra le parti contrapposte un avvocato del foro circondariale – sia opportuno che il presidente del Consiglio dell'ordine proceda comunque alla designazione. Sul punto – anche a fronte di quanto disposto dall'art. 34, secondo comma, del DLGS n. 5 del 2003, in merito all'estraneità alla disputa del terzo designatore degli arbitri – si è già dibattuto in dottrina, giungendosi alla conclusione che contro la carenza di equidistanza del terzo designatore non vi è alcun rimedio, neppure di tipo ricusatorio³⁷. Sicché non rimarrà che attendere la nomina degli arbitri e verificare se essi si trovino in una delle condizioni di cui all'art. 815 cpc ai fini di un'eventuale istanza di ricazione.

Comunque, sulle nomine da parte del presidente del consiglio dell'ordine, si pongono una serie di ulteriori quesiti ai quali il DL nn. 132 del 2014 non fornisce alcuna risposta. In particolare, non è spiegato come si debba procedere nel caso in cui le parti trovino un'intesa solo su alcuni arbitri e non su tutto il collegio (sul punto, peraltro, vedasi quanto si è già detto in precedenza); né la norma dice – in questo replicando fedelmente la lacuna presente nell'art. 810 cpc – se il presidente del Consiglio dell'ordine, prima di nominare gli arbitri, debba sollecitare dinanzi a sé il contraddittorio tra le parti.

Non è da escludere che le parti – seguendo le modalità della cd. clausola binaria – si accordino per attenersi all'art. 810 cpc nel nominare ciascuna il “proprio” arbitro, confidando poi nei buoni uffici dei due arbitri così nominati per la designazione del terzo arbitro. Infatti, anche una simile intesa tra le parti potrebbe, ragionevolmente, integrare gli estremi della concorde individuazione degli arbitri richiesta dal secondo comma, ultimo inciso, dell'art. 1, del DL n. 132 del 2014.

In tal caso, tuttavia, si può generare una situazione di stallo in merito alla designazione del terzo arbitro, allorché i due arbitri già nominati (verosimilmente per i veti incrociati delle parti) non riescano a convergere sul nome di colui che assumerà le vesti di presidente del collegio. La mancata formazione del collegio, in tal caso, imporrà l'intervento del presidente dell'Ordine degli avvocati³⁸, il quale – come si è già anticipato – dovrà limitarsi (per le ragioni già esposte) a nominare solo il terzo arbitro e non l'intero collegio.

Potrebbe propendersi, invece, per la soluzione opposta, laddove le parti non abbiano concordato di ricorrere alla tecnica di nomina binaria, ma una delle due abbia unilateralmente notificato all'altra un atto di nomina, al quale non sia seguita la nomina dell'altra parte. In tal caso, infatti, l'unico arbitro designato non è stato il frutto di una scelta concorde delle parti. Se, dunque, il presidente del Consiglio dell'ordine si limitasse ad integrare il collegio arbitrale con la nomina dei due arbitri mancanti, verrebbe violato il principio di eguaglianza delle parti nella formazio-

³⁵ V. Vigoriti, *op cit.*, p. 8; nello stesso senso, si veda, anche, C. Punzi, *La degiurisdizionalizzazione della giustizia civile*, in corso di pubblicazione, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche, le riforme del quinquennio 2010-2014*, contributi coordinati da G. Ruffini, Torino 2015.

³⁶ Cfr., *amplius*, G. Navarrini, *op. cit.*, p. 11-17.

³⁷ Cfr. C. Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano 2009, 154 e ss.; S. Cerrato, *La clausola compromissoria nelle società*, Torino 2012, 128 e ss.

³⁸ Il cui intervento, peraltro, dovrà essere sollecitato, come chiarito dalla costante giurisprudenza della Suprema corte riguardante l'interpretazione dell'art. 810 cod. proc. civ., dalle parti (o da una di esse) e non dagli arbitri già designati.

ne del collegio arbitrale, visto che solo una delle parti avrebbe potuto scegliere un “proprio” arbitro. Pertanto, in simili ipotesi, quel Presidente dovrà procedere in piena autonomia alla nomina di tutti i componenti del collegio³⁹.

Occorre, altresì, domandarsi cosa accada laddove le parti non si attivino per la nomina degli arbitri. Ora, verificandosi una simile circostanza, secondo parte della dottrina⁴⁰ il processo dovrebbe estinguersi per inattività delle parti, benché l'estinzione sia espressamente prevista – come si dirà oltre – dal quarto comma dell'art. 1 del DL n. 132 del 2014, solo per il caso di arbitrato “sostitutivo” del giudizio d'appello e non anche per l'arbitrato “sostitutivo” del giudizio di primo grado.

Si assume, infatti, che, una volta disposta la trasmissione del fascicolo al Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il giudice *a quo*, il processo viene a trovarsi in una situazione di quiescenza – che si protrarrà fino alla “riassunzione” ad impulso della parte più diligente (“riassunzione” che si sostanzia nell'atto di nomina degli arbitri o nella richiesta di nomina al presidente del consiglio dell'ordine) – paragonabile, almeno da un punto di vista funzionale, allo stato in cui versa una causa dopo una pronuncia di incompetenza e prima che sia riassunta dinanzi al giudice competente. Perciò, anche in virtù di quanto previsto dall'art. 307, terzo comma, cpc, la mancata prosecuzione del giudizio per inattività delle parti non potrebbe che determinarne l'estinzione. E visto che l'art. 1 del citato decreto non autorizza il giudice *a quo* a fissare termini di riassunzione dinanzi al collegio arbitrale, si conclude nel senso che l'estinzione opererebbe dopo il decorso del termine legale di tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza (o, se pronunciata in udienza, dall'udienza stessa), giusta quanto previsto dall'art. 50 cpc.

Diverso è, invece, il caso in cui le parti, non trovando un'intesa tra loro per la nomina degli arbitri, ne abbiano formulato la corrispondente istanza al presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati e questi

– per le più varie ragioni – non abbia assunto alcun provvedimento. In siffatta ipotesi si potrebbe ritenere che la nomina debba intervenire entro il termine di trenta giorni dall'avvio del procedimento amministrativo, o, comunque, in un termine non superiore a novanta giorni (art. 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241), e che, qualora, decorso anche questo termine, non si sia provveduto, le parti – in applicazione dell'art. 810, ultimo comma, cpc – potranno rivolgersi al presidente del Tribunale.

Quanto, poi, alle qualità per essere nominato arbitro previste dalle già riportate disposizioni di cui ai commi 2 e 2-bis dell'art. 1 del decreto in esame, si è ritenuta⁴¹ la disposizione eccessiva, perché priva le parti di concordare liberamente che il collegio possa avere composizione mista (ad esempio, utilizzando saperi ed esperienze diverse: commercialisti, ingegneri, architetti, ecc.), ovvero di nominare avvocati non iscritti presso l'ordine circondariale al quale è stato trasmesso il fascicolo.

Parimenti criticabile, poi, è l'imposizione di una iscrizione presso l'albo circondariale da almeno cinque anni, visto che – senza garantire in alcun modo che la nomina ricada su un giurista esperto (visto che si può essere esperti in un settore e completamente inesperti in altri settori anche dopo trent'anni di esercizio della professione forense) – esclude che la nomina possa cadere su un avvocato trasferitosi recentemente in quel circondario, benché esercente la professione da più di cinque anni.

Si è quindi auspicato⁴², al fine di superare tale irragionevolezza, di interpretare la previsione suddetta, correttivamente, nel senso che possano essere nominati arbitri solo gli avvocati esercenti da non meno di cinque anni, a condizione che siano attualmente iscritti nell'albo dell'ordine circondariale competente (e non gli avvocati che siano iscritti da almeno cinque anni in quello stesso albo).

Argomentazioni analoghe potrebbero, forse, utilizzarsi anche con riferimento alla scelta di riservare la nomina agli avvocati che non abbiano subito con-

³⁹ Secondo G. Navarrini, *op. cit.*, p. 14. Ciò detto, ritengo che il presidente del Consiglio dell'ordine richiesto della detta nomina debba sollecitare, prima di decidere, il contraddittorio tra le parti. La procedura di nomina, infatti, è di competenza del presidente del consiglio dell'ordine non in quanto persona fisica, né in quanto designato dalla libera volontà delle parti; ma in quanto organo di vertice e rappresentante dello stesso ordine, alla cui cura l'incombenza è affidata dalla stessa legge. Giacché, però, l'ordine circondariale è un ente pubblico associativo (art. 24, l. 31 dicembre 2012, n. 247), il provvedimento dovrà essere assunto – in difetto di altra disciplina specifica – nel rispetto di quel nucleo di principi fissati dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 (cd. legge sul procedimento amministrativo). In questo caso, dunque, dovranno trovare applicazione gli artt. 7 ss., l. 241/1990, a tutela del diritto di partecipazione alla formazione del provvedimento finale, sicché tutte le parti dovranno essere avvisate dell'avvio del procedimento e avranno la possibilità di presentare proprie memorie e documenti.

⁴⁰ Cfr. G. Navarrini, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹ Cfr. G. Navarrini, *op. cit.*, p. 15.

⁴² Cfr. G. Navarrini, *op. cit.*, p. 15.

danne definitive comportanti la sospensione dall'Albo. Una simile limitazione, infatti, avrebbe senso solo se imposta al presidente del Consiglio dell'ordine, per garantire (formalmente) l'integrità morale degli arbitri nominati, non anche se imposta anche alle parti, le quali devono poter scegliere le persone del cui giudizio si fidano, perché in ciò sta l'appetibilità dell'istituto arbitrale.

Inoltre, le dette limitazioni (iscrizione in quell'albo professionale da almeno cinque anni e assenza di condanne definitive comportanti la sospensione dall'Albo), generano ulteriori inconvenienti per le parti.

Esse, infatti, da un lato – prima ancora di proporre i nomi che s'intendono designare come arbitri – dovranno eseguire le necessarie verifiche presso il Consiglio dell'ordine, per sapere se il tale avvocato è iscritto colà da almeno cinque anni e se abbia subito condanne del tipo di quelle in precedenza descritte; dall'altro, qualora una di loro non risieda, né abbia sede, all'interno del circondario (e sia assistita da un avvocato appartenente ad altro ordine circondariale), difficilmente potrà individuare consapevolmente gli arbitri al cui giudizio si sottoporrà e potrà nutrire il sospetto che gli arbitri scelti da altri possano pregiudicarla. Del resto, proprio per garantire una sorta di equidistanza e imparzialità geografica e culturale, negli arbitrati internazionali capita spesso che le parti – di nazionalità diversa – scelgano i rispettivi arbitri tra i propri connazionali e poi designino un presidente di collegio di altra nazionalità.

Inopportuna, infine, è stata altresì considerata⁴³ la previsione di una dichiarazione di disponibilità che debba essere comunicata dall'avvocato (aspirante arbitro) al Consiglio dell'ordine di appartenenza, prima della trasmissione del fascicolo d'ufficio dalla cancelleria del giudice *a quo*, non comprendendosi, il perché, anche in tal caso, le parti debbano veder limitata la propria libertà di scegliere chi ritengono sia in grado di giudicare saggiamente e con equilibrio una loro controversia e non possano concordemente individuare uno o tre avvocati che – benché non abbiano reso la prescritta dichiarazione – si siano dichiarati disponibili ad assumere quello specifico incarico.

Appare comunque opportuno ricordare, fin da ora, che la legge di conversione del decreto *de quo*, attraverso il comma 5-bis aggiunto all'art. 1 di quest'ultimo, ha previsto che «con il decreto di cui al comma 5 (il riferimento è al decreto regolamentare

del Ministro della giustizia che potrà stabilire riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri. *Ndr*) sono altresì stabiliti i criteri per l'assegnazione degli arbitrati tra i quali, in particolare, le competenze professionali dell'arbitro, anche in relazione alle ragioni del contendere ed alla materia oggetto della controversia, nonché il principio della rotazione nell'assegnazione degli incarichi, prevedendo altresì sistemi di designazione automatica»: è auspicabile, quindi, che almeno alcuni degli inconvenienti finora descritti possano trovare soluzioni adeguate.

Una volta individuati, coloro che intendano assumere l'incarico dovranno accettarlo per iscritto, anche mediante sottoscrizione del verbale di prima riunione del collegio (art. 813 cpc).

Prescindendo dal rispetto di un generale obbligo di rivelazione delle situazioni di incompatibilità (cd. *duty of disclosure*), la cui vigenza nell'ordinamento italiano è oggetto di vivaci discussioni⁴⁴, l'appartenere all'Ordine degli avvocati impone ai designati il rispetto dell'art. 55 del vigente codice deontologico forense (sostanzialmente identico all'art. 61 del nuovo codice, approvato dal Consiglio nazionale forense il 31 gennaio 2014). Essi, pertanto, non potranno assumere le funzioni di arbitro qualora abbiano in corso, o abbiano avuto negli ultimi due anni, rapporti professionali con una delle parti né, comunque, se ricorra uno dei casi di ricusazione previsti dall'art. 815, primo comma, cpc. Allo stesso modo, non potranno accettare la nomina «se una delle parti del procedimento sia assistita, o sia stata assistita negli ultimi due anni, da altro professionista di lui socio o con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali». Il designato, prima di accettare l'incarico, dovrà, in ogni caso «comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico».

Dall'accettazione dell'incarico degli arbitri inizia a decorrere, infine, il termine di duecentoquaranta (art. 820 cpc) o di centoventi giorni (giusta l'art. 1, quarto comma, del DL in commento) per la pronuncia del lodo, rispettivamente nelle ipotesi in cui la soluzione arbitrale si ponga come prosecuzione di un procedimento di primo o di secondo grado, e – qualora non vi abbiano provveduto per iscritto le parti prima dell'accettazione degli arbitri – l'arbitro o il collegio arbitrale, nella prima riunione, fisseranno la sede dell'ar-

⁴³ Cfr. G. Navarrini, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴ Cfr. C. Spaccapelo, *op. cit.*, p. 169 e ss., che nega l'esistenza di un dovere di rendere la dichiarazione di indipendenza; S. Marullo Di Condoiani, *Il contratto di arbitrato*, Milano 2008, p. 225 e ss., che sostiene, invece, la vigenza del dovere di *disclosure*.

bitrato⁴⁵, che – in assenza di esplicito divieto – potrà anche essere fuori dal circondario del giudice statale *a quo* (ma non all'estero).

Il procedimento arbitrale, dunque, seguirà la disciplina ordinaria posta dagli artt. 816 e ss. cpc, con le sole particolarità riguardanti la salvezza (a) degli effetti sostanziali e processuali della domanda promossa dinanzi al giudice statale e (b) delle preclusioni maturate in quel processo. Mentre sulla prima caratteristica c'è poco da dire (se non che è ciò che distingue questo speciale "arbitrato deflattivo" da un ordinario arbitrato di cui le parti, rinunciando agli atti del giudizio civile statale, decidano di avvalersi), sulla seconda è qui sufficiente evidenziare: 1) che, nell'"arbitrato deflattivo" o "di prosecuzione", il *thema decidendum* è predeterminato dalle domande e dalle eccezioni già introdotte nel giudizio statale *a quo*, così come il *thema probandum* ed i relativi mezzi istruttori, qualora il giudizio sia trasmigrato dopo la chiusura della fase di allegazione dei fatti e di richiesta delle prove; 2) che ci si potrebbe domandare se gli arbitri possano, in difetto di un'esplicita previsione di legge,

rilevare d'ufficio l'inammissibilità di nuove domande, eccezioni e prove⁴⁶; 3) che deve probabilmente escludersi che gli arbitri possano, d'ufficio, rilevare la novità di una domanda precedentemente non proposta. Se, poi, gli stessi, pur dinanzi ad un'eccezione tempestivamente sollevata, pronunceranno sulla domanda, il lodo sarà impugnabile ex art. 829, primo comma, n. 4, cpc; 4) che, ai sensi del primo periodo del secondo comma dell'art. 1 del DL n. 132 del 2014, gli arbitri potranno eccezionalmente rilevare d'ufficio l'inammissibilità di eccezioni e prove già precluse nel giudizio statale. La previsione, tuttavia, dovrà trovare attenuazione nell'ipotesi in cui una delle parti proponga una nuova domanda e l'altra non opponga l'eccezione di incompetenza ex art. 817, terzo comma, cpc, giacché, in tal caso, entrambe le parti avranno il diritto di dire e contraddire, di provare e di confutare il fondamento della nuova domanda. Tuttavia, se, malgrado la preclusione, gli arbitri prendano in esame eccezioni e prove nuove, nonostante gli sforzi interpretativi ed il tentativo di rimanere fedele, più che alla lettera, allo spirito della legge, sembra davvero difficile sta-

⁴⁵ Com'è noto, la sede dell'arbitrato non impone che le riunioni del collegio avvengano in un determinato luogo, né che il lodo venga colà deliberato, redatto e sottoscritto; essa fornisce solo il criterio di collegamento per individuare il tribunale competente per i provvedimenti ausiliari dell'arbitrato e per la concessione della esecutività, nonché la corte di appello competente per le eventuali impugnazioni del lodo.

⁴⁶ In realtà, – come sottolineato da G. Navarrini, *op. cit.*, p. 17 e ss – qui ci troviamo di fronte ad uno snodo per il quale passano alcuni dei problemi più discussi dalla dottrina, a cominciare da quello del regime delle preclusioni nell'arbitrato, per finire a quello della cd. "incompetenza" degli arbitri. Non essendo questa la sede per riesaminare dettagliatamente tali questioni, basterà qui evidenziare che, da una parte, vi è una certa concordia nel ritenere che – a fronte di una tendenziale assenza di barriere preclusive – la riforma del 2006 abbia, quanto meno introdotto due importanti preclusioni con la riscrittura dell'art. 817 cpc in tema di eccezioni di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, e con l'introduzione del secondo comma dell'art. 829 cpc, in merito alla tempestività delle eccezioni di rito. Pertanto, se la parte non solleva l'eccezione di invalidità del patto compromissorio nella sua prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri, non potrà poi impugnare il lodo per quella ragione (art. 817, secondo comma, ultimo inciso); allo stesso modo, la parte che non eccepisce nella prima difesa utile la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del processo arbitrale, non potrà, poi, impugnare il lodo per tale violazione (art. 829, secondo comma, cpc). Ed in linea con le regole testè menzionate, il terzo comma dell'art. 817 cpc dispone che «la parte che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il lodo». E benché il testo paia non imporre alcun particolare termine (se non l'ultimo atto di parte compiuto nel giudizio arbitrale) per opporre l'eccezione di esorbitanza dai limiti del patto compromissorio delle domande altrui, si è ritenuto che la norma vada letta in combinato disposto proprio con l'art. 829, secondo comma, cpc. Mentre, infatti, le eccezioni di inesistenza, invalidità o inefficacia (originaria) della convenzione d'arbitrato debbono essere spese immediatamente per l'ovvia ragione che le parti sono in grado di valutare *in limine iudicii* la sussistenza di un vizio del patto compromissorio, l'eccezione di "incompetenza" (per esorbitanza delle conclusioni dall'oggetto della convenzione d'arbitrato) potrà essere spesa solo dopo che le conclusioni esorbitanti siano state rassegnate e, dunque, fino alla fine del giudizio arbitrale. Ma l'eccezione stessa dovrà essere sollevata – a mente dell'art. 829, secondo comma, cpc – nella prima difesa successiva alla formulazione delle conclusioni eccedenti l'oggetto del patto compromissorio. Sul punto, mentre vi è sostanziale concordia sull'impossibilità di rilevare d'ufficio la inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia (originaria) della convenzione d'arbitrato, la dottrina non manifesta uniformità di orientamento in merito alla rilevabilità d'ufficio, da parte degli arbitri, della propria incompetenza conseguente all'esorbitanza delle conclusioni delle parti rispetto all'oggetto del patto compromissorio. Su tali premesse, G. Navarrini, *op. cit.*, p. 19, conclude nel senso che «...le eccezioni di cd. incompetenza degli arbitri ex art. 817 cpc sono tutte da considerare eccezioni riservate esclusivamente alle parti. D'altronde, non si vede per quale ragione l'eccezione di assoluta inesistenza della convenzione d'arbitrato non possa essere rilevabile d'ufficio, mentre in caso di esistenza di una convenzione avente oggetto meno ampio della domanda formulata da una delle parti l'arbitro debba poter sollevare il rilievo d'ufficio. In fin dei conti si tratta anche in questo caso, se non m'inganno, di una inesistenza del patto compromissorio, ancorché tale inesistenza sia solo relativa alla domanda eccedente l'oggetto del patto esistente. In altri termini, non sembra ragionevole impedire il rilievo d'ufficio dell'incompetenza arbitrale nei casi in cui la domanda di arbitrato non sia sorretta da alcun patto compromissorio e consentirlo, invece, allorché la domanda sia solo in parte sorretta da un patto compromissorio. E giacché è indubitabile – stante il perspicuo tenore dell'art. 817, primo e secondo comma, cpc – che l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia (originaria) del patto arbitrale non possano essere rilevate d'ufficio (salvo il caso dell'inarbitrabilità della controversia), *a fortiori* dovrà ritenersi irrilevabile d'ufficio la mera esorbitanza delle domande formulate rispetto all'oggetto del patto compromissorio».

bilire per quale motivo possa essere impugnato un lodo fondato su eccezioni o prove inammissibili. Tale difficoltà non pare attenuarsi molto neppure qualora si ritenga che la preclusione possa essere rilevata solo su eccezione di parte. In quest'ultimo caso, forse, si potrebbe optare per un'impugnazione ex art. 829, primo comma, n. 12, cpc, per omessa pronuncia su un'eccezione. Ma, anche in tal caso, basterà che gli arbitri diano una pur succinta motivazione al rigetto dell'eccezione per impedire (o per rendere più improbabile) l'annullamento del lodo.

5. Il lodo

Circa il contenuto della pronuncia, gli arbitri saranno tenuti a decidere secondo diritto (a meno che le parti non abbiano espressamente richiesto una pronuncia secondo equità ex art. 832 cpc), ma il lodo non sarà impugnabile per la violazione delle regole di diritto relative alla controversia, salvo diversa e concorde previsione delle parti.

Resta fermo che l'impugnazione per violazione delle norme di diritto sarà sempre ammissibile quando essa riguardi la soluzione data *incidenter tantum* a questione pregiudiziale inarbitrabile (art. 829, quarto comma, n. 2, cpc), così come nel caso in cui il lodo si riveli contrario all'ordine pubblico (art. 829, terzo comma, cpc).

In merito all'efficacia del lodo, l'art. 1, terzo comma, del DL n. 132 del 2014, disponendo che esso «ha gli stessi effetti della sentenza, non introduce alcuna novità rispetto a quanto già previsto dall'art. 824-bis cpc».

6. L'arbitrato “sostitutivo” dell'appello

Una regola speciale è stabilita per l'ipotesi di trasferimento in arbitrato dei giudizi pendenti in grado di appello, per i quali occorre infatti tenere in considerazione che vi è già una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, oggetto – appunto – del giudizio di impugnazione: in tal caso, si ha, dunque, un arbitrato

“sostitutivo” dell'appello, che ha struttura e disciplina affatto particolari, prevedendosi, *in primis*, che il termine per la pronuncia del lodo sia di centoventi giorni (anziché duecentoquaranta, argomentandosi ex art. 820, secondo comma, cod. proc. civ., come per l'arbitrato disposto in primo grado) decorrenti dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale.

L'abbreviazione del termine, peraltro, sembra giustificabile alla luce del fatto che, in questa particolare evenienza, gli arbitri si devono limitare a rinnovare il giudizio sulla base degli atti del processo di primo grado. Tendenzialmente, quindi, non dovranno compiere atti istruttori.

Previo accordo tra le parti, gli arbitri possono tuttavia “richiedere” che il termine per il “deposito” del lodo sia prorogato di ulteriori trenta giorni: si tratta di una norma sibillina, aggiunta dalla legge di conversione, in quanto – in base al suo tenore letterale – gli arbitri possono soltanto essere autorizzati dalle parti a “richiedere” la proroga del termine per il “deposito” del lodo.

Nascono quindi alcuni interrogativi⁴⁷, e precisamente: a chi debba chiedersi la proroga, anche se pare che il soggetto dotato di tale prerogativa sia il presidente del Tribunale; se la proroga presidenziale debba essere concessa anche in caso di accordo fra le parti, come sembra suggerire proprio l'art. 1, quarto comma, del decreto, a differenza dell'art. 820, terzo comma, lett. a), cpc (che si esprime in termini di mera possibilità: «*In ogni caso il termine può essere prorogato...*»); se, infine, possano trovare applicazione le altre ipotesi di proroga previste dall'art. 820 cpc.⁴⁸

Una problematica ancora più complessa sorge, però, con riguardo all'oggetto del giudizio arbitrale d'appello, in relazione al quale si pongono due alternative teoriche: da un lato, quella di consentire agli arbitri di svolgere un sindacato – assolutamente inedito – della sentenza giurisdizionale di primo grado; dall'altro, quella di intendere il giudizio arbitrale come del tutto prescindente dalla pronuncia impugnata di fronte al giudice d'appello, così che il lodo arbitrale avrà direttamente ad oggetto l'originaria pretesa formulata in primo grado.⁴⁹

⁴⁷ Messi acutamente in rilievo da C. Punzi, *op. cit.*, il quale rileva anche la incongruità del riferimento alla proroga del termine per il “deposito” del lodo, che, ai sensi dell'art. 825 cpc, non è soggetto ad alcun termine: il legislatore, assai probabilmente, voleva riferirsi al termine per la “pronuncia” del lodo.

⁴⁸ In senso positivo, v. A. Briguglio, *op. cit.*, p. 11; G. Navarrini, *op. cit.*, p. 24. *Contra*, invece, D. Borghesi, *op. cit.*, p. 10, secondo il quale la disposizione «elimina le proroghe automatiche e vincola le parti, le quali vedono ridotto a soli trenta giorni l'infinito potere di proroga loro riconosciuto».

⁴⁹ L'alternativa è nettamente scolpita da C. Consolo, *op. cit.*, p. 1175: «[n]on è chiaro (...) se il lodo dovrà pronunciarsi sui motivi di appello già formulati dalle parti (...) e si avrebbe così un “genere” di lodo mai visto: di “secondo grado” (...), oppure se – prescindendo dai motivi di appello (ma allora anche dalla sentenza resa in I grado) – si dovrà giudicare della domanda così come originariamente proposta».

Questo problema interpretativo ha conseguenze assai rilevanti, anche dal punto di vista pratico: nel primo caso, infatti, gli arbitri sarebbero legittimati a modificare la decisione soltanto ove riscontrino un vizio dell'appello; nel secondo, sarebbero invece liberi di decidere il merito della controversia a prescindere dei vincoli del mezzo di impugnazione, che – come è noto – si sono assai aggravati con le recenti riforme.

L'adesione alla prima alternativa sembrerebbe ricavabile dalle intenzioni implicite del legislatore, il quale prevede – come meglio si dirà oltre – che, in caso di mancata pronuncia del lodo nel termine, la sentenza di primo grado passi ingiudicato (cfr. il riferimento all'art. 338 cpc).

Ciò però si contrappone al tradizionale insegnamento – formulato con riferimento all'arbitrato in generale – secondo il quale agli arbitri sarebbe precluso il potere di rendere decisioni demolitorie sostitutive di una sentenza statale, con la conseguenza che il mezzo arbitrale non potrebbe essere utilizzato per i giudizi di impugnazione.⁵⁰

È stato pertanto ritenuto – anche per mantenere la norma nei binari costituzionali – che, con l'accordo compromissorio di trasferimento in arbitrato della lite pendente, le parti «rinunciano (...) agli effetti della pronuncia di primo grado (...) condizionatamente all'emanazione del lodo»⁵¹. Tuttavia, agli arbitri sarebbe comunque conferito il compito di verificare la «tenuta dell'accertamento di primo grado» e, soltanto ove possibile, a rendere la «decisione nel merito della causa originaria»⁵².

Questo artificio interpretativo, animato da «buona volontà sistematica», conferisce quindi all'arbitrato «sostitutivo» dell'appello una fisionomia del tutto particolare, ossia un «doppio oggetto», con la

conseguenza che gli arbitri dovrebbero verificare preliminarmente la fondatezza dei motivi di appello, sia pure sul presupposto della «rinuncia condizionata» delle parti alla sentenza di primo grado per il caso in cui, appunto, gli arbitri riscontrino la sussistenza di tali vizi⁵³.

In diversa prospettiva, si è invece affermato che gli arbitri sarebbero liberi di decidere il merito della lite senza necessità della previa verifica della correttezza della sentenza di primo grado, venuta meno con il trasferimento in arbitrato, sia pure sempre con effetti «condizionati ex lege» alla pronuncia e al «consolidamento» del lodo; in tal caso, quindi, la decisione arbitrale fungerà da «sostituto di tutti i gradi del processo», anche se con la particolarità che gli arbitri dovranno comunque avvalersi, ai fini della decisione, delle prove già raccolte altrove⁵⁴.

Se già nell'ipotesi ordinaria prefigurata dal legislatore sorgono, come si è appena visto, significativi dissensi interpretativi, difficilmente superabili alla luce dello scarso dettato normativo di cui all'art. 1 del decreto, ben più gravi complicazioni possono sorgere in caso di ritardo degli arbitri nel rendere la decisione.

Qualora, infatti, il procedimento arbitrale non si concluda nel termine previsto dall'art. 1 del decreto (centoventi giorni, salvo proroga), sorge un vero e proprio *rebus processuale*, a proposito del quale si è condivisibilmente parlato di «eccentricità normativa»⁵⁵.

Più precisamente, è innanzitutto previsto che il processo debba essere *riassunto*, sotto pena di estinzione, in sede di giudizio statale entro il termine perentorio di sessanta giorni, decorrenti dalla scadenza del termine per la pronuncia del lodo⁵⁶: in tal caso, il processo subisce, quindi, una seconda trasmigrazio-

⁵⁰ Cfr. E. Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano 2009, p. 53.

⁵¹ Cfr. A. Briguglio, *op. cit.*, p. 12, secondo il quale la possibilità di delegare a giudici privati il sindacato delle sentenze statali sarebbe a rischio di incostituzionalità, in relazione all'art. 102, primo comma, Cost.; viceversa, le parti possono sempre rinunciare agli effetti della sentenza.

⁵² Cfr. A. Briguglio, *op. cit.*, p. 12, il quale comunque esclude che gli arbitri possano applicare gli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., con la conseguenza che il lodo arbitrale meramente «rescindente» (dichiarativo della fondatezza di un originario motivo di appello, ma senza decisione nel merito) comporterà l'instaurazione *ex novo* della controversia in primo grado.

⁵³ Cfr. A. Briguglio, *op. cit.*, p. 13, secondo il quale l'opposta soluzione per cui le parti «...deferiscono ad arbitri sic et simpliciter la cognizione di merito ex novo della controversia (...) avrebbe bisogno di un esplicito supporto normativo che qui manca, essendo abbastanza in equivoco il riferimento al grado di appello e perciò alla devoluzione ad arbitri (...) di una lite quale conformatasi in grado di appello...».

⁵⁴ Cfr. G. Navarrini, *op. cit.*, p. 22 e ss.

⁵⁵ Cfr. C. Consolo, *op. cit.*, p. 1175.

⁵⁶ Il processo di appello deve, pertanto, considerarsi ancora pendente. Cfr. C. Consolo, *op. cit.*, p. 1175.

ne, in senso inverso, verso il giudice statale, presso il quale dovrà dunque essere nuovamente depositato il fascicolo della causa⁵⁷.

Soltanto qualora il processo sia *riassunto* davanti al giudice togato, il lodo non potrà più essere più essere pronunciato (art. 1, quarto comma, terzo periodo, del decreto), di guisa che il giudizio arbitrale dovrà presumibilmente concludersi con un'ordinanza che dia atto dell'avvenuta riassunzione nei termini del processo d'appello davanti al giudice togato.

In caso di scadenza del termine per la pronuncia del lodo, non viene però meno, per ciò solo, il potere degli arbitri di rendere il lodo di merito, come conferma – incidentalmente – l'art. 1, quarto comma, ultimo periodo, del decreto (che allude all'impugnazione per nullità del lodo pronunciato «entro il termine di centoventi giorni [...] o, in ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione», così confermando la legittimità processuale del lodo pronunciato in tale momento temporale)⁵⁸; in altre parole, nel periodo che intercorre fra la scadenza del termine per la pronuncia del lodo e la scadenza del termine per la riassunzione del processo dinanzi al giudice statale, non sorge alcuna ragione di improseguibilità dell'arbitrato, beninteso in mancanza dell'atto di riassunzione.

In tale arco temporale, vi sono dunque due possibilità per impedire la pronuncia di un legittimo lodo di merito: da un lato, procedere alla riassunzione del processo dinanzi al giudice statale; dall'altro, notificare alle altre parti e agli arbitri l'intenzione di far valere la decadenza di questi ultimi per scadenza del termine ai sensi dell'art. 821 cpc, a cui consegue l'obbligo degli arbitri di pronunciare l'estinzione del giu-

dizio arbitrale, sotto pena di nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, primo comma, n. 6, cpc.

Nell'ipotesi in cui, invece, nessuna delle parti provveda alla riassunzione del processo dinanzi al giudice statale nel termine perentorio, come si è già accennato sopra, il procedimento nel suo complesso si estingue, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 338 cpc, espressamente richiamato dall'art. 1, quarto comma, quarto periodo, del decreto. In tale ipotesi, peraltro, l'estinzione del processo potrà essere dichiarata, con un lodo di rito, dagli stessi arbitri; oppure, in caso di tardiva riassunzione davanti al giudice di appello, anche da quest'ultimo.

Ovviamente, qualora nel corso del giudizio arbitrale di appello sia stato pronunciato un lodo non definitivo su questione o un lodo parziale, idoneo a modificare gli effetti del provvedimento impugnato nel procedimento estinto, la sentenza resa dal giudice statale di primo grado non potrà produrre alcun effetto di cosa giudicata⁵⁹.

Potrebbe ovviamente anche accadere che gli arbitri pronuncino nel merito pur dopo la scadenza del termine per la riassunzione e, addirittura, anche dopo la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice statale: in tal caso, il lodo arbitrale sarebbe nullo ai sensi dell'art. 829, primo comma, n. 4, cpc (perché «ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso»). Tuttavia, la formulazione – indubbiamente assai poco chiara – della disposizione sembrerebbe escludere la possibilità dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, qualora questo sia pronunciato fuori termine⁶⁰.

⁵⁷ Secondo G. Navarrini, *op. cit.*, p. 24, *sub* nota 49, deve escludersi che la riassunzione possa essere fatta con ricorso depositato nella cancelleria del giudice, visto che il fascicolo di ufficio, dopo la trasmissione agli arbitri, non è più presente in cancelleria. Resta da stabilire con quali modalità ed in che tempi il fascicolo predetto debba essere riconsegnato alla cancelleria del giudice dinanzi al quale la causa è riassunta. Infatti, il disposto dell'art. 126 disp. att. cpc – secondo cui il cancelliere del giudice innanzi al quale la causa è riassunta deve immediatamente richiedere al cancelliere del giudice *a quo* la trasmissione del fascicolo – è sostanzialmente inapplicabile. Né si comprende se – dopo l'esaurimento della fase arbitrale – gli stessi arbitri debbano conservare presso uno di loro (il presidente del collegio, presumibilmente) o riconsegnare il fascicolo alla cancelleria del giudice *a quo* (che potrebbe, in una specie di movimento circolare, diventare anche giudice *ad quem*).

⁵⁸ Per tale rilievo, *cfr.* C. Consolo, *op. cit.*, p. 1175; A. Briguglio, *op. cit.*, p. 11; G. Navarrini, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁹ Per tale doverosa precisazione, che riposa sul richiamo all'art. 338 cod. proc. civ., v. S. Izzo, *op. cit.*, p. 3. Per le possibili complicazioni derivanti dalla contemporanea pendenza dell'impugnazione per nullità avverso il lodo parziale e del giudizio d'appello riassunto a seguito della mancata pronuncia del lodo definitivo, vedasi G. Navarrini, *op. cit.*, p. 26. Secondo tale Autore, «...occorre dire – ad ulteriore dimostrazione che il meccanismo delineato nell'art. 1, quarto comma, del DL n. 132 del 2014 non è ben congegnato – che la chiusura con lodo di rito dell'arbitrato determinerà il decorso dei termini sia per riassumere il giudizio di appello, sia per impugnare – da parte del soccombente sulla questione decisa – l'eventuale lodo non definitivo. Perciò, in tal caso, è probabile che dinanzi alla medesima corte d'appello finiscano con il pendere due giudizi: quello di appello (contro la sentenza che doveva essere “rimossa” dal lodo) e quello di nullità contro i lodi (il definitivo di rito e il non definitivo di merito). Al fine, dunque, di evitare simili complicazioni, meglio sarebbe ... vietare apertamente la frazionabilità della decisione arbitrale (eventualmente riespandendo il termine per la pronuncia del lodo a duecentoquaranta giorni)...».

⁶⁰ Lo ritiene non impugnabile per nullità: S. Izzo, *op. cit.*, p. 4, testo e nota 8, sulla base del rilievo che l'art. 1, quarto comma, del DL n. 132 del 2014, contempla espressamente soltanto l'ipotesi di «nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni (...) o, in ogni

Questa impostazione è, però, apparsa ad alcuni⁶¹ non condivisibile, posto che il lodo arbitrale pronunciato fuori termine potrebbe comunque dare vita ad una decisione vincolante, per cui occorre comunque ammetterne l'impugnabilità ai sensi degli artt. 827 e ss. cpc.

L'art. 1, quarto comma, del decreto prevede, invece, espressamente l'ipotesi in cui sia impugnato ai sensi dell'art. 829 cpc il lodo arbitrale tempestivamente reso nel termine per la pronuncia, ovvero entro la scadenza del termine per la riassunzione, ciò che potrebbe avvenire, ad esempio, per il superamento dei limiti oggettivi del patto compromissorio, ovvero per violazione delle regole di nomina degli arbitri, e via discorrendo.

In tal caso, qualora sia dichiarata la nullità del lodo arbitrale a norma dell'art. 830 cpc⁶², il processo deve essere riassunto, ai sensi dell'art. 1, quarto comma, del decreto, davanti al giudice d'appello entro il termine, che pare sempre a pena di estinzione, di sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità, la quale è peraltro ulteriormente impugnabile – secondo le regole ordinarie – con il ricorso per cassazione.

Ne esce, pertanto, anche un poco compromesso lo spirito deflattivo dell'istituto, posto che ove la sentenza avverso il lodo sostitutivo dell'appello resa ai sensi dell'art. 830 cpc sia impugnata in Cassazione, si avrebbe una straordinaria moltiplicazione dei gradi di giudizio, con buona pace del fine della ragionevole durata del processo.

Nulla è detto, infine, con riguardo al caso in cui il giudizio arbitrale si chiuda per un evento estintivo autonomo, nel qual caso di aprono due incerte alternative: consentire anche in tale ipotesi, per analogia, la riassunzione della causa dinanzi al giudice dell'appello, oppure ritenere che si debba instaurare un nuovo procedimento. Se si aderisce a quest'ultima impostazione, è peraltro da chiedersi se il patto compromissorio speciale stipulato ai sensi dell'art. 1 del decreto vincoli le parti alla risoluzione arbitrale della lite, in ossequio al principio di cui all'art. 808-*quinquies* cpc, oppure se il compromesso dispieghi *ab origine* i suoi effetti soltanto limitatamente al processo in corso, con conseguente necessità dell'introduzione di un nuovo processo

dinnanzi al giudice statale in caso di estinzione del processo arbitrale.

7. Gli incentivi

Il decreto cerca, infine, di intervenire su uno dei punti dolenti della riforma: quello dei costi. E lo fa in modo piuttosto leggero, così da far dubitare che le misure ipotizzate possano sortire, anche in minima parte, gli effetti sperati.

Si tratta in primo luogo del preannuncio di un decreto regolamentare del ministero, con il quale possono essere previste riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri.

L'uso del contenimento dei compensi arbitrali è inevitabilmente un'arma a doppio taglio in quanto per un verso incentiva le parti ad utilizzare l'arbitrato e, per altro verso, rischia di abbassare il livello qualitativo degli arbitri.

Resta da vedere se il futuro testo ministeriale vincolerà ai nuovi parametri gli arbitri che hanno manifestato la loro disponibilità o farà salva la libera volontà delle parti di pattuire compensi superiori.

In secondo luogo viene abolita la solidarietà prevista dall'art. 814, secondo comma, primo periodo, cpc, cosicché, scegliendo l'arbitrato, il vincitore non rischia di doversi sobbarcare anche la quota di compensi arbitrali che dovrebbe gravare sulla controparte insolvente. La qual cosa evita alla parte di far precedere la propria scelta da un'accurata analisi della solvibilità del proprio avversario, però pone gli arbitri nella quasi necessità di farsi pagare in anticipo, facendo leva – per quel poco che può servire – sulla richiesta di anticipazione delle spese *ex art. 816-septies* cpc.

Da ultimo, al comma 5-*bis* dell'art. 1 è previsto che il decreto ministeriale di cui si è detto deve stabilire i criteri per l'assegnazione degli arbitrati. Criteri tra i quali si segnalano le competenze degli arbitri in relazione alla materia oggetto della controversia e il principio della rotazione nell'assegnazione degli incarichi.

La previsione sulla competenza non vuole certo smentire l'art. 1, secondo comma, che riserva agli avvocati il ruolo di arbitro, aprendo a diverse professionalità, ma si limita a prevedere che questi ultimi siano selezionati sulla base della loro specializzazione.

caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione»; in senso dubitativo sul punto, v. invece G. Navarrini, *op. cit.*, p. 25. Secondo D. Borghesi, *op. cit.*, cit., p. 10, «il lodo pronunciato oltre il termine sembrerebbe affetto da una sorta di inesistenza nullità assoluta e non da una semplice annullabilità», di guisa che il relativo vizio potrebbe essere fatto valere anche a prescindere dall'impugnazione per nullità.

⁶¹ M. Gradi, *Inefficienza della giustizia civile e fuga dal processo (Commento al decreto legge n. 132/2014, convertito dalla legge n. 162/2014)*, p. 79, in www.judicium.it.

⁶² Sulla possibilità, nei casi consentiti, della pronuncia anche rescissoria in sede di impugnazione per nullità, secondo la regola generale di cui all'art. 830 cpc, la cui considerazione appare invero omessa nel secco art. 1, comma 4, del decreto, v. G. Navarrini, *op. cit.*, p. 27.

Essere arbitro: le sfide di un ruolo in crescita

di Vincenzo Roppo

Muovendo dall'assunto che il ruolo di arbitro sia in crescita, l'articolo ne analizza alcuni profili problematici, costituenti vere sfide per chi intende misurarsi con questa funzione: ragionevolezza dei costi, competenza e serietà, deontologia, indipendenza dalla parte che ha effettuato la nomina.

1. Il titolo assegnatomi per questo breve contributo, che volentieri redigo *on demand*, dà per scontato che il ruolo di arbitro sia “in crescita”; e che dunque sia in crescita lo spazio che l'arbitrato occupa nel panorama della giurisdizione. Ma non diamo nulla per pregiudizialmente scontato; e dunque in via preliminare domandiamoci: siamo sicuri che sia così? e se è così, in che senso lo è?

Ci si può interrogare prima di tutto se sia così sul piano empirico: nella complessiva realtà effettuale delle liti affidate alla giurisdizione, la tendenza è verso più arbitrati o verso meno arbitrati? Nell'indisponibilità (non so se in generale, certamente per quanto mi riguarda) di statistiche complete e affidabili, rivolgamoci a un osservatorio che può considerarsi abbastanza significativo ancorché rappresentato un campione limitato: la Camera arbitrale di Milano, senza dubbio la maggiore istituzione dedicata ad amministrare arbitrati nel nostro paese.

Ebbene, i dati della Camera parlano di una tendenza all'aumento - non travolgente, ma neppure insignificante - del numero degli arbitrati aperti di anno in anno: stabile intorno al centinaio nella prima parte degli anni 2000 (95 nel 2003, 105 nel 2004, 99 nel 2005, 102 nel 2006, 99 nel 2007), questo numero prende a salire nel 2008 (118 nuovi arbitrati) per poi accentuare notevolmente il suo trend di crescita (153 nel 2009, 129 nel 2010, 130 nel 2011, 138 nel 2012) e toccare il suo picco nel 2013 - ultimo anno disponibile, non essendo ancora elaborato il consuntivo del 2014 - con 167 nuovi arbitrati.

E sul piano normativo? Ovvero: nelle scelte del legislatore di questi ultimi anni si legge un atteggiamento di *favor* o piuttosto di distacco e cautela, se

non di sospetto e avversione, verso questo strumento di definizione delle controversie? I segnali vanno in direzione tendenzialmente positiva.

Per cominciare, la riforma del 2006 (DLGS n. 20/2006) ha senza dubbio rinvigorito il meccanismo arbitrale: ampliando l'area della sua possibile operatività, garantendo una maggiore forza e stabilità dei suoi risultati. È vero che in un settore specifico ma molto rilevante, come quello delle controversie di cui sia parte una pubblica amministrazione, negli anni scorsi si sono registrate, per una certa fase, tendenze limitative o addirittura preclusive del ricorso alla giustizia arbitrale: ma le tendenze sono ben presto rientrate, in pro del riconoscimento di una generale praticabilità dell'arbitrato anche in quell'ambito.

E alla fine dell'anno scorso un segno ancora più forte viene dal decreto legge n. 132/2014, convertito nella legge n. 162/2014, con la previsione di una generalizzata possibilità di *translatio* dei processi pendenti dai giudici ordinari, originariamente aditi, ad arbitri. È chiaro che il senso del provvedimento va ravvisato non tanto in una qualche ritenuta superiorità della giustizia arbitrale su quella togata, quanto - per chiara indicazione del suo stesso titolo: «*Misure urgenti... per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*» - nell'ennesimo disperato *escamotage* con cui ci si studia (o ci si illude) di decongestionare i ruoli della giustizia ordinaria: i collegi arbitrali come novelle “sezioni stralcio”! E tuttavia la norma (quale ne sia la *ratio* congiunturale, quali ne siano le prospettive di reale successo) obiettivamente suona valorizzazione e incentivazione dell'arbitrato come sede privilegiata di risoluzione delle controversie civili.

2. Acquisito che il ruolo di arbitro può effettivamente considerarsi un ruolo in crescita, quali sfide attendono dunque chi aspiri a giocarlo da protagonista?

La metto in negativo. Le sfide consistono essenzialmente nel superare tutta una serie di abiti mentali e soprattutto di atteggiamenti pratici, che in base alla mia esperienza caratterizzano spesso, magari in modo inconsapevole, l'attività di arbitro.

Esse si collocano su diversi terreni, e mi sembra di poterne indicare tre: il terreno della ragionevolezza economica; il terreno della serietà professionale; il terreno della correttezza deontologica.

3. Trovo che non di rado gli arbitri autodeterminino i propri compensi a livelli esagerati, eccedenti ogni ragionevole proporzione con la quantità e la qualità dell'impegno profuso nella funzione, e non giustificabili neppure con il valore per avventura molto ingente della controversia.

Questo non va bene: perché da un lato disincentiva il più ampio ricorso allo strumento arbitrale, e dall'altro tende a confinarlo in un'area di privilegio economico facendone – in contrasto con il principio di *equal access to justice* – un lusso che solo pochi selezionati litiganti possono permettersi. In breve: fa dell'arbitrato un mezzo di giustizia poco popolare, e molto elitario.

Né sembra avere gran pregio il modo in cui gli arbitri talora provano a giustificare questa prassi di onorari “stellari” (specie ove chiesti per buona porzione già *in limine litis*, a titolo di acconto): quando, chiusi in camera di consiglio, si dicono fra loro che sparare in anticipo una richiesta economica “impressionante” ha un benefico effetto di deterrenza, capace di disincentivare le parti dal proseguire la lite, e indurle a una conciliazione che eviti loro ulteriori e più ingenti esborsi.

In questa prospettiva, trovo apprezzabile il calmieretto introdotto dalla nuova tariffa professionale forense (DM Giustizia n. 55/2014), che fissa i parametri per il calcolo degli onorari arbitrali su livelli che, soprattutto per gli arbitrati di valore economico molto alto, risultano più moderati di quelli della tariffa previgente. È vero che quei parametri non hanno valore cogente, operando solo quali criteri per la liquidazione giudiziale dei compensi in mancanza di diverso patto fra gli interessati, liberi di derogarvi; ma sono pur sempre una *guideline* molto significativa.

4. Sul terreno della serietà professionale, la sfida degli arbitri è offrire un servizio adeguato alle parti che quel servizio sono chiamate a pagare. Questo significa essenzialmente: operare in modo che la pro-

cedura (non solo garantisca un lodo giusto, ma ancor prima, e a prescindere dai contenuti della decisione) si svolga con il massimo di economicità in termini sia di tempo sia di risorse.

Nella mia esperienza registro che talora questi obiettivi sono pregiudicati da una certa “pigrizia” degli arbitri.

Una situazione ideal-tipica in cui un siffatto non commendevole atteggiamento può emergere (e che più di una volta, nella mia pratica arbitrale, ho visto emergere) è quella in cui l'attore in responsabilità chiede un risarcimento per la cui liquidazione fa istanza di CTU a supporto del *quantum* esposto, mentre il convenuto oppone eccezioni tese a negare la propria responsabilità e il diritto di controparte ad alcun risarcimento. Una regola ovvia di razionalità ed economicità del giudizio imporrebbe che prima di disporre CTU per il *quantum* almeno si delibasse la fondatezza nell'*an* della pretesa azionata: ma ciò implicherebbe accollarsi da subito il peso del decidere, e a tal fine affrontare da subito il peso di studiare le carte dell'arbitrato, spesso così voluminose e complesse. Arbitri non del tutto solerti preferiscono magari allontanare per intanto da sé questi pesi, spostandoli per quanto possibile in avanti. Il mezzo di questo differimento è a portata di mano: si dispone la CTU ancorché “al buio”, per lucrare i mesi della sua durata come “tempo morto” nel quale – mentre il consulente di ufficio lavora – gli arbitri possono esonerarsi da pensare all'arbitrato.

Con evidenti rischi di pregiudizio per gli obiettivi di rapidità ed economicità della procedura arbitrale. Perché solo *ex post* – dopo che finalmente gli arbitri avranno studiato i fondamenti del diritto fatto valere dall'attore e le eccezioni sollevate a contrasto dal convenuto, e si saranno così fatti un'idea circa l'*an* della pretesa azionata – si saprà se la CTU nel frattempo espletata risulterà utile o inutile.

Se gli arbitri accerteranno che la pretesa è fondata nell'*an*, la scommessa della CTU disposta al buio risulterà vinta, perché i tempi e i costi della stessa avranno utilità. Ma se al contrario si constaterà che qualche eccezione del convenuto (il cui approfondimento si è preferito rinviare) merita accoglimento e annichisce la pretesa risarcitoria, ecco che la CTU si rivelerà un esercizio futile, e la relativa scommessa sarà persa: con posta, però, a carico non degli arbitri ma delle parti, che subiranno tempi di decisione inutilmente più lunghi e costi del giudizio (il compenso del consulente d'ufficio e dei consulenti di parte) inutilmente più gravosi del necessario.

Con un rischio ulteriore e ancora più grave: introdurre un fattore di “pre-giudizio” – e quindi di distorsione del giudizio –, suscettibile di propiziare una decisione ingiusta.

Constatata *ex post* (per la finalmente accertata infondatezza dell'*an* della pretesa) l'inutilità della CTU

precedentemente disposta al buio sul *quantum*, gli arbitri si accorgono di avere perso la scommessa (a carico delle parti, come si è detto), e si sentono comprensibilmente imbarazzati. È possibile, forse è anche umano, che cerchino in qualche modo di non apparire, agli occhi delle parti, come professionisti che poco professionalmente hanno loro inflitto tempi e costi ingiustificati. Come? Il modo più semplice per legittimare una CTU sul *quantum* che per la sua inutilità non si sarebbe dovuta disporre è accogliere (almeno in qualche misura) una pretesa risarcitoria che si sarebbe dovuta respingere per infondatezza nell'*an*.

Per giustificare una decisione istruttoria (prematura e poi rivelatasi) sbagliata – o meglio, per mascherarne l'incongruità – si rende una decisione ingiusta nel merito. Cosa c'è di peggio, dal punto di vista della serietà professionale?

Sempre sul terreno della serietà professionale, poi, è del tutto evidente come sia da stigmatizzare il costume – cui talora indulgono alcuni presidenti di collegio arbitrale, vuoi perché pigri vuoi perché troppo indaffarati – di non scrivere personalmente il lodo, delegandone occultamente la stesura a qualche collaboratore (spesso coincidente con il segretario della procedura).

5. La terza sfida – la più delicata e cruciale – si misura sul terreno della correttezza deontologica, e può riassumersi in una sola parola: indipendenza dell'arbitro.

L'indipendenza dell'arbitro prende rilievo già nel momento in cui egli riceve la nomina e decide se accettarla o meno. Non deve accettarla, se sussistono fattori che pregiudichino la sua indipendenza dalle parti: in concreto, fattori (esterni al merito della controversia) che lo portino a essere più vicino alle ragioni e agli interessi di una parte che a quelli dell'altra. E infatti la formula corretta è: «arbitro *designato dalla parte*». Non è appropriato dire «arbitro *di parte*» se non mettendo «di parte» fra virgolette (come nel seguito si farà), a indicare che si tratta di formula non rigorosa, che si usa solo per comodo di brevità.

Per identificare le ragioni di pregiudizio all'indipendenza dell'arbitro non c'è bisogno di lavorare troppo di fantasia: sono fattori codificati dall'ordinamento, che ha provveduto a definirli via via in un crescendo di rigore.

Il rigore si è progressivamente accentuato a livello legislativo, con il variare della norma sulle cause di ricusazione dell'arbitro (che riflettono specularmente le cause in presenza delle quali l'arbitro dovrebbe astenersi dall'accettare la nomina): il vecchio art. 815 cpc rinviava pari pari alle cause di astensione/ricusazione del giudice togato (art. 51 cpc); il vigente art. 815 cpc (novellato con la riforma del 2006) si affranca

da questa *relatio*, disegnando i motivi di ricusazione (= astensione) dell'arbitro in modo autonomo, e in termini più ampi di quelli che valgono per il giudice. Significativo nel nuovo testo non è tanto l'elenco delle cause analiticamente tipizzate, quanto la clausola generale del n. 5, che in una logica di atipicità indica adesso come ragione di ricusazione/astensione dell'arbitro tutti i possibili «*rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza*».

Ma se nel quadro dell'ordinamento si considera anche una fonte di *soft law* come il nuovo recentissimo Codice deontologico forense (approvato dal Consiglio nazionale forense ai sensi della legge n. 247/2012, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2014 e operativo dal 15 dicembre 2014), si registra un sovrappiù di rigore. L'art. 55.I-II del Codice deontologico non si limita infatti a rinviare alla cause di astensione ex art. 815 cpc, ma ne impone anche un'altra, non contemplata dal codice di rito: l'esistenza di rapporti professionali con una delle parti, intrattenuti nei due anni precedenti o direttamente dal professionista designato arbitro o anche da altro professionista con lui associato. Inoltre «*l'avvocato deve comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico*».

È evidente che una previsione come quest'ultima suggerisce di guardare con scarsissima simpatia alla pratica dei «giri» arbitrali, entro cui si procede sistematicamente a designazioni «incrociate» o «alternate» o «reciproche» fra colleghi in stretta relazione professionale fra loro, secondo la logica di un implicito sinallagma: quando io mi occupo, da difensore, di una lite da devolvere in arbitrato, designo te arbitro, sul presupposto che quando all'inverso sarai tu a difendere un tuo cliente in una controversia affidata a giudizio arbitrale indicherai come arbitro me...

E allora si può ben dire che la sfida dell'indipendenza, a livello di accettazione dell'incarico arbitrale, è tutto sommato facile da raccogliere e non richiede particolari sforzi di fantasia: basterebbe la ragionevole osservanza delle regole scritte, nero su bianco, negli articoli di legge e nelle norme di deontologia professionale.

6. Ma la sfida dell'indipendenza si misura anche (e soprattutto) a un altro livello: quello che riguarda la condotta dell'arbitro durante lo svolgimento del giudizio arbitrale.

Qui si tratta di cogliere e «gestire» l'insopprimibile ambiguità della funzione di arbitro: che da un lato è funzione di giudicante, come tale vincolato a un dove-

re di terzietà/indipendenza rispetto alle parti in lite; ma dall'altro condizionato dalla genesi della funzione, che rimonta all'investitura compiuta da una delle parti in lite. E, sulla scorta di questa consapevolezza, si tratta di essere realisti e rigorosi al tempo stesso.

Certo, l'arbitro è un giudice, tenuto per questo all'imparzialità; ma non può pretendersi che egli dimentichi (perché equivarrebbe a pretendere di fargli dimenticare un dato di realtà) che egli assume quel ruolo perché incaricato da X, in una lite contro Y sulla quale egli giudicherà. E questo dato, se non intacca l'indipendenza dell'arbitro, quanto meno la colora in modo peculiare, e in termini peculiari definisce le modalità della sua condotta.

È in definitiva questione di misura, di soglia.

Realismo impone di considerare normale - e impedisce di ritenere censurabile - che nella valutazione dei termini della controversia l'arbitro sia "naturalmente" più sensibile alle ragioni e agli argomenti fatti valere dalla parte che lo ha designato, piuttosto che a quelli di controparte; e che nelle relative discussioni in camera di consiglio sia "naturalmente" più portato a valorizzare i primi rispetto ai secondi.

Ma rigore impone di fissare limiti appropriati a questo tendenziale *favor* verso la parte designante: limiti capaci di contenerlo nei confini di un atteggiamento garbatamente sussurrato, impedendogli di diventare presa di posizione urlata con spudoratezza.

Che triste degradazione del proprio ruolo, nella condotta di quegli arbitri che agiscono come veri e propri avvocati difensori della parte che li ha nominati, affiancando o addirittura surrogando i difensori formalmente in mandato! E dimenticandosi di essere, in quel giudizio, pur sempre e primariamente giudici. Un atteggiamento censurabile quando si manifesta nelle discussioni in camera di consiglio; ancora più censurabile quando si spinge a suggerire ai difensori della parte designante strategie e argomenti difensivi, o addirittura a visionare preventivamente le difese, per suggerire integrazioni o ricalibrature.

Per non dire di quegli arbitri che non si fanno scrupolo di rivelare ai difensori della parte designante le dinamiche interne delle camere di consiglio già svolte, e di concertare con essi gli atteggiamenti da tenere - nell'interesse di quella parte - nelle camere di consiglio successive.

Identificare - per evitarle - le condotte arbitrali avverse al valore dell'indipendenza, è qualcosa che interroga primariamente la coscienza etica dell'arbitro. E infatti mentre il sistema abbonda, come si è visto, di norme finalizzate a garantire l'indipendenza dell'arbitro in sede di assunzione dell'incarico, esso si mostra reticente o addirittura silente riguardo ai modi per presidiare l'indipendenza dell'arbitro in sede di svolgimento dell'incarico stesso. Ma penso che per la coscienza etica degli arbitri questo non sia, in

definitiva, un esercizio troppo difficile: pur in assenza di puntuali previsioni normative, la soglia che separa il "si può fare" dal "non si deve fare" in questa materia si delinea per lo più con chiarezza e immediatezza, in una sorta di "precomprensione". Come diceva quel vecchio giudice inglese: «io non saprei definire cosa è un 'atto immorale'; ma se ne vedo uno lo riconosco subito!».

7. Rispetto agli esempi di *malpractice* nello svolgimento del ruolo arbitrale stigmatizzati sopra, sarei meno severo con altre pratiche abbastanza diffuse, che pure - a voler essere assolutamente rigorosi - potrebbero considerarsi non del tutto in linea con il ruolo di un giudicante. Alludo alle pratiche per cui alla decisione finale, sancita nel lodo, spesso si arriva percorrendo un itinerario in qualche misura "negoziale" o se si vuole "mediatorio" o perfino "transattivo".

Mettiamoci intanto dal punto di vista del presidente terzo arbitro, investito del suo ruolo non dalla scelta unilaterale dell'una o dell'altra parte, ma generalmente dalla scelta consensuale dei due arbitri "di parte". Questa origine esalta la sua posizione di terzietà: ma terzietà non significa totale autoreferenzialità o addirittura solipsismo. È giusto e doveroso che egli si formi in autonomia un'opinione circa il peso e il valore rispettivi delle ragioni fatte valere dalle parti in lite. E tuttavia è anche giusto che questa autonoma opinione egli misuri con le idee e le posizioni portate alla sua attenzione dall'uno e dall'altro dei due arbitri designati dalle parti; anzi, che costruisca la propria posizione a partire da quelle rappresentategli dai due arbitri "di parte", assumendole tendenzialmente come le linee che definiscono il perimetro della decisione da costruire.

Immaginiamo - con ipotesi certo di scuola, rarissima a presentarsi nella pratica - che i due arbitri "di parte" convergano circa le linee della possibile decisione sulla lite. Ebbene, sarebbe singolare se il terzo arbitro pensasse di disattendere la loro posizione comune insistendo su una propria divergente posizione (che lo farebbe finire, paradossalmente, in minoranza...). Salvi casi estremi e improbabili di sua conclamata impresentabilità, l'adesione del terzo arbitro a siffatta posizione comune non dovrebbe censurarsi come abdicazione pilatesca dal proprio ruolo decisivo, ma al contrario apprezzarsi come ragionevole ed equilibrata interpretazione di quel ruolo.

Ma questa è appunto un'ipotesi di scuola. Quello che normalmente accade nella realtà è che gli arbitri "di parte" prospettino al terzo arbitro posizioni largamente divergenti circa la distribuzione della ragione e del torto fra le parti in lite. Quando è così, naturalmente non va escluso che all'interno del perimetro tracciato da quelle divergenti prospettazioni la posi-

zione del terzo arbitro si definisca in adesione totale alle tesi dell'uno, in totale contrasto con la tesi dell'altro. E questo accadrà – dovrà accadere – quando sia conclamatamente o anche solo ragionevolmente chiaro che tutta la ragione sta da una parte, e tutto il torto dall'altra.

Ma l'esperienza insegna che nel gran numero dei casi la vicenda litigiosa presenta elementi di incertezza e margini di opinabilità, di fronte ai quali l'attribuzione delle ragioni e dei torti è tutt'altro che chiara e semplice. In casi del genere, non trovo scandaloso che il terzo arbitro costruisca la propria – decisiva – posizione anche secondo una logica in qualche senso “compromissoria”. Lo potrà fare decidendo solitariamente in termini che – ferma la sostenibilità tecnica delle soluzioni adottate – assestino la definizione della controversia su una ragionevole e giusta bilancia delle ragioni contrapposte. Ma potrà anche – e ancor meglio – farlo dispiegando in camera di consiglio una sorta di *moral suasion* verso i suoi colleghi di collegio: ad esempio verificando la disponibilità dell'uno ad abbandonare qualche punto della propria posizione, a fronte della disponibilità dell'altro a “concedere” qualcosa su altri punti, da lui fino a quel momento tenuti fermi. Sempre, naturalmente, sul presupposto che la soluzione di compromesso in tal modo raggiunta sia assolutamente decente sul piano tecnico-giuridico.

Se le cose vanno così, il lodo sarà all'unanimità; e sarà un lodo in qualche modo garantito come “giusto” dal fatto stesso di meritare il consenso di entrambi i confliggenti punti di vista della lite, che i due arbitri “di parte” realisticamente impersonano. Se invece il consenso di tutti in camera di consiglio non si forme-

rà, il lodo sarà a maggioranza; e la sua qualità di lodo “giusto” sarà garantita – nella logica delle decisioni collegiali – dal fatto di riflettere, appunto, l'opinione maggioritaria.

In una siffatta ricerca “transattiva” del consenso sulla decisione finale, non ci trovo niente di male neppure se ci si mette nella prospettiva dei due arbitri “di parte”, che agendo in questo modo non tradiscono nessuna componente della “doppia anima” connotata alla loro ambigua funzione. Salvano l'anima di mandatarî della parte che li ha designati, perché accettano e condividono una decisione comune sul presupposto che si tratti di situazione “accettabile” – nelle circostanze di quel giudizio – per la parte designante. E salvano l'anima di giudici: perché in definitiva concorrono a formare un giudizio che non è “di parte” proprio in quanto scaturisce dall'interazione di punti di vista divergenti, finalmente ridotti a sintesi condivisa.

E del resto: forse che non possono immaginarsi dinamiche simili nelle decisioni degli stessi colleghi di giudici togati? È forse così peregrino pensare che la comune decisione finale, unitariamente intestata all'intero Tribunale o all'intera Corte di appello o di cassazione, possa talora (e magari spesso) scaturire da onesti “compromessi” negoziati in camera di consiglio fra i giudici che compongono il collegio, inizialmente portatori di posizioni divaricate?

Non riesco a demonizzare un siffatto *modus operandi* degli arbitri e degli stessi giudici: non per cinismo, e neanche solo per nudo realismo; bensì perché lo considero un *modus operandi* in definitiva funzionale (nella misura delle imperfette cose umane) a risultati di giustizia.

Problemi attuali della giustizia arbitrale

di *Andrea Graziosi*

L'arbitrato sembra evolvere da strumento di portata operativa ristretta, riservato a controversie di valore rilevante o di rilevante complessità a metodo alternativo di risoluzione delle controversie. Alla luce dell'evoluzione normativa, l'Autore si domanda se ciò non implichi un travisamento dei caratteri salienti ed immodificabili dell'arbitrato con rischio di comprometterne anche la funzionalità, efficienza ed appetibilità nella sfera d'azione che gli sarebbe propria.

1. L'elementare quesito, solo apparentemente provocatorio, da cui può partire una breve riflessione sui problemi attuali della giustizia arbitrale è il seguente: perché mai due soggetti che avrebbero diritto (art. 24 Cost.) di rivolgersi al giudice statale per dirimere una controversia tra loro insorta, scelgono invece di incaricare di questo compito un arbitro, o perfino un collegio arbitrale, ai quali dovranno poi pagare il giusto e dovuto compenso professionale?

La risposta che si suole dare a tale interrogativo, e che costituisce (o dovrebbe costituire) in fondo la più intima essenza del fenomeno arbitrale, è che quei soggetti, viste le caratteristiche assolutamente peculiari della loro controversia, preferiscono affrontare dei costi aggiuntivi pur di affidarla a giudici privati da loro prescelti, che abbiano però tutte le specifiche competenze professionali, tecniche o scientifiche, necessarie per decidere (proprio) quella controversia. È insomma il profondo rapporto fiduciario che lega le parti agli arbitri l'elemento che più di ogni altro spiega e giustifica l'istituto dell'arbitrato. Che non è però atto di sfiducia verso il giudice togato, necessariamente generalista, soprattutto in un sistema giudiziario come il nostro, così poco propenso a valorizzare la specializzazione degli organi giudiziari¹, ma soltan-

to l'espressione di un'esigenza dei litiganti, specifica e circoscritta a quella data controversia, di affidarne la decisione a giudici dotati di adeguate (ed elevate) competenze specialistiche *ad hoc*.

Tale visione dell'arbitrato ne restituisce indubbiamente uno strumento dalla portata operativa assai ristretta e certamente residuale rispetto alla giurisdizione ordinaria. Anzitutto ne rimangono (o dovrebbero rimanere, v. *infra* n. 2) tendenzialmente escluse le controversie di basso o modesto valore, poiché quand'anche il loro grado di complessità sia tale da giustificare la presenza di un giudice privato dotato di peculiari competenze tecniche, i costi che le parti dovrebbero sostenere per pagare il compenso all'arbitro, o agli arbitri se si è incaricato un collegio, risultano quasi sempre antieconomici se rapportati al valore della controversia. In secondo luogo, rimangono (o dovrebbero rimanere, v. *infra* n. 2) escluse dal campo d'azione dell'arbitrato le controversie più semplici, o non particolarmente complesse, poiché in esse, com'è naturale che sia, non occorre affidarsi a specifici saperi specialistici per ricevere un'adeguata trattazione e decisione, anche se la materia del contendere è di alto valore economico.

Questa concezione dell'arbitrato, come istituto processuale "di nicchia" riservato ad un numero limi-

¹ In arg. v. Rordorf, *La professionalità dei magistrati: specializzazione e avvicendamento*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 269 ss.; Pagni, *Competenze e specializzazioni*, in *Tutela dei diritti e sistema ordinamentale*, Atti del VI Convegno nazionale della Società italiana degli studiosi del diritto civile, Napoli, 2012, p. 387 ss.; Carpi, *La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 1009 ss.

tato di controversie, selezionate di fatto in funzione del loro valore e del loro grado di complessità, è quella che ha certamente ispirato la disciplina originaria del nostro codice di rito al momento della sua promulgazione nel 1942 e che, a mio avviso, ne ha continuato a rappresentare l'asse portante quantomeno sino alla riforma del 1983. In quel codice la posizione chiaramente ancillare e subordinata che il legislatore assegnava all'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale, era chiaramente testimoniata, oltre che da una regolamentazione assai scarna e distratta della struttura procedimentale, dal regime di esecutorietà del lodo, il quale nasceva totalmente privo di una propria autonomia efficacia, per acquisire "efficacia di sentenza" (art. 825 cpc) solo in seguito all'omologa del pretore, dopo che gli arbitri (non le parti) lo avevano obbligatoriamente depositato nella cancelleria del giudice competente entro il ristrettissimo termine di cinque giorni dalla sua emanazione. E ciò era stato previsto, non solo in ossequio alla concezione spiccatamente pubblicistica del processo – tipica di un'ideologia autoritaria quale era quella fascista – che, in quanto tale, era assai restia ad ammettere equipollenti alla giurisdizione statale², ma anche perché il legislatore di allora (dietro il quale, per il vero, si celavano alcune più delle più rinomate e fulgide menti processualciviltistiche del secolo scorso) vedeva nell'arbitrato uno strumento del tutto residuale, ed un po' elitario, destinato ad essere utilizzato in un numero limitatissimo di controversie, e quindi, anche per questo, non meritevole di essere equiparato *tout court* alla giurisdizione.

Se dall'analisi del dato normativo passiamo all'osservazione della prassi in campo arbitrale, non è difficile accorgersi che per via empirica si perviene alla stessa identica conclusione, tanto con riguardo agli arbitrati *ad hoc* che con riguardo a quelli cd. amministrati. Basti in proposito osservare che la più grande istituzione arbitrale italiana, ossia la Camera arbitrale nazionale e internazionale di Milano, il cui prestigio è unanimemente riconosciuto anche a livello europeo, arbitra ogni anno un numero di controversie che oscilla, grosso modo, tra le cento e le centocinquanta unità (solo a titolo esemplificativo: 105 nel 2004, 99 nel 2007, 129 nel 2010, 167 nel 2013³) e cioè nume-

ri letteralmente irrisori, se confrontati, non dico con quelli del Tribunale di Milano, ma anche con quelli di un qualsiasi piccolo, o piccolissimo, ufficio giudiziario, che spesso introita cento o centocinquanta nuove cause, non in un anno ma in un mese! Negli arbitrati *ad hoc* non si dispone ovviamente di rilevazioni tanto precise, ma l'esperienza pratica, anche di chi frequenta questa materia con dedizione e professionalità, insegna che le procedure arbitrali degne di questo nome hanno carattere non più che episodico, tanto sul piano quantitativo che, soprattutto, su quello qualitativo (su questo aspetto tornerò tra poco).

Insomma, se si tiene ferma l'idea che l'arbitrato si fonda principalmente sulla fiducia che le parti ripongono nelle competenze specialistiche degli arbitri che si scelgono, e che (solo) in ragione di questo tale stretto rapporto fiduciario sono disposte ad affrontare i maggiori costi che esso comporta rispetto all'agire avanti al giudice togato, è ben difficile discostarsi da una sua configurazione come istituto, non tanto alternativo alla giurisdizione, quanto piuttosto integrativo di essa in quella ristrettissima cerchia di controversie con cui è compatibile.

2. Le cose cambiano, e non poco, se il quesito da cui ho preso avvio viene posto in un contesto di grave crisi della giustizia civile, quale è quello che purtroppo affligge il nostro Paese da molti anni a questa parte. Qui i soggetti di una controversia possono essere indotti ad optare per la via arbitrale, non solo in considerazione del valore e del livello di complessità della loro contesa, ma anche per ottenerne la definizione in tempi rapidi, o quantomeno ragionevoli, visto che l'art. 820 cpc autorizza le parti a fissare un termine per la pronuncia del lodo, ed inoltre prevede che l'emissione del lodo non possa comunque avvenire oltre il termine legale di 240 giorni dall'accettazione dell'incarico arbitrale.

Le parti, cioè, potrebbero essersi risolte a sostenere i costi dell'arbitrato al solo scopo di sottrarsi ai tempi lunghi, e talvolta lunghissimi, della giustizia ordinaria, a prescindere dalla tipologia della controversia che le oppone. Non più quindi un giudice privato scelto in virtù di specifiche competenze profes-

² Verde, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato* a cura di Verde, Torino, 2006, p. 164 ss.; se si va più indietro nel tempo può essere interessante ricordare che una voce autorevole come quella di Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano, ed. 1954, non solo assegnava all'arbitrato funzione "vicaria di quella giurisdizionale" (p. 460), ma nel ricostruire i rapporti tra parti ed arbitri, rilevava che nell'obbligazione assunta da questi ultimi verso i compromittenti «al carattere di obbligazione *iuris civilis*, si coordina anzi si sovrappone nello stesso senso un dovere *iuris publici*, che sorge *ex lege* dal carattere della funzione che gli arbitri assumono» (p. 458); per una ampia e lucida disamina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale nel tempo presente, v. Izzo, *La convenzione arbitrale nel processo*, Torino, 2013, *passim*.

³ Le altre Camere arbitrali istituite presso quasi tutte le Camere di commercio italiane generalmente non superano le poche decine di arbitrati all'anno; sull'arbitrato amministrato, con ampi riferimenti all'esperienza delle Camere arbitrali interne alle Camere di commercio, v. Sali, *Arbitrato amministrato*, in *Digesto civ.*, [agg. 2007], Torino, I, p. 67 ss.

sionali, che probabilmente neppure servirebbero, ma un arbitro, o un collegio arbitrale, incaricati soltanto di decidere una controversia ordinaria in tempi più brevi di quelli che ci si potrebbe attendere dal giudice togato.

Questa forzata alterazione degli originari connotati strutturali del nostro istituto, tendente in sostanza ad utilizzarlo, e a ricostruirlo sul piano teorico, al pari di un qualsiasi altro mezzo alternativo di risoluzione delle controversie (ADR), genera, a mio avviso, non tanto una sua positiva evoluzione verso più ampi e proficui orizzonti applicativi, quanto piuttosto una sua impropria deformazione da cui scaturiscono, e qui vengo al tema di questo contributo, molti dei suoi attuali problemi. Caricare surrettiziamente dei costi (spesso non trascurabili) di un arbitrato coloro che ambiscono ad avere una decisione della loro controversia (*id est* far valere i loro diritti) in tempi ragionevoli, non è solo in contrasto con l'art. 111, comma 2°, Cost., che affida allo Stato il compito di assicurare "la ragionevole durata" dei processi, e forse anche con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost), posto che non tutti possono permettersi di affrontare quei costi, ma è anche assai controproducente per la funzionalità ed effettiva circolazione dell'arbitrato negli ambiti che gli sarebbero propri, come l'esperienza pratica ha oramai dimostrato.

C'è stato un tempo, quando il problema dell'arbitrato della giustizia civile cominciava ad incombere in tutta la sua preoccupante dimensione, in cui nei rapporti commerciali si era diffusa la prassi, quasi costante, di inserire indiscriminatamente in tutti i contratti la clausola compromissoria (spesso con formulazioni tutt'altro che ineccepibili sul piano tecnico!), quale che ne fosse il valore, la materia, il livello di complessità negoziale, come se si trattasse di una di clausola di stile capace, da sola, di mettere i contraenti al riparo dal problema delle lungaggini processuali nel caso in cui avessero dovuto affrontare una controversia relativa «all'interpretazione, attuazione, esecuzione»⁴ di quel contratto. Si era insomma diffusa l'idea, ed anche un po' una moda, alimentata ad arte da qualche interessato "promoter", che l'arbitrato, *ad hoc* o amministrato che fosse, avrebbe potuto avere il prodigioso, e taumaturgico, effetto di restituire ai cittadini il loro diritto ad un processo in tempi ragionevoli e, di riflesso, anche di produrre il desiderato alleggerimento del sempre più incombente carico giudiziario nel settore civile. Purtroppo però, man mano che nel corso degli anni quelle sconsiderate clausole compromissorie cominciarono ad avere esecuzione, questa speranza si rivelò per quello che in realtà era, e cioè una fragile illusione; poiché se molti

si videro costretti a rinunciare alla tutela giurisdizionale dei loro diritti, spaventati dalla sproporzione tra i costi che avrebbero dovuto affrontare per attivare il procedimento arbitrale ed il valore della controversia compromessa in arbitrato (e sovente, nel timore dell'insolvenza del loro ipotetico debitore), altri si imbarcarono in arbitrati che, non di rado, si rivelarono tutt'altro che rapidi ed efficienti strumenti alternativi alla giurisdizione, poiché la scelta degli arbitri cadde, spesso, non su professionisti accuratamente individuati in base alle loro specifiche e comprovate competenze tecniche, ma su soggetti selezionati più genericamente e "a buon mercato" col solo comprensibile intento di fare presto, i quali quindi, alla prova dei fatti, assai di frequente resero ai compromittenti un servizio ben al di sotto delle loro pur legittime aspettative.

Il risultato fu che tanti di coloro che sperimentarono lo strumento arbitrale a causa delle troppe clausole compromissorie messe in circolazione, ne rimasero prevalentemente scottati, o perché la presenza della convenzione arbitrale si tradusse, in pratica, in un surrettizio ed imprevisto azzeramento del loro diritto di azione (gravato da eccessivi oneri economici per essere esercitato in sede arbitrale), o perché l'arbitrato, una volta avviato, diede cattiva o pessima prova di sé, a causa di arbitri inadeguati alla funzione che avevano accettato svolgere, e sfociando così, sovente, in lodi tutt'altro che inattaccabili, dai quali derivarono, com'è naturale, una gran quantità di impugnazioni per nullità ex art. 828 cpc, con buona pace dell'auspicato effetto deflattivo del carico giudiziario in ambito civile.

E così il deleterio dilagare delle clausole compromissorie, anche nei più piccoli ed insignificanti contratti, non solo non ha rappresentato un valido strumento di salvaguardia dei contraenti rispetto al temuto problema dei tempi della giustizia, ma ha anche reso un pessimo servizio al "buon nome" dell'arbitrato - e quindi alle sue possibili potenzialità espansive - ingenerando tra gli operatori economici l'idea (sbagliata) che si tratti di uno strumento inefficiente ed eccessivamente costoso da cui è bene tenersi lontani, quando invece è uno strumento che, se utilizzato correttamente e negli ambiti che gli sono propri, può fornire un ausilio preziosissimo e qualificato per affrontare, però, soltanto una certa, mirata, tipologia del contezioso civile.

Ciò che invece, a mio avviso, non può, e non potrà mai richiedersi all'arbitrato è di convertirsi in un mezzo di risoluzione di massa delle controversie civili alternativo e pienamente surrogabile alla giurisdizione civile - anche al semplice fine di ottenere la decisione della lite in tempi ragionevoli - al pari di quan-

⁴ Questa la *tralatizia* formula solitamente utilizzata.

to giustamente accade con le altre ADR conosciute. È vero che l'arbitrato implica un giudizio ed un processo strutturalmente analoghi a quelli che si compiono avanti il giudice ordinario, ma proprio questa indubbia, e ormai acquisita identità strutturale (sul punto v. meglio *infra* n. 3), non consente una sovrapposizione, né tanto meno una piena alternatività, sul piano funzionale, giacché quel processo e quel giudizio hanno dei costi che, per essere giustificati, richiedono necessariamente una differenziazione funzionale, un *quid pluris*, dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione ordinaria. Se questa distinzione funzionale viene meno, perché, ad esempio, si va in arbitrato per avere un più rapido equipollente alla giurisdizione in una controversia comune, l'istituto subisce una tale torsione nei suoi connotati essenziali da risultare poi, in concreto, inidoneo allo scopo perseguito. Cosa che invece non avviene con le vere e proprie ADR, poiché esse sono fondate (solo) sulla ricerca di una bonaria composizione della lite, e cioè su un metodo operativo che, nelle sue tante varianti, non solo è meno oneroso economicamente, ma è anche strutturalmente completamente diverso da quello giudiziale (cioè implicante un "giudizio"), e perciò, in quanto tale, consente una piena alternatività funzionale alla giurisdizione⁵.

In definitiva, mi pare che l'esagerata diffusione dell'arbitrato determinatasi negli anni trascorsi per le ragioni di cui sopra si è detto, abbia fornito, nella prassi, la più evidente dimostrazione empirica di ciò che a livello teorico era già chiaro ed acquisito da tempo, e cioè che l'arbitrato è, per le sue intrinseche caratteristiche, un possibile, eccellente, strumento integrativo della giurisdizione ordinaria, ma ben difficilmente può surrogarsi totalmente ad essa divenendone un'alternativa in tutta la sua possibile latitudine.

3. Alla tentazione di provare ad incentivare l'arbitrato su vasta scala come se fosse un reale mezzo

alterativo alla giurisdizione ha ceduto anche il nostro recente legislatore, illudendosi di poterlo impiegare nella lotta contro i ritardi della giustizia civile, in veste di efficace dispositivo di deflazione dell'abnorme arretrato pendente.

Il terreno per questa discutibile scelta tecnica è stato probabilmente preparato da due differenti, ma convergenti, fattori.

Sul piano della teoria generale, ha indubbiamente influito l'annoso dibattito sulla natura giurisdizionale o negoziale dell'arbitrato che, dopo essersi protratto per decenni in contrapposizioni dogmatiche un po' sterili, pare ormai essere definitivamente approdato, sia a livello dottrinale⁶ che giurisprudenziale⁷, alla conclusione che, nell'attuale quadro normativo, non può essere negata la natura giurisdizionale dell'arbitrato, benché esso tragga origine da un atto di autonomia negoziale; e ciò, a mio avviso, per la elementare ragione che il diritto alla tutela giurisdizionale è, come tutti gli altri diritti fondamentali, disponibile nella sua pienezza ed integrità, sicché, quando i compromittenti ne dispongono, devolvendo in arbitrato una controversia, affidano agli arbitri la stessa funzione che avrebbe dovuto esercitare il giudice togato.

Sul piano legislativo, invece, una notevole incidenza è da attribuire alle numerose riforme che hanno investito l'arbitrato nell'ultimo trentennio⁸, le quali, pur con un andamento intermittente, incerto e spesso contraddittorio, hanno però seguito una linea di tendenza orientata in modo abbastanza evidente verso l'affrancamento dell'arbitrato rituale dalla subalternità alla potestà giurisdizionale, e verso il contestuale riconoscimento della sua autonoma natura giurisdizionale, culminando con l'introduzione, nel 2006, dell'art. 824-bis cpc, ove oggi è testualmente prescritto che «Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria».

⁵ Per un ampio panorama ricostruttivo e tecnico sulla conciliazione e sulle ADR v. Cuomo Ulloa, *La conciliazione - Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, *passim*.

⁶ Di recente, la natura giurisdizionale dell'arbitrato è stata riaffermata, con ampie e convincenti argomentazioni, da Salvaneschi, *Arbitrato*, in *Commentario al cpc* a cura di Chiarloni, Bologna, 2014, p. 803 ss.; in precedenza tra i più acuti e fervidi sostenitori di questa tesi v. E. F. Ricci, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351 ss.; tra i pochi che ancora oggi propendono per la natura negoziale natura negoziale dell'arbitrato e del lodo v. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, p. 392 ss.

⁷ Penso in particolar modo alle due recentissime sentenze della Corte costituzionale (Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2695 ss., con nota di D'Alessandro, *Finalmente! La corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*) e delle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corriere giur.*, 2014, p. 84 ss., con nota di Verde, *Arbitrato e giurisdizione: le sezioni unite tornano all'antico*), le quali, dopo molto tergiversare, sembra abbiano ormai definitivamente e convintamente sposato la tesi della natura giurisdizionale *tout court* dell'arbitrato rituale; in precedenza la giurisprudenza si era tradizionalmente schierata su posizioni opposte, a partire da Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, p. 699 ss., con nota adesiva di Fazzalari, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*.

⁸ Mi riferisco, in special modo, alle importanti riforme attuate con cadenza quasi decennale dalle l. 9 febbraio 1983 n. 28 e 5 gennaio 1994 n. 25 e dal DLGS 2 febbraio 2006, n. 40.

Ebbene, entrambi questi fattori se per un verso hanno concorso ad accreditare l'idea, giusta, che l'arbitrato, avendo natura giurisdizionale, è perfettamente equiparabile alla giurisdizione ordinaria sotto il profilo strutturale, per altro verso hanno purtroppo anche alimentato l'equivoco che, proprio in virtù di tale piena equiparabilità, l'arbitrato sia anche totalmente surrogabile ed interscambiabile (*id est* alternativo) con la giurisdizione ordinaria, il che, invece, come già si è visto, non è assolutamente vero, poiché l'arbitrato, per i suoi caratteri intrinseci, è adatto ad assolvere funzioni qualitativamente diverse da quelle assegnate al giudice togato.

Probabilmente fuorviato da questo evidente equivoco concettuale il nostro legislatore, con il recente DL 132/14 c.d. sulla degiurisdizionalizzazione, convertito in l. 162/14, ha introdotto la possibilità per le parti di un processo pendente, in primo o in secondo grado, di chiederne il trasferimento "in sede arbitrale", sperando (o forse meglio illudendosi) in questo modo di innescare un benefico travaso di parte del contenzioso civile ordinario verso più rapidi e snelli procedimenti arbitrali.

Più esattamente l'art. 1 del DL 132, (in apertura di un capo 1° dalla velleitaria intitolazione: «*Eliminazione dell'arretrato (sic!) e trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti*») prevede che, se la causa verte su diritti disponibili⁹, «*le parti, con istanza congiunta, possano richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile*», nel qual caso «*il giudice ... dispone la trasmissione del fascicolo al presidente del Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello per la nomina del collegio arbitrale per le controversie di valore superiore ad euro 100.000 e, ove le parti lo decidano concordemente, di un arbitro per le controversie di valore inferiore ad euro 100.000*»; dopodiché «*gli arbitri sono individuati, concordemente dalle parti o dal presidente del Consiglio dell'ordine, tra gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo dell'ordine circondariale che non hanno subito negli ultimi cinque anni condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno*

reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso».

Si tratta in sostanza di una vera e propria *translatio iudicii* in arbitrato, giacché, una volta instaurato il procedimento, «*Restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza*» (art. 1, comma 3°, DL 132/14).

Senza voler qui entrare nella miriade di difetti tecnici di un siffatto dispositivo processuale, immediatamente sottolineati dalla dottrina che se ne è occupata¹⁰, agli effetti che qui interessano va invece osservato che questo intervento normativo è palesemente viziato nella sua filosofia di fondo, ancora una volta, da un travisamento dei caratteri salienti ed immutabili dell'arbitrato, sicché ben difficilmente potrà avere quell'effetto deflattivo del contenzioso civile che il legislatore (un po' utopicamente) si attende.

In primo luogo si pone il problema del compenso agli arbitri, già sopra indicato come uno dei principali elementi su cui è incardinato il rapporto sinallagmatico nella convenzione d'arbitrato. Non è difficile pronosticare, come la pur breve esperienza applicativa sta già dimostrando, che saranno pochissimi i contendenti che, dopo aver sostenuto le non indifferenti spese di una causa già pendente da anni avanti al giudice ordinario, decidano, concordemente (!), di devolverla in arbitrato, confidando in una sua celere, ma ancor più costosa, definizione. Una simile aspettativa è a dir poco irrealistica, non solo perché, come tutti sanno, in un giudizio c'è quasi sempre almeno un soggetto che ha interesse a prolungarne i tempi, ma anche perché dopo che il processo statuale ha accumulato un cospicuo ritardo, "le parti", anche a volerle considerare unitariamente (il che, in realtà, è pura astrazione visto che sono in conflitto tra loro), non hanno più interesse ad affrontare i considerevoli costi aggiuntivi dell'arbitrato per abbreviarne (relativamente) la durata. Né credo ci si possa seriamente aspettare che le cose cambino, se verrà emesso il decreto ministeriale di riduzione dei «*parametri relativi ai compensi degli arbitri*» previsto dell'art. 1, comma 5°, del DL 132/14, il cui unico, verosimile, effetto sarà quello di scoraggiare i professionisti più esperti in materia arbitrale, e di attirare verso questo genere di arbitrari solo avvocati con una preparazio-

⁹ Ora, dopo la legge di conversione, «*Tale facoltà è consentita altresì nelle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale. Per le controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte del giudizio una pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta*».

¹⁰ Per tutti, v. Borghesi, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in *Judicium.it*; Balena, *Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti*, in *Foro it.*, 2014, V, c.17 ss.

ne più “improvvisata”, a tutto danno, ovviamente, dei pochissimi che sceglieranno questa via¹¹.

In secondo luogo, va purtroppo notato che la disciplina introdotta dal DL 132/14 lascia alquanto a desiderare anche se viene valutata nella prospettiva dell'altro attributo essenziale del nostro istituto, ossia, come si è visto sopra, la specializzazione degli arbitri come elemento determinate su cui poggia il rapporto fiduciario con i compromittenti. Aver previsto che la *translatio iudicii*, e perciò la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda, possa aversi solo se è nominato come arbitro un avvocato (dalle parti o dal Presidente del suo ordine di appartenenza) è un'opzione normativa nella quale si legge con molta più facilità una comoda concessione alla categoria forense, che non il reale intento di agevolare il ricorso allo strumento arbitrale, giacché, se così fosse, si sarebbe dovuto prevedere che le parti possono, anche qui, scegliersi liberamente i loro arbitri, in funzione delle competenze che gli riconoscono ed a prescindere dall'appartenenza a questa o a quella categoria.

In definitiva, si torna di nuovo alle lineari constatazioni che erano scaturite dal semplice quesito che ho posto all'inizio di queste brevi riflessioni. L'arbitrato, implicando una prestazione professionale per la decisione della controversia, non si presta facilmente a divenire un surrogato della giurisdizione ordinaria a carattere generale, e perciò la sua efficienza entra irrimediabilmente in crisi, non solo quando i privati vi ricorrono per risolvere il problema dei tempi troppo lunghi della giustizia ordinaria (sopra n. 2), ma anche

– ancor peggio – quando, allo stesso scopo, vi ricorre il legislatore con norme che, come ora si è visto, ne snaturano a tal punto i caratteri salienti da essere destinate a rimanere inapplicate.

Se queste considerazioni sono corrette, come a me pare che siano, sarebbe probabilmente auspicabile un drastico ripensamento della strada intrapresa, che non giova alla giustizia ordinaria e nuoce alla credibilità complessiva dello strumento arbitrale, piegato a finalità che non gli sono proprie. Al contrario, invece, il nostro legislatore pare deciso ad insistere su questa linea, visto che all'art. 1, n. 2, lett. e) del disegno di legge-delega recentemente approvato dal Consiglio dei ministri per l'ennesima riforma del processo civile (cd. progetto Berruti), si prevede improvvidamente «*il potenziamento dell'istituto dell'arbitrato, anche attraverso l'eventuale estensione del meccanismo della translatio iudicii ai rapporti tra processo e arbitrato, nonché attraverso la razionalizzazione della disciplina dell'impugnativa del lodo arbitrale*».

4. Volendo trarre le fila di quanto si è andati sin qui dicendo, credo si possa conclusivamente osservare che i principali problemi dell'arbitrato, oggi, stanno principalmente nell'uso improprio e debordante che spesso ne viene fatto nelle prassi e nei programmi legislativi. Così, non solo viene snaturata la sua fisionomia giuridica, ma si rischia anche di comprometterne la funzionalità, efficienza ed appetibilità nella sfera d'azione che gli sarebbe propria.

¹¹ Ed anche della credibilità dell'arbitrato che rischierà, di nuovo, di dare cattiva prova di sé; sul punto v. sopra n. 2.

Gli autori

Marco Bignami, magistrato TAR, assistente di studio Corte costituzionale
 Luciana Breggia, presidente di sezione del Tribunale di Firenze
 Francesco Buffa, consigliere della Corte di cassazione
 Giuseppe Buffone, giudice del Tribunale di Milano
 Giovanni Buonomo, consigliere della Corte di appello di Roma
 Edoardo Campese, magistrato addetto all'Ufficio del ruolo e del massimario della Corte di cassazione
 Maria Giuliana Civinini, presidente di sezione del tribunale di Livorno
 Nicola Colacino, professore associato di diritto internazionale, Università Nicolò Cusano di Roma
 Gilbert Cousteaux, président de chambre à la Cour d'appel de Toulouse
 Pasquale De Sena, professore ordinario di diritto internazionale, Università Cattolica di Milano
 Vincenzo Ferrone, professore ordinario di storia moderna, Università di Torino
 Chiara Gabrielli, assegnista di ricerca in diritto processuale penale, Università di Urbino
 Federico Girelli, professore aggregato di diritto costituzionale, Università Nicolò Cusano di Roma
 Andrea Graziosi, professore ordinario di diritto processuale civile, Università di Ferrara
 Elisabetta Lamarque, professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milano-Bicocca
 Maria Pia Lessi, avvocato del Foro di Livorno
 Massimo Luciani, professore ordinario di diritto costituzionale, Università La Sapienza di Roma
 Ernesto Lupo, primo presidente emerito della Corte di cassazione; consigliere del Presidente della Repubblica per gli affari dell'amministrazione della giustizia
 Marcello Marinari, presidente del Collegio sud dell'Arbitro bancario finanziario
 Luigi Marini, magistrato fuori ruolo, Legal adviser ONU
 Luciana Razete, presidente di sezione del Tribunale di Agrigento
 Vincenzo Roppo, professore ordinario di diritto civile, Università di Genova
 Renato Rordorf, direttore *Questione Giustizia*, presidente di sezione della Corte di cassazione
 Gino Scaccia, professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Teramo
 Salvatore Senese, già presidente di sezione della Corte di cassazione
 Gloria Servetti, presidente di sezione del Tribunale di Milano
 Gaetano Silvestri, già presidente Corte costituzionale
 Massimo Vaccari, giudice del Tribunale di Verona
 Mauro Volpi, professore ordinario di diritto pubblico comparato, Università di Perugia
 Vladimiro Zagrebelsky, già giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo, direttore Laboratorio dei diritti fondamentali (LDF), Torino
 Maria Angela Zumpano, professore di mediazione e conciliazione nell'Università di Pisa