

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Il valore del dissenso.

Il punto
sul processo civile.

Associazionismo
giudiziario.

2015

4

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, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Sergio Mattone, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Enzo Roppo, 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
ISSN 1972-5531

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

IV trimestre 2015 - chiuso in redazione dicembre 2015

Sommario

Editoriale di <i>Renato Rordorf</i>	Pag.	4
Obiettivo 1: Il valore del dissenso		
Introduzione di <i>Andrea Natale</i>	“	7
La tutela del dissenso e delle formazioni minoritarie in una società pluralista di <i>Roberto Zaccaria</i>	“	13
Vietato dissentire: alle radici della rappresentanza politica di <i>Massimo Villone</i>	“	25
Un sogno proibito, ma legittimo di <i>Umberto Romagnoli</i>	“	32
La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso di <i>Marco Pelissero</i>	“	37
I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura di <i>Elisabetta Grande</i>	“	47
Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione di <i>Silvia Niccolai</i>	“	62
Dissenso e magistratura di <i>Daniela Piana e Leonardo Morlino</i>	“	75
Magistratura democratica e la tutela del dissenso di <i>Giovanni Palombarini e Gianfranco Viglietta</i>	“	84
Obiettivo 2: Il punto sul processo civile		
Introduzione di <i>Luca Minniti</i>	“	92

Modelli di processo di cognizione piena di <i>Remo Caponi</i>	“	96
Quali interventi per l'efficienza del processo civile: <i>errare humanum est, perseverare autem diabolicum.</i> A proposito di due punti del disegno di legge delega presentato dal Governo l'11.3.2015 di <i>Elena Riva Crugnola</i>	“	99
La sezione specializzata per la famiglia. L'occasione da non perdere sulla strada già intrapresa della concentrazione delle tutele di <i>Annamaria Casadonte</i>	“	104
L'appello, garanzia di giustizia di <i>Domenico Dalfino</i>	“	107
Il giudizio di appello nel disegno di legge delega di <i>Giulio Cataldi</i>	“	118
Il problema Cassazione di <i>Piero Curzio</i>	“	122
La Cassazione di <i>Giorgio Costantino</i>	“	127
Le procedure esecutive dopo le riforme. Analisi e prospettive di <i>Francesco Vigorito</i>	“	135
Dieci anni di riforme sull'esecuzione forzata di <i>Bruno Capponi</i>	“	148
La metamorfosi (kafkiana) del processo telematico di <i>Angelo Danilo De Santis</i>	“	161
Ragione tecnologica e processo: ovvero delle ere del processo telematico di <i>Pasquale Liccardo</i>	“	170

Obiettivo 3: Associazionismo giudiziario

Introduzione. di <i>Carlo De Chiara</i>		176
Associazionismo dei magistrati e democratizzazione dell'ordine giudiziario di <i>Luigi Ferrajoli</i>	“	178
La crisi dell'associazionismo giudiziario tra caduta degli ideali e riemergere delle carriere di <i>Giuseppe Cascini</i>	“	185
Correnti malate, probabilmente morte di <i>Lionello Mancini</i>	“	191

Qualche breve considerazione sull'associazionismo dei magistrati e sulle sue prospettive

di *Enrico Manzon* “ 194

I giovani magistrati e l'associazionismo giudiziario

di *Rocco Maruotti* “ 199

Ordinamento, associazionismo, correnti: impressioni di un magistrato ordinario in tirocinio

di *Tommaso Giovannetti* “ 204

La prospettiva Anm. Area e le elezioni per il CdC, proposte per un programma. Non confondersi con il neo-corporativismo

di *Valerio Savio* “ 210

La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni

di *Antonella Meniconi* “ 220

Cronache americane

I diritti, i tempi, i luoghi. (Le Nazioni Unite e i loro percorsi)

di *Luigi Marini* “ 227

Gli autori “ 238

Editoriale

Non credo occorran molte parole per spiegare le ragioni che ci hanno indotto ad occuparci in questo numero della *Rivista* del tema del dissenso.

Viviamo certamente in un'epoca caratterizzata dalla complessità e dalla frammentazione. L'eccezionale sviluppo della tecnica, che – per dirla con Emanuele Severino – è la potenza più forte fra quelle che si sono presentate durante l'intero corso della storia, annullando le distanze, facilitando ogni forma d'immediata comunicazione e provocando modificazioni veloci e profonde nel modo di vivere quotidiano, sta trasformando profondamente anche gli strumenti di governo delle società; ma li rende pure meno facilmente gestibili attraverso i tradizionali canali cui ancor fino a ieri eravamo avvezzi. D'altro canto, la stessa rapidità del mutamento economico-sociale contribuisce ad accrescere i dislivelli: perché la velocità del cambiamento non è uguale in ogni luogo ed in ogni contesto, e le società quasi ovunque appaiono percorse da correnti e da spinte contrastanti, non facilmente riconducibili alle usuali categorie definitorie della politica e della sociologia. Fenomeni migratori di rilevante portata, quali non se vedevano dal tempo tragico dell'ultimo dopoguerra, ed il montante pericolo del terrorismo diffuso su scala mondiale fanno il resto.

Dal senso di diffuso disagio o di vero e proprio smarrimento che tale situazione provoca, anche ma non solo nel nostro Paese, è quasi inevitabile che si generino istanze di "governabilità". Parola spesso ripetuta – direi quasi invocata – da chi si sente disorientato e smarrito nei confronti di fenomeni sociali che sembrano sfuggire ad ogni controllo. Quella parola però, al tempo stesso, viene non di rado strumentalmente adoperata da chi quei fenomeni invece tenta (o magari s'illude) di controllare a fine di esercizio del potere.

Ma se l'esigenza di una qualche governabilità è intrinseca a qualsiasi società, non per questo occorre farne una priorità assoluta. V'è altrimenti il rischio di schiudere la porta a preoccupanti prospettive autoritarie, di cui si scorgono forse già le tracce nella

riscrittura di alcune parti della nostra Costituzione, nella configurazione di sistemi elettorali che proprio sull'esigenza di governabilità fanno leva e, più in generale, nella tendenza a ridurre lo spazio d'intervento dei corpi intermedi tra la società civile ed il potere politico.

Proprio per questo è oggi più che mai necessario rivendicare convintamente il ruolo del dissenso e preservarne lo spazio operativo: perché è il migliore antidoto contro ogni forma di autoritarismo, esplicito o meno che sia. Dissenso inteso non come il mefistofelico «spirito che nega», ma come capacità critica senza poter esprimere la quale cesseremmo di essere cittadini per ridiventare sudditi. Dissenso che nel corso della storia è stato spesso oggetto di repressione ma che, nondimeno, ha sempre costituito la molla di ogni progresso umano: perché, opponendosi radicalmente a qualsiasi forma di dogmatismo – in campo religioso, scientifico e politico – ha scosso convinzioni ritenute immutabili, e superate invece dai tempi, consentendo lo sviluppo del pensiero e della moderna civiltà occidentale, con le sue mille contraddizioni ma anche con i suoi pur imperfetti valori di laicità e di democrazia.

E dunque, mentre l'appello alla governabilità si fa più forte e mentre in molte parti del mondo (non troppo lontane da noi) c'è chi fanaticamente esalta modelli politico-sociali ispirati al più radicale dogmatismo religioso, la tutela degli spazi del dissenso – anche naturalmente sul piano giuridico – è davvero divenuta impellente. E ci impone di essere, a nostra volta, radicali nel rivendicare quegli spazi, senza lasciarci trascinare in equivoci compromessi con le esigenze di sicurezza sociale che si vorrebbero contrapposte (e penso alla necessità di abolire finalmente dal nostro ordinamento i residui reati di opinione) e senza arretrare neppure quando le opinioni di chi dissente ci appaiano assolutamente inaccettabili (e penso alle ricorrenti proposte di perseguire penalmente i vari negazionismi storici). Perché sarà pur vero che le lezioni dei "cattivi maestri" possono indurre sconsiderati discepoli ad azioni pericolose o eversive, ma il

rapporto tra pensiero ed azione non è mai meccanico ed il prezzo che, in termini di libertà, si paga nel voler reprimere il pensiero per prevenire l'azione è sempre troppo alto. La linea di demarcazione tra la diffusione di certe idee e la messa in atto di comportamenti violenti ed antidemocratici può talvolta riuscire difficile, come l'esperienza dei cosiddetti "anni di piombo" amaramente ci ricorda, ma già Kelsen, in un saggio apparso nel 1953, intitolato *Cos'è la giustizia* (pubblicato nel 1966 in traduzione italiana da *Il Mulino* in un volume di scritti kelseniani dal titolo *I fondamenti della democrazia*), ammoniva che «Dalla possibilità di trovare una tale linea di demarcazione dipende la possibilità di conservare democrazia», ed aggiungeva: «Può anche darsi che questa delimitazione racchiuda in sé un pericolo, ma la democrazia, per la sua essenza stessa e per il proprio onore, deve affrontarlo. Se non può superarlo essa non è degna di essere difesa». E sarà anche pur vero che il negazionismo può alimentare nostalgie politiche che ci fanno orrore, ma è solo sul piano storico che esso va risolutamente combattuto, con le armi dell'argomentazione e dell'evidenza dei dati, non certo con quelle della censura.

In questo numero della *Rivista* si parla anche dell'associazionismo dei magistrati. L'accostamento con il tema della tutela del dissenso potrebbe apparire arbitrario. Ma credo invece che non lo sia: per una ragione storica e per una ragione politica.

Sul piano storico il fenomeno dell'associazionismo, tra magistrati che erano abituati a considerarsi spesso come detentori di un potere e come interpreti apolitici della volontà del legislatore, ha segnato la presa progressiva di coscienza di quanto, viceversa, l'esercizio della funzione giurisdizionale potesse essere intrinsecamente venata di opzioni in senso lato "politiche", o – se si preferisce – di opzioni ideali tra loro diverse. I magistrati non più dunque concepiti come un corpo monolitico di funzionari pubblici, ma come portatori di idee talvolta dialetticamente in contrasto tra loro e nel quale, quindi, anche il dissenso dagli orientamenti consolidati andava visto – e deve esser visto – come un fattore propulsivo. E non è certo casuale che all'associazionismo dei magistrati il regime dittatoriale fascista intese a suo tempo porre divieto.

Sul piano politico l'associazione dei magistrati costituisce, evidentemente, uno di quei corpi intermedi della società civile che, come sopra accennato, non sembrano godere grande favore presso gli attuali rappresentanti del potere di governo; i quali, in nome della governabilità e della necessaria rapidità delle loro decisioni, paiono poco inclini a confrontarsi con loro.

Ora, non si vuole certamente negare che il fenomeno associativo attraversa da alcuni anni una gra-

ve crisi ideale e reale. Il venir meno nella società di molti dei riferimenti ideali che avevano innervato la cultura politica del novecento è un fatto tanto evidente quanto complesso da indagare nelle sue cause storiche remote e recenti; né certo si può pensare di farlo qui. È difficile, tuttavia, non registrare come quel fenomeno si sia riflesso non solo sull'esistenza e sul modo di operare dei partiti politici, ma in notevole misura anche sull'associazionismo giudiziario e sulle correnti di cui esso si è nutrito; non perché quelle correnti fossero (e men che mai oggi lo sono) la meccanica trasposizione in ambito associativo dei principali partiti politici esistenti nel Paese, ma perché innegabilmente almeno alcune di esse – e mi riferisco ovviamente soprattutto a Magistratura democratica – erano nate da un'ispirazione ideale che rispecchiava una visione generale della società comune anche ai partiti politici di sinistra. È indiscutibile che l'appannarsi di questa visione e la crisi delle ideologie novecentesche più fortemente profilate hanno favorito, in campo associativo, derivate "correntizie", ed è divenuto usuale dare a questo termine una valenza negativa, ravvisando appunto nelle correnti della magistratura associata non più dei centri di elaborazione ideale e culturale, bensì dei gruppi volti soprattutto alla gestione del potere nelle istituzioni che amministrano la giustizia.

Di questa visione denigratoria non credo ci si possa liberare con un'alzata di spalle. Occorre invece interrogarsi a fondo sulle difficoltà che attraversa oggi l'associazionismo giudiziario; ed è quello che qui tentiamo di fare. Ma con la consapevolezza che esso rimane uno strumento indispensabile di evoluzione professionale e culturale dei magistrati e che, quindi, sarebbe un arretramento gravissimo il volerne fare a meno.

Oso dire del resto – senza presunzione né superbia – che proprio questa *Rivista*, nata e supportata da Magistratura democratica, attraverso le riflessioni che propone sta a dimostrare come ci sia ancora spazio per una corrente associativa che non nella spartizione di posti giudiziari, bensì nell'elaborazione culturale dei temi della giustizia, ricerchi la propria ragion d'essere.

L'associazionismo giudiziario, nella sua più alta funzione, dovrebbe poter concorrere alla formazione professionale di un magistrato che non sia soltanto dotato delle conoscenze tecnico-giuridiche che l'accesso tramite pubblico concorso è supposto già garantire, ma che sia anche capace d'interpretare il suo ruolo con la necessaria consapevolezza ed attenzione ai riflessi etico-sociali insiti in ogni decisione di giustizia.

Se la bontà della decisione fosse garantita solo dal rispetto delle forme legali che la circondano (come pure sostiene una moderna corrente di nichilismo

giuridico, che appunto nel rispetto della forma vede il solo salvagente possibile in un mare di norme e principi giuridici privi di ogni intrinseca coerenza), il ruolo del giudice si ridurrebbe, appunto, a quello di garante della regolarità formale del procedimento. Un ruolo sostanzialmente burocratico, che non soltanto mi parrebbe riduttivo ma anche francamente in contrasto con l'essenza stessa del giudicare, cui è insita un'istanza di ricerca della giustizia – magari soltanto tendenziale e comunque relativa – senza la quale il diritto perderebbe il suo valore sociale.

Le regole processuali naturalmente occorrono, ed occorre che il giudice le faccia rispettare, ma allo scopo di garantire che la decisione sia la più possibile rispondente ai criteri di giustizia cui è improntato l'ordinamento giuridico; tradiscono invece il loro ruolo quando si trasformano in inutili proceduralismi che ostacolano, anziché favorire, la decisione sul merito. E ciò – se non m'inganno – è tanto più vero proprio nel processo civile, nel quale il giudice, più che brandire la spada destinata a punire il colpevole di reati, deve reggere la bilancia per distribuire torto e ragione tra le parti.

Per questo sono persuaso che le regole del processo civile dovrebbero essere più che mai funzionali al raggiungimento della decisione sul merito. Ovviamente bisogna che a quella decisione si pervenga correttamente, ma occorre che il percorso sia disegnato dal legislatore nel modo più piano e semplice possibile: perché ogni qual volta accade – ed accade purtroppo spesso – che il processo civile si concluda con una pronuncia di carattere meramente processuale, senza definire il merito della lite, siamo di fronte ad una sconfitta della giustizia. Anche se formalmente corretta, quella decisione lascia l'amaro in bocca, giacché significa che non si è potuto risolvere il conflitto tra le parti dando ragione a chi lo meritava, col rischio che il suo buon diritto sia stato leso senza rimedio.

Non sono affatto sicuro che il processo civile, quale oggi lo conosciamo e lo pratichiamo quotidianamente nelle aule di giustizia, sia davvero idoneo allo scopo cui dovrebbe tendere. Lo era forse nella prima

metà del secolo scorso, quando ne fu messa a punto la struttura ad opera di giuristi raffinati che, però, avevano in mente tribunali chiamati a decidere un numero di cause incommensurabilmente minore di quello odierno e che si rivolgevano ad un ceto di avvocati e di giudici professionalmente ben selezionato. L'avvento della giustizia di massa – che di per sé è certo un fenomeno positivo, perché corrisponde ad un accrescimento generalizzato delle tutele giuridiche – ha però modificato radicalmente la situazione; ed ha concorso a peggiorarla molto il vero e proprio diluvio di riforme, per lo più assolutamente disorganiche, intervenute a partire dagli anni 90. Ne è risultato un sistema processuale civile che, sotto certi aspetti, appare forse ormai troppo sofisticato e complicato per essere gestito adeguatamente da un ceto di operatori giuridici così numeroso da essere fatalmente meno professionalmente attrezzato di una volta, e che, per altri aspetti, si presenta alquanto frammentario e disorganico, oltre che del tutto inadatto a fronteggiare in tempi ragionevoli una domanda di giustizia così enormemente aumentata.

Altre riforme, com'è noto, sono state da poco messe in cantiere, ed è dunque quanto mai necessario interrogarsi sull'effettiva idoneità di questa nuove proposte a rendere davvero funzionale e moderna la nostra procedura civile.

Personalmente di una cosa mi sento profondamente convinto: che non sono più tollerabili interventi settoriali e frammentari, il cui risultato è quasi sempre solo quello di creare ulteriori indesiderabili complicazioni di diritto intertemporale e di rendere ancor più arduo il coordinamento tra le vecchie disposizioni, rimaste invariate, e quelle invece modificate. Riformare la procedura civile è indispensabile, per le ragioni cui ho già accennato, ma occorre farlo in modo completo ed organico. Dal 1940 mi pare sia trascorso un tempo più che sufficiente perché ci si prenda la pena di scrivere da cima a fondo un nuovo codice di procedura civile.

Renato Rordorf

Introduzione: Il valore del dissenso

di *Andrea Natale*

1. Se Rosa Parks o Martin Luther King – e molti altri con loro – avessero chiesto ai bianchi di garantire “per favore” i diritti degli afroamericani, con tutta probabilità, nessuno avrebbe prestato loro ascolto. È stato necessario – in quell’epoca, come in altre – levare forte la voce del dissenso ad un assetto legale e sociale che, sino a quel momento, nessuno voleva mettere in discussione.

Se – nella sua *Lettera ai cappellani militari* – don Lorenzo Milani non avesse levato forte la voce a tutela dell’obiezione di coscienza – giungendo perfino a dire (lui, un sacerdote, un educatore!) che «*l’obbedienza non è più una virtù*» – forse il cammino degli obiettori di coscienza sarebbe stato molto più lungo.

Certo. Quelle – ed altre – manifestazioni di dissenso ebbero dei costi. Per chi *disobbedì*, subendo critiche, processi e perfino privazioni della libertà. Per le istituzioni, fortemente messe in discussione da un’opinione contraria, radicale e intransigente. Per la società, attraversata da conflitti – purtroppo non sempre limitati al livello verbale e ideologico – che ne hanno minato la *tranquillità*.

Ma è altrettanto certo che – a chi levò quelle (ed altre) parole di dissenso – oggi noi non possiamo che rivolgere un devoto ringraziamento.

2. Le democrazie moderne e contemporanee – nelle loro carte costituzionali – garantiscono larghissimo spazio alla manifestazione del pensiero. Ne sono un esempio il primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America, l’art. 10 e l’art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 e – più di recente – il *nostro* art. 21 della Costituzione, l’art. 10 della Convenzione Edu, l’art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Ma, troppo spesso, la garanzia si ferma alla proclamazione *sulla carta*.

3. È questa la ragione per cui *Questione giustizia* ha deciso di occuparsi del dissenso. E la proposta

è quella di esaminarne i molti campi in cui si gioca la partita del confronto di opinioni. Il tema del dissenso, infatti, attraversa molti ambiti, dai luoghi della politica e delle istituzioni di governo, ai Tribunali sino ai luoghi sociali. Ed è interessante rilevare come, al di là delle declamazioni di principio, il *controllo* e la *governabilità del dissenso* – diremmo: il suo contenimento – siano una tendenza sempre più marcata della nostra democrazia. In epoca contemporanea le democrazie faticano sempre più a *tollerare* il dissenso. Premono la crisi, le esigenze dell’economia, la necessità di governare tempestivamente i fenomeni, di avere una *democrazia che decide*.

In questo quadro, il *dissenso* è un inciampo, un freno, un ostacolo; e chi si frappone alle aspettative della maggioranza, talora, diventa perfino un nemico.

È allora interessante tentare di registrare i *fenomeni*, cercare di considerare quali siano i punti di equilibrio tra principio di maggioranza e tutela delle posizioni minoritarie, quali le forme di controllo (e repressione) che si vanno affermando. E, fattore non secondario, quali le matrici culturali che *ispirano* determinati fenomeni.

4. Sul piano dell’architettura costituzionale e istituzionale, si registra ogni giorno la tendenza ad accentrare nelle mani di pochi (l’amministratore delegato, il segretario di partito, il *premier*, sempre più *capo del governo*) i percorsi decisionali. Ne sono testimonianza – come efficacemente messo in luce nel contributo di Roberto Zaccaria – la (non) riforma del sistema di *governance* del servizio pubblico radiotelevisivo (in cui l’amministratore delegato diventa una sorta di «monarca assoluto») e la riforma elettorale; quest’ultima, all’evidenza – con il meccanismo del premio di maggioranza e il sistema del ballottaggio concepito così come lo prevede il cd *Italicum* – privilegia in modo estremamente significativo le esigenze di governabilità (e di *fedeltà interne* alla leadership di partito), a discapito di una più ampia rappresentanza di posizioni in Parlamento. Il che, fatalmente,

spinge verso la creazione di «due blocchi consolidati», trascurando che «un vero sistema democratico è quello basato sul principio dell'alternanza e sulla possibilità che movimenti minoritari possano crescere fino a diventare maggioranza». Una simile legge elettorale avrà l'effetto di concentrare molto potere in chi *governa* i partiti di maggioranza relativa (creando un'ulteriore *ingessatura* nella dialettica interna ai partiti che ambiscono a posizioni di governo).

Ma la *riforma costituzionale* farà in modo che – quelle stesse forze politiche, una volta vinte le elezioni – siano prive di autentici contrappesi nella conduzione dell'attività di governo. Eliminato il bicameralismo paritario; semplificate le procedure legislative, garantendo al Governo la possibilità di essere *dominus* quasi incontrastato dell'attività parlamentare; possibilità per le forze di maggioranza di incidere in modo pressoché determinante sull'investitura degli organi di garanzia. Un concentrato di potere che – anche per l'assenza di un efficace statuto delle minoranze – lascerà ben poco spazio a chi, all'interno delle istituzioni politiche, tenterà di discostarsi dalle opinioni maggioritarie.

5. E costituiscono precise anticipazioni di questa tendenza anche piccoli segnali *linguistici*, denotati dal qualificare i parlamentari non perfettamente allineati alla linea come *dissenzienti*, se non addirittura *dissidenti*.

Già oggi – e prima della pratica verifica delle conseguenze dell'*Italicum* e prima della definitiva approvazione della *cd riforma costituzionale* – si intravedono significative mutazioni nella vita politica, così come concretamente praticata nelle istituzioni rappresentative.

È infatti da registrare – come un dato di fatto – la tendenza, sempre più forte, a *superare* le pastoie del dibattito parlamentare, tacitando i *dissidenti*, strozzando le discussioni a colpi di questioni di fiducia, *maxi-emendamenti*, emendamenti *cd super-canguro*, etc.

Il contributo di Massimo Villone prende in esame proprio alcuni di questi nuovi strumenti di *controllo* della macchina parlamentare, evocando vari casi consegnati dalle recenti cronache parlamentari: sostituzione di parlamentari e membri di commissione *non fedeli alla linea*; questioni di fiducia poste su leggi elettorali (unico precedente: la questione di fiducia posta da De Gasperi nel 1953 per l'approvazione della

cd legge truffa); maxi emendamenti (che non sempre potrebbero essere considerati tali in senso tecnico) che hanno l'effetto di *far decadere* tutti gli altri emendamenti (quelli veri): il *cd super-canguro*.

6. Gli spazi di libera espressione del *dissenso* si riducono non solo nei palazzi della politica. Essi si riducono – forse più drammaticamente – anche sul piano sociale. Si pensi al mondo del lavoro, con la sperimentazione di un nuovo sistema di relazioni sindacali, con la maggiore industria manifatturiera italiana che inaugura la stagione degli *accordi separati* (con la dichiarata intenzione di *isolare* i sindacati – pur ampiamente rappresentativi – ritenuti *scomodi*) e che giunge ad abbandonare *Confindustria* (con la – anche qui dichiarata – intenzione di avere le mani maggiormente libere) e che, allorquando interpella l'*opinione* dei lavoratori, pone gli stessi di fronte ad una esplicita, quanto drammatica, alternativa: o il *referendum* passa con il risultato che l'azienda desidera, oppure l'azienda trasferisce altrove la produzione¹.

Il percorso di progressiva erosione degli spazi di espressione di un pensiero *libero* di lavoratori e sindacati non è il frutto di rivoluzioni epocali, ma di una progressiva mutazione culturale degli attori in campo: i regolatori, i sindacati, l'accademia, gli interpreti. Ciascuno di tali attori sta mutando la percezione del proprio ruolo; e – con loro – si sta modificando profondamente la stessa percezione di *cosa sia e cosa possa essere* il diritto del lavoro oggi. Per adempiere alla sua funzione di garanzia, il diritto del lavoro deve godere di consenso nella società, nelle istituzioni e nell'accademia. Ma una società sempre più stretta dalla crisi, un'accademia sempre meno incline a riconoscere la speciale autonomia del diritto del lavoro non sembrano in grado di garantire questa base di consenso. E ciò si riflette sia sui percorsi normativi che sugli orientamenti interpretativi.

Questa mutazione culturale è al centro della preoccupata riflessione di Umberto Romagnoli, di cui – per la sua forza espressiva – è necessario riportare sin d'ora almeno un'anticipazione: «il lavoro ha potuto rompere un millenario silenzio a condizione di metabolizzare il divieto di non alzare troppo la voce».

7. Non può mancare ad una riflessione come quella contenuta in questo obiettivo un contributo che indagherà il tema dei rapporti tra libertà di mani-

1. Tra i molti possibili riferimenti, cfr. C. Ponterio-R. Sanlorenzo, *E lo chiamano lavoro*, ed. Gruppo Abele, Torino, 2014, pp. 91 e ss.; in senso più ampio, sulle strategie complessive della Fiat, P. Griseri, *La Fiat di Marchionne. Da Torino a Detroit*, ed. Einaudi, Torino, 2012; per la vicenda referendaria, v. pp. 186 e ss.; si veda, per un punto di vista dichiaratamente laburista, anche G. Airaud, *La solitudine dei lavoratori*, ed. Einaudi, Torino, 2012.

festare il proprio pensiero e repressione del dissenso attraverso lo strumento penale.

È il tema della riflessione di Marco Pelissero, che attraversa le numerose interferenze tra espressione del pensiero – anche del pensiero più sgradevole – e strumento penale e ne misura, fattispecie per fattispecie, la *necessità costituzionale*; e, nel contributo, si constata, anzitutto, come la categoria dei reati di opinione attinga a criteri valutativi pregiudiziali, tanto nella definizione dei suoi confini, quanto nella sua pratica applicazione; si registra poi – come un dato di fatto sul quale è difficile non convenire – una sostanziale continuità riscontrabile tra l'assetto ereditato dal regime fascista e norme sul controllo penale del dissenso vigenti in epoca repubblicana, alle quali sembra non potersi proprio rinunciare.

Ma l'analisi delle interferenze tra dissenso e strumento penale non si può fermare alla sola dimensione del fenomeno normativo, dovendosi riflettere anche quali siano gli atteggiamenti della giurisdizione penale di fronte a chi manifesta pensieri ostili. Ci si limita qua a proporre due spunti di riflessione.

Come noto, la Corte costituzionale, sin dagli anni '70, ha proposto una lettura costituzionalmente orientata di alcuni reati di opinione, ritenendo necessaria una concreta idoneità della manifestazione del pensiero a sollecitare la commissione di reati; solo l'esistenza di un *pericolo* per il bene giuridico tutelato legittima la compatibilità tra le fattispecie incriminatrici dei reati di apologia e l'art. 21 della Costituzione. Orbene, il delicato punto di equilibrio, troppo spesso, rischia di essere sviato dal suo autentico significato di garanzia; basti pensare a come talora – nei giudizi di merito – i criteri di accertamento del pericolo concreto si risolvono in pseudo-motivazioni o frettolosi richiami a massime di esperienza prive di autentico significato selettivo.

Un altro spunto di riflessione è, forse, ancora più preoccupante. Capita talora di leggere – soprattutto in provvedimenti cautelari in procedimenti per reati “di piazza” o di resistenza a pubblico ufficiale – che un determinato indagato è persona da ritenere *socialmente pericolosa* (e dunque da “custodire”) perché *militante dell'area antagonista* (o anarchica, o fascista, ecc.), o perché già identificata in precedenti manifestazioni del medesimo movimento (senza che, però, in quelle manifestazioni, si siano verificati reati; dato che, altrimenti, sarebbe stato sicuramente valorizzato)². In simili casi, la semplificazione del percorso motivazionale è evidente e sin troppo scoperta: il

pericolo di reiterazione del reato si dovrebbe ricavare *da fatti e da condotte*, non da appartenenze ideologiche non sfociate in episodi illeciti ... Il risultato, però, è uno: in simili casi (per fortuna non così frequenti), l'aver frequentato in passato un'area ove si coltiva il *dissenso* – anche senza averlo *praticato* in modo violento – comporta il pagamento di un prezzo: vale a dire, il rischio di vedere giudicati con maggior rigore i *fatti* di oggi, per le proprie *idee* di ieri.

8. In questo obiettivo si cerca di gettare lo sguardo oltre l'oceano, nella democrazia occidentale che – nelle proclamazioni – offre il più ampio livello di tutela alla manifestazione del diritto di manifestare le proprie opinioni. Anche qua, però, è possibile registrare che la proclamazione del diritto garantito dal primo emendamento talora rischia di rivestire una funzione puramente retorica. Il contributo di Elisabetta Grande – attraverso una intelligente lettura degli orientamenti giurisprudenziali condotta in parallelo con gli eventi della storia – ripercorre le grandi decisioni della Corte suprema degli Stati Uniti, prendendo in considerazione tanto le decisioni che hanno proclamato – e concretamente garantito – la pratica del dissenso, quanto le decisioni che, apparentemente fedeli al primo emendamento, ricorrendo a strumenti interpretativi talora raffinati (talora no), hanno compresso la formazione e l'espressione di opinioni minoritarie.

9. Ci è sembrato poi utile affrontare il tema dell'opinione minoritaria e del dissenso anche in relazione all'esercizio della funzione giurisdizionale. Il tema può essere declinato quantomeno sotto due profili: quello del *pluralismo interpretativo* e della possibilità di affermazione di diversi indirizzi giurisprudenziali; quello della pubblicità – o meno – della pluralità di opinioni all'interno di un collegio (vale a dire, il tema della *dissenting opinion*).

Quanto al primo tema, occorre prendere atto del fatto che, oggi, alla giurisdizione si chiede la capacità di «cogliere e prevedere le conseguenze delle proprie decisioni», e che essa «orienti sempre più le sue decisioni alla consapevolezza dell'incidenza sistemica della giurisprudenza», essendo necessario che «ciascuno dei poteri, quindi anche quello giudiziario, possa concorrere, con il necessario rigore costituzionale, alla ripresa del Paese»³. Autorevoli voci lamentano l'esistenza di «un processo giudiziario imprevedibi-

2. Per un esempio, L. Pepino, *Movimenti e repressione penale: il caso TAV*, in *Il Ponte*, nn. 5-6 del 2015 (numero monografico, (a cura di) L. Pepino, *Quale giustizia*), p. 127.

3. Così G. Legnini, *Giustizia e imprese. Le toghe valutano gli effetti delle scelte*, *Corriere della Sera*, 5 luglio 2015, p. 25.

le», che ostacola «la formazione di assetti economici stabili», proponendo ricette che, se non altro, hanno il pregio della schiettezza: «la storia che viviamo impone la compatibilità dei diritti individuali con le realtà economiche», (...) «cosicché il fisiologico disordine del potere diffuso diventa un problema di efficacia dell'azione di governo»⁴. E – si badi – simili richieste di *consonanza della giurisdizione* alle esigenze del sistema produttivo e simili richieste di *adeguamento* degli orientamenti giurisprudenziali a quelli maggioritari non provengono solo dalle istituzioni di Governo, ma da molte e autorevoli voci interne allo stesso sistema giudiziario. Le opinioni poco sopra riportate – provenienti dal Vice presidente in carica del Csm e da un presidente di sezione della Corte di cassazione (già membro del Csm e oggi nominato commissario alla Consob) – costituiscono una efficace dimostrazione della diffusione di tale esigenza di *consonanza*.

Sul punto, poche – forse banali – osservazioni. Indubbiamente l'uniformità della giurisprudenza e la prevedibilità delle sue decisioni costituiscono un fattore di razionalità e anche una garanzia di uguale trattamento dei cittadini di fronte alla legge.

Provocatoriamente, però, si potrebbe porre una questione ai tanti teorici della “sapienza” del mercato e dell'equilibrio garantito – per chi vi crede – dalla “mano invisibile”, che, però, si lamentano della imprevedibilità degli esiti dei processi. Perché costoro – che hanno accettato per secoli il dogma per cui «moneta buona scaccia moneta cattiva» – non credono che «interpretazione buona, scacci interpretazione cattiva»? Certo, la *vitalità* derivante dal pluralismo interpretativo deve trovare un limite in rilevanti esigenze di prevedibilità e conoscibilità del diritto. Ma è bene ricordare che il *pluralismo interpretativo* assicura anche effetti positivi. Solo per fare un esempio remoto (e politicamente innocuo), in assenza di pluralismo interpretativo e di un (sano) conflitto giurisprudenziale, ancor oggi non sarebbe risarcito il danno biologico; è stato necessario che qualche piccolo giudice di primo grado – contro la giurisprudenza allora granitica della Cassazione – insistesse ostinatamente a riconoscere tale diritto per vederne infine

affermata la tutela. Ove quel piccolo giudice si fosse adagiato sulla giurisprudenza della Cassazione, forse, saremmo ancora qua, in paziente attesa. E molti altri potrebbero essere gli esempi: negli anni settanta in materia di diritti sociali, oggi su temi economici, ma anche etici⁵.

La funzione che la Costituzione assegna alla giurisdizione è anzitutto quella di garantire diritti, non – come auspicato da alcuni – «l'efficacia dell'azione di Governo». Quest'ultima è una responsabilità della politica – che deve dare le regole e fare le scelte – non della giurisdizione (che deve solo verificare – nella discrezionalità interpretativa oggi riconosciuta – il rispetto di quelle regole nel processo e la conformità di quelle scelte alla Costituzione). Altrimenti sì che, contrariamente agli auspici di molti, si avrebbe una giustizia politicizzata; per dirla con Bobbio, «dove tutti sono liberisti, si può anche dire che essere liberisti significa non fare politica; ma dove i liberisti si scontrano quotidianamente con i non liberisti, è perfettamente naturale dire che fanno politica tutti e due». E, allora, la pretesa di omogeneità e sintonia della giurisdizione con l'azione di Governo rischia di trascinare i giudici da una sola parte: quella della contingente maggioranza politica. Con un'ulteriore compressione del pluralismo istituzionale.

Un secondo intreccio tra tema dell'opinione minoritaria e esercizio dell'attività giurisdizionale è costituito dalla annosa questione della *dissenting opinion*. Si tratta di un istituto vitale e riconosciuto in molte giurisdizioni (si pensi alla Corte suprema degli Stati Uniti o alla Corte Edu), che, tuttavia, non si è sino ad ora affermato in Italia (esso trapela implicitamente solo allorquando si nota – nelle decisioni della Corte costituzionale o delle sentenze della giurisdizione ordinaria esercitata in forma collegiale – che l'estensore non coincide con il relatore). Il tema è di estremo rilievo. La *dissenting opinion* può rafforzare la trasparenza dell'istituzione giudiziaria (evitando i pietosi retroscena sulle maggioranze formatesi nelle Camere di consiglio che trapelano sui quotidiani) e costituire altresì un fattore di accrescimento della stessa legittimazione della sentenza

4. Così G. M. Berruti, *La riforma per superare una giustizia assente*, *Corriere della Sera*, 6 agosto 2014, p. 33.

5. Sempre attuali le riflessioni di G. Borrè - P. Martinelli - L. Rovelli, *Unità e varietà nella giurisprudenza. A proposito della cd rotazione in Cassazione*, in *Foro Italiano*, 1971, V, 45 e ora in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Milano 2001, pag. 53: «sino a che le posizioni “politiche” (cioè le diverse opinioni sui problemi che le scelte di indirizzo politico sono chiamate a risolvere) dei magistrati non esorbitano dall'indirizzo costituzionale (potremmo dire: sino a che, per es., i magistrati non pretendono di sottrarsi alla soggezione alla legge, reclamando un potere autonomo che il sistema di reclutamento non legittima) la varietà di posizioni rispetto all'indirizzo politico di maggioranza (e potremmo dire: rispetto ai problemi posti dall'interpretazione di leggi nate dalla dialettica parlamentare e specialmente dal concorso tra disegno di maggioranza e emendamenti delle opposizioni) appare non solo legittima, ma persino necessaria e postulata dalla Carta costituzionale per risolvere i problemi interpretativi in una sede fornita di una certa rappresentatività che ne legittima l'intervento ma non fornita di una autonomia politica vera e propria, che potrebbe provocarne la sovrapposizione rispetto alle sedi proprie del dibattito politico»

(esplicandosi la autorevolezza di una decisione nel trasparente confronto di argomenti)⁶. Oppure – per converso – nell’affermazione della *dissenting opinion* si può intravedere un elemento di indebolimento dell’istituzione, delegittimazione interna della decisione stessa (trasportando ad una logica di “forza dei numeri” una questione di diritto, magari costituzionale)⁷.

In questo obiettivo pubblichiamo il contributo di Silvia Niccolai che – prendendo come un dato di fatto la mancata affermazione della *dissenting opinion* nelle nostre istituzioni giudiziarie – ragiona sulle ragioni culturali profonde di tale ritrosia. Ripercorrendo vari filoni di pensiero (storico-comparatistico e costituzionalistico), Silvia Niccolai giunge ad ipotizzare che – dietro la scelta (o non scelta) di non introdurre nel nostro sistema la *dissenting opinion* – si celi una precisa visione dei rapporti tra legge e diritto (con il prevalere di una visione imperativistica e esclusivamente legalistica del diritto) e della stessa funzione del giudice (anche costituzionale): mero esecutore della legge o creatore (con il legislatore) del diritto.

10. Questo obiettivo si chiude con due contributi – quello di Giovanni Palombarini e Gianfranco Viglietta, da un lato, e quello di Daniela Piana e Leonardo Morlino, dall’altro – che, per certi versi, possono apparire eccentrici rispetto all’obiettivo. Ma eccentrici non sono, perché costringono ad interrogarsi sulle dinamiche che si vanno affermando nel corpo della magistratura e intorno ad esso.

Daniela Piana e Leonardo Morlino, dopo avere delineato sul piano teorico le (buone) *ragioni* del *pluralismo istituzionale* e quelle del *pluralismo all’interno delle istituzioni giudiziarie*, giungono a registrare un dato – il calo di fiducia nella magistratura – che, per certi versi, può essere messo in relazione – tra l’altro – con la conflittualità inter istituzionale e con lo *spazio* garantito al *dissenso intra-istituzionale* (inteso come pluralismo interno alla magistratura); dato che, certamente, suscita una

qualche preoccupazione, posto che, quasi paradossalmente, il dissenso – pur prezioso fattore di auto-correzione e auto-mutamento all’interno del regime democratico – rischia di avere, su di esso, un impatto negativo e delegittimante. Una delle proposte di Piana e Morlino è che il dissenso – quale sia l’ambito in cui esso emerge – possa esplicare efficacemente la propria funzione positiva ove «le sue manifestazioni si mantengano entro limiti moderati», essendo necessario «fare uscire la magistratura da un “gioco istituzionale”, quello del conflitto, nel quale essa, avendo il ruolo di risolvere legittimamente i conflitti, mai si deve porre».

Diversa – diremmo: più militante – è la prospettiva che propongono Giovanni Palombarini e Gianfranco Viglietta nel rievocare l’esperienza di *Magistratura democratica a fianco* del dissenso. I due autori ripercorrono la storia degli esordi di *Magistratura democratica*, evidenziando come – tra i suoi elementi fondativi – vi sia stata la scelta di campo in favore di un garantismo di impronta liberaldemocratica e una caparbia attenzione alla tutela della manifestazione del pensiero; scelte di campo che imponevano di contrastare – dall’interno dell’istituzione giudiziaria – l’*ideologia della neutralità*. E fu un’azione di contrasto che implicò una forte esposizione degli aderenti a quel gruppo di magistrati associati, estremamente attivo nella critica dei provvedimenti giudiziari (basti pensare alla nota vicenda dell’ordine del giorno Tolin), ma anche all’impegno diretto di *Magistratura democratica* nella campagna referendaria per l’abrogazione dei reati di opinione. Impegno attivo che molti aderenti a *Magistratura democratica* pagarono con procedimenti penali (legati alla manifestazione di opinioni difficili in anni difficili) e a procedimenti disciplinari.

Un’azione dura, che, sicuramente, oggi sarebbe vissuta come *delegittimante* l’ordine giudiziario. Un’azione che, però, ha reso l’istituzione giudiziaria un luogo probabilmente *più democratico*.

È impossibile non rievocare sul punto Giuseppe Borrè: «una delle cose più importanti nella produzione culturale di Md una delle tracce più profonde che

6. Cfr., per esempio, S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 973 ss. Ora Id., *Dentro la Corte*, Il Mulino, Bologna, 2015 (a favore dell’introduzione dell’opinione dissenziente in nome della trasparenza).

7. Si veda, per esempio, G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, ed. Einaudi, Torino, 2005, p. 67 e ss.; si legge a pp. 75 e s.: «la logica che muove la Corte non è escludente (...). Non si tratta mai di assolutizzare un principio, con esclusione di tutti gli altri. Un simile modo di ragionare dividerebbe ed esigerebbe la conta tra i giudici, cioè il voto decidente. E, cosa assai più grave, dividerebbe la Costituzione (...). La logica che muove le decisioni della Corte, invece, è quella orizzontale, compositiva e includente ogni possibile ragione costituzionale: una logica che, alla fine, per lo più unisce, senza bisogno di contarsi, senza resa dei conti (...). Quanto ciò si opponga alla politicizzazione (...) della Corte costituzionale, è chiaro e risulta ancor più evidente considerando che le opinioni individuali potrebbero “liberare” eventuali posizioni politiche dei singoli giudici, dando loro una consistenza che, invece, nell’operare dello spirito collegiale e nell’amalgama che ne deriva, è destinata a stemperarsi». Il tema è trattato – sempre in modo problematico – anche da G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, ed. Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 152-156 (e ivi riferimenti bibliografici).

essa ha lasciato, (è) stata la demistificazione. La rottura di miti antichi, autorevoli, mai posti in dubbio. (...) Occorreva consumare uno scisma entro la città-della della giurisdizione»⁸.

11. Qualche nota conclusiva. Non si ignora che garantire ampio spazio all'espressione di opinioni minoritarie e all'esercizio del dissenso comporti dei costi sul piano istituzionale e sociale; né si intende negare la necessità di una sintesi tra due direttrici divergenti (tutela del dissenso e contendibilità delle istituzioni vs. principio di maggioranza ed efficacia dell'azione e di governo). Tale sintesi è indispensabile – ce lo ricorda l'art. 2 della Costituzione e il principio solidaristico – per costruire un tessuto sociale degno di tale nome, senza rassegnarsi a vivere non in una società, ma in un'accozzaglia di individui, ciascuno con la sua opinione.

Tuttavia, l'attuale tendenza a circoscrivere il perimetro dell'opinione minoritaria – sino a volerla rinchiudere in una folcloristica riserva indiana – è preoccupante e, in fondo, quasi paradossale. Proprio chi – oggi classe dirigente – si proclama *liberal-democratico* e professa la fuga dalle ideologie tenta di sottrarsi ad un confronto franco e aperto con chi dissenso; ignorando – o volendo deliberatamente igno-

rare – che la democrazia si nutre di confronto continuo; che essa rifugge verità precostituite e *verità di Stato*. E che, in tale prospettiva, ampio spazio *deve essere* garantito al pluralismo.

Lo ha insegnato Popper: ogni verità – e, dunque, anche la *verità* storica, politica o economica – per potere essere affermata come tale (come verità) deve sottoporsi alla possibilità di falsificazione; e ciò implica la necessaria accettazione del confronto. Lo sostengono i padri della micro-economia: moneta buona scaccia moneta cattiva. Perché rifiutare l'idea che – dal confronto di idee – possa derivare che «idea buona scaccia idea cattiva»?

È vero. Talora, il dissenso veicola pensieri inaccettabili. Ma – crediamo – che l'unica risposta possibile, in una democrazia matura, sia quella della battaglia e della sconfitta del pensiero “inaccettabile” sul piano dialettico. Per dirla con Bobbio, «può valere la pena di mettere a repentaglio la libertà, facendo beneficiare di essa anche il suo nemico, se l'unica possibile alternativa è di restringerla sino a rischiare di soffocarla o per lo meno di non permetterle di dare tutti i suoi frutti. Meglio una libertà sempre in pericolo ma espansiva che una libertà protetta ma incapace di rinnovarsi. Solo una libertà in pericolo è capace di rinnovarsi. Una libertà incapace di rinnovarsi si trasforma presto o tardi in una nuova schiavitù»⁹.

8. G. Borrè, *Le scelte di Magistratura democratica*, in N. Rossi (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, ed. Franco Angeli, 1994, p. 41

9. N. Bobbio, *Le ragioni della tolleranza*, in *L'età dei diritti*, ed. Einaudi, Torino, 1990, pp. 249 e ss.

La tutela del dissenso e delle formazioni minoritarie in una società pluralista

di Roberto Zaccaria

In questo contributo, l'Autore enuclea una serie di sedi – istituzionali e sociali – nelle quali si pone il problema della tutela dell'opinione minoritaria, richiamando quale sia il fondamento costituzionale che impone la tutela del dissenso e quali siano i limiti costituzionalmente accettabili che possono essere posti al suo esercizio. Il contributo registra poi la tendenza a comprimere sempre più nei processi decisionali delle istituzioni lo spazio di espressione del dissenso (a vantaggio della governabilità); con il rischio però di rendere la democrazia sempre meno contendibile. Nel contributo si prende poi in esame (con preoccupata attenzione) quanto le recenti riforme (elettorale, costituzionale, del sistema di *governance* della Rai) rischino di marginalizzare sempre più chi è fuori dalle maggioranze consolidate.

Premessa

La stagione politica che stiamo vivendo è attraversata da una sorta di frenesia delle riforme: se ne parla in ogni occasione e ne parlano soprattutto i massimi esponenti delle istituzioni dello Stato.

Si ritiene che questa parola d'ordine sia quella più necessaria da pronunciare in Italia, in questo momento, per dare credibilità alla nuova classe dirigente e, soprattutto, sia quella più utile far ascoltare in Europa: una sorta di credenziale da utilizzare per attribuirsi una legittimazione e per uscire da quella tutela economica così opprimente degli ultimi anni.

Il termine riforma è quello decisamente più usato nel linguaggio politico. Se ne parla in ogni occasione ed in pratica viene scelto per qualificare ogni atto normativo, anche il più ordinario. Tutto è riforma. Naturalmente lo è quella sulla scuola, sulla giustizia, sul fisco o quella sul lavoro o quella sulla pubblica amministrazione, anche se la parte più rilevante di quell'intervento è rinviato ad una serie numerosissima di norme di attuazione.

Viene definita riforma anche la proposta di legge sulla *governante* della Rai: nessuno si preoccupa del fatto che questo intervento normativo appare caratterizzato da contenuti di segno diametralmente opposto.

È naturale invece che il termine riforma venga utilizzato per la revisione costituzionale della seconda parte della nostra Carta e per la scrittura della legge elettorale: una sorta di atto dovuto dopo la dichiarazione d'incostituzionalità del *Porcellum*.

Uno dei motivi conduttori che accompagna la legge elettorale è quello di conoscere, alla sera dello stesso giorno delle elezioni, il Governo che guiderà il Paese: è certamente un bene, a condizione però che le formule maggioritarie non schiaccino la rappresentanza.

La revisione costituzionale tende invece a superare il bicameralismo paritario ed a snellire in modo significativo il processo legislativo: per far questo viene ridotto considerevolmente il ruolo del Senato e quello delle autonomie regionali. Un altro obiettivo è anche quello di ridurre i costi della politica.

Vedremo meglio in seguito questi profili. Per il momento è opportuno segnalare che a volte i costi della democrazia non possono essere eccessivamente compressi e quanto a snellezza dei procedimenti decisionali non bisogna dimenticare che già esiste una grande rapidità di decisioni grazie alla combinazione perversa di decreti legge di enormi proporzioni, di deleghe senza principi e di fiducie richieste ad ogni piè sospinto.

Se durante il processo riformatore alcuni gruppi politici si oppongono, magari all'interno degli stessi partiti che compongono la maggioranza, prima ancora di cercare di capire ed approfondire le ragioni del contrasto si giudica questo comportamento con un certo fastidio ed è frequente ascoltare espressioni di viva insofferenza verso coloro che si oppongono, anche solo parzialmente e vengono definiti, con estrema naturalezza "dissidenti" o "dissenzienti". È un lessico antico che ritorna di moda. Lo si sentiva richiamare spesso nel linguaggio dei regimi autoritari e di quelli totalitari, ma non ne era assolutamente frequente l'impiego nel periodo degli ordinamenti democratici.

Ammettiamo pure che questo linguaggio sia inconsapevole, che sia frutto di un atteggiamento un poco superficiale: anche se l'uso ripetuto nei telegiornali di maggior ascolto non promette affatto bene.

Io mi permetterò di prenderlo solo come spunto per affrontare il tema della tutela del dissenso nella società contemporanea ed in particolare nel nostro Paese. Ci sono diversi aspetti da prendere in considerazione e lo faremo nell'ottica del costituzionalista e secondo un percorso logico che proprio dalla Costituzione prenderà le mosse.

Nell'ottica di una riflessione sulla tutela delle opinioni minoritarie e del dissenso è chiaro, fin da una primissima osservazione, che le due leggi appena richiamate che riguardano l'assetto costituzionale dello Stato e la rappresentanza elettorale siano quelle che ci interessano più da vicino.

Tutti avvertiamo l'esigenza di assicurare nelle moderne democrazie un'efficace azione di governo: e quest'obiettivo risulta ricorrente sia nella riforma costituzionale che nella riforma della legge elettorale. Dobbiamo però subito annotare che vi sono dei cambiamenti nelle parole d'ordine. E questo non è senza significato. Se in passato lo *slogan* era più Governo e più Parlamento, oggi lo *slogan* sembra essersi dimezzato e ridotto alla sola prima parte.

Nel nostro percorso logico, però, prima di valutare le riforme istituzionali, dovremo considerare le disposizioni sulle libertà e il pluralismo, contenute nella prima parte della Costituzione, per capire in che misura l'ordinamento tuteli a livello formale e sostanziale la diversità delle opinioni.

In questa prospettiva si deve dedicare anche un'attenzione al sistema dell'informazione perché la nostra Costituzione impone fin dall'art.3, secondo comma, di tener conto delle situazioni di fatto che possono influire sul pieno esercizio delle libertà. E in questo senso daremo anche uno sguardo molto interessato alla proposta di legge (prossima all'approvazione) che riguarda l'assetto di governo della Rai.

1. I principi costituzionali a fondamento del dissenso: il principio pluralistico e il sistema delle libertà di pensiero e di comunicazione

1.1. Il principio pluralistico

Il primo e più importante principio da prendere in considerazione in questo itinerario è naturalmente il principio pluralistico che si fonda sull'art.2 Cost. e su tutto il sistema delle libertà che hanno al centro l'art.21 Cost. (pietra angolare del sistema democratico, come lo ha definito la Corte costituzionale) e su tutte le altre libertà costituzionali che si ricollegano alla libertà di pensiero. Al centro, all'incrocio tra tutte queste libertà si colloca la tutela del pensiero critico¹.

Il principio pluralistico caratterizza la Repubblica nel suo complesso e costituisce l'architrave del carattere democratico del nostro ordinamento. Vedremo come la Corte nella sua giurisprudenza riconosca che il principio pluralistico rappresenta uno snodo fondamentale che caratterizza l'ordinamento del sistema radiotelevisivo.

Pluralismo sociale e pluralismo istituzionale costituiscono due risvolti della stessa medaglia e costituiscono entrambi beni essenziali. Due valori che s'integrano nella stessa nozione e che – è bene ricordarlo - non costituiscono mai un dato acquisito ma rappresentano il risultato di un permanente punto di equilibrio.

In questo quadro la tutela del dissenso assume un'importante funzione promozionale per una valorizzazione della democrazia e dei diritti. La tutela dell'opinione minoritaria costituisce un indicatore della qualità della democrazia.

La democrazia sarà "contendibile" se le formazioni minoritarie potranno aspirare a crescere ed anche a diventare la futura maggioranza. Sul piano politico è indispensabile che funzionino i sistemi capaci di produrre una rappresentanza responsabile, attraverso una legge elettorale appropriata che sappia coniugare sistemi proporzionali ed eventualmente correttivi maggioritari. Un sistema elettorale che renda difficile o impossibile tutto questo, non è dunque un buon sistema elettorale.

Importanti sono anche le norme che tutelano le minoranze, ogni tipo di minoranza; sono importanti le norme che le garantiscono sia sul piano parlamentare che in quello istituzionale.

Vi sono molte applicazioni di questi principi in campo politico, sociale, sindacale, religioso, ma sul

1. V.R. Zaccaria-A. Valastro-E. Albanesi, *Libertà dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2013.

piano istituzionale questa caratteristica si ritrova nella separazione dei poteri e nella distribuzione del potere sovrano tra diversi organi costituzionali e soprattutto tra i diversi livelli di governo. L'esistenza di un solido sistema di autonomie istituzionali è un bene prezioso in questa direzione perché determinate forze politiche minoritarie a livello nazionale possono cominciare ad affermarsi e a sperimentarsi a livello locale.

In linea più generale possiamo dire che la nostra Repubblica si connota in modo particolare per il fatto di aver introdotto l'istituto referendario non solo a livello nazionale, ma oramai anche a livello regionale e locale. Questo istituto rompe gli schemi della rappresentanza indiretta in favore di una democrazia diretta. Il *referendum*, di cui si conoscono svariate modalità, costituisce un elemento caratterizzante della nostra democrazia. Esso è stato pensato e costruito proprio per dare rilievo a minoranze capaci di proporre, attraverso l'abrogazione della legge, dell'atto cioè che rappresenta la più alta espressione della volontà dello Stato, la più radicale modificazione dell'indirizzo politico della maggioranza.

1.2 Le varie tipologie del dissenso

La nozione di dissenso presenta caratteri molto ampi ed anche significati molto diversi. Quando noi ne parliamo dobbiamo precisare che intendiamo riferirci a quello di natura politico-ideologica. Si tratta di un dissenso che prevalentemente si manifesta nel rapporto tra individuo e autorità, tra governanti e governati, tra singoli o formazioni sociali ed esponenti del potere costituito e che si sostanzia in una critica anche estremamente energica nei confronti del pensiero ufficiale, dell'ideologia prevalente o dominante.

Si potrebbe dire che si tratta di rapporti di carattere pubblicistico, anche se questa nozione appare insufficiente, perché non sempre si tratta di rapporti tra privati ed istituzioni dello Stato. L'orizzonte del dissenso politico-ideologico si estende fino a comprendere una nozione più ampia di "istituzioni" presenti nella società. Il dissenso si rivolge, sempre più frequentemente nelle società contemporanee verso un determinato ordine, verso un sistema di valori, verso un insieme di interessi. Il potere preso di mira, in queste manifestazioni critiche, non si colloca necessariamente nei luoghi simbolici del potere ma assume comunque un peso considerevole in una più ampia panoramica (sociale, politica, economica, religiosa, artistica, scientifica).

E qui il discorso scivola via dal diritto costituzionale per entrare in altre discipline e per parlare dei cd "poteri forti", di luoghi più o meno nascosti di esercizio di questo potere. Basta andare poco indietro nel tempo per pensare a tutto quello che ha rappresentato nel nostro Paese una determinata organizzazione denominata P2. Vogliamo infine misurare il peso di chi gestisce l'informazione e dell'influenza che esso è in grado di esercitare sul sistema tradizionale dei poteri dello Stato.

Una volta c'erano i regimi autoritari o dittatoriali. Il dissenso si esercitava nei loro confronti e un determinato apparato normativo serviva a tutelarli (basti pensare a tutto l'apparato dei reati di opinione tutt'ora presenti nel nostro codice penale!). Non che i regimi autoritari siano scomparsi ma quello di cui onestamente dobbiamo preoccuparci è il pericolo che questi stessi strumenti (mantenuti integri) possano essere utilizzati verso "ordini" e verso nuovi "poteri" presenti nella società.

Ad esempio è evidente che quando ci si muove sui piani che abbiamo descritto anche i dissensi tra i privati che avevamo escluso in un primo momento possono tornare ad assumere un particolare rilievo.

Questo perché i contrasti di natura politico-ideologica avvengono non solo tra i partiti e lo Stato, ma anche "tra" i diversi partiti e così anche tra i sindacati o tra le confessioni religiose e via dicendo. Spesso questo tipo di contrasto può avvenire all'interno degli stessi partiti o dei sindacati o delle confessioni religiose. Per i sindacati la Costituzione parla di ordinamento a base democratica, per i partiti non ne parla esplicitamente, ma si ritiene che un'eventuale legge – da molti richiesta – sui partiti, debba farsi carico seriamente di questo profilo. Si parlava in passato di cattolici del dissenso per alludere a contrasti all'interno di quella confessione religiosa. È facile oggi estendere la nozione a svariatissimi ambiti.

A questo proposito non va dimenticato che una parte molto importante della giurisprudenza della Cedu sull'art.10 della Convenzione riguarda il *political speech* e questo perimetro, molto ampio, si estende fino ad abbracciare molte decisioni in tema di diffamazione e tra queste molte espressioni critiche verso uomini politici che da noi si configurerebbero come reati di vilipendio².

C'è poi il grande capitolo dell'*hate speech*, dei discorsi di odio, di discriminazione razziale, di natura antireligiosa, antisemiti, negazionisti, di tutta quella gamma dei reati introdotti nel nostro ordinamento soprattutto dopo l'approvazione della Costituzione

2. Secondo la Corte: «l'art.10 non vale solo per le informazioni o le idee che sono favorevolmente accolte o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che offendono, scuotono o disturbano lo Stato o un qualunque settore della popolazione» (cfr. Handyside c. Regno Unito; Murphy c. Irlanda).

repubblicana e che riguardano i temi del genocidio, della discriminazione e dell'odio razziale, etnico, religioso: spesso sono sanzionate penalmente alcune forme di pensiero che assumono questi contenuti³. All'ordine del giorno politico parlamentare ci sono oggi i temi dell'omofobia e del negazionismo.

Questo tema che indubbiamente spiazza alcuni degli schemi precedenti è pure al centro della giurisprudenza della Cedu con due approcci diversi: in alcuni casi applica l'art.17 Convenzione negando in radice che discorsi di questa natura abbiano copertura da parte della Convenzione. Quando invece si ritiene che alcune di queste espressioni possano inquadarsi nell'art.10 la Corte analizza questi discorsi alla luce dei suoi canoni tradizionali che tengono conto del tenore del discorso, dei soggetti coinvolti e del contesto di riferimento: in definitiva valuta a fondo le modalità espressive.

1.3 Il sistema delle libertà di espressione

Tornando alla Costituzione si deve riconoscere che la prima e fondamentale tutela di questo dissenso, di questo tipo di opinioni minoritarie nel nostro ordinamento si ritrova nel tessuto delle libertà costituzionali che hanno al centro la libertà di manifestazione del pensiero e l'art.21 Cost.⁴. L'art. 21 Cost., a sua volta, si collega ad un sistema di altre libertà ad esso molto vicine. Il primo e più stretto collegamento si pone con l'art. 15 della Costituzione. È ben vero che la libertà di manifestazione e diffusione del pensiero garantita dall'art. 21 si differenzia dalla libertà di comunicazione e di corrispondenza (art. 15 Cost.) per il fatto di essere rivolta ad una pluralità indistinta di soggetti anziché a destinatari determi-

nati, ma tale distinzione è divenuta negli ultimi anni più complessa e più sfumata, a causa della convergenza tecnologica e della sempre più frequente sovrapposizione tra le varie modalità espressive e comunicative. È lecito quindi parlare di una più ampia libertà della comunicazione.

La libertà di cui all'art. 21 Cost. si collega, poi, a molte altre libertà disciplinate in Costituzione. In alcuni casi, in modo diretto, in quanto rappresentano particolari aspetti della più generale libertà di pensiero. In altri casi in modo indiretto, perché attraverso altre libertà si tutela l'ambito nel quale la libertà di opinione si svolge (basti pensare alla libertà di riunione e alla libertà di associazione)

Prima tra tutte viene la libertà religiosa che in alcuni testi costituzionali è disciplinata insieme alla manifestazione del pensiero, ma che nella nostra Costituzione è fatta oggetto di una specifica disciplina ed anzi di una disciplina molto più articolata: almeno tre diversi articoli della Costituzione ne parlano in modo espresso. Il dissenso è ampiamente tutelato in questo campo naturalmente fino al momento in cui non diventi invasivo⁵. Si potrebbe valutare poi se determinate espressioni pronunciate all'interno di determinate comunità religiose possano rientrare in quelle nozioni di propaganda spesso sanzionate nel nostro ordinamento. La problematica non è comunque diversa rispetto a quella generale che si pone per la libertà di espressione, anche se si deve sottolineare (questione non priva di interesse) che l'art.19 Cost. parla di «professare liberamente la propria fede» ed aggiunge significativamente di «farne propaganda»⁶.

Anche la libertà d'insegnamento e di ricerca costituisce una delle libertà fondamentali; anch'essa si

3. In alcuni appelli, che leggo in questi giorni, si nega che manifestazioni di pensiero di questa natura possano addirittura costituire opinioni (vedi Carta di Roma). Mi permetto sommessamente di dissentire!!! Altro discorso è quello dei limiti costituzionalmente ammissibili.

4. V. A. Pace-M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Commentario della Costituzione, Branca-Pizzorusso, *Il Foro italiano*, Zanichelli, Bologna, 2006; A. Valastro, Art.21, Commentario alla Costituzione, a cura di R.Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Milano, 2006; P. Barile-S. Grassi, voce Informazione (Libertà di), in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. IV, Torino, Utet, 1983, p. 200 ss; L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, *La libertà d'informazione*, Torino, Utet, 1979, p. 6; P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 4.

5. La Cedu (cfr. Kokkinakis c. Grecia del 1993 e Larissis c. Grecia del 1998) ha considerato illecito solo il proselitismo religioso svolto con indebite pressioni su soggetti in stato di difficoltà o violenze psico-fisiche finalizzate alla conversione, o sfruttando rapporti di subordinazione lavorativa.

6. Questo profilo della libertà si trova oggi "espressamente" garantito dall'art. 19 Cost. perché in passato la giurisprudenza prevalente sull'art. 5 della legge sui culti ammessi (che riproduceva l'art. 2 della l. sulle guarentigie pontificie del 1871, definendo "pienamente libera" la discussione in materia religiosa) era favorevole ad ammettere le dotte dispute tra esperti, ma poi orientata ad escludere invece la libertà di usare *slogans* propagandistici avversi alla religione cattolica. Non a caso, Corte Cost. n. 1 del 1956, è intervenuta proprio su questo aspetto, dichiarando illegittimi i limiti imposti dall'art. 113 t.u.l.p.s. al libero volantaggio delle minoranze religiose. Dopo la Costituzione, la compressione della libertà di propaganda delle minoranze religiose è proseguita attraverso il ricorso strumentale all'art. 402 cp sul vilipendio della religione cattolica, ora abrogato (v. Cass. pen. 6 giugno 1961). La dottrina (estendendo il ragionamento usato da Corte Cost. n. 243 del 2001 per la "propaganda antinazionale") esclude che l'incriminazione per vilipendio possa essere applicata alla "propaganda anti-religiosa", ritenendo quest'ultima punibile di per sé soltanto nei casi in cui si profila contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero. Vedi anche come l'incriminazione per vilipendio non si ritiene estensibile alle espressioni di critica e di satira (cfr. Trib. Latina 24/10/06).

può configurare come parte della libertà di espressione; anch'essa, è inutile dirlo, è stata fatta oggetto di attenzioni e di pesanti limitazioni durante i periodi autoritari.

Oggi non vi sono profili di particolare attenzione, per quanto ci interessa, anche se i luoghi d'insegnamento sono da sempre configurabili come spazi di libero pensiero e di particolare autonomia. Gli unici profili rilevanti e più noti che si potrebbero cogliere sono forse quelli legati alle vicende di "eterodossia" nelle università private d'impronta religiosa. I casi più significativi da ricordare sono quelli dei proff. Cordero, prima, e Lombardi Vallauri, dopo. Quest'ultimo è arrivato perfino alla Corte di Strasburgo.

La libertà dell'arte e della scienza rappresenta un altro profilo che potrebbe mostrare delle affinità con il nostro tema. Da sempre gli artisti sono stati in prima linea nelle critiche, anche feroci, ai poteri dominanti: basti pensare al delicatissimo terreno della satira. Da questo punto di vista il profilo della libertà dell'arte e della scienza può essere considerato assai prossimo alla tutela della libertà di espressione in generale, avendo chiaro che in questa parte della Costituzione non è richiamato il limite espresso del buon costume e che la satira gode di un trattamento privilegiato con riferimento soprattutto alla diffamazione.

La libertà di manifestazione del pensiero si collega, infine, a tutti quei valori e a quelle libertà su cui si fonda l'ordinamento democratico delineato dalla nostra Costituzione, a partire dall'art. 1 Cost., dal momento che esso non può correttamente realizzarsi in mancanza di una libera circolazione delle idee e delle opinioni politiche, sociali, religiose, ecc.: si pensi, in particolare, agli artt. 17 e 18 Cost. sulle libertà di riunione e di associazione, agli artt. 39 e 49 Cost. sulle libertà di associazione sindacale e partitica⁷.

La più efficace sintesi di un tale quadro di correlazioni è attribuibile, ancora una volta, alla Corte costituzionale, la quale, con incisiva e felicissima formulazione, come sopra abbiamo ricordato, ha definito la libertà di espressione come «la pietra angolare dell'ordinamento democratico»⁸.

Il contenuto della norma costituzionale e della relativa garanzia, com'è noto, è amplissimo. La manifestazione del pensiero alla quale fa riferimento l'art. 21 Cost. comprende, ormai per pacifica interpretazione, qualsiasi forma di espressione d'idee, di pensieri, di opinioni, di notizie che si ritenga di comunicare, di trasmettere agli altri sul piano più generale. In questa nozione si comprende non solo il pensiero puro ed astratto, ma è compresa anche la pubblicità, la propaganda e perfino l'apologia che il nostro codice continua, ingiustificatamente a considerare reato.

2. I limiti alle libertà costituzionali a tutela del dissenso: Il metodo democratico

A fronte di questa ampia nozione si pone il problema dei limiti ammissibili per questa libertà. Essi devono essere letti ovviamente in chiave restrittiva, altrimenti perderebbe di significato l'affermazione così ampia che abbiamo appena formulato.

I limiti che la nostra Costituzione tollera sono solo i limiti espressi, cioè esplicitamente richiamati nella norma Costituzionale (nel caso il buon costume, inteso come morale sessuale) ed i limiti impliciti, fondati su beni costituzionali di pari valore, che il legislatore applica secondo ragionevolezza, necessità e proporzionalità.

Questi limiti impliciti sono ormai per consolidata interpretazione, l'onore delle persone, la riservatezza e i segreti costituzionalmente giustificati. Non può essere in nessun modo considerato limite implicito l'ordine pubblico che i costituenti non vollero e che la Corte ha malamente interpretato come un contenitore dal quale ricavare ogni possibile limitazione⁹. Di qui la permanenza ancora oggi nel nostro ordinamento di una serie ingiustificata dei reati di opinione.

L'unico limite che si può porre in materia è quello che la Costituzione espressamente richiama è cioè il metodo democratico. Si tratta di un bene costituzionale indubbiamente di pari valore e capace pertanto di limitare l'art.21 Cost. La nozione è presente

7. Sulle affinità e correlazioni tra l'art. 21 Cost. ed altre norme costituzionali, cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984., p. 228.

8. Corte cost. n. 84 del 1969. Sul «particolare valore» che la libertà di manifestazione del pensiero riveste in ogni ordinamento democratico, v. anche le sentt. Corte cost. nn. 9 del 1965, n. 11 del 1968 e n. 126 del 1985. In dottrina, per tutti, cfr. L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali*, Quaderni cost.1987, p. 5; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 48.

9. Cfr. Corte cost. n. 19 del 1962 sull'art.656 cp e sul discutibilissimo salvataggio della contravvenzione per notizie false esagerate e tendenziose; Corte cost. n. 87 del 1966: in questa decisione l'ordine pubblico è inteso come "ordine legale" ma anche come "metodo democratico"; Corte cost. n. 168 del 1971 sull'art.650 cp in riferimento all'"ordine pubblico costituzionale"; Corte cost. n. 16 del 1973 sull'art. 266 cp, istigazione dei militari all'infedeltà. Viene richiamato il "sacro dovere di difesa della patria".

nell'art.49 Cost. ed attiene proprio alla cd materia politica. Del dissenso di natura politica e ideologica abbiamo parlato in precedenza. Un Paese democratico deve tollerare il più ampio confronto di idee, anche e direi soprattutto di quelle più scomode. Il dibattito può avvenire in qualsiasi forma, anche nel modo più aspro e più aggressivo, ma non deve mai minare le radici, l'essenza di quel "metodo democratico" che la nostra Costituzione ha posto alla base del dibattito pubblico.

Questo valore si desume anche dai limiti posti ad un'altra libertà molto vicina all'attività politica, la libertà di associazione (art. 18 Cost.). Il metodo democratico richiama poi un altro principio costituzionale fondamentale al quale abbiamo fatto riferimento in precedenza: quello del pluralismo politico che costituisce un altro pilastro della nostra forma di Stato. Il principio pluralistico costituisce, tra l'altro, struttura portante dell'art.21 della Costituzione. La Corte costituzionale l'ha riconosciuto e sottolineato in alcune sue importanti decisioni¹⁰.

L'unica eccezione costituzionalmente prevista a questa impostazione è quella che ha per oggetto il divieto di ricostituzione del partito fascista ai sensi della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione.

Le varie opinioni, anche in un confronto particolarmente aspro, come diceva Esposito, si bilanceranno tra di loro. Nessuno potrà appellarsi ad una verità ufficiale rispetto alla quale si deve prestare obbedienza, nessuno potrà invocare una delle tante nozioni di ordine pubblico ideale che in definitiva rappresenta l'ideologia politica dominante.

Lo stesso valore della tranquillità e della sicurezza pubblica sono richiamati in altre norme costituzionali sulle libertà (primi fra tutti gli art.16 e 17 Cost. sulla libertà di circolazione e di riunione) e in quei casi possono essere pacificamente applicate. Sarebbe assurdo e incoerente reintrodurre per la finestra ciò che è stato fatto uscire dalla porta. Il riferimento esplicito è proprio all'art.21 Cost.

Il richiamo all'ordinamento democratico che compare in alcune sentenze della Corte costituzionale, anche se presenta qualche assonanza terminologica, con il metodo democratico, è invece concetto molto diverso da questo perché evoca un fine

complessivo cui concorre anche la libertà di pensiero, come altre libertà, ma non può in alcun caso essere concepito come limite alle stesse a meno di evocare pericolosi riferimenti a visioni funzionalistiche.

Lo stesso prestigio delle istituzioni, valore anch'esso evocato in decisioni della Consulta sempre a proposito di alcuni reati di opinione, è valore che è difficile trovare espresso in Costituzione. È difficile anche desumerlo o ricondurlo al dovere di fedeltà della generalità dei cittadini. Non si tratta di un dovere che possa impedire la libertà di espressione che soprattutto deve dirigersi e in senso critico verso le istituzioni rappresentative. Si tratta di un valore incompatibile con le regole di una moderna società democratica. Molti spunti in questo senso possono trarsi dalla giurisprudenza della Corte Edu.

L'unico limite che deriva dal rispetto del metodo democratico è rappresentato dunque dalla violenza. Questa è totalmente bandita dalla lotta politica. A questo proposito possono aiutare i canoni elaborati dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria.

Ragionevolezza e proporzionalità innanzitutto per giudicare in astratto l'ammissibilità di determinate fattispecie di reato e qui rinvio al grande dibattito che dottrina e giurisprudenza hanno costruito intorno alla figura dell'istigazione. Pericolo chiaro e immediato secondo anche i canoni della giurisprudenza americana per chi giudica in concreto l'ammissibilità di un determinato comportamento¹¹. Il criterio del *clear and present danger* si basa sul presupposto che il pensiero non può essere considerato in sé pericoloso e può essere vietato solo a causa del pericolo concreto e in dipendenza del contesto¹². Ancora una volta il rinvio è alla giurisprudenza della Cedudu.

Lo spostamento della responsabilità del giudizio essenzialmente sul magistrato, come spesso ha fatto la Corte con le sue sentenze interpretative, non è esente da rischi e deresponsabilizza troppo il legislatore.

Questa impostazione rende evidente il fatto che la manifestazione del pensiero in quanto tale (il discorso si riferisce essenzialmente alla nozione di propaganda ed anche a quella dell'apologia) difficilmente potrà configurarsi come atto di violenza.

10. V. per tutte Corte cost. n.153 del 1987.

11. Per un'interpretazione dei giudici volta a circoscrivere l'ambito di applicabilità del limite di ordine pubblico, cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 22 novembre 1997, n. 10641, e Cass. pen., sez. I, sent. 8 luglio 1999, n. 8779.; nonché quello sulla legittimità di fattispecie penali concernenti l'istigazione all'odio razziale, etnico e religioso. In senso critico cfr. P. Caretti, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna di attualità in una società multietnica*, in Aa.Vv., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali: scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003, p. 111 ss.

12. M. Manetti, in A. Pace-M. Manetti, *Libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit. pag. 257.

Ha detto efficacemente Biagio De Giovanni: «in fondo dobbiamo pensare che c'è una certa irresponsabilità del pensiero. C'è uno spazio del pensiero che non è ancora lo spazio dell'agire»¹³.

3. I valori da applicare nel sistema dell'informazione: pluralismo, autonomia e indipendenza

Una volta chiarito quali sono le regole costituzionalmente previste dalla Costituzione a tutela delle opinioni minoritarie e del dissenso bisogna valutare quali sono nella società contemporanea gli strumenti di una politica "attiva" capace di valorizzare queste attività come necessario ingrediente democratico.

La prospettiva è quella disciplinata dall'art. 3, secondo comma della Costituzione. Non basta che la Costituzione tuteli un determinato bene. Questa tutela statica, diciamo più esattamente, questa libertà negativa, può essere sufficiente ad impedire che l'ordinamento (in questo caso penalistico) limiti l'esercizio di quella libertà, ma non è sufficiente ad impedire che le opinioni dominanti occupino uno spazio prevalente.

Questo è facilmente percepibile, ad esempio, nel campo dell'informazione ed anche nel più ampio mercato della comunicazione (si pensi non solo alle *news*, ma anche all'intrattenimento e in genere a tutto il settore dell'audiovisivo). Questo mercato, come sempre avviene, è dominato dai poteri economici più forti che hanno un chiaro interesse a sostenere le posizioni di chi governa, se non addirittura a creare essi stessi i soggetti più adatti a governare e ad amplificare le loro idee.

Tutto questo, anche se costituisce chiaramente un territorio decisivo per la formazione di quel consenso che assume un valore determinante in occasione delle competizioni elettorali, appartiene alla logica ineliminabile degli attuali sistemi economici. È questa la ragione per la quale gli Stati liberali hanno cercato, con maggior o minor successo di adottare normative adeguate a reprimere le concentrazioni più vistose in materia di informazione e ad approvare leggi più o meno incisive in materia di conflitti di interesse.

Non sarà un caso se nel nostro Paese non è mai stato facile approvare leggi di questo tipo nonostante che la nostra Corte costituzionale ne avesse invocato

più volte l'approvazione e nonostante i ripetuti richiami di autorevoli organismi di natura internazionale (vedi il Consiglio d'Europa ed in particolare la Commissione di Venezia che di queste cose istituzionalmente si occupa).

La ragione fondante dei servizi pubblici radiotelevisivi in Europa ed in particolare nel nostro Paese è facilmente ricollegabile proprio all'art.3 secondo comma della Costituzione.

Su scala europea l'elemento più significativo di raffronto è oggi costituito dal *Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica negli stati membri*, annesso al Trattato di Amsterdam (2 ottobre 1997). È fondamentale innanzitutto la considerazione introduttiva che collega direttamente «il sistema di radiodiffusione pubblica» alle «esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società, nonché all'esigenza di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione» e che riprende chiaramente le motivazioni di ordine costituzionale sopra richiamate.

Si ritrovano in queste parole molti dei concetti che siamo venuti richiamando. La televisione pubblica per evitare che sul terreno politico si consolidi e si cristallizzi un tessuto di opinioni ufficiali, dominanti o prevalenti, sempre dello stesso segno, per favorire un fisiologico confronto ed anche ricambio di queste opinioni, deve assicurare e preservare determinati valori.

Questi valori definiscono il modo di essere della televisione pubblica. Tre sono in particolare i capisaldi fondamentali che caratterizzano i servizi pubblici in tutta la tradizione europea. Il *principio dell'indipendenza*, quello dell'*autonomia* e quello *pluralistico*. Ci sono importanti sentenze della Corte costituzionale che li hanno richiamati¹⁴. Il principio pluralistico, che costituisce il risvolto del diritto all'informazione, è il principio fondamentale in materia radiotelevisiva e si articola nei due profili del pluralismo esterno e di quello interno. Il pluralismo esterno si collega al principio della concorrenza e richiede che nel sistema operino il maggior numero possibile di operatori diversi tra di loro. Il pluralismo interno vuole invece che il servizio pubblico sia espressione della complessità sociale del paese e sia capace di dare spazio a tutte o almeno alle principali correnti di pensiero. In questo senso il principio caratterizza sia l'aspetto strutturale che quello funzionale della televisione pubblica.

Sono proprio questi i punti di riferimento che mancano nel recente intervento normativo in materia

13. E così prosegue: «Il pensiero ha un enorme spazio libero intorno a sé. Se il pensiero dovesse pensare a tutte le conseguenze che possono nascere dal suo pensare, non ci sarebbe più il pensiero umano. Il reato è nell'azione, non può essere nel pensiero», *Il Messaggero*, 20 ottobre 2015.

14. Corte cost. n.225 del 1974 e n.69 del 2009. Sul principio pluralistico, si vedano, oltre alla già citata, n.153 del 1987, la sent. n.826 del 1988 e soprattutto la sent. n.284 del 2002.

di «governo della televisione pubblica». Questo è anche il motivo per il quale è assolutamente improprio qualificarlo come riforma. La proposta si svolge non solo formalmente, ma anche sostanzialmente all'interno del disegno generale della legge Gasparri e del Testo unico del 2005. Essa appare caratterizzata più da una visione retrospettiva, conservatrice, piuttosto che da un moderno disegno riformatore¹⁵. Basterebbe vedere quel che stanno facendo in questo campo le più importanti democrazie europee (da ultimo il Regno Unito) per capire che esistevano altre strade, già tracciate e facili da percorrere.

Il primo problema che si pone in termini di applicazione dei suddetti principi è quello della composizione dell'organo di governo. L'organo di governo della televisione pubblica deve rappresentare la sintesi della complessità sociale del paese: deve essere plurale. La derivazione parlamentare è importante, ma da sola è insufficiente: il principio pluralistico esige che trovino rappresentanza altri "mondi". Capisco che allargare a questi mondi significa perdere il controllo politico governativo, ma questo è essenziale per realizzare i tre principi che ho richiamato.

Il concetto di *indipendenza* che costituisce uno dei cardini dei servizi pubblici europei è del tutto assente ed infatti la *governance* è fondata su un *accresciuto ruolo dei partiti e del Governo*.

Per garantire autonomia e indipendenza è indispensabile che la scelta dei componenti dell'organo di governo sia fatta del rispetto di rigorosi criteri di competenza e attraverso procedure comparate e selettive (non con nomi estratti dal cilindro della politica). Il problema della revoca per assicurare il principio di responsabilità può essere giusto ma non deve essere affidato alla maggioranza di governo (cfr. Corte n.69 del 2009).

Quella che appare diametralmente opposta al principio di indipendenza è la concentrazione di poteri (che non ha riscontri in Europa) in una sola persona. L'amministratore delegato (gradito al Governo) è un monarca assoluto; la sua nomina viene sostanzialmente ricondotta non tanto alla maggioranza di governo, ma al Governo stesso, anzi al suo premier (che si permette addirittura di ricevere il candidato alla vigilia della nomina)

La Corte costituzionale nella sentenza n. 225 del 1974 ha sancito il principio secondo cui, nello stabi-

lire le «condizioni minime necessarie perché il monopolio statale possa essere considerato conforme ai principi costituzionali», la legge deve prevedere, tra l'altro, che «gli organi direttivi dell'ente gestore (si tratti di ente pubblico o di concessionario privato purché appartenente alla mano pubblica) non siano costituiti in modo da rappresentare direttamente o indirettamente espressione, esclusiva o preponderante, del potere esecutivo e che la loro struttura sia tale da garantirne l'obiettività».

Se si aggiunge che la proposta di legge contiene anche una delega di riordino dell'intera materia, assolutamente priva di veri principi e criteri direttivi, ce n'è abbastanza per giudicare questo intervento del tutto inadeguato nell'ottica di una valorizzazione del pluralismo e dell'indipendenza.

Non vi è tutela attiva della diversità delle opinioni presenti nella società: l'intervento normativo in esame costituisce piuttosto un aperto sostegno a favore del consolidamento di un determinato sistema di valori. Se poi avvenisse qualcosa di diverso nei fatti per un'illuminata concezione di chi è delegato a governare, questo sarebbe del tutto ininfluenza perché sarebbe una graziosa concessione, non dissimile da quei governanti illuminati che abbiamo ben conosciuto nel passato. Il sistema democratico richiede regole precise in omaggio ai principi costituzionali e non casuali circostanze di favore.

4. Una legge elettorale inadeguata

Se l'equilibrio nel sistema dell'informazione rappresenta una sorta di precondizione indispensabile al corretto funzionamento del sistema democratico, il punto nevralgico di questo funzionamento si ritrova certamente nella legge elettorale.

La legge elettorale è stata negli ultimi 40 anni certamente il fulcro delle maggiori tensioni nel dibattito politico del nostro Paese.

Esisteva in precedenza il sistema proporzionale che l'Italia aveva ripreso nell'immediato dopoguerra giudicandolo come il più idoneo a fornire in Parlamento una rappresentanza corretta del corpo elettorale. La partecipazione elettorale era molto alta (in considerazione anche delle scelte decisive di quegli anni) e i partiti avevano un peso relevantissimo nella scelta degli eletti attraverso il sistema delle preferenze.

15. Questo vale anche per il disegno di privatizzazione che sembrava superato dai fatti. Non si capisce che significato abbia mantenere uno schema che, almeno nelle intenzioni, non s'intende realizzare. Privatizzare vuol dire poi, in mancanza di normativa *antitrust*, diminuire il pluralismo. L'impianto pubblicistico, molto marcato, è caratterizzato da una serie di vincoli che i privati non hanno, anche se si ripete spesso che la Rai deve competere ad armi pari con gli altri soggetti sul mercato. Non si dice nulla sulla concessione, che rappresenta la chiave di volta del sistema. L'attuale concessione scade nel maggio del 2016: il silenzio è dunque incomprensibile. Ci si occupa della durata del contratto di servizio ma sembrerebbe ancora più doveroso preoccuparsi della sua efficacia (non presidiata in modo significativo) e dei tempi di approvazione. È singolare il fatto che il contratto del triennio 2013-2015 sia ancora in fase di gestazione!!!

Ci sono stati dei tentativi, negli anni '50, di introdurre formule maggioritarie,¹⁶ ma i veri cambiamenti sono intervenuti negli anni '90, prima con la correzione del sistema delle preferenze e poi con l'introduzione del sistema elettorale maggioritario¹⁷.

La legge Mattarella è rimasta in vigore poco più di 10 anni e dopo alcuni tentativi di correggerla attraverso il referendum (1999) per eliminare la quota proporzionale¹⁸, nel 2005 è stata abrogata e sostituita da una legge proporzionale (*Porcellum*) con un alto premio di maggioranza e liste bloccate. Negli ultimi anni la partecipazione elettorale è andata sensibilmente riducendosi. L'abbinamento con un certo tipo di maggioritario, forse, non è casuale.

Nel 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità parziale del *Porcellum*. Nel maggio del 2015 il Governo Renzi ha fatto approvare l'*Italicum*: una legge elettorale con premio di maggioranza attribuito alla lista che ottenga il 40 per cento al primo turno o che vinca al ballottaggio. Gli eletti sono in parte indicati dai partiti e, per una parte minoritaria, scelti con le preferenze.

Mentre la legge Mattarella è stata accompagnata, anche sull'onda del referendum, da forti consensi parlamentari, le due ultime leggi elettorali, quella del 2005 e quella attuale, sono state oggetto di contestazioni anche violente, non solo da parte dell'opposizione, ma anche da ampi settori della stessa maggioranza, fino al punto che il Governo, con una prassi decisamente inusitata, ha posto la fiducia in alcuni passaggi parlamentari.

Vediamo ora di esaminare questa legge nella nostra prospettiva della tutela delle opinioni minoritarie. Dobbiamo anche domandarci se la legge preveda dei necessari meccanismi di sintesi per consentire alle forze prevalenti di poter concretamente governare.

Diciamo subito che questo secondo obiettivo è assolutamente garantito attraverso due strumenti decisivi. Il primo è rappresentato dal premio di maggio-

ranza del 55 per cento nella Camera dei deputati, cioè, nella sola Camera che, dopo la riforma costituzionale, potrà dare la fiducia. Questa maggioranza assoluta consente al Governo di formarsi agevolmente e di disporre una solida maggioranza iniziale. La seconda, chiamiamola pure "garanzia per il Governo", durante la sua vita parlamentare, è rappresentata dal fatto che la maggioranza degli eletti (cioè i capolista scelti dal partito vincitore) potranno considerarsi "fedeli" agli orientamenti del leader di quel partito e probabilmente presidente del Consiglio.

Per quanto riguarda la tutela delle minoranze, la valutazione si presenta assai più delicata. Prendendo le mosse – com'è inevitabile – dalla sentenza della Corte costituzionale n.1 del 2014 si deve cercare di capire se nella legge si sia rispettato un corretto bilanciamento tra il principio di rappresentanza e tra quello di governabilità (che costituisce uno degli assi centrali di quella fondamentale decisione) e nella consapevolezza che il primo costituisce la regola assoluta e il secondo dovrebbe rappresentare un correttivo che opera in termini di pura "eccezione".

Uno dei nodi centrali che caratterizza la legge è certamente costituito dalle modalità di costruzione del premio di maggioranza che, anche se supera alcune delle obiezioni fatte dai giudici costituzionali, è suscettibile di molte altre valutazioni critiche per la sua struttura che altera il principio maggioritario¹⁹ e costituisce una deformazione del principio di rappresentanza democratica.

Ragionando nella traiettoria della sentenza della Corte è difficile non rilevare che non c'è alcuna soglia per il secondo turno di ballottaggio, tra le due liste più votate al di sotto del 40%, con la conseguenza che potrebbe avere il premio di maggioranza una lista, certamente più votata delle altre, ma che potrebbe aver ottenuto al primo turno una soglia anche molto inferiore al 40%. Si dubita addirittura che questa soluzione corrisponda alle indicazioni della Corte²⁰.

16. Nel 1953 De Gasperi favorì, tra vivacissime contestazioni, l'approvazione di una legge elettorale con un consistente premio di maggioranza (65%) alla Camera dei deputati alla lista o al gruppo di liste collegate che avesse peraltro superato la metà dei voti validi. La legge non ebbe però effetto. Infatti non fu raggiunto, sia pure per pochissimi voti, il *quorum* del 50 % e dopo poco nel 1954 la legge fu abrogata.

17. A partire dagli anni '90 vari movimenti (Segni e radicali) misero sotto attacco il sistema elettorale: prima (1991) per introdurre la preferenza unica e poi (1993), dopo il via libera della Corte costituzionale, con il referendum che sostituiva il sistema proporzionale con il maggioritario. L'anno successivo il Parlamento approvò il cd *Mattarellum*, con i collegi uninominali e che misceleva una quota proporzionale del 25 per cento e il 75 per cento di rappresentanza maggioritaria.

18. Il referendum non raggiunse il quorum del 50 per cento per pochissimi voti.

19. Cfr. V. Onida, *Una legge elettorale che non rispetta la reale maggioranza*, *Corriere della Sera*, 10 marzo 2015; Così anche E. Scalfari, in un'editoriale su *La Repubblica*, di quei giorni, notò che «un premio di maggioranza che non sia attribuito al 50%+1 rappresenta una forte distorsione del sistema elettorale».

20. P. Caretti, *Forum* di Articolo 21 del 19 marzo del 2014 su Legge elettorale e conflitto d'interessi. Si vedano anche gli interventi di G. Azzarini, L. Carlassarre, A. Pace, A. Pertici, F. Sorrentino, R. Zaccaria.

Potrebbe avere un senso la proposta di introdurre, per il secondo turno, un tetto di partecipazione (almeno al 50 per cento) in mancanza del quale i seggi si ripartiscano con il sistema proporzionale. Si sostiene anche che un premio di maggioranza così concepito non esiste in nessuna grande democrazia occidentale, salvo forse la Grecia.

Oggi la legge è approvata, anche se da più parti se ne invoca un riesame. Io credo che, senza comprometterne l'impianto di fondo, si potrebbero modificare alcuni punti collegati ad altrettanti principi costituzionali capaci di rendere il disegno complessivo più conforme ad un corretto bilanciamento tra rappresentanza e governabilità in una democrazia parlamentare.

Senza poter sviluppare questi punti con la dovuta ampiezza mi limito a sintetizzarli rapidamente.

Il primo consiste in un aumento del numero dei collegi per renderli più piccoli in modo tale da consentire una più facile conoscibilità diretta degli eletti senza dipendere da costose campagne elettorali. Il secondo intervento, altrettanto essenziale, riguarda la riduzione del numero dei parlamentari "nominati" sensibilmente al di sotto della soglia del 50% della rappresentanza complessiva. Abbiamo visto negli ultimi anni che un Parlamento di nominati tende facilmente a delegittimarsi.

In terzo luogo è necessario adottare un sistema che vieti o disincentivi le pluricandidature: si tratta di una prassi ereditata dalla precedente legge elettorale e che tende a tutelare leaders grandi e piccoli. In tutte le più importanti democrazie i leaders si sottopongono al giudizio degli elettori. Se non riescono a farsi eleggere è bene che ne traggano le conseguenze, ma non possono alterare per questo la genuinità dell'intero sistema.

Il quarto punto è quello più importante nella prospettiva del nostro discorso. Un vero sistema democratico è quello basato sul principio dell'alternanza e sulla possibilità che movimenti minoritari possano crescere fino a diventare maggioranza. Questa alternanza non può limitarsi solo alla successione al potere di due blocchi consolidati. Bisogna fare in modo che anche nuove forze possano emergere. Non basta stabilire, come la legge fa, una soglia del 3 per cento per consentire ad una forza di entrare in Parlamento. Bisogna fare in modo che queste forze possano allearsi, al secondo turno con forze più importanti ed a loro vicine in modo da consentire a quelle più forti di vincere grazie al loro apporto e a quelle più piccole di crescere sia in forza che in visibilità. Solo in questo modo i piccoli possono diventare più grandi ed aspirare all'alternanza. Negare tutto questo vuol dire semplicemente che si vuole mantenere il sistema bloccato intorno a due forze soltanto.

5. Una riforma costituzionale che semplifica e "concentra" troppo

L'ultimo ordine di considerazioni riguarda il sistema costituzionale.

Anche questo è stato oggetto di un intervento di riforma che è ancora in corso, sia per la procedura che è necessariamente più complessa di una legge ordinaria (art.138 Cost.), sia per i contrasti che ne hanno caratterizzato l'iter. È facile prevedere che la maggioranza che la voterà non sarà ampia ed è altrettanto facile prevedere che vi sarà il referendum nel corso del 2016.

Vorrei dire in estrema sintesi che la riforma costituzionale si basa su alcuni principi del tutto condivisibili che vengono frequentemente ricordati (superamento del bicameralismo eguale, istituzione di una camera rappresentativa delle autonomie, riforma del titolo V) e che costituiranno anche l'asse della campagna referendaria.

Accanto a questi ci sono altri principi meno condivisi (semplificazione delle procedure democratiche di formazione delle leggi, istituti di partecipazione, gratuità degli incarichi politici, elezione degli organi di garanzia) e ci sono scelte decisamente negative (composizione del Senato, drastico ridimensionamento del ruolo delle Regioni, concentrazione enorme di poteri in capo all'esecutivo e alla sua disciplinata maggioranza). Mi limito a richiamare quelli che mi sembrano i difetti più gravi.

Un primo rilievo riguarda il tipo di bicameralismo che discenderà dalla riforma: un bicameralismo decisamente squilibrato. Questo dato emerge a prima vista dall'esame della composizione del Parlamento in seduta comune. Un organo composto da 630 deputati e da 100 senatori è un organo decisamente squilibrato e al limite dell'inutilità. Chi vincerà le elezioni avrà già 340 deputati sulla carta: una maggioranza in grado di condizionare l'intero collegio. Non deve sottovalutarsi poi il fatto che quest'organo è quello che elegge il Presidente della Repubblica. Ma è anche squilibrato il disegno del nuovo Senato, destinato a gestire funzioni che si sono notevolmente ampliate durante i vari passaggi parlamentari. La legittimazione del Senato è riposta su un sistema regionale indebolito ed anche i meccanismi di voto (per testa e non per Regioni) rischia di riassorbire la rappresentanza nello schema della rappresentanza partitica.

Il secondo rilievo riguarda i procedimenti legislativi diversificati: sono troppi e troppo macchinosi. La riforma costituzionale che pur si richiama a principi di semplificazione disegna ben sei diversi procedimenti legislativi (bicamerale, monocamerale partecipato, monocamerale rinforzato, bilancio, decreti legge, corsia preferenziale). Difficile pensare che si

approveranno le leggi più rapidamente ed è difficile escludere che non vi siano numerosi ricorsi di costituzionalità.

Le Regioni, che costituivano il fulcro del pluralismo istituzionale, vengono decisamente ridimensionate. Se la riforma del 2001 aveva avvicinato le Regioni al modello degli Stati federali, questa riforma riporta le Regioni al disegno del 1948. È singolare che questo sia potuto avvenire senza neppure un lamento in ambito regionale. Sullo sfondo s'intravede il disegno di configurare le Regioni come enti essenzialmente amministrativi. Può darsi che a quel punto le funzioni disegnate appaiano eccessive e si potrebbe imboccare tra qualche anno il percorso distruttivo delle Province. Sullo sfondo resta una fortissima e non sempre giustificata differenziazione con le (blindate) Regioni a statuto speciale. La potestà legislativa concorrente viene meno ma si introducono in tutta una serie di materie una nuova incerta distinzione tra differenti livelli delle stesse materie (disposizioni generali e comuni, interesse nazionale, disposizioni di principio o strategiche) a tutto beneficio di un rinnovato contenzioso davanti alla Corte²¹.

Nella nostra prospettiva quel che preoccupa di più è rappresentato da un rafforzamento non bilanciato dei poteri del Governo. Tutte le riforme costituzionali e regolamentari avevano cercato sempre di bilanciare i poteri del Governo con quelli del Parlamento. Questa riforma procede in un senso decisamente opposto. Non si tratta solo della scelta di attribuire la fiducia alla Camera dei deputati dove il Governo disporrà della maggioranza assoluta, ma si tratta di valutare l'insieme delle altre modifiche costituzionali. Si introduce per la prima volta la cd corsia preferenziale per i ddl del Governo con una flebile limitazione di materia ma con la possibilità di proporla senza limitazioni quantitative (esistenti altrove): in questo modo il Governo si impadronisce del potere di determinare l'ordine del giorno del Parlamento, cosa che non era mai avvenuta in passato. I decreti legge sono circondati di maggiori limiti ma restano un potere saldamente nelle mani dell'Esecutivo. La delega legislativa, che avrebbe potuto essere disciplinata, è rimasta tale e quale con la possibilità di principi e di criteri direttivi evanescenti e con lo spostamento delle scelte fondamentali in mano al Governo. La nuova clausola di supremazia nei confronti delle Regioni consente al Governo di attirare nella sua competenza qualsiasi materia sulla carta attribuita alle Regioni.

Conclusioni

A questo punto credo che siano sufficienti pochi elementi di natura conclusiva.

Abbiamo visto che il sistema costituzionale della libertà di espressione e delle disposizioni costituzionali collegate assicurano la più ampia tutela dei singoli e delle formazioni sociali nella comunicazione sia privata che pubblica. Sotto questa tutela amplissima rientra il pensiero politico, religioso, d'insegnamento, scientifico, artistico anche fortemente critico, rivolto verso le istituzioni dello Stato e verso ogni altra istituzione o ordine presente nella società.

È implicito che la tutela di questo pensiero si estenda verso le manifestazioni di dissenso, anche fortemente minoritarie. È proprio la tutela di queste manifestazioni che rappresenta il nucleo fondante della nostra democrazia.

Nel nostro ordinamento questa libertà non è solo una libertà negativa che impedisce lesioni da parte dello Stato ed anche da parte dei privati, ma proprio in ragione del carattere democratico della nostra Repubblica queste libertà esigono *forme attive di sostegno*.

Nel campo dell'informazione questo sostegno attivo significa un obbligo dello Stato di predisporre norme che tutelino il pluralismo esterno e la libera concorrenza tra gli operatori. Nel nostro Paese mancano, soprattutto nel campo della radiotelevisione, delle norme antitrust adeguate che garantiscono pluralismo, concorrenza e che limitino la preponderanza dei maggiori gruppi editoriali. Questa lacuna è evidente fin dalla nascita della televisione privata. Nessun Governo ha saputo o voluto rimediare. Fa molto comodo ai soggetti dominanti in un certo momento storico avere il sostegno della radiotelevisione ed è più comodo trattare con pochi soggetti soltanto.

Nel campo della radiotelevisione pubblica, del servizio pubblico, anziché battersi per l'attuazione dei principi fondamentali di indipendenza, autonomia e di pluralismo interno si è spesso cercato di favorire forme più o meno esplicite di sudditanza, prima ai partiti e spesso direttamente anche al Governo. Nonostante gli espliciti ammonimenti della Corte costituzionale, questo è quello che è avvenuto anche con gli interventi più recenti. Naturalmente ci si è guardati bene anche dall'eliminare in questo campo i più insidiosi conflitti d'interesse.

È evidente che in presenza di queste condizioni la competizione politica risulta viziata: i detentori delle posizioni maggioritarie tendono ad essere sempre più

21. Molto più ampiamente su questi aspetti cfr. U. De Siervo, *I più che discutibili contenuti del progettato art. 117 della Costituzione*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, in corso di pubblicazione, ottobre 2015.

forti e coloro che si oppongono trovano pochissimo spazio per farlo.

A questo si aggiunge sul piano istituzionale una legge elettorale fortemente maggioritaria nel risultato, anche se di impianto inizialmente proporzionale. Nel bilanciamento tra rappresentanza e governabilità, si privilegia decisamente il secondo valore che la Corte anche nella sentenza n.1 del 2014 aveva impostato in termini diversi.

Se poi si tiene conto che le forze emergenti finiscono con l'aver sostanzialmente un solo diritto di tribuna (con la soglia di sbarramento al 3 per cento) e non possono in alcun caso sperare di formare governi di coalizione con le forze politiche maggioritarie, si capisce quanto difficile diventi il ricambio.

Chi è al Governo risulta blindato con una maggioranza di parlamentari fedeli perché scelti direttamente dal partito piuttosto che dal corpo elettorale. Se qualcuno dissentisse sarebbe poi estremamente facile la minaccia dello scioglimento e di un nuovo voto per lasciar fuori gli indisciplinati.

Questo quadro non cambia, anzi peggiora, se si considerano insieme la legge elettorale e quella costituzionale: quest'ultima concentra ulteriormente il potere nelle mani dell'Esecutivo che si trova ad agire in Parlamento con poteri decisamente maggiori.

Ragionando sul terreno della forma di Governo (e lasciando per un attimo da parte la forma di Stato) è difficile trascurare il fatto che la riforma costituzionale determina un fortissimo aumento del peso dell'Esecutivo rispetto al Parlamento. Quali sono gli equilibri che vengono cambiati?

Innanzitutto la fiducia concessa dalla sola Camera eletta con un forte premio di maggioranza che attribuisce al partito vincente la maggioranza assoluta. Sul piano dei poteri, il Governo che dispone di un procedimento monocamerale per le leggi più importanti, vede ridotta forse la possibilità di ricorrere ai decreti legge, ma resta immutata la possibilità

di farsi delegare con principi molto generici grandi spazi di intervento da un Parlamento, senz'altro più "governabile", esiste poi la possibilità aggiuntiva di disporre, per i provvedimenti giudicati essenziali, di una corsia preferenziale che nei risultati non sarà molto diversa dai vituperati decreti legge. Lo stesso Governo conserva la possibilità di chiedere la fiducia con assoluta disinvoltura.

C'è da considerare poi la riduzione del sistema delle autonomie regionali, ricondotte al "peso" del 1947 e rappresentate a livello nazionale da un Senato decisamente più debole. Sono segnali preoccupanti sul piano del bilanciamento dei poteri. Mortati aveva notato che il pluralismo istituzionale derivante dal riconoscimento di forti poteri alle autonomie territoriali rappresentava un forte presidio della democrazia del nostro ordinamento²².

Non si dovrebbe trascurare infine il fatto che il leader in alcuni dei partiti principali ha un tipo di legittimazione molto forte e che ora anche il settore mediatico pubblico rischia di essere caratterizzato da una *governance* molto accentrata e totalmente nelle mani dell'esecutivo. Sono pochi quelli che pensano che il peso della televisione sia secondario nella competizione elettorale.

È difficile, mentre siamo ancora in una fase deliberativa, pronunciare un giudizio definitivo. È indubbio però che in questo modo si rischia di preconstituire realmente una sorta di presidenzialismo di fatto, del tutto privo dei pesi e dei contrappesi che caratterizzano le moderne democrazie.

È indubbio che l'insieme di questi fattori consentono di avvicinare molto la forma di governo che uscirà da queste riforme a quel premierato assoluto di cui parlava Elia a proposito della riforma costituzionale del 2005, poi bocciata dal referendum. Visto però il quadro dell'informazione che abbiamo di fronte, non credo proprio che il prossimo referendum costituzionale possa dare il risultato di allora.

22. C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, Tomo I, Padova Cedam, 1975, p.157 e s.

Vietato dissentire: alle radici della rappresentanza politica*

di Massimo Villone

In questo contributo, l'Autore ragiona sulle recenti trasformazioni della vita parlamentare e di quella all'interno dei partiti; l'Autore rileva dunque – da una pluralità di elementi – che, anche nelle istituzioni rappresentative, abitate da parlamentari eletti senza vincolo di mandato, sempre più si tende a tacitare chi non aderisce “perfettamente” alla linea dettata dalle *leadership* parlamentari o di partito o chi – dai banchi dell'opposizione (o da quelli di una maggioranza “critica”) tenta di emendare disegni di riforma proposti dal Governo. E così il dissenso spesso viene soffocato con la sostituzione di membri di una commissione parlamentare, proliferare di questioni di fiducia (poste anche su temi che riguardano “le regole del gioco”), proposizione di maxi-emendamenti (sino al caso del «maxi-canguro») che hanno l'effetto di far decadere tutti gli altri (tra i quali, spesso, quelli “scomodi”).

1. Sulle riforme il Governo ha sempre ragione

Nel linguaggio comune, il dissenso indica la posizione individuale o collettiva che si pone in contrasto o comunque si allontana da una posizione prevalente. In sé considerato, può mostrarsi come esercizio di una libertà di espressione e di manifestazione del pensiero. Ma nel contesto della politica e delle istituzioni assume la ben diversa funzione di elemento del *decision making process*.

Un tempo, verso il dissenso sarebbe stata cercata la mediazione e la sintesi politica. Da ultimo, invece, il dissenso si stronca, sia nel rapporto tra le forze politiche, sia all'interno di quelle forze. Si tenta di contenerne o impedirne la manifestazione e gli effetti. Ciò è accaduto in particolare per le riforme messe in campo nella XVII legislatura, in corso.

Ciò anzitutto accade per avere posto le riforme come elemento del programma di Governo, e dunque espressione di scelte di indirizzo politico di maggioranza. Tale premessa ha inevitabilmente un effetto divisivo, che definisce il campo di chi beneficia dalla riforma, e chi invece ne riceve un danno. Diviene allora difficile o impossibile il conseguimento del più ampio consenso tra forze politiche diverse e inevitabilmente in competizione. E segue all'inserimento del progetto nel contesto nel rapporto maggioranza-opposizione anche l'affermazione cogente dei principi della disciplina di gruppo.

Il progetto riformatore come elemento di un indirizzo politico di Governo toglie le riforme dal campo della piena sovranità parlamentare, dove l'antica prassi invece le collocava. Nel 1993 il presidente del Consiglio Ciampi nel discorso programmatico¹ impegnò il Governo nell'attuazione della volontà popolare

* Il presente scritto riprende in alcune parti le riflessioni da me già svolte, che si possono leggere in *Il Tempo della Costituzione*, V ed., Roma, 2014, part. Cap. IV; *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in *Costituzionalismo.it*, 22 giugno 2015; e in articoli pubblicati su *Il Manifesto*.

1. «... La questione elettorale è la priorità assoluta... L'indicazione referendaria inequivocabilmente chiara, la consapevolezza del danno per

espressa nel referendum del 18 aprile di quell'anno. Ma l'iniziativa dei disegni di legge che si tradussero poi nelle leggi 276 e 277 del 1993 (*Mattarellum*) rimase parlamentare. Invece nel 1999 il Governo, con la firma del presidente D'Alema e del ministro Amato, presentò l'AC 5830, recante «Ordinamento federale della Repubblica» che divenne poi il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. La motivazione allora adottata per l'abbandono dell'antica prassi fu che si riprendeva la proposta approvata dalla Commissione Bicamerale per le riforme, e poi sepolta dal cambio di strategia di Berlusconi². In ogni caso, che fosse una riforma esclusivamente di maggioranza, approvata con il contrasto frontale dell'opposizione, è dimostrato dal fatto che in seconda deliberazione con la maggioranza assoluta a 312 i voti favorevoli furono solo 316³. Analogamente, nel 2003 fu presentato dal Governo l'AS 2644, recante una vasta modifica della Parte II della Costituzione⁴. Il disegno di legge giunse alla definitiva approvazione in un contrasto frontale tra maggioranza e opposizioni e con ripetute minacce di crisi di Governo da parte della Lega nel caso di fallimento.

Nella XVII legislatura il Governo Letta esplicitamente ha legato la propria permanenza in carica

alle riforme⁵. Ha preso l'iniziativa con un disegno di legge costituzionale volto a disegnare un procedimento speciale di revisione⁶, che si è intrecciato con un percorso parallelo di elaborazione da parte di "saggi", prima ad opera del presidente della Repubblica⁷, e poi da parte dello stesso Governo⁸. Lo scopo di tali iniziative era quello di vestire di un'apparente neutralità il tema delle riforme, in qualche modo rendendo al governo più agevole avanzare una propria proposta e orientare su questa i successivi lavori parlamentari. Ma questo non poteva togliere la riforma ad iniziativa dell'esecutivo dall'orbita dell'indirizzo politico di governo. E nemmeno rilevava a tal fine che il governo Letta potesse considerarsi un esecutivo tecnico o del Presidente, poiché anche un siffatto governo è politicamente responsabile, e lo è certo per la presentazione di una proposta riformatrice.

Con il governo Renzi l'iniziativa dell'esecutivo sulle riforme istituzionali è stata ribadita⁹, insieme al legame con la permanenza in carica. Il contenuto delle riforme è stato stabilito in un accordo (il cd patto del Nazareno) introdotto nel dibattito sulla legge elettorale già in corso alla Camera attraverso un testo unificato presentato il 21 gennaio 2014 dal relatore

ogni aspetto della vita del Paese che deriverebbe dal non provvedere, consentono, impongono, al Governo di uscire da quella che, in altre stagioni politiche, era intesa come una neutralità dovuta sulle questioni elettorali. ... Il Governo faciliterà e solleciterà per quanto ad esso compete ... l'attività parlamentare volta all'approvazione di una nuova normativa elettorale». Camera dei deputati, XI leg., 6 maggio 1993.

2. Come dimostra l'attacco portato al progetto approvato: Camera dei deputati, XIII leg., 28 gen. 1998.

3. Camera dei deputati, XIII leg., 28 febbraio 2001,.

4. Il ddl recava le firme di Berlusconi, Fini, Bossi, Buttiglione, Pisanu e La Loggia.

5. «... fra diciotto mesi verificherò se il progetto sarà avviato verso un porto sicuro. Se avrò una ragionevole certezza che il processo di revisione della Costituzione potrà avere successo, allora il nostro lavoro potrà continuare. In caso contrario, ... non avrei esitazione a trarne immediatamente le conseguenze». Così Letta il 29 aprile 2013, nel discorso programmatico nella Camera dei deputati, in cui avanza anche la proposta, poi abbandonata, di istituire una Convenzione aperta anche alla partecipazione di esperti non parlamentari, che avrebbe dovuto partire dalle conclusioni del Comitato dei saggi istituito dal Presidente della Repubblica.

6. XVII leg., AS 813, *Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali*, presentato il 10 giugno 2013, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00703332.pdf>. Il ddl reca le firme di Letta, di Quagliariello, ministro per le riforme costituzionali, e di Franceschini, ministro per i rapporti con il Parlamento. Il ddl viene poi abbandonato in seguito alla mutata situazione politica che vede il PDL frantumarsi, con la formazione dei gruppi NCD che rimangono nella maggioranza e nel Governo. Letta prende atto della necessità di tornare al procedimento di revisione ex art. 138 intervenendo in Senato nel dibattito su una questione di fiducia l'11 dicembre 2013.

7. Il gruppo di "saggi" istituito dal presidente Napolitano era composto da Mauro, Onida, Quagliariello e Violante. La *Relazione Finale* si trova in http://www.quirinale.it/qnrw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_relazione_finale.pdf.

8. Per la istituzione e la composizione della Commissione istituita dal Governo v. http://www.governo.it/AmministrazioneTrasparente/DisposizioniGenerali/AttiGenerali/OrdinamentoPCM/OrganizzazioneInterna/DPCM_20130611_Comm_rif_istitut.pdf. La relazione finale si legge a <http://riformecostituzionali.gov.it/primo-piano/283-disponibile-il-volume-per-una-democrazia-migliore-relazione-finale-e-documentazione-in-formato-digitale.html>.

9. Nel discorso programmatico in Senato il 24 febbraio 2014 Renzi assume l'insieme delle riforme tra le priorità del Governo: «... esiste un nesso netto tra l'accordo sulla legge elettorale, la riforma del Senato e la riforma del Titolo V: sono tre parti della stessa faccia» http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=00750049&part=doc_dc-ressten_rs-gentit_cdpdcdmecc&parse=no.

on. Sisto¹⁰. E l'8 aprile 2014 è stato presentato in Senato il ddl di riforma della parte II della Costituzione, a firma del presidente Renzi e del ministro Boschi¹¹. Il patto si è dissolto con l'elezione di Mattarella alla carica di Presidente della Repubblica, per la *querelle* sul punto che il patto stesso comprendesse o meno per il Quirinale una scelta diversa. Ma intanto il percorso delle riforme era avviato.

In un contesto di frammentazione e di contrasto frontale sono cruciali la coesione della maggioranza e la disciplina di gruppo, insieme agli strumenti regolamentari che possono essere utilizzati per mantenere nelle mani del Governo e della maggioranza il controllo dei tempi e dell'agenda parlamentare. Risultato che si può alla fine ottenere solo reprimendo il dissenso interno alle forze politiche, e limitando il dibattito in Commissione e Aula. Dunque, anche comprimendo il libero esercizio delle proprie funzioni da parte del parlamentare, e l'effettiva capacità di rappresentare la Nazione senza vincolo di mandato, come l'art. 67 della Costituzione prescrive. Ne vediamo alcuni casi emblematici.

2. Chiudere il microfono ai dissenzienti: la sostituzione forzosa di componenti nelle commissioni

Nel maggio 2014 è in discussione presso la Commissione affari costituzionali del Senato l'AS 1429, di riforma della Parte II della Costituzione. Il ddl riflette l'orientamento per un Senato non eletto direttamente. Almeno tre senatori della maggioranza – Chiti (PD), Mauro (PI) e Mineo (PD) – sono contrari alla proposta, e mancando il loro voto si potrebbe arrivare in Aula con modifiche sostanziali e sgradite al Governo. Un segnale viene il 6 maggio 2014, con l'adozione come testo base in Commissione affari costituzionali della proposta governativa di Senato non elettivo, in-

sieme all'approvazione di un odg Calderoli di segno esattamente opposto¹². I gruppi di maggioranza procedono allora d'autorità alla sostituzione di Mauro e Mineo¹³.

Analoga vicenda si svolge qualche tempo dopo alla Camera per la legge elettorale. Il 20 aprile 2015 l'Ufficio di presidenza del gruppo parlamentare PD decide la sostituzione nella Commissione affari costituzionali della camera di ben dieci componenti, tutti appartenenti alla minoranza del partito, per il dissenso manifestato sulla proposta in discussione. La sostituzione vuole – secondo l'indicazione del Governo – evitare che la Commissione modifichi il testo uscito dal Senato. La sostituzione vale per la sola proposta di legge elettorale, e non è stata né richiesta né consentita dagli interessati, che anzi la rifiutano. Dunque, una rimozione forzosa mirata a determinare l'esito dell'esame in Commissione¹⁴.

La prassi in entrambe le Camere conosce la sostituzione temporanea di componenti nelle Commissioni per una o più sedute¹⁵, ad esempio quando il tema in discussione richiede una competenza specialistica che altro parlamentare possiede. Ma si tratta ovviamente di sostituzioni concordate, e la rimozione forzosa è altra cosa. Al tempo stesso, la Costituzione stabilisce che le Commissioni siano composte in modo da riflettere il rapporto tra i gruppi parlamentari. Da ciò si evince che ciascun gruppo ha il diritto di vedere espresse nelle Commissioni posizioni coerenti con quelle assunte dal gruppo stesso sulle materie in discussione. Ed è su questa premessa che i regolamenti parlamentari assegnano ai gruppi il potere di indicare per ciascun proprio componente la Commissione di appartenenza¹⁶.

Ma la domanda è: una volta che la scelta sia stata fatta, si può – attraverso una nuova designazione – rimuovere temporaneamente o definitivamente il parlamentare dall'incarico prima assegnato? In altre parole, la sostituzione può considerarsi un ordinario

10. <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2014/01/21/leg.17.bolo161.data20140121.pdf>.

11. AS 1429, «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione».

12. <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=764862>.

13. Per Chiti la situazione sembrava presentarsi almeno formalmente diversa, in ragione della sua titolarità di altri incarichi parlamentari. *Riforme istituzionali: Mario Mauro sostituito in commissione al Senato. Corradino Mineo ago della bilancia*, in *Huffingtonpost.it*, 10 giugno 2014.

14. http://www.repubblica.it/politica/2015/04/20/news/italicum_in_commissione_135_emendamenti_11_sono_del_pd-112396104.

15. Possibilità espressamente prevista dai regolamenti: v. art. 19.3 reg. Camera, e 31.2 reg. Senato.

16. La disciplina di dettaglio si trova nei regolamenti interni dei gruppi. Ad esempio, il regolamento del gruppo PD Senato dispone (art. 7, co. 4, lett. e) che il direttivo designa i senatori per le Commissioni permanenti e per gli altri incarichi parlamentari. Quindi non è dubbio che la scelta della Commissione è rimessa alla volontà del gruppo, e non a quella del singolo parlamentare.

e fisiologico nuovo esercizio del potere di designazione spettante al gruppo? O comunque esercizio di un potere di rimozione necessariamente complementare al potere di designazione?

La risposta è negativa, per molteplici ragioni. Un primo ordine di argomentazioni è fondato sull'art. 67 della Costituzione, norma cui la regola parlamentare deve comunque prestare osservanza.

Non è infatti dubbio che il divieto di mandato imperativo comporti per l'eletto la libertà di determinarsi nei comportamenti, nelle opinioni e nei voti. Né è dubbio che tale libertà sia data all'eletto anche all'interno dell'ordinamento parlamentare. Per questo la disciplina di gruppo pone problemi spesso delicati e complessi. È ben vero che un gruppo deve poter tutelare la propria composizione, compattezza e capacità di formulare e attuare un indirizzo. Sarebbe sin troppo facile in caso contrario a una quinta colonna operare dall'interno recando grave danno all'immagine e alla capacità di azione politica. Ma la disciplina di gruppo di certo incontra dei limiti. Ad esempio, non sembra dubbio debba comunque arrestarsi di fronte al caso di coscienza. Nozione, questa, da intendersi in senso lato, come estensibile a questioni di particolarissimo rilievo come certo sono quelle che in vario modo toccano la natura stessa dell'istituzione di cui si fa parte.

Gli stessi regolamenti interni dei gruppi danno rilievo al pluralismo interno e al dissenso¹⁷. La rimozione forzosa di parlamentari dissenzienti non trova solidi fondamenti. Emerge un conflitto tra la tutela accordata sia alla libertà del singolo parlamentare, sia all'identità politica del gruppo di appartenenza. Se la composizione in sede politica fallisce – come nei casi richiamati – bisogna in principio perseguire la soluzione che sia meno lesiva per entrambi i beni protetti. E qui, oltre all'argomento fondato sull'art. 67 Cost., troviamo una seconda argomentazione di ordine sistematico.

Vediamo infatti che il bavaglio imposto al parlamentare con l'estromissione forzosa dalla Commissione non era l'unica via percorribile. Sia per i senatori che per i deputati il dissenso era dichiaratamente mirato alla singola questione, e non volto in via gene-

rale alle politiche del gruppo. E qualunque esito non gradito della votazione in Commissione sulla legge elettorale o sulla riforma costituzionale avrebbe potuto essere agevolmente corretto in Aula in via emendativa. Solo se ci si fosse trovati in Commissione in sede deliberante – ma tale non era il caso – la linea politica del gruppo avrebbe potuto eventualmente mostrarsi irrimediabilmente distorta dal voto espresso dal singolo parlamentare in dissenso dal gruppo medesimo.

Certo, il gruppo avrebbe subito un costo politico dal dissenso. Ma, se fosse stato ritenuto intollerabile, ci sarebbe stata un'alternativa. E qui troviamo il terzo argomento. Sarebbe stata infatti possibile l'espulsione dal gruppo, cui sarebbe seguita la sostituzione definitiva in Commissione con un parlamentare espressione del gruppo. Qui vediamo il modo corretto di affrontare la rottura non recuperabile dell'*idem sentire* tra parlamentare e gruppo di appartenenza. Espulsione dal gruppo, e conseguente estromissione del parlamentare dissenziente dalla Commissione non per le opinioni manifestate o i voti espressi in dissenso, ma in applicazione del principio costituzionalmente sancito di corrispondenza tra la composizione della Commissione e il rapporto tra i gruppi parlamentari.

La sostituzione forzosa in Commissione per il singolo affare nel caso di dissenso non sembra invece essere la soluzione corretta. Ancor più se adottata per grandi numeri, come è stato nella Camera dei deputati, indicando ciò che il problema sarebbe più appropriatamente collocato in una sede di partito.

C'era rimedio per la sostituzione d'autorità? Il regolamento del gruppo PD prevede che contro le sanzioni è ammesso il ricorso all'assemblea del gruppo. Ma in un caso come quello in esame è un rimedio inefficace, essendo il dissenso volto contro la linea che il gruppo sostiene a larga maggioranza.

Nella specie, si può ritenere che le presidenze delle assemblee avrebbero potuto e dovuto intervenire per bloccare la sostituzione. I regolamenti parlamentari non riconoscono ai presidenti poteri specifici sulle decisioni dei gruppi. Non potrebbero certo opporsi, ad esempio, all'espulsione di un componente dal gruppo parlamentare motivata con la connivenza con l'avversario politico. Ma è anche vero che il Pre-

17. Il regolamento PD Senato all'art. 2 dispone che: il gruppo riconosce e valorizza il pluralismo interno (co. 1); riconosce e garantisce la libertà di coscienza dei Senatori (co. 3); su questioni che riguardano i principi fondamentali della Costituzione repubblicana e le convinzioni etiche di ciascuno, i singoli Senatori possono votare in modo difforme dalle deliberazioni dell'Assemblea del Gruppo ed esprimere eventuali posizioni dissenzienti nell'Assemblea del Senato a titolo personale (co. 5). Coerentemente, per le sanzioni – art. 13: richiamo orale; richiamo scritto; sospensione dalle cariche interne al gruppo o dalla partecipazione all'assemblea del gruppo; esclusione dal gruppo - il regolamento non menziona il dissenso. Bisognerebbe si trattasse di un dissenso sufficientemente grave o ripetuto, tale da rientrare in una delle fattispecie indicate, e da non poter essere riportato nelle tutele di cui all'art. 2 prima citato.

Il gruppo PD della Camera dei deputati ha uno "Statuto" approvato per la XVII legislatura il 25 marzo 2013: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/file/documenti/statuto_pd.pdf. Per l'art. 1.4 «4. Il pluralismo è elemento fondante del Gruppo e suo principio costitutivo. Esso si basa sul rispetto e la valorizzazione del contributo personale di ogni parlamentare alla vita del Gruppo, nel quadro di una leale collaborazione e nel rispetto delle norme del presente Statuto». Per l'art. 2.2 «Ogni aderente al Gruppo nello svolgimento della sua attività parlamentare si attiene agli indirizzi deliberati dagli organi del Gruppo, che sono vincolanti».

sidente è in termini di principio garante del rispetto delle regole - *in primis* quelle costituzionali - nell'ambito dell'ordinamento particolare dell'istituzione. Da questo punto di vista, non può rimanere indifferente rispetto a possibili violazioni dei diritti costituzionalmente garantiti del singolo parlamentare. E dunque un intervento del Presidente, volto a bloccare la sostituzione forzosa di un parlamentare unicamente motivata sul dissenso e volta a modificare gli equilibri esistenti in Commissione in vista di uno specifico voto, avrebbe potuto ipotizzarsi.

3. Il “maxi-canguro” contro ostruzionismi e dissensi

Il 21 gennaio 2015 in Senato nel corso della discussione sugli AS 1385 e 1449 viene approvato l'emendamento 01.103, a firma Esposito – oggi, art. 1 della legge 52/2015. L'emendamento premette all'art. 1 dell'*Italicum* un articolo 01 recante in sintesi gli indirizzi generali desumibili dall'intera proposta, e fa decadere migliaia di emendamenti¹⁸. In pratica, un solo emendamento decisamente contribuisce a imbavagliare ostruzionismi e dissensi.

Si dice sia stata applicata una tecnica – il “canguro” – ben nota alla prassi parlamentare. Ma non è così. Il principio alla base del “canguro” è che l'assemblea non può essere chiamata a votare nuovamente su quello che ha già deciso. Quindi, se un emendamento viene rigettato, il voto travolge anche gli altri emendamenti di contenuto sovrapponibile al primo, assumendo tra l'altro che uguale volontà esprimerebbe l'Aula votandoli uno a uno. Si salta all'emendamento successivo, e da qui il nome. Ma è corretto ritenere che il voto negativo su un emendamento ne travolga altri solo fino a quando si può assumere che in tutti gli emendamenti vi sia una parte coincidente, e che questa sia assorbente per il merito dell'emendamento nel complesso¹⁹. E va nella specie ricordato che per l'art. 72 Cost. la legge elettorale è necessariamente discussa e approvata in assemblea articolo per articolo. Per l'art. 100 del regolamento Senato gli emendamenti seguono la stessa logica.

L'emendamento in questione non richiamava altri articoli, commi, emendamenti, e non ne toccava quindi il contenuto normativo specifico. Nemmeno

poneva norme autonomamente applicabili. Né infine rispettava il principio della discussione e approvazione articolo per articolo, come è provato proprio dalla decadenza di emendamenti a molteplici articoli del disegno di legge. Come è stato detto in Aula, al più avrebbe potuto configurarsi come ordine del giorno.

Seguendo la logica dell'emendamento Esposito basterebbe – sotto le mentite spoglie di emendamento – anteporre a qualsiasi disegno di legge un riassunto dei suoi contenuti e approvarlo per far ritenere preclusi tutti gli emendamenti. Un bavaglio istantaneo e, se fatto dal Governo, una sostanziale ghigliottina disponibile in ogni momento, con effetti di fatto analoghi a quelli ottenibili attraverso una questione di fiducia, ma senza l'attivazione dello speciale procedimento a tal fine previsto e senza l'assunzione di una specifica responsabilità. Ciò prova il tradimento della lettera e dello spirito della Costituzione e del regolamento. Nel caso specifico, in una materia cruciale, come è quella elettorale.

È del tutto ovvio che una tecnica emendativa come quella descritta può essere utilizzata in modo mirato e con efficacia per sterilizzare il dissenso interno ai gruppi parlamentari, evitando che giungano al voto gli emendamenti sui quali componenti del gruppo annuncerebbero in Aula il proprio voto in dissenso. Rimanendo quegli emendamenti preclusi, il dissenso viene reso invisibile, e dunque politicamente irrilevante.

L'emendamento 01.103 avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, in quanto privo di «reale portata modificativa» (art. 100.8 reg. sen.).

4. Questioni di fiducia sulla legge elettorale

Nel dibattito nella Camera dei deputati il 28 aprile 2015 il Governo ha posto la fiducia sugli artt. 1, 2, 4 della proposta di legge elettorale in discussione²⁰. Tale iniziativa avrebbe dovuto essere preclusa, ai sensi degli artt. 49 e 116 del regolamento. La presidente Boldrini ha ritenuto diversamente.

Per l'art. 49 il voto è palese, salvo che per alcune materie enumerate in cui è necessariamente segreto, e per alcune altre in cui è segreto a richiesta di almeno 30 deputati (art. 51). Tra queste ultime – voto segreto

18. Per l'elenco degli emendamenti preclusi <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Testi/Allegati/00000184.pdf>.

19. Un esempio. Primo emendamento: «è rinviato l'inizio del procedimento per ...». Secondo: «è rinviato l'inizio dell'anno scolastico ...». Terzo: «è rinviato l'inizio della stagione venatoria ...». Non sarebbe una corretta applicazione del canguro mettere in votazione per il primo le parole «è rinviato l'inizio», e assumere che il voto negativo travolga anche gli altri due. Ovviamente, non si potrebbe desumere dal rigetto che l'assemblea sia contraria ad ogni rinvio, di qualsiasi oggetto o finalità. Ugualmente scorretto sarebbe mettere in votazione il rinvio come principio unificante, e trarre dal voto negativo il rigetto.

20. <http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0417&tipo=stenografico#sedo417.stenografico.tito0070.subo0020>.

a richiesta – troviamo appunto la legge elettorale. Per l'art. 116 la questione di fiducia non può essere posta «su tutti quegli argomenti per i quali il Regolamento prescrive votazioni per alzata di mano o per scrutinio segreto». Il che è ovvio, visto che la fiducia si vota per appello nominale. La domanda dunque è: lo scrutinio segreto a richiesta sulla legge elettorale ex art. 49 si configura come voto segreto «prescritto» ai sensi dell'art. 116? O deve considerarsi «prescritto» solo il voto «necessariamente» segreto, e cioè segreto anche in assenza di richiesta?

La risposta corretta è che anche il voto segreto a richiesta - beninteso, una volta che la richiesta sia stata avanzata - deve considerarsi «prescritto» ai sensi dell'art. 116, e dunque idoneo a determinare la preclusione della questione di fiducia. Bisogna partire dalla considerazione che la modalità di votazione in ambito parlamentare non è mai oggetto di valutazione discrezionale. Che il voto sia segreto o palese non discende da una scelta di opportunità, ma dal dettato regolamentare. Ciò per ovvi motivi di garanzia dei singoli parlamentari e delle forze politiche, in specie di minoranza.

Ci può essere un «dubbio sull'oggetto della deliberazione», cioè un dubbio interpretativo se una fattispecie rientri o meno nelle materie per cui il voto è segreto o palese. Ma, sciolto il dubbio da parte della presidenza dell'assemblea, eventualmente con il parere della Giunta per il regolamento, il voto è obbligatoriamente determinato dalla norma regolamentare. Quindi, la modalità di votazione è sempre «prescritta».

Nel caso, non c'era alcuna possibilità di dubbio interpretativo, poiché la legge elettorale è esplicitamente inclusa nell'elenco delle materie per cui il voto è segreto a richiesta. E pertanto la questione di fiducia avrebbe dovuto considerarsi preclusa ai sensi dell'art. 116, laddove il voto segreto fosse stato richiesto (come è accaduto).

Anche i precedenti suggerivano che lo strumento della fiducia non poteva essere utilizzato. Nel gen-

naio 2014 la Camera discuteva la legge elettorale. Sulla pregiudiziale di costituzionalità a prima firma Migliore (allora capogruppo di SEL, ora Pd) si votò a scrutinio segreto, su richiesta dello stesso Migliore²¹. Nessuno parlò di fiducia.

Quanto alla fiducia posta sugli articoli della legge elettorale, un precedente si trova con De Gasperi e la cd legge truffa. Lo stesso De Gasperi, intervenendo alla Camera il 17 gennaio 1953, difese la richiesta di fiducia argomentando che l'iniziativa del Governo sulla legge elettorale era giustificata dall'intento di rafforzare il centro politico contro il rischio per la democrazia posto da una possibile saldatura tra le ali estreme e anti-sistema. Ma sottolineò che il premio sarebbe scattato solo se voluto dalla maggioranza assoluta degli elettori²². Ribadì poi questa caratteristica nel porre la fiducia in Senato nella seduta dell'8 marzo²³. Il Presidente dell'assemblea tenne a precisare che la richiesta di fiducia non costituiva precedente²⁴. E la questione di fiducia fu definita una «mostruosità»²⁵ dall'allora senatore Pertini, futuro Presidente della Repubblica.

Più in generale, va considerato che la validità di un richiamo al precedente non è data soltanto dalla mera ripetizione di un comportamento tenuto in passato. Il precedente va visto anche nel contesto in cui il comportamento si colloca.

In termini generali, dopo la sentenza 1/2014 qualsiasi precedente avrebbe dovuto essere valutato con estrema cautela. La sentenza poteva anche – secondo l'opinione prevalente e il suggerimento della stessa Corte – non inficiare la legittimità formale del Parlamento in carica. Ma certo determinava una situazione eccezionale e priva di riscontro nel passato. Ne veniva ineluttabilmente che il rapporto tra le forze politiche era falsato dall'indebito vantaggio nei numeri parlamentari concesso ad alcune di esse dal premio di maggioranza dichiarato illegittimo. Questo avrebbe dovuto togliere peso e significato ai precedenti volti a garantire un dominio maggioritario dei lavori in Commissione e in Aula. Il fulmine che colpisce la

21. Camera dei deputati, XVII leg., 31.01.2014, p. 9-11.

22. Camera dei deputati, I leg. 17 gennaio 1953, p. 45485 e 45488: «Egredi colleghi, qualunque sia il vostro giudizio sulla legge, potete chiamarla come volete voi, ma non potete negare questo: che la decisione viene presa a maggioranza assoluta, ci vuole la maggioranza per lo schieramento, e che solo lo schieramento che raggiunge la maggioranza assoluta avrà una maggioranza dei propri seggi ... abbiamo introdotto una maggioranza ridotta in favore dello schieramento che nella Nazione avrà raggiunto la maggioranza assoluta dei voti ...». http://legislature.camera.it/_dati/leg01/lavori/stenografici/sed1074/sed1074.pdf.

23. Senato della Repubblica, I leg., 8 marzo 1953, p. 3923: «... la legge, nella sua applicazione, dipende infine dal voto popolare, giacché sarà la maggioranza degli elettori che deciderà se il premio funzionale verrà raggiunto o meno e in qual misura esso risulti ...». <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/487882.pdf>.

24. *Ibidem*.

25. Senato della Repubblica, I leg., 10 marzo 1953, p. 39351, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/487886.pdf>.

maggioranza nel suo momento genetico colpisce fatalmente al tempo stesso il suo diritto a governare.

Le presidenze delle Assemblee avrebbero dovuto interpretare regolamenti, prassi e precedenti con intelligenza istituzionale volta a tenere conto di tale eccezionalità. Al contrario, l'esperienza parlamentare recente ha conosciuto un uso mai visto prima di strumenti volti a comprimere la dialettica parlamentare. Proprio nel momento in cui ne veniva colpito il fondamento con la sentenza 1/2014, alla maggioranza numerica in Parlamento sono stati consentiti strumenti di ampiezza inusitata rispetto al passato.

Se quanto è accaduto dovesse consolidarsi in precedenti e prassi²⁶, il Parlamento scivolerebbe verso uno scenario di dittatura di maggioranza, contribuendo in tal modo ad aggravare ulteriormente il *deficit* di rappresentatività che le riforme – quella elettorale già approvata e quella costituzionale *in itinere* – decisamente prefigurano. Mentre la libertà nella dialettica tra le forze politiche e nell'espletamento del mandato elettivo da parte dei singoli parlamentari si mostra elemento necessario per la vitalità, oggi quanto mai necessaria, dell'istituzione parlamentare.

26. Per considerazioni ulteriori v. il mio *Italicum. Un danno è per sempre*, in *Il Manifesto*, 6 maggio 2015, p. 1.

Un sogno proibito, ma legittimo

di Umberto Romagnoli

Gli interessi del datore di lavoro e quelli del lavoratore non sempre coincidono e – nel rapporto di lavoro – esiste una parte forte e una categoria sottoprotetta. In questo contributo, l'Autore segue la traiettoria del diritto del lavoro, dalla legislazione corporativa alle speranze indotte dalla Carta costituzionale, sino alla constatazione del fatto che, oggi, tornano a prevalere le logiche economiche. E qui si innesta una riflessione sul senso profondo di una disciplina – quella del diritto del lavoro – che sempre più sembra faticare a trovare una propria missione. Per adempiere alla sua funzione di garanzia, il diritto del lavoro deve godere di consenso nella società, nelle istituzioni e nell'accademia. Ma una società sempre più stretta dalla crisi, un'accademia sempre meno incline a riconoscere la speciale autonomia del diritto del lavoro non sembrano in grado di garantire questa base di consenso. Per dirla con l'Autore, sembra che «il lavoro abbia potuto rompere un millenario silenzio a condizione di metabolizzare il divieto di non alzare troppo la voce».

1. Riempiva di sé il mondo reale; ma, per millenni, la sua insignificanza culturale si sommava all'ininfluenza politica. Per questo, dal punto di vista giuridico, il lavoro non poteva che essere irrilevante. Diversamente, non si spiegherebbe perché la tradizione giuridica del lavoro impallidisca al confronto con quella della proprietà il cui antichissimo diritto ha costituito la spina dorsale delle grandi codificazioni dell'età moderna.

In effetti, la prima differisce dalla seconda per durata, ampiezza e profilo. Nella forma più familiare ai contemporanei, il lavoro dipendente incontra il diritto soltanto in seguito all'avvento dell'industrializzazione e il "suo" diritto, destinato a restare il più eurocentrico dei diritti nazionali, è venuto al mondo con la sola pretesa di aggiustarlo un po'. Niente di più, perché è un diritto a misura d'uomo. Ma questo è un minimalismo che, sonora come una frustata, la sua denominazione accademica dissimula. Facendo cadere l'accento su un vincolo di appartenenza indimostrato e indimostrabile, tende all'iperbole. Infatti, quello del lavoro è un diritto che dal lavoro ha preso convenzionalmente il nome, ma soltanto in parte anche le ragioni. Pertanto, si può seguire a

parlare di diritto *del* lavoro purché si sappia, e non si perda mai di vista, che bisognerebbe accompagnare la locuzione con un ammiccamento (il corsivo o le virgolette, se usata per iscritto o un colpetto di tosse o di gomito, se pronunciata) suscettibile di evocare una prospettiva di senso meno mistificante di quella che traspare. La verità è che questo diritto è del lavoro non più di quanto sia contemporaneamente del capitale. Però, poiché la bipolarità (o, se si preferisce, l'ambivalenza od anche l'ambiguità) è l'insopprimibile caratteristica strutturale del diritto del lavoro nella misura in cui ne fa uno strumento di emancipazione ed insieme di repressione, non possono non considerarsi modificabili i compromessi via via raggiunti. La contesa rimane costantemente aperta, probabilmente non si esaurirà mai e l'ultimo compromesso sarà rinegoziato. Ecco il punto-chiave: la reversibilità delle soluzioni adottate. Gérard Lyon-Caen diceva che il diritto del lavoro «c'est Pénélope devenue juriste». Per quanto impietosa, la rappresentazione è condivisibile, perché è la storia a dirci che il lavoro ha potuto rompere un millenario silenzio a condizione di metabolizzare il divieto di non alzare troppo la voce.

Il divieto ha lo scopo di proteggere l'aspettativa del datore di lavoro di poter contare su una manodopera non solo docile e ubbidiente, ma anche pronta a identificare il proprio interesse in quello dell'impresa.

È senz'altro vero che è un'aspettativa di derivazione proprietaria e dunque rispecchia l'etica degli affari delle origini. Malgrado il suo primitivismo, però, a nessuno verrebbe in mente di considerarla un inelegante anacronismo solamente perché si è smesso di chiamare "padrone" il soggetto che ne è titolare. Per certo, essa non ha perduto la centralità che una compatta elaborazione giurisprudenziale di lungo periodo le ha assegnato nell'impianto del diritto del lavoro. È noto infatti che la giurisprudenza corporativa diede il meglio di sé fertilizzando il terreno, arato peraltro dalla giurisprudenza probivirale, nel quale affondano le proprie radici alcuni concetti-base ad elevato rendimento emotivo dei quali si sarebbe appropriato il codice civile del '42: il lavoratore ha l'obbligo di collaborare con l'imprenditore, di non tradirne la fiducia e di essergli fedele. Nondimeno, l'aspettativa tutelata dal corrispondente nucleo normativo non solo non si è affievolita; casomai, si è acuminata.

Pochi anni fa, l'ha manifestata senza falsi pudori l'amministratore delegato di una multinazionale in una lettera indirizzata agli occupati negli stabilimenti italiani. Nell'informarli che, a causa della spietatezza della concorrenza internazionale, il loro datore di lavoro è in guerra col resto del mondo, li esortava a considerarsi nel medesimo stato d'eccezione dei soldati in trincea e li avvertiva che, proprio per questo, non avrebbe potuto tollerarne atteggiamenti critici né *a fortiori* atti di indisciplina. D'altra parte, è un sintomo del medesimo clima la pervasiva ossessività con cui la più recente contrattazione collettiva ha reinventato la parola "esigibilità", senza che né gli agenti contrattuali né i commentatori abbiano finora saputo chiarire con precisione cosa sia esigibile e nei confronti di chi. D'acchito, però, si direbbe che ha per oggetto la *governance* del dopo-contratto per renderla più arcigna – a cominciare dal controllo della conflittualità sindacale – e retro-agisce sui lavoratori più nella loro qualità di debitori di una prestazione contrattuale che in quella di titolari di diritti – la giustiziabilità dei quali, peraltro, è compromessa da un legislatore insofferente nei confronti del potere giurisdizionale.

Accertato che l'aspettativa comune alla generalità degli imprenditori è senza tempo, sarebbe una deplorabile reticenza limitarsi ad osservare che è figlia di un sogno proibito nell'accezione praticata nel linguaggio corrente. In effetti, non si è in presenza dell'innocuo prodotto di una fantasia desiderante od anche farneticante. Tutt'al contrario, il sogno ha trovato un principio di materializzazione nel diritto vigente in epoca fascista sotto l'egida della Carta del

lavoro pubblicata nel 1927 sulla Gazzetta Ufficiale, alla quale i giuristi di regime assegnavano il rango di una super-legge. È l'epoca nella quale, in cambio dell'inderogabilità se non *in melius* degli *standard* protettivi fissati da leggi e contratti collettivi provvisti di efficacia *erga omnes*, il legislatore garantiva l'insindacabilità del potere aziendale, anzitutto concedendo la licenza di licenziare.

Naturalmente, sarebbe altrettanto deplorabile tacere che nel 1945 spuntò l'alba che, come poetizza una canzone di successo, a molti sembrò capace di portarselo via con sé, il sogno.

Tuttavia, adesso che – con buona pace della Carta di Nizza e persino delle dichiarazioni dei diritti universali dell'uomo – la legislazione degli Stati membri dell'UE ha ri-mercificato il lavoro e ripristinato il potere di comando unilaterale in azienda sia facilitando i licenziamenti sia emarginando la tutela giudiziaria dei diritti, il sogno proibito se ne è giovato in termini di legittimità giuridica e, stavolta, senza che venissero contestualmente ingessati i sindacati e senza criminalizzare lo sciopero, bensì in un contesto rispettoso delle forme democratiche. Ciò non toglie che la gestione politica della crisi economica esplosa nella seconda metà della prima decade del terzo millennio l'ha trasformata in un episodio della lotta di classe che vede chi sta in alto dirigerla verso chi sta in basso: per ora vittoriosamente – perché gli argini di contenimento, eretti in passato dalla socialdemocrazia, sono crollati e gli spiriti animaleschi del capitalismo hanno straripato.

Come dire che, essendo facilmente documentabile che, non appena la situazione lo permetta, il legislatore è lesto a tradurre in modelli vincolanti di comportamento l'ideal-tipo del lavoratore dipendente, il sogno non è illegittimo, per proibito che possa essere.

2. Per questo, in occasione di un recente incontro con amici *laboralistas* latino-americani, mi è venuto spontaneo raccontare che, le ultime volte che mi ero recato nei loro Paesi, l'aver in tasca il biglietto del volo di ritorno non mi procurava più la sensazione di possedere una specie di garanzia che sarei tornato nell'angolo di mondo chiamato Europa, dove il diritto del lavoro è un elemento costitutivo dei sistemi giuridici ed è possibile continuare a credere nell'intangibilità dei valori propri cui si richiama la concezione del diritto del lavoro che ho insegnato per cinquant'anni ai miei studenti. Esattamente questo, invece, provavo e pensavo la prima volta che andai in America Latina, sul finire degli anni '80. Non che fosse errata la persuasione di avere viaggiato più attraverso il tempo che nello spazio. Sbagliavo però a ritenere di avere compiuto un balzo all'indietro di svariati decenni. Il fatto è che un ingiustificato senso

di superiorità al limite della supponenza mi impediva di capire di essere sbarcato nel futuro prossimo della stessa Europa. Oggi, devo non solo riconoscere che era un errore; devo altresì dichiarare di esserne stato prigioniero più a lungo del lecito. Infatti, nella relazione d'apertura della *journée d'étude à la mémoire de Gérard Lyon-Caen* organizzata dall'associazione dei giuristi del lavoro francesi – eravamo nel maggio del 2005 – non mi trattenni dall'osservare come l'economia che, quasi pentendosi di aver provocato la nascita del diritto del lavoro, pretendeva di assumersi il pieno controllo dava «l'impressione di dover superare le medesime difficoltà di chi pretendesse di rimettere il dentifricio dentro il tubetto». Viceversa, già allora ciò che stava cambiando era l'idea di diritto del lavoro, proprio nei suoi territori d'elezione. Difatti, l'idea che ha finito per prevalere non è distante da quella che non è mai uscita dall'esperienza latino-americana e che m'illudevo non sarebbe mai entrata nell'esperienza europea, pur sapendo che nemmeno qui era stata cancellata, ma sopravviveva sottotraccia, nelle profondità di un ordinamento giuridico del lavoro mai completamente de-fascistizzato. Comunque, è innegabile che già allora lo stesso lavoro aveva perduto la cifra identitaria e l'unità spazio-temporale che aveva in precedenza: da maiuscolo e tendenzialmente omogeneo, come era stato, stava diventando sempre più minuscolo ed eterogeneo. Insomma, stava cambiando lo statuto epistemologico di un'intera disciplina giuridica e quindi nemmeno il suo futuro non avrebbe più potuto essere quello d'una volta.

3. Ormai, è un luogo comune che, dopo aver suscitato le più grandi speranze, il diritto del lavoro del '900 le ha soddisfatte solo parzialmente. Tuttavia, pur essendo turbati dalla rottura del suo paradigma, abbiamo l'obbligo (morale prima ancora che professionale) di elaborarne uno nuovo, recuperando ritardi e accantonando nostalgie.

Sono due i modi di comportarsi dinanzi allo sgretolarsi di granitiche certezze. Si può piangerci sopra; ma così si rimane fermi al punto in cui ci si trova. Oppure, si coglie il significato nascosto della parola che si usa di frequente per descrivere l'amarezza del momento. La parola è "disincanto". Essa non esprime soltanto delusione. Nel dire che l'incanto non c'è più, al tempo stesso suggerisce che l'incanto, chissà, può tornare. Per questo, secondo Claudio Magris, designa «una forma agguerrita della speranza». Agguerrita, ma non necessariamente misericordiosa.

Per realizzarla, nel nostro caso, potremmo essere obbligati a rimettere in discussione, accanto alla funzione del diritto del lavoro, il ruolo del giurista che, stufo di montare la guardia ad un diritto che sta sparando, sia intenzionato a rompere l'isolamento da au-

toferenzialità nel quale è caduto. In proposito, però, è bene premettere che ciò non lo autorizza a mettersi a correre a perdifiato dietro ai fatti. Se lo facesse, assomiglierebbe al "pattinatore principiante" di Kafka «che, oltretutto, si esercita dove è proibito» o, peggio ancora, al personaggio di un celebre film di Quentin Tarantino che ai compari si presenta così: «sono il signor Wolf e risolvo problemi». In effetti, occorre un'inaudita arroganza per fingere di non sapere che i fatti da inseguire sono gli stessi che sono oggetto di una vergognosa manipolazione. Della quale, a tacer d'altro, costituisce un esemplare prodotto la furoreggiante teorizzazione di una ostilità (presuntivamente) genetica del diritto *del* lavoro nei confronti del diritto *al* lavoro enunciato dalla Costituzione. Ma è una sciocchezza. Non inferiore a quella che commetterebbe un maniaco della rottamazione che proponesse l'abolizione del semaforo perché gli incidenti stradali non calano quanto sarebbe auspicabile. Infatti, come l'abolizione dell'ordinario strumento regolativo del traffico aumenta la pericolosità del medesimo, così la demolizione del diritto del lavoro non fa diminuire la disoccupazione: piuttosto, aumenta la de-regolazione del poco lavoro che c'è.

Come dire che ripensare il diritto del lavoro è un atto dovuto, ma non equivale a considerare fatale l'adesione al pensiero dominante.

Tuttavia, il dissenso è un'erba che stenta a crescere in terreni inariditi da logiche emergenziali nemiche della democrazia. Ed è in questi paraggi che s'incontrano le maggiori difficoltà. In primo luogo, la difficoltà di raggiungere affidabili certezze in ordine alla sussistenza, ed all'ampiezza, di una effettiva condivisione dell'idea di diritto del lavoro trasmessa dalla legislazione vigente. Dopotutto, poco meno della metà degli elettori in quanto cittadini non va a votare; molto di più della metà dei cittadini in quanto lavoratori non può o non sa farsi ascoltare dai soggetti della contrattazione collettiva; moltitudini di giovani e di irregolari dell'economia sommersa non hanno mai potuto stabilire contatti con la legislazione che tutela le condizioni di lavoro. Nemmeno il monitoraggio delle manifestazioni del dissenso provenienti dagli strati della popolazione più direttamente colpiti dal peggioramento degli standard protettivi può fornire solidi elementi di giudizio. Infatti, la scarsità di mobilitazioni collettive non costituisce di per sé un indizio univoco: anziché accettazione convinta dell'esistente, può significare apatia, sfiducia, rassegnazione, conformismo, paura. Soprattutto, paura. Quella che si genera e si diffonde allorché si è esposti al ricatto occupazionale e anche un lavoro scandalosamente de-valorizzato sul piano del trattamento economico-normativo è preferibile allo scandalo del non-lavoro.

Stando così le cose, l'interrogativo più inquietan-

te consiste nel sapere se tutto ciò (ed altro ancora, perché la lista delle disgrazie è lunga) abbia potuto succedere nell'ultimo quarto di secolo al di fuori di un macro-processo di mutazione antropologico-culturale.

Per scomodo che possa apparire, bisogna porse- lo, perché – come pensava anche Gino Giugni – «il diritto del lavoro evolve più attraverso giudizi che mediante leggi». Come dire che, in nessuna delle sue molte stagioni e in nessun Paese, il diritto del lavoro vivente ha potuto fare a meno di una base di consenso: non è per caso che si situa in cima alla speciale classifica dei diritti d'ispirazione nazional-popolare.

4. Immancabilmente e dappertutto, infatti, è determinante la pressione esercitata – sia sul legislatore che sugli addetti all'applicazione della normativa – dall'abito mentale non solo della gente che, avendone la possibilità, ha la volontà di scendere sulla strada e gremire le piazze, ma anche e soprattutto di maggioranze silenziose abituate a comprare le opinioni come il latte in base ad un elementare principio di buon senso: può darsi che l'alimento non sia genuino, ma costa meno acquistarlo dal lattaiolo che tenere una mucca nel giardino.

Indipendentemente dall'idioma che parlano, gli esperti della materia possono infatti testimoniare che l'evoluzione delle regole del lavoro è sostenuta solo in parte dalla creatività legislativa e, se fossero in vena di raccontare senza infingimenti il mestiere che fanno, potrebbero tranquillamente ammettere che nessuno di loro crede nella possibilità di trasferire dal piano mistico-religioso a quello giuridico la leggenda creazionista ed è disposto a giurare che «come un dio creò l'universo, così il legislatore crea il diritto», quello del lavoro incluso. Perciò, anche il cambiamento degli scenari del diritto del lavoro nel secolo in cui siamo appena entrati è realistico farlo dipendere soprattutto dal molecolare e ininterrotto lavoro di un'infinità di persuasori più o meno occulti che, quando non sono assistiti dalla buona fede, all'hegeliana "fatica del concetto" preferiscono il piacere di mistificarlo. Alludo, come si può agevolmente intuire, ai centri più rinomati dell'autoregolazione sociale che, in materia di lavoro, è da sempre la fonte di produzione normativa più funzionante, segnatamente nel nostro Paese; alle autorità pubbliche cui spetta istituzionalmente il compito di garantire la corretta applicazione delle regole del lavoro – a cominciare dai giudici; all'industria dell'informazione – a cominciare dalla TV, che sforna programmi a misura dello spettatore-medio che gli autori dei palinsesti suppongono in possesso di un'età mentale da adolescente; all'industria dello spettacolo – a cominciare da quello cinematografico, dove un maestro come

Ken Loach non ha numerosi allievi; ai responsabili della formazione scolastica, non solo universitaria – tra i quali, come è ovvio, primeggiano i professionisti dell'interpretazione giuridica, i cui discorsi possiedono una valenza prescrittiva malgrado l'intonazione apparentemente descrittiva.

Non ho certo l'intenzione di sopravvalutare il ruolo del ceto professionale indicato da ultimo. Tuttavia, in questa sede non posso non soffermarmi su di esso; e non solo perché questa è la sede adatta, ma anche perché so di cosa sto parlando.

Le ricerche storico-giuridiche che svolgo da una vita mi hanno consentito di scoprire perché l'esperienza giuridica reca raramente la traccia del prodursi, con l'immediatezza del caffè liofilizzato, di rotture epocali concentrate in un solo evento, come l'entrata in vigore di una Costituzione che polemizza apertamente col passato. Infatti, l'evoluzione del diritto vivente è saldamente presidiato da una cabina di regia affollata da interpreti che in altra occasione ho chiamato "tessitori". Li ho chiamati così perché sono inclini a riannodare piuttosto che a tagliare i fili del discorso giuridico; il che ha finito per alimentare una vera e propria vocazione di ceto la cui condivisione – nonostante i *gap* generazionali e i differenti contesti di appartenenza – induce gli operatori giuridici ad azionare la spola in modo che il loro avvicinarsi al telaio non provochi brusche lacerazioni nella trama dell'ordito. Infatti, non è sufficiente affermare che il lavoro, una volta issato nelle zone alpine della carta costituzionale come è successo da noi in forma particolarmente intensa, ha visto il suo diritto diventare maggiorenne. Resta il fatto che gli è stata negata la *chance* di dimostrare cosa poteva dare da grande perché, subito dopo aver raggiunto l'età adulta, è stato scaraventato in una durissima fase recessiva. Come dire che, sebbene la nostra Costituzione abbia segnato più marcatamente di altre un nuovo inizio del diritto del lavoro, è un errore enfatizzare l'evento. La verità è che il nuovo inizio ha avuto una fine precoce. Infatti, il diritto del lavoro non ha cessato di soggiornare in territori assiduamente frequentati dalla mono-cultura della giusprivatistica, secondo la quale il lavoro avrebbe bussato alla porta della storia giuridica per farsi avvolgere nel *cellophane* delle categorie tecnico-concettuali del diritto dei contratti tra privati.

5. Per questo, i giuristi – mica tanti, peraltro – che nel dopoguerra si aspettavano un diritto del lavoro al passo con la Costituzione, e alla sua altezza, l'hanno condannato a consegnarsi alla storia come un diritto con un grande futuro alle spalle, pur essendo certi del contrario. Questa è una contraddizione di fondo ed è su di essa che bisogna interrogar-

si per spiegare come mai seguitassero ad attribuirgli la dirompente potenzialità che non possedeva né poteva possedere in ragione della sua matrice compromissoria – oltretutto in una situazione di persistente (tranne brevi tratti) squilibrio dei rapporti di forza.

La contraddizione era dovuta ad una imperfezione ottica generata dalla loro formazione culturale e anzi dalla loro stessa biografia. Era infatti una specie di strabismo che li portava a guardare altrove, e pensare ad altro, soprattutto quando parlavano di diritto del lavoro. Come dire: l'oggetto stesso dei loro discorsi li incentivava a valorizzarne la connessione con l'azione, che essi giudicavano benefica, dei suoi artefici e garanti e – per effetto di un transfert, non solo né sempre subliminale – attribuivano al diritto del lavoro la valenza di segno positivo che, invece, a loro avviso era l'attributo dell'azione dei partiti di massa della sinistra e dei sindacati i quali, assicurando al lavoro la rappresentanza a struttura binaria idonea a metterlo nella condizione di competere col capitale, avevano sponsorizzato e avviato alla maturità il "suo" diritto. Un diritto la cui prossimità con l'ambiente esterno, nell'impossibilità di esercitare un'*actio finium regundorum* in grado di tracciare netti confini, se non sospinge l'interprete alla militanza, certamente gli impedisce di occultare la sua collocazione politica, sia essa di sinistra o di destra. Così, non è un dettaglio che a Gino Giugni, il quale diceva spesso di sé: «non saprò mai se sono un giurista prestato alla

politica o un politico prestato al diritto», nel 2000 io abbia dedicato uno scritto col titolo *Elogio del compagno professore*. Né è secondario che, nel tentativo (peraltro, riuscitissimo) di tracciare l'orizzonte di senso di un'intera esperienza esistenziale, un intellettuale dell'area giuridica come Luigi Mariucci abbia rilasciato alla sua rivista una confessione d'inusuale franchezza: «per me, il diritto del lavoro ha costituito un succedaneo della mia inclinazione alla politica», anche se «ha funzionato come può funzionare il medone per un tossico-dipendente».

Adesso, ad ogni modo, la sinistra politica ha fatto la fine del giovane arruolato allo scoppio della guerra, spedito al fronte e mai tornato a casa: c'è chi dice che sia morto e c'è chi dice che sia caduto ostaggio del nemico, ma è diffusa anche l'opinione che abbia disertato. Mentre dalla residua rappresentanza sociale giunge – non solo per limiti propri, ma (come in Italia) anche a causa della sua interna rissosità – un confuso vociare intraducibile in un'idea capace di illuminare il cammino della transizione che stanno compiendo il lavoro e il suo diritto.

6. Ecco, esposte in rapida sintesi, le ragioni che vietano di stupirsi se, nel mutato contesto politico-sindacale e culturale, anche nel mondo del lavoro il dissenso è non solo minoritario – come, del resto, tendenzialmente è sempre stato – ma anche balbettante.

La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso

di Marco Pelissero

In questo contributo, l'Autore mette in evidenza come – al di là delle declamazioni di principio – l'art. 21 Cost. e la tutela che esso offre alla libertà di espressione possa essere messo seriamente in discussione dallo strumento penale; l'Autore constata, anzitutto, come la categoria dei reati di opinione attinga a criteri valutativi pregiudiziali, tanto nella definizione dei suoi confini, quanto nella sua pratica applicazione; l'Autore registra poi – come un dato di fatto – la sostanziale continuità riscontrabile tra l'assetto ereditato dal regime fascista e norme sul controllo penale del dissenso vigenti in epoca repubblicana. L'Autore passa poi in rassegna una serie di fattispecie che, tuttora, criminalizzano la manifestazione di pensieri “scomodi”, interrogandosi – per ciascuna – se esse si fondino su una necessità costituzionale di repressione penale o se, viceversa, si possa rinunciare in una democrazia matura - almeno per alcune incriminazioni - allo strumento penale .

1. Reati di opinione e libertà di espressione: un tradizionale confine incerto

Da sempre la riflessione sui reati di opinione è percorsa da una tensione irrisolta tra libertà di espressione e limiti dell'intervento penale che si è riflessa sulla incertezza dell'ambito dei reati interessati e sull'ampiezza della garanzia costituzionale dell'art. 21 Cost.

Ad essere incerta è, anzitutto, la stessa definizione dei reati di opinione¹, più o meno ampia a seconda che, sulla base di criteri valutativi pregiudiziali, si voglia ampliare o ridurre la copertura dell'art. 21 Cost.: lo ha ben esplicitato l'indirizzo interpretativo giurisprudenziale che partiva dal presupposto che istigazione,

apologia e propaganda non costituissero forme di manifestazione del pensiero, ma fossero condotte dirette a suscitare condotte altrui e in quanto tali non coperte dalla garanzia costituzionale (teoria dei cd limiti logici alla libertà di manifestazione del pensiero)²: con particolare riferimento all'art. 272 cp, la Corte costituzionale affermò che «la propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone. Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano»³. Per questa via, però,

1. Sulla indeterminatezza di questa classe di reati v. A. Spina, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 2007, 697 ss.

2. S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 113.

3. Corte cost., sent. 6 luglio 1966, n. 87. Su tale fattispecie v. ampiamente E. Gallo, E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 89 ss.

si legittimava il pensiero statico, limitato alla diffusione speculativa di un pensiero, e si escludeva dalla garanzia costituzionale il *pensiero dinamico*, rivolto a trasmettere un pensiero con l'obiettivo di sollecitare riflessioni ed azioni, ossia proprio le forme di espressione del pensiero politico. Si trattava di un approccio fortemente conservatore dell'impianto di tutela penale ereditato dal codice Rocco ed incapace di garantire forza espansiva alle garanzie costituzionali⁴.

Il secondo profilo di incertezza investe la stessa ampiezza della copertura costituzionale dell'art. 21 Cost.: inizialmente svilita dalla interpretazione in chiave di norma meramente programmatica⁵, né è stato successivamente riconosciuto il carattere immediatamente precettivo, anche se la sua capacità di incidere sul tessuto normativo esistente è stata filtrata attraverso l'argomento del bilanciamento della libertà di espressione con la tutela di altri interessi a rilevanza costituzionale. Questa tecnica argomentativa, sebbene sia imprescindibile in un sistema costituzionale che riconosce una pluralità di interessi e di sfere di libertà da tutelare, ha finito per limitare la libertà di manifestazione del pensiero, specie laddove il richiamo al bilanciamento degli interessi contrapposti ha visto il prevalere di questi sulla base del solo argomento della rilevanza costituzionale del bene⁶.

Così, vuoi attraverso la teoria dei limiti logici, vuoi attraverso il riconoscimento della natura meramente programmatica dell'art. 21 Cost., vuoi infine attraverso il bilanciamento degli interessi, la giurisprudenza ha confermato in buona parte l'assetto di tutela ereditato dal regime fascista, che a sua volta aveva sfruttato e potenziato i germi liberticidi della precedente legislazione "liberale"; così, forte di questa legittimazione, il legislatore non ha esitato ad ampliare il novero dei reati di opinione.

Ora, proprio partendo dall'assenza di una definizione normativa di reati di opinione e considerando che si tratta di analizzare il rapporto intercorrente tra libertà di manifestazione del pensiero e limiti del controllo penale, di questi reati deve essere data una definizione ampia, comprensiva di tutte le fattispecie che si sostanziano nella manifestazione di un pensiero, comprendendo, pertanto, i reati di opinione poli-

tici, inclusi nel codice penale (delitti di apologia, istigazione, vilipendio e propaganda) e nella legislazione complementare (l. 20 luglio 1952, n. 645); i reati contro le confessioni religiose; l'apologia di genocidio; le fattispecie in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa; anche i delitti di ingiuria e diffamazione, perché anche questi consistono nella manifestazione di un pensiero⁷. Si aggiunga, poi, che in Parlamento si discute dell'introduzione di altri reati che entrano in frizione con la libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito delle disposizioni di contrasto all'omofobia e di repressione del negazionismo.

Ora, se consideriamo anche in modo sommario le fattispecie riportabili al genere "reati di opinione", noteremo una profonda diversità dei profili che le stesse coinvolgono e dei limiti di legittimazione della tutela penale. Il tema dei reati di opinione va, pertanto, affrontato non in modo unitario, ma declinandolo in relazione agli ambiti specifici nei quali si esercita il controllo penale sulla manifestazione del pensiero.

2. Alcune direttrici di riflessione

Prima di sviluppare alcune considerazioni in merito ai singoli ambiti di tutela, è opportuno premettere alcune direttrici emerse nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, essenziali a mio avviso per definire i limiti di legittimazione dell'intervento penale.

a) Anzitutto, come anticipato, il principio del bilanciamento degli interessi è stato spesso utilizzato dalla Corte costituzionale per giustificare la compressione della libertà di espressione, affiancando al limite del buon costume «altri limiti – impliciti – dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione»⁸, di guisa che, individuata la copertura costituzionale, anche implicita, di un interesse, questa gioca in chiave limitativa della fondamentale libertà di espressione. È stato facile, per questa via, offrire una legittimazione costituzionale ai reati di opinione presenti nel codice Rocco, eccezion fatta per il delitto di propaganda ed apologia antinazionale (art. 272, comma 2 cp), difficilmente difendibile in quanto, tutelando soltanto un sentimento⁹, era pri-

4. Critico su tale orientamento C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 125.

5. Cass., Sez. un., 15 aprile 1950, in *Giust. pen.*, 1950, II, 497.

6. D. Pulitanò, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia*, 1970, 191.

7. Per una definizione ampia v. C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 127 in critica A. Spena, *op. cit.*, 694 che limita la definizione ai reati offensivi di «valori morali sovra-individuali».

8. Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 20 (sent.) nello stesso senso v. sentenze nn. 19 del 1962; 25 del 1965; 87 e 100 del 1966; 199 del 1972; 15, 16 e 133 del 1973.

vo di un bene giuridico bilanciabile con la libertà di manifestazione del pensiero. Se, tuttavia, basta la rilevanza costituzionale di un bene per giustificare la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, la compressione dell'art. 21 Cost. diventa consistente, considerata la facilità con la quale è possibile garantire copertura costituzionale – anche implicita – ad un bene meritevole di tutela.

Il bilanciamento richiede, invece, di valutare l'importanza del bene la cui tutela entra in conflitto con la libertà di espressione, che può essere limitata solo se la prima è preminente⁹, come evidenzia anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione dell'art. 10 Cedu¹¹. Nella ponderazione tra i beni difficilmente potranno essere adottati argomenti decisivi a favore della prevalenza dell'uno piuttosto che dell'altro bene, perché il giudizio finisce inevitabilmente per essere condizionato dal *contesto politico-sociale* nel quale i beni si inseriscono: ciò significa che la legittimità dell'intervento penale non è definibile in termini netti, ma si gioca sul terreno più sfumato del *giudizio di plausibilità*, in un contesto nel quale l'opzione penale non può dirsi *necessaria*, a meno che non sussistano obblighi di incriminazione, ma solo più o meno *opportuna*¹². In questo contesto, non possono non essere considerati due elementi che, come vedremo, assumono valore centrale nella riflessione sul raffronto tra i beni in conflitto: la centralità della libertà di espressione in un ordinamento democratico¹³ e le dinamiche di una società pluralista¹⁴.

Questa riflessione rende inevitabilmente incerta e profondamente condizionata dalle opzioni politiche dell'interprete l'individuazione dei limiti penali alla libertà di manifestazione del pensiero.

b) Attraverso l'argomento del bilanciamento degli interessi, la giurisprudenza ha valorizzato l'interpretazione in chiave di reati di pericolo concreto di alcune fattispecie al fine di renderle compatibili con l'art. 21 Cost.¹⁵: la nota presa di posizione della Corte costituzionale sull'apologia di delitto nella sent. n. 65/1970; l'arricchimento del fatto tipico nell'istigazione a delinquere attraverso l'elemento della concreta idoneità a sollecitare la commissione di reati¹⁶; la limitazione dei delitti di apologia di fascismo e di manifestazioni fasciste (l. n. 645/1952) ai soli fatti che siano in concreti idonei alla ricostituzione del partito fascista, così da garantire a queste fattispecie la copertura costituzionale della XII disp. trans. e fin. Cost.¹⁷.

Orbene, questa conversione, per via interpretativa, di fattispecie di pericolo astratto in reati di pericolo concreto si espone ai rilievi critici di chi dubita che in questi ambiti il pericolo concreto possa fungere da argine all'espansione del controllo penale¹⁸: la funzione selettiva di tale elemento è fittizia se non ha ad oggetto eventi specifici, che mancano nell'istigazione a delinquere e nell'apologia di delitto (che presentano come unico elemento di delimitazione del fatto il requisito della pubblicità, tra l'altro definito in termini ampi nell'art. 266 cp) e nei delitti di apologia di fascismo e manifestazioni fasciste nelle quali il secondo termine della

9. Corte cost. 6 luglio 1966, n. 87 (sent.).

10. C. Fiore, *op. cit.*, 89. Sul giudizio di bilanciamento v. ampiamente A. Tesaurò, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2006, 30 ss.

11. Su questa giurisprudenza v. A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 453 ss.

12. Su tale prospettiva v., anche per il rinvio alla dottrina costituzionalistica, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 78 ss.

13. D. Pulitanò, *Libertà di pensiero*, cit., 188.

14. F. Bracco, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. cost.*, 2013, 823 ss.

15. Su tali orientamenti v. D. Pulitanò, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 242 ss.; M. Pelissero, *Delitti di opinione, in Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2010, 97 ss.

16. L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, 194 ss.

17. D. Notaro, *Fascismo*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Padova, 2007, 1329 ss.

18. G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 183 ss.; C. Visconti, *op. cit.*, 26 ss.

relazione di pericolo è costituito dal macro-evento della ricostituzione del partito fascista¹⁹.

c) Se disponessimo i reati di opinione su una scala che misurasse il grado crescente di personalizzazione dell'interesse tutelato, potremmo collocare all'inizio i reati di vilipendio ed al fondo i delitti di ingiuria e diffamazione.

L'offesa agli interessi individuali è massima nei delitti di ingiuria e diffamazione e trova nell'art. 2 Cost. un fondamento che si è consolidato attraverso una copiosa giurisprudenza che ha definito, soprattutto in relazione al delitto di diffamazione, i limiti di esercizio dei diritti di cronaca, critica e satira²⁰. Più recentemente, però, anche queste fattispecie sono state interessate dalla prospettiva della depenalizzazione in favore di modelli di tutela privatizzati²¹, da ultimo abbozzati, in modo incerto e confuso in relazione all'ingiuria, nella legge delega n. 67/2014.

All'altro capo di questa ipotetica scala dovremmo invece collocare i delitti di vilipendio, passati indenni dal codice Zanardelli al codice Rocco²² e convalidati nel 2006 dal legislatore repubblicano che, farsaicamente, ne ha mantenuto l'impianto di tutela, depotenziando la risposta sanzionatoria: in queste fattispecie la tutela è depersonalizzata (salvo l'antropomorfo riferimento alla personalità dello Stato nel titolo I del libro II del codice penale), perché è rivolta al prestigio delle istituzioni, sia quando l'espressione di spregio e disprezzo è diretta contro l'istituzione in sé, sia quando ne investe il concreto operare. È sulla permanenza di queste fattispecie nel sistema penale che più forte si è levata la critica della dottrina a partire dagli anni Settanta del secolo scorso²³, non a caso in un periodo di forti contestazioni sociali nel quale i reati di vilipendio sono stati strumento di controllo penale di quelle espressioni di dissenso politico che si esprimevano in forme tanto più estreme, quanto

meno pericolose per l'attività delle istituzioni, se è vero che i reati di vilipendio dovrebbero giustificarsi – così afferma la Corte costituzionale affinché «non resti pregiudicato l'espletamento dei compiti» affidati alle stesse istituzioni²⁴.

Da questo confronto emerge che la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero è tanto più giustificabile quanto più è finalizzata alla tutela di interessi individuali della personalità; quanto più, invece, la libertà di espressione entra in conflitto con la tutela di valori, istituzioni, tanto più la sua legittimazione si indebolisce alla luce dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà dell'intervento penale²⁵.

Ora, alla luce di queste riflessioni generali, è possibile prendere in considerazione le diverse tipologie di reati di opinione al fine di verificare possibilità e limiti del controllo penale.

3. Reati politici di opinione

I reati politici di opinione costituiscono il settore tradizionale di riflessione sui limiti della libertà di manifestazione del pensiero, perché è rispetto alla tutela degli interessi politici dello Stato che l'anticipazione della tutela è giunta a criminalizzare anche le forme di contestazione verbale all'ordine costituito, nella logica del *crimen lesae maiestatis*. La loro presenza in un sistema segna, dunque, il limite estremo di criminalizzazione del dissenso delle minoranze rispetto al potere costituito ed il codice Rocco prevedeva un ampio numero di fattispecie funzionali a questo scopo, distribuite tra i delitti contro la personalità dello Stato (artt. 266, 272, 290, 291, 292, 293, 302, 303 cp) e contro l'ordine pubblico (art. 414 e 415 cp)²⁶.

19. Sulla diversa efficacia selettiva del pericolo concreto nei reati politici, v. M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 550 ss.

20. A. Gullo, *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Torino, 2011, 160 ss.

21. A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 121 ss.

22. «Le variazioni che si riscontrano, a questo riguardo, nel passaggio dalla prima monarchia costituzionale all'ordinamento liberale maturo e da questo allo Stato "totalitario" fascista, sono, tutto sommato essenzialmente quantitative»: C. Fiore, *op. cit.*, 43. Sui reati di opinione nella legislazione liberale di fine Ottocento, v. M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, 607 ss.; F. Colao, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento: da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano, 1986, *passim*.

23. Per un quadro delle posizioni emerse v. L. Alesiani, *op. cit.*, 159 ss. e 279 ss.

24. Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 20 (sent.).

25. Sulla esclusione della tutela penale dei valori sovra-individuali v. A. Spena, *op. cit.*, 713 ss.

Nell'ordinamento costituzionale la libertà di manifestazione del pensiero riveste il ruolo di fondamento della democrazia²⁷ ed in quanto tale dovrebbe essere valorizzata soprattutto in ambito politico (da qualcuno considerata materia privilegiata ove l'art. 21 Cost. dovrebbe avere massima capacità espansiva²⁸), quale strumento a tutela delle minoranze, anche le più estreme, sino a che dalle parole non si passi ai fatti²⁹. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che la libertà di espressione «vale non solo per le informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti ma anche per quelle che offendono, indignano o turbano lo Stato o una qualsiasi parte della popolazione. Così vogliono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non vi è società democratica»³⁰. Non di meno, persistono nel nostro sistema penale molti reati di opinione, legittimati, come innanzi si accennava, dalla giurisprudenza sostanzialmente conservatrice della Corte costituzionale, quasi che il diritto penale politico rimanga impermeabile al contesto istituzionale che lo produce e possa essere utilizzato allo stesso modo sia dal regime che aveva conculcato la libertà di espressione sia dall'ordinamento democratico che l'ha valorizzata sul piano costituzionale³¹. Un'operazione di riconversione delle norme del codice Rocco che evidenzia sia l'atteggiamento conservatore della Corte costituzionale sia un'impostazione sostanziale di fondo tipica di una democrazia protetta³².

Se questa libertà costituisce perno della democrazia, la permanenza dei delitti di vilipendio, pur nella forma depotenziata uscita dalla riforma del 2006, appare poco plausibile: così riscritti assumono la funzione di cippo a memoria dell'intransigenza della legislazione pregressa e segnalano che il legislatore è restio ad ampliare la sfera di libertà

dell'art. 21 Cost. Il prestigio delle istituzioni non si difende con lo strumento penale, ma attraverso il loro concreto operare, in una logica dialettica che deve accettare anche le critiche più dure. L'argomento, spesso ricorrente, secondo cui il vilipendio, consistendo in una manifestazione di disprezzo, non è critica, sottende la legittimazione della sola critica elitaria, riportando sotto il controllo penale le forme espressive di un pensiero più dirette e grossolane, ma, a ben vedere, anche meno pericolose per le istituzioni rispetto ad una critica ben argomentata. I reati di vilipendio finiscono così per diventare strumento di controllo del dissenso, strumento tanto più pericoloso perché l'incerta linea di confine con la libertà di manifestazione del pensiero è rimessa al potere discrezionale del giudice³³. Così la giustizia penale si trasforma «in garante politico dell'esecutivo»³⁴.

Allo stesso modo, vanno abrogati i delitti di istigazione a disobbedire alle leggi ovvero all'odio fra le classi sociali (art. 415 cp), inutile retaggio – anche nella rilettura giurisprudenziale³⁵ – dell'impostazione liberticida del codice Rocco; ugualmente non si giustificano né l'ampiezza dell'istigazione dei militari a disobbedire alle leggi (art. 266 cp) né la presenza del delitto di apologia di delitto (art. 414, comma 3 cp), come condotta distinta dall'istigazione, da quando la Corte costituzionale con la sent. n. 65/1970 l'ha trasformata in istigazione indiretta. Risultano, pertanto, ingiustificate sia la circostanza ad effetto speciale, applicabile quando l'apologia riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità (art. 414, ultimo comma, cp introdotto dal d.l. n. 144/2005 conv. in l. n. 155/2005), sia la nuova fattispecie autonoma di pubblica apologia di pratiche di pedofilia e pedopornografia (art. 414-bis, comma 2 cp, inserito dalla l. n. 172/2012): l'ampliamento dei delitti di apologia risponde ad una pura logica

26. Sull'impostazione del codice Rocco v. M. Pelissero, *Reato politico*, cit., 2000, 112 ss.

27. P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 12.

28. S. Fois, *op. cit.*, 37 ss.

29. S. Fois, *op. cit.*, 167; C. Fiore, *op. cit.*, 103.

30. Corte europea dir. uomo, 23 settembre 1998, ric. n. 24662/94, *Lehideux et Isorni c. Francia*.

31. C. Fiore, *op. cit.*, 92.

32. C. Fiore, *op. cit.*, 163.

33. D. Pulitanò, *Libertà di pensiero*, cit., 196.

34. C. Fiore, *op. cit.*, 61.

35. Su tale sviluppo v. M. Pelissero, *Delitti di opinione*, *op. cit.*, 103 ss.

simbolica di adempimento ad obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale, che sarebbero stati adeguatamente soddisfatti anche dalle fattispecie di istigazione.

Diventa, invece, più delicato definire i margini di rilevanza penale dell'istigazione a delinquere, tradizionalmente utilizzata come strumento di controllo del dissenso politico. Se va condivisa la giurisprudenza quando ne delimita l'ambito di applicazione richiedendo un pericolo immediato e concreto di commissione di reati, è anche vero che in questo ambito il pericolo concreto mostra scarse capacità selettive, rimesse al potere discrezionale del giudice, lasciato privo di criteri direttivi controllabili e facilmente condizionabile dal contesto politico-sociale. Appare, pertanto, fondata la posizione di chi ha proposto di tipizzare gli elementi di pericolosità dell'istigazione per delinquere già a livello di fatto tipico, attraverso l'elemento di unità contesto-temporale dell'istigazione pubblica a commettere immediatamente una o più fattispecie da individuare attraverso una selezione legislativa³⁶.

A questo proposito, del tutto condivisibile è la sentenza assolutoria per insussistenza del fatto pronunciata dal Tribunale di Torino nel processo ad Erri De Luca per il delitto di cui all'art. 414 cp, per aver istigato, in una intervista ad un giornale web, la commissione di reati nel territorio della Val Susa nell'ambito delle proteste contro la costruzione della TAV³⁷: a mio avviso, quella contestazione era difficilmente giustificabile proprio alla luce della interpretazione della fattispecie di istigazione in conformità al principio di necessaria offensività, che – seguendo la lettura data dalla Corte costituzionale nella sent. n. 65/1970 – richiede l'accertamento del pericolo di immediata e concreta commissione di reati, e rischiava inevitabilmente di essere esposta a valutazioni politiche sia da parte dell'autorità giudiziaria sia da parte di chi ne contesta le decisioni.

Quanto ai reati di apologia di fascismo e manifestazioni fasciste, l'orientamento interpretativo, espresso anche in giurisprudenza, secondo il quale queste fattispecie sono applicabili solo qualora i fatti in esse descritti si presentano in concreto idonei a ricostituire il partito fascista, si espone a due esiti divergenti: l'incertezza del giudizio prognostico del giudice ovvero la disapplicazione della fattispecie,

perché, a prendere sul serio l'elemento del pericolo concreto, ben difficilmente un'apologia o una manifestazione saranno idonee a raggiungere l'obiettivo e, se proprio lo fossero, troverebbe applicazione la fattispecie più grave di cui all'art. 2, l. 645/1952³⁸.

Se questi sono gli esiti applicativi a cui vanno incontro queste fattispecie, c'è allora da chiedersi se oggi abbia ancora senso mantenerle o se non si debba pensare alla loro abrogazione, lasciando solo il reato di ricostituzione del partito fascista. La risposta all'interrogativo è fortemente condizionata dalla sensibilità politica in un determinato momento storico: poiché la l. n. 645/1952 nasce come affermazione anche simbolica dei valori sui quali si fonda il nostro ordinamento costituzionale in rottura con il regime fascista, l'abrogazione delle norme penali potrebbe apparire una retrocessione sul fronte della tutela di quei valori; mi chiedo, invece, se oggi, nel mutato clima politico e sociale, ben lontano da quello immediatamente successivo alla nascita della Repubblica italiana nel quale maturò quella legge, alla scelta abrogativa non possa essere data una lettura diversa proprio nella direzione della consapevolezza della solidità acquisita dal nuovo assetto democratico che, per difendere i propri valori, non ha bisogno di forme così anticipate di tutela penale che sono comunque o incerte o di impossibile applicazione.

4. Fattispecie a tutela delle confessioni religiose tra sfere di interessi individuali e pubblicizzazione di interessi istituzionali

Altro settore nel quale la tensione tra diritto penale e libertà di manifestazione del pensiero si è fatta sentire in modo particolarmente forte è quella dei delitti contro le confessioni religiose, come oggi rubrica il titolo IV del libro secondo del codice penale a seguito della riforma della l. 24 febbraio 2006, n. 85.

La Corte costituzionale aveva legittimato la tutela penale attraverso una lettura in termini personalistici di norme che, nell'impostazione originaria nata nel clima dei Patti Lateranensi, erano incentrate sul profilo istituzionale della tutela della

36. G. De Vero, *op. cit.*, 215. Andrebbe anche delimitata la nozione di pubblicità, escludendo l'ipotesi descritta all'art. 266, comma 4, n. 3 cp.

37. Trib. Torino, 19 ottobre 2015 (non sono ancora state depositate le motivazioni). Il capo di imputazione è riportato in E. De Luca, *La parola contraria*, Milano, 2015, 50.

38. Sulla questione v. D. Notaro, *op. cit.*, 1332 ss.

“religione di Stato” e dei “culti ammessi”. Il capo primo del richiamato titolo IV era stato riletto attraverso un tormentato percorso giurisprudenziale in chiave di tutela del sentimento religioso, pervenendo così alla definitiva dichiarazione di incostituzionalità del delitto di vilipendio³⁹. La l. 24 gennaio 2006, n. 85 ha invece nuovamente valorizzato la tutela penale della religione come valore di civiltà nella misura in cui l’esperienza religiosa si struttura in istituzione (gli artt. 403 e 404 cp richiedono come evento finale l’offesa ad una “confessione religiosa”), per quanto mediata dal vilipendio di persone o cose o dal danneggiamento di cose (eventi strumentali) che consente di dare rilevanza comunque all’aggressione anche alla sfera dei diritti individuali⁴⁰. Ora, sebbene la tutela del fenomeno religioso sotto il profilo istituzionale presenti una copertura costituzionale (artt. 7, 8 e 19) e sebbene il principio di laicità non costituisca un ostacolo a tale tutela (tale principio «implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»⁴¹), non di meno il ricorso allo strumento penale solleva fondate perplessità in una fase storica nella quale il fattore religioso ha assunto, nei nuovi assetti geo-politici, una dimensione fortemente identitaria, spesso strumentalizzata a fini politici. Anche la proposta di strutturare le fattispecie in modo da dare rilevanza solo ai fatti idonei a turbare l’ordine pubblico (come nel § 166 del codice penale tedesco)⁴², rischierebbe di introdurre un elemento pericolosamente selettivo, specie nell’attuale contesto politico-sociale. Non mi sembra pertanto che lo strumento penale costituisca lo strumento più adeguato a garantire la libertà di religione in un regime di pluralismo confessionale, perché finirebbe per esacerbare le contrapposizioni ideologiche, portandole nelle aule di tribunale⁴³.

5. Le disposizioni contro la discriminazione razziale, etnica e religiosa ed il dibattito sulla loro estensione alla discriminazione omofobica

Sin dalla approvazione della legge Reale (l. 13 ottobre 1975, n. 654) e poi con l’approvazione della legge Mancino (dl 26 aprile 1993, n. 122 conv. in l. 25 giugno 1993, n. 205) ed infine ancora in sede di discussione del marginale intervento operato dalla l. n. 85/2006, la presenza di disposizioni penali contro la discriminazione razziale è stata ampiamente dibattuta⁴⁴. C’è chi ne contesta l’utilizzo, in forza dei principi di sussidiarietà ed efficacia della tutela penale, sul presupposto che la strategia antidiscriminazione, assolutamente indispensabile tanto più in un paese sempre più multiculturale, vada affrontata non sul terreno della repressione penale, ma su quello della prevenzione attraverso l’educazione alla legalità, contrapponendo in termini dialogici al pensiero discriminatorio il principio dell’accoglienza e del confronto con l’altro. C’è chi, invece, considera legittime forme specifiche di tutela penale contro la propaganda delle idee fondate sulla superiorità razziale ed etnica e contro condotte discriminatorie, in quanto si tratta di fatti offensivi della dignità umana in relazione a profili fondamentali della persona, non modificabili (razza, appartenenza etnica) o espressivi di una profonda dimensione personale (credo religioso); tale dignità troverebbe uno specifico aggancio agli artt. 2 e 3 Cost. Ora, lasciando da parte i vincoli sovranazionali per quanto riguarda le disposizioni contro il razzismo, il secondo orientamento favorevole all’intervento penale trova fondamento nella personalizzazione dell’interesse tutelato: non si tratta di tutelare valori astratti, ma elementi specifici che ineriscono ad ogni essere umano e che ne definiscono l’essenza.

Entro questa cornice va collocata la discussione sulla estensione della disciplina del 1975 e del 1993

39. Corte cost., 13 novembre 2000, n. 508 (sent.).

40. Su tale riforma v. M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1198 ss.; P. Siracusano, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstita tutela penale del fatto religioso nell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 629 ss.

41. Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203.

42. M. Romano, *Principio di laicità dello Stato, religioni e norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 495 ss.

43. Critici su tale intervento D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007, 283 ss.; N. Colaianni, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 615 ss.; P. Siracusano, *op. cit.*, 637; C. Visconti, *op. cit.*, 214; si esprimono, invece, a favore della plausibilità dell’intervento penale M. Romano, *op. cit.*; F. Sgubbi, *Religione diritto penale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*, 208.

44. Per una recente ricostruzione del dibattito v. C. Visconti, *op. cit.*, 139 ss.

alle condotte discriminatorie fondate su ragioni di orientamento sessuale⁴⁵. Va premesso che in sede parlamentare non è in discussione l'estensione della fattispecie di propaganda delle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (norma che pone i maggiori problemi di compatibilità con l'art. 21 Cost., ma che è imposta da Convenzioni internazionali), bensì esclusivamente delle fattispecie che puniscono i fatti commessi per motivazioni di discriminazione religiosa (si tratta dei delitti che puniscono la commissione di atti di discriminazione e l'istigazione a commetterli, l'istigazione alla violenza e la commissione di atti di violenza con motivazione discriminatoria; l'aggravante della discriminazione prevista dalla l. n. 122/1993). Non essendo in questione l'estensione della fattispecie di propaganda, il punto più delicato nel rapporto tra controllo penale e libertà di manifestazione del pensiero va limitato alla fattispecie di istigazione a commettere atti di discriminazione.

A mio avviso, la questione va affrontata seguendo una delle due alternative: la prima è quella più drastica che, sul presupposto della inefficacia del diritto penale a contrastare la discriminazione, conduce ad abbandonare ogni forma di tutela penale contro gli atti che hanno alla base una motivazione discriminatoria, indipendentemente dal motivo che ne sta alla base (razza, etnia o altro); l'altra è quella favorevole ad estendere le norme penali sulla discriminazione religiosa anche a quelle fondate sull'orientamento sessuale della vittima, in quanto la discriminazione è in tal caso lesiva della dignità dell'essere umano, essendo l'identità e l'orientamento sessuale profili inerenti alla personalità individuale, non modificabili. Una soluzione diversa, volta cioè a mantenere l'attuale disciplina penale a tutela dei profili discriminatori fondati su ragioni razziali, etniche, nazionali o religiose, ma contraria ad estenderla alla discriminazione fondata sull'orientamento o sulla identità sessuale della vittima, sarebbe poco plausibile. In senso contrario non varrebbe addurre che l'omofobia si combatte in via preventiva sul piano educativo piuttosto che con l'arma del diritto penale: tale argomento, infatti, o lo si adduce – molto più razionalmente – a sostegno dell'opzione abolizionista rispetto a tutte le condotte a contenuto discriminatorio o non lo si può addurre solo per contrastare l'estensione delle fattispecie penale rispetto alle discriminazioni a base omofobica. Se si vuole percorrere la via della contrazione dei re-

ati di opinione, la prima soluzione appare quella consequenziale; la seconda, invece, si muove sul terreno della plausibilità delle scelte di politica criminale in un contesto che all'opzione penale deve comunque affiancare gli strumenti preventivi sul piano educativo per contrastare le motivazioni che sono alla base della discriminazione.

6. Apologia di genocidio e la questione della incriminazione del negazionismo

Se la plausibilità del controllo penale rispetto alle condotte discriminatorie trova fondamento nell'offesa degli interessi individuali delle persone offese, la riflessione si fa ancor più delicata rispetto alla discussione sulla incriminazione del negazionismo.

Anzitutto, il nostro ordinamento non è del tutto privo di strumenti penali di controllo: in concreto la manifestazione del pensiero negazionista potrebbe integrare gli estremi della propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale (art. 1, lett. a, l. n. 654/1975) ovvero dell'apologia di genocidio (art. 8 l. 8 ottobre 1967, n. 962), che va però interpretata nei termini indicati dalla Corte costituzionale in relazione all'apologia di delitto (sent. 65/1970): a quest'ultimo riguardo, essendo pertanto, necessario che l'esaltazione del genocidio o dei suoi autori risulti in concreto idonea a determinare la commissione di atti di genocidio, risulta drasticamente limitata la possibilità di applicare questa fattispecie, marginalizzata a norma puramente simbolica.

Ora, la criminalizzazione della manifestazione del pensiero negazionista, intendendo per tale il fatto di negare la verità di fatti storicamente accertati di negazionismo, presenta maggiori criticità rispetto alle scelte di politica criminale in tema di atti discriminatori. Non è possibile, nei limiti di una riflessione generale sui reati di opinione analizzare gli argomenti favorevoli o contrari espressi nel dibattito internazionale se non rinviando alla letteratura che, anche in Italia, ne ha pregevolmente dato conto⁴⁶. Mi limiterò a considerare la plausibilità dell'intervento penale alla luce del criterio qui seguito sui limiti di legittimità dei reati di opinione nel nostro ordinamento.

Quanto al principio del bilanciamento degli interessi, le posizioni assunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dagli organi di giustizia costitu-

45. Sulla questione v. i contributi di A. Pugiotto, M. Pelissero, L. Imarisio, L. Goisis, M. Caielli, L. Morassutto in *Opportunità e limiti di un intervento penale in materia di omo-transfobia*, in *GenIUS*, 2015, n. 1, 1.ss., nonché E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 7 ss.

46. Per un ampio quadro delle posizioni emerse nel dibattito, non solo penalistico, si rinvia a E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, *passim*; C. Visconti, *op. cit.*, 217 ss.

zionale ai quali, nei Paesi che prevedono il reato di negazionismo, è stata posta la questione della compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero, evidenziano posizioni diverse che dipendono dalla stessa struttura della fattispecie di negazionismo: dalla condotta, che può consistere nel solo fatto di negare o anche di giustificare o minimizzare un genocidio storicamente avvenuto; dalla presenza della clausola di rilevanza dei soli fatti idonei a turbare l'ordine pubblico; dall'applicazione della fattispecie alla sola negazione del genocidio degli ebrei o di altri genocidi che la storia ha conosciuto (il genocidio degli armeni in Turchia nel 1915; durante la seconda guerra mondiale, accanto al più eclatante genocidio degli ebrei, si è consumato anche quello di rom, sinti e omosessuali, identificati nei campi di concentramento dalla diversità del colore del triangolo di identificazione). Al momento, la Corte europea dei diritti dell'uomo è attestata nel considerare proporzionata la limitazione della libertà di espressione solo se il delitto di negazionismo consiste nella negazione del fatto dell'Olocausto degli ebrei, in quanto si tratta di fatto storicamente accertato, tanto più attraverso l'autorità delle sentenze del Tribunale di Norimberga; laddove, invece, si tratta di altri casi di genocidio sui quali gli storici non sono giunti a conclusioni univoche, i giudici di Strasburgo lasciano ampio spazio alla libertà di espressione che va garantita, come ho innanzi evidenziato, anche di fronte al pensiero scomodo⁴⁷.

Proviamo, invece, a valutare la plausibilità dell'intervento penale alla luce della scala di legittimazione che tiene conto del grado di tutela degli interessi individuali: possiamo dire che la manifestazione del pensiero negazionista offenda interessi individuali e che, in quanto tale, giustifichi una compressione della libertà di espressione al pari dei delitti di ingiuria e diffamazione e degli atti di discriminazione rivolti a singoli? Potremmo argomentare che il negazionismo offende la dignità dei singoli che appartengono alla comunità vittima del genocidio, in quanto la negazione di fatti accertati offende la memoria storica e l'identità delle persone che al gruppo appartengono⁴⁸; mi sembra però che l'elemento di personalizzazione dell'offesa sia più sfumato, laddove l'affermazione sia rivolta all'inquadramento di un fatto storico come genocidio, rispetto agli atti di discriminazione che si rivolgono a singoli soggetti o a cerchie determinate

di persone. Allo stesso modo cercare di legittimare la presenza del reato di negazionismo limitandone la rilevanza ai soli fatti che turbano l'ordine pubblico (come nel codice penale tedesco: § 130), mi pare soluzione più di facciata che di sostanza, non solo per i dubbi che solleva l'accertamento del pericolo concreto rispetto ai reati di opinione, ma anche perché l'ordine pubblico ha sempre dato pessima prova di sé come strumento di selezione non arbitrario di condotte penalmente rilevanti⁴⁹.

A me pare, piuttosto, che il disvalore del negazionismo vada oltre l'offesa agli interessi individuali delle vittime dell'Olocausto (per rimanere a questa ipotesi di negazionismo): il disvalore di queste affermazioni sta nella negazione di quei valori che quegli eccidi di massa hanno calpestato, valori sulla cui riaffermazione la comunità internazionale si è fondata dopo le tragedie del secondo conflitto mondiale, sviluppando una forte sensibilità per la lotta contro il razzismo e l'antisemitismo. Il disvalore della condotta si rivolge, quindi, più che ad interessi individuali ad un bagaglio di valori che sono fondamento della comunità internazionale. Da questo punto di vista, la plausibilità dell'intervento penale a tutela di valori, per quanto condivisi ed imprescindibili, non sarebbe di per sé illegittima, ma si presenta molto debole e si rafforzano le obiezioni sollevata contro l'opzione penale, *in primis* quella che evidenzia il rischio di strumentalizzazione del diritto penale a tutela della verità storica. La storia non può essere cristallizzata nell'autorità di una sentenza passata in giudicato, ma va lasciata alla libera discussione degli storici. Se poi il fatto di negazionismo è incentrato sulla negazione in sé dei fatti dell'Olocausto, mi pare che l'infondatezza di questi argomenti destituisca di ogni credibilità le tesi negazioniste.

In termini differenti si muove, invece, il disegno di legge approvato il 13 ottobre 2015 con modificazioni alla Camera e ora trasmesso nuovamente al Senato (S. 54-B), che si limita a prevedere una circostanza aggravante ad effetto comune per i reati previsti dall'art. 3, commi 1, lett. a e b, e 3 l. 654/1975, «se la propaganda, la pubblica istigazione e il pubblico incitamento si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della

47. V. di recente E. Somma, *Negazionismo e genocidio armeno. Libertà d'espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015,

48. In tal senso v. da ultimo Corte eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 15 ottobre 2015, *Perinçek c. Svizzera*, ric. n. 27510/08, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21.10.2015, con nota di M. Montanari, *Libertà di espressione e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande camera della Corte edu*.

49. S. Moccia, *Ordine pubblico (disposizione a tutela del)*, in *Enc. dir.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.

Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, tenendo conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro»⁵⁰: il negazionismo non integra un'autonoma fattispecie incriminatrice, ma costituisce modalità di estrinsecazione delle fattispecie già rilevanti ai sensi della legge del 1975, di cui dovranno essere accertati gli elementi costitutivi (tra l'altro le condotte di istigazione ed incitamento sono rilevanti solo se commesse pubblicamente, per quanto quest'ultimo elemento continui ad essere ancorato alla definizione generica di cui all'art. 266 cp). Ne consegue che l'intervento penale così strutturato presenta profili meno problematici rispetto alla garanzia dell'art. 21 Cost., sebbene desti perplessità legare la tipicità del fatto ai «fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro»: comprensibile la *ratio* di certezza da cui nasce la norma, inserita da ultimo nel testo approvato dalla Camera dei deputati, ma il rinvio alle sentenze passate in giudicato ripropone la tensione tra ricostruzione storica ed accertamento giudiziale (peraltro non è nemmeno chiaro se la norma si riferisca al mero accertamento del fatto – come parrebbe più plausibile – o anche alla sua qualificazione in termini di genocidio, crimine contro l'umanità o crimine di guerra).

7. La parola pericolosa e i rischi di un diritto penale pericoloso

Le considerazioni sviluppate innanzi depongono a favore di un intervento molto limitato del diritto penale laddove il fatto si incentri sulla manifestazione di un pensiero: la base è più solida laddove il fatto sia offensivo di interessi individuali; negli altri casi, l'opzione penale si misura in termini di plausibilità dell'intervento, da ponderare alla luce degli argomenti favorevoli o contrari alla sanzione penale che costituisce pur sempre lo strumento più duro ed intransigente di tutela e che, nei settori lambiti dalla libertà di espressione, assume una forte valenza simbolica di controllo autoritario dell'opinione dissenziente, incompatibile con un ordinamento democratico, tanto più permeato dalle dinamiche di una società pluralista.

La storia dei reati di opinione insegna che al di là del fatto, nel quale comunque si sostanzia la manifestazione di un pensiero, il diritto penale sembra guardare piuttosto al suo autore: la parola pericolosa, vuoi per l'assetto di potere costituito, vuoi per i valori nei quali la comunità si riconosce, diventa sintomatica di un autore pericoloso contro il quale si utilizza l'arma della sanzione penale. Il diritto penale del fatto tradisce quindi i tratti di un diritto penale d'autore. Visto da questa prospettiva, il diritto penale può diventare più pericoloso delle parole i cui rischi crede di neutralizzare.

50. Su questo disegno di legge, v. da ultimo M. Montanari, *La Camera approva con modificazioni il disegno di legge in materia di negazionismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.10.2015.

I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura

di Elisabetta Grande

Il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero fa parte del DNA delle istituzioni statunitensi, ricevendo esplicita protezione sin dal 1791. Tuttavia – osserva l’Autrice in questo contributo – occorre considerare che, ove non ne venga garantita l’effettività, la proclamazione di un diritto può rivestire una funzione puramente retorica e, dunque, di dubbia conclusione. E, così, in questo contributo, si passano in rassegna tanto le decisioni della Corte Suprema che hanno effettivamente garantito un ampio spazio all’espressione del dissenso, quanto le decisioni che, con diversi strumenti interpretativi, hanno infine compresso la formazione ed espressione di opinioni minoritarie. E l’Autrice ci consegna questa riflessione attraverso una lettura degli orientamenti giurisprudenziali condotta in parallelo con gli eventi della storia.

Introduzione

Fin dalla stesura del *Bill of Rights* nel 1791, il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero, tutelato significativamente proprio dal primo dei dieci emendamenti della Costituzione federale, ha rappresentato un principio caratterizzante e fondamentalissimo del sistema democratico liberale statunitense. Nell’immaginario collettivo, così come di ogni singolo americano, nessun diritto rappresenta meglio l’essenza stessa della società di uomini liberi, incarnata nella nazione statunitense, della possibilità accordata a ciascun individuo della cd «*land of the free*» di criticare il potere politico, i suoi simboli, i suoi uomini, le fedi altrui e perfino di esprimere a piacimento apprezzamenti volgari, apertamente razzisti o discriminatori. Quanto, tuttavia, la libertà di esprimere la propria opinione e il proprio dissenso è stata, ed è, davvero garantita in pratica nel sistema americano? Si tratta di un gigante dai piedi di argilla pronto a crollare di fronte alla prima scossa oppure di un reale baluardo contro ogni tentativo di censura delle opinioni scomode e controcorrente? Sono queste le domande cui si vorrebbe in questa sede dar brevemente risposta.

La vera estensione negli Stati Uniti del diritto al *free speech*, che a livello retorico e di percezione collettiva è pressoché sconfinata, è infatti l’oggetto della presente indagine, con la quale miro a illustrare quanto in realtà sia stato facile limitare quel diritto proprio tutte le volte che sarebbe stato davvero importante farlo rispettare.

1. Il dissenso rispettato

La diffusa convinzione che il sistema statunitense tuteli efficacemente la libera manifestazione del pensiero di ciascuno, anche quando ciò risulti fortemente problematico o politicamente inopportuno, non è certamente sprovvista di basi. Essa trova, infatti, riscontro in precise garanzie accordate in terra nord-americana a chi esprime la propria opinione in situazioni e circostanze in cui altri sistemi limiterebbero viceversa quella libertà.

1.1 Il dito impudico

Così, fin dal caso *Lewis v. City of New Orleans*

del 1972¹, è per esempio assodato che negli Stati Uniti insultare un pubblico ufficiale rappresenta un'attività protetta dal primo emendamento della Costituzione federale. In quell'occasione la Corte Suprema degli Stati Uniti, di fronte al pesantissimo insulto di una donna («*you god damn mother fucker police*»), diretto a un poliziotto che ne stava arrestando il figlio, dichiarò incostituzionale un'ordinanza cittadina che puniva la donna per il suo comportamento. In quello stesso anno la medesima Corte, in *Goadin v. Wilson*², rovesciò anche la condanna di un uomo che, durante una manifestazione contro la guerra, aveva apostrofato un agente dicendogli «bianco figlio di puttana, ti ucciderò» e ancora «figlio di puttana, ti soffocherò fino a farti morire». La legge in base alla quale l'uomo era stato punito, che proibiva «chiunque facesse uso di un linguaggio scurrile o offensivo nei confronti di altri ed in loro presenza, che tendesse a turbare l'ordine pubblico» fu infatti dichiarata incostituzionale perché eccessivamente indeterminata. In una successiva pronuncia del 1987, *City of Houston v. Hill*, la Corte chiarì poi definitivamente come il primo emendamento consenta «un notevole tasso di critica e di contestazione verbale nei confronti dei poliziotti» ritenendo non censurabile l'atteggiamento di ingiuriosa sfida alla polizia di Houston da parte di un attivista gay³. Il primo emendamento non protegge i cd «*fighting words*», notò la Corte (richiamando il limite apposto alla libertà di espressione con il caso *Chaplinsky v. New Hampshire* del 1942 -dopo di allora mai rovesciato, ma neppure più applicato perché sempre variamente aggirato come si dirà), ma il diritto di critica, anche quando espresso in maniera verbalmente aggressiva, è protetto. In particolare Justice Brennan, esprimendo al meglio il sentimento che fa della libera manifestazione del pensiero un principio cardine del sistema liberale nord-americano, fece presente come «la libertà degli individui di opporsi o mettere in discussione i comportamenti della polizia,

senza per questo rischiare di essere arrestati» rappresenti «una delle principali caratteristiche che distinguono una nazione libera da uno stato di polizia»⁴.

Negli Stati Uniti il diritto di criticare la polizia è così garantito anche quando si sostanzia in gesti scurrili, come testimoniato dai tanti casi in cui il «mostrare il dito» a un poliziotto non solo non comporta una punizione per l'offensore, ma al contrario dà luogo al risarcimento del danno a favore dell'ingiuriante e a una sanzione disciplinare a carico dei poliziotti tutte le volte che questi ultimi arrestano o cercano di arrestare chi li insulta⁵.

1.2 La bandiera vilipesa

Con il primo emendamento «dobbiamo proteggere le idee che detestiamo, altrimenti presto o tardi ci proibiranno di esprimere quelle che amiamo» scrisse nel 1961, in un'opinione dissenziente, Hugo Black, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti⁶. Seguendone l'ispirazione, nel 1969, in *Street v. New York*⁷, una esigua maggioranza di quella stessa Corte dovette finalmente riconoscere il diritto costituzionale a vilipendere la bandiera americana. «È un principio consolidato che in base alla nostra Costituzione la pubblica espressione delle idee non può essere proibita semplicemente perché risulta offensiva per qualcuno» ebbe a dire infatti la Corte Suprema, di fronte a un caso in cui si discuteva della punibilità di chi aveva offeso la bandiera a stelle e strisce con la frase: «*we don't need no damn flag*». La decisione fece da apripista a una serie di pronunce che, equiparando la condotta con la quale si comunica il dissenso all'espressione verbale, consentirono di disegnare un segno di pace sulla bandiera o di cucire quest'ultima sul proprio fondoschiena in segno di protesta contro la guerra in Vietnam⁸ o ancora di appenderla al contrario ai vetri del proprio negozio e di calpestarla per comunicare il proprio dissenso rispetto all'invasione

1. 408 U.S. 913 (1972).

2. 405 U.S. 518, 520 (1972).

3. Il primo emendamento permette un «*significant amount of verbal criticism and challenge directed at police officers*», così *City of Houston, Tex. v. Hill*, 482 U.S. 451, 461 (1987).

4. Così Justice Brennan, *ivi*, pp. 462-63.

5. ⁵ Cfr. Ira P. Robbins, *Digitus Impudicus: The Middle Finger and the Law*, American University - Washington College of Law, American University, WCL Research Paper No. 08-05, UC Davis Law Review, Vol. 41, 2008; Daniel Denvir, *Everyone Has the Right to Mouth Off to Cops*, 24 luglio 2015: <http://www.citylab.com/crime/2015/07/everyone-has-the-right-to-mouth-off-to-cops/399548>.

6. *Communist Party of U.S. v. Subversive Activities Control Bd*, 81 S.Ct. 1357, 1431 (1961).

7. 349 U.S. 576 (1969).

8. Cfr. rispettivamente *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974) e *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974).

dell'Iraq da parte degli Stati Uniti⁹. Altre pronunce, a cominciare da *Texas v. Johnson*¹⁰, dichiararono poi costituzionalmente legittimo bruciare la bandiera statunitense.

1.3 L'intolleranza tollerata. *Hate speech e fighting words*: il diritto di insultare e deridere gli altri per il colore della pelle, la fede religiosa o l'orientamento sessuale

Negli Stati Uniti, così come una condotta può essere equiparata a un'espressione verbale per la sua forza comunicativa e ricevere conseguentemente la protezione del primo emendamento, allo stesso modo, e per converso, un'espressione verbale che sia equiparata a una condotta non ottiene la tutela accordata al *free speech*. È questa la teorica che sta alla base della punibilità delle cd *fighting words*, ossia di quelle parole che per la loro aggressività possono essere considerate non diverse da un pugno. Inaugurata nel 1942 con il caso *Chaplinsky v. New Hampshire*¹¹, in cui la Corte Suprema dichiarò non protetto dal primo emendamento l'insulto di un testimone di Geova diretto ad un astante durante un suo discorso pubblico ("You are a God damned racketeer"), la teorica delle *fighting words* è tuttavia da allora rimasta sostanzialmente inapplicata. La ferma convinzione, infatti, che in terra nord-americana la libertà di espressione debba ricevere la massima tutela, anche quando si concreti in parole o atti gravemente offensivi dei sentimenti altrui, ha nel tempo indotto le Corti federali ad aggirare, pur senza mai rovesciarla esplicitamente, la decisione di cui sopra. A questo scopo la Corte Suprema ha, per esempio, limitato la categoria delle

fighting words ai soli insulti, diretti a una specifica persona, idonei a provocare una reazione violenta¹², senza peraltro quasi mai riscontrare nei fatti la presenza di quelle circostanze nei casi sottoposti al suo giudizio. Alternativamente le Corti federali hanno fatto ricorso al XIV emendamento della Costituzione americana per dichiarare incostituzionali - in quanto eccessivamente indeterminate, se troppo poco dettagliate¹³, oppure discriminatorie, qualora troppo dettagliate¹⁴ - le normative (statali o cittadine) che punivano parole o atti capaci di offendere gli altri per la loro razza, il loro genere, il loro credo religioso o il loro orientamento sessuale. A una teorica affermazione della punibilità delle *fighting words* si è così accompagnata un'effettiva vanificazione della relativa categoria, che soltanto in via puramente declamatoria è rimasta fuori dalla protezione del primo emendamento.

Negli Stati Uniti, pertanto, è protetto dal primo emendamento non soltanto chi nell'aula di un tribunale veste una giacca con la scritta «*Fuck the draft*», giacché non si tratta di un insulto diretto a una specifica persona¹⁵, ma lo è (e per la stessa ragione) anche colui che brucia la croce in segno di odio e disprezzo nei confronti dei neri e degli ebrei, salvo laddove ciò integri (soggettivamente e oggettivamente) una vera e propria minaccia nei confronti di singole specifiche persone, come quando la croce venga bruciata nel prato di fronte alla casa di una famiglia di neri¹⁶. Tutelare la libertà di esprimere odio e disprezzo nei confronti di altri per ciò che questi ultimi rappresentano, sono o pensano, significa poi tollerare l'intolleranza di chi per esempio insulta la memoria dei morti ai loro funerali o mette in atto comportamenti

9. Per questo caso - del 2003 - risolto, con l'intervento dell'organizzazione americana per le libertà civili (ACLU), a favore di colui che aveva dissacrato la bandiera, cfr. David K. Shipler, *Rights at Risk. The Limits of Liberty in Modern America*, New York, 2012, pp. 198 ss.

10. 491 U.S. 397 (1989).

11. 315 U.S. 568 (1942).

12. Così *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

13. Cfr. supra *Goadin v. Wilson* oppure *City of Houston, Tex. V. Hill*.

14. Cfr. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), in cui la Corte Suprema dichiara incostituzionale un'ordinanza della città di St. Paul, Minnesota, che vietava di occupare il suolo pubblico o privato con simboli, oggetti, graffiti o altro «*including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender*» perché discriminatoria nei confronti degli atteggiamenti ostili che coinvolgono altre sensibilità, come per esempio l'orientamento sessuale, non incluse nel divieto («*The ordinance applies only to 'fighting words' that insult, or provoke violence, 'on the basis of race, color, creed, religion, or gender.'* Displays containing abuse invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use 'fighting words' in connection with other ideas - to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality - are not covered», spiega infatti Anthony Scalia a sostegno della incostituzionalità del divieto, *ivi*, p. 391.)

15. Cfr. *Cohen v. California*, *op. cit.*

16. Cfr. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

pesantemente contrari alla cd *politically correctness*, generando sofferenze e tensioni sociali. Significa per esempio, proteggere chi -come gli appartenenti alla Chiesa battista Westboro, un gruppo cristiano del Kansas che si batte per la morigeratezza dei costumi - presenza ai funerali di ragazzi gay, morti per Aids o perché uccisi a botte da qualche omofobo, con cartelli che rimproverano i morti per il loro orientamento sessuale e inneggiano a un Dio che si vendica contro di loro con frasi del tipo: «Dio odia i froci». O ancora che, per manifestare contro un’America troppo lassista nei costumi, durante i funerali dei soldati uccisi in guerra espone striscioni che recitano: «Grazie a Dio per i soldati morti» e celebra i prossimi militari che torneranno a casa in sacchi neri (*body bags*). Nel 2011, infatti, la Corte Suprema americana si pronunciò quasi all’unanimità (8 a 1) a favore dei battisti del gruppo ecclesiastico Westboro, dichiarando tutelato dal primo emendamento il loro diritto di critica alla politica sessuale permissiva degli Stati Uniti, espresso attraverso pesanti apprezzamenti al funerale di un giovane marine morto in Iraq, i cui genitori avevano chiesto di essere risarciti per il grave danno morale subito¹⁷.

Tollerare l’intolleranza significa anche permettere a uno studente di sedici anni, subito dopo l’attacco alle torri gemelle dell’11 settembre 2001, di disegnare e appendere nella sua scuola di Cleveland, frequentata tra l’altro da compagni i cui parenti si trovavano in quel momento in quel Paese, dei poster rappresentanti aeroplani in procinto di bombardare l’Afghanistan, su cui il ragazzo aveva scritto «Possa Dio aver pietà di voi, perché noi non ne avremo»¹⁸. Oppure significa accordare tutela costituzionale all’iniziativa di alcuni studenti bianchi di una *fraternity* universitaria, che organizzano un «ghetto party» per deridere, con tanto di travestimenti e parrucche afro, i loro compagni neri¹⁹; o che, per prendere in giro le loro compagne «brutte», danno vita a un «*ugly woman contest*», colorandosi fra l’altro la faccia di nero²⁰.

I cd *hate speech codes*, ossia quei regolamenti dei *colleges* universitari che, per garantire distensione sociale e protezione alle minoranze, proibiscono e sanzionano le espressioni verbali offensive all’interno del campus, sono infatti stati giudicati incostituzionali (spesso sotto il profilo della carenza di tassatività) dalle Corti federali tutte le volte che queste ultime sono state investite della questione. Il risultato è che non soltanto le università pubbliche, le uniche tenute a rispettare il diritto degli studenti al *free speech*, ma anche quelle private, consentono - le une perché obbligate, le altre perché credono nella libertà di manifestare il proprio pensiero per quanto ostile e ingiurioso esso sia - atteggiamenti e parole pesantemente offensivi nei confronti di donne, neri, religioni o orientamenti sessuali minoritari. Le università (pubbliche) non possono così censurare programmi radiofonici studenteschi pieni di battute razziste, o impedire agli studenti di appendere alle finestre del campus una tunica bianca simbolo del Ku Klux Klan, o vietare volantini anonimi che prendono in giro caricaturizzando i neri chiamandoli «labbra grosse», «musi neri» o «negri» e che dichiarano «aperta la stagione di caccia» ai neri²¹. Quando l’università del Michigan ci provò, cercando di applicare il suo *hate speech code* contro simili manifestazioni ingiuriose di pensiero, trovò infatti un ostacolo insormontabile nell’interpretazione data da una Corte federale di distretto al primo emendamento della costituzione, che la obbligò a disapplicare in via permanente il suo censorio regolamento interno²².

2. Il dissenso censurato

Non è però oro tutto quello che luccica. Il sistema statunitense, pur apparentemente estremamente rispettoso della libertà di pensiero e di parola -ossia di qualunque opinione espressa, non importa se politicamente inopportuna, scomoda o lesiva dei senti-

17. *Snyder v. Phelps*, No. 09-751 (2011).

18. Sospeso per i suoi poster il ragazzo trovò infatti soddisfazione contro il dirigente scolastico presso una Corte federale che gli diede ragione, costringendo la scuola a risarcirgli il danno morale. Cfr. *Student, School District Settles Law Suit Over War Posters*, AP, 30 nov. 2001, disponibile al sito: <http://www.firstamendmentcenter.org/student-school-district-settle-lawsuit-over-war-posters>.

19. Cfr. Shipler, *op. cit.*, p. 276.

20. «L’università (di George Mason)», aveva detto la corte d’appello federale del quarto circuito sancendo l’illegittimità costituzionale dell’*hate speech code* che prevedeva una sanzione disciplinare per quei comportamenti «deve raggiungere [il fine di mantenere un’atmosfera tollerante e non razzista] in un modo diverso dal porre dei limiti alla libertà di espressione». Cfr. *Iota Xi Chapter of Sigma Chi Fraternity v. George Mason University*, 993 F.2d 386 (4th Cir. 1993).

21. Cfr. Shipler, *op.cit.*, a p. 277.

22. *John Doe v. University of Michigan*, 721F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989).

menti altrui - ha infatti, in verità, sempre saputo limitare (e anche molto pesantemente) quella libertà tutte le volte che ciò è stato ritenuto politicamente necessario. La retorica dominante non ha però mai registrato quelle compressioni e, nonostante il principio del *free speech* sia stato sovente violato proprio quando l'effettività della sua tutela ne avrebbe dovuto mostrare il vero spessore e capacità di resistenza, la narrazione degli Stati Uniti come il Paese più attento alla tutela del libero pensiero non è mai stata posta in discussione.

Le vie attraverso cui la compressione del *free speech* si è realizzata, e tuttora si realizza, passano tanto per un piano tecnico-formale, quanto per un piano più informale e nascosto. Entrambi consentono di mascherare la reale censura del dissenso messa in atto da quel sistema giuridico.

2.1. Definizioni e distinzioni: le vie formali di censura del dissenso

2.1.1. Normative *content-based* e *content-neutral*

Innanzitutto, infatti, le Corti federali hanno da tempo chiarito come sia il contenuto del messaggio veicolato dalla manifestazione del pensiero, e non il modo, i tempi e i luoghi della manifestazione stessa, a ricevere piena tutela costituzionale. Lo Stato non può, cioè, censurare l'espressione di un pensiero per via del suo contenuto o richiedere che venga espressa un'idea piuttosto che un'altra (perché la restrizione sarebbe *content-based*), può tuttavia regolamentare, purché non in maniera discriminatoria, la manifestazione del pensiero attraverso normative che non riguardano il contenuto del pensiero la cui manifestazione viene regolata (si tratterebbe, infatti, in questo caso di normative *content-neutral*). Così chi protesta pubblicamente non può essere punito per le idee che esprime attraverso la protesta, però può essere punito per non aver rispettato le norme che regolamentano i modi attraverso cui qualunque protesta deve essere posta in essere. Chi dà fuoco alla bandiera non può essere punito per il dissenso che esprime nei confronti delle politiche governative, ma può essere punito se viola le norme che stabiliscono quando, dove e come

si può in generale appiccare un incendio. E così via. È evidente allora come le due categorie di norme (*content-based* e *content-neutral*) non siano sempre impermeabili e distinguibili l'una dall'altra e come limitare il modo in cui un pensiero si manifesta può, in alcuni casi, significare limitare di fatto l'espressione stessa del pensiero.

Per capire la portata dello scivolamento di una categoria sull'altra, e la restrizione della libertà di manifestare il proprio dissenso che ne deriva, è sufficiente prendere in considerazione le tante proteste di piazza che vengono legittimamente repressi, insieme al messaggio politico che le anima, sol che i manifestanti violino qualcuna delle innumerevoli e banali norme che regolano le modalità della protesta, che la polizia decida di far rispettare. A differenza di quel che accade in altri sistemi, quello americano consente, infatti, l'arresto anche laddove venga integrato un illecito bagatellare (che spesso noi definiremmo amministrativo, ma che in quel sistema è un *crime*)²³, col risultato che la vera o presunta violazione di una qualsiasi norma, relativa per esempio all'uso delle strade cittadine durante la manifestazione, può dare luogo ad arresti di massa e al facile sabotaggio della dimostrazione, se la polizia così decide²⁴.

Fin dal 1941 la Corte Suprema ha, infatti, giudicato legittimi i "ragionevoli" limiti (penalmente sanzionati) di tempo, modo o luogo posti negli Stati Uniti alle dimostrazioni di piazza, anche quando essi finiscono per tradursi in una censura del dissenso. Il caso riguardava alcuni testimoni di Geova che camminavano in fila indiana lungo il marciapiede in gruppi di 15 persone distribuendo volantini e mostrando dei cartelli. Il fatto che non avessero chiesto l'autorizzazione alla città giustificò il loro arresto e la loro condanna per l'illecito corrispondente²⁵. Da allora i tanti divieti statali, variamente integrati e interpretati dalle diverse ordinanze comunali, suscettibili di violazione da parte dei dimostranti, rendono questi ultimi facili destinatari di arresti sol che la polizia decida di farli rispettare. Così chiunque, durante una manifestazione a New York, vada in bicicletta sul marciapiede e abbia più di 14 anni o una bicicletta con le ruote di un diametro superiore ai 26 pollici, oppure sia senza certe luci speciali, commet-

23. Con il caso *Atwater v. City of Lago Vista* (532 U.S. 318, 2001) la corte Suprema degli Stati Uniti chiarì infatti definitivamente che la polizia può, a sua discrezione, procedere a un arresto anche nel caso di un violazione di poco conto, laddove vi sia una *probable cause* per credere che sia stata commessa. L'opinione dissenziente (O'Connor, pp. 365-67) riteneva invece che la libertà personale potesse essere limitata, e l'arresto possibile, solo in caso di illecito di una certa gravità.

24. La polizia, infatti, particolarmente quando assiste alla commissione di reati minori, ha totale facoltà di scegliere fra le seguenti opzioni: può voltarsi dall'altra parte, diffidare l'autore dalla sua ripetizione, citarlo in tribunale oppure procedere a un vero e proprio arresto. Cfr. Alicia A. D'Addario, *Policing Protest: Protecting Dissent and Preventing Violence Through First and Fourth Amendment Law*, in 31 *N.Y.U. Review of Law and Social Change* 97 (2006-2007), a p. 105.

25. *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941).

te il reato di *reckless operation on sidewalk* previsto dall'art. 33 della *Vehicle and Traffic Law* di New York. Chi, pur avendo l'autorizzazione a manifestare, non obbedisca a un ordine della polizia di spostarsi, può essere arrestato (se teoricamente ostruisce il traffico delle macchine o dei pedoni) e risponde dell'onnicomprensivo reato di *disorderly conduct*²⁶. Si tratta di divieti rispetto ai quali spesso la discrezionalità lasciata alla polizia non investe soltanto l'an, ma anche il come devono essere rispettati. Così, per esempio, dei ben 1.827 arresti effettuati durante la manifestazione contro la Convention repubblicana del 2004 (particolarmente osteggiata dopo l'elezione presidenziale "rubata" del 2000), la grandissima parte (1.342) riguardava la violazione di divieti di tipo amministrativo liberamente interpretati dalla polizia. Fra questi, di cui hanno più recentemente fatto le spese le centinaia di manifestanti di *Occupy Wall Street* arrestati nell'ottobre del 2011, quello - integrante l'illecito di *disorderly conduct* - di scendere, anche solo per un momento, dal marciapiede!²⁷ D'altronde le linee guida del dipartimento di polizia di New York (il più importante per numeri e finanze di tutti gli Stati Uniti), relative al comportamento da tenere durante le manifestazioni, spiegano ai poliziotti come i manifestanti possano mostrare cartelli, ma non tenere aste per sorreggerli, perché sarebbero in quel caso suscettibili di arresto per aver commesso il reato di «*criminal possession of a weapon*» (possesso criminale di un'arma) in base all'art. 265 della NY. Penal Law (giacché le aste potrebbero essere usate come bastoni); e per lo stesso reato sono perseguibili e quindi arrestabili anche coloro che detengono cavi elettrici (cd «*sleeping dragons*») per legarsi fra di loro in modo da rendere più difficoltoso un eventuale arresto. D'altronde perfino la resistenza passiva ai pubblici ufficiali può essere perseguita come ostruzione dell'amministrazione pubblica secondo l'interpretazione data dalla polizia di N.Y.. Se

poi è vero che un manifestante può insultare senza conseguenze un poliziotto, qualora tuttavia «le parole siano parte di un disegno volto a dar fastidio» o siano accompagnate da «un contatto fisico, per quanto solo accennato» allora, sempre secondo le linee guida della polizia di N.Y. (non smentite peraltro dalle Corti di giustizia e con buona pace del diritto di insulto ai poliziotti) gli agenti sono legittimati ad arrestare i manifestanti e accusarli di *harassment* in base alla sezione 240 della legge penale di New York.

Tra le maglie della distinzione astratta fra norme *content-based* e norme *content-neutral* si nasconde perciò una possibile commistione di categorie, che può portare in concreto la seconda a scivolare sulla prima, con una conseguente pesante restrizione nei fatti di quella libertà di manifestare il proprio pensiero che, a livello declamatorio, rimane invece un principio inviolato. La stessa distinzione poi, nel suo uso distorto, ma pur sempre efficace dal punto di vista di chi aspira a censurare il dissenso, permette alla polizia di arrestare selettivamente i dimostranti scomodi o invisibili per le idee che manifestano²⁸. E se questi ultimi, all'udienza in cui si discute la legalità del loro arresto (cd *hearing of first appearance*, da tenersi entro 48 ore) riusciranno a dimostrarne l'infondatezza²⁹, l'obiettivo di impedirne l'espressione del pensiero sarà comunque stato raggiunto e i costi dell'eventuale transazione sul risarcimento dei danni saranno sopportati dai contribuenti e quindi dalla collettività tutta. In ogni caso è la collettività che sopporta i diversi e più importanti costi del cd *chilling effect* (autocensura) sulla libertà di manifestare il proprio pensiero che l'ampia discrezionalità del potere di arresto di cui gode la polizia produce. Tanto il manifestante arrestato, quanto coloro che hanno assistito all'arresto, saranno infatti scoraggiati dal partecipare a future manifestazioni di piazza, laddove i confini non solo della libertà di parola, ma anche della libertà personale, appariranno loro incerti.

26. New York Penal Law section 240.20, punito con la detenzione fino a 15 giorni e con una pena pecuniaria.

27. Cfr. *700 Arrested After Wall Street Protest on Brooklyn Bridge*, Fox News, October 02, 2011: «'Multiple warnings by police were given to protesters to stay on the pedestrian walkway and that if they took roadway they would be arrested,' said Paul Browne, the chief spokesman of the New York Police Department.», reperibile al sito: <http://www.foxnews.com/us/2011/10/01/500-arrested-after-wall-street-protest-on-nys-brooklyn-bridge>. Per ragguagli sulla causa intentata (e recentemente persa) dai manifestanti per il risarcimento dei danni per questi ed altri comportamenti ritenuti scorretti da parte della polizia newyorkese, cfr. *Court Dismisses Occupy Wall Street's Brooklyn Bridge Lawsuit*, 24 Feb 2015, The Huffington Post – Cfr. il sito <http://www.ooyuz.com/geturl?aid=4276464#sthash.meFFW-la3.dpuf>.

28. E che l'arresto sia sovente pretestuoso è testimoniato dai tanti casi in cui esso risulta fine a se stesso, risolvendosi in una rapida archiviazione dell'accusa. Cfr. per esempio Shipler, *op. cit.*, 246.

29. Ciò che non è mai facile in quanto, secondo il quarto emendamento della Costituzione federale, l'arresto deve basarsi sulla *probable cause* che la persona stesse commettendo un reato. Il criterio per stabilire se vi fosse una *probable cause* è però impreciso e fortemente dipendente dall'interpretazione data alla situazione concreta. Si tratta, infatti, di valutare la totalità delle circostanze in cui l'arresto è avvenuto e capire se le informazioni che la polizia aveva a sua disposizione facessero supporre con una «*fair probability*» che il reato fosse stato posto in essere.

Le corti statunitensi, inoltre, si sono trovate spesso ad annacquare e sfumare già in astratto la distinzione che esse stesse hanno formulato, come quando hanno considerato *content-neutral* le normative, che pur sopprimevano direttamente l'espressione del pensiero (e quindi erano in verità *content-based*), tutte le volte che la loro *ratio* non era di reprimere la libertà di opinione, ma di evitare gli effetti secondari dannosi che discendessero dalla sua espressione³⁰. Una simile sovrapposizione di categorie è stata poi realizzata con maggiore disinibizione a fronte di condotte (in quanto tali meno tutelate della pura espressione verbale) dotate di forza comunicativa e ha costituito lo strumento di censura del dissenso politico, quando questo appariva pericoloso per il sistema. Così mentre, come si è visto, chi brucia la bandiera è degno di protezione da parte del primo emendamento, non lo è invece chi brucia la cartolina di chiamata alle armi per dimostrare la propria contrarietà alla guerra. Il secondo comportamento, infatti, a differenza del primo, allorquando venne preso in considerazione dalla Corte Suprema costituiva l'espressione di un dissenso politico, la cui diffusione ai danni della linea di governo - per il momento storico in cui era stato posto in essere: quello della guerra in Vietnam - era particolarmente temuta. Proprio per questa ragione esso aveva trovato censura ed era stato sanzionato con il beneplacito della Corte Suprema, che aveva dichiarato costituzionalmente legittima la legge federale che puniva chiunque dolosamente distruggesse il «*draft*». Lo strumento tecnico-formale, che aveva mascherato quella motivazione e consentito la pesante limitazione alla libertà di critica politica, era stata per l'appunto la considerazione che la legge perseguiva (in questo caso addirittura oggettivamente, perfino cioè nonostante l'esplicita intenzione del legislatore di impedire che la cartolina fosse bruciata in segno di protesta³¹) interessi diversi da quello di sopprimere il *free speech*. È infatti possibile, disse la Corte, proibire - entro i limiti della proporzionalità - le condotte attraverso cui si comunicano le idee, quando ciò

è giustificato da ragioni indipendenti e diverse dalla censura delle idee. Nel caso di specie i giudici ritennero che tali ragioni coincidessero con la necessità di facilitare una rapida mobilitazione militare in caso di emergenza, di ricordare ai destinatari della cartolina di chiamata alle armi di notificare il cambio di indirizzo alle autorità competenti e di comunicare più rapidamente con le stesse autorità per via dell'indirizzo scritto sulla cartolina. Si trattava, infatti, secondo la Suprema Corte, di esigenze che solo l'esistenza fisica della *draft card* permetteva di soddisfare!³²

Ciò che le costruzioni e le distinzioni giuridiche delle Corti statunitensi nascondono, dunque, è un *free speech* la cui tutela, al di là degli enunciati, presenta dei confini mobili, i cui spostamenti sono spesso determinati dagli interessi in gioco e dal timore, non importa quanto fondato, che le idee espresse possano costituire un pericolo per le politiche governative e l'ordine costituito. È perciò proprio quando dovrebbe essere maggiormente tutelato - perché idoneo a competere con la prospettiva dominante e quindi ad entrare in quel *marketplace of ideas* che in base a una visione liberale conduce a raggiungere la verità³³ - che il pensiero dissenziente viene soffocato. Che oggi come ieri sia la paura a determinare l'ampiezza del *free speech* nel sistema statunitense è poi certamente testimoniato da ciò che accade ed è accaduto in relazione al tema dell'istigazione a commettere un reato.

2.1.2. *Protected e unprotected speech*: il caso dell'istigazione a commettere un reato

«La Costituzione americana non è un patto suicida», si dice avesse dichiarato Abraham Lincoln quando soppresse la garanzia dell'*habeas corpus* durante la guerra civile. La frase, ripresa dal giudice Robert H. Jackson in una *dissenting opinion* relativa a un caso di *free speech* che egli avrebbe voluto limitare³⁴, è stata recentemente fatta propria da Richard Posner per giustificare le pesanti restrizioni dei diritti civili e della libertà di espressione che negli Stati Uniti la ca-

30. Così una normativa cittadina che vietava l'apertura di locali per soli adulti in alcune zone di una località americana (Renton, Washington) e che quindi colpiva solo certe espressioni del pensiero (quelle che avevano un contenuto sessuale) e non altre (ed era quindi ovviamente *content-based*), fu considerata *content-neutral* e ritenuta costituzionalmente legittima in base al primo emendamento, in quanto secondo i giudici mirava non a sopprimere la libertà di mostrare e vedere materiale per adulti, ma a tutelare gli abitanti della cittadina dalle persone poco raccomandabili che quei locali avrebbero attirato. Cfr. *Renton v. Playtime Theaters, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986).

31. Cfr. Erwin Chemerinsky, *The Constitution in Authoritarian Institutions*, 32 *Suffolk University Law Review* 441, 449 (1999).

32. Cfr. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

33. Risalente nei suoi fondamenti a John Stuart Mill (in *On Liberty* del 1859), il concetto di *market place of ideas* è per la prima volta articolato da Oliver Wendell Holmes nella sua *dissenting opinion* in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) ed è poi esplicitamente ripreso da William O. Douglas in *United States v. Rumley*, 345 U.S. 41, nel 1953.

34. *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

duta delle torri gemelle e la paura del terrorismo hanno portato con sé³⁵. In momenti particolari, è questo il senso della frase, quando i timori per la sicurezza collettiva sono forti, le garanzie costituzionali possono essere ridotte o pretermesse. Si tratta del principio che, esplicitamente o più spesso implicitamente, le Corti statunitensi hanno seguito nel tempo per stabilire i confini della libertà di espressione. In tempi pericolosi, infatti, il dissenso è sempre stato soppresso e la paura, per quanto irrazionale, continua ancora oggi a dettare l'ambito del diritto di esprimere le proprie idee.

Ancora una volta le costruzioni giuridiche e le distinzioni fra ciò che è punibile e ciò che non lo è, insieme ai criteri apprestati per operare le distinzioni medesime, costituiscono la via per mascherare la soppressione del dissenso. Da sempre, infatti, le Corti nord-americane hanno chiarito come il primo emendamento non protegga tutte le manifestazioni del pensiero e come accanto ai *protected speeches* vi siano anche gli *unprotected speeches*. Fra questi ultimi ha trovato indiscutibilmente posto la determinazione alla commissione di un reato (consistente nella condotta di chi fa sorgere *ex novo* in soggetti specifici il proposito criminoso, che prende il nome di *soliciting* e che riveste problematiche che qui non affronterò), ma è stata variamente inclusa anche l'istigazione alla commissione di un illecito - ossia l'espressione di convinzioni personali che incitano in via generale alla commissione di un reato - secondo criteri differenti a seconda del periodo storico e delle paure del potere politico del momento.

Che sotto le spoglie dell'istigazione a commettere un reato possa nascondersi una facile censura del dissenso politico è un dato con cui le Corti nord-americane hanno fatto presto i conti, enunciando criteri volti, almeno in apparenza, a bilanciare il desiderio di proteggere tanto la libertà di espressione quanto l'ordine sociale. Si è, tuttavia, trattato di criteri mobili, che nei momenti cruciali hanno assecondato la paura e privilegiato il timore per la sicurezza collettiva sul *free speech*, o perché si presentavano sufficientemente vaghi da costituire una mera protezione di facciata per la libertà di espressione del dissenso, oppure perché si modulavano diversamente a seconda del mo-

mento storico-politico in cui trovavano applicazione. E ciò è vero ancora oggi, come il diritto penale successivo all'11 settembre 2001 sta a dimostrare³⁶.

2.1.2. a) Le paure di ieri

Già il criterio del «*clear and present danger*», elaborato nel 1919 dalla Corte Suprema per stabilire quali istigazioni a commettere un reato fossero costituzionalmente punibili e quali no, si dimostrò talmente vago da consentire di mandare in prigione il segretario generale del partito socialista, Charles Schenck, per aver fatto circolare dei volantini che sostenevano che la chiamata alle armi durante la prima guerra mondiale violasse il tredicesimo emendamento, in quanto avrebbe costituito una forma di schiavitù. Per giustificare l'avvenuta limitazione della libera manifestazione del pensiero, Oliver Wendell Holmes spiegò in quell'occasione come la sua protezione non potesse che essere diversa in tempi di guerra rispetto ai tempi di pace. Nonostante, pertanto, non vi fosse alcuna prova che i volantini avessero convinto o avessero avuto la capacità di convincere alla resistenza alle armi anche una sola persona, Schenck e altri furono condannati in base all'*Espionage Act* del 1917, che puniva chiunque ostacolasse gli sforzi di reclutamento bellico della nazione con pene che arrivavano fino a 20 anni di reclusione³⁷. La stessa sorte toccò a chi, come Frohwerk, in quel periodo aveva scritto articoli di giornali critici nei confronti della guerra, senza che fosse in alcun modo provata una qualche efficacia prognostica in termini di convinzione sui disertori³⁸; o a chi come Eugene Debs, leader del partito socialista, in un discorso pubblico aveva blandamente e marginalmente criticato la chiamata alle armi³⁹. In tutti questi casi il criterio del *clear and present danger*, nonostante le declamazioni, non servì per proteggere l'espressione del dissenso, ma soltanto per giustificare la soppressione in un momento in cui la paura di non riuscire a costituire un esercito era fortissima. Quello stesso criterio, almeno nella mente di chi lo aveva elaborato, ossia il giudice Holmes, avrebbe però dovuto servire per escludere la punibilità di chi aveva fatto circolare dei volantini contro l'invio di truppe in Europa dell'est a seguito della rivoluzione

35. Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, OUP, 2006.

36. Sulle trasformazioni in senso autoritario del diritto statunitense dopo l'11 settembre 2001, cfr. Ugo Mattei, *Il modello di common law*, già 3 ed., Giappichelli, Torino, 2010, pp. 132 ss.

37. Cfr. *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

38. Cfr. *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919).

39. Cfr. *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

russa, giacché quella questione politica gli pareva assai meno preoccupante⁴⁰.

Né meno adattabile alle paure del momento fu il criterio della *reasonableness* (che permetteva la punizione dell'istigazione a commettere un reato tutte le volte che ciò sembrasse ragionevole), utilizzato dalla Corte Suprema negli anni del primo cd *red scare* per giudicare costituzionalmente legittima la condanna (per il reato di «istigazione al sovvertimento dello Stato con la forza, la violenza e tramite mezzi illegali») di chi, come Benjamin Gitlow, aveva pubblicato il *Left Wing Manifesto*, senza che fosse provato che il suo scritto avrebbe potuto minimamente influenzare chicchessia⁴¹. «Per giustificare la soppressione del *free speech* deve essere ragionevole temere che alla manifestazione del pensiero consegua un grave pregiudizio; quest'ultimo deve apparire ragionevolmente prossimo e sembrare ragionevolmente davvero molto grave» aveva detto in quello stesso periodo storico il giudice Brandeis ritenendo costituzionalmente legittima la condanna di Anita Withney⁴². La donna in verità non aveva fatto altro che partecipare a una riunione sindacale del costituendo partito comunista, ma la Corte ritenne che la valutazione del legislatore che il sindacalismo rappresentava un pericolo per la sicurezza collettiva rendesse *ragionevole* presumere che un grave danno sarebbe immediatamente disceso dall'attività sindacale di Anita Whitney.

Più tardi durante il maccartismo e il terrore dell'avvento del comunismo, nel giudicare legittima la condanna a venti anni di prigione per istigazione al violento sovvertimento dello Stato (in base allo *Smith Act* del 1940) di chi aveva semplicemente letto e insegnato quattro libri scritti da Stalin, Marx, Engels e Lenin, la Corte in *Dennis v. United States*⁴³ rimodulò esplicitamente il criterio del *present and clear danger* alla stregua di un criterio di pericolo astratto. Elaborando una nuova teorica del rischio presunto destinata a fare scuola nel futuro diritto penale «pre-

pressivo»⁴⁴, il giudice Learned Hand disse infatti che se il pregiudizio che si mira a evitare è davvero grave, perché l'istigazione alla sua realizzazione sia punibile non c'è bisogno che essa si riveli idonea a indurre qualcuno, in un intervallo temporale ristretto, alla sua commissione. Quando l'offesa che si mira a prevenire è particolarmente seria, qualunque istigazione (non importa se efficace o meno in base a un giudizio prognostico o quanto prossima all'offesa che si vuole evitare) andrebbe perciò punita. Siccome in base a quel criterio i confini della libertà di critica risultavano di fatto determinati dalla paura, la quale si rifletteva direttamente sul giudizio di gravità dell'offesa, non appena il clima politico mutò e il timore (immotivato) dell'avvento del comunismo in Usa svanì, gli stessi comportamenti prima puniti come istigazione alla rivoluzione proletaria violenta furono dichiarati protetti dal primo emendamento. Nel 1957, infatti, quando Stalin, ormai morto, era stato sostituito in Unione Sovietica dal più moderato Nikita Khrushchev e negli Stati Uniti la tensione anti-comunista si era dissolta e il senatore anti-comunista McCarthy era ormai marginalizzato, la Corte Suprema in *Yates v. United States* dichiarò costituzionalmente protetta l'attività di Oleta Yates, leader (donna) del partito comunista, che aveva sposato e propagandato il marxismo-leninismo⁴⁵. Per non rinnegare il principio espresso in *Dennis*, ma neppure ammettere che fosse il mutevole sentimento di paura a guidare le sue decisioni, la Corte, anticipando velatamente la costruzione di un nuovo criterio punitivo, distinse il caso di fronte a sé rispetto a *Dennis* ricorrendo alla differenza che esiste fra istigare a *credere* in qualcosa e istigare a *fare* qualcosa⁴⁶.

Nel 1969, ai tempi di *Brandenburg v. Ohio*⁴⁷, finalmente l'elaborazione di un diverso principio in tema di istigazione a commettere un illecito sembrò chiudere la stagione del diritto penale della paura. A partire da quella decisione, infatti, la punibilità di quella condotta parve calibrata sulla sua pericolosità

40. Cfr. l'opinione dissenziente di Holmes, in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

41. Cfr. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

42. «*Evil*» è il termine utilizzato da Brandeis nell'opinione concorrente per indicare il pregiudizio grave: cfr. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), a p. 376.

43. 341 U.S. 494 (1951).

44. Per il significato di questo neologismo e per un'analisi della recente diffusione globale della giustizia penale «prepressiva», mi permetto di rinviare a Elisabetta Grande, *Il dispositivo penale della paura. Diffusione di un'ideologia*, in *Democrazia e Diritto*, 3, 2014, pp. 17 e ss.

45. *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

46. *Ivi*, pp. 324-5.

47. 395 U.S. 444 (1969).

concreta rispetto all'offesa finale. Il caso riguardava la condanna per il reato di «istigazione a un illecito penale o alla violenza» (previsto dal legislatore dell'Ohio) di un leader del Ku Klux Klan, che aveva organizzato una manifestazione razzista in cui aveva paventato il ricorso alla vendetta nei confronti delle istituzioni politico-giuridiche degli Stati Uniti (Presidente, Congresso e Corte Suprema), che a suo giudizio non avrebbero tutelato abbastanza i bianchi nei confronti dei neri e degli ebrei. Alla manifestazione, cui molti parteciparono armati, il leader dell'organizzazione razzista aveva invitato un cameramen della televisione per farsi filmare e quando il servizio fu trasmesso egli fu processato e condannato. La Corte Suprema recuperando la necessaria carica di offensività della fattispecie di istigazione rovesciò però la condanna e dichiarò protetto dal primo emendamento «qualunque incitamento a usare la forza o a violare la legge a meno che non sia diretto soggettivamente a produrre un'azione illegale imminente e sia idoneo a quello scopo»⁴⁸. I criteri oggettivi e soggettivi necessari per ritenere costituzionalmente legittima la punizione di un'istigazione a commettere un reato sembravano così definitivamente stabiliti e la protezione del *free speech* garantita una volta per sempre dalla rimodulazione, effettuata dalla Corte, della manifestazione del pensiero punibile in termini di pericolosità concreta dolosa per il bene giuridico finale. L'*idoneità* dell'istigazione a causare un'azione illegale *imminente* da parte di chi sia consapevole della carica di offensività della propria manifestazione del pensiero, quali requisiti necessari per togliere all'istigatore la protezione del primo emendamento furono successivamente affinati in *Hess v. Indiana*⁴⁹ e in *NAACP v. Claiborne Hardware Co*⁵⁰. Dopo di allora i tempi bui della persecuzione penale di un dissenso che non si concretizzò nella reale messa in pericolo del bene giuridico oggetto di tutela parevano lasciati alle spalle. Ma si trattò di un'illusione: fu una conquista di civiltà meramente temporanea. Una nuova grande ondata di paura, quella per il terrorismo, inaugurata con la caduta delle torri gemelle l'11 settembre 2001, doveva infatti dare la stura negli Stati Uniti a una nuova pesante soppressione della libertà di espressione del pensiero critico.

48. *Ivi*, p. 447.

49. 414 U.S. 105 (1973). Il caso riguardava un manifestante che dopo essere stato disperso dalla polizia aveva gridato «*we'll take the fucking street*», senza indicare quando. La sua istigazione fu ritenuta non capace di condurre a un'azione violenta imminente. Non c'era prova, disse la Corte che quelle «parole fossero volte a produrre e fossero idonee a produrre un disordine *imminente*».

50. 458 U.S. 886 (1982). In questo caso il boicottaggio di alcuni negozi, i cui titolari erano stati accusati di discriminare i neri, aveva portato un responsabile dell'associazione nazionale per i diritti della gente di colore a gridare alla gente: «Se becchiamo uno di voi entrare in questi negozi razzisti vi rompiamo il collo». La Corte ritenne lo *speech* protetto dal primo emendamento, perché, disse «*mere advocacy of the use of force or violence does not remove speech from the protection of the first Amendment*», *ivi* a p. 928.

2.1.2.b1) Le paure di oggi: Patriot Act, retate di Aschcroft e infiltrazioni investigative

Di fronte alla nuova minaccia del terrore islamico il diritto penale della prevenzione riacquistò vigore e il principio di precauzione - secondo cui il timore di un danno costruito come grave giustificerebbe l'eliminazione del mero rischio astratto che esso si verifichi - che era stato enunciato in *Dennis* da Learned Hand in relazione alla fattispecie di istigazione a commettere un illecito, venne accolto in via generale dal legislatore statunitense e pervase l'intero campo penale.

La narrazione di uno Stato che non può rimanere inerte di fronte al rischio di un'offesa alla sicurezza collettiva, ma ha il dovere di agire per evitarla anche quando la sua futura verifica è men che certa, comportò così la pesante limitazione alla riservatezza degli americani attuata con lo USA Patriot Act, l'istituzione di nuove procedure penali liberticide nei tribunali militari per i cd *enemy combatants*, o l'apertura della prigione di Guantanamo. Comportò anche vere e proprie retate (cd retate Ashcroft perché ricordavano quelle dei tempi bui della paura degli anarchici dell'*attorney general* Palmer, quando nell'inverno del 1919-1920 molti stranieri furono deportati come sospetti attentatori dell'ordine costituito senza che ci fosse la minima prova nei loro confronti, solo perché anarchici) di migliaia di cittadini di paesi islamici che vivevano (legalmente o illegalmente) sul territorio statunitense, arrestati e segretamente detenuti - in certi casi per più di un anno - per il timore, privo di fondamento, che fossero terroristi. Tutti gli uomini dai 16 anni in su, cittadini di 25 paesi islamici, che non fossero residenti permanenti negli Stati Uniti, dal novembre 2002 all'aprile 2003 furono chiamati a presentarsi agli uffici dell'immigrazione per farsi controllare. Molti altri appartenenti alla comunità islamica, residenti permanenti, ma non cittadini, furono arrestati per le ragioni più varie. In tutti i casi l'applicazione del diritto dell'immigrazione, in quanto diritto amministrativo e non penale, consentì ciò che non sarebbe stato possibile nei confronti dei cittadini americani, i quali avrebbero potuto invece avvalersi delle garanzie del procedimento penale. Lunghe detenzio-

ni, ingiustificate e segrete, agevolate da riforme *ad hoc* messe in atto dall'*attorney general* Ashcroft, il quale permise per esempio la prosecuzione della detenzione amministrativa anche quando a giudizio del giudice fosse stata senza fondamento, sol che il *prosecutor* avesse fatto richiesta di appello⁵¹. Deportazioni dopo processi e prove mantenuti completamente segreti, spesso senza la reale possibilità di contattare un avvocato o dare notizie ai propri parenti. Ancora, detenzioni che si protraevano nonostante lo straniero avesse accettato di ritornare in patria, in piena contraddizione con la finalità propria della detenzione amministrativa, consistente nel facilitare il rimpatrio non certo nell'ostacolarlo⁵². Tutto ciò fu dettato dal desiderio di controllare soggetti presunti pericolosi per la loro origine etnica e religiosa e prevenire il rischio, rivelatosi infondato (perché su più di cinque mila persone "amministrativamente" indagate nessuno si rivelò legato ad Al Qhaeda⁵³), che la comunità musulmana abitante in Usa potesse preparare nuovi attentati terroristici⁵⁴.

All'FBI e ai dipartimenti di polizia, in particolare a quello di New York, fu poi concesso ciò che da tempo era stato loro proibito a seguito della scoperta dei gravi abusi e delle devastanti infiltrazioni (che andarono sotto il nome di COINTELPRO) commesse dall'intelligence nei confronti di movimenti politici per i diritti civili, negli anni '60 e '70, allo scopo di neutralizzarli. A partire dal 2003 agli agenti fu, infatti, nuovamente concesso di spiare sotto copertura qualunque gruppo politico o religioso, senza la sussistenza dei presupposti indiziari di norma indispensabili per questo tipo di azioni investigative. Le nuove linee guida, che concedevano alla polizia poteri di infiltrazione illimitati, furono approvate

dalle Corti federali sulla scorta delle considerazioni, riecheggianti momenti di buio autoritarismo, che i nuovi standard servivano a munire gli agenti «della necessaria flessibilità per bloccare molto in anticipo i piani terroristici e qualsiasi altra attività illecita»⁵⁵ e che, siccome in tempi di «minacce terroristiche senza precedenti [...] la natura del pericolo pubblico è cambiata con una velocità impressionante», «momenti storici diversi [...] richiedono standard diversi»⁵⁶. La necessità di prevenire il rischio di attività terroristiche si tradusse in pesanti controlli sulle comunità musulmane nell'ottica di identificare i terroristi «prima che loro stessi sapessero di esserlo»⁵⁷. Le intense attività di provocazione alla commissione di reati da parte degli agenti sotto copertura che ne conseguirono condussero, infatti, alla condanna per tentati reati terroristici di persone che non avrebbero mai intrapreso l'*iter* criminoso se non fossero state spinte a farlo dagli agenti provocatori. La scriminante dell'*entrapment*, che di norma avrebbe trovato applicazione, fu per quelle occasioni pretermessa, nella convinzione che la pericolosità dimostrata da coloro che avevano ceduto alle pressioni degli agenti di polizia fosse sufficiente a giustificarne la condanna e l'«incapacitazione» a vantaggio della sicurezza collettiva⁵⁸.

2.1.2.b2) Le paure di oggi: Il reato di *material support* a un'organizzazione terroristica straniera

Fu però l'arretramento della soglia dell'attività punibile, dalla messa in pericolo in concreto a quella astratta del bene finale di tutela, a determinare sul piano del diritto penale sostanziale la nuova pesante limitazione del *free speech* e l'abbandono del prin-

51. Cfr. David Cole e James X. Demsey, *Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, The First Amendment Foundation Press, New York, 2006, p. 181.

52. Per tutti questi aspetti cfr. David Cole, *The New McCarthyism. Repeating History in the War on Terrorism*, in Austin Sarat (a cura di), *Dissent in Dangerous Times*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2005; David Cole e James X. Demsey, *op. cit.*, in part. Cap 12, e Shipler, *op. cit.*, pp. 168 ss.

53. David Cole, *The New McCarthyism*, *cit.* p. 131.

54. «Tutto questo fu possibile solamente perché il diritto dell'immigrazione ha natura amministrativa. Qualora le stesse persone fossero state americane avrebbero avuto le garanzie del procedimento penale, ossia un diritto al dibattito pubblico, ad essere condotte di fronte a un giudice entro 48 ore dall'arresto e non detenute soltanto perché l'FBI doveva completare la propria investigazione», commenta Cole, *The New McCarthyism*, *cit.*, a p. 131.

55. Cfr. *Handschu v. Special Servs, Div.*, 288 F. Supp. 2d 411,422-31 (S.D.N.Y. 2003).

56. Cfr. *Handschu v. Special Servs, Div.*, 273 F. Supp. 2d 327,348 (S.D.N.Y. 2003).

57. Matt Apuzzo e Adam Goldman, *Enemies Within: Inside the NYPD's Secret Spying Unit and Bin Laden's Final Plot Against America* (2013), in part. p.125.

58. Per un'analisi dettagliata di tutto ciò cfr. Wadie E. Said, *Crimes of Terror. The Legal and Political Implications of Federal Terrorism Prosecutions*, OUP, 2015, in particolare cap. I.

cipio in tema di istigazione a commettere un illecito espresso in *Brandenburg v. Ohio* e affinato nei successivi casi che gli diedero applicazione.

Nella prospettiva della prevenzione pura, che punisce l'aumento del rischio indipendentemente dall'accertamento della sua fondatezza e criminalizza l'incertezza, il nuovo reato di sostegno (*material support*) ad un'organizzazione terroristica straniera anticipò infatti la punibilità a un momento particolarmente prodromico rispetto al danno temuto, travolgendo nella sua applicazione il diritto a manifestare liberamente il pensiero critico. Creata nel 1996, dopo l'attacco alle torri gemelle, la fattispecie di aiuto e sostegno a una FTO (*foreign terrorist organization*)⁵⁹ divenne lo strumento principe di lotta al terrorismo e fu interpretata come fattispecie di pericolo astratto rispetto all'attività terroristica che mirava ad evitare⁶⁰. Qualsiasi aiuto, anche l'«*expert advice or assistance*», ossia il mero parere professionale, rientrò nella formulazione legislativa di aiuto all'organizzazione terroristica straniera, la quale ultima è designata come tale dal Segretario di Stato attraverso una procedura altamente discrezionale e segreta, di difficilissima sindacabilità⁶¹. Per essere puniti come sostenitori di una FTO, con una pena che prevede un minimo di 15 anni e un massimo che può arrivare all'ergastolo, non c'è bisogno di aver agito al fine di agevolare un'attività terroristica, né occorre la prova che l'aiuto all'organizzazione sia idoneo a contribuire in qualsiasi modo a quell'attività. L'anticipazione della punibilità rispetto alla tutela del bene finale che in tal modo si realizza, aumentata perfino dall'allentamento della prova del nesso causale fra condotta e sostegno all'organizzazione, ha consentito così di punire in vario modo l'espressione del pensiero critico.

La responsabilità penale per mera associazione che la fattispecie del *material support* a una FTO configura, laddove non richiede il dolo specifico di

partecipazione all'attività criminosa dell'associazione stessa, colpisce per esempio l'affiliazione realizzata attraverso apporti prestati anche a scopi puramente umanitari. Nonostante il diritto al *free speech* previsto dal primo emendamento e in piena contraddizione con la pronuncia *Scales v. United States*⁶², che nel 1961 aveva richiesto il dolo specifico relativo al sovvertimento dello Stato per punire l'affiliazione al partito comunista, la Corte Suprema nel criticatissimo caso *Holder v. Humanitarian Law Project*⁶³ ritenne infatti punibile attraverso quella fattispecie chi offra a una FTO (non importa se con obiettivi estranei alla sicurezza degli Stati Uniti) consigli legali per la risoluzione pacifica di dispute internazionali (nel caso di specie si trattava del gruppo indipendentista curdo PKK in Turchia) o per far domanda al fine di ottenere assistenza umanitaria (in questo caso la FTO era il gruppo indipendentista delle Tigri per la liberazione del Tamil in Sri Lanka). In nessuno dei due casi il parere legale offerto accresceva la probabilità di un'azione terroristica imminente, né era soggettivamente a quella diretta. Nonostante *Brandenburg v. Ohio* avesse dichiarato che in simili casi il *free speech* deve essere protetto, alla Corte bastò dimenticare quale fosse il bene di tutela finale per dichiarare punibile il mero aiuto legale di tipo politico, e quindi il *pure speech*, che in nessun modo avrebbe potuto essere considerato come istigazione all'azione terroristica.

Anche l'aiuto economico di tipo politico che, come il caso *Citizen United* ha insegnato⁶⁴, richiede la medesima tutela dell'espressione verbale, è proibito dalla fattispecie in questione. Nel 2008, infatti, dopo un secondo processo, i direttori e i funzionari della *Holy Land Foundation for Relief and Development* (HLFDR), la più importante organizzazione caritatevole islamica negli Stati Uniti, furono condannati come fiancheggiatori di Hamas per aver finanziato i comitati zatak che in Cisgiordania e nella striscia di

59. Contenuta nella sezione 2339B del titolo 18 dell'*United States Code*.

60. Sul punto cfr. fra gli altri Wadie Said, *op. cit.*, cap. II; Emma Sutherland, *The Material Support Statute: Strangling Free Speech Domestically?* in 23 *Civil Rights Law Journal* 229 (2013); David Cole, *The New MacCarthyism*, *cit.*, pp. 111 ss.; Brandan James Smith, *Protecting Citizens and Their Speech: Balancing National Security and Free Speech When Prosecuting the Material Support of Terrorism*, 59 *Loyola Law Review* 89.

61. Sul punto, fra gli altri, Wadie Said, *op. cit.*, p. 54.

62. 367 U.S. 203 (1961).

63. Cfr. 130 S.Ct. 2705 (2010), su cui si vedano, fra i tanti, Erwin Chemerinsky, *Free Speech and the «War on Terror»*, *Trial*, Supreme Court Review 2011, pp. 54 ss.; Emma Sutherland, *op. cit.*, e Wadie Said, *op. cit.*, 63 ss.

64. Con la decisione *Citizen United v. Federal Electoral Commission* del 2010 la Corte Suprema ha, infatti, chiarito che l'esborso economico è una forma di diritto di parola protetto dal primo emendamento e che quindi le *corporation* non possono essere limitate nel loro diritto di usare i propri soldi a favore di candidati alle elezioni.

Gaza distribuiscono aiuti ai più deboli⁶⁵. Attraverso la prova, ottenuta peraltro in modo discutibile, del legame fra i comitati zatak e Hamas, l'accusa sostenne vittoriosamente che aiutando economicamente i poveri la HLFRD legittimava Hamas e che per questo i suoi vertici dovevano rispondere di *material support* a quella organizzazione terroristica.

La mancanza di prova del nesso causale fra l'espressione del pensiero e il sostegno all'organizzazione terroristica non costituì peraltro un problema neppure nel caso della condanna di Tarek Mehanna nel 2013⁶⁶. Mehanna, un ventiduenne egiziano-americano con la fedina penale pulita, studente di dottorato in farmacia e devoto musulmano, fu infatti accusato e condannato a ben 17 anni e mezzo di reclusione per *material support* ad Al Qaeda, per avere effettuato un viaggio in Yemen nel 2004 alla ricerca di un campo di addestramento che non trovò (anche perché all'epoca riconosciutamente non ne esistevano), ma soprattutto per aver tradotto dall'arabo in inglese alcuni testi di studiosi dell'Islam ritenuti sovversivi ed averli messi su un sito internet chiamato al-Tibyan, noto per essere frequentato da un pubblico con prospettive jihadiste e simpatetico con le idee di Al-Qaeda. Senza prove che Mehanna avesse avuto relazioni dirette o indirette con Al-Qaeda o che qualcuno di questa organizzazione avesse letto i testi da lui tradotti o li avesse scritti, la Corte di primo circuito confermò la condanna con una motivazione di maggioranza dal seguente eloquente incipit: «Il terrorismo è l'equivalente odierno della peste bubbonica: è una minaccia esistenziale»⁶⁷.

Nel nuovo clima di terrore che ancora una volta restringeva pesantemente i confini del possibile dissenso, la mera presunta pericolosità sociale di Tarek Mehanna, desunta in massima parte dalla sua comprovata simpatia politica per l'islam jihadista, e non certamente la pericolosità della sua condotta, fu dunque la vera ragione della condanna.

L'anticipazione della soglia della punibilità a condotte molto lontane dalla realizzazione dell'evento dannoso che si vuole evitare, ottenuta con la creazione della fattispecie di *material support* a una FTO, significa anche poter colpire il dissenso attraverso la via del concorso morale nell'azione materiale di so-

stegno alla organizzazione terroristica. È questo ciò che accade quando nel 2005 le Corti statunitensi puniscono con la pena dell'ergastolo più 70 anni (!) chi, come Ali al-Timimi, una rispettata autorità religiosa all'interno della comunità islamica internazionale, in una riunione segreta di poche persone convocata due giorni dopo l'attacco alle torri gemelle, legge la fatwa di al-Uqla, considerato una prominente figura della jihad saudita⁶⁸. La fatwa esorta tutti i musulmani a difendere l'Afghanistan in caso di attacco statunitense e al-Timimi stesso esprime l'opinione che il gruppo degli astanti debba unirsi ai *mujahideen* nella jihad islamica. Siccome quattro dei partecipanti all'incontro, così come una quinta persona che partecipa ad una successiva riunione dello stesso tenore tenutasi un mese dopo, partono per il Pakistan, dove ricevono un addestramento militare gestito dall'organizzazione LET (Laskar -e- Taiba, poi designata come terrorista in Usa) - salvo poi rientrare negli Stati Uniti perché non riescono neppure ad entrare in Afghanistan - al-Timimi viene accusato di istigazione e condannato per concorso nei vari reati commessi dagli astanti all'incontro, fra cui quello di *material support* alla LET. Per quanto al-Timimi non abbia fatto null'altro che esprimere in maniera forte il proprio dissenso alla politica militare statunitense, l'anticipazione della punibilità a un momento prodromico rispetto all'azione terroristica, che la fattispecie del *material support* realizza, consente di aggirare facilmente i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti da *Brandenburg v. Ohio* per punire l'istigazione a commettere un reato in conformità con il primo emendamento. Se, infatti, già l'illecito di riferimento è di pericolo astratto, i requisiti dell'*idoneità* dell'istigazione a causare un'azione illegale *imminente* da parte di chi sia animato da dolo perdono completamente la carica di concreta offensività che dovrebbero esprimere, esaurendo in tal modo qualsiasi effettiva capacità di protezione del pensiero critico.

Ancora una volta pertanto, proprio quando il primo emendamento dovrebbe dimostrare la propria capacità di resistenza di fronte agli attacchi alla libertà di espressione motivati dal panico sociale, la caccia alle streghe ricomincia e il diritto al *free speech* non riesce a svolgere il suo compito primario «di libera-

65. Il caso è ampiamente discusso da Wadie Said, *op. cit.*, pp. 68 ss.

66. *United States v. Mehanna*, 735 F.3d 32. Sul caso cfr. fra i tanti Michal Buchhandler-Raphael, *Overcriminalizing Speech*, 36 *Cardozo Law Review* 1667 (2015) e Wadie Said, *op. cit.*, pp. 70 ss.

67. *United States v. Mehanna*, *cit.*, p. 40. Poco dopo la Corte nota anche significativamente come sia «labile il confine fra le preoccupazioni per la vitale sicurezza nazionale e le invasioni delle libertà costituzionalmente protette di espressione e associazione».

68. *United States v. al-Timimi*, No. 1:04CR385 (E.D. Va., Alexandria Div.), Feb.2005. Sul caso cfr. fra i tanti, Tim Davis, *The Suffocation of Free Speech Due to the "Gravity of Danger" of Terrorism*, in 2 *Modern America* 3 (2006); Thomas Healy, *Brandenburg in a Time of Terror*, in 84 *Notre Dame Law Review* 655 (2009); Shipler, *op. cit.*, pp. 193 ss.

re gli uomini dalle strettoie delle proprie irrazionali paure»⁶⁹.

2.2 Le vie informali di censura del dissenso

Nel tempo tecnicismi e costruzioni giuridiche differenti consentono dunque negli Stati Uniti di sopprimere il dissenso tutte le volte che le paure del momento lo richiedono, fornendo una legittimazione tecnica al soffocamento del pensiero critico che ne nasconde la reale portata autoritaria.

La soppressione del dissenso segue però anche strade più informali e mascherate laddove, ufficialmente tutelato sotto il profilo del primo emendamento, il dissenso riceve però una forte censura su un piano diverso, al riparo da sguardi indiscreti.

Nel periodo successivo all'attacco alle torri gemelle accade per esempio che più di un professore universitario sia sottoposto a critiche per aver espresso idee anti-americane. In alcune ipotesi l'espressione di visioni anti-patriottiche e di condanna delle politiche estere statunitensi è addirittura la ragione nascosta di veri e propri licenziamenti, anche presso università statali tenute per legge al rispetto del primo emendamento. È questo il caso di Ward Churchill, direttore del dipartimento di studi etnici nell'Università statale del Colorado, che, a ridosso dell'11 settembre, scrive un articolo dai toni forti colpevolizzando gli Stati Uniti per l'attacco alle torri, che a suo parere rappresentava l'ovvia conseguenza delle politiche predatorie che gli americani avevano condotto per secoli⁷⁰. Formalmente legittimato dalla Costituzione federale a manifestare anche i pareri meno apprezzabili e condivisibili sull'attacco dell'11 settembre 2001, il professore non fu licenziato per l'espressione delle sue idee (giacché quel motivo lo avrebbe facilmente visto vittorioso di fronte a una Corte presso cui avesse fatto ricorso), ma perché un comitato universitario costituito *ad hoc* scoperse, dopo un'approfondita ricerca, che in un suo lavoro il professore aveva manipolato dei dati storici per suffragare la sua teoria che il vaiolo era stato intenzionalmente diffuso fra gli indiani d'A-

merica dal capitano John Smith fra il 1614 e il 1618 e dall'armata statunitense che stava vicino a Fort Clark fra il 1837 e il 1840⁷¹!

Anche altre volte il sistema abbandona chi esprime la propria opinione invece di proteggerlo. Come nel caso di Steve Helmericks, professore precario di sociologia sempre presso la Colorado State University, il quale, dopo aver detto in classe che i soldati americani stavano morendo in Iraq per una guerra ingiusta e aver per questo subito una immediata reprimenda da parte di una studentessa del suo corso e una successiva pesantissima campagna di denigrazione e discredito che lo aveva costretto a comprarsi un'arma e a cambiare il suo numero di telefono, fu rimosso dall'insegnamento dal preside del *college* perché, in quanto troppo scosso dall'accaduto, non fu più ritenuto idoneo a svolgere quell'attività⁷².

La censura del dissenso sotto false spoglie può passare altresì per un uso sviato del diritto penale, che sostanzialmente colpisce il pensiero critico, anche se formalmente punisce una condotta diversa. L'ipotesi è bene esemplificata da ciò che succede a un avvocato di nome Stephen Downs poco prima dell'inizio della guerra del 2003 in Iraq⁷³. L'avvocato, dopo essere andato in un negozio del centro commerciale di Crossgate a Gunderland (nello Stato di New York) ed essersi fatto fare una maglietta con le scritte «Dai una chance alla pace» davanti e «Pace sulla terra» dietro, la indossa nel ristorante del centro commerciale stesso. Avvicinato da una guardia della sicurezza privata del centro, Downs riceve l'invito a togliersi la maglietta oppure ad andare via, in quanto le scritte non patriottiche avrebbero causato disturbo ai clienti, i quali peraltro non sembravano essersi neppure accorti dell'esistenza di Stephen Downs. La reazione al rifiuto di obbedire da parte di Downs fu l'arrivo sul posto di un poliziotto, che lo arrestò. L'arresto fu giustificato non dall'opposizione dell'avvocato a togliersi la maglietta, giacché punire l'espressione di un pensiero spiacevole sarebbe stato incostituzionale, ma dal suo rifiuto di andarsene, che integrava invece la fattispecie di violazione di domicilio. I centri com-

69. «*Fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly. Men feared witches and burnt women. It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears*» dichiarò il giudice Brandeis in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 376 (1927), articolando in tal modo la ragione per la quale la libertà di espressione del pensiero deve essere protetta come un diritto fondamentale.

70. Il titolo è: «*Some People Push Back*»: *On the Justice of Roosting Chickens*. Lo si veda al sito <http://www.kersplebedeb.com/mystuff/s11/churchill.html>.

71. Per la lite giudiziaria che lo vide soccombente cfr. *Churchill v. University of Colorado*, No.06CV11473 (Dist. Ct., City and County of Denver) Judge Larry J. Naves, July 7, 2009.

72. Cfr. Shipler, *op. cit.*, pp. 293 ss.

73. Sui dettagli del caso, cfr. Shipler, *op. cit.*, pp. 218 ss.

merciali, infatti, sono spesso, e a seconda dell'interpretazione data dalle Corti dei diversi Stati, considerati come luoghi privati e non come luoghi pubblici⁷⁴. Per questo motivo, così come commette il reato di *trespass* chi venga invitato ad uscire da una casa privata e non lo faccia, allo stesso modo Stephens Downs può essere considerato reo di violazione di domicilio privato dei gestori del centro e per questo considerato colpevole di *trespass*, indipendentemente dalla ragione per la quale era stato invitato ad andarsene.

D'altronde il diritto del primo emendamento di esprimere liberamente il proprio pensiero vale solo per i cittadini statunitensi e non è detto significhi che essi abbiano anche il diritto di ascoltare il pensiero critico di cittadini stranieri. Il *Patriot Act*, infatti, ha potuto garantire per anni all'esecutivo di George W. Bush la possibilità di negare il visto a studiosi dell'Islam di fama mondiale a causa delle loro opinioni ritenute anti-americane. I casi di Tariq Ramadan (professore svizzero cui dal 2004 fino al 2009 fu negato il visto a causa delle sue analisi politiche ritenute pericolose e al quale fu conseguentemente impedito di assumere l'incarico di professore alla Notre Dame University che glielo aveva offerto) o di Adam Habib (professore presso l'Università del Sud-africa, al quale, per aver espresso opinioni critiche sulla politica estera statunitense della guerra al terrore, fu negato il visto per tenere una serie di conferenze nel 2006) sono forse fra i più noti; ma non sono i soli⁷⁵. L'esclu-

sione ideologica è stata legittimamente praticata nei confronti di moltissimi studiosi stranieri non allineati, soprattutto se musulmani o provenienti da Paesi islamici, fino a quando la Corte di appello di secondo circuito nel 2009 non ha riconosciuto un diritto dei cittadini americani ad ascoltare e dibattere il pensiero critico straniero⁷⁶. È tuttavia una decisione che vincola solo una piccola parte dei giudici statunitensi (quelli che rientrano nella circoscrizione del secondo circuito) e che perciò deve ancora trovare pieno accoglimento negli Usa.

Conclusione

Negli Stati Uniti, in conclusione, il *free speech* è sicuramente garantito tutte le volte che la sua protezione è senza costi o è a costi bassi per il sistema. È tuttavia proprio nei momenti in cui la sua reale portata viene messa alla prova, perché più alti sono i costi che la sua garanzia richiede, che il diritto alla libera manifestazione del pensiero critico perde drammaticamente effettività. Un diritto dunque declamato, ma al momento davvero buono non applicato. La comparazione fra il caso al-Timimi negli Stati Uniti e il nostrano caso Erri De Luca ci può forse allora insegnare qualcosa: ossia che, tutto sommato, nei momenti cruciali il dissenso sembra trovare spazio vitale più al di qua che non al di là dell'oceano.

74. La Corte Suprema ha infatti lasciato alle giurisdizioni statali piena discrezionalità in merito. Cfr. *Prunyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980). Cfr. anche Samuel H. Weissbard e Camellia K. Schuk, *States Speak Out on Free Speech in Malls*, in *Commercial Investment Real Estate*, Nov-Dec. 1999. Su questi temi si veda recentemente in italiano, Alessandra Quarta, *Property v. Freedom. Cronache americane di un cortocircuito americano*, in *Politica del diritto*, 1, 2015, pp. 157 ss.

75. Per una disamina sul punto si vedano fra gli altri Sean D. Acevedo, *Ideological Exclusion in the Post-9/11 Era: A Case for Increased Judicial Oversight and Recognition of the Right to Hear Speech*, in 45 *Connecticut Law Review* 1431 (2013); Robert M. O'Neil, *Academic Freedom After September 11: Where Are We Now in the US?*, in James L. Turk and Allan Manson (a cura di), *Free Speech in Fearful Times After 9/11 in Canada, the U.S., Australia and Europe*, James Lorimer and Company Ltd Pub., Toronto, 2007, pp. 197 ss.; Jonathan R. Cole, *Academic Freedom on American Campuses in Troubled Times*, *ivi*, pp. 162 ss.

76. *American Academy of Religion v. Napolitano*, 573 F3d 115 (2d Cir. 2009).

Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione

di Silvia Niccolai

Dei pregi e dei difetti immediati che deriverebbero dall'introduzione nel nostro ordinamento della *dissenting opinion* si è già detto molto (soprattutto con riferimento alla giurisprudenza costituzionale). In questo contributo, l'Autrice – prendendo come un dato di fatto il mancato ricorso a tale strumento nelle nostre istituzioni – ragiona sulle ragioni culturali profonde di tale ritrosia. Ripercorrendo allora vari filoni di pensiero (storico-comparatistico e costituzionalistico), l'Autrice giunge ad ipotizzare che – dietro la scelta (o non scelta) di non introdurre nel nostro sistema la *dissenting opinion* – si celi una precisa visione dei rapporti tra legge e diritto (con il prevalere di una visione imperativistica e esclusivamente legalistica del diritto) e della stessa funzione del giudice (anche costituzionale): mero esecutore della legge o creatore (con il legislatore) del diritto; non senza notare, però, che il dissenso nella pratica giudiziaria sarebbe coerente con la nostra esperienza storica e potrebbe dare un importante contributo ad una istanza di garanzia coessenziale alla giustizia (l'arginare i possibili abusi degli organi di governo).

1. Il dissenso nella decisione giudiziaria come problema di diritto costituzionale

È piuttosto evidente che se il dissenso non è entrato a far parte delle prassi della nostra Corte costituzionale o della giurisdizione ordinaria ciò è dovuto a scelte che risalgono anche, se non principalmente, ai diretti interessati, ovverosia alla Corte e alla magistratura. Come titolare di potere regolamentare sulla propria procedura la Corte costituzionale ben avrebbe potuto e ben potrebbe introdurre uno stile di decisione che annoveri l'opinione dissenziente e concorrente, ma non lo ha fatto, nonostante un certo numero di sollecitazioni dottrinali in questo senso. Certamente diversa è la posizione della magistratura ordinaria, che opera secondo procedure stabilite dalla legge;

è vero però che la nostra magistratura non ha mai annoverato l'introduzione del dissenso tra i capitoli importanti del suo intenso lavoro di ripensamento intorno alle condizioni della propria organizzazione e funzionamento¹. Anzi, benché da noi la segretezza della Camera di consiglio non sia imposta dalla Costituzione e «costituisca materia di scelta legislativa che nulla ha a che vedere con l'indipendenza del giudice, che è valore morale che si realizza in tutta la sua pienezza quando si esplica nella trasparenza del comportamento» (Corte cost. n. 18/1989), la magistratura ha reagito, a suo tempo, all'introduzione di qualcosa di (sia pure molto lontanamente) simile a un principio di dissenso nella nostra procedura difendendo la segretezza della Camera di consiglio quale garanzia della propria indipendenza². Come risultato di quello snodo, oggi dell'eventuale dissenso di un componen-

1. Il tema è rimasto latente nel versante di discussione che si è interrogato intorno alla funzione "extraprocedurale" della motivazione nella democrazia, cfr. con ampi richiami, F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.

2. Si può leggere il tenore delle questioni di l.c. sollevate contro l'art. 131 cpc aggiunto dall'art. 16 della l. n. 117 del 1988 (che prevedeva

te del collegio si tiene nota nel processo verbale che rimane segreto e serve all'unico scopo di esonerare il dissenziente dalla responsabilità che potrebbe sorgere dalla decisione (art. 131 cpc e 125 cpp)³.

Il perimetro del problema del dissenso nella nostra esperienza repubblicana è, con questo, già visibile: esso coincide con il modo in cui sono intese l'indipendenza della giurisdizione e la responsabilità del giudice, ciò che chiama in causa l'intera idea che abbiamo del diritto e della sua funzione sociale. Probabilmente, possiamo leggere nel trattamento del tema del dissenso l'interfaccia di una storia della giustizia in Italia che, da un lato, ha contestato la burocratizzazione della magistratura, ma, dall'altro lato, non ha mai rinunciato a concezioni del diritto di stampo imperativistico⁴. Dell'indipendenza della giurisdizione

sono rimaste così percepibili e valorizzate due dimensioni, quella organizzativa, che protegge il giudice da influenze esterne o provenienti dal suo stesso ordine, e quella "morale", che interpella la personalità del singolo giudice sotto il profilo della sua integrità e rettitudine. La dimensione o le precondizioni culturali, o come altri autorevolmente preferisce dire, professionali⁵, dell'indipendenza della giurisdizione sono restate invece molto più sullo sfondo. Queste ultime sono rappresentate dalle risorse di autonomia di giudizio e di valutazione che vengono al giudice dall'essere portatore e parte del diritto come complesso di esperienze, di conoscenze e di modi di ragionare, di principi, alla cui evoluzione il giudice partecipa, che affondano le loro radici in millenni di storia⁶ e che permettono di parlare del diritto come di un "va-

la redazione obbligatoria del processo verbale di ogni provvedimento collegiale, con menzione nominativa e succinta motivazione di ogni eventuale dissenso), per come ricapitolate nel corpo della sent. n. 19 del 1989 della Corte costituzionale. Un altro motivo importante di critica a quella disposizione, poi raccolto dalla Corte nella dichiarazione di incostituzionalità, fu quello che puntava sulla sua contrarietà al buon andamento dell'amministrazione della giustizia (e si incentrava dunque sul pieno accoglimento di una concezione della giustizia, meglio della magistratura, come amministrazione), il nuovo meccanismo determinando lentezza, farraginosità, o esponendo il giudice a un rischio eccessivo di responsabilità per erronea conoscenza del fatto o del diritto; obiezione interessante posto che, come vedremo più avanti, l'uso antico dei voti pubblici serviva appunto ad assicurarsi che ogni giudice, e tra questi il relatore, conoscesse bene il fatto e il diritto su cui si pronunciava. Nella questione dunque rilevò con notevole nitore anche un'auto-percezione della magistratura come branca dell'amministrazione, auto-percezione che fu confermata dalla Corte, e che tende, fatalmente, a sottolineare un'omogeneità di esigenze e di valori, dunque di identità, tra amministrazione e giurisdizione, in cui si perde la specificità di quest'ultima (se tener nota del dissenso di ogni componente del collegio avrebbe costretto a uno studio dei fascicoli immane, come si argomentò, più che servire a contrastare l'introduzione del principio, questa preoccupazione poteva diventare argomento per una richiesta di ampliamento degli organici o per un ripensamento delle procedure tale da dare al giudice il tempo di studiare le cause e di formarsene la più compiuta opinione, differenziando l'attività giurisdizionale da quella amministrativa in nome di una difesa delle sue caratteristiche ed esigenze peculiari).

3. La giurisprudenza presidia invero il valore della segretezza della Camera di consiglio qualificando come illecito disciplinare la menzione in sentenza penale che su una certa decisione è mancata l'unanimità (S.U. 5 febbraio 1999 n. 23) e come reato ex art. 685 cp la divulgazione della notizia che una certa decisione è stata presa all'unanimità (Cass. Pen. I sez., 10 gennaio 2001). Ringrazio il dott. Francesco Parodo dell'Università di Cagliari di avermi segnalato queste due decisioni, e Andrea Natale di *Questione Giustizia* per avermi ricordato il caso Carnevale, facendomi presente come uno degli elementi a carico di Carnevale fosse rappresentato proprio dalle dichiarazioni di un giudice su alcuni fatti avvenuti durante alcune camere di consiglio. Le Sezioni unite statuirono che «Il giudice penale che abbia concorso, in Camera di consiglio, alla deliberazione collegiale non può essere richiesto – trattandosi di attività coperta da segreto di ufficio – di deporre come testimone in merito al relativo procedimento di formazione (e, se richiesto, ha l'obbligo di astenersi), limitatamente alle opinioni e ai voti espressi dai singoli componenti del collegio, salvo il sindacato del giudice che procede circa l'effettiva pertinenza della domanda formulata alle circostanze coperte da segreto. Ne consegue che la testimonianza eventualmente resa, poiché acquisita in violazione di un divieto stabilito dalla legge, è inutilizzabile. (Fattispecie relativa a imputazione di concorso cd "esterno" in associazione di tipo mafioso)». (Sez. U. n. 22327 del 30/10/2002 - dep. 21/05/2003, Carnevale, Rv. 224182).

4. Su questo punto mi permetto di rinviare, per un approfondimento, a S. Nicolai, *Vicende dello status dei magistrati in Italia: una contestazione del modello burocratico di giurisdizione che si è fermata a metà*, in A.A. Cervati e M. Volpi (cur.), *Magistratura e CSM in Italia e in Francia*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 53 ss.

5. Così N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007, dove in particolare l'insistenza sul valore della procedura, relativamente al quale Picardi esprime l'auspicio che «stiamo entrando, o meglio rientrando, nell'ordine di una procedura intesa come insieme di regole professionali, che finisce per privilegiare il contraddittorio inteso come cardine di una ricerca dialettica, e quindi, il giudizio sul processo» (p. 187). Il tema del dissenso è oggi rielaborato in questo cono di pensiero da C. Asprella, *L'opinione dissenziente del giudice*, Aracne, Roma, 2012.

6. E che egli spesso non è portato a valorizzare, dato il carattere tecnicistico della preparazione che viene ritenuto adeguato fornirgli nelle università e nelle scuole di formazione. Si tratta di un percorso che, come noto, inizia almeno da quando lo studio del diritto romano e del diritto comune sono diventate materie confinate nella dimensione storico culturale e non più considerate in vista della pratica, e che è stato parte integrante della modernizzazione della cultura giuridica italiana inaugurata con la fase napoleonica. L'opposizione e l'incomunicabilità quasi, che ne è derivata, tra un diritto costituzionale inteso come concezione moderna e modernizzatrice e un diritto antico bollato come strumento di conservazione, sono alla radice dei processi di isolamento del diritto costituzionale rispetto al resto dell'esperienza giuridica che contribuiscono a determinare del primo, come dirò nel testo, la attuale debolezza. Cfr. G. Marongiu, *Storia*

lore in sé⁷: la procedura basata sul contraddittorio, il ricorso ai principi generali, un'argomentazione dialetticamente orientata il cui scopo, dal significato profondamente etico (particolarmente avvertibile in momenti come quello presente, attraversati da conflitti molteplici e profondi), è «evitare che in ambiti nei quali l'opinione ha un posto prevalente, l'esercizio della ragione si traduca in abuso»⁸.

Nella preferenza verso la segretezza e l'impersonalità della decisione giudiziaria – a loro volta anodate a un'idea di indipendenza e di responsabilità rivolte principalmente verso l'esterno (gli altri poteri, l'opinione pubblica, gli estranei alla giustizia) – possiamo in altri termini riconoscere l'onda lunga del positivismo statualista, del legalismo, che hanno condizionato significativamente la struttura e il funzionamento della giurisdizione in Italia sin dall'unificazione. Il contributo etico che il diritto dà alla convivenza grazie alla sua stessa essenza, di ambito orientato da una, fondamentale e pervasiva, istanza di eguaglianza⁹, viene naturalmente sottovalutato dalla pretesa di separazione tra diritto e “morale” che accompagna l'istanza giuspositiva. La profonda influenza di quest'ultima può essere riconosciuta anche nel ruolo assegnato alla Costituzione, che, come è stato anche provocatoriamente, ma condivisibilmente, notato, è stata in molti casi intesa come una “superlegge” che permetteva al giudice di emanciparsi dalla subordinazione alla legge in nome della propria soggezione

ad altra e superiore volontà normativa¹⁰. Oggi, in una fase di terribile indebolimento della effettività della Costituzione, la giurisdizione può sentirsi smarrita non sapendo quali valori, principi opporre al legislatore che la chiama semmai ad accompagnarlo, sostenendolo, in bilanciamenti nuovi e un tempo inauditi, come quello di anteporre l'interesse della produzione economica all'interesse alla salute o a quello del lavoratore alla conservazione del suo posto di lavoro. Se questo accade, nella misura in cui accade, ciò può significare che dei principi costituzionali non è stata sufficientemente colta, approfondita e esplorata la connessione coi principi costitutivi del diritto; e anche che, almeno nella nostra esperienza, l'esperimento che chiamiamo “democrazia costituzionale”, un complesso mix di componenti statualiste che risalgono all'esperienza liberale e affondano nelle concezioni moderne e assolutiste, da un lato, e di componenti che richiamano l'antica istanza di equilibrio tra *jurisdictio* e *gubernaculum*, dall'altro lato, sono le prime ad avere prevalso. Questo ha reso difficile il recupero dell'«autonomia del concetto di diritto rispetto a quello di legge», condizione a sua volta di una autentica dialettica legislatore-giudice (A. Giuliani), e ha influito, anche, sugli svolgimenti del tema del dissenso. La sua pregevolezza, e uguale dignità rispetto al *decisum*, la sua fisiologica appartenenza all'esperienza giuridica derivano dal suo concorrere al diritto quale ambito, dialettico¹¹, della *lex interpretatio*. Esse

del diritto pubblico italiano, Istituto editoriale cisalpino, Milano Varese, 1956, p. 473: «Uno dei primi atti dei regimi rivoluzionari fu l'introduzione nel 1797 a Bologna, Pavia, Ferrara e altre sedi del diritto costituzionale, indirizzato al fine di assicurare «nella più alta maniera l'insegnamento e la diffusione delle sublimi teorie sopra le quali sono fondati i diritti dell'uomo e del cittadino, la sovranità del popolo, il riparto dei poteri nella sovranità compresi, l'analisi dei bisogni della società e gli uffici dei magistrati». Tale cattedra sostituì quella di diritto romano, di diritto canonico e di notariato, col pretesto che queste fossero «inconcludenti e del tutto estranee allo spirito di una Costituzione repubblicana». Le proteste dei dirigenti universitari contro tale soppressione apparvero alle autorità «insidiosamente controrivoluzionari.»».

7. Per questa riflessione v. in particolare F. Cerrone, *Alessandro Giuliani: un'idea di ragione critica, dialettica e controversiale per il diritto*, in www.dircost.unito/dizionario/pdf. Per un ordine di idee analogo J. Waldron, *How Law Protects Dignity*, New York Un. School of Law Public and Law Theory Research Paper Series No 11-83, dicembre 2011, leggibile anche su ssrn.com.

8. Così F. Cerrone, *Appunti intorno a interpretazione e principi (con particolare riferimento alle fonti del diritto) nel pensiero di Alessandro Giuliani*, in F. Cerrone, G. Repetto (cur.), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica e etica*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 617 ss., p. 621.

9. È forse pleonastico, ma può giovare forse a una migliore chiarezza del punto di vista che assumo, precisare in che senso: l'eguaglianza ispira la procedura, basata sul contraddittorio; la posizione del giudice, che è imparziale cioè eguale nei confronti delle parti e del tema in causa; l'interpretazione, tramite l'analogia, la finalità dell'attività processuale e del diritto in generale, almeno quando non si voglia mettere del tutto a tacere che questa finalità è la giustizia, che rimanda all'equità dunque all'eguaglianza e pertanto non si riduce all'applicazione del disposto normativo (ricorderemo almeno la riflessione di S. Satta sul rilievo dell'espressione costituzionale «la giustizia è amministrata in nome del popolo», nella voce Giurisdizione (nozioni generali), in Enc. Del Dir., ad vocem, Giuffrè, Milano, 1971, p. 218 ss.

10. E. Scoditti, *Il giudice nell'Italia degli anni Settanta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2007, p. 129 ss.

11. Se il diritto è concepito come un ambito portatore di suoi peculiari principi e modi di affrontare i problemi, cioè come un ambito in cui domande dall'intrinseca dimensione qualitativa, ovvero cariche di implicazioni di valore, vengono affrontate con la consapevolezza che nessuno dispone della verità e non esiste una verità unica e definitiva, e tuttavia ciascuno può contribuirvi con uno sforzo di “veracità”, di adesione alla propria verità, dunque con modi che richiedono l'argomentazione, la prova, la confutazione, il contraddittorio e il lavoro sistematico di riconduzione della varietà delle soluzioni sperimentabili a un complesso di principi, soltanto in queste condizioni, dicevo, è

tendono ovviamente a divenire confuse, a non venire più percepite, quando diverse condizioni del diritto prevalgono.

Il dissenso, allora, non appare del tutto correttamente inteso, come problema di diritto costituzionale, quando lo si riduce a problema di giustizia costituzionale, che si incentra cioè intorno al se e al perché sia opportuno o meno introdurre il dissenso nelle decisioni della Corte costituzionale. Il dissenso interessa il diritto costituzionale perché è tema che investe le concezioni della Costituzione, della sua interpretazione, del suo rapporto con il complesso dell'esperienza del diritto che si sono affermate in Italia; e che rinvia, anche, al «modo in cui siamo fatti», che è del resto una delle aree semantiche cui il termine «Costituzione», lo ricorda la classica voce mortatiana dell'Enciclopedia del diritto, rimanda.

2. Itinerari del dissenso nel dibattito giuridico italiano d'età repubblicana

In questa chiave, può essere interessante riconsiderare i due principali itinerari di ricerca e di discussione che, nell'Italia repubblicana, si sono svolti intorno al tema del dissenso. Uno lo ha visto comparire all'interno della stagione di riscoperta della tradizione giuridica italiana ed europea del diritto comune (e, se si vuole, del concetto stesso di «tradizione» nel diritto), che ha avuto uno dei suoi epicentri negli studi di Gino Gorla¹² ed è stata componente di una proposta precisa, che investe direttamente la comprensione del diritto. Se quest'ultimo va studiato in chiave storico-compara-

tiva è perché quelle sono le dimensioni in cui il diritto vive, consiste, come esperienza¹³. In questo itinerario, la scoperta dell'esistenza e del ruolo dell'opinione dissenziente nel diritto preunitario è diventata un frammento di un disegno più ampio che concorse a riconfigurare la tradizione giuridica italiana assegnandole la «primogenitura»¹⁴ di istituti, come appunto la dissenting opinion o la vincolatività del precedente giudiziale, «di cui si va fieri nel mondo anglo-americano». Ma non era la palma della primogenitura o la redazione di classifiche a interessare quel genere di studi: riflettere su singoli istituti del passato concorreva a comporre lo spessore di un'esperienza giuridica che conosceva il giudice come difensore degli «*iura naturalia*» e dunque come «consulente», ma anche come «controllore» di un Principe al quale il giudice si rapporta con autorevolezza e indipendenza perché portatore di una *sapientia juris* che conosce, e sviluppa, la *communis opinio fori totius orbi*, vale a dire i principi accolti dai grandi tribunali del «mondo civile comunicabile» e li interroga per la soluzione dei problemi pratici che incontra, a partire da quello delle lacune¹⁵.

L'altro itinerario di riscoperta del dissenso si svolge all'interno del diritto costituzionale, come scienza specializzata nello studio della Costituzione repubblicana e del suo giudice, e ha il suo momento di avvio con la raccolta di studi pubblicata nel 1964 da Costantino Mortati¹⁶. Con questa importante opera il *dissent* inizia a diventare un problema disciplinare del diritto costituzionale e, di qui, a concentrarsi intorno alla domanda sui pregi e difetti, sull'auspicabilità o meno dell'introduzione di questo istituto nelle decisioni della nostra Corte costituzionale. È il

percepibile che tanto la decisione quanto il dissenso appartengono entrambe al diritto, rappresentandolo come costitutivamente dialettico. Questo mi pare sia reso molto bene dalle parole con cui spesso si aprivano i «voti di scissura» d'età moderna: «Questa decisione è ingiusta e contraria al diritto, secondo me». (La frase è riferita da N. Stolfi, *Alcune note sulla riforma giudiziaria*, in *Scritti per Chironi*, II, Torino, 1915, p. 229 ss., p. 236 ss.) Sui tratti appena sopra sintetizzati come propri del diritto v. la riflessione di F. Cerrone intorno al pensiero di A. Giuliani, *Appunti*, cit., p. 670-671: la logica more iuridico ha carattere controversiale, argomentativo, selettivo, confutatorio poiché «si propone come strumento per dirimere questioni nelle quali il disaccordo è costitutivo ed eliminabile», dove la «rinuncia a una verità assoluta (...) implica un impegno etico per la verità (...) nel senso che ciascuno deve dire la propria verità, certamente in fondo coincidente col proprio orientamento di valore, ma proprio per questo una verità che già esclude la frode, l'inganno, la menzogna».

12. Parte importante dell'opera di Gorla è raccolta in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981. Una menzione a parte merita qui *Iura naturalia sunt immutabilia: i limiti al potere del "Principe" nella dottrina e nella giurisprudenza forense tra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, II, Firenze, 1982, p. 629 ss.

13. Sul questo, e sull'importanza per della storia e della comparazione in particolare per il diritto costituzionale, per evitare che esso si chiuda in una materia da 'esperti', v. A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007.

14. Così M. Aschieri, *I grandi tribunali e la ricerca di Gino Gorla*, in N. Sbriccoli e A. Bettoni (cur.), *Grandi tribunali e Rote nell'Italia di antico regime*, Giuffrè, Milano, 1993, p. XI ss., p. XXIV, da cui anche le parole citate di seguito.

15. Si trattò di giudici non dissimili da quelli francesi di antico regime di cui Tocqueville, del resto appassionatamente studiato da Gorla, poté così sintetizzare il contributo di civiltà: «Le consuetudini giudiziarie erano diventate su molti punti consuetudini nazionali. In genere si era presa dai tribunali l'idea che ogni questione può essere discussa e che per ogni decisione ci si può appellare; si era preso l'uso della pubblicità, l'amore per le forme, cose nemiche della servitù.» (*L'antico Regime e la Rivoluzione*, edizione Bur, Rizzoli, Milano, 1981).

16. *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, Scritti raccolti a cura di Costantino Mortati, Milano, Giuffrè, 1964.

tema che, attraverso una non povera serie di studi e dibattiti¹⁷, e solitamente organizzato attorno a richiami comparatistica indirizzati agli Stati Uniti, alla Gran Bretagna, e, più di recente, alla Germania o alla Spagna, si è sistemata sui binari ancor di recente sintetizzati da Cassese¹⁸ e che tutti conosciamo: fa bene al pluralismo, però innalza il rischio di politicità, ecc. ecc. Il dissenso diventa in questa corrente di studi l'attributo di un giudice del tutto speciale per il carattere eminentemente politico della sua opera e del suo principale interlocutore (il legislatore), un giudice la cui accentuata influenza sui processi decisionali democratici impone un tasso particolarmente alto di trasparenza, ma può, d'altro canto, giustificare anche una preoccupazione particolarmente intensa per la salvaguardia di una immagine di unità.

Un punto di incontro, e insieme quasi uno spartiacque, tra i due itinerari, quello storico-comparativo (e, come dirò, processualista e giusfilosofico¹⁹, da un lato, che ha indagato il dissenso all'interno di un percorso di rilettura e di riproposizione della tradizione giuridica italiana di diritto comune, e quello costituzionalistico, dall'altro lato, che lo ha incorporato come problema specifico della giustizia costituzionale, sta proprio nel volume curato da Mortati, dove il coltissimo saggio iniziale di Vittorio Denti²⁰ si incaricò di contestare la allora ancora condivisa credenza, o "dogma" della estraneità del dissenso alla nostra tradizione giuridica richiamando le significative esperienze del diritto napoletano, estense e toscano d'epoca pre-unitaria, e facendo accurata menzione ai pochi, sparsi e fino ad allora pressoché dimenticati riferimenti al "voto di scissura" rintracciabili nella nostra dottrina d'età liberale.

3. Il dissenso e le risposte alla "crisi del formalismo" in Italia

È facile scorgere che, in ambedue gli itinerari, il tema del dissenso si intreccia con quello della reazione al formalismo giuridico, con la ricerca di risposte alla crisi del formalismo. Proprio sullo sfondo della crisi del formalismo, Aschieri ha incorniciato complessivamente l'opera di Gorla, considerandolo orientato «non solo alla ricerca di elementi generali e comuni tra *common law* e *civil law*, come comparatista, ma anche alla ricerca, come giurista, di uno sbocco positivo alla crisi del "formalismo" giuridico»²¹; in quella direzione andavano esplicitamente gli auspici di Mortati, e di Denti, per un dissenso compagno di una "nuova" concezione della Costituzione, e della funzione giudiziaria, l'una da vedersi come «organismo vivente che affida la vitalità delle sue formule alla loro aderenza alla coscienza sociale», l'altra chiamata a svolgere «una funzione creativa di esplicazione e di adattamento dei principi costituzionali»²², nell'auspicio che «nella vita stessa del diritto operino forze liberatrici, intese a riportare alla luce i procedimenti di elaborazione dei principi politici, economici e sociali di cui le 'norme in bianco' dell'ordinamento sollecitano continuamente l'applicazione»²³.

Riconsiderando questa discussione il dissenso ci appare, in modo trasparente, un capitolo dello svolgimento del rapporto tra la dottrina italiana e il realismo giuridico, nelle molteplici versioni in cui l'istanza realista può manifestarsi²⁴. Nelle pagine di Mortati e di Denti invocare l'opportunità dell'introduzione del dissenso nella nostra giurisprudenza costituzionale è un modo per contestare un «modello burocratico di

17. Ricorderò qui gli atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993, pubblicati a cura di A. Anzon, Giuffrè, 1995 col titolo *L'opinione dissenziente*, dove il saggio della stessa Anzon, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudici costituzionali*, p. 429 ss.; o il volume di S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998, rimandando a una più completa bibliografia oggi reperibile in calce a G. Bisogni, *La 'forma' di un 'conflitto'. Brevi osservazioni sul dibattito italiano intorno all'opinione dissenziente*, in *Ars Interpretandi*, 2015, p. 51 ss.

18. S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 973 ss. Ora Id, *Dentro la Corte*, Il Mulino, Bologna, 2015 (a favore dell'introduzione dell'opinione dissenziente in nome della trasparenza).

19. Non si può non ricordare il contributo che le riflessioni di A. Giuliani, cui mi riferirò del resto poco oltre, hanno dato all'approfondimento delle tematiche del 'mos italicus' in connessione con le quali è avvenuta la riconsiderazione del tema del dissenso.

20. V. Denti, *Per il ritorno al 'voto di scissura' nelle decisioni giudiziarie*, in *Le opinioni dissenzienti*, cit., p. 1 ss.

21. M. Aschieri, *op. cit.*, p. XXV.

22. Per questa citazione e la precedente C. Mortati, *Prefazione*, in *Le opinioni dissenzienti*, cit., p. XI.

23. V. Denti, *op. cit.*, p. 19.

24. Si potrebbe parlare, per la tradizione giuridica italiana, di un realismo 'classico' che non nega ma anzi corrobora l'autonomia del diritto. A questo realismo rinvia tutta la grande tradizione di giuristi diffidenti verso le visioni statualistiche del diritto, refrattari al dogma della volontà del legislatore come criterio decisivo per il giurista, concentrati sull'esigenza di una sistematica attraverso la quale la dottrina si dimostri capace di elaborare «principi idonei a regolare istituti cruciali per la vita di relazione degli individui», giuristi cioè che hanno

giurisdizione»²⁵ al posto del quale sembra, però, non poter esistere altro che un giudice «espressione della coscienza sociale». È il richiamo a un realismo ingegneristico, di marca statunitense, che non rinuncia all'idea del diritto come strumento di trasformazione della società, rispondente a un piano, a un programma, e anzi la corrobora, risolvendo il giudice in un «organizzatore della società», secondo le parole di Alessandro Giuliani. Vi era realismo, peraltro, anche nell'indagine gorliana, un realismo diverso ma tutt'altro che incomunicante col primo. La preoccupazione di confutare un' «ortodossia» giuridica centrata sul codicismo e sulle dimostrazioni deduttive, che conduce all'attenzione verso la dimensione giudiziale, verso la pratica del diritto e i suoi attori, non andava in quell'indagine, e non va di solito, esente dal rischio di essere recepita solo come enfasi sui misteri procedurali, sulle sapienze recondite, dal rischio, cioè, di tendere a descrivere il giudice come il centro, nevralgico e unico, del diritto. È possibile che, attenuando l'interesse per l'elemento dogmatico e sistematico, per il filo conduttore che riconduce l'attività del giudice al complesso più ampio dell'esperienza giuridica quale *ars boni et aequi*²⁶, la ricerca gorliana abbia contribuito al percorso che ha visto il realismo diventare, anche, un campo di esaltazione del protagonismo giudiziale. Il figurino che risulta da questo percorso è noto, è quello della giurisprudenza che col precedente crea il diritto, cioè una visione che conferma la

risoluzione imperativistica del diritto. Diversamente accade quando si indagherà intorno al perché della valorizzazione del precedente nella nostra tradizione antica. Se, ma solo allorché, si coglie che è il primato del fatto a obbligare alla ricerca del precedente giusto e opportuno, onde «ogni regola viene trattata come se fosse un precedente giudiziario» (anziché il precedente diventare regola)²⁷, il richiamo al valore del precedente assume il senso di contrastare una riduzione imperativistica del diritto. L'attenzione al ruolo del giudice, se separata da quella verso la logica more iuridico, può determinare invece la propensione a esaltare, del primo, la creatività e la «politicalità». Questa propensione non è estranea ai percorsi che hanno fatto del dissenso un tema tipicamente collegato alla riflessione sulla legittimazione «democratica» di un giudice ormai chiamato a «scelte discrezionali» che richiedono succedanei della responsabilità politica²⁸. Quella stessa propensione spiega anche, d'altro canto, che il dissenso sia divenuto un argomento di quasi esclusiva pertinenza della giustizia costituzionale, quale tratto comprensibile, o auspicabile, in un giudice che si accosta a domande intrise di valore, ma non perché di esse è comunque fatto il lavoro di ogni giudice, sebbene perché è un giudice dalla speciale e particolarissima posizione²⁹.

Ci sono dunque legami, tra le due prospettive di ricerca intorno al dissenso, che sto evocando. Eppure esse appaiono anche assai divergenti. Davanti alle

inteso il diritto come «incrocio tra studio della società e delle istituzioni, in chiave storica e comparativa, onde poter valutare la portata dei mutamenti nel tempo e delle variazioni nello spazio dell'esperienza giuridica, senza trascurare la complessità dei percorsi argomentativi della giurisprudenza, teorica e pratica», come scrive F. Cerrone, *Appunti, cit.*, p. 639, richiamando, sulla scorta di Giuliani, in particolare Gianturco e Saredo; questo realismo 'classico' «è presente necessariamente in una visione storica del diritto costituzionale, non significa rinuncia a un proprio impegno etico e critico nella costruzione teorica dei fenomeni giuridici, né pura accettazione dell'esistente e non ha nulla a che vedere con atteggiamenti di acritico rispetto nei confronti di chi esercita il potere» (A. A. Cervati, *Per uno studio, cit.*, p. 25). A questo realismo 'classico' opporrei il realismo ingegneristico di marca statunitense e d'epoca novecentesca, che riduce il diritto a una tecnica sociale e la cui portata 'critica' si esaurisce nella destrutturazione cinica, e fine a se stessa, della conoscenza giuridica. Quanto a Mortati, sento l'esigenza di precisare in queste righe che, se mi pare di poter dire che nell'introduzione al volume sul dissenso le sue posizioni richiamassero questo secondo tipo di realismo, è chiaro al contrario, nella sua opera complessiva, il potente influsso del realismo 'classico' che distingue la tradizione italiana.

25. Espressamente in V. Denti, *op. cit.*, p. 11: «l'organizzazione burocratica della giustizia [è] ostacolo ad un più efficiente coordinamento delle funzioni del giudice con esigenze profonde, in senso progressivo, della società contemporanea»; questa prospettiva, a testimonianza della sua centralità nelle discussioni intorno al dissenso, è stato ripreso di recente da G. Bisogni, *La 'forma' di un 'conflitto', cit.*, p. 63.

26. Ringrazio Antonio Cervati per un breve scambio di idee su questo punto, anche con riferimento all'opinione di Betti sulle ricerche di Gorla. Negli studi di Giuliani sul realismo il costo della sottovalutazione dell'autonomia del diritto rispetto ad 'altre scienze' e campi dell'esperienza è l'erosione del momento dogmatico-sistematico.

27. A. Giuliani, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, p. 115, *cit.* in F. Cerrone, *Appunti, cit.*, p. 627. Giuliani ragiona intorno alla capacità del fatto nella sua configurazione qualitativa (ancoraggio tipico della ricerca giuridica) di problematizzare la norma (precedente o regola positiva) sotto il profilo della sua adeguatezza.

28. Cfr. F. Biondi, *op. cit.*, p. 137 ss.

29. La grande enfasi sulla specialità del giudice costituzionale non va del resto esente da una ritornante preoccupazione di distinguere diritto e morale (attraverso la distinzione tra principi e valori) negli studi di G. Zagrebelsky, pur importantissimi per avere significato un importante rilancio della distinzione diritto-legge nel costituzionalismo italiano, a partire dal celebre *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1991. Per questa riflessione su Zagrebelsky v. F. Cerrone, *Appunti, cit.*, p. 634.

lacune, o per pronunciarsi su problemi che possono avere implicazioni politiche di altissimo rilievo, il giudice di Mortati e di Denti si sporge fuori, verso la coscienza sociale e altre scienze e ambiti di sapere ed esperienza, la politica, l'economia, la scienza sociale. Il giudice di Gorla, colto nella complessità e nello spessore dell'esperienza giuridica in cui era collocato, quella di ordine antico, va invece a dialogare con altri giudici, coi precedenti e con le leggi, relative a casi analoghi, o di un luogo vicino, si interroga sulle *regulae iuris* e le adopera per interpretare la legge, evitare possibili abusi.

Il fatto è, mi pare, che una risposta alla crisi del formalismo che non fosse interamente riassorbita nel realismo ingegneristico c'era effettivamente in questa seconda visione, quella di Gorla, ma noi per riconoscerla, dobbiamo leggere le monumentali ricostruzioni che questo Autore ci ha consegnato (un po' troppo tentate, lo dicevo or ora, dalla fascinazione di ridurre l'esperienza giuridica all'attività del giudice) attraverso i contributi di Nicola Picardi o Alessandro Giuliani sul processo, o di Riccardo Orestano sull'esperienza giuridica. Si tratta di ricerche, queste ultime, attentamente concentrate sul recupero dell'autonomia del diritto come sapere, come forma mentale e come esperienza collettiva³⁰, ambito di culture e di prassi che coinvolgono giuristi operanti in diversi momenti dell'esperienza giuridica (giudice, avvocato, teorico, insegnante, consigliere), immerse nella cornice valutativa del proprio tempo³¹, che vengono valorizzate soprattutto come altrettante manifestazioni di una forma della ragione problematica, confutativa, prossima a una idea di verità sempre rivedibile, e in cui è centrale la sottolineatura della dimensione qualitativa, e innervata di valore, dei problemi che si pongono al giurista³².

4. Il dissenso come componente di una ragione giuridica forma della ragione dialettica e controversiale, in cui risiede l'indipendenza culturale della giurisdizione

Il "voto di scissura" praticato nelle prassi dei tribunali e delle rote di diritto comune ci appare, nella

luce di questi studi, parte di una idea di procedura che esalta il momento cooperativo nella valutazione giuridica e giudiziale, prevedendo *vota* scritti dei singoli giudici (pubblicati dopo la *resolutio* della causa) che rappresentano altrettanti *consilia* al ponente o *relator*; la presenza dei singoli *vota* e dei dissensi fa sì che la decisione risulti appunto non "decisione", ma "valutazione", o opinio, risultante dall'accurata presa in considerazione dei punti di vista contenuti nelle argomentazioni altrui, non atto di imperio, ma di ragione.

Si riconosce in queste forme del processo antico l'operare, come premessa e condizione della pratica del dissenso, di una concezione dialettica e controversiale del diritto, che riguarda i rapporti tra le parti e il giudice ma investe anche, e allo stesso titolo, la formazione del convincimento del giudice, anch'essa inscindibile da una logica dialettica e problematica che si traduce in primo luogo in disciplina dell'argomentazione e del discorso. Apprendendo³³ che vi era una varietà di motivi che spingeva alla pubblicazione del dissenso, tra questi anche l'evitare la possibile responsabilità per il sindacato; l'adempimento del dovere deontologico di avere ben studiato e conosciuto la causa; l'interesse pubblico a una conoscenza delle motivazioni nel loro complesso, che permettessero di valutare la correttezza della decisione redatta dal ponente, avvertiamo intanto che il senso della "scissura" non era certamente quello di sottolineare componenti soggettivistiche, individualistiche della interpretazione, o volontaristiche del diritto. L'istituto si accordava, al contrario, a una idea di diritto come ricerca della verità probabile nel campo dell'opinabile, come "impresa collettiva", dunque, che si arricchisce del contributo di molte menti. Interessanti in vista di una "nuova giurisprudenza" o per offrire alle parti motivi di impugnazione, ma anche territori di accordo, i *vota* concorrenti o dissenzienti, pubblici, non di rado pubblicati in forma di "trattatelli" erano componenti di un quadro che della giurisdizione esaltava la natura di una attività cooperativa, molto spesso vicina all'arbitrato, cioè esercitata nell'interesse delle parti litiganti, che si nutre di studio ed è costante incitamento alla prudenza. Il dissenso ci appare parte di una esperienza di diritto comune in cui «le tecniche di individuazione della regola sono articolazioni di una ragione pratica, giustificativa, comparativa con

30. Richiamo ancora A.A. Cervati, *Per uno studio, cit., passim*, che a sua volta si ispira alle concezioni di A. Giuliani.

31. A.A. Cervati, *Per uno studio, cit.*, p. XVII.

32. F. Cerrone, *Appunti, cit.*, p. 617 ss.

33. Sto riferendomi qui allo studio di G. Gorla, *Procedimento individuale. Voto dei singoli giudici e collegialità 'rotale': la prassi della Rota di Macerata nel quadro di quella di altre rote o simili tribunali fra i secoli XVI e XVIII*, in M. Sbriccoli e A. Bettoni (cur.), *Grandi tribunali, cit.*, p. 3 ss.

precisi agganci logici e filosofici (che rinviano rispettivamente alla topica e alla filosofia retorica)», in cui si persegue «una dialettica tra legislazione, scienza e giurisprudenza» fondata sulla «diffidenza non solo nei confronti dell'onniscienza del legislatore, ma anche di quella dei dottori»³⁴.

Il diritto costituzionale italiano sembra aver perduto in qualche modo di vista proprio questa dimensione dell'indipendenza del giudice, che in apertura ho chiamato “culturale”, data dalla consistenza di un'esperienza giuridica in cui radicare il «punto di vista del diritto», come lo ha chiamato Alessandro Giuliani, che è stata sottovalutata, direi, insieme alle opportunità che il modo storico-comparativo di pensare l'esperienza giuridica³⁵, che ne ha consentito la riscoperta, racchiudeva e racchiude per il diritto costituzionale. Un certo attaccamento all'alternativa tra giudice “soggetto alla legge” e giudice “creativo”, tracciata nella raccolta mortatiana, ha certamente valso nel senso di spingere verso l'obliterazione la dimensione culturale dell'indipendenza della giurisdizione, e, con essa, dell'autonomia del diritto rispetto ad altri campi dell'esperienza e della conoscenza. Ogni petizione di anti-formalismo è stata del resto, a partire dallo snodo del dibattito intorno al dissenso segnato dal volume mortatiano, nel costituzionalismo italiano, dichiarazione del bisogno di apertura del diritto costituzionale e del suo studio, forse della sua stessa funzione, ad altri ambiti, e specialmente ad uno: il campo della politica³⁶. La quale però è stata centrale, quasi per paradosso, anche per i formalisti, cioè per coloro che hanno temuto una giurisprudenza, costituzionale, troppo “creativa”, vedendovi la via per possibili tradimenti o annacquamenti del disegno costituzionale, inteso, spesso proprio dai formalisti, come un progetto

chiaramente e nitidamente orientato verso obiettivi di maggiore giustizia sociale, che la politica avrebbe dovuto realizzare e la Corte a sua volta attuare nelle sue decisioni. È vero infatti che l'antiformalismo realista, pur avendo influenzato settori della cultura giuridica e della giurisdizione in Italia, non ha preso molto piede nel costituzionalismo italiano, che ha preferito il formalismo dogmatico, ma quest'ultimo atteggiamento è diventato coesistente a una volontà di non «riappropriarsi di una visione storico-politica la più ampia possibile, che consenta [al diritto costituzionale] di riprendere quel respiro culturale e quella libertà di valutazione dei processi reali che esso ha avuto in Europa in alcuni grandi momenti della storia istituzionale.» Ritornanti contestazioni del canone della ragionevolezza come minaccia alla coerenza del progetto costituzionale di società sono state l'espressione di questo tipo di formalismo. Oggi possiamo domandarci se avere riflettuto molto sulla contiguità tra il diritto costituzionale e il politico, molto meno sulla connessione tra il diritto costituzionale e la cultura e l'esperienza giuridica, la pratica del diritto, possa aver indebolito la capacità della dottrina del diritto costituzionale di «mantenere un ruolo che le possa assicurare un'autonomia e un'autorevolezza rispetto ai poteri economici e politici che appaiono sempre più forti»³⁷.

5. Che cosa il ricordo del dissenso avrebbe potuto dire

Lo studio del dissenso segnala due approcci diversi alla storia e alla comparazione nel diritto: da un lato l'invito a comprenderne l'intima storicità, che problematizza gli istituti, resiste alle certezze e

34. A. Giuliani, Le disposizioni sulla legge in generale, gli articoli da 1 a 15, in *Trattato di diritto privato*, dir. P. Rescigno, vol. I, *Premesse e disposizioni preliminari*, Utet, Torino, 1999, p. 490 in nota 6 punto II.

35. L'articolo di G. Gorla, *Studio storico-comparativo della 'common law' e scienza del diritto (le forme d'azione)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. I, 1962, p. 26 ss., si chiude con queste parole: «Molto del futuro della scienza del diritto, della sua possibilità di rinnovarsi, e della pratica nazionale e internazionale del diritto dipenderà dal fatto che si prenda o meno la decisione di organizzare uno studio storico-comparativo del genere di quello prospettato da questo discorso».

36. Cfr. in particolare, per la loro emblematicità, le posizioni di C. Mezzanotte, *Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979. L'opera fornisce una delle più compiute espressioni delle posizioni culturali che hanno bandito, in Italia, la memoria stessa di una nozione di esperienza giuridica, che pure al suo interno è stata enormemente fertile, e che alimenta la coscienza della autonomia del diritto, e precisamente della autonomia del diritto dalla politica e da altre scienze sociali come l'economia o la sociologia, in quanto scienza pratica orientata alla ricerca di assetti equitativi alimentata da una forma di conoscenza che si sviluppa sul contraddittorio e intorno all'approfondimento di un bagaglio di principi generali. La professione di antiformalismo è fatta, da Mezzanotte, in nome della contestazione dell'amore della dottrina del passato verso «la classificazione per la classificazione» e dell'«eccesso di formalismo che impedisce di risalire “alle grandi istanze teoriche (che possono essere anche ideologiche)” e “lascia indietro” (cioè non si occupa, come invece dovrebbe, della) la forma di stato, la forma di governo, il sistema delle fonti, o l'incidenza che i diversi tipi di sindacato sulle leggi hanno sull'atteggiarsi dei rapporti costituzione-legge» (p. 4 nt 5). Uno studio siffatto della giustizia costituzionale tende, per esempio, a sottovalutare l'importanza di una ricerca che indaghi il rapporto tra le modalità di ragionamento adottate da una Corte e quelle provenienti dalla cultura giuridica cui appartiene. In tal modo la giustizia costituzionale è sospinta fuori dal campo dell'esperienza giuridica ed esaurita nel campo della decisione politica.

37. A. A. Cervati, *Per uno studio*, cit., p. 14.

alle astrazioni dogmatiche, è refrattaria alla riduzione del diritto a una dimensione imperativistica; dall'altro la storia come antefatto³⁸, utile semmai, insieme alle tassonomie comparatistiche, per suggerire soluzioni organizzative e tecniche considerate preferibili sotto astratti profili di politica costituzionale o all'interno di variabili modelli teorici della democrazia. Se la nostra Corte non ha saputo o voluto fare di sé un Grande Tribunale, questo può essere spiegato in parte anche con un contesto dottrinale, quello del costituzionalismo italiano, che, da un lato, ha lasciato quegli antichi modelli e le corrispondenti aspirazioni a territorio di altre discipline, considerandole da un lato erudite, dall'altro eterodosse, e soprattutto, forse, inutili (se la democrazia è suffragio universale, rappresentanza politica e sistema dei partiti, come potrebbe, e perché dovrebbe il costituzionalista interessarsi del processo antico, o delle risorse pluralistiche della conoscenza giuridica?). E che, dall'altro lato, ha privilegiato metodi di insegnamento e di riflessione sulla materia innervati dalla convinzione che il punto di inizio del costituzionalismo in Italia sia il 1948, che l'interrogazione storica del costituzionalista non abbia ragione di spingersi, per cercare stimoli ideativi e risorse pratiche, oltre lo stato liberale.

Così si spiega, per esempio, la ritrosia a riconoscere e valorizzare nel canone della ragionevolezza i legami con l'equità classica, struttura portante della dialettica diritto-legge; o che nell'odierno, trionfante "liberalismo" sia stato possibile da parte della stessa Corte declassare il rilievo di una disposizione come quella dell'art. 41, senza tener conto che essa contiene principi indisponibili, perché senza di essi non vi è diritto nella convivenza, quali l'*alterum non laedere* e quello secondo cui i *lucra* devono essere guadagnati *honeste*³⁹. Davanti al legislatore che riscrive, modifica, deroga ai precetti costituzionali (o magari vi inserisce, come sta avvenendo oltralpe, e come potrebbe accadere dovunque, restrizioni profonde ai diritti civili di libertà) nulla o molto poco resta da dire al giudice – costituzionale e ordinario – se questi ha perduto la consapevolezza che dentro, sotto, attraverso i principi costituzionali e le leggi vivono i principi generali e costitutivi del diritto e che sono questi

ultimi ciò che esso è chiamato a interpretare e mettere all'opera nel dialogo col legislatore, per mitigarne e contrastarne gli abusi, se non si vuole che la legalità costituzionale residui solo come veicolo per legittimare le esigenze del potere, secondo i rischi di ogni riduzione del diritto a forma. Va da sé che, se il diritto non è pensato come portatore di un proprio punto di vista sui problemi della convivenza, si dimentica che ad esso è connaturale il dissenso.

Il ricordo del dissenso, ricostruito dagli studi gorliani, riempito di senso dalle riflessioni di Piccardi, Giuliani, Orestano sull'esperienza giuridica, rappresenta allora un'occasione perduta del costituzionalismo italiano e il trattamento ricevuto da questo tema nella piccola ma densa branca specialistica che lo ha considerato recinta uno spazio dal quale emergono le domande centrali della nostra crisi attuale, forse alcune tra le ragioni più profonde di essa. Frammento della storia dei Grandi Tribunali, il dissenso era proposta che poteva offrire occasione decisiva per una profonda rivisitazione di ciò che, invece, abbiamo inteso per diritto costituzionale in Italia: non solo lo studio, l'esegesi, l'interpretazione e le decisioni intorno a un testo entrato in vigore nel 1948, ma una tradizione che affonda complesse, ricche radici nella nostra storia, in cui innumerevoli volte è stato il diritto, sono stati cioè i giuristi, a immaginare e argomentare limiti al potere, politico ed economico, facendo generare dall'idea di eguaglianza, dal problema della giusta retribuzione del torto, regole pratiche di condotta che sono diventate patrimonio (valori) della convivenza civile. Lo studio della storia ci ricorderebbe che «i principi costitutivi del diritto riguardano nodi cruciali del costituzionalismo: l'individuo, la sua personalità e la sua libertà, la necessità di prevedere limiti per il potere politico» ed essi non sorgono con l'illuminismo⁴⁰. È del resto nel diritto, non con la rivoluzione francese, che nasce l'eguaglianza: ricordarlo, ci chiamerebbe, come giuristi, a sentirci partecipi dello stesso impegno grazie al quale i giurisperiti d'età comunale seppero condannare i monopoli in nome della pubblica libertà, riconoscendovi «una forma di tirannide non meno grave di quella politica», o trarre dal divieto di illecito arricchimento una dottrina che contrastava la politica dei bassi salari, per via delle «conse-

38. A.A. Cervati, *Per uno studio*, cit., p. 4: «la storia non è un antefatto ma il fondamento costante della esperienza giuridica».

39. Faccio riferimento alla sent. 65 del 2013, dove il «principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica private sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», introdotto dal dl n. 138 del 2011, sostanziale (e abusiva) riscrittura dell'art. 41, è stato utilizzato per giudicare della legittimità delle pretese dello Stato e della Regione in ordine alla estensione e al contenuto delle loro competenze, cioè come principio costituzionale: se in un principio costituzionale non si riesce a vedere il rapporto con un principio generale, l'esito può essere la completa manipolabilità del primo.

40. F. Cerrone, *Appunti*, cit., p. 632-633.

guenze deleterie della povertà sull'ordine civile»⁴¹. Dal riflesso determinante (“nefasto”, lo qualifica Cervati) del positivismo giuridico imperante nel costituzionalismo italiano, rappresentato dalla «scarsa considerazione dedicata alla storia costituzionale del nostro Paese», dal poco interesse verso la riflessione sulla «storia del pensiero giuridico nel quadro della storia sociale e politica nazionale» discende la conseguenza di cui oggi misuriamo tutta la gravità: poco abituati a confrontarci «costantemente con le trasformazioni avvenute nella nostra disciplina»⁴² ci sentiamo perduti quando, constando l'«ineffettività» della Costituzione come testo e come “progetto”, sembra possibile solo dichiarare la morte o la fine del costituzionalismo in Italia⁴³.

Il ricordo del dissenso sarebbe stato molto importante, dunque, per tenere presente che la capacità del diritto di porre in essere un'effettiva dialettica col *gubernaculum*, volta a mitigarne gli abusi, dipende tanto dalla sua capacità di farsi portatore di una propria autonomia culturale, fatta di un patrimonio di principi e di *regulae iuris*, di un accostamento tipico e controversiale alle domande di giustizia, quanto dall'esistenza di un contesto che sia sensibile a quel tipo di influenza. Il ricordo del dissenso nel diritto antico sarebbe valso, infatti, anche a far meditare su come fattibilità e utilità del dissenso sono questioni che non investono solo la giurisdizione, ma anche la legislazione, perché sono condizionate dalla qualità del rapporto che intercorre tra questi due termini dell'esperienza giuridica. L'epoca del diritto comune non fu solo il tempo dei Grandi Tribunali, ma anche quello del «legislatore ragionevole» indagato dagli studi giulianei⁴⁴, riflesso della concezione mista di ordine antico del “comando come giudizio”, che, incentrata sulla esigenza di equilibrio tra legislazione e giurisdizione, rammenta che questo equilibrio è, ai fini della consistenza dell'ordine giuridico, nevralgi-

co. Il ricordo del dissenso poteva dunque spezzare i confini disciplinari in cui il diritto costituzionale si è chiuso, non solo diacronicamente, ma orizzontalmente, spingendo a considerare parte diretta della nostra materia, vichianamente, «il livello delle mentalità e della moralità» di ogni certa epoca, i modi di pensare, i valori che ispirano la convivenza, le forme della ragione che prendono via via il sopravvento. Si trattava di annoverare, come pure è stato proposto, tra i capitoli centrali del diritto costituzionale⁴⁵, non solo gli organi della forma di governo e le sue dinamiche, ma la giurisdizione con la sua complessa intelaiatura alla costruzione del diritto pubblico e costituzionale; l'educazione del giudice e del giurista, fornendogli gli strumenti per riflettere criticamente, in primo luogo, su se stesso, sui propri metodi, sulle proprie mentalità, così come sugli istituti attraverso cui il diritto vive, primo tra questi, e non solo ai fini del nostro discorso, l'indipendenza della giurisdizione, tema circa il quale si tende a dimenticare che «non può dare per presupposta alcuna definizione dogmatica dell'indipendenza o dell'imparzialità, né della funzione giurisdizionale, ma [occorre] concentrare la riflessione sulle esigenze reali, sulle minacce concrete all'imparzialità del magistrato, sulle attese della collettività»⁴⁶. Infine, e soprattutto, si trattava di soffermarsi non tanto sulle “fonti del diritto e gli atti normativi” ma sui percorsi di riconoscimento del diritto che avvengono nel giudizio⁴⁷, dove i principi operano in forza dell'attitudine pratica e valutativa di quest'ultimo, anziché per effetto della forza normativa (che tanto drammaticamente può decadere) della fonte che li racchiude. Il ricordo della stagione in cui il dissenso nella decisione giudiziaria è appartenuto alle nostre prassi avrebbe potuto insomma consentire una riflessione più profonda sulle ragioni del «conflitto tra il diritto comune e la codificazione», rivelandone il carattere di grandi costanti. Non si tratta infatti di cose del passato, ma di «due

41. A. Giuliani, *Giustizia e ordine economico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 130 ss. su come i giuristi italiani d'età comunale abbiano saputo contrastare gli abusi dei ‘magnati’ ponendo le premesse del concetto di concorrenza, o della libertà della ricerca e della scienza.

42. A.A. Cervati, *Per uno studio, cit.*, p. 10.

43. Cfr. la riflessione pessimistica di G. Azzariti, che del resto dichiara di considerare il costituzionalismo un prodotto ‘moderno’, nel volume *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Bari, 2013.

44. Cfr. in part. A. Giuliani, *Il modello di legislatore ragionevole. (Riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione)*, in M. Basciu (cur.), *Legislazione. Profili giuridici e politici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 13 ss.

45. V. in part. S. Chiarloni, *Nomofilachia e giudizio di cassazione*, in M. Mariani Marini e D. Cerri (cur.), *Il diritto giurisprudenziale e il diritto vivente*, Pisa, Edizioni Plus, 2007, p. 41 ss., dove la sottolineatura del ruolo delle clausole generali e dell'equità nei processi valutativi del giudice, tutti aspetti cui civilisti e processualisti sono sempre rimasti più attenti di quanto non lo siano stati i costituzionalisti.

46. A.A. Cervati, *Per uno studio, cit.*, p. XXI.

47. A.A. Cervati, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2005, p. 707 ss., e di nuovo *Id.*, *Per uno studio, cit.*, spec. p. 109 ss.

opposti modi di configurare le norme di riconoscimento, che legittimano rispettivamente una dialettica legislatore-giudice (*lex-interpretatio*) e l'onnipotenza legislativa. I principi del diritto comune (nel senso delle *regulae iuris*) sono legati alle tecniche di una ragione retorica, argomentativa, giustificativa (*rationabilitas*). Erano in causa le opportunità di un diverso antiformalismo, che non spinge il diritto fuori da sé (come avviene in tutti i casi in cui esso va verso la politica, l'economia, la sociologia, ma anche verso le sole norme positive), ma dentro, verso la sua propria logica, «una logica dell'applicazione giudiziaria – intesa come metodologia del ragionamento analogico, basato sul primato dell'argomento a simili [che] privilegia la ricerca di una soluzione giusta e ragionevole». Si sarebbero potute interrogare meglio le risorse che, al diritto costituzionale, offre una simile dottrina, cui è sottintesa la sfiducia nei confronti della «onniscienza di un legislatore, che pretenda di avere il monopolio nel mutamento nel diritto»⁴⁸, di qualunque “grado” siano le espressioni normative in cui quel legislatore si manifesta.

6. Segreto o pubblicità come garanzia di indipendenza? Dal dissenso alle costanti della nostra esperienza civica

Nella resistenza della nostra esperienza a salvaguardare la non coincidenza tra diritto legge, diritto e potere, diritto e politica, si esprime probabilmente la lunga vittoria di una forma della ragione strumentale, calcolante, divenuta dominante dai tempi della rivoluzione francese in poi, sempre alleandosi al mito del progresso, della necessità storica⁴⁹ (o del bene comune, o dell'interesse generale). Essa contrasta l'idea stessa di una diversa forma della ragione, dialettica, problematica, senza la valorizzazione della quale è difficile che si sviluppi, e si preservi, una concezione della giurisdizione capace di coltivare il valore dell'opinione dissenziente. Ecco che le ragioni per introdurla, o per non introdurla, oscillano, sono equipollenti, restano indecise: può giovare alla trasparenza, ma anche minacciare l'indipendenza, oppure non,

perché quella è questione prettamente “morale”. Tutte le volte in cui il problema del dissenso si allea con, e si riduce a, un'esigenza di trasparenza avvertiamo che dell'attività del giudice, costituzionale o ordinario, in primo piano è collocata la rilevanza politica nel senso di sporgenza nella sfera, ad esso impropria, dell'indirizzo politico, del governo della società: se il giudice non può più essere mero “esecutore” della legge allora sia almeno trasparente nei suoi processi decisionali “creativi” attraverso i quali esplica il suo ruolo di organizzatore della società. Il dissenso diventa attributo di un giudice che non è “proprio” o “solo” un giudice, ma il pendolo continua a oscillare tra soggezione alla legge e creatività, riconfermando una visione imperativistica del diritto, e il modello rimane il giudice funzionario. Tutte le volte che l'indipendenza si declina solo come connotato sostenuto dalla moralità individuale del funzionario, si nega che etico è, in primo luogo, il contributo che il diritto dà alla convivenza. In una cultura giuridica che non ha coltivato il senso dell'autonomia del diritto come esperienza retta da propri principi costitutivi (eguaglianza, contraddittorio, prova, argomentazione, responsabilità), il dissenso, che a quei principi costitutivi rimanda direttamente resta, al massimo, come gingillo, abbellimento esteriore o mera soluzione tecnica.

Val la pena, però, di porsi, conclusivamente, un'ultima domanda: è stato veramente, soltanto, l'avvento della cultura “francesista”, la piemontesizzazione, colpevole di avere interrotto così decisamente⁵⁰ la tradizione giuridica italiana che valorizzava, del diritto, la natura dialettica e controversiale e pertanto conosceva il dissenso? Quel taglio rispetto alle nostre tradizioni è certamente fondamentale. Questo ci permette, però, di concludere che la preferenza della cultura giuridica italiana verso «una legislazione sistematica», la sua «avversione ad assoggettarsi alle incertezze e ai pericoli di una elaborazione di tradizioni giuridiche»⁵¹ è stata solo il risultato di una scelta d'autorità, calata dall'alto sulla giurisdizione? La svolta unitaria per il legicentrismo riesce davvero, da sola, a spiegare come mai il giudice che si è “democratizzato” negli anni '70 del Novecento non ha invocato la reintroduzione del dissenso nel nostro stile giudiziario?

48. A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 304, da dove anche i passi che precedono riportati tra virgolette.

49. «Il positivismo codicistico ha raccolto dal diritto naturale moderno l'idea di una razionalità elevata a calcolo»: A. Giuliani, *Le disposizioni preliminari*, cit., p. 490, nota 6, I.

50. Ma, del resto, forse non altrettanto profondamente, giusta le osservazioni di A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 394 ss., sulla sopravvivenza della dottrina dei principi del diritto, nel senso delle *regulae iuris*, nella giurisprudenza e nella dottrina fino alla fine del secolo XIX.

51. Così Fadda e Bensa, citati da Giuliani, *Le disposizioni*, cit., p. 491 nota 7.

Il fatto è, a me pare, che la riduzione del diritto a legge non è stata solo subita, ma anche accettata e favorita dalla giurisdizione. La legge, lo si sa, non va mai priva della fascinazione che le viene dal potersi rappresentare come strumento di progresso: per questo possiamo pensare che, proprio perché la nostra magistratura ha voluto sentirsi parte di un processo riformatore della società, essa si sia sentita meglio rispecchiata nel modello del giudice funzionario, che è gemello della “legge eguale per tutti”: perché ogni progressista ama l’idea del piano, del programma, della riforma dall’alto e la legge, la legge virtuosa della democrazia costituzionale soprattutto, si è da sempre ammantata di questo mito.

Rispetto a questo mito, l’immagine del giurista che interroga la natura della cosa e si confronta con antichi principi, per quanto possa essere stata evocata e spesa in una direzione tutta contestativa e dinamica, come ha fatto, in pagine ineguagliabili, Michel De Villey⁵², resta ammantata di un sospetto di conservatorismo, e di soggettivismo. Sostenere il valore, anche solo coltivarne la memoria, diventa ogni giorno più difficile: un tempo essa ha avuto contro di sé l’ideale di un giudice alleato del progetto costituzionale di una società più giusta; oggi le si oppongono i perentori itinerari contemporanei del potere pubblico. Apparentemente nuovissimi, essi rilanciano l’antica e mai sopita inimicizia della statualità, del potere, verso la mentalità giurisdizionale e le sue prassi, che, con la loro natura problematizzante, fanno del giudice il “cattivo conduttore” di una “decisionalità”⁵³ considerata, invece, sempre più pregevole, e unico, valore.

Nella presa di distanza da una tradizione giuridica di diritto comune che annoverava, tra altri istituti, il dissenso, come parte di una concezione dialettica e argomentativa, isonomica, del processo e della conoscenza giuridica, ha giocato dunque forse, oltre che una scelta dall’alto, rappresentata dalla svolta codicistica, anche un consenso che a quella scelta è venuto *motu proprio* dalla giurisdizione, forse specialmente da quando il volontarismo è potuto apparire un importante alleato dell’attuazione della Costituzione.

Ma nemmeno così il quadro delle ragioni che hanno spinto la nostra giurisdizione a prediligere il segreto e il monismo della decisione sarebbe forse completo. Occorre dar conto anche dei segnali che sembrano indicare che il dissenso non sempre ha lasciato una buona memoria di sé. Stolfi, nello scritto cui Denti rinvia quale una delle principali fonti che, in epoca liberale, conservavano memoria del voto di scissura, non lo rimpiangeva, per esempio, affatto (benché Denti di questo, nel suo scritto del 1964, non desse atto). Pur facendo sua l’appassionata difesa svolta da Francesco Saverio Merlino delle istituzioni giudiziarie del Regno delle Due Sicilie, e delle tradizioni pre-unitarie «purtroppo spezzate dalla negazione e dall’imitazione francese» (peggiorata, egli osserva giustamente, rispetto all’originale), Stolfi non vedeva nel voto di scissura una prassi da riproporre, perché favoriva «l’antagonismo tra i giudicanti»⁵⁴. Era un’allusione alla possibilità che il dissenso fosse usato per quella che oggi chiameremmo una ricerca di visibilità, era un’osservazione che nasceva dall’esistenza di prassi di questa natura? Essa fa pensare subito al rischio di usi strumentali del dissenso, che nessuno potrebbe considerare del tutto remoto, o escluso, negli scenari odierni.

E d’altro canto, riconsideriamo la stessa ricerca gorliana, da cui abbiamo preso le mosse. Gorla da un lato accusa i piemontesi di avere rotto le tradizioni antiche, ma poche pagine prima ci dice che il segreto comincia a entrare nella nostra tradizione per suo conto nel tardo Seicento, nel Settecento, insieme alla centralità del giudice relatore, e alle spinte verso il monismo imperativi stico nella redazione della sentenza. Motivo: il timore dei condizionamenti esterni: in una temperie culturale che da un lato difende la pubblicità delle opinioni dei singoli giudici, per esempio della Rota fiorentina o di quella di Macerata, si affacciano anche le «ragioni per il segreto, avanzate da Emerix sulla scorta della Costituzione di Urbano VIII, ad evitare le pressioni delle parti o di ‘magnati’»⁵⁵. Si era nella prima metà del 1600. Più di trecento anni dopo, nel 1988, nella sua ordinanza di rimessione sul-

52. «Cercare incessantemente e in ogni caso concreto la giusta parte che spetta a ciascuno, e non proteggere pretesi diritti soggettivi, sottratti a ogni discussione, su cui si fonderebbero automaticamente proprietà e crediti, questo è il compito dei giureconsulti. Il diritto così inteso ha un contenuto suo proprio e non si confonde con la morale corrente»: M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1975, trad. it., Milano, Jaca Book, 1985, p., 406. Nella dottrina italiana recente, queste virtù del ‘suum cuique’ sono state rilanciate da R. Manfellotti in una analisi critica e propositiva delle funzioni della giustizia costituzionale (*Giustizia della funzione normativa e sindacato di costituzionalità*, Napoli 2008).

53. L’immagine del giudice che per effetto del suo *ethos* è sempre un ‘cattivo conduttore di decisionalità’ e perciò è visto con ostilità dal legislatore e dell’amministrazione orientati alla riforma e alla pianificazione viene da L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2001, p. 77.

54. N. Stolfi, *op. cit.*, p. 241.

55. G. Gorla, *Procedimento individuale*, *cit.*, p.63.

la disposizione che prevedeva l'obbligo di annotazione nominativa delle opinioni dei giudici, il Tribunale di Roma avanzò l'argomento secondo cui «soltanto attraverso l'impersonalità della deliberazione, garantita dalla segretezza, ciascun componente del collegio sarebbe sottratto a condizionamenti»⁵⁶.

Sotto questa seconda sollecitazione, la mente va a Muratori, al problema delle influenze, dei mercimoni, di una giustizia tirata da tutte le parti in una società che non conosce l'uguaglianza (e dunque non ha una giustizia). Difendendo il segreto, ora come allora, la magistratura e forse la stessa Corte costituzionale hanno sposato, oltre che una concezione del diritto, una strategia nascente dalla consapevolezza delle condizioni della propria azione, difficili e rese probabilmente tanto più difficili dall'insieme di squilibri che percorrono la decisione politica, la prassi amministrativa, il rapporto tra le istituzioni e la cittadinanza. Se è così, la persistente affezione della nostra giurisdizione, ordinaria e costituzionale, alla segretezza dei percorsi decisionali, la refrattarietà alla assunzione delle responsabilità implicite nel dissenso, ci appaiono, anche, come altrettante espressioni dell'intrinseca debolezza della nostra convivenza, sotto il profilo dei valori che la innervano, o come altrettanti segnali, degni di riflessione, di una continuità di problematiche che si sono ripresentate come costanti della nostra storia e che legano lo stato della giustizia a quello della società.

Il timore di influenze indebite, o delle tentazioni di protagonismo, hanno contribuito a spingere la giurisdizione a individuare come condizioni della propria indipendenza il segreto della decisione e la moralità individuale, in un quadro che si è poi orientato al giuspositivismo, che a sua volta diffonde la convinzio-

ne che «la politica elabora i valori, o l'etica, o l'economia, giammai il diritto»⁵⁷. Il costo, per la nostra esperienza, è stato una perdita di consapevolezza circa lo specifico contributo etico che il diritto come tale dà alla convivenza, offrendo uno spazio per il confronto paritetico tra le opinioni, per il rispetto delle regole del gioco, per l'esercizio di una forma della ragione problematica, confutativa. Si tratta delle stesse componenti in cui risiedono le premesse, e il presidio, di un ordine isonomico della comunità; si tratta di beni dei quali, se riflettiamo sulle condizioni della nostra convivenza, avvertiamo la crisi e la fragilità.

La mancanza del dissenso segnala allora mancanze profonde. Riflettendovi, potremmo avvertire ragioni per una rinnovata indagine sulla nostra tradizione, che sappia tornare a valorizzare la struttura controversiale della questione giuridica, la consapevolezza del giurista di muoversi nel campo dell'opinabile, e delle risorse a questo scopo offerte da una forma della ragione che investa sull'argomentazione anziché sulla dimostrazione, privilegiando il contraddittorio, evitando così la tentazione di sfuggire il confronto tra le argomentazioni e ogni uso abusivo della ragione. Vi è «un nesso tra una ragione dialettica, confutatoria, controversiale, e un campo etico della comunicazione umana orientato all'esigenza della verità»⁵⁸; è un nesso che passa sui valori dell'eguaglianza e della reciprocità: il diritto non può esistere, come tale, senza quei valori, e serve a farli vivere. Essi richiedono cultura, prudenza, moderazione. Il dissenso, ripensato in quest'ottica, riaffiorerebbe come componente dell'etica professionale del giudice; discuterne, ci aiuterebbe a riscoprire i nessi reciproci che intercorrono tra il diritto e i valori isonomici senza i quali non può vivere una democrazia costituzionale.

56. Lo ricorda lo stesso Gorla, *Procedimento individuale*, cit., p. 77-78, dove del resto questo Autore finisce col convenire con una dimensione tutta 'morale' della indipendenza del giudice.

57. F. Cerrone, *Appunti*, cit., p. 632, corsivo nell'originale.

58. Così riflette, sulla scorta di A. Giuliani, F. Cerrone, *Appunti*, cit., p. 675.

Dissenso e magistratura

di Daniela Piana e Leonardo Morlino

In questo contributo, gli Autori inquadrano prima da un punto di vista teorico il valore del dissenso all'interno della teoria democratica; passano poi ad indagare quali siano gli effetti benefici del pluralismo e del conflitto inter-istituzionale e intra-istituzionale, soffermandosi poi ad indagare sulle dinamiche di conflitto che coinvolgono l'istituzione giudiziaria (rispetto ad altre istituzioni) e su quelle che si verificano all'interno di questa istituzione.

Il contributo si chiude rilevando un apparente paradosso: il dissenso – pur espletando un'importante funzione di autocorrezione e auto-mutamento all'interno del regime democratico – rischia, ove esasperati i momenti di conflittualità, di comportare dei costi sul piano della stessa legittimazione delle istituzioni (e sulla fiducia che, in esse, i cittadini ripongono, come forse avvenuto nel caso del calo di fiducia nella magistratura).

1. Confini di un concetto complesso

Il valore normativo del “dissenso” all'interno della teoria democratica e del costituzionalismo deriva da quello, fondante, di uno dei suoi principi: il pluralismo. Sia esso culturale, sociale o politico, il principio secondo il quale la pluralità delle idee e degli interessi, la pluralità delle visioni del mondo e della società, se inquadrate all'interno di un sistema di regole che garantiscono a ciascuno la libertà di esprimere quelle idee, quegli interessi, quelle visioni, è fondante di tutto il pensiero politico moderno (Berlin, 1955; Dahl, 1971; Sartori, 1990).

È importante sottolineare la natura storicamente determinata del “dissenso” come elemento di qualità – dunque, desiderabile – di un sistema sociale e politico governato nel rispetto dei principi dello stato di diritto (prima) e dello stato di diritto democratico (poi). Mentre infatti nell'esperienza della libertà degli antichi il tema del dissenso era piuttosto articolato come tema dello sviluppo dei diversi possibili argomenti portati a suffragare o a falsificare una determinata tesi – basti pensare al modello dei dialoghi socratici – è nella idea della libertà dei moderni che si inserisce questa dimensione plurale necessaria a ga-

rantire un bilanciamento e, dunque, un limite a qualsiasi forma di potere. Discutere, non essere d'accordo, eventualmente entrare in un conflitto, regolato e disciplinato da regole imparziali e impersonali, diviene di conseguenza un valore, un *desideratum*.

Sempre in una prospettiva storica, si può aggiungere che la prima istituzionalizzazione del dissenso si ha in Inghilterra dopo il 1750, quando all'opposizione parlamentare si riconosce un ruolo positivo di stimolo, di critica e di controllo del Governo e del suo operato (v. Poggi, 1990, cap. 4). Viene fondato così uno degli istituti centrali e più importanti delle oligarchie competitive e, poi, delle liberal-democrazie di massa. Tuttavia, in questi anni molto rilevanti sono anche altri due eventi, la Rivoluzione americana, segnata da un'importantissima Dichiarazione dei diritti, da una guerra di decolonizzazione e dall'approvazione di una costituzione liberale, e la Rivoluzione francese. Entrambi questi fatti hanno un impatto enorme sui diversi Paesi europei, ma sono anche l'occasione - qui da sottolineare - per un rafforzamento nell'“azione” e per una sanzione definitiva del principio del dissenso.

Dopo quegli anni e quegli eventi, l'idea che il dissenso sia necessario e costitutivo dei regimi liberali competitivi, a partecipazione ristretta o ampia, coesi-

ste con la precedente convinzione che il dissenso divida in maniera letale un sistema politico portandolo al crollo. Sia fuori d'Europa che all'interno di essa, la prima idea rappresenta uno dei principî usati per legittimare le democrazie, la seconda rimane uno dei luoghi comuni più ricorrenti per giustificare interventi militari, ideologie totalitarie, azioni governative con contenuti autoritari.

In sostanza, dalla ricostruzione della genesi storica e analitica della nozione di "dissenso" si può ricavare la sua definizione generale *come ogni forma di disaccordo o atteggiamento negativo verso il regime o il sistema vigente*. Quella ricostruzione suggerisce anche la ragione principale per cui non è possibile accettare una definizione ristretta della nozione: la relazione società di individui/dissenso, il rapporto dissenso/oligarchie competitive, il legame forte tra pluralismo e dissenso e gli altri aspetti sopra citati, tutti postulano che la nozione qui discussa sia la categoria più generale di ogni forma di disaccordo o di opposizione, assuma cioè un significato generale tale da ricoprire ogni forma di disaccordo.

Peraltro, gli autori che aderiscono alla definizione più ristretta ritengono che con dissenso si debba indicare solamente quelle forme di disaccordo non stabilmente organizzate, non istituzionalizzate, che si mantengono in ambiti limitati e non violenti, siano esse collettive o individuali. Nell'ambito di tale definizione ristretta si può sostenere che elemento centrale e ricorrente sia la pubblicità che si riesce a dare alle manifestazioni di dissenso, ovvero la forza con cui si riesce a raggiungere l'opinione pubblica e a presentare le proprie diverse posizioni. Così non è, invece, se si accetta la definizione più ampia, come qui si fa, proprio perché le varieguate manifestazioni di dissenso non sono tutte necessariamente caratterizzate dall'importanza del ricorso alla pubblica opinione.

Come si può intendere immediatamente, anche con riferimento ai due significati, quello ampio e quello più ristretto, gli elementi più rilevanti nell'analisi di questo fenomeno stanno nelle forme e nei gradi che esso assume in un sistema politico¹.

Il dissenso può manifestarsi in diverse forme e a diversi livelli. Le principali forme riguardano due dimensioni: "profondità" e "traduzione in azione". Sotto il primo profilo, il disaccordo può limitarsi a contestare singoli provvedimenti o anche specifiche politiche governative; oppure può investire certe regole chiave o norme basilari proprie del regime vigente, ovvero riguardare anche gli assetti istituzionali parimenti vigenti; o, infine, può anche attenere ai principî basilari su cui si regge una comunità politica, come i diritti di

libertà o eguaglianza, ovvero gli stessi principî basilari sottesi alla struttura socio-economica, quali i diritti di proprietà privata, il riconoscimento del profitto e anche dell'esistenza di un mercato.

La seconda dimensione più rilevante riguarda il modo in cui il dissenso è tradotto concretamente in azione. Infatti un certo disaccordo, anche radicale e profondo, può tradursi in una completa passività, che dal punto di vista politico è sostanzialmente irrilevante; ma può anche tradursi, al contrario, in azione più o meno organizzata e violenta con l'intento di rovesciare l'ordinamento del Paese, ovvero in azione organizzata, ma pacifica, che segue i canali di espressione previsti dalla legge, ad esempio quelli dell'opposizione parlamentare.

Va, poi, considerata anche l'importanza di altre dimensioni per approfondire l'analisi delle forme di dissenso. La prima di queste riguarda la questione se il dissenso sia individuale o collettivo. Mentre tutte le forme di dissenso passivo sono, di solito, espressione di scelte implicite o esplicite fatte da un singolo individuo, il dissenso attivo può essere collettivo. Se così è, la successiva dimensione rilevante è il grado di organizzazione raggiunto dal dissenso collettivo: l'opposizione parlamentare sottintende un gruppo o un partito dietro l'espressione del disaccordo. Così avviene anche per efficaci opposizioni anti-regime, contrarie cioè alle istituzioni vigenti, o antisistema, cioè contrarie ai principî cardine di quel sistema politico. Ma è così anche per il dissenso che si esprime nel terrorismo o nella guerriglia urbana. In entrambi i casi, forme sia pure diverse di organizzazione sono necessarie.

Un quinto e ultimo criterio rilevante per distinguere tra le diverse forme di dissenso consiste nel vedere se e come manifestazioni di dissenso si pongano nei confronti delle leggi in vigore. Questo criterio è particolarmente importante in un contesto autoritario, nel quale il dissenso è formalmente vietato e a dispetto di ciò riesce a esprimersi ed è di fatto, in alcuni casi, tollerato dai governanti. Riprendendo un'analoga distinzione di Linz (v., 1973, pp. 171 ss.) a proposito dell'opposizione in regimi autoritari, si può parlare di un dissenso legale, aleggale, pseudo-legale, illegale. Con queste etichette s'intendono: 1) quelle espressioni riconosciute, accettate e garantite dalla legge (legali); 2) quelle forme di contrasto verso il regime che scelgono vie non esplicitamente disciplinate dalle norme (alegali); 3) quelle modalità di dissenso solo apparentemente tali, che in realtà tengono gruppi incerti all'interno del regime e non violano mai le norme vigenti (pseudolegali); infine,

1. Facciamo qui strettamente riferimento al dissenso così come esso si manifesta nella dimensione pubblica. Sono pertanto esclusi da questa ulteriore analisi del concetto gli aspetti che caratterizzano il dissenso nella dimensione privata.

4) le manifestazioni, violente e non violente, che chiaramente contravvengono alle norme vigenti (illeghi). L'interesse principale di questo quinto criterio e delle relative distinzioni sta nell'evidenziare un'area di notevole ambiguità tra legalità e illegalità, nella quale si collocano gruppi sociali dissenzienti, ma poco attivi politicamente o incerti o poco efficaci o che addirittura raggiungono l'effetto contrario a quello atteso di delegittimare il regime.

2. La funzione giudiziaria

La delimitazione – storica e semantica – del concetto di dissenso permette di mettere questa dimensione del vivere civile e sociale all'interno di una democrazia costituzionale e di analizzarne sul piano empirico i significati, le forme, le conseguenze.

La democrazia, infatti, prevede che vi siano sedi preposte all'espressione del dissenso, sedi tanto più importanti quanto più il sistema politico democratico prevede che le decisioni di politica pubblica e la adozione delle norme che a quelle politiche danno legittimazione istituzionale siano prese da una maggioranza di Governo, che decide per tutti i cittadini, anche quelli che rispetto a quella maggioranza sono dissenzienti o che da quella maggioranza non si sentono rappresentati. Tali sedi sono innanzitutto quella parlamentare – con la funzione svolta dall'opposizione – e tutte quelle svolte dalle istituzioni della rappresentanza – sia sociale ed economica sia politica – che pur avendo connessioni e interazioni con il Governo restano in linea di principio autonome da questo e possono fungere da 1) canale di trasmissione del dissenso e 2) volano di espressione del dissenso.

Ma è la stessa architettura democratica a prevedere che sia possibile il dissenso anche nel rapporto fra i poteri. Il principio di separazione dei poteri così come quello di bilanciamento dei poteri incorporano al loro interno l'idea secondo la quale nel "potere" stesso l'innesto di un principio pluralista istituzionalizzato permette di garantire la qualità del funzionamento della democrazia e da ultimo la tutela dei diritti dei cittadini dinanzi a qualsiasi forma di potenziale abuso di potere. Il modo in cui i diversi Paesi hanno messo in pratica questo principio dipende naturalmente dalle condizioni di contesto e dalle *legacy* istituzionali. Ma è pur sempre vero che anche solo osservando i 28 paesi dell'Unione europea ci si rende conto di come la preoccupazione di integrare nel tessuto istituzionale della democrazia il principio del pluralismo si sia, poi, riflesso nei meccanismi di nomina anche delle istituzioni di garanzia, come ad esempio la magistratura ordinaria, le corti costituzionali, le magistrature specializzate, ecc.

Vi è, infine, un ulteriore ambito nel quale il prin-

cipio del pluralismo si declina quando si osserva una democrazia. Si tratta dello spazio del dibattito pubblico e, quindi, dei media. Non soltanto il pluralismo si applica alla distribuzione del potere sociale – i media sono un potere fra altri – ma esso deve trovare posto anche all'interno del settore dei media, al quale si chiede che sia espressione di più voci, più idee, più visioni del mondo. Fatte queste necessarie premesse, è dunque possibile sviluppare il tema del rapporto che intercorre – sempre sul piano teorico – fra magistratura e dissenso.

Innanzitutto, l'esistenza stessa di una magistratura indipendente, capace di bilanciare gli altri due poteri dello Stato – quello esecutivo e quello legislativo – è la prima forma empirica di applicazione del pluralismo istituzionale. Ma vi è di più. Sempre intendendo il potere giudiziario nel suo complesso è vero anche che esso rappresenta la sede nella quale l'espressione del dissenso – se intesa come la opposizione ad un comportamento, sia pubblico, sia privato – può essere veicolata. In fondo, una delle ragioni per cui nelle democrazie nate durante la terza e la quarta ondata di democratizzazione sono state introdotte corti costituzionali come baluardi di difesa dei diritti umani è quella di offrire anche alla più ristretta minoranza – che volendo portare all'estremo arriva fino alla unità individuale, il singolo cittadino – la possibilità di fare valere la propria voce nel caso in cui ritenga che vi sia o vi sia stata una violazione dei diritti fondamentali.

Se ci fermassimo a questo punto, il rapporto fra funzione giudiziaria e dissenso potrebbe essere susunto come un caso particolare della applicazione del principio del pluralismo istituzionale che a sua volta trova nell'idea di Montesquieu secondo cui per bilanciare un potere ne occorre un altro, avremmo poco guadagnato nella analisi dei complessi nessi che intercorrono fra magistratura e dissenso.

Già un passo in avanti è possibile se si considera che la magistratura è a sua volta luogo di espressione del dissenso ovvero del pluralismo culturale. L'indipendenza del giudice in questo senso rappresenta una garanzia di contrasto alla omologazione della interpretazione della legge, ossia alla possibilità di potere innovare da parte della decisione di un singolo magistrato giudicante rispetto ad una giurisprudenza consolidata. Chiaramente questo grado di autonomia si lega al e dipende dal modo con cui la magistratura è governata. Dipende, innanzitutto, da quanto forte e strutturata è la gerarchia istituzionale nella magistratura che, ad esempio, può articolarsi sulla base di una funzione non solo "nomofilattica", ma anche di influenza sulle nomine dei magistrati da parte della Corte di cassazione. Al polo opposto una struttura di governo che prevede la pluralità, anche di carattere generazionale e istituzionale della rappresentanza

nell'organo di autogoverno, muove nella direzione di una garanzia al pluralismo nella giurisdizione, quello che i sociologi del diritto chiamerebbero *law in action*.

La letteratura che ha affrontato il tema del rapporto fra diritto e società ha mostrato come in determinati momenti storici e ambiti di politica pubblica – ad esempio, quello del lavoro, negli anni '70, quello ambientale, successivamente, e oggi l'ambito di regolazione dei cosiddetti diritti di nuova generazione, attinenti alla gestione del diritto alla vita – le arene giudiziarie e i processi siano stati canali attraverso cui sono state portate istanze trascurate dal legislatore ovvero aspetti emersi nel corso della attuazione della legislazione e che, proprio per la cosiddetta "*legal mobilisation*" (Rosemberg, 1990; Epp, 1998), hanno indotto un approfondimento dei diritti o in taluni casi la costruzione di una risposta atta a riempire, anche se in modo parziale, il vuoto lasciato dal legislatore. Una forma di dissenso che potrebbe definirsi individuale nella sua origine, ma collettiva nella sua gestione, posto che la risposta viene data appunto dalla funzione giudiziaria.

Ancora ci pare qui rilevante menzionare l'esistenza di un meccanismo di fisiologico dissenso incardinato nell'ordinamento giudiziario di tutte le democrazie costituzionali, ossia il meccanismo dell'appello. La revisione della sentenza di primo grado in appello e in cassazione (nei Paesi dove il modello cosiddetto "francese" è stato adottato, come l'Italia, l'Olanda, la Spagna, soltanto per citare alcuni casi) permette, dunque, di esprimere un dissenso da parte del soccombente in un processo, al quale o alla quale è data la opportunità di dissentire rispetto ad un atto normativo che è appunto la sentenza del giudice di primo grado. La corte di appello è libera, fatti salvi i parametri di legge e i principi di ragionevolezza ovvero di rigore argomentativo, di dissentire dal giudice di primo grado, chiedendo la revisione della sentenza.

Si tratta, tuttavia, di una forma di dissenso che è suscettibile di due diverse interpretazioni, dal punto di vista della teoria costituzionale. Una sottolinea che data la norma esiste una e una sola interpretazione corretta della medesima e, quindi, l'appello più che esercitare il dissenso esercita una correzione di un errore. L'altra, invece, evidenzia la possibilità del pluralismo normativo, soprattutto a fronte di un sistema giuridico aperto a fonti che non sempre hanno origine sul territorio nazionale – ancora una volta la posizione del giudice europeo è emblematica in tal senso – e, quindi, assegna più propriamente ai meccanismi di appello anche il valore di un possibile pluralismo giudiziario, sia pure strettamente regolato dalla supremazia delle norme (Pernice, 1999; Teubner, 2005).

Un tipo specifico di questa più ampia classe che potremmo definire "dissenso interno alla magistra-

tura" si trova esemplificato dall'istituto della *dissenting opinion*. Si tratta di uno strumento che prevede la possibilità per uno o più giudici di esprimere una nota scritta dissenziente rispetto alla decisione della maggioranza del collegio. Tale nota ha come obiettivo principale quello di mostrare che è possibile, a partire dalla stessa base di considerazioni – di cui dispone l'intero collegio – approdare ad una posizione diversa da quella della maggioranza. Istituto noto agli studiosi sociali, innanzitutto, per il fatto di caratterizzare l'operato della Corte suprema degli Stati Uniti. Secondo Brenner, esso rappresenta un baluardo all'interno del potere giudiziario in favore del pluralismo e della possibilità di avanzare ed approfondire sul piano giurisprudenziale il significato delle norme costituzionali.

La magistratura può, poi, essere oggetto del dissenso o più in generale oggetto di dibattito, discussione e in questo contesto anche di dissenso, sia attraverso l'esercizio da parte dei media, sia da parte della società civile organizzata e, in ultima istanza, da parte del cittadino. Questo dissenso è tanto più funzionale alla qualità di una democrazia se emerge in un settore dei media caratterizzato da pluralismo - quindi, non è espressione di una posizione comunicativa dominante - e se emerge nella interazione basata su informazioni solide ed attendibili nonché su una comunicazione *user friendly* fra uffici giudiziari, istituzioni giudiziarie e cittadini.

Infine, esiste un tipo particolare di dissenso o almeno di possibile funzione dissenziente che si esercita all'interno del gruppo professionale di riferimento la cui valutazione tecnico scientifica è rilevante per la magistratura: quello degli operatori del diritto, comprendente oltre ai magistrati anche gli avvocati e l'accademia. Se si accettano queste premesse di ordine concettuale è possibile sintetizzare, come fa la tabella 1, le diverse forme e i diversi significati del dissenso in relazione al ruolo che la magistratura svolge in una democrazia.

La tabella 1 introduce una distinzione che permette di selezionare gli aspetti che, in una analisi del rapporto fra dissenso e magistratura, dovrebbero essere considerati. Se, infatti, consideriamo scontato il fatto che esistano tutte le garanzie del cosiddetto pluralismo istituzionale, ossia che siano garantiti dalla Costituzione bilanciamento dei poteri e accesso ai meccanismi di tutela dei diritti alle minoranze, si pone invece come questione empirica se e in quale modo l'esercizio del dissenso all'interno della magistratura e nei confronti della magistratura da parte dell'opinione pubblica, dei media e dei cittadini metta sotto tensione la qualità dell'assetto democratico. Quale è la soglia oltre la quale si può fondatamente ritenere che il dissenso vada oltre il limite, ovvero vi sia "troppo" dissenso?

Tab. 1. Magistratura e dissenso. Forme e funzioni

Livello	Forma	Strumenti di azione
Attore	Individuale	Interpretazione giurisprudenziale
	Collettivo	Bilanciamento dei poteri Controllo di costituzionalità Funzione di supplenza
Arena	Giurisdizionale	Appello <i>Dissenting opinion</i>
	Culturale	Correnti
Target	Micro	Valutazione del cittadino (non parte di un processo) Critiche individuali rivolte a singoli magistrati
	Macro	Valutazione dei media e dell'opinione pubblica Critiche alla istituzione giudiziaria nel suo complesso

3. La magistratura in Italia

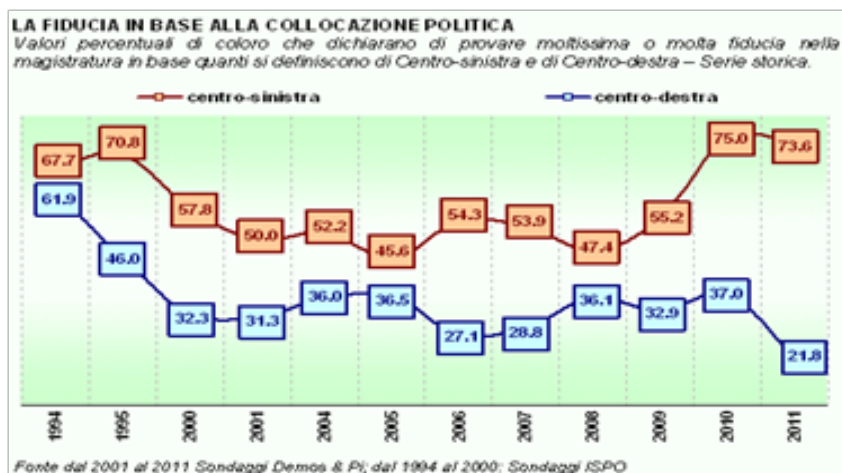
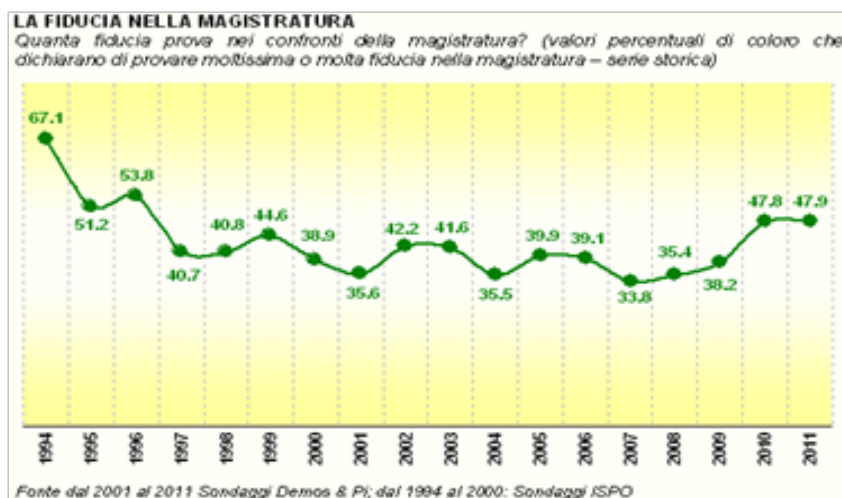
Il caso italiano appare particolarmente promettente per analizzare la tensione fra pluralismo, espressione del dissenso e qualità democratica con particolare attenzione al ruolo svolto dalla magistratura, sia come arena, sia come target. La ragione di questo valore euristico risiede nel fatto che l'Italia si qualifica sul piano comparato come un paradosso. Da un lato, le garanzie di indipendenza della magistratura e le garanzie processuali che caratterizzano il nostro Paese sono di tale livello e talmente articolate da essere state considerate come un modello nel panorama internazionale. Soltanto nel 2007 definendo il modello di *governance* giudiziaria che il Consiglio d'Europa potrebbe suggerire ai Paesi membri così come ai Paesi terzi il modello dell'autogoverno, disegnato sulla falsariga dell'ordinamento giudiziario italiano, è stato sintetizzato e fotografato in una raccomandazione della CCJE (il Comitato consultivo dei giudici europei). Ancora nel 2012 facendo riferimento ai modelli di tutela delle garanzie di indipendenza della magistratura la DG giustizia della Commissione europea sottolinea l'importanza della autonomia dei meccanismi di reclutamento e di promozione dei magistrati – uno dei tratti fondamentali dell'autogoverno – e se si osservano le linee guida internazionali in materia di *rule of law* è facile riscontrare una preferenza per un *self-governing judiciary*.

Da un altro lato, accanto a questa eccellenza, in l'Italia si riscontra un livello basso di fiducia dei cittadini nella magistratura. I dati del IADB situano l'Italia al di sotto della media dei Paesi "ad alto reddito" e mostrano una inflessione della percezione della indipendenza della magistratura continua dal 2002 al 2010 (dal 4.50 al 3.10) così come una dimi-

nuzione della percezione della efficienza del sistema giuridico in particolare a partire dal 2006 (da 4,20 a 2.50). Ancor più significativi i dati della World Bank (*Governance and Corruption Data Set*). Dal 1996 al 2010 l'Italia ha visto progressivamente ridursi l'indice di *rule of law*, con una lieve inflessione del suo processo di deterioramento nel 2006. Così i dati dell'Eurispes rilevano – con dati che si discostano leggermente da quelli dell'Eurobarometro in ragione del diverso tipo di domanda posta agli intervistati - l'andamento della fiducia degli italiani. Nel 2009 il 44,4% degli italiani affermava di avere fiducia nella magistratura e nel 2010 la percentuale sale al 47,8%. Solo il 36% trova accettabile l'appartenenza dei magistrati della pubblica accusa allo stesso corpo dei magistrati giudicanti, anche se il 25% degli italiani si dice preoccupato che una separazione delle carriere possa indebolire l'accusa. Solo la metà degli italiani, tuttavia, ha fiducia nella imparzialità dei magistrati e il 53,5 pensa che i magistrati siano influenzati dalle loro idee politiche.

In una prospettiva comparata, cosa dicono i dati? Il rapporto *Eurobarometro* 2013 mostra una fiducia - che si può definire sistemica, cioè riferita a tutta la magistratura come sistema - al di sotto della media europea. In Danimarca e in Finlandia l'85% dei rispondenti afferma di avere fiducia nella magistratura (la formulazione del sondaggio è «tendono ad avere fiducia» opposto alla opzione «tendono a non avere fiducia»). Quando invece si sonda la percezione del buon funzionamento del sistema giudiziario, ci sono grandi differenze nell'area europea. In Olanda l'83% dei rispondenti afferma di credere che il sistema giudiziario funzioni bene, mentre in Italia solo il 22% dà una valutazione positiva sul funzionamento della magistratura. I dati riguardanti poi la percezione di rice-

Tab. 2.4. Andamento della fiducia per territorio e per orientamento politico



vere sufficiente informazione sul modo con il quale il sistema funziona confermano l'importanza di una informazione trasparente e puntuale nei confronti della cittadinanza. In Germania l'82% dei rispondenti crede di avere sufficienti informazioni su come trovare un avvocato, in Italia il 64%. Quando però si passa alla percezione di avere sufficienti informazioni sul gratuito patrocinio, l'Italia passa al 38%. Infine solo il 32% degli Italiani ha una chiara informazione sul costo del processo.

Va, poi, aggiunto che l'amministrazione della giustizia civile e l'amministrazione della giustizia penale sono caratterizzate da due diversi tipi di valutazione critica da parte dei cittadini. Secondo il World Justice Project, mentre i cittadini rilevano che la giustizia civile è lenta, la giustizia penale viene percepita come comparativamente meno imparziale. Senza dubbio,

occorre considerare i dati di sondaggio *cum grano salis*. I campioni degli intervistati possono non essere rappresentativi e le formulazioni delle domande possono non essere ottimali. Tuttavia, soprattutto in una chiave comparata – sia storica, all'interno del nostro Paese, sia geografica, all'interno dell'Unione europea – i dati non possono essere trascurati. Ne aggiungiamo un paio, sempre sulla fiducia che ci sembra siano rivelatori di un problema che affligge l'interazione fra la magistratura italiana e il cittadino.²

La fiducia nella magistratura non solo ha avuto un picco nel 1994 in corrispondenza di *Mani Pulite* per poi scendere nel corso degli anni '90 fino a toccare il suo minimo nel 2007 e risalire a 20 punti percentuale in meno rispetto al '94, ma risente di una diversificazione che segue la linea di orientamento politico dei rispondenti. Demos ha, infatti, rilevato che mentre

2. http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_385_en.pdf.

tale diversificazione non esisteva nel 1994 essa sembra massima nel 2011.

A questo aspetto si unisce il fatto che anche nel settore dei media esiste un dissenso rispetto all'operato della magistratura, sovente indirizzato verso alcuni casi particolarmente salienti sul piano politico. Si tratta di una espressione di dissenso che ha visto una significativa espansione a seguito di Tangentopoli, ossia con l'aumento della visibilità della magistratura e del conseguente aumento dei profili di potenziale critica che un'opinione pubblica non esperta e non addetta ai lavori potrebbe essere pronta ad accogliere. Infatti, *Mani Pulite* lascia alle spalle una eredità di non facile gestione anche ai magistrati. La popolarità conseguita durante i processi contro i politici corrotti innalza non soltanto la legittimazione sostanziale – la *responsiveness* della giustizia – ma anche il rischio di sovraesposizione mediatica. D'altronde, in un sistema giudiziario fortemente improntato su logiche di controllo interno di tipo gerarchico, i singoli magistrati requirenti che seguono i fascicoli di casi giudiziari di corruzione o in generale legati a comportamenti di rappresentanti politici sarebbero sottoposti al controllo formale e sostanziale dei capi ufficio e della magistratura senior, che – secondo il modello astratto cui l'ordinamento giudiziario italiano si era ispirato – siede nelle alte corti, in particolare nella cassazione. Ma così non è. L'intervento del legislatore del 2006, orientato con la cosiddetta Castelli-Mastella a ripristinare il controllo del capo ufficio sul comportamento dei sostituti soprattutto negli uffici di procura, non trova via facile nella sua attuazione (Piana, 2010; Piana e Vauchez, 2012). D'altronde, vi sono casi in cui i singoli sostituti entrano in conflitto con il magistrato che riveste funzioni apicali. Una difesa dell'autonomia che va al di là della indipendenza del giudizio. Si badi che stiamo parlando di pochi casi. Degli oltre 8000 togati che fanno parte della magistratura italiana i magistrati che hanno alta visibilità sono nel numero di poche unità. Ma questo basta affinché l'amministrazione della giustizia finisca per occupare le prime pagine dei giornali, soprattutto attraverso la pubblicazione di stralci di intercettazioni. Laddove queste coinvolgono uomini politici l'innalzamento dell'audience è inevitabile.

L'aumento della visibilità si combina con l'aumento della domanda di giustizia, sia in termini di conflitti economico-sociali di natura civilistica, sia in termini di conflitti fra organi dello Stato di natura costituzionale, sia in termini di conflitti fra gli interessi generali e gli interessi privati di chi occupa posizioni pubbliche, conflitti di natura penale (come abuso d'ufficio e corruzione). Un tasso di litigiosità netta-

mente superiore a quello di altre democrazie europee e che espone gli uffici giudiziari a optare per una gestione del flusso dei procedimenti in una chiave di efficienza. Nell'ambito penale questo apre un grande dibattito sulla effettiva applicazione del principio della obbligatorietà dell'azione penale. La magistratura stessa risente di un dissenso interno, che ha alcuni momenti particolarmente salienti, come la vicenda del conflitto apertosi all'interno del Csm in merito alla circolare Maddalena adottata dal procuratore capo di Torino Marcello Maddalena nella quale venivano esplicitamente indicate priorità di gestione dei procedimenti, attraverso quella che risultava come una modulazione funzionale dell'azione penale³. È possibile affermare che dinnanzi ad una crescita della frammentazione interna al sistema giudiziario e, dunque, alla diminuzione della coesione istituzionale sia possibile una maggiore individualizzazione delle carriere dei magistrati. Il primo decennio del 2000 registra poche, ma rilevanti vicende di passaggio dalla carriera togata a quella politica che costituiscono un indicatore di de-differenziazione funzionale fra i due organi dello Stato, quello esecutivo e quello giudiziario. Il fatto che si stia parlando di pochissime unità non toglie che agli occhi di un cittadino comune si tratti di un fenomeno che lascia nella credenza e nella rappresentazione sociale della giustizia un tratto profondo. Di questo vedremo la manifestazione in termine di *responsiveness* nel prossimo paragrafo.

Nel circuito che si viene a creare di aumento di visibilità e, quindi, aumento delle probabilità e delle possibilità di esercitare consenso ma anche dissenso nei confronti dell'operato della magistratura, la componente di maggiore peso è rappresentata dai media. Qui si intendono, innanzitutto, i quotidiani e i canali TV. Nonostante gli input di carattere sovranazionale e le tendenze globali dei mercati il mercato dei media si configura in Italia sulla base di un altissimo RC4, ovvero l'indice di concentrazione nelle mani dei primi quattro proprietari. In verità siamo dinnanzi ad un sistema che ha per lungo tempo funzionato sulla base di un duopolio: Rai e Mediaset. Afferma Campus: «ciò che spicca [...] è la sensibile polarizzazione dell'audience televisiva. Infatti, Rai e Mediaset catalizzano oltre il 60% del totale dello share giornaliero medio; un dato che rappresenta un miglioramento rispetto alla situazione vigente solamente quattro anni fa, quando la percentuale complessiva dello share delle tre reti Rai e delle tre emittenti Mediaset era dell'80,9%. Lo share medio di La7 è del 3,1%, mentre le televisioni satellitari, sommate alle altre emittenti terrestri non contenute nell'elenco, raggiungono, in media, il 34,7% dei telespettatori, a fronte del 16,7%

3. Citiamo questo caso solo a titolo esemplificativo.

del 2008 [...]. Ma ancor più significativo è che il fanalino di coda siano i partiti politici (16% di fiducia dichiarata); il governo (23%); il parlamento (25%). La tendenza è quella di associare i due ambiti: i media, pertanto, non vengono visti come “cani da guardia” secondo il modello anglosassone, ma piuttosto come entità che perseguono i propri interessi in sostanziale accordo con i politici.» (*Campus*, 2013, p. 112).

Quindi, se di dissenso esercitato sulla magistratura si può parlare (dissenso rispetto al target), allora lo si deve fare tenendo conto del fatto che la visibilità di singoli casi sottopone i magistrati anche sul piano individuale a forme di dissenso mediatico e pubblico, così come occorre considerare il fatto che la magistratura come istituzione è soggetta a una forma di consenso/dissenso polarizzata, come mostrano i sondaggi di Demos sulla fiducia in Italia.

Cosa può essere detto sul piano del dissenso all'interno della magistratura? Fra le molte considerazioni che si trovano in letteratura e che riguardano il ruolo della Associazione nazionale magistrati come luogo dove il pluralismo culturale è stato non solo tutelato, ma incoraggiato sin dalle origini, un aspetto ci pare meritevole di attenzione, in quanto di recente ritornato all'apice della agenda istituzionale giudiziaria è quello inerente alla definizione del profilo del magistrato avente funzioni direttive. Una tematica di grande rilievo in qualsiasi istituzione, che all'interno della magistratura italiana si è declinata, da un lato, rispetto alla valorizzazione della *seniority* ovvero del culmine della carriera, da un altro, rispetto alle capacità di carattere giurisdizionale ovvero al punto di eccellenza della professionalità specifica della magistratura, e da un altro lato ancora rispetto alle capacità organizzative e di leadership, ovvero al punto di eccellenza della professionalità specifica del capo ufficio. Spesso queste tre visioni ideal-tipiche sono combinate, ma esse sono sottese al dibattito che è in essere nella magistratura e anche all'interno dell'organo di autogoverno.

Il dissenso interno alla magistratura può essere anche rilevato osservando le decisioni giudiziarie. Ad esempio, è interessante notare come la revisione delle sentenze in appello non sia egualmente distribuita all'interno di un singolo distretto né fra diversi tipi di procedimenti e di materie, un indicatore indiretto di come gli effetti di uniformazione giurisprudenziale che potrebbero arrivare dal rapporto dialettico fra primo grado giurisdizionale e appello ovvero cassazione siano se non deboli di certo non omogenei. Si nota, dunque, come il pluralismo culturale interno alla magistratura italiana sia sviluppato ampiamente, ma anche come i canali, le opportunità e le visibilità del dissenso indirizzato verso la magistratura siano ampi. Fino a che punto è questo un aspetto che denota la qualità della democrazia?

4. Magistratura, dissenso, democrazia

L'analisi del dissenso fin qui condotta fa emergere un paradosso. Il primo: in contesti democratici, da una parte, si riconosce il dissenso e addirittura lo si garantisce e istituzionalizza per rafforzarne l'espressione, ma, dall'altra, si vede come diverse manifestazioni di dissenso abbiano un impatto negativo e delegittimante sul regime democratico. Lo stesso può dirsi anche rispetto alle istituzioni fondanti una democrazia costituzionale, fra le quali le istituzioni giudiziarie. Come risolvere il paradosso?

La prima risposta è normativa e attiene alle giustificazioni del dissenso. Al di là delle sue basi sociali, il dissenso si “autogiustifica” in quanto espressione di volontà individuali e collettive che si constata diverse da quelle della maggioranza solo dopo che ne sia stata garantita effettivamente la manifestazione. Dunque, la giustificazione del dissenso è duplice: come libera espressione di volontà e come necessità di proteggere le minoranze dissenzienti. Entrambi gli aspetti costituiscono elementi ricorrenti delle ideologie liberali o anche liberaldemocratiche. Dal punto di vista normativo è ovviamente irrilevante il contesto democratico o autoritario. Anche nel secondo caso, infatti, il dissenso è giustificato in termini di diritti e di libertà. Dunque, nella prospettiva normativa, i due paradossi sopra indicati non sono neanche considerati rilevanti.

Nella prima prospettiva normativa rientra anche una seconda e più specifica giustificazione: il consentire il dissenso nelle sue diverse espressioni è utile anche a prendere decisioni maggiormente avvertite, consapevoli, razionali rispetto allo scopo che si vuole raggiungere. La sostanza dell'argomento sta semplicemente nel rilevare come il dissenso e la discussione possano essere un mezzo per approfondire un problema, esplorandone tutte le soluzioni alternative, pesando vantaggi e svantaggi, capendo meglio gli stessi obiettivi che si vogliono raggiungere (v. Dahl, 1966, pp. 391-392). Se questo corrisponde all'esperienza di tutti i giorni, non è tuttavia possibile darne definitive prove empiriche a livello di processo decisionale politico. Per questa ragione sembra un argomento il cui fondamento più solido sta in un'opzione di valore, cioè nella convinzione che il dissenso sia positivo in se stesso. Si torna così alla precedente giustificazione.

La seconda risposta è empirica e riguarda le funzioni del dissenso. L'aspetto centrale è che il paradosso del dissenso in democrazia è solo apparente. Ammettendo l'espressione di opinioni diverse e contrarie, il dissenso svolge un'importante funzione di autocorrezione e automutamento all'interno del regime democratico, sia in sedi governative centrali che locali, e in questa prospettiva svolge un ruolo molto

importante nel migliorare la “qualità” del governo. Inoltre, dando l’opportunità di manifestare il proprio scontento, offre canali di sfogo a un’insoddisfazione che altrimenti si radicalizzerebbe. Complessivamente, automutamento e integrazione danno maggiore legittimità. A ben vedere, dunque, le funzioni effettivamente svolte dal dissenso portano in direzione esattamente opposta a quella apparente, di divisione e di conflittualità. Tali funzioni, però, sono svolte efficacemente solo se le sue manifestazioni si mantengono entro limiti moderati. In una situazione di bassa legittimità e diffusa insoddisfazione un dissenso radicale ha effetti ben diversi da quelli sopra indicati; ha, cioè, risultati destabilizzanti.

Il sistema politico italiano e, in particolare, il circuito delle istituzioni rappresentative, dopo Tangentopoli, sono caratterizzati da un vuoto, una destrutturazione di quelle forme di organizzazione della partecipazione, aggregazione del consenso e del dissenso che sono i partiti politici. L’aumento del numero dei *veto players* interni ai partiti – per l’esistenza delle fazioni, la disaggregazione delle segreterie dei vecchi partiti che si sfaldano, è solo in un caso ridotto *ad unum* dal leader, il caso di FI e poi PDL. In generale, il sistema attiva dei meccanismi di omeostasi funzionale, che fanno sì che altre funzioni svolgano un ruolo di stabilizzatori, fra questi la magistratura non solo quella ordinaria ma anche quella speciale e la presidenza della Repubblica. In tale contesto le vicende giudiziarie che coinvolgono esponenti del mondo po-

litico non possono che avere l’effetto di una cartina al tornasole. Essa induce l’emergere di conflitti latenti. Inoltre, la scarsa capacità di gestione del conflitto che manifestano le istituzioni si riverbera ed amplifica attraverso i media, all’interno dei quali non solo non sono in azione meccanismi di *self restraint* e di responsabilità pubblica e professionale adeguati, ma che hanno ormai assunto una identità come broker di idee invece che come arene di confronto.

Da ultimo, va rilevato il fatto che manca da parte delle istituzioni giudiziarie una strategia di comunicazione pubblica che sia unica o quantomeno condivisa. In un simile frangente, dove il rischio di sovraesposizione è inevitabile, la magistratura ha mostrato di lasciarsi coinvolgere in una serie di contenziosi comunicativi, comprensibili – perché è stata rappresentata come “parte” invece che *super partes* – ma del tutto nocivi. Come i sondaggi mostrano, gli italiani continuano ad avere più fiducia nella magistratura che nelle altre istituzioni dello Stato. Un capitale di legittimità che andrebbe tutelato ad ogni costo, attenendosi alle disposizioni ordinamentali in materia di rapporti con i media, da un lato, ma sviluppando la capacità di autogoverno anche sotto il profilo delle strategie di comunicazione pubblica. Questo avrebbe il merito di fare uscire la magistratura da un “gioco istituzionale”, quello del conflitto, nel quale essa, avendo il ruolo di risolvere legittimamente i conflitti, mai si deve porre, come giustamente ricordava il primo presidente della Corte di cassazione, Giorgio Santacroce.

Magistratura democratica e la tutela del dissenso. Cronache di un'esperienza

di Giovanni Palombarini e Gianfranco Viglietta

In questo contributo, gli Autori ripercorrono l'esperienza di *Magistratura democratica* e ricordano come – tra i suoi elementi fondativi – vi sia stata la scelta di campo in favore di un garantismo di impronta liberaldemocratica e una caparbia attenzione alla tutela della manifestazione del pensiero.

Da qui – in un affresco di quella difficile stagione – gli Autori muovono per ricordare le nette prese di posizione di *Magistratura democratica* contro alcune iniziative giudiziarie che comprimevano tale libertà, l'impegno di Magistratura democratica per l'abrogazione dei reati di opinione e il prezzo che i suoi aderenti dovettero pagare.

Gli Autori concludono il loro contributo registrando – come un dato di fatto – il diverso atteggiamento che *Magistratura democratica* ha recentemente assunto in relazione a procedimenti penali scaturiti a seguito della manifestazione di un pensiero.

Capita spesso agli anziani che hanno percorso un'intera vita professionale in Magistratura democratica, ad interrogarsi (e ad essere interrogati) sui risultati del loro impegno: cosa abbiamo costruito, cosa resta delle nostre battaglie, cosa resta di decenni tumultuosi della democrazia italiana vissuti con un impegno inconsueto in un ordinamento all'epoca dei nostri esordi largamente burocratico?

Alcune risposte sono abbastanza condivise. L'indipendenza reale della magistratura rispetto al potere esecutivo, raggiunta attraverso la demolizione dell'ordinamento giudiziario e delle norme processuali ereditate dal fascismo è oggi un valore condiviso. L'ancoraggio ai principi fondamentali della Costituzione repubblicana e il programma emancipatore dell'art.3 capoverso della Costituzione come motore di eguaglianza fondamentale per il raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale dei cittadini, saldato con gli altri principi costituzionali del diritto al lavoro e della retribuzione sufficiente, per molti anni nella giurisprudenza dei giudici del lavoro hanno prodotto rilevanti risultati, anche se oggi è in corso un radicale mutamento degli orientamenti politici e del quadro normativo in materia.

La giurisdizione civile ha raggiunto spesso risultati impensabili solo qualche decennio fa in materie come la procreazione assistita o la eliminazione delle discriminazioni di genere o il fine vita e la tutela della volontà del defunto, precedentemente espressa o ricostruita successivamente al decesso, sconfiggendo una forte incrostazione clericale sopravvissuta nella giurisprudenza e nella cultura giuridica.

Ma non è di questo, e dei contraccolpi della riorganizzazione normativa secondo i principi neoliberalisti e del loro impatto sulla giurisdizione che possiamo occuparci. Il discorso sarebbe eccessivamente complesso e articolato.

1. Contro l'ideologia della neutralità

Vogliamo ricordare un altro dei motivi ispiratori dell'azione di Magistratura democratica agli inizi, proseguita per molti decenni. Quello del garantismo di impronta liberaldemocratica trasfusa in Costituzione nelle libertà di manifestazione del pensiero, di riunione, di associazione.

È la coesistenza dell'impegno per la trasformazione democratica della società in senso egualitario, e

quindi della giurisdizione come fattore di eguaglianza, e di quello di garanzia dei diritti individuali, delle libertà democratiche e del pluralismo, che ha costituito la garanzia dell'autonomia della corrente, che si proclamava autonoma articolazione della sinistra in quanto partecipe del progetto di emancipazione enunciato nella Costituzione, ma non poteva accettare i dogmi del primato della politica, la sottovalutazione delle libertà individuali e la pretesa egemonica del Partito comunista protrattasi fino a tutti gli anni settanta.

Tutto questo, questo duplice impegno, è maturato con particolare intensità, per Md, già alla fine degli anni sessanta. L'approccio di Md alla questione del dissenso ha infatti origini antiche, legate alle ragioni stesse della sua nascita (1964). Ma alla fine di quel decennio Md è stata uno dei protagonisti, in prima fila, delle iniziative per un rinnovamento che le nuove generazioni richiedevano.

Il triennio 1968-70 ha visto la più forte spinta sociale al cambiamento dell'intera storia dell'Italia unitaria, che determinò uno sconvolgimento del quadro politico. Nel 1968 Aldo Moro, a quel tempo ministro degli esteri, intervenendo al consiglio nazionale del suo partito, la Dc, si espresse con queste parole: «Tempi nuovi si annunciano e avanzano in fretta come non mai. Il vorticoso succedersi delle rivendicazioni, la sensazione che storture, ingiustizie, zone d'ombra, condizioni d'insufficiente dignità e d'insufficiente potere non siano oltre tollerabili, l'ampliarsi del quadro delle attese e delle speranze all'intera umanità, la visione del diritto degli altri, anche dei più lontani, da tutelare non meno del proprio, il fatto che i giovani, sentendosi a un punto nodale della storia, non si riconoscano nella società in cui sono e la mettano in crisi, sono tutti segni di grandi cambiamenti e del travaglio doloroso nel quale nasce una nuova umanità».

In questo clima, quel triennio ha visto anche una Magistratura democratica ben presente nel dibattito politico e culturale che si era allora aperto nel Paese. Una presenza che ha avuto un forte risalto mediatico, anche perché per la prima volta un gruppo di magistrati, rompendo l'ideologia della neutralità - un'ideologia del tutto funzionale agli interessi delle classi dominanti - e la tradizionale compattezza corporativa della magistratura, si schierava apertamente con i soggetti di classe protagonisti del conflitto. Lo faceva con la giurisprudenza alternativa, aderente ai valori e alle promesse della Costituzione, e lo faceva con una serie di interventi pubblici, alcuni dei quali in difesa delle libertà garantite dalla carta fondamentale della Repubblica.

È vero che dalla prima metà degli anni '60 si è affermata nella cultura giuridica e nella magistratura la consapevolezza dell'importanza della Costituzione come fonte primaria del diritto, immediatamente precettiva. Ma l'ideologia dominante, in magistratura e nella cultura del Paese, era quella della neutralità della giurisdizione, e dell'interpretazione come un procedimento tecnico neutrale: insomma, quella che si definiva appunto come "ideologia della neutralità". Questa escludeva critiche a sentenze, pronunciamenti collettivi, prese di posizione ed interventi su processi in corso da parte dei magistrati, visti come attentati all'indipendenza dell'ordinamento giudiziario, delle gerarchie e della sacralità delle pronunce della casazione¹.

2. L'ordine del giorno Tolin

Perciò apparve clamorosa la rottura di tale ideologia con il cosiddetto ordine del giorno Tolin (Bologna, 30 novembre 1969) di aspra critica all'arresto con mandato di cattura del 24 novembre 1969, all'epoca facoltativo, per istigazione continuata a delinquere del direttore del giornale *Potere operaio* Francesco Tolin, per tre articoli in cui difendeva la «violenza operaia» contro la «violenza capitalista». L'arresto si collocava in una stagione di crescente criminalizzazione ad opera di polizia e magistratura di giornalisti di vario orientamento e di tipografi. Il clima era tale che a Milano e Roma alcuni tipografi arrivano a chiedere il preventivo visto della Questura prima di stampare un manifesto delle organizzazioni, sindacali o politiche, di sinistra (ma anche dei Giovani liberali). Per trovare un precedente di un direttore di giornale arrestato bisognava tornare ai tempi del fascismo. La gravità del fatto fu tale che il comitato di redazione dell'unico telegiornale pubblico allora esistente e più di 60 giornalisti della Rai chiesero l'immediata scarcerazione di Tolin. Nel documento di Md si esprimeva una profonda preoccupazione rispetto a «un disegno sistematico operante con vari strumenti e a vari livelli, teso a impedire a taluni la libertà di opinione».

Dunque l'approccio di Md al dissenso così severamente colpito fu al contempo di segno garantista e libertario. Tali modalità di intervento di Md suscitarono grave scandalo e furono il motivo, e talvolta il pretesto di una scissione di Magistratura democratica.

È stato subito chiaro che non lottavamo per un'indipendenza della magistratura quale privilegio della corporazione, come dimostrava l'iniziativa delle "con-

1. Il punto di vista di *Magistratura democratica* sulla cd "ideologia della neutralità" del potere giudiziario è espresso con grande chiarezza da Domenico Pulitanò, *La buona fede del giudice e la parzialità del giurista*, in *Quale giustizia*, n. 3, maggio-giugno 1970.

3. Il referendum abrogativo dei reati politici di opinione

A tale iniziativa non si pervenne improvvisamente in base ad una valutazione astratta da neutrali cultori del diritto penale, ma sollecitati da una grave emergenza.

Alle agitazioni sindacali del 1969, mediante cortei, marce e manifestazioni di centinaia di migliaia di metalmeccanici, scioperi, picchettaggi, occupazioni di fabbriche, comitati di lotta, si affiancarono le lotte degli studenti, con cortei, occupazioni di scuole o interruzioni di lezioni, per contestare un'organizzazione della scuola ritenuta funzionale al riprodursi del sistema capitalistico. Così la reazione di magistratura e polizia si tradusse in circa 13.000 denunce, che colpirono 737 sindacalisti, 1103 vigili urbani, 2158 operai, 1916 ospedalieri e dipendenti di enti locali, studenti, direttori di giornali.

Quella del referendum non fu la prima opzione coltivata da Md, che caldeggiò la proposta di amnistia lanciata dall'allora segretario del PSI Francesco De Martino². A un'amnistia poi si arrivò (dPR 22 maggio 1970, n. 283), ma di contenuto limitatissimo, riguardante in pratica solo le occupazioni in occasione di manifestazioni studentesche e lievissimi reati comuni. Restava fuori la quasi totalità delle denunce delle manifestazioni sindacali e operaie, se non quando ricorreva l'attenuante del danno di particolare tenuità. La delusione fu grande e spinse Md a coltivare il progetto del primo referendum abrogativo della storia italiana.

Osservava Luigi Ferrajoli, che dette un contributo fondamentale all'elaborazione del testo e della relazione della proposta di referendum abrogativo: «Le norme di cui si chiede la soppressione sono le norme del codice penale che più marcatamente riflettono l'ideologia illiberale e autoritaria del regime fascista a tutela del quale furono introdotte. In forza di queste norme, la cui storia recente è la storia della repressione politica nel nostro Paese, le libertà sancite dalla Costituzione repubblicana sono oggi gravemente in pericolo». Ma lo stesso Ferrajoli esprimeva un auspicio e una speranza che dimostrano come l'iniziativa contava ancora sull'apporto determinante dei partiti di sinistra: «Forse non arriveremo neppure alla votazione sul referendum. Forse l'iniziativa, mobilitando la pubblica opinione su temi istituzionali troppo a lungo ignorati, avrà l'ef-

fetto di indurre il Governo a riesaminare totalmente il suo limitato progetto di riforma e di sollecitare il Parlamento ad attuare per via legislativa l'abrogazione di tutte le norme contenute nel progetto. Ma una cosa è certa. Da questo momento il dibattito sui reati d'opinione si trasferisce nel Paese; cessa di essere un dibattito tecnico-giuridico e diventa un dibattito politico; esce dalle secche delle discussioni accademiche, dei convegni di studio e delle commissioni parlamentari in cui stagnava da oltre vent'anni e diviene battaglia popolare che impegna la responsabilità di tutte le forze politiche.»³

L'inizio sembrò promettente. Infatti dopo l'"autunno caldo" del 1969 tutti i partiti di governo, esclusi socialdemocratici e repubblicani, e i partiti di sinistra avevano presentato in Parlamento disegni di legge per l'abrogazione della maggior parte dei reati politici d'opinione. Esisteva, inoltre un progetto di legge del Governo, sia pure di contenuti limitati. Dunque, l'iniziativa di Md, nonostante il suo radicalismo, non poteva certo essere considerata una provocazione. Il 22 dicembre 1970 si costituì un Comitato nazionale per il referendum abrogativo dei reati politici, d'opinione e sindacali con l'adesione del PSI, PSIUP, Movimento politico dei lavoratori, Partito radicale, Movimento giovanile della DC, organizzazioni sociali, movimenti politici e singole personalità, per la propaganda dell'iniziativa e la raccolta delle firme necessarie. Mancava però l'appoggio del PCI. Mentre le forze maggiori dapprima si defilarono e poi passarono ad un'aperta ostilità, il PCI già dal congresso di Trieste dell'Anm pose la condizione impossibile che il referendum fosse proposto dall'intera Anm, di cui conosceva le posizioni moderate e sostanzialmente conservatrici. Tanto più che quel congresso, sui temi «Uguaglianza dei cittadini e la giustizia» e «Evoluzione democratica e certezza del diritto», si concluse con l'esclusione di Md dalla giunta centrale e l'alleanza tra le correnti conservatrici e genericamente progressiste, per le quali la proposta di referendum era stata considerata quasi una provocazione. Il PCI passò poi ad un'aperta ostilità, con articoli che esprimevano perplessità sull'uso del referendum, fino al divieto di raccogliere firme alle Feste dell'Unità⁴.

Certo l'iniziativa era radicale e complessa, come risulta dal lungo elenco di reati da abrogare, ma il segno democratico-costituzionale era chiarissimo,

2. G. Palombarini - Gf. Viglietta, *La costituzione e i diritti*, pp. 90-92.

3. Luigi Ferrajoli, in *Quale giustizia*, n. 5-6, settembre-dicembre 1970, p.5.

4. Vedi G. Palombarini-Gf. Viglietta, *cit.*, p. 91-92.

come risulta dalla rubrica dei reati oggetto del referendum⁵.

Non si pensi che tali reati, a venticinque anni dall'entrata in vigore dalla Costituzione, e a 15 dall'attuazione della Corte costituzionale, fossero un armamentario desueto: tali norme come diremo tra poco, furono largamente applicate ed alcune lo sono tuttora.

In ogni caso, salvo l'aiuto dato in alcune sedi dal PSIUP, o dai sindacati dei metalmeccanici, ci trovammo da soli a gestire l'impresa disperata di propagandare l'iniziativa, raccogliere, in breve tempo, firme tutte autenticate con l'aiuto di volenterosi cancellieri e qualche raro notaio. A settembre del 1971 Md prese atto del fallimento dell'iniziativa: si erano raccolte 300.000 firme autenticate. Non mancarono critiche anche all'interno del gruppo, per il carattere troppo vasto dell'iniziativa e per l'esito complessivo. Certo, non tutti si mobilitarono al massimo, anche all'interno, come era peraltro scontato in partenza. Ma a nostro avviso, al di là dell'indubbia sensibilizzazione di parte non piccola dell'opinione pubblica sull'assurda persistenza di incriminazioni tipiche dello stato autoritario fascista, il risultato più rilevante fu spingere due o trecento magistrati (su un totale di circa 550 aderenti a Md in quell'epoca) fuori degli uffici per affrontare dibattiti, entrare a contatto con il mondo del lavoro, con gli operai e gli studenti. Insomma a rompere ogni chiusura corporativa.

4. Le conseguenze della mancata abrogazione delle norme previste dalla proposta referendaria

Le norme sui vilipendi sono rimaste immutate con il loro carico sanzionatorio (reclusione fino a tre

anni, elevabile a quattro ed oltre per effetto di aggravanti specifiche previste) fino al 24 febbraio 2006, quando per l'impossibilità e l'inopportunità politica di colpire esponenti di spicco e militanti della Lega, allora al Governo, il legislatore ha sostituito le pene con semplici multe⁶. La stessa Corte costituzionale, dopo aver affermato che la libertà di manifestazione del pensiero si estende anche alla propaganda, ha però negato l'illegittimità costituzionale del delitto di vilipendio previsto dall'art. 290 codice penale (ordinanza 26.6.1975, n. 168) implicitamente accogliendo la distinzione tra critica ragionevolmente motivata e affermazioni grossolane di propaganda o dispregio, con la conseguenza che il reato può essere commesso spesso da persone poco acculturate, ignare dell'arte della retorica, della dialettica o della logica formale. Ma al momento giusto anche le persone culturalmente preparate possono essere colpite.

Per tale reato, infatti, furono incriminati Franco Marrone per dichiarazioni rese nel dibattito organizzato il 2 maggio 1970, a Sarzana, sul conflitto sociale e sul processo per la strage di piazza Fontana, avvenuta a Milano il 12 dicembre 1969, e in seguito Luigi De Marco, Marco Ramat, Generoso Petrella e Mario Barone. Il succedersi delle imputazioni dimostrava, con riferimento agli avvenimenti, la gravità dei reati di vilipendio e del loro possibile uso strumentale. In quel dibattito, presieduto da Mario Barone, Franco Marrone tra l'altro criticò la reazione repressiva alle lotte sociali «dei padroni e naturalmente dei magistrati che sono i loro servi», traducendo così in uno slogan l'analisi ormai diffusa concernente la partecipazione di parte della magistratura al blocco di potere dominante e della funzionalità della giustizia al mantenimento dello stesso.

In risposta, all'apertura da parte della procura della Repubblica di La Spezia di un procedimento penale per vilipendio della magistratura, fu indetto in

5. Questo il catalogo dei reati oggetto del quesito referendario: Istigazione di militare a disobbedire alle leggi; Attività antinazionale del cittadino all'estero; Associazioni sovversive; Associazioni antinazionali; Propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale; Illecita costituzione di associazioni aventi carattere internazionale e partecipazione ad esse; Offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica; Lesa prerogativa dell'irresponsabilità del Presidente; Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate; Vilipendio alla Nazione italiana, alla bandiera o altro emblema dello Stato; Offesa all'onore dei capi di stato esteri, alla bandiera o altro emblema di stati esteri; Istigazione a commettere alcuni dei delitti di cui ai capi I e II; Pubblica istigazione o apologia; Eccitamento al dispregio e vilipendio delle istituzioni, delle leggi e degli atti dell'autorità; Abbandono collettivo o individuale di pubblici uffici, impieghi, servizi o altri lavori; Interruzione di un servizio pubblico o di pubblica utilità e omissione di doveri di ufficio in occasione dell'abbandono o interruzione; Interruzione di un ufficio o servizio di pubblica utilità; Oltraggio a pubblico ufficiale, a corpo politico, amministrativo o giudiziario, a magistrato in udienza, a pubblico impiegato; Vilipendio della Religione di Stato e offesa alla religione mediante vilipendio di cose o persone; Apologia di reato, Istigazione a disobbedire alle leggi; Sciopero per fini contrattuali o non contrattuali e coazione alla pubblica autorità mediante sciopero, Sciopero scopo di solidarietà o protesta; Serrata; Boicottaggio; Arbitraria invasione e occupazione di aziende agricole o industriali; Plagio; Grida e manifestazioni sediziose; Radunata sediziosa; Pubblicazione di notizie false, esagerate o tendenziose; grida o notizie atte a turbare la tranquillità pubblica o privata.

6. Ricorda Livio Pepino (*Forti con i deboli*, Bur ed., 2012, pag. 28), che cita in proposito Achille Battaglia, *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962) che è a partire dal 1952 che venne riscoperto il reato di vilipendio delle istituzioni. Nel 1952 i procedimenti con tale imputazione furono 65, nel 1955 se ne ebbero 132, nel 1956 giunsero a 350, nel 1957 salirono a circa 550.

quella città su iniziativa di Md e di altre associazioni un convegno, in occasione del quale circa trecento persone, fra magistrati, docenti e intellettuali, quale segno della volontà di difendere la libertà di manifestazione del pensiero, sottoscrissero un documento di solidarietà che esordiva con l'affermazione che alcuni condividevano e altri no le parole di Marrone, ma se ne assumevano la paternità in difesa della libertà di manifestazione del pensiero.⁷ Ne derivò l'estensione dell'imputazione di vilipendio, a mo' di rappresaglia, dei dirigenti nazionali di Md Luigi De Marco, Marco Ramat, Generoso Petrella, e, con un criterio selettivo a dir poco sorprendente, di Mario Barone, per la ragione che sedeva al tavolo della presidenza del convegno.

Ma le cose peggiorarono ancora quando cominciò a manifestarsi la montatura sulla pista anarchica nel processo Valpreda per la strage di piazza Fontana e le critiche dei gruppi di sinistra crebbero di numero e violenza.

Per vilipendio dell'ordine giudiziario e delle forze armate furono incriminati Umberto Terracini per l'articolo duramente critico, pubblicato su *Rinascita* il 19 maggio 1972, sulla morte di Franco Serantini ucciso dalle forze di polizia a Pisa, e Luciana Castellina per tre articoli pubblicati su *Il Manifesto* il 12, 19 e 26 febbraio 1972. Pure si trattava di personaggi di vasta cultura, quanto meno a conoscenza della dialettica hegeliana!

Md prese l'iniziativa della pubblicazione integrale degli articoli incriminati, sotto il titolo «La giustizia vilipesa», con un'aspra nota critica che collegava l'intensificarsi del ricorso ai reati di vilipendio all'intensificarsi della repressione (si discuteva allora nel Governo dell'introduzione del fermo di polizia, misura sempre contrastata da Md), ponendosi a rischio di nuove incriminazioni⁸. Ma quel che è più grave è che in questo contesto si arrivò all'arresto in flagranza durante comizi elettorali, come avvenne al militante dell'Unione dei comunisti italiani (marxisti-leninisti) Vanni Pasca a Reggio Calabria il 5 maggio 1972, condannato poi per direttissima, in stato d'arresto, il 31 maggio 1972 a due anni di reclusione senza condizionale e libertà provvisoria⁹.

È impossibile qui seguire le decine di incriminazioni e condanne a carico di esponenti di gruppi antagonisti, principalmente anarchici, e di Lotta

continua. Non possiamo che procedere per campione, per mostrare la gravità concreta del ricorso alle incriminazioni contenute nella proposta referendaria.

Altri reati di cui si propose l'applicazione e che trovarono invece larga applicazione sono quelli di istigazione, in particolare l'istigazione di militari a disobbedire alle leggi, che punisce «Chiunque istiga i militari a disobbedire alle leggi o a violare il giuramento dato o i doveri della disciplina militare o altri doveri inerenti al proprio stato, ovvero fa ai militari l'apologia di fatti contrari alle leggi, al giuramento, alla disciplina o ad altri doveri militari». Per il fatto commesso a mezzo stampa la pena è della reclusione da due a cinque anni (salvo una possibile mitigazione introdotta dalla Corte costituzionale nel 1989). Tale norma, di estrema estensione e genericità, fu usata insieme alle norme del codice penale militare di pace (che colpivano i militari in servizio) per stroncare il movimento dei Proletari In Divisa (PID) o altri analoghi, nell'epoca in cui il servizio militare era obbligatorio e non era riconosciuta neppure l'obiezione di coscienza, introdotta con legge 15 dicembre 1972 n. 772. Comunque qualsiasi critica all'organizzazione di reparti, alle modalità del servizio e alla disciplina proveniente da singoli o organizzazioni antimilitariste o semplicemente per la democratizzazione dell'esercito fu duramente repressa.

Il movimento Proletari In Divisa nacque nel 1968, come estensione alla vita militare del movimento. Nelle caserme nacquero le prime forme di lotta, dal rifiuto del rancio alla critica della gerarchia militare, dalla nocività e pericolosità delle condizioni di vita, fino ad analisi più complessive sulla funzione dell'esercito nella società capitalista. Ben presto fu egemonizzato da Lotta continua che pubblicò anche un quindicinale dedicato alle lotte nelle caserme. Centinaia di militari aderenti al movimento furono arrestati nelle caserme e condannati dai Tribunali militari¹⁰. È impossibile seguire le decine di arresti e sequestri di stampati del movimento. Ci limitiamo al caso più incredibile per gravità.

Nel 1977 il giudice istruttore di Roma Antonio Alibrandi spiccò 89 decreti di perquisizione e mandati di cattura per associazione per delinquere (art. 416 cp) e istigazione di militari a disobbedire alle leggi. Gli

7. Sulle vicende del processo v. G. Palombarini- Gf. Viglietta, *cit.*

8. Vedi *Quale giustizia*, gennaio-febbraio 1973, pag. 16 ss.

9. Vedi *Quale giustizia*, gennaio- febbraio 1973, pag. 29 e seguenti, nelle quali si documenta anche l'analoga vicenda dell'anarchico Luigi Zanché.

10. Per una più completa informazione vedi il libro di Armando Todesco, *Pid, proletari in divisa*, 1969-1976, C.s.t. Milano, 2001.

arrestati appartenevano a diversi movimenti e partiti: in massima parte a Lotta continua, ma anche ad Avanguardia operaia, PDUP e perfino al Partito Radicale. Tra questi ultimi il matematico settantunenne Bruno De Finetti, accademico dei Lincei, Giancarlo Cancellieri, Roberto CiccioMessere (segretario del partito), Andrea Tosa e Valter Vecellio. Costoro decisero di costituirsi, CiccioMessere fu arrestato davanti a Montecitorio, gli altri dettero appuntamento alla polizia in coincidenza con l'apertura dell'Accademia dei Lincei. La difesa fu assunta da Umberto Terracini. La posizione dei radicali fu stralciata e il mandato di cattura nei loro confronti fu quasi subito revocato. Il giudice Antonio Alibrandi rifiutò perfino di trasmettere copia degli atti al ministro della giustizia Francesco Paolo Bonifacio.

La protesta di Md, anche in questo caso, fu immediata. Guido Neppi Modona, nell'articolo su *La Repubblica* del 25 novembre 1977 dal titolo «Il giudice Alibrandi alle prese con il ministro Bonifacio», oltre ai rilievi sul tipo di reato e sulla gravità della vicenda osservò che la responsabilità principale «va ricercata ancora una volta nelle norme dell'ordinamento giudiziario che consentono ai capi degli uffici di assegnare i processi ai singoli magistrati, senza alcuna forma di controllo democratico e con criteri di assoluta discrezionalità». Era per giunta noto che il giudice Alibrandi era l'unico magistrato dichiaratamente aderente al MSI.

5. La stagione dei procedimenti disciplinari

Il dissenso espresso da magistrati di Md suscitava l'attenzione continua dei titolari dell'azione disciplinare, soprattutto quando gli interventi affrontavano tematiche di particolare rilievo politico e sociale. In particolare la gestione dei processi per la strage di piazza Fontana, all'inizio degli anni Settanta, imponeva espressioni di critica e dissenso che il ceto di governo non era disposto ad accettare. Così se a Dino Greco, Domenico Pulitanò e Guido Galli venne detto che a loro non era consentito discutere di provvedimenti giurisdizionali (in sede associativa avevano fatto approvare a Milano un documento di critica e protesta per lo spostamento del processo per la strage da Milano a Roma); a Marco Ramat, Luigi De Marco, Generoso Petrella e Corradino Castriota fu contestato la violazione del prestigio dell'ordine giudiziario per avere sottoscritto un documento in cui tra l'altro si esprimevano critiche al modo in cui era stato gestito dalla magistratura il ritenuto suicidio di Giuseppe Pi-

nelli. E analoghe procedure disciplinari raggiunsero a Federico Governatori e Luigi Ferrajoli¹¹.

Tutti questi interventi ebbero una risonanza mediatica clamorosa e produssero anche aspre reazioni in quella parte dei magistrati, a quel tempo ampiamente maggioritaria, che li considerava lesivi non solo del prestigio della magistratura ma anche della loro credibilità professionale. Il dissenso espresso da Md dagli orientamenti maggioritari della giurisprudenza indusse le altre componenti dell'Anm a elaborare un «preambolo programmatico» che stabiliva che per poter partecipare alla giunta dell'associazione era fra l'altro necessario non praticare la critica ai provvedimenti giudiziari.

6. Cronache di oggi

Le norme sui reati di opinione continuano ad avere effetti anche oggi. È a tutti nota la vicenda della Tav (linea ferroviaria veloce Torino Lione), una “grande opera” costosissima destinata a produrre inconvenienti e danni su un'intera vallata e che, non a caso, la grande maggioranza della popolazione e dei suoi rappresentanti locali la rifiuta. Nel dibattito che si è aperto due noti intellettuali, Gianni Vattimo e Erri De Luca, hanno preso, come altri, una posizione duramente critica sull'opera, suscitando l'attenzione della procura della Repubblica di Torino.

Nel processo che si è aperto a carico del secondo sono stati richiesti dalla pubblica accusa otto mesi di reclusione nel processo per istigazione al sabotaggio della Tav. Erri De Luca è infatti accusato, secondo il capo d'imputazione, per aver risposto ad alcune domande sull'opera con valutazioni e parole che erano state riportate da *Huffington Post* e *Ansa*: «La Tav va sabotata, ecco perché le cesoie servivano: sono utili a tagliare le reti. Nessun terrorismo ... sono necessari per far comprendere che la Tav è un'opera nociva e inutile ... hanno fallito i tavoli di Governo, hanno fallito le mediazioni: il sabotaggio è l'unica alternativa ... resto convinto che il Tav sia un'opera inutile e continuo a pensare che sia giusto sabotare quest'opera ...».

Rispetto a una simile incriminazione non vi sono stati interventi di Md, del tutto silente, ma solo interventi di singoli. Eppure è evidente che con questa imputazione e la relativa richiesta di condanna si è voluto processare uno scrittore per un classico reato di opinione, previsto da una norma ancora vigente del codice Rocco. Eppure le domande che ci si potevano porre, a parte quelle strettamente tecniche (ad esempio, in cosa consiste il necessario «pericolo con-

11. Si veda in proposito G. Palombarini, *Giudici a sinistra*, Esi ed., 2000, pag. 180 ss.

creto»?), non erano poche. La norma incriminatrice può considerarsi ancora oggi rispettosa della Costituzione? Qual è oggi la rilevanza dell'articolo 21? Con un'imputazione sconosciuta nella storia della Repubblica, l'istigazione al sabotaggio, si vuole forse difendere una scelta politica discutibile e discussa? Ancora: accogliendo l'impostazione dei pubblici ministeri torinesi, quanti libri e riviste dovrebbero finire sotto processo?

All'udienza innanzi al Tribunale, fissata per il 19 ottobre, la sentenza è stata netta: assoluzione «perché il fatto non sussiste». La lettura della motivazione di questa sentenza sarà interessante, anche per coloro che ritengono che sia ormai passato il tempo della critica severa ma tecnicamente ragionata alle scelte e ai provvedimenti dei magistrati.

Eppure Md, fino agli inizi di questo secolo, non ha avuto esitazioni a intervenire per la libertà di ma-

nifestazione del pensiero e contro l'utilizzo dei reati di opinione per ragioni di sostegno alle scelte del potere politico. Tra l'altro, proprio fino a quel tempo, Md era impegnata sul fronte della realizzazione del «diritto penale minimo»¹². Questo, non solo per ragioni di efficienza e perché la collettività non riconosce più alcun disvalore sociale a molti reati, ma anche perché nell'opera di individuazione dei beni per i quali è indispensabile l'intervento repressivo penale non può essere dimenticato il rilievo costituzionale riservato ad alcuni valori, come la libertà di manifestazione del pensiero, per natura esente da limiti. Ormai da più di un decennio l'impegno di Md su questo fronte, e la capacità di critica di provvedimenti giurisdizionali, sembrano essersi decisamente attenuati. Le ragioni sono molteplici e andranno altrove discusse. Di certo, l'abbandono della logica del conflitto non è un fattore di crescita della democrazia.

12. Numerosi interventi di aderenti a Md su tale tematica sono riportati nel volume *Diritto penale minimo*, a cura di Umberto Curi e Giovanni Palombarini, Donzelli ed., 2002.

Introduzione: Il punto sul processo civile

di Luca Minniti

Questione Giustizia anche in questa occasione intende contribuire al confronto sempre aperto sulla giustizia civile, partecipando al dibattito sulle riforme processuali in corso d'opera a partire dalle convulse iniziative "competitive" per entrare nel merito del disegno di legge delega del Governo (*Atto Camera 2953/XVII*) attualmente all'esame della Commissione giustizia della Camera dei deputati.

Il non volersi sottrarre a questo impegno obbliga a non dimenticare che, per la massima parte, le soluzioni ai problemi attuali della giustizia civile esorbitano del tutto dall'ambito delle modifiche normative del rito e dei riti. A prescindere dalle valutazioni di merito che pure gli interventi che abbiamo raccolto nell'obiettivo contengono.

È significativo, in proposito, ricordare che il Gruppo di lavoro sulle riforme istituito il 30 marzo 2013 dal presidente della Repubblica¹ con riferimento alla giustizia civile ha proposto: a) l'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità; b) il potenziamento delle strutture giudiziarie soprattutto per quanto attiene al personale amministrativo e paragiudiziario, sgravando i magistrati da compiti di giustizia "minore"; c) la istituzione del cd ufficio del processo; d) il potenziamento delle banche dati e della informatizzazione degli uffici; e) l'adozione in tutti gli uffici delle "buone pratiche" messe in atto da quelli più efficienti; f) la revisione in un quadro unitario dell'ordinamento, del reclutamento e della formazione dei giudici di pace e degli altri magistrati onorari, anche al fine di ampliarne le funzioni.

Ambiti questi sui quali la *Rivista* è già intervenuta² o interverrà ancora nei prossimi numeri, ma sui quali il Governo, ad eccezione del campo dei sistemi di risoluzione non giudiziari delle liti, ha prodotto e soprattutto realizzato troppo poco, anche quando ha in-

dividuato la giusta direzione di intervento, come nel campo dell'ufficio per il processo ed in quello della riforma della magistratura onoraria.

Ma, tornando alle riforme processuali, non è un caso che la commissione dei saggi nulla proponeva in materia di riforme dei riti.

È noto infatti che *non è il giudice che attende il maturare del singolo processo* (di cui erroneamente nel ddl si ritiene necessario accelerare i tempi di progressione) *ma è, invece, il processo che attende il giudice*, oggi ingolfato non dalle modalità di trattazione (dei pochi ed ormai abbastanza flessibili segmenti) del singolo processo, ma dal complesso di attività decisive interinali o finali, ma pur sempre ineliminabili che gravano sul giudicante.

Emblematici i commenti introduttivi proposti, nei rispettivi interventi sul giudizio di primo e di secondo grado, da Elena Riva Crugnola e da Giulio Cataldi critici dell'ottica scelta dal Governo nella propria relazione di presentazione del disegno di legge delega. Nella quale obiettivamente si percepisce la presa d'atto e quasi la resa al peggio dell'esistente, verso un modello ritenuto inidoneo ad introdurre strumenti di valorizzazione delle migliori pratiche.

La scelta di ritenere imm modificabili le prassi peggiori non è la più realistica, come invece viene presentata dal Governo.

Non lo è perché per un verso nessun modello o assetto processuale è in grado di difendersi dalle distorsioni prodotte dalla trascuratezza del lavoro dei suoi protagonisti, dal degrado organizzativo degli uffici giudiziari, dal formalismo insensibile ai diritti in gioco.

Per altro verso la presa a riferimento, da parte del legislatore, delle situazioni deteriori e non dei suggerimenti provenienti dalle migliori prassi, lo schiera sul lato sbagliato della trincea, nell'accesa dialettica

1. Relazione finale del Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali, nominato il 30 marzo 2013 dal presidente della Repubblica, composto da Mario Mauro, Valerio Onida, Gaetano Quagliariello, Luciano Violante.

2. In questa *Rivista* n.1/2015, *Obiettivo 3: La risoluzione amichevole dei conflitti*, in <http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015-1.php>.

culturale tra processo dialogato con il giudice e processo trattato dalle parti in assenza del giudice.

Dunque se il processo è un momento essenziale della formazione del giudice e dell'avvocato di esso si deve valorizzare la dimensione comunicativa orale e dialogata.

Val la pena tornare a ricordare che i poteri direttivi del giudice senza il dialogo processuale diretto, vivo e serrato corrono il rischio di apparire ed esser strumenti autoritari idonei solo a produrre reazioni difensive ed impugnazioni.

Non è un fuor d'opera ricordarlo anche alla luce del precettivo impegno richiesto ai giudici dal Ministro con il progetto Strasburgo 2 per la definizione dell'arretrato.

Nasce dunque da una necessità pratica e non da riflessioni elitarie l'opportunità di ricordare che il *case management* deve marciare di pari passo con la formazione progressiva della decisione e che essa può maturare solo grazie alla paziente ed informata attività maieutica, perciò non solitaria, del giudice.

Negli interventi raccolti nell'obiettivo, come verificherà il lettore, l'analisi di fondo delle proposte di riforma operata dalla dottrina non è distante da quella dei giudici (con cui l'abbiamo messa a confronto): segno di una sempre maggiore convergenza della riflessione politica e culturale sul tema.

In questo obiettivo l'articolo di Remo Caponi torna a disegnare i tratti essenziali, i punti cardinali, dei modelli di processo di cognizione, anche con riferimento alle soluzioni adottate in altri Paesi: pensiamo che questo intervento sia molto utile per verificare, oggi e domani, nel corso dei lavori parlamentari la coerenza sistematica dell'intervento che si annuncia di voler attuare sul processo di cognizione di primo grado. In questo intervento Caponi evidenzia che la tendenza prevalente a livello europeo è quella che muove verso una disciplina elastica del processo a cognizione piena che affida lo svolgimento preferibile alle determinazioni discrezionali del giudice. In questa direzione l'Autore mette in rilievo il portato della recente introduzione dell'art. 183bis cpc (convertibilità in sommario del rito ordinario) e la centralità della prima udienza secondo il modello annunciato dal Governo.

Elena Riva Crugnola nella prima parte del suo intervento, muovendo dalla negativa esperienza dell'abrogato rito societario solleva argomentate critiche, non soltanto al disegno di legge delega che in materia di processo di cognizione in primo grado si presenta obiettivamente del tutto generico, ma alle argomentazioni ed alle soluzioni contenute nella relazione di accompagnamento dalla quale si ricava una percezione non veritiera delle prassi e delle difficoltà attuali

della giustizia civile di cognizione, con l'appiattimento sul peggio dell'esistente. Mentre nella seconda parte dell'articolo l'autrice si sofferma invece sulle specifiche problematiche tecniche della delega, questa si dettaglia, nella parte in cui ha ad oggetto l'integrazione della disciplina del tribunale delle imprese.

Annamaria Casadonte propone alcune riflessioni sulla portata innovativa che dovrebbe avere la legge delega in materia di famiglia e mette in luce che il ddl istituisce, presso i tribunali ordinari, la sezione specializzata per la famiglia e la persona, cui vengono accorpate una serie di competenze già devolute al tribunale ordinario in materia di stato e capacità delle persone, ma opta per il mantenimento di alcune competenze civili in capo al tribunale per i minorenni, a discapito del principio di concentrazione delle tutele che pure il legislatore delegante si prefigge.

Domenico Dalfino, ricostruito il dibattito sulla funzione del giudizio di appello nel nostro sistema, enunciati i profili di analisi economica che dovrebbero contribuire ad orientare razionalmente le scelte del legislatore, analizza gli strumenti proposti per perseguire l'obiettivo, enunciato nel disegno di legge, del potenziamento del carattere impugnatorio dell'appello, a suo avviso da rendere «a critica vincolata fondata sui seguenti motivi: a) violazione di una norma di diritto sostanziale o processuale; b) errore manifesto di valutazione dei fatti» attraverso le due strade indicate: «la codificazione degli orientamenti giurisprudenziali» e «la tipizzazione dei motivi di gravame». Perciò propone di optare per un modello di *revisio* selettiva, con apertura, però, ai *nova* giustificati dallo sviluppo del processo in primo grado.

Giulio Cataldi sottolinea come sarebbe stato necessario, prima di proporre una nuova modifica del giudizio di appello, verificare in concreto come la riforma del 2012 stia incidendo sul complessivo andamento dei giudizi in appello con attenzione alle differenti prassi adottate nelle Corti. E nel merito della proposta evidenzia come la ulteriore chiusura di ogni spazio di rivisitazione del materiale esaminato in primo grado possa determinare un eccessivo sacrificio delle aspirazioni di giustizia sostanziale che sottendono ad ogni processo civile. Infine riscontra una ulteriore discrasia tra legge delega e relazione laddove in entrambe si opta per la soppressione dell'inammissibilità fondata sulla mancanza di ragionevole probabilità dell'accoglimento dell'appello, ma nel ddl nulla si dice in tema di ampliamento della decisione con ordinanza.

Sulla medesima rima Piero Curzio mette in rilievo il notevole iato tra la relazione di accompagnamento

e il contenuto della delega con particolare riferimento alla parte in cui si prospettano «interventi normativi per risolvere discrasie funzionali e strutturali». La sua analisi puntuale della delega segnala che le questioni poste non trovano riscontro nel testo del disegno di legge che omette di indicare principi e criteri direttivi per la loro soluzione. Nel merito delle uniche quattro proposte di delega, queste sì dettagliate, Piero Curzio si sofferma criticamente sulle modifiche demolitive del procedimento camerale per poi suggerire l'area e le linee di intervento sulle quali concentrare gli sforzi organizzativi e, soprattutto, quelli normativi funzionali ai primi.

Giorgio Costantino, criticata la frenesia legislativa anche con riferimento al giudizio di cassazione, auspica che la disciplina del procedimento innanzi alla Corte di cassazione diventi sempre più quello che la stessa Corte determina nell'ambito dei confini segnati dalle norme generali ed astratte. Suggerisce che un contributo potrebbe essere fornito dalla previsione di un provvedimento legislativo che, annualmente, recepisca (o rifiuti) le indicazioni della giurisprudenza della Corte nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, al pari di quanto avviene con la legge europea, secondo il modello delle *Rules of Civil Procedure* nel processo federale americano. Torna anche nell'intervento di Giorgio Costantino il puntuale richiamo al fatto che una prospettiva seria e realistica non possa prescindere, dai profili organizzativi del lavoro della Corte e dalle delicate questioni relative alla tecnica di redazione dei provvedimenti.

L'obiettivo ospita poi due incisivi interventi sulle riforme che hanno scosso i processi esecutivi e sulle prospettive di intervento, o non intervento, future.

Francesco Vigorito nel suo intervento ricorda che l'Italia è da sempre negli ultimi posti in Europa per l'efficacia e la durata delle procedure esecutive ma che in questo settore il legislatore, pur commettendo alcuni errori ed omissioni, ha scelto di diffondere con legge le "buone prassi" nate in alcuni uffici a legislazione invariata. Ne è derivato un mutamento molto significativo della espropriazione immobiliare che ha raggiunto un modello processuale certamente attento alla efficacia delle procedure pur garantendo, comunque, al debitore gli strumenti per consentire un controllo sulla regolarità del processo. Nel suo intervento Vigorito individua ed analizza le criticità attuali della espropriazione immobiliare, con particolare riferimento alla vendita a prezzo ridotto ed all'assegnazione del bene al creditore. Ma conclude affermando che la possibilità di definire una espropriazione immobiliare che abbia tempi competitivi con gli altri Paesi è legata non ad ulteriori interventi sul procedimento ma alla possibilità di utilizzare in

maniera intensiva gli strumenti telematici di acquisizione di atti e documenti, di pubblicità, di alienazione dei beni. Unitamente alla necessità del sistema di garantire un più diffuso accesso al credito. In ordine alla espropriazione presso terzi Vigorito individua ed analizza le questioni controverse, in punto di competenza per territorio, di riconoscimento tacito del credito, di accertamento dell'obbligo del terzo, di pignorabilità di stipendi e pensioni, di espropriazione per "micro-crediti" (in relazione alla quale propone un intervento legislativo in un ambito molto significativo per le finanze pubbliche). Mentre in ordine alla espropriazione mobiliare Vigorito suggerisce che nella realtà contemporanea essa mantiene un senso solo per beni di significativo valore economico, mentre per gli altri beni espone il creditore a spese superiori al ricavato.

Anche Vigorito auspica infine una fase di «stasi dell'intervento legislativo che consenta di mettere alla prova e di sperimentare le misure adottate, permettendo agli operatori di testarne gli esiti ed agli interpreti di placare la "perenne" ricerca di nuove letture» pur individuando analiticamente le necessità di una migliore razionalizzazione di alcuni istituti.

Sulla stessa lunghezza d'onda Bruno Capponi ricorda come dal 2005 ad oggi il processo esecutivo sia entrato in una girandola di riforme che inducono gli interpreti a temere la veemenza del legislatore. E sottolinea che non è questione solo di metodo se il Governo scegliendo il decreto-legge o la relativa legge di conversione, o ancora la legge di stabilità, opta per provvedimenti che, per il loro serrato corso parlamentare, non consentono un esame approfondito dei contenuti. Nel merito l'articolo di Bruno Capponi da una parte si sofferma, definendoli una complicazione travestita da semplificazione, sui ripetuti interventi in materia di espropriazione presso terzi all'esito dei quali la parte che si intendeva favorire, il creditore procedente, assume una posizione processuale di gran lunga più gravosa d'un tempo. Dall'altra si preoccupa del fatto che l'esecuzione si presenta come un groviglio indistinguibile di cognizione ed esecuzione, dove sempre più il g.e. è chiamato a utilizzare, nella sua attività "esecutiva", i dispositivi appresi nell'esercizio della giurisdizione dichiarativa. E avverte il rischio che il giudice dell'esecuzione si senta «agente dell'esecuzione soltanto preoccupato della tutela competitiva del credito» e non anche interprete, attento alle garanzie del processo.

Chiudono l'obiettivo di *Questione Giustizia* sulle riforme processuali civili due articoli sul Processo civile telematico.

Si tratta di una scelta che vuole raccordare la riflessione sul modello di processo, inteso come modello di trattazione e decisione della causa, a quella sul

modello di gestione, attraverso strumenti informatici e telematici, dei flussi di dati tra i soggetti che operano nel processo. Un raccordo tra strumenti tecnologici (ed ancor prima tra strumenti di organizzazione del processo) e modello di processo del tutto mancato nella riflessione del legislatore del processo civile.

De Santis evidenzia in particolare le connessioni correnti tra le modalità di formazione degli atti di parte e dei provvedimenti, le forme di trasmissione e acquisizione della conoscenza legale di atti e provvedimenti e si sofferma sulla criticità che presenta il sistema delle fonti del PCT che nascono in particolare dal difficile connubio tra regola processuale e regola tecnica che ha prodotto talvolta interpretazioni tese ad affermare nuove e sconosciute forme di inammissibilità/nullità degli atti o del procedimento a fronte dell'inosservanza di regole contenute nelle specifiche tecniche. Con il rischio paradossale della creazione di un sistema «meno efficiente di quello basato sulla carta, perché soggetto ad incagliarsi nella risoluzione di questioni procedurali generate dal cd neo-formalismo processual-tecnologico». Cui si aggiunge il rischio di disomogeneo sviluppo del PCT, dimostrato anche dall'eterogeneità delle soluzioni fornite nella prassi. De Santis spiega anche come il modello del PCT sia individuato dal legislatore e dal Governo come paradigma dell'impulso alla innovazione tecnologica del processo penale, contabile ed amministrativo.

Infine merita particolare attenzione la riflessione di De Santis in relazione al disegno di legge delega per la parte concernente il PCT, in particolare in relazione alla semplificazione di atti e provvedimenti, non «come semplice riconsiderazione della lunghezza dell'atto». Così come la merita il monito finale ad adeguare gli strumenti di sostegno organizzativo (al giudice ed alle cancellerie) a tale faticoso ed ambizioso progetto di innovazione: importante, ma inadeguato all'obiettivo anche per De Santis, deve ritenersi l'apporto fornito attualmente dagli stages formativi.

È proprio la visione, ambiziosa e realistica insieme, di Pasquale Liccardo il modo migliore per concludere la riflessione dell'obiettivo.

Nel suo intervento il nesso tra innovazione tecnologica e processi reali che investono il diritto nel mondo contemporaneo è rappresentato chiaramente come biunivoco.

Per un verso, infatti Liccardo mette in luce come attraverso la sedimentazione tecnologica della nuova esperienza giurisprudenziale e più in generale giuridica, si può meglio perseguire il «ritorno del diritto al fatto» che nell'epoca dell'incertezza rischia di non venir più riconosciuto dalla disposizione normativa; questo è il ruolo «di veicolo cognitivo dinamico» che il processo civile telematico può assumere.

Per altro verso le tecnologie del processo telematico assumono una loro propria rilevanza per la capacità che dimostrano di stabilire una più forte interazione dei valori costituzionali in funzione dell'ampliamento dei confini della tutela dei diritti.

In questo percorso Liccardo rappresenta le differenti stagioni del processo telematico: la prima quella dell'"analogismo tecnologico", meramente riproduttiva delle relazioni processuali definite dal codice e dalle regole d'organizzazione sottostanti. Di questa epoca, di cui il legislatore è stato protagonista e vittima Liccardo individua puntualmente i gravi limiti nel deperimento del valore sociale di attività essenziali della relazione processuale e organizzativa tra i protagonisti del sistema: oggi il fascicolo ma domani, aggiungiamo noi, l'udienza.

Una seconda fase in cui la potenza di calcolo è valorizzata in termini economici e quantitativi: i risparmi, i rendimenti e così via, in cui la ragione finale si disperde in una serie di obiettivi economici privi di senso unitario.

E poi una terza, quella di fronte a noi, in cui l'espansione della potenzialità cognitiva delle tecnologie, producendo la diffusione rapidissima delle conoscenze insieme ad una elevata tempestività di riflessione, anche organizzativa, di ciascuna struttura realizza una diversa qualità ed effettività del risultato del sistema. Attraverso modalità che consentirebbero la costante rappresentazione, anche all'esterno, degli orientamenti assunti dagli uffici giudiziari, la conoscenza e lo studio anche dei precedenti occulti, il superamento della superiorità tra sentenze motivate in diritto e sentenze motivate in fatto, lo studio multidisciplinare della litigiosità con strumenti di lettura ben più sofisticati di quelli attuali e così via.

Strumenti in grado di attrezzare nuovamente il dialogo processuale e l'udienza che di esso può tornare ad essere la sede principale

Strumenti in grado di rendere, nell'epoca dell'incertezza, i passi della giurisdizione più consapevolmente orientati, ma non meno liberi di cogliere il cambiamento promosso dalla nostra inesauribile Carta costituzionale.

L'intero obiettivo ci pare indicare la strada per integrare e correggere l'impostazione del Governo nel solco dei principi costituzionali che orientano la disciplina del processo ma, ancor prima, verso l'espansione non la riduzione della tutela dei diritti.

Riquilibrare la domanda e la risposta della giurisdizione civile è ancora possibile ed in parte già in atto.

Due binari di intervento sono ancora indietro: la riorganizzazione e le risorse necessarie ad essa in primo luogo, ma anche gli interventi di politica del diritto e le scelte di diritto sostanziale per eliminare lacune e ridondanze del sistema.

Modelli di processo di cognizione piena

di Remo Caponi

L'Autore richiama i tratti essenziali del processo ordinario di cognizione e puntualizza gli elementi distintivi che differenziano i modelli di processo ordinario di cognizione adottati nei diversi Paesi, evidenzia che la tendenza prevalente a livello europeo promuove una disciplina elastica del processo a cognizione piena, che affida lo svolgimento alle determinazioni discrezionali del giudice nel caso concreto. In questa direzione l'Autore mette in rilievo il portato della recente introduzione dell'art. 183 *bis* cpc (convertibilità in sommario del rito ordinario) e saluta con favore l'annunciata modifica della fase introduttiva che a suo avviso marcia nella direzione della valorizzazione della udienza principale. In conclusione l'Autore rappresenta problematicamente la discrasia tra obiettivi perseguiti dal disegno di legge delega del Governo e strumenti proposti.

1. Nel processo civile degli ordinamenti europei vi è un processo "ordinario" di cognizione¹.

Fondamentalmente, esso ha le seguenti caratteristiche: (a) di regola, ogni pretesa prevista dal diritto sostanziale ne può costituire l'oggetto; (b) il contraddittorio è disciplinato nel modo più pieno ed esauriente; (c) scopo prevalente è di stabilire chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, pervenendo alla giusta composizione della controversia attraverso l'applicazione di norme di diritto da parte di un giudice. In considerazione dei predetti elementi, (d) il provvedimento finale di merito è dotato del maggior grado di stabilità nell'ordinamento cui ci si riferisce.

Atipicità e scopo del processo, cioè le caratteristiche (a) e (c), sono tendenzialmente uniformi, mentre struttura del contraddittorio ed estensione del giudicato, cioè le caratteristiche (b) e (d), variano tra diversi ordinamenti.

Consideriamo le differenze relative alla struttura del contraddittorio.

2. Fondamentalmente, si possono distinguere tre modelli di svolgimento del processo di cognizione di primo grado².

Il primo modello si applica in Italia, in Francia, nell'America del Sud (e si applicava in Spagna, prima del nuovo codice del 2000). Esso rinviene la propria origine nel processo romano canonico e si articola in tre fasi: una fase preparatoria che inizia con lo scambio degli atti introduttivi e si conclude con la precisazione dell'oggetto della decisione (domande ed eccezioni) e dei fatti da provare; una fase istruttoria diretta all'accertamento dei fatti, caratterizzata da una serie di udienze; una fase finale che prevede l'emanazione della decisione.

Il secondo modello è a struttura bifasica, tipico del classico processo anglo-americano. Dopo lo scambio degli atti introduttivi, vi è una prima fase che serve alla raccolta dei fatti e dei mezzi di prova necessari per la discussione della causa nella successiva fase del dibattimento (*trial*). La prima fase non

1. La parola "ordinario" non si riferisce alla distinzione italiana tra processo ordinario e processo del lavoro, ma al processo a cognizione piena (ed esauriente). Essa corrisponde al termine inglese "ordinary".

2. R. Stürner, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, in *Rabels Zeitschrift*, 2005, p. 201 ss., p. 223 ss.

è diretta ad informare il giudice attraverso la presentazione dei mezzi di prova, bensì è diretta ad informare esclusivamente le parti. Nella seconda fase, totalmente orale, le parti presentano al giudice i fatti, i mezzi di prova e la loro prospettazione giuridica della vicenda.

Il terzo modello nasce e si sviluppa in Germania in un breve arco di tempo. Determinante è una conferenza tenuta da Fritz Baur nel 1965 a Berlino, che dà impulso dapprima ad una importante sperimentazione nella prassi (il modello di Stoccarda, messo in pratica nel 1967 da Rolf Bender, presidente di sezione del tribunale di quella città) e poi alla legislazione (la cosiddetta Novella di semplificazione del 1976). Tale modello è imperniato sulla «udienza principale» nel quale la controversia vive un momento determinante nella prospettiva della sua risoluzione. Tale modello ha in comune con il secondo la struttura a due fasi e rispecchia una tendenza dei sistemi processuali contemporanei in questa direzione, ma si distingue, perché la fase preparatoria non serve solo ad informare le parti ed a consentir loro di prepararsi all'udienza, ma è utile anche ad informare il giudice ed a metterlo in grado di esercitare fin da subito (prima dell'udienza) propri poteri direttivi e probatori, nonché ad anticipare parzialmente l'istruzione probatoria.

A tal proposito, particolarmente significativo è nel processo civile tedesco il § 273 ZPO, secondo cui il giudice può imporre di svolgere tutta una serie di attività preparatorie dell'udienza principale. Tra queste attività si possono segnalare: l'integrazione o il chiarimento delle allegazioni contenute negli atti introduttivi (con l'assegnazione se del caso di un termine a tal fine), l'esibizione di documenti e il deposito di oggetti di ispezione, la comparizione personale delle parti, nonché la comparizione di testimoni, cui le parti si sono riferiti, e di consulenti tecnici, la produzione di documenti e di informazioni ufficiali da parte della pubblica amministrazione. Solo gli aspetti rilevanti della controversia non chiariti in questa fase preparatoria sono oggetto di trattazione nell'udienza principale.

Questo modello richiede incisivi poteri di gestione della controversia ad opera di un giudice professionale fin dall'inizio del processo (*case management*). Esso è stato adottato non solo dal processo civile tedesco, ma anche, più recentemente, dal nuovo processo civile inglese, nonché dal nuovo processo civile spagnolo.

3. Oltre alla distinzione in fasi, la disciplina dello svolgimento del processo ordinario di cognizione può essere poi determinata dalle seguenti alternative:

(a) modulo di trattazione unico oppure più modelli di trattazione;

(b) scansione temporale affidata a termini previsti dalla legge anche nella loro durata, ovvero a termini previsti dalla legge ma determinati in concreto dal giudice nella loro durata, o infine affidata a determinazioni temporali del tutto elastiche.

4. In relazione alla distinzione tra uno o più modelli di trattazione, è opportuno sottolineare che non si tratta di una pluralità di procedimenti indipendenti l'uno dall'altro, bensì di una molteplicità di modelli di trattazione della causa all'interno di una sequenza procedimentale unitaria. La scelta fra un modello di trattazione e l'altro è affidata al giudice, che l'adotta ove possibile in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo. Essa tiene conto del carattere più o meno complesso della controversia, quale risulta dopo lo scambio dell'atto introduttivo dell'attore e della difesa del convenuto.

È quello che accade nel processo civile inglese, attraverso la scelta tra *small claim track*, *fast track*, *multi track*; nel processo civile francese, attraverso la scelta tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*; nel processo civile tedesco, attraverso la scelta di far precedere l'udienza principale da una prima udienza immediata oppure da un procedimento preliminare scritto.

5. La flessibilità con cui i vari modelli di trattazione possono adattarsi alle caratteristiche delle singole controversie aumenta se si tiene conto delle alternative *sub* (b); se si considera cioè che il progredire della sequenza procedimentale può essere scandita da termini previsti dalla legge, la cui durata è però fissata in concreto dal giudice, oppure da determinazioni temporali del tutto elastiche: esemplare l'art. 764 del nuovo codice di procedura civile francese, secondo cui il giudice della *mise en état* fissa man mano i termini necessari all'istruzione della causa, riguardo alla natura, all'urgenza e alla complessità della medesima, dopo aver sentito gli avvocati, nonché alcune previsioni del codice di procedura civile tedesco, secondo le quali «l'udienza deve aver luogo il più presto possibile» (§ 272 III ZPO), oppure: la parte deve far valere «tempestivamente» i suoi mezzi di attacco e di difesa all'udienza (§ 282 I ZPO), nonché comunicare «tempestivamente» alla controparte, prima dell'udienza, i mezzi di attacco e di difesa sui quali è prevedibile che quest'ultima non possa prendere posizione senza previa informazione (§ 282 II ZPO).

Pertanto la tendenza che guadagna terreno a livello europeo è quella di una disciplina piuttosto elastica del processo a cognizione piena, in grado di aderire al carattere semplice o complesso della con-

troversia grazie all' incisivo esercizio di poteri di *case management* da parte del giudice. Un passo in questa direzione è stato compiuto nel progetto di codice di procedura civile redatto da Andrea Proto Pisani³.

6. In questo quadro, prima dell'introduzione dell'art. 183*bis* cpc, risaltava sotto più profili la maggiore rigidità della disciplina italiana.

In primo luogo, la diversità tra i tipi di controversie non era tenuta in considerazione attraverso la previsione di un potere di scelta del giudice tra più modelli di trattazione all'interno di una sequenza procedimentale unitaria (quella del processo ordinario), bensì tendenzialmente attraverso una previsione legislativa di più procedimenti autonomi ("riti speciali") che affiancano il processo ordinario di cognizione.

Di converso, il rito ordinario era caratterizzato da un'unica sequenza procedimentale, con una variante di appendice scritta, quasi sempre percorsa (art. 183, 6° comma). Una effettiva pluralità di moduli si riscontrava solo nella fase decisoria (artt. 281-*quinquies* e 281-*sexies*).

In secondo luogo, i margini per le determinazioni discrezionali del giudice circa lo svolgimento formale del processo erano (e sono ancora oggi) assai ristretti, considerato che il giudice non può assegnare termini a pena di decadenza, se non nei casi in cui la legge espressamente lo prevede (art. 152 cpc).

Con l'entrata in vigore dell'art. 183*bis* cpc (l. n. 162 del 2014), che introduce il potere del giudice di disporre il passaggio dal rito ordinario al rito som-

mario di cognizione di cui all'art. 702-*bis* ss. cpc, la situazione è parzialmente cambiata, nel senso che il giudice ha il potere di scelta, se non tra più modelli di trattazione all'interno di una sequenza processuale unitaria, almeno tra più riti, «valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria».

7. Il disegno di legge delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile (Atto Camera n. 2953, presentato l'11 marzo 2015) prevede ulteriori interventi di riforma del processo di primo grado.

Concentrando l'attenzione solo sulla modifica della fase introduttiva del processo, si prevede che lo scambio delle memorie, oggi previste come appendice scritta dopo l'udienza di trattazione, avvenga prima della stessa, con termini diversificati per le parti a seconda di chi sia il primo a dover rispondere al precedente atto della parte avversaria. Contemporaneamente al maturare delle preclusioni assertive e istruttorie, interverrà la preclusione per la contestazione *ex* articolo 115, secondo comma, del codice di procedura civile.

8. L'articolo di Elena Riva Crugnola dimostra che si tratta di una modifica dannosa e che il passaggio verso il modello dell'udienza principale è affidato alle prassi virtuose, piuttosto che alle modifiche normative (si avverte peraltro la mancanza di una norma di portata equivalente al § 273 *ZPO*).

3. Cfr. A. Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro Italiano*, 2009, V, c. 1.

Quali interventi per l'efficienza del processo civile: *errare humanum est perseverare autem diabolicum.* A proposito di due punti del disegno di legge delega presentato dal Governo l'11.3.2015

di Elena Riva Crugnola

L'Autore nella prima parte del suo intervento tratta le questioni concernenti il modello e la struttura del processo di cognizione ordinario e rileva che in ordine al processo di cognizione di primo grado il principio/criterio direttivo contenuto nella delega è generico e tale da non consentire alcuna ragionevole previsione circa il contenuto delle future norme delegate, ricavabile solo dalla lettura della relazione. Nel merito delle scelte operate dalla relazione (e non dal ddl) nega decisamente che ci si possa attendere alcuna "accelerazione evidente" dei tempi processuali in dipendenza delle modifiche proposte. Ed in ciò richiama l'esperienza, rimossa dal legislatore, del cd rito societario di cui al dlgs n. 5/2003. Secondo l'Autore lo scambio di atti difensivi, anticipati rispetto alla comparizione dei difensori avanti al giudice è inefficiente costoso ed inutile. Ma segnala che tutta l'impostazione della Relazione al ddl dimostra la sua lontananza dalle aule giudiziarie di primo grado, appare volta a consolidare le prassi meno efficaci in termini di tempi complessivi di definizione, enfatizzando una trattazione scritta "anticipata" e "obbligata", trascurando il pregio di una conduzione della trattazione orientata alla formazione progressiva della decisione, nel dialogo tra parti e giudice.

Nella seconda parte invece, ove la delega ha un contenuto effettivo, Riva Crugnola analizza nel dettaglio le proposte di modifica della disciplina del Tribunale delle imprese e alcune sue criticità in relazione alle quali formula puntuali osservazioni anche propositive.

1. Il ddl di «Delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile» attualmente all'esame del Senato della Repubblica (Atto Camera n. 2953) prevede all'art.2 delega al Governo per l'adozione di decreti legislativi «recanti il riassetto formale e sostanziale del cpc e della correlata legislazione speciale, mediante novelle al cpc e alle leggi processuali speciali, in funzione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile», formulando poi in particolare quanto al processo di cognizione di primo grado il principio/criterio direttivo di cui al successivo punto a) 2): «assicurare la sem-

plicità, la concentrazione e l'effettività della tutela, al fine di garantire la ragionevole durata del processo, in particolare mediante la revisione della disciplina delle fasi di trattazione e di rimessione in decisione nonché la rimodulazione dei termini processuali e del rapporto tra la trattazione scritta e la trattazione orale».

Tutti i primi commenti hanno sottolineato la genericità dei principi e criteri direttivi di cui all'art.2, il cui testo è «a tal punto generico da non consentire alcuna ragionevole previsione circa il contenuto delle future norme delegate»¹, contenuto in realtà

1. Così B. Capponi nel commento al ddl reperibile in http://questionegiustizia.it/articolo/il-d_d_l_n_2953cxvii-delega-al-governo-recante-disposizioni-per-l-efficienza-del-processo-civile_31-03-2015.php. Nello stesso senso il comunicato della Associazione italiana fra gli

ricavabile solo dalla lettura della relazione tecnica, con conseguente «*lampante violazione dell'art. 76 Cost.*»: l'evanescenza delle direttive è particolarmente evidente quanto al principio direttivo sub a) 2), la cui amplissima formulazione consente di per sé qualsiasi scelta di disciplina da parte del legislatore delegato.

Le finalità della delega, non tradotte in principi e criteri direttivi, sono invece ricavabili solo dalla Relazione al ddl (cfr. pagg. 15 e ss), ove si fa riferimento al progetto a suo tempo elaborato dalla commissione Vaccarella e ad una sua «razionalizzazione» nel senso che «lo scambio delle memorie, oggi previsto come appendice scritta dopo l'udienza di trattazione, avvenga prima della stessa», con la precisazione che «la prima memoria sarebbe di sola pertinenza dell'attore, a cui poi farebbe seguito la replica del convenuto» e che «contemporaneamente al maturare delle preclusioni assertive e istruttorie dovrà intervenire la preclusione per la contestazione ex art.115 secondo comma cpc».

Le considerazioni della Relazione sulla «*accelerazione evidente*» dei tempi processuali in dipendenza delle modifiche proposte si scontrano con i dati dell'esperienza, in particolare relativa al cd rito societario di cui al dlgs n. 5/2003, abrogato nel 2009 si può dire «a furor di popolo» e non rimpianto da alcuno, rito nel quale era stato appunto trasfuso, anticipandolo per lo specifico settore di applicazione, il progetto di riforma generale del cpc elaborato dalla commissione Vaccarella.

La macchinosità di un processo nel quale gli scambi difensivi si svolgano anticipatamente rispetto alla comparizione dei difensori avanti al giudice si è in particolare mostrata in tutti i suoi inconvenienti in riferimento ai processi con più di due parti, nei quali eventi «patologici» relativi, ad esempio, alla instaurazione del contraddittorio o alla individuazione del giudice sono più probabili e nei quali dunque si accentua il rischio di scambi difensivi costosi ma del tutto «inutili» prima dell'intervento del giudice istruttore correttivo della «patologia»; ben può dirsi quindi che l'esperienza di un rito con scambi scritti «anticipati» quale quello adottato e poi abrogato per le controversie societarie sconsigli ancora e di nuovo la reintroduzione -sia pure attenuata come è prospettata nella Relazione al ddl - di tale soluzione processuale, la quale, a fronte di un apparente «risparmio di tempo», comporta in realtà un continuo rischio di attività «inutili» e di regressioni del processo a fasi preliminari.

Oltre a tale considerazione dettata si può dire da una infelice esperienza, va poi segnalato che tutta l'impostazione di cui alla Relazione al ddl dimostra la lontananza del legislatore (*melius* della sua Relazione) dalle aule giudiziarie.

Si pensi alla lettura deformata offerta al fenomeno del differimento del giorno di decorrenza dei termini di cui all'art. 183 VI comma cpc, attribuito maldestramente alla volontà dei giudici di differire l'udienza di decisione sulle prove e non invece alle necessità di agenda dei difensori, inutilmente compressi dai termini decorrenti dalla udienza precedente quando l'udienza successiva è, per ragioni di agenda del giudice necessariamente, lontana dalla scadenza dei termini (si legge erroneamente nella Relazione che tale arco di tempo andrebbe risparmiato con la riforma).

Non è così per il semplice fatto che non sono i segmenti dilatori a procrastinare la definizione del processo ma il peso specifico delle singole attività del giudice: è il processo che aspetta il giudice e non viceversa.

Ma è l'intera Relazione al ddl a prendere le mosse da prassi processuali tuttora presenti presso vari tribunali e consistenti, sostanzialmente, nello svolgimento della udienza di trattazione senza alcuno studio preventivo della causa da parte del giudice che si limita alla assegnazione di termini, il tutto in pieno contrasto con i caratteri di oralità e concentrazione prescritti dal codice processuale vigente: caratteri sviluppati invece da altre prassi di trattazione, a loro volta diffuse presso molti tribunali, prassi queste ultime che prevedono -anche grazie all'ausilio di collaboratori del giudice quali i tirocinanti ex art. 73 dl n. 69/2013 ed altri stagisti- lo studio della causa fin dalla prima udienza da parte del giudice, in grado quindi di dirigere fin da tale udienza il dialogo processuale, attraverso rilievi d'ufficio, decisioni sulla provvisoria esecuzione dei decreti ingiuntivi opposti, indicazione alle parti dei punti nodali della controversia, degli orientamenti di sezione e di soluzioni conciliative ovvero attraverso provvedimenti in tema di mediazione delegata previa analisi dei cd indici di mediabilità. Prassi queste ultime cui consegue non solo la selezione del *thema decidendum* (e, quindi, la «semplificazione» della lite) ma anche un alto numero di definizioni non con sentenza ma «in altro modo», con un effetto esponenziale sui tempi di definizione delle controversie: il tutto, frequentemente, senza necessità di deposito di memorie ulteriori rispetto agli atti introduttivi e, dunque, con ulteriore effettivo «risparmio» di adempimenti e di costi processuali.

studiosi del processo civile del 13.3.2015 nonché G. Scarselli nel commento al ddl reperibile sempre in [www.questionegiustizia.it \(http://questionegiustizia.it/articolo/note_critiche_sul-nuovo-schema-di-disegno-di-legge-delega-al-governo-per-l-efficienza-del-processo-civile_02-03-2015.php\)](http://questionegiustizia.it/articolo/note_critiche_sul-nuovo-schema-di-disegno-di-legge-delega-al-governo-per-l-efficienza-del-processo-civile_02-03-2015.php).

Sicché, rispetto a queste due contrapposte modalità di trattazione, la riforma proposta nella Relazione al ddl si limita a consolidare le prassi meno efficaci in termini di tempi complessivi di definizione, enfatizzando una trattazione scritta “anticipata” e “obbligatoria”, così introducendo un serio ostacolo alle prassi fondate su di un intervento del giudice volto fin dalla prima fase del processo -in presenza di un contraddittorio ancora “essenziale”- a soluzioni della controversia anche alternative alla sentenza.

Ai giudici di primo grado appare di solare evidenza che la previsione del deposito di memorie anticipate rispetto alla prima udienza costituisca un costo aggiuntivo fisso che si riversa sulle parti e sulla gestione del processo senza alcun beneficio per la selezione della materia del contendere.

Mentre un buona conduzione della trattazione richiede un’attività orientata alla formazione progressiva della decisione nel dialogo permanente tra parti e giudice in funzione anche maieutica, viceversa il dialogo lasciato alle sole parti come schermaglia realizzata con il mero scambio di atti scritti ha rivelato tutta la sua inefficienza dialettica e la sua antieconomicità funzionale, sia in termini di tempo che di appesantimento delle argomentazioni.

Simili interventi di riforma meramente processuale paiono quindi, come del resto già segnalato da molte voci², non utili ed anzi dannosi ai dichiarati fini di “speditezza” dei processi civili, per i quali ben più risolutive potrebbero essere misure -già da tempo richieste dall’avvocatura e dalla magistratura- di attuazione delle norme sull’ufficio del processo (art.16 *octies* del dl n. 179/2012, come introdotto dal dl n.90/2014) che in particolare prevedano -sulla scorta della positiva esperienza del tirocinio formativo ex art.73 dl n.69/2013- l’introduzione di figure stabili di “assistenti del processo” destinate a collaborare con il giudice nella trattazione concentrata e dialogata delle controversie civili: figure stabili, va aggiunto, delle quali non sembra esservi traccia neppure nella recentissima decretazione ministeriale in tema di Ufficio per il processo³, riguardante la mera ricognizione della situazione esistente in termini di personale di cancelleria, giudici ausiliari e got, tirocinanti ex artt.73 dl n. 69/2013 e 37 dl n.98/2011 (decreto 1.10.2015), nonché la regolamentazione delle borse di

studio destinate ai tirocinanti ex art. 73 cit. (decreto 15.10.2015)e, infine, la previsione di un ulteriore periodo di perfezionamento per gli stagisti ex art.37 cit., periodo da svolgersi, «in via prioritaria a supporto dei servizi di cancelleria» (decreto 20.10.2015).

2. Se il commento alla direttiva fin qui esaminata può ridursi alla sintesi *errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, le previsioni del disegno di legge delega in tema di cd Tribunale delle imprese richiedono una analisi più dettagliata.

L’art. 1 del ddl prevede delega al Governo per l’adozione di decreti legislativi «recanti l’integrazione della disciplina del Tribunale delle imprese», prevedendo poi sub a) 1) e 2) principi e criteri direttivi che si risolvono nello “ampliamento” e nella “razionalizzazione” della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.

Quanto alla direttiva sub a) 1) -«ampliamento della competenza delle esistenti sezioni specializzate in materia di impresa, mantenendone invariato il numero e modificandone la denominazione in quella di sezioni specializzate per l’impresa e il mercato»- il ddl conferma dunque l’impianto della novella del 2012 al dlgs n. 168/2003, con il dichiarato intento di «consolidare i positivi risultati raggiunti»⁴: a tal fine la Relazione al ddl esclude «qualsiasi ampliamento delle competenze che possa comportare il rischio di *despecializzazione* dei giudici delle sezioni specializzate», dando poi rilievo, quanto alla razionalizzazione di cui alla direttiva sub2), alla «natura del rapporto dedotto in giudizio e quindi l’elevato tasso tecnico delle relative controversie e la potenziale rilevanza delle questioni per l’economia del Paese, caratteristiche senz’altro riscontrabili nei rapporti che attengono alla proprietà intellettuale, in quelli che attengono alla concorrenza, anche per i riflessi che possono produrre le distorsioni del mercato sugli interessi dei consumatori, nei rapporti che attengono alle regole interne di funzionamento delle società, che sono le protagoniste dinamiche del mercato, stante il ruolo ormai marginale dell’impresa individuale»⁵.

Quanto alle specificazioni di cui alla direttiva sub a) 2), è previsto che la «razionalizzazione delle discipline della competenza per materia» debba essere re-

2. Per tutti da ultimo cfr. P. Biavati, *Note sullo schema di disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in RTDPC n.1 2015: «Come è noto a chiunque abbia un minimo di esperienza della concreta giustizia civile italiana, le cause del cattivo funzionamento del processo civile dipendono, in modo del tutto prevalente, da problemi strutturali ed organizzativi della macchina giudiziaria. L’efficacia di una vera riforma si misura da quanto incide su questi aspetti».

3. Cfr. i decreti 1.10.2015, 15.10.2015 e 3.11.2015 pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale rispettivamente il 2 e il 4 novembre scorso.

4. Così la Relazione al ddl, p. 7.

5. Così la Relazione al ddl, p. 8.

alizzata dal legislatore delegato attraverso una estensione della competenza delle SSI che non sempre appare coerente con le premesse di cui alla Relazione.

In particolare:

le controversie indicate ai punti 2.1), 2.2), 2.4) riguardano materie -concorrenza sleale non interferente, pubblicità ingannevole, accordi di collaborazione nella produzione e nello scambio di beni o servizi- omogenee o contigue rispetto all'attuale sfera di attribuzioni delle SSI per le quali l'ampliamento della competenza delle SSI appare opportuno e coerente con il disegno di cui alla Relazione;

le controversie indicate al punto 2.3) -azione di classe a tutela dei consumatori di cui all'art. 140bis del codice del consumo - sono già oggetto di una disciplina processuale specifica prevedente, tra l'altro, una concentrazione di competenza per territorio modulata secondo parametri diversi da quelli di cui al dlgs n. 168/2003: il disegno unitario di cui alla direttiva appare quindi opportuno sotto il profilo processuale e sotto il profilo degli interessi coinvolti, ma comporta rischi di *despecializzazione*, in quanto le azioni di classe possono riguardare qualsiasi materia (ad es. rapporti bancari, di intermediazione finanziaria, di somministrazione) e in particolare materie che sono già oggetto di altra "specializzazione tabellare" in molti tribunali sedi di SSI;

le controversie indicate al punto 2.5) -attinenti ai casi già previsti dal dlgs n. 168/2003, art.3 comma secondo, ma in relazione alle società di persone, non contemplate dal legislatore del 2012 - riguardano materia di per sé societaria: l'ampliamento della competenza delle SSI non ha quindi inconvenienti sul piano della specializzazione (e, infatti, in molti tribunali sede di SSI le controversie in materia di società di persone sono tabellarmente affidate, a livello circondariale, alla SSI), ma si presta a critiche sotto il profilo della prossimità, trattandosi di controversie normalmente relative a imprese di dimensioni molto contenute (piccoli esercizi commerciali, ambulanti, artigiani e simili), per i cui soci la concentrazione di competenza nel tribunale "regionale" e il connesso raddoppio dei costi di accesso alla giustizia può apparire ingiustificatamente penalizzante, senza che a tali inconvenienti sia connessa una effettiva potenziale rilevanza delle controversie «*per l'economia del Paese*»;

le controversie indicate al punto 2.6) riguardano la materia dei «contratti pubblici di lavori, servizi, forniture», così richiamandosi la definizione generale di cui all'art.3 dlgs n. 163/2006, senza più ancorare la competenza delle SSI alla natura di appalto del

contratto pubblico, alla sua rilevanza comunitaria e all'essere l'imprenditore coinvolto in una società: ciò comporta una estensione dei casi già previsti dal dlgs n. 168/2003, art.3 comma secondo lettera f), rispetto ai quali è stata da tempo sottolineata da quasi tutti i commentatori l'eccentricità della competenza delle SSI, trattandosi di materia del tutto disomogenea rispetto a quelle "endosocietaria" e "industrialistica" e il cui affidamento alle SSI comporta quindi un «rischio di *despecializzazione*»⁶: il mantenimento e, anzi, l'ampliamento della competenza delle SSI appare quindi del tutto incoerente con le premesse di cui alla Relazione al ddl, semmai potendosi pensare, per tutta la materia in particolare degli appalti pubblici, a un ampliamento della competenza esclusiva della giustizia amministrativa, risolutivo anche di questioni di giurisdizione che tuttora travagliano il settore.

La successiva direttiva sub a) 3) prevede poi in primo luogo il mantenimento e il rafforzamento della riserva di collegialità, così confermando la scelta del legislatore del 2012, senza peraltro che né nel testo del ddl né nella relazione sia ricavabile in quali aree possa prodursi il "rafforzamento" di collegialità, così ancora una volta la delega lasciando del tutto aperte le possibili scelte del legislatore delegato in un settore in realtà cruciale quanto alla stessa "efficienza" del processo: si pensi alle conseguenze disfunzionali - in termini di tempi processuali, di impegno dei giudici addetti e di organizzazione delle SSI - di scelte che estendano la riserva di collegialità, ad esempio, ad alcune fasi della trattazione del procedimento contenzioso ovvero alla trattazione/decisione dei procedimenti cautelari. Quanto alle scelte di rafforzamento della collegialità ipotizzabili in senso invece "virtuoso" appare auspicabile una direttiva specifica prevedente la reintroduzione, per le sole cause riguardanti impugnazione di delibere societarie, di una ipotesi di giudizio abbreviato secondo il modello dell'abrogato art.24 dlgs n. 5/2003 (cd passerella al merito), con passaggio dalla fase cautelare (riguardante istanza per la sospensiva della delibera ex art. 2378 cc) alla fase di discussione avanti al collegio con pronuncia di sentenza contestuale.

In secondo luogo la direttiva sub a) 3) prevede la nuova figura degli «esperti nelle materie della ragioneria, della contabilità, dell'economia e del mercato» da iscriversi in apposito albo istituito presso ciascuna SSI, «con possibilità di iscrizione anche di dipendenti della Banca d'Italia e di autorità indipendenti», esperti i quali possano essere designati da parte del «presidente della sezione» «a supporto

6. Così si esprime, testualmente, la Relazione al ddl, p.9, nella quale poi il ragionamento si interrompe bruscamente senza dare alcun conto delle ragioni del mantenimento della disciplina criticata.

conoscitivo e valutativo del collegio giudicante relativamente alle materie diverse da quelle giuridiche», con previsione che «detti esperti possano essere ascoltati anche nell'udienza pubblica in contraddittorio con le parti», con costi a carico delle parti: si tratta di una disciplina che pare del tutto sovrapponibile a quella in tema di consulente tecnico, per il quale gli artt. 61, 62, 194, 197 cpc già prevedono la possibilità di essere chiamato (dal giudice istruttore

o dal presidente del collegio) ad assistere alle udienze, a fornire chiarimenti, nonché «ad esprimere il suo parere in camera di consiglio in presenza delle parti» (art.197 cpc), e quindi del tutto superflua, salvo per la introduzione, di dubbia costituzionalità, di un singolare potere di ingerenza del «presidente della sezione» anche rispetto a processi nei quali – come spesso accade nelle SSI organizzate su più collegi – egli non fa parte del collegio giudicante.

La sezione specializzata per la famiglia. L'occasione da non perdere sulla strada già intrapresa della concentrazione delle tutele

di Annamaria Casadonte

Il disegno di legge di delega presentato dal Governo presentato l'11.3.2015 prevede l'istituzione presso i tribunali ordinari della sezione specializzata per la famiglia e la persona, cui vengono accorpate una serie di competenze già devolute al tribunale ordinario in materia di stato, capacità delle persone, separazione, divorzio, figli nati fuori dal matrimonio, procedimenti di competenza del giudice tutelare e quelli di cui all'art. 38 disp att cc non di competenza del tribunale per i minorenni, secondo la modifica restrittiva che viene pure prevista dalla delega.

La delega opta per il mantenimento delle competenze civili in capo al tribunale per i minorenni, con particolare riguardo alla materia del pregiudizio del minore (artt. 330 e 333 cc, quest'ultimo al di fuori dei casi trattati avanti al tribunale ordinario).

La soluzione va a discapito del principio di concentrazione delle tutele e non appare idonea a realizzare la ratio di un processo comprensibile e spedito, che pure il legislatore delegante si prefigge.

L'art.1 del ddl n. 2953 prevede al comma 1 *sub lett. b)* la delega al Governo affinché nel termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore adotti uno o più decreti legislativi per l'istituzione del tribunale della famiglia e della persona. La versione del ddl rappresenta una rielaborazione del testo del ddl che era stato licenziato dalla Commissione ministeriale presieduta da Giuseppe Maria Berruti nell'agosto 2014 e che aveva trovato sul punto sostanziale adesione da parte di vari interlocutori.

L'entrata in vigore della legge n. 54/2006 che ha affermato il principio dell'affidamento condiviso per tutti i figli di coppie separate, nati o meno nel matrimonio, aveva sollevato il dubbio circa il superamento del sistema dualistico che riconosceva in capo al tribunale per i minorenni la competenza ad adottare provvedimenti riguardanti l'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio.

Tuttavia il chiarimento intervenuto ad opera della Corte di cassazione a favore del mantenimento della duplice competenza del tribunale ordinario e del tribunale per i minorenni non ha convinto chi auspicava

il superamento della inequivoca disparità di trattamento fra figli e che quella duplicità comportava. Esigenze di concentrazione delle tutele hanno giustificato, in assenza di modifiche al primo comma dell'articolo 38 disp.att. cc il mantenimento della competenza del tribunale per i minorenni in materia di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio (così Cass. N. 8362/2007). Nondimeno, il medesimo principio di concentrazione delle tutele ha poi consentito di superare la duplicità di competenze allorché l'adozione di provvedimenti *de potestate ex art. 333 cc* sia necessaria alla tutela dei figli nell'ambito di un procedimento di separazione, di divorzio o di modifica delle condizioni della separazione o di revisione delle condizioni di divorzio ovvero in sede di procedimento introdotto *ex articolo 709 ter cpc*.

In tutti questi casi il giudice ordinario davanti al quale pende il procedimento, è competente in luogo del giudice minorile ad adottare provvedimenti di cui all'articolo 333 cc. La legge n. 219/2012 e il dlgs n. 154/2013 hanno previsto la modifica dell'articolo 38 disp. att cc con attribuzione al tribunale ordinario

della competenza ad adottare i provvedimenti espressamente indicati nell'articolo 333 cc qualora sia in corso il giudizio di separazione, di divorzio ovvero quello ex articolo 316 cc.

In altri termini il legislatore del 2012 e del 2013 ha codificato il principio di concentrazione delle tutele che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo. Il risultato normativo non è stato, si ritiene, portato a conclusione con la necessaria chiarezza, residuando un dubbio interpretativo nel testo del primo comma dell'articolo 38 disp. att. cc circa l'attrazione davanti al tribunale ordinario dei provvedimenti di cui agli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371 ultimo comma cc, menzionati nel primo periodo nel caso di pendenza di procedimento davanti al tribunale ordinario il quale, peraltro, è proprio nel secondo comma della disposizione in esame, elevato al rango di giudice naturale per i provvedimenti relativi ai minori «per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria».

Si sostiene, in particolare da parte di alcuni interpreti, che anche la decisione sulla decadenza dalla responsabilità genitoriale sia di competenza del giudice ordinario, così come in tutti gli altri casi richiamati dal primo periodo del primo comma dell'articolo 38 cit.. È evidente che un simile opzione interpretativa determini un'ulteriore incisione della residua competenza civile del tribunale per i minorenni e costituisca un passo decisivo nella direzione della concentrazione di tutta la materia relativa alla responsabilità genitoriale ed al suo esercizio avanti al tribunale ordinario, con la sola eccezione del procedimento di adottabilità e quello di adozione. In questa prospettiva si appalesa in termini sempre più attuali la necessità di assicurare anche davanti al giudice ordinario la professionalità e l'effettività derivanti dalla specializzazione dell'organo giudicante. Si spiega così la *ratio* e la pluralità di disegni di legge sull'istituzione di sezioni specializzate in materia di famiglia presso i tribunali ordinari attualmente in discussione¹ tra i quali va annoverato anche il ddl n. 2953 in commento.

Quest'ultimo si contraddistingue perché prevede l'istituzione presso il tribunale ordinario di una sezione specializzata per la famiglia, i minori e la persona con competenza «chiara e netta su tutti gli affari relativi alla famiglia, anche non fondata sul matrimonio

e su tutti i procedimenti attualmente non rientranti nella competenza del tribunale per i minorenni»².

A questo proposito però non sfugge la circostanza che il Governo con il ddl compie un altrettanto «chiaro e netto» passo indietro sulla strada della concentrazione delle tutele allorché sancisce la soppressione di quell'inciso dell'articolo 38 disp. att. cc che aveva dato vita al dubbio sull'ulteriore erosione della competenza del tribunale per i minorenni laddove assegnava al tribunale ordinario anche i «provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo del medesimo articolo». L'effetto di tale cancellazione, oggetto di critica da più parti³, suscita nell'operatore più di una perplessità.

In particolare si rende meno efficace l'intento dichiarato dal Governo di un processo spedito, giacché non può non rilevarsi come all'istituenda sezione specializzata non sia prevista l'attribuzione di competenze nuove rispetto quelle già derivate dalla riforma della filiazione. La sezione specializzata finisce, in altre parole, per costituire un modulo organizzativo che assomma le competenze già del giudice tutelare, dei giudici che si occupano del contenzioso familiare e quelle dei giudici che si occupano del riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione internazionale di cui al dlgs n. 25/2008 e dlgs n. 150/2011.

In realtà, le prassi organizzative diffuse nella gran parte degli uffici giudiziari medio/piccoli già prevedono che, in ragione dell'omogeneità delle materie riguardanti i diritti delle persone, dei minori e della famiglia, la trattazione di tali affari faccia capo ai giudici appartenenti alla medesima sezione. Lo stesso vale per il pubblico ministero, presso il cui ufficio deve ritenersi ormai acquisita l'attribuzione degli affari per aree omogenee quali quelle concernenti i reati ai danni di minori o commessi nell'ambito della famiglia [cfr. art.1 comma 1, *sub* lett. b) n.4].

Per coerenza si prevede poi l'attribuzione almeno in misura prevalente a una sezione di corte d'appello delle impugnazioni avverso le decisioni delle sezioni specializzate sulla famiglia, minori e persone e sulle decisioni di competenza del tribunale per i minorenni.

Allo stesso modo è già acquisita la possibilità di ricorrere all'ausilio dei servizi sociali e di tecnici [cfr. art.1 comma 1 *sub* lett. b) n.3] che coadiuvano il giu-

1. G. Dosi, *Sezioni specializzate in materia di famiglia presso i tribunali ordinari: i quattro disegni di legge in discussione*, in *Il Notiziario dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 15 ottobre 2015.

2. Così la Relazione al ddl 2953.

3. Così l'Aiaf nel documento del 28.2.2015 e in quello emesso successivamente all'audizione in Commissione giustizia il 22.6.2015. Nello stesso senso la proposta correttiva dell'Anf (Associazione nazionale forense) che riprende il testo originariamente predisposto dalla commissione Berruti. Cfr. anche il parere sul disegno di legge n. 2953/C espresso dall'Associazione nazionale magistrati.

dice istruttore ovvero il collegio nella forma della *ctu* (ex art. 193 e ss. *cpc*), dell'ausiliario (p.es per l'ascolto del minore ex art. 68 *cpc*) ovvero del mediatore (ex art. 337 *octies cc*).

In definitiva non appaiono convincenti le considerazioni poste nella Relazione a giustificazione del mantenimento delle competenze civili del tribunale per i minorenni ed incentrate sul «pregiudizio per il minore», poiché il pregiudizio può avere diversa gravità e diverse conseguenze in termini di responsabilità genitoriale e l'art. 38 disp. att cc nel testo vigente ammette che la competenza a conoscere dello stesso, sia in capo al tribunale ordinario nelle fattispecie di cui all'art. 333 cc concomitanti con un procedimento di separazione, di divorzio o di 337 *bis cc* ivi pendente.

Il ddl n. 2953 prevede la delega al Governo ad introdurre una specifica disciplina processuale per i procedimenti attribuiti alle sezioni specializzate ispirata a criteri di semplificazione e flessibilità, attraverso l'individuazione delle materie per le quali il tribunale decide in composizione monocratica ovvero quelle in cui decide in composizione collegiale e quelle in cui decide in composizione collegiale integrata con tecnici specializzati. In effetti appare opportuno prevedere un unico rito per tutta le materie trattate, così come ridurre in una prospettiva di speditezza la riserva di collegialità ferma la partecipazione del Pm specializzato.

Con riguardo all'obiettivo della semplificazione la considerazione che nella materia dei diritti delle persone, destinata a confluire nella sezione specializzata, appare rientrarvi, per omogeneità, anche quella riguardante le procedure giudiziali di rettificazione relative agli atti dello stato civile e delle correzioni, disciplinata dagli artt. 95 e ss. del dPR n. 396/2000, induce a segnalare l'opportunità che fra gli interventi che verranno posti in essere sulla base del disegno di legge delega in esame, siano ricomprese anche queste.

Si tratta cioè di una competenza collegiale in cui è obbligatorio il parere del procuratore della Repubblica e se del caso del giudice tutelare, che costituisce un carico non indifferente e dal costo economico al-

tissimo in relazione alle questioni sottese, le quali attingono la formazione o la rettificazione di atti dello stato civile.

La necessità di ricorrere a tali procedure è divenuta molto frequente a seguito delle trasformazioni sociali determinate dall'immigrazione e dal conseguente progressivo processo di integrazione dei nuovi arrivati che esso ha messo in moto.

Ebbene, nel nuovo contesto sociale, appare, ad avviso di chi scrive, giunto il momento di ripensare la disciplina dello stato civile e immaginare che per disporre la correzione dell'atto di cittadinanza, piuttosto che quello di nascita di un cittadino egiziano ovvero indiano, possa prevedersi un percorso procedurale alternativo a quello sopra descritto e davvero poco compatibile con la finalità della speditezza e della semplificazione. Inoltre, nella prospettiva delle riforme cd a costo zero si tratta all'evidenza di una semplificazione che potrebbe essere realizzata addirittura con un risparmio di spesa, atteso il costo connesso all'attuale attribuzione del procedimento a quattro magistrati quando non addirittura a cinque (nel caso di parere del giudice tutelare) in luogo della possibilità che tale competenza rimanga attribuita agli stessi uffici dello Stato Civile.

Tanto più se si considera che a seguito dell'entrata in vigore del dl n. 132/2014 conv. in l. n.162/2014 è possibile separarsi o divorziare in presenza di determinate condizioni senza ricorrere al tribunale ordinario ma nelle forme della negoziazione assistita (art. 6) ovvero davanti all'ufficiale dello Stato civile (ex art.12).

Da ultimo il ddl prevede la rideterminazione delle dotazioni organiche delle sezioni specializzate per la famiglia e la persona, dei tribunali ordinari e dei tribunali per i minorenni in modo da adeguarli alle nuove competenze.

Si tratta di un intervento assai opportuno ed atteso già dopo l'entrata in vigore della legge n. 219/2012 che ha modificato le competenze del tribunale ordinario, estendendole senza occuparsi delle ricadute in termini di aumento dei procedimenti che ciò avrebbe comportato e della necessità di assicurare una spedita trattazione degli stessi.

L'appello, garanzia di giustizia

di Domenico Dalfino

Nel corso degli ultimi decenni, a fronte della perdurante crisi della giustizia civile, definitivamente accantonate le tesi “iconoclastiche” favorevoli alla soppressione dell'appello, i dubbi degli interpreti si sono polarizzati sull'adesione al modello della *revisio prioris instantiae* o a quello del *novum iudicium*, sebbene il sistema vigente e il «diritto vivente» propendano evidentemente per il primo, mentre taluni recenti progetti di riforma puntano a trasformarlo in una sorta di azione di impugnativa. A ben vedere, se un secondo grado totalmente chiuso ai *nova* sembra inidoneo a perseguire la giustizia della decisione, non va neppure assolutizzata la questione dell'inquadramento nell'uno o nell'altro modello d'impugnazione, giacché l'efficienza del giudizio dipende principalmente dalla virtuosa organizzazione degli uffici e dall'adeguata allocazione delle risorse.

1. Crisi della giustizia e riforma del giudizio civile di appello

Una delle più eloquenti manifestazioni dell'attuale stato di crisi in cui versa la giustizia civile in Italia è rappresentata dal dissesto delle corti d'appello, quali giudici di secondo grado. È opinione diffusa che le ragioni di tale dissesto siano costituite dall'eccessivo carico di lavoro, determinato dal progressivo accumularsi dell'arretrato, nonché, sia pure in parte minore, dall'inadeguatezza strutturale e funzionale delle regole processuali¹. Ciò che si riflette negativamente sui tempi e sui costi della giustizia, entrambi destinati inevitabilmente ad accrescersi.

Se si scende un po' più nello specifico ci si avvede che, per quanto di crisi della giustizia e dell'appello si parli da almeno quarant'anni (se non di più),

il più significativo aumento del numero dei giudizi pendenti innanzi alle corti d'appello è coinciso con la soppressione delle preture e dell'istituzione del giudice unico di primo grado, avvenute con il d.lgs n. 51/1998, che hanno determinato il trasferimento alle corti del compito di provvedere anche sugli appelli che, prima della riforma, erano attribuiti ai tribunali e con l'attribuzione ad esse della competenza in materia di equa riparazione per irragionevole durata del processo². In materia di lavoro, poi, il passaggio alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie in materia di pubblico impiego, realizzato con intervento quasi coevo (d.lgs n. 80/1998), ha contribuito ad incrementare il peso del nuovo fardello. Mutamenti epocali, accompagnati da misure organizzative inidonee a smaltire l'arretrato e ad esaurire le cause sopravvenute³.

1. V., di recente pubblicazione, le riflessioni di M. Pacilli, *L'abuso dell'appello*, Bologna, 2015, 8 ss. (ove anche il richiamo agli importanti studi di N. Picardi), nonché 25 ss., 34 ss., che, però, reputa le regole processuali un fattore di efficienza della giustizia civile «al pari delle altre variabili che incidono sul buon funzionamento del processo» (rappresentate dai fattori strutturali e organizzativi, dall'incertezza del diritto e dal comportamento dei protagonisti del processo).

2. Cfr. G. Costantino, *La riforma dell'appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 21 ss., § 1.

3. La gravità della situazione è evidenziata dai dati riportati dal *Censimento speciale giustizia civile - Analisi delle pendenze e dell'an-*

Quanto al procedimento, in una prospettiva deflazionistica e di accelerazione, vengono in rilievo le seguenti misure:

- la generalizzata provvisoria esecutività delle sentenze di primo grado, di cui all'art. 282 cpc, anche di quelle di condanna emesse a favore del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 431, 5° comma, cpc, e la conseguente soppressione dell'effetto sospensivo automatico dell'appello, attuate con la l. 353/1990;
- il temperamento della regola della collegialità del giudice di secondo grado per la trattazione dei gravami proposti innanzi alle corti di appello, attraverso la previsione della facoltà del presidente del collegio di delegare per l'assunzione dei mezzi istruttori uno dei suoi componenti (v. l'art. 350, 1° comma, come modificato dalla l. 183/2011);
- il divieto di *ius novorum*, di cui all'art. 345 cpc, come modificato dalla l. 353/1990, successivamente irrobustito – sulla scorta di un per lo più criticato *revirement* giurisprudenziale (v. *infra* § 5) – dalla l. 69/2009 in relazione ai documenti, e ulteriormente irrigidito, almeno nel rito ordinario, dal dl n. 83/2012, conv. con modif. in l. 134/2012 attraverso l'eliminazione dell'ammissibilità previa valutazione di "indispensabilità";
- l'istituzione, avvenuta con l'appena menzionato intervento del 2012, dei "filtri" di inammissibilità di cui agli art. 342 cpc, per ciò che attiene alla «motivazione dell'atto di appello», e 348 *bis* e *ter* cpc, per ciò che concerne la valutazione di «non ragionevole probabilità di accoglimento» del gravame;
- l'attribuzione espressa al «giudice» d'appello del potere di decidere la causa ai sensi dell'art. 281 *sexies* cpc (v. l'art. 352, ultimo comma, cpc, nonché, in caso di istanza di inibitoria, l'art. 351, ultimo comma, cpc, come modificati dalla l. 183/2011)⁴.

A ben vedere, non è dato conoscere con precisione quali risultati le soluzioni tecniche appena passate in rassegna abbiano effettivamente prodotto, né se il generale calo della proposizione degli appelli e l'aumento del numero dei procedimenti definiti sia dipeso e in quale misura da esse⁵. Non sembra azzardato, tuttavia, ritenere che l'appello continui a rappresentare una *chance* per ribaltare un esito infausto, anche sotto il profilo professionale.

Ciò detto, ci si può domandare se non sia opportuno procedere ad una ulteriore revisione del giudizio di appello, al fine di individuare e attuare il miglior modello possibile, sotto il profilo della capacità di produrre decisioni giuste e in tempi ragionevoli. Anzi, ci si potrebbe prima ancora chiedere se sia o no opportuno conservare il giudizio di appello. Proprio a quest'ultimo quesito si vuole cercare di dare immediata risposta, in quanto logicamente preliminare all'altro.

2. Eliminare il giudizio di appello?

Nel 1969, riproponendo posizioni risalenti ad un altro contesto storico e normativo⁶, si propugnava con vigore e convinzione inediti, l'eliminazione del giudizio di appello, ritenuto espressione di una garanzia in eccesso, non assicurata neanche a livello costituzionale⁷. All'epoca, la sentenza di primo grado era priva di efficacia esecutiva automatica e tale ultimo giudizio, come (contro)riformato nel 1950, si presentava aperto ai *nova*. Di conseguenza, agli occhi dell'autorevole giurista che, con serietà e spregiudicatezza dichiarate, si faceva portatore di questa "iconoclastica" istanza, il giudizio di primo grado appariva «solo come una lunga fase di attesa, una sorta di annosa e spesso estenuante e penosa anticamera per giungere infine alla fase di appello; e quest'ultima è il solo vero giudizio, almeno per la parte che economicamente se lo può concedere»⁸.

zianità di iscrizione degli affari civili - Ottobre 2014, di Mario Barbuto, Capo del Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, nel quale si legge (Prospetto 1-ter: Giustizia civile – Corti d'appello): «Le Corti d'appello, nel loro insieme, sembrerebbero avere una potenzialità di esaurimento dell'intero "arretrato", a sopravvenienze ipoteticamente ZERO, ben oltre il biennio previsto dall'art. 2, comma 2-bis della legge Pinto come termine massimo».

4. Sull'applicabilità dell'art. 281 *sexies* cpc in appello già prima della l. 183 cit., v., se vuoi, D. Dalfino, in *Giur. it.*, 2009, 2473, nonché V. Mastrangelo, *Osservazioni sull'ambito di applicazione dell'art. 281 sexies cpc, prima e dopo la l. 12 novembre 2011 n. 183*, in *Foro it.*, 2012, I, 2477.

5. Cfr. il *Censimento speciale giustizia civile*, cit. o dall'art. 2, comma 2-bis della legge Pinto come termine massimo».

6. L. Mortara, nella voce *Appello civile*, del *Digesto it.*, III, 2, Torino, 1890, 380 ss.

7. Cfr. M. Cappelletti, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1969, IV, 81 ss.; Id., *Doppio grado di giurisdizione: parere iconoclastico n. 2 o razionalizzazione dell'iconoclastia*, in *Giur. it.*, 1978, IV, 1 ss.

8. M. Cappelletti, *Parere iconoclastico*, cit., 84.

L'idea non fu seguita dal legislatore e non fu neanche supportata dalla dottrina, se si fa salva la posizione espressa da un altro insigne giurista⁹ in occasione del XII convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, tenuto a Venezia nell'ottobre del 1977, il quale, nel sostenere la debolezza delle ragioni portate tradizionalmente a giustificazione della conservazione dell'appello, fece leva sulle seguenti principali argomentazioni:

- l'appello è espressione di una concezione autoritaria e gerarchica dell'ordinamento;
- il giudice di appello e il giudice di primo grado operano su un piano di disparità «nell'accertamento dei fatti e nell'applicazione del diritto»;
- è del tutto indimostrabile che il secondo giudice sia più saggio, preparato e colto del primo e che, quindi, la seconda pronuncia dia luogo a risultati più attendibili.

Senonché, a differenza del precedente parere iconoclastico, la più recente posizione non si limitò a proporre l'abolizione dell'appello, ma ne immaginò la sostituzione con una forma di opposizione, da instaurare innanzi al medesimo giudice di primo grado, o con una *querela nullitatis* attribuita, per le ipotesi di maggiore rilevanza, alla Cassazione, per le altre, invece, ad un organo formato da magistrati svolgenti anche funzioni di primo grado¹⁰.

Questa posizione non riuscì a trovare consenso e dovette scontrarsi con le ben più realistiche obiezioni di chi, pur rilevando i limiti o la crisi del cd «doppio grado di giurisdizione», riconobbe l'opportunità di una prospettiva di riforma, piuttosto che di eliminazione dell'appello¹¹, dimostrando l'appartenenza delle argomentazioni contrarie ad un contesto inesistente o non più esistente¹².

3. Appello e «doppio grado di giurisdizione»

Il dibattito al quale si è appena fatto cenno, come si è potuto constatare, aveva preso origine e si era sviluppato intorno al tema più generale del «doppio grado di giurisdizione».

Di esso, è noto, si è sempre predicata l'assenza di copertura costituzionale, avendo l'Assemblea costituente scelto di provvedere, nell'art. 111 Cost., soltanto alla garanzia del ricorso per cassazione per violazione di legge¹³, senza considerazione alcuna (se si fa salvo l'art. 125, 2° comma, Cost., sulla giurisdizione amministrativa¹⁴) del «doppio grado».

Ciononostante, le spinte iconoclastiche non si sono mai affidate esclusivamente a questo debole dato¹⁵, bensì anche ad altre argomentazioni (quelle passate in rassegna nel precedente paragrafo), anch'esse, tuttavia, non a perfetta tenuta.

Infatti, indipendentemente dall'insostenibilità, per evidente anacronismo, dell'idea di un giudizio di secondo grado fondato su una «gerarchia» (la quale altra forma non potrebbe avere se non quella di una più o meno velata soggezione, stante l'art. 107 Cost.) tra giudici di gradi diversi, si potrebbe osservare che:

- la capacità di un ordinamento di assicurare l'«accesso alla giustizia» non si misura esclusivamente dalla rapidità con la quale produce decisioni, ma anche e soprattutto dal livello di vicinanza di queste alla verità materiale¹⁶; risultato questo, che ha più probabilità di essere ottenuto attraverso l'esperimento di un nuovo giudizio dinanzi a un secondo giudice, chiamato (anche) a controllare gli errori eventualmente compiuti dal primo;
- in ogni caso, è quanto meno dubbio che l'esigenza di certezza, connessa a quella di accelerazione della formazione di un risultato stabile, debba necessa-

9. A. Pizzorusso, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 33 ss., spec. 44 ss.

10. A. Pizzorusso, *op. cit.*, 54.

11. E.F. Ricci, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 59 ss., spec., 80 ss.

12. G. Tarzia, *Realtà e prospettive dell'appello civile (I)*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 86 ss., nonché A. Cerino Canova, *Realtà e prospettive dell'appello civile (II)*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 92 ss. 33.

13. Cfr. L.P. Comoglio, *Il doppio grado di giudizio nelle prospettive di revisione costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 317; G. Balena, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 302 ss.

14. V. Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 301, *Foro it.*, 1987, I, 2962.

15. V. le efficacissime pagine di E. Allorio, *Sul doppio grado del processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 318 s. Per un tentativo di rinvenire una base costituzionale del principio, v. E.T. Liebman, *Il giudizio di appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 401 ss. Più di recente, v. I. Nicotra, Guerrero, *Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 127 ss.

16. Cfr. S. Chiarloni, *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2008, II, tomo I, 403.

riamente prevalere sull'esigenza di controllo della valutazione effettuata dal giudice di primo grado, in punto di fatto e di diritto, poiché tale rapporto di prevalenza non è stabilito da alcuna norma né emerge in modo alcuno dall'ordinamento;

- la maggiore affidabilità degli esiti offerti dal sistema del doppio grado non deriva dal fatto che il secondo giudice, in quanto tale, sia migliore del primo, bensì semmai dal fatto che ha meno probabilità di sbagliare¹⁷;
- la devoluzione, non importa adesso se piena e automatica oppure selettiva, al giudice di secondo grado offre alle parti e al giudice l'opportunità di svolgere una più ampia riflessione intorno al materiale di causa ed agli errori asseritamente compiuti dal primo giudice¹⁸.

Quanto, poi, ai due ulteriori aspetti dai quali, secondo le tesi qui avversate, emergerebbe lo stato di "crisi" del doppio grado di giudizio e che giustificerebbero l'eliminazione dell'appello, vale a dire, da un lato, la «profonda svalutazione del giudizio di primo grado» e la corrispondente «glorificazione dei giudizi di gravame» (ciò che era stato definito dal principale iconoclasta il «primo essenziale difetto» del sistema italiano), dall'altro, l'esistenza di numerose ipotesi, nell'attuale disciplina dell'appello, nelle quali il doppio grado non è attuato, si può aggiungere che:

- neanche "glorificando" il primo grado e svalutando o addirittura eliminando il secondo, si riuscirebbe a superare l'esigenza di un controllo della decisione;
- la numerosità delle deroghe al doppio grado contemplate dall'ordinamento non esclude che il principio, da intendere in senso concreto¹⁹, assurga a regola tendenziale²⁰.

Queste sintetiche considerazioni sarebbero già di per sé sufficienti a convincere che l'eliminazione dell'appello non è certamente la strada maestra.

Se esse non bastassero, si potrebbe porre mente al fatto che in assenza di un doppio grado di giudizio, in primo luogo, l'esigenza di sottoporre la decisione del primo giudice ad un controllo dinanzi ad un altro giudice – insopprimibile sotto il profilo della violazione di legge *ex art. 111, 7° comma, Cost.* – potrebbe essere soddisfatta soltanto attraverso il ricorso per cassazione (e così, alla Suprema Corte spetterebbe l'infausta sorte di doversi occupare di un numero spropositato di nuove cause, con buona pace di ogni speranza per un effettivo esercizio della funzione nomofilattica); in secondo luogo, il momento della ricostruzione del fatto rischierebbe per essere relegato ad un improbabile ampliamento delle ipotesi di revocazione.

In definitiva, non basta escludere che il doppio grado di giudizio goda di una copertura costituzionale²¹ per derivarne la conseguenza che all'appello si debba rinunciare; al contrario, è mia ferma opinione che la sua conservazione risponda a ragioni di giustizia delle decisioni, di logica²², di convenienza.

Il problema, semmai, è quello di individuarne il modello più appropriato, con riferimento alle concorrenti esigenze.

4. *Novum iudicium o revisio prioris instantiae: quale modello?*

In linea teorica possono configurarsi due modelli diversi, quello che vede l'appello come *novum iudicium* e quello che, invece, lo imposta come *revisio prioris instantiae*. In base al primo, l'appello si delinea come mezzo per sottoporre ad un diverso giudice la cognizione di una controversia già decisa da un altro, con effetto devolutivo automatico e apertura allo *ius novorum*, sia pure nei limiti in cui questo non si risolva nella proposizione di nuove domande (perché, altrimenti, il secondo giudizio sarebbe sì "nuovo", ma in primo e unico grado). In base al secondo, l'appello è tendenzialmente chiuso ai *nova*; inoltre, per quan-

17. Cfr. E. Allorio, *op. cit.*, 320; P. Calamandrei, *Appello*, voce dell'*Enciclopedia italiana*, Roma, 1929.

18. Cfr. G. Tarzia, *op. cit.*, 90.

19. Cfr., anche per riferimenti, L.P. Comoglio, *op. cit.*, 328 s., nonché Cfr. F. Danovi, *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1471 s.

20. Il principio è pure derogato là dove espressamente il legislatore esclude l'appellabilità della sentenza ovvero attribuisca la controversia alla competenza, quale giudice di unico grado, della corte di appello. Per l'individuazione delle specifiche ipotesi, v. G. Costantino, *La riforma dell'appello*, cit., § 2.

21. V. Corte cost. 26 ottobre 2007, n. 351, *Foro it.*, 2008, I, 713.

22. La logicità della conservazione dell'appello si apprezza anche e prima ancora sul piano «del pensiero», come osservato, ancora una volta efficacemente, da E. Allorio, *op. cit.*, 993 (in contrasto con L. Mortara, *op. cit.*, 453). Osservazione ripresa di recente da A. Tedoldi, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella «iconoclastica» del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 145, nonché da G. Verde, *La riforma dell'appello civile: due anni dopo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 993.

to a critica libera, è fondato su motivi specifici (cioè, specificamente individuati dall'appellante), con conseguente non automaticità dell'effetto devolutivo²³. Quanto più si spinge verso il primo modello, tanto più l'appello rappresenta un rimedio volto a far valere l'ingiustizia della prima decisione; quanto più, invece, si punta sul secondo, tanto più esso si riduce a un controllo degli errori del primo giudice.

Storicamente, nel nostro ordinamento la preferenza al *novum iudicium* è stata accordata dal sistema del codice di procedura civile del 1865 e, in maniera meno netta, dalla riforma del codice del 1940-42 introdotta nel 1950. Al contrario, un sistema più vicino alla *revisio* è quello risultante dopo la riforma del 1990 e le più recenti modifiche del 2005, del 2009 e del 2012.

L'interrogativo che viene spontaneo porsi, come già detto, è se nella situazione attuale di congestionamento dei giudizi di appello (specie quelli che si svolgono innanzi alle corti di appello) sia opportuno continuare a propugnare il modello della *revisio* o se piuttosto non sia consigliabile ritornare a quello del *novum iudicium*.

A ben vedere, però, tale interrogativo è fuorviante e, comunque, mal posto. Fuorviante, poiché in base all'esperienza applicativa dovrebbe essere chiaro che nessuna riforma di carattere processuale può considerarsi davvero risolutiva dei mali della giustizia civile, mentre i rimedi, soprattutto alla spropositata durata dei processi, sono da ricercare soprattutto sul piano dell'organizzazione, dell'ordinamento, delle responsabilità e, non da ultimo, delle opzioni di carattere socio-economico e politico-culturale. Mal posto, perché, al limite e in termini più concreti, ci si dovrebbe domandare quale tra i due modelli sia idoneo a perseguire decisioni "giuste" sul piano dell'accertamento della verità dei fatti, su quello delle garanzie, su quello dei costi, su quello dei tempi, su quello dell'effettività della tutela giurisdizionale²⁴.

5. L'appello-revisio nel sistema vigente e nel "diritto vivente"

Nel sistema vigente e nel "diritto vivente" della giurisprudenza, l'appello si atteggia evidentemente a *revisio prioris instantiae*. Questo non toglie che esso presenti occasioni di apertura ai *nova*.

La sua proposizione non è vincolata alla indicazione di motivi tassativamente individuati *ex lege* (come nel ricorso per cassazione), poiché, al contrario, la critica nei confronti della pronuncia di primo grado è libera. Ciononostante, è subordinata alla prospettazione di ragioni di censura ben precisamente individuate. Sino alla riforma del 2012 queste si identificavano con i «motivi specifici» dell'appello, la cui mancanza trovava il regime della propria sanzione non nella legge, bensì nella interpretazione giurisprudenziale, che aveva dapprima affermato la nullità dell'atto introduttivo dell'impugnazione e poi l'inammissibilità²⁵. Nel 2012 la «motivazione» ha preso il posto dei «motivi specifici» ed è stato espressamente stabilito che la sua mancanza determina l'inammissibilità dell'appello (v. art. 342 e 434 cpc).

L'effetto connesso alla proposizione del gravame non è devolutivo in senso pieno e automatico. L'oggetto del giudizio di secondo grado, infatti, è determinato dall'iniziativa dell'appellante principale e di quello in via incidentale, in base a ciò che stabiliscono gli art. 342, 333, 329 cpc, se del caso in via di riproposizione *ex art.* 346 cpc. Nel rispetto delle indicazioni interpretative offerte dalla giurisprudenza²⁶, al giudice di appello si devolve tutto ciò che l'impugnante sceglie, non anche quello che omette di devolvere²⁷.

L'estensione dell'oggetto del giudizio di secondo grado dipende anche dallo *ius novorum* eccezionalmente consentito dall'art. 345 cpc, rappresentato:

- dalle domande basate su fatti sopravvenuti (quali quelle relative a interessi, frutti, accessori matu-

23. Per una sintesi, v. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 454 ss.

24. In questi termini pare porre il quesito anche R. Poli, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 56 ss., il quale propende chiaramente per il modello della *revisio*.

25. V. Cass., sez. un., 29 gennaio 2000, n. 16, *Foro it.*, 2000, I, 1606, con note di G. Balena e di C.M. Barone, e *Corriere giur.*, 2000, 750, con nota di M. De Cristofaro. In precedenza, v. Cass., sez. un., 6 giugno 1987, n. 4991, *Foro it.*, 1987, I, 3037, con nota di G. Balena e *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1819, con nota di G. Monteleone.

26. Sulla nozione di «capo» o «parte» di sentenza, v. Cass., sez. un., 29 gennaio 2000, n. 16, cit.; sul rapporto tra appello incidentale e onere di riproposizione, v. Cass., sez. un., 16 ottobre 2008, n. 25246, *Giusto proc. civ.*, 2010, 851 ss., con nota di M. Brunialti. Nel senso che l'attore in primo grado appellante il quale affermi che la documentazione prodotta dal convenuto in primo grado provi l'esistenza e non il pagamento del suo credito, ha l'onere di provare tale motivo di impugnazione ancorché il convenuto non riproduca in appello la documentazione prodotta in primo grado, v. Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033, *Foro it.*, 2013, I, 819 (prima ancora, Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, *Foro it.*, 2006, I, 1433, con nota duramente critica di G. Balena-R. Oriani-A. Proto Pisani-N. Rascio, nonché *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397, con nota adesiva di R. Poli).

27. In generale, sull'oggetto dell'appello, v. N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996; L. Bianchi, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, Padova, 2000.

- rati e al risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza impugnata) alle quali vanno aggiunte quelle attinenti alle restituzioni ex art. 389 cpc);
- dalle eccezioni rilevabili d'ufficio (alle quali vanno aggiunte, per coerenza sistematica, le allegazioni di fatti costitutivi nuovi operanti *ipso iure* sempre nei limiti in cui non comportino una *mutatio libelli*);
 - dai mezzi di prova (o dai documenti) che la parte dimostri di non aver potuto proporre (o produrre) in primo grado per una causa ad essa non imputabile, ferma restando l'ammissibilità senza limiti del giuramento decisorio²⁸.

In base a questo modello, il doppio grado di giudizio non può realizzarsi non soltanto per le domande la cui proposizione la legge espressamente ammette possa effettuarsi per la prima volta in appello, ma anche in tutte le ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 354, ultimo comma, cpc, «il giudice d'appello dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado», ordinandone, «in quanto possibile, la rinnovazione a norma dell'art. 356», stante la tassatività delle ipotesi di rimessione della causa al primo giudice, ai sensi degli art. 353 e 354, 1°, 2° e 3° comma, cpc²⁹.

6. La prospettiva di analisi economica del diritto: l'efficienza nomofilattica e la componente organizzativa

Da questi sintetici rilievi dovrebbe emergere che non è metodologicamente corretto occuparsi del giudizio di appello senza tener conto dei rapporti di questo con il primo grado di giudizio, almeno per ciò che concerne l'oggetto della cognizione.

Allo stesso modo, ma per ragioni diverse, non si deve prescindere dalla considerazione dei nessi funzionali sussistenti tra appello e giudizio di legittimità,

che si apprezzano non soltanto sotto un profilo strettamente tecnico (con specifico riguardo alle questioni nuove e, in particolare, alle questioni rilevabili d'ufficio³⁰) e di opportunità (l'appello come “filtro” di accesso al giudizio di legittimità), ma anche di analisi economica del diritto.

Sulla decisione di proporre o no l'appello possono incidere diversi fattori sotto quest'ultimo profilo, tra i quali il livello di “informazioni” a disposizione delle parti per valutare la bontà della decisione (ad esempio, l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati), i costi dell'impugnazione, ed anche la capacità dei giudici di secondo grado di accogliere gli appelli fondati e, quindi, di saper correggere gli errori del primo giudice (cd “accuratezza”). A tali elementi di valutazione se ne dovrebbe aggiungere un altro, rappresentato dalla capacità dei giudici di legittimità di correggere gli errori del giudice di secondo grado. In sostanza, nel momento in cui occorre scegliere se proporre o no appello, ci si deve prefigurare non soltanto l'esito dello stesso appello, ma anche il livello di “accuratezza” del giudizio di Cassazione³¹; sicché, quanto più è credibile (accurato ed efficiente) il giudice di legittimità tanto meno sono proposti appelli infondati³². Ciò che potremmo definire “efficienza nomofilattica”.

Inoltre, sempre secondo questa prospettiva, per evitare il rischio di cadere in enunciazioni astratte, occorre che il giudizio di appello sia anche in grado di neutralizzare l'incisività di altri e diversi fattori, quali la mancanza di risorse, ma soprattutto (cioè, con il medesimo e immutato livello di risorse) la disorganizzazione dell'ufficio giudiziario³³.

7. Il «potenziamento del carattere impugnatorio» nel ddl Berruti

Con il ddl delega presentato alla Camera l'11 marzo 2015, recante il n. 2953/C/XVII, intitolato «Dele-

28. Invece, nel rito del lavoro, ai sensi dell'art. 437 cpc, oltre al giuramento estimatorio, sono ammessi in appello i «nuovi mezzi di prova» ritenuti «indispensabili ai fini della decisione della causa» (senza alcuna menzione dei documenti nuovi); diversamente, nel procedimento sommario di cognizione, ai sensi dell'art. 702 *quater* cpc, è anche prevista la valutazione di «indispensabilità».

29. Cfr. G. Balena, *La rimessione*, cit., G. Olivieri, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999.

30. Cfr. S. Trabace, *Le questioni nuove nel giudizio di cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 1177 ss.

31. Cfr., ampiamente, l'analisi di B. Szego, *L'inefficienza degli appelli civili in Italia: regole processuali o altro?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, 285 ss., 309 ss.

32. Sotto altro profilo, il principio può essere espresso in termini di prevedibilità dell'esito della impugnazione, poiché, infatti, quanto più questo è incerto tanto più saranno proposti appelli, anche infondati, là dove la prevedibilità è commisurata al grado di “accuratezza” dei giudici dell'impugnazione (e, in ultima analisi, dei giudici di legittimità). Cfr. G. Costantino, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 646 ss., spec. § 6.

33. Cfr. B. Szego, *op. cit.*, 288 ss.

ga al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile» ed elaborato sulla base dei lavori della Commissione nominata con dm. 27 maggio 2014 e presieduta da Giuseppe Maria Berruti, presidente di sezione della Cassazione, si vuole riformare l'appello potenziandone il carattere «impugnatorio».

Tanto emerge dai principi e criteri direttivi di cui all'art. 1, lett. b, che qui riportiamo per maggiore chiarezza: «quanto al giudizio di appello: 1) potenziamento del carattere impugnatorio dello stesso, anche attraverso la codificazione degli orientamenti giurisprudenziali e la tipizzazione dei motivi di gravame; 2) introduzione di criteri di maggior rigore in relazione all'onere dell'appellante di indicare i capi della sentenza che vengono impugnati e di illustrare le modificazioni richieste, anche attraverso la razionalizzazione della disciplina della forma dell'atto introduttivo; 3) rafforzamento del divieto di nuove allegazioni nel giudizio di appello anche attraverso l'introduzione di limiti alle deduzioni difensive; 4) riaffermazione, in sede di appello, dei principi del giusto processo e di leale collaborazione tra i soggetti processuali, anche attraverso la soppressione della previsione di inammissibilità dell'impugnazione fondata sulla mancanza della ragionevole probabilità del suo accoglimento; 5) introduzione di criteri di maggior rigore nella disciplina dell'eccepibilità o rilevanza, in sede di giudizio di appello, delle questioni pregiudiziali di rito; 6) immediata provvisoria efficacia di tutte le sentenze di secondo grado».

A tali previsioni si accompagnano quelle dirette, da un lato, alla valorizzazione del primo grado di giudizio (in particolare, v. lett. a), nn. 2 e 3), dall'altro, al rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione e alla razionalizzazione del procedimento e delle tecniche di motivazione (in particolare, v. lett. c), nn. 1, 2 e 3).

Al di là delle singole novità sul piano tecnico, il progetto complessivo della riforma è cristallinamente enunciato nella Relazione illustrativa: «Il giudizio è chiuso nella citazione o nel ricorso in primo grado. Nulla di ciò che è stato estraneo a tale atto o alla sentenza può essere portato davanti al giudice di appello. Questa misura può apparire certamente costosa in termini di giustizia sostanziale, ma essa rende il difensore consapevole della delicatezza della sua funzione».

L'opzione di fondo, dunque, è la seguente: conservare il giudizio di appello, ma collocarlo su un binario ben preciso che con la natura di rimedio volto a far valere (anche) l'ingiustizia della sentenza di primo grado, sembra avere poco o nulla a che vedere, mentre presenta pressoché esclusivamente la connotazione di mezzo per la correzione degli errori del primo giudice. Di quanto rischiosa sia questa opzione in termini di «giustizia sostanziale» è ben consapevole anche il prossimo legislatore.

Più nel dettaglio, in questa sede val forse la pena soffermarsi sui «criteri dispari» di cui ai nn. 1, 3 e 5, piuttosto che su quelli «pari» di cui ai nn. 2, 4 e 6³⁴.

Orbene, il «potenziamento del carattere impugnatorio» dell'appello dovrebbe avvenire attraverso due strade: per un verso, «la codificazione degli orientamenti giurisprudenziali», per un altro, «la tipizzazione dei motivi di gravame».

La prima sembra rappresentare un'interessante scommessa. Premesso che si fa riferimento agli «orientamenti giurisprudenziali» in generale (e non, come dovrebbe essere a quelli «consolidati»), peraltro, senza specificare nemmeno se gli «orientamenti» degni di recepimento normativo siano soltanto quelli della Cassazione (sebbene anche in tal caso facendo leva sul buon senso interpretativo, non dovrebbe farsi fatica a limitare a questi ultimi il riferimento e comunque, un riferimento in tal senso è contenuto nella Relazione illustrativa), non è un mistero che la giurisprudenza (di legittimità), degli ultimi anni si sia distinta principalmente per la repentinità dei mutamenti di indirizzo, oltre che per la frequente discutibilità dei provvedimenti e delle argomentazioni adottate per sostenerli. Sicché, sarà opera non semplicissima tradurre in norma di legge tali orientamenti. A meno che non si voglia sostenere che la mancanza del riferimento alla pacificità degli stessi non sia casuale e che, in realtà, il legislatore delegante voglia lasciare al Governo la facoltà di scegliere quale di essi recepire, con valutazione discrezionale e politica, che, stando all'impostazione generale del ddl, dovrebbe finire per privilegiare quelli improntati a maggiore rigore e ispirati all'ansia di celerità. Ci sarebbe, invece, da augurarsi che il legislatore delegato, una volta che il compito gli sarà effettivamente affidato, «codifichi» gli orientamenti giurisprudenziali ponderando i costi dell'operazione in termini di giustizia delle decisioni.

34. Invero, il n. 2 non presenta profili di particolare problematicità, se soltanto si pone mente alla interpretazione che ormai può dirsi prevalente di quanto stabilito dall'art. 342 cpc (nello stesso senso, v. S. Menchini, *Il disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile*, in *Giust. civ.*, 2015, 369). La previsione di cui al n. 4, al di là della enunciazione tanto importante quanto generica della prima parte, è certamente molto apprezzabile là dove provvede all'eliminazione del «filtro» di inammissibilità di cui ai menzionati art. 348 bis e 348 ter cpc; tuttavia, non è sufficiente a conservare all'appello la funzione anche di mezzo per denunciare l'ingiustizia della sentenza, poiché, infatti, se la previsione di quel «filtro» si è rivelata, oltre che in teoria, anche alla prova dei fatti, inutile e dannosa, la sua soppressione può, tutt'al più, essere considerata una saggia e doverosa forma di riparazione di un clamoroso errore tecnico e politico del legislatore del 2012. Il n. 6 fa da *pendant* al criterio di cui alla lett. a), n. 3 («immediata provvisoria efficacia di tutte le sentenze di primo grado»).

La seconda strada, se attuata, rischia di ridurre l'appello ad un improbabile quasi-“doppione” del giudizio di legittimità.

L'idea non è nuova. In passato, si era già suggerito di circoscrivere i motivi in fatto al controllo della congruità logica della motivazione, senza porre, invece, alcun limite in relazione ai motivi in diritto³⁵. Oggi, invece, il ddl non specifica in cosa questa «tipizzazione» debba consistere, come debba essere attuata, sebbene la Relazione illustrativa ci dia lumi in proposito.

Tra i «principi ispiratori» della riforma del giudizio di appello, infatti, essa include il «rafforzamento del carattere di impugnazione a critica vincolata fondata sui seguenti motivi: a) violazione di una norma di diritto sostanziale o processuale; b) errore manifesto di valutazione dei fatti».

È evidente lo stravolgimento del giudizio di appello, tradizionalmente a critica libera, che ne deriverebbe³⁶.

Con specifico riguardo ai motivi in fatto, confinati all'«errore manifesto», si prospetterebbe all'interprete la difficoltà dell'individuazione dell'esatto significato della formula, se cioè in essa possa ritenersi compreso sia l'errore che risulti dalla lettura della sentenza in maniera palese, sia quello consistente in un vizio della motivazione³⁷ e, in quest'ultimo caso, se questo possa risolversi in un profilo di contraddittorietà o illogicità o insufficienza della stessa ovvero se debba assurgere agli estremi della «anomalia motivazionale che si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della

sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali [...] nella “mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico”, nella “motivazione apparente”, nel “contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili” e nella “motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile”», sulla falsariga di quanto affermato dalla Cassazione con riferimento all'art. 360, 1° comma, n. 5 cpc³⁸.

Peraltro, circostanza ancor più grave, la limitazione al solo «errore manifesto» finisce per escludere ogni possibilità di appello avverso sentenze ingiuste sì (sotto il profilo della ricostruzione del fatto) che, però, non presentino profili di errore – appunto – «manifesto»³⁹. Ciò che sembra non rappresentare una eventualità statisticamente remota.

A ben vedere, inoltre, pare legittimo dubitare che questa configurazione del giudizio di secondo grado sia davvero utile a soddisfare l'obiettivo di celerità. Invero, per quanto statisticamente possa affermarsi la maggiore frequenza che le censure attengano a profili di diritto⁴⁰ e, al contempo, la bassa probabilità che il giudice di appello disponga la rinnovazione dell'istruttoria⁴¹, non si può negare che la «tipizzazione» dei motivi nel senso indicato dalla Relazione, nel trasformare l'appello in una vera e propria «azione di impugnativa»⁴², avrebbe l'effetto non di accelerare la definizione dei procedimenti, bensì di limitare grandemente le occasioni per capovolgere un esito ingiusto in fatto.

Un'ulteriore forma di irrigidimento che contribuisce pure a delinearne l'appello in termini di «impugnativa» è rappresentata dalla totale chiusura ai *nova*. All'appellante è impedito di proporre nuove domande

35. Cfr. A. Proto Pisani, *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, in *Foro it.*, 1991, I, 107 ss.; nonché, su posizioni analoghe, C. Consolo, *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo (una disciplina in crisi)*, in *Ius*, 1997, 95 ss.; V. Denti, *Appunti sulla riforma delle impugnazioni civili*, in *Foro it.*, 1982, V, 111 s., sia pure senza limitazione dei motivi in fatto al controllo logico della motivazione.

36. Molto meno dirompente è il testo del parallelo ddl 2921/C/XVII, presentato il 2 marzo 2015, che propone di modificare direttamente l'art. 342 cpc sostituendo la necessità di “motivare” l'atto di appello con la quella di indicare specificamente «le censure in fatto o in diritto nei confronti della sentenza impugnata», sempre a pena di inammissibilità.

37. La possibilità di riferire la formula di cui nel testo all'errore riguardante la motivazione è confermata, come giustamente nota S. Menchini, *op. ult. cit.*, cit., 371, dal fatto che la Relazione illustrativa parla di «errore manifesto nella valutazione dei fatti».

38. V. Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, *Foro it.*, 2015, I, 209, con nota di P. Quero.

39. Cfr. M. Pacilli, *op. cit.*, 265, il quale, nel lodevole tentativo di ampliare il significato della formula, propone di interpretarla nel senso che il carattere «manifesto» dell'errore di fatto consista «nell'efficacia causale che esso deve avere nei confronti della decisione appellata, nel senso che deve risultare rilevante per la sentenza impugnata ovvero idoneo ad inficiarne la correttezza».

40. Cfr., sia pure con riferimento al processo del lavoro, S. Chiarloni, *La cassazione e le norme*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 982 ss.; Id., *L'appello nel processo del lavoro. Profili dell'esperienza*, Milano, 1984, 77 ss.

41. Cfr. G. Balena, *Il sistema delle impugnazioni civili nella disciplina vigente e nell'esperienza applicativa: problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2001, 134.

42. In tal senso v. anche S. Menchini, *op. cit.*, 372.

(anche, a quanto pare, quelle attualmente fondate su fatti sopravvenuti), nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova e, più in generale, «nuove allegazioni», nonché, come spiega la Relazione, «nuove ragioni o deduzioni in diritto per dimostrare la fondatezza giuridica delle domande e delle eccezioni precedentemente proposte, che non siano già state sottoposte al giudice di primo grado». Limiti questi, perfettamente in linea con l'intenzione, anch'essa palesata nella Relazione, di adottare una disciplina di maggior «rigore – se del caso avvalendosi dei risultati dell'elaborazione giurisprudenziale in tema di rilevanza del giudicato interno, anche di carattere implicito – nella disciplina dell'eccepibilità o rilevabilità, in sede di giudizio di appello, delle questioni pregiudiziali di rito», a sua volta, coerente la volontà di concentrare nel primo grado di giudizio la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

Eppure, non si può fare a meno di osservare che:

a) la chiusura alle nuove domande sui fatti sopravvenuti, per un verso, finisce per rendere vuoto e formale l'intero giudizio di appello, per un altro, favorisce la proposizione di nuovi giudizi nei quali far valere i diritti fondati su quei fatti;

b) l'applicazione generalizzata dell'espedito costituito dal giudicato implicito è molto pericolosa, nella misura in cui essa comporta un pregiudizio al contraddittorio tra le parti e l'esenzione dei giudici dal dovere di motivare i propri provvedimenti⁴³;

c) in generale, la preclusione alla possibilità di dedurre nuove allegazioni riduce l'appello ad una «semplice rilettura delle carte»⁴⁴ e si risolve nell'accoglimento dell'interpretazione più rigorosa del significato di «rilevabilità d'ufficio» delle eccezioni, che non tiene

conto degli ultimi «orientamenti giurisprudenziali»⁴⁵;

d) più in particolare, il divieto di deduzione di nuove ragioni di diritto per supportare la propria posizione: d1) sembrerebbe comportare un ridimensionamento dell'operatività del principio *iura novit curia*⁴⁶, poiché, se l'obiettivo perseguito dalla riforma attraverso il divieto in parola è quello di precludere ogni possibilità di apertura dell'appello a nuovi scenari rispetto al primo grado per ragioni di celerità, anche l'esercizio del relativo potere da parte del giudice di secondo grado è idoneo a minare il perseguimento dell'obiettivo stesso; d2) porta sì alla formazione del giudicato su tali questioni in mancanza di impugnazione e, quindi, a un effetto positivo di certezza e stabilizzazione, ma rischia di impedire, quando la questione di diritto riguarda soltanto la sostituzione di una fattispecie legale ad un'altra, il più corretto e giusto svolgimento della funzione decisoria⁴⁷;

e) in ogni caso, il divieto di *nova* non potrebbe mai impedire lo svolgimento di attività che la parte non abbia potuto svolgere in precedenza per una causa ad essa non imputabile⁴⁸.

Ancora, si legge nella Relazione illustrativa che la riforma dell'appello deve avvenire seguendo sia il «principio ispiratore» della «ulteriore restrizione del novero delle ipotesi di rimessione della causa al primo giudice, salvi i diritti di difesa e al contraddittorio», sia quello dell'«ampliamento dell'utilizzo del provvedimento dell'ordinanza (soggetta a ricorso per cassazione) in funzione decisoria (ad esempio per la declaratoria dell'inammissibilità ovvero dell'improcedibilità, nonché per il rigetto dell'appello all'esito dell'udienza di discussione)». Orbene, il primo è da

43. Sul giudicato implicito relativo alla questione di giurisdizione, v. la ben nota Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, *Foro it.*, 2009, I, 810, con nota di G.G. Poli. Successivamente, v. anche Cass. 14 novembre 2014, n. 25353, che ha rimesso gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite della questione se il limite alla rilevabilità, in ogni stato e grado del giudizio, del difetto della *legitimitas ad processum* del rappresentante, costituito dal giudicato, implichi un'espressa affermazione del giudice circa l'esistenza del potere rappresentativo o possa altrimenti implicitamente desumersi anche dall'avvenuta decisione del merito della causa.

44. In tal senso, v. P. Biavati, *Note sullo schema di disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 217.

45. Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, *Foro it.*, 2013, I, 3500, che, nell'aderire alla posizione secondo la quale sollevare un'eccezione significa allegare il fatto posto a fondamento dell'eccezione stessa (cfr., in dottrina, R. Oriani, *Eccezione rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corriere giur.*, 2005, 1156 ss.; Id., *Eccezione*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1991, VII, 266 ss.; Id., *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 9 ss.), pare aver superato il precedente restrittivo orientamento riconducibile a Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, *Foro it.*, 1998, I, 764, che identificava quella attività come mera possibilità di attribuire rilevanza o efficacia giuridica ad un fatto già ritualmente allegato. Sul tema, di recente v. E. Merlin, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 299 ss.; C. Cavallini, *L'eccezione «nuova» rilevabile d'ufficio nel giudizio d'appello riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 588.

46. Dello stesso avviso è anche S. Menchini, *op. cit.*, 375.

47. Cfr., se vuoi, D. Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008.

48. Cfr. anche S. Menchini, *op. cit.*, 374, che aggiunge la possibilità per la parte di svolgere attività «non compiute (o invalidamente poste in essere) in primo grado a causa di un vizio processuale riscontrato dal giudice dell'impugnazione».

salutare con favore poiché, indipendentemente da ogni considerazione relativa alla costituzionalizzazione del doppio grado di giurisdizione, consente di evitare un risultato di diseconomia processuale. Il secondo, pure apprezzabile, non si eleva a novità di particolare rilevanza e utilità sul piano concreto, conoscendo già la disciplina del giudizio di appello modelli decisori rapidi e snelli (quale ad esempio è quello offerto dall'art. 281 *sexies* cpc). Sta di fatto che né l'uno né l'altro sembrano rientrare in nessuno dei sei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega.

8. L'appello, come garanzia di giustizia

Le proposte di eliminazione dell'appello possono considerarsi, dunque, abbandonate. La direttiva generale, risultante dall'elaborazione dottrinale e dagli interventi normativi degli ultimi decenni, è quella di conservare il rimedio sotto forma di giudizio di secondo grado e non di improbabile opposizione innanzi al medesimo giudice di primo grado.

Allo stesso tempo, pare destinata al superamento l'idea, pur autorevolmente sostenuta⁴⁹, di concepire l'appello come *novum iudicium*, essendo stata questa soppiantata, anche a livello giurisprudenziale, da quella che predilige il modello della *revisio prioris instantiae*, basato sulla individuazione di motivi specifici e tendenzialmente chiuso ai *nova*.

Tuttavia, a questo punto le posizioni divergono alquanto, portandosi avanti, da un lato, la tesi che vuole trasformare il gravame in azione di impugnativa e, quindi, a critica vincolata, dall'altro, quella che preferisce mantenerlo a critica libera, sia pure veicolato attraverso un'attività analiticamente selettiva dell'appellante con riguardo alle questioni (e non genericamente ai "capi" di domanda).

La prima di queste tesi, a sua volta, conosce alcune varianti. Infatti, vi è chi sostiene che la "tipizzazione" debba riguardare sia i motivi in fatto sia quelli in diritto⁵⁰; chi la limita ai motivi in fatto, relegandoli alla denuncia del vizio di congruità logica della motivazione⁵¹; chi, infine, tra questi ultimi, ritiene che in caso di annullamento della sentenza impugnata, il giudice d'appello debba procedere alla rinnovazione

del giudizio di fatto⁵², chi, invece, riscrive il significato di rimessione al primo giudice estendendone le ipotesi applicative alle cause di maggiore complessità o rilevanza⁵³.

La seconda tesi opta comunque per un modello di *revisio* selettiva, con apertura ai *nova* giustificati dallo sviluppo del processo e dalla sussistenza di una causa non imputabile che abbia impedito lo svolgimento dell'attività in primo grado.

Tra le due tesi, è da preferire quest'ultima. Si è già segnalata, infatti, la pericolosità di una predeterminazione legale dei motivi di appello, in particolare di quelli in fatto e la contrarietà al principio di economia processuale di un allargamento dei casi in cui la ricostruzione del fatto, a seguito della conclusione del giudizio rescindente, ritorni al giudice di primo grado. A ben vedere, se è vero che i giudici di appello statisticamente già tendono ad impostare la propria cognizione nel senso di un «controllo dell'operato del giudice *a quo*», piuttosto che a rinnovare il giudizio di fatto, se del caso attraverso la rinnovazione dell'istruttoria, il tentativo di ridurre i tempi del secondo grado attraverso la "tipizzazione" dei motivi di gravame si rivela sproporzionato rispetto al fine. In altri termini, limitare i motivi di appello ad ipotesi tassativamente indicate dal legislatore non contribuisce ad accelerare effettivamente il processo e, allo stesso tempo, rischia di favorire l'emissione di decisioni ingiuste.

L'appello a critica libera, invece, non ingessa l'impugnazione in schemi cognitivi predeterminati legalmente, e non per questo tradisce l'esigenza di ordine e razionalità che sempre dovrebbe essere perseguita, in qualunque processo. A questo fine, un ruolo determinante è svolto dai motivi specifici e dal 2012 dalla "motivazione" della sentenza, di cui all'attuale art. 342 cpc, la cui funzione – lungi dall'essere quella di presentare al giudice un cd "progetto di sentenza" – è quella di circoscrivere l'oggetto del giudizio di secondo grado alle questioni selezionate dall'appellante. Un appello di questo tipo, nel quale all'attività di selezione contribuisce anche l'istituto della riproposizione ex art. 346 cpc, sotto il profilo dell'efficienza costituisce un modello accettabile.

Senonché, il modello appena descritto, di per sé, non è ancora sufficiente ad assicurare la giustizia della decisione.

49. Cfr. F. Cipriani, *L'appello civile tra autoritarismo e garantismo*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 329; Cfr. G. Monteleone, *La crisi dell'appello civile ed il dissesto delle Corti d'appello: cause e rimedi*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 863 ss.

50. Cfr. V. Denti, *op. cit.*, 112 ss., al quale si unisce adesso il prossimo eventuale legislatore del ddl Berruti.

51. A. Proto Pisani, *Note sulla struttura dell'appello*, cit., 114 ss.; C. Consolo, *La rimessione*, cit., 97 s.

52. A. Proto Pisani, *Note sulla struttura dell'appello*, loc. cit.

53. C. Consolo, *La rimessione*, loc. cit., 97 s.

A tal fine, infatti, sul piano tecnico, ferma restando la generale operatività della rimessione in termini ex art. 153, 2° comma, cpc, non si dovrebbe poter prescindere:

- come già stabilito dalla disciplina vigente, dall'apertura alle nuove domande fondate su fatti sopravvenuti (ciò che risponde pure ad esigenze di economia), nonché alle nuove eccezioni rilevabili d'ufficio (nel significato di recente affermato dalle sezioni unite⁵⁴) e alle prove la cui novità sia giustificata dalla novità dell'attività assertiva consentita⁵⁵;
- *de iure condendo*, dalla libera producibilità dei documenti nuovi⁵⁶.

A questa fisionomia dell'appello, la cui funzione

- come è stato messo autorevolmente in evidenza

– non sarebbe soltanto quella di correggere gli errori del giudice, ma anche quelli delle parti (e del loro difensore)⁵⁷, certamente non varrebbe opporre l'asserita esistenza di un principio in base al quale, una volta maturate le preclusioni in primo grado, non è più possibile effettuare in secondo grado le attività precluse, poiché, come è stato ampiamente dimostrato⁵⁸, il legislatore è libero di disciplinare nel modo che ritiene più opportuno il rapporto tra i gradi di giudizio.

Opzione questa, che, nella ricerca di una soluzione di equilibrio, sembra idonea a soddisfare le esigenze concorrenti e, tuttavia, in una situazione di mancanza o cattiva gestione delle risorse, lascia l'amara sensazione che rappresenti una delle tante voci di una disputa senza fine (sul migliore dei modelli possibili)⁵⁹.

54. Ci si riferisce a Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit.

55. Dunque, dovrebbero essere ammessi i nuovi mezzi istruttori volti a provare i fatti nuovi allegabili per la prima volta in appello, vale a dire quelli sopravvenuti e costitutivi di nuove domande (per questa ragione ammissibili), nonché quelli posti a fondamento delle eccezioni rilevabili d'ufficio, nel significato accolto, come già messo in luce, dalle sezioni unite della Cassazione.

56. Libera producibilità che dovrebbe essere introdotta attraverso la modifica dell'art. 345, 3° comma, cpc, come modificato dapprima, dalla l. 69/2009, successivamente dal dl 83/2012, conv. con modif. in l. 134/2012, con ritorno alla situazione già esistente, sotto forma di "diritto vivente", prima del *revirement* operato da Cass., sez. un., 20 aprile 2005, nn. 8202 e 8203, *Foro it.*, 2005, I, 1690, con note di C.M. Barone, A. Proto Pisani, D. Dalfino, *ibid.*, 2719, con nota di C.M. Cea, *Corriere giur.*, 2005, 929, con note di G. Ruffini e C. Cavallini, e *Riv. dir. proc.*, 2005, 1051, con nota di B. Cavallone. Una tale modifica servirebbe anche a dare coerenza al sistema, poiché, infatti, è evidente a tutti che non ha alcun senso (e, comunque, non risponde a ragioni di giustizia) affermare la possibilità di sollevare nuove eccezioni (sia pure soltanto quelle in senso lato) e poi precludere la possibilità di provare quelle eccezioni attraverso la produzione del documento da cui risulti la sussistenza del fatto posto alla base dell'eccezione.

57. Cfr. A. Proto Pisani, *Note sull'appello civile*, in *Foro it.*, 2008, V, 257 ss., il quale, nel ripensare le proprie posizioni espresse nel 1991, ha auspicato un modello di appello, per un verso, ristretto il più possibile alle questioni devolute al giudice di secondo grado, per altro verso, pienamente aperto ai *nova*.

58. Cfr. per tutti G. Balena, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 45 ss., ove ampi riferimenti.

59. Di una certa utilità concreta, se non sul piano delle risorse disponibili, quanto meno su quello organizzativo, sembra il progetto del cd ufficio per il processo, sul quale v., di recente, il dm 1° ottobre 2015 (v. già le misure di cui agli art. 69 ss. dl 69/2013, conv. con modif. in l. 98/2013).

Il giudizio di appello nel disegno di legge delega

di Giulio Cataldi

L'Autore sottolinea da una parte come sarebbe stato necessario, prima di proporre una nuova modifica del giudizio di appello, verificare in concreto come la riforma del 2012 stia incidendo sul complessivo andamento dei giudizi in appello con attenzione alle differenti prassi adottate nelle Corti.

Dall'altra evidenza la problematicità di una ulteriore chiusura di spazi di rivisitazione del materiale esaminato in primo grado e della soppressione dell'inammissibilità per improbabilità di accoglimento dell'appello.

1. Malgrado da più parti si fossero levate accorate richieste affinché si attuasse una sorta di “fermo biologico” nella irrefrenabile produzione di novelle al processo civile, anche il Governo in carica non ha resistito alla tentazione di istituire un'apposita commissione, presieduta da Giuseppe Maria Berruti, incaricata di elaborare proposte di riforma, ed ha, poi, fatto proprio quell'elaborato, trasfuso nel disegno di legge delega presentato dal ministro Andrea Orlando, di concerto col ministro dell'Economia, alla Camera dei deputati l'11 marzo 2015.

Non è questa la sede, considerato il limitato ambito di questo mio intervento, per ripetere le ragioni che suggerivano una tregua nelle riforme processuali, una pausa nelle continue novelle e, soprattutto, una verifica degli esiti delle innumerevoli precedenti modifiche, spesso annunciate come risolutive o epocali. Non può, però, non evidenziarsi che i due condivisibilissimi obiettivi di fondo che la Commissione Berruti individua (un processo comprensibile; un processo spedito) sono, almeno in parte, contraddetti già dal fatto che quest'ennesima riforma si inserirà in un tessuto ancora non stabile, che necessitava di assestamenti e consolidamenti interpretativi: anche a voler essere ottimisti sui risultati di questa nuova modifica processuale, è certo che essa stessa, almeno in un primo tempo, genererà difficoltà di interpretazione e, per ciò stesso, rallentamenti e ritardi.

2. Anche se quest'intervento è limitato all'esame delle proposte relative al giudizio di appello, è necessario partire da una premessa.

La Commissione Berruti, saggiamente, afferma che occorre guardare indietro «per cercare di comprendere, senza preconcetti o pregiudizi, le cause dell'attuale inefficienza (cosa difficile, ma necessaria per capire dove e come intervenire)». Il punto problematico, però, ad avviso di chi scrive, è che in questo guardare indietro la Commissione ha avuto, per così dire, uno sguardo strabico, capace di vedere solo le prassi deteriori (innegabili, certamente ancora diffuse, ma certamente non incontrastate), trascurando decenni di sforzi di elaborazione, di prassi virtuose, di “Osservatori per la giustizia civile” (per indicare un fenomeno, noto a tutti e molto significativo, ma stranamente trascurato già in fase di composizione della Commissione), che hanno mostrato, e *dimostrato*, che era ed è possibile un diverso funzionamento del processo civile.

Certo, non si vuole negare che alcune affermazioni («quando la causa va a sentenza e si comincia a studiarla davvero ...»; «il giudice è scarsamente incentivato a studiare il processo prima della scadenza dei termini dell'art. 183 cpc»; «le prassi se non *contra*, certamente *praeter legem*, in uso presso molti tribunali, addirittura di far decorrere a ritroso rispetto all'udienza ex art.184 cpc ... il triplo termi-

ne») corrispondano ad un dato di realtà abbastanza diffuso.

Ma il punto è proprio questo: se questo dato di realtà è visto (e non potrebbe essere altrimenti) con occhio critico dalla Commissione, e dal Governo proponente la delega per la riforma, occorrerebbe capire come si fa a superare queste prassi deteriori; come hanno fatto tante e tanti giudici civili a contrastare questo vecchio schema; come spingere verso modelli di gestione dell'udienza, del ruolo, del lavoro del giudice civile in generale, che siano in grado, anche a legislazione invariata, di dare un senso ai concetti di oralità, di preventiva preparazione delle cause, di concentrazione (nei limiti dell'umanamente possibile), di dialogico confronto con le parti, ecc. Anche perché, se nel passaggio dal "vecchio rito" al rito della l. 353/90 entrata realmente in vigore nel '95 (e poi variamente modificato, emendato, integrato, corretto), sono sopravvissute diffuse "sacche" di resistenza nei giudici e negli avvocati, che ancora continuano a lavorare come se nulla fosse cambiato, vuol dire che non vi sarà riforma legislativa in grado di sradicare inveterate consuetudini e prassi. Più proficua, allora, sarebbe un'opera di incentivazione, di sistematica valorizzazione degli atteggiamenti virtuosi, di loro sponsorizzazione a livello formativo, ecc.; e di "repressione" (culturale, innanzitutto, ma anche, ove occorra, a livello di valutazione di professionalità) di quegli atteggiamenti neghittosi o, quanto meno, restii ad una interpretazione più efficiente del ruolo del giudice civile.

Per individuare le attuali cause di inefficienza, dunque, la Commissione avrebbe dovuto muovere da una ricognizione più veritiera dell'esistente, per capire come, in sedi giudiziarie le più diverse tra loro per carichi di lavoro, copertura di organici, qualità del foro, siano sorte e si siano sviluppate esperienze di efficienza (o quanto meno, di sensibile minor inefficienza); e provare a ripartire da quelle, e non da una rassegnata presa d'atto del fallimento di tutto ciò che sinora è stato fatto.

Non vale a superare questo rilievo di fondo la critica che lo stesso presidente Berruti ebbe a muovere a tali argomenti nel corso di un incontro di studi organizzato dalla Scuola superiore della magistratura: che, cioè, non ci si può occupare delle élite, e che occorre, piuttosto, tener presente il modo di lavorare della generalità di giudici ed avvocati (ovviamente, banalizzo e semplifico un discorso che fu più articolato e complesso). L'approccio, a mio parere, dovrebbe, caso mai, essere proprio capovolto, pur consapevole che far funzionare l'esistente è molto più difficile che non promettere cambiamenti radicali e salvifici (la cui verifica è, per la natura delle cose, rinviata di molto nel tempo).

3. È emblematico di quest'approccio, privo di dati sufficienti sulla situazione pregressa, e tutto basato sulla presa d'atto dell'esistente, e del peggio dell'esistente, l'intervento riformatore previsto in materia di giudizio di appello.

Occorre considerare che alcune significative innovazioni sono state introdotte, in tema di appello, dal dl 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134 (entrato in vigore nel settembre di quell'anno).

Tra queste, particolarmente rilevanti la modifica dell'art. 342 cpc, e l'inserimento degli artt. 348 bis e segg. cpc.

Con la prima, in estrema sintesi, il legislatore ha voluto recepire, rendendole particolarmente rigorose, alcune indicazioni che la giurisprudenza di legittimità aveva già fornito in tema di specificità dei motivi di appello, ipotizzando uno schema formale di riferimento dell'atto di appello, volto a vincolare la critica da muovere alla decisione di primo grado (le critiche alla ricostruzione del fatto compiuta dal primo giudice, le circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza).

Lo schema dell'appello ora imposto dal legislatore, in teoria di lineare illustrazione, in pratica di ben più complessa applicazione, prevede, dunque, l'indicazione delle parti del provvedimento che si intendono appellare, le censure specifiche alle stesse, e la specificazione delle modifiche che vengono richieste.

Con la seconda, è stato introdotto il cd filtro in appello, vale a dire la possibilità per il giudice del gravame che verifichi la mancanza di ragionevoli probabilità di accoglimento dell'impugnazione, di pronunciare un'ordinanza di inammissibilità e chiudere, per tale via, già in prima udienza, il giudizio.

Molto si è detto e si potrebbe dire a proposito delle incongruenze dal punto di vista della tecnica normativa di questo intervento riformatore, soprattutto con riferimento al "filtro": basti pensare alla contraddittorietà di una pronuncia di inammissibilità da emettere nei casi di infondatezza del gravame (e con espressa esclusione di tale modello decisorio per i casi in cui, invece, l'appello sia inammissibile per altri motivi ...).

Ciò che, però, in questa sede va sottolineato è che la novella del 2012 (entrata in vigore nel mese di settembre di quell'anno) venne presentata (come di consueto) come una svolta "epocale" nell'assetto del giudizio di appello, tale da imporre (come di consueto) un radicale "cambiamento culturale" negli operatori. Ebbene, la situazione di sofferenza di moltissime corti d'appello era, ed è, tale che, anche a fronte della migliore delle riforme possibili, che fosse stata davvero in grado di velocizzare i tempi di esaurimento dei giudizi in secondo grado, per verificarne gli effetti occorrerebbero alcuni anni (e sempre che le condizioni di partenza restino invariate).

Ed invece, curiosamente, mentre l'allegato al disegno di legge delega sul progetto "Berruti" contenente l'Analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) contiene la descrizione degli indicatori che, negli anni a venire, consentiranno di verificare il grado di raggiungimento degli obiettivi e di attuazione dell'intervento oggi proposto, nessuna indagine risulta condotta sugli esiti delle riforme del 2012: non vi sono statistiche che indichino se, col nuovo art. 342 cpc, siano diminuiti gli appelli, o se siano aumentate le definizioni ai sensi dell'art. 281 *sexies* cpc (modalità con cui può rapidamente "sanzionarsi" un appello inammissibile o accogliersi un appello evidentemente fondato); soprattutto, non vi sono statistiche che indichino quanti procedimenti, divisi per corti d'appello, siano stati conclusi ai sensi dell'art. 348 *bis* cpc.

Quest'ultimo dato, in particolare, sarebbe stato molto interessante. Non ho, ovviamente, al riguardo elementi attendibili per poter affermare in quali Corti la norma venga applicata, con quale incidenza rispetto alle complessive sopravvenienze, ecc. Tuttavia, dalla partecipazione ad alcuni corsi organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, ho tratto la convinzione che, anche in questo caso, la situazione si presenti a macchia di leopardo, e che, mentre in alcune Corti (o, addirittura, in alcune sezioni, o in alcuni collegi di alcune sezioni) la complessiva organizzazione del lavoro è stata (ri)strutturata per consentire un efficace utilizzo delle norme indicate, in altre la novità è del tutto disapplicata o, addirittura, fieramente avversata.

4. La Commissione Berruti, con realismo, individua la ragione principale dell'arretrato delle cause civili d'appello non nella procedura, ma, da un canto, nella irrazionalità della geografia giudiziaria, dall'altro (e soprattutto) nelle inefficienze di organizzazione degli uffici e del lavoro dei magistrati.

Subito dopo, però, non senza un certo grado di contraddittorietà, reputa che anche il giudizio di appello meriti un sia pur parziale intervento riformatore, orientato maggiormente verso un gravame di tipo prettamente impugnatorio, "cerniera" tra l'accertamento dei fatti demandato al giudizio di primo grado ed il giudizio di legittimità devoluto alla cassazione, ed individua così le finalità dell'intervento riformatore.

Le finalità ipotizzate sarebbero: il rafforzamento del carattere di impugnazione a critica vincolata, il rafforzamento del divieto di *nova*, la riaffermazione del principio del giusto processo e di leale collaborazione tra le parti, il maggior rigore nella eccepibilità o rilevabilità in appello delle pregiudiziali di rito, la restrizione dei casi di rimessione al primo giudice, l'ampliamento dell'utilizzo dell'ordinanza decisoria al

termine della discussione (almeno per i casi di inammissibilità, improcedibilità o rigetto dell'appello).

5. Ora, proprio partendo dalle premesse sopra esposte (l'utilità da più parti indicata di fermare per un po' la "bulimia" legislativa in materia processuale; l'opportunità, in ogni caso, di guardare l'esistente in tutta la sua complessità, e non solo nelle esperienze peggiori; la necessità, prima di proporre nuovi interventi riformatori, di verificare gli esiti di quelli precedenti), possono avanzarsi alcuni rilievi.

Sarebbe stato auspicabile che, prima di mettere mano ad una nuova modifica del giudizio di appello, si verificasse in concreto, e con dati "certi", come la riforma del 2012 stia incidendo sul complessivo andamento dei giudizi di appello; opportuna sarebbe stata una riflessione sui "costi", in termini di giustizia sostanziale, del nuovo art. 342 cpc; sarebbe stato, poi, necessario capire come e perché in alcune Corti l'art. 348 *bis* cpc è, di fatto, disapplicato; utile sarebbe stata una comparazione tra i risultati (oggi si direbbe le *performance*) delle Corti (o delle sezioni, o dei collegi) in cui quella norma è impiegata rispetto a quelle di quanti l'art. 348 *bis* cpc hanno tacitamente abrogato.

Se, come penso, tale indagine avesse condotto a toccare con mano l'utilità del filtro (che, per una sorta di eterogenesi dei fini, pur essendo norma scritta male, quante altre mai, ha però un potenziale positivo grandissimo nell'indurre, comunque, i giudici di appello ad uno studio immediato delle cause, tale da poter condurre non solo ad una pronuncia di inammissibilità, ove ne ricorrano i presupposti, ma anche ad immediate pronunce ai sensi dell'art. 281 *sexies* cpc per quelli palesemente fondati o inammissibili per motivi diversi da quelli del 348 *bis*), l'intervento riformatore si sarebbe potuto limitare anche ad un *restyling* della norma, superando l'attuale grossolana aporia tra infondatezza ed inammissibilità che la caratterizza, semplificando gli strumenti di successivo ricorso per cassazione. Non solo: se l'esito di quella verifica avesse condotto ai risultati che ho immaginato, sarebbe stato quanto mai opportuno da parte del Ministero e del Csm un coinvolgimento anche di tutte le sedi formative (da quelle decentrate a quella centrale della Scuola superiore della magistratura) allo scopo di veicolare e diffondere un approccio "positivo" alle norme in questione, al contrario di quanto è avvenuto in questi ultimi anni, in cui (e questa è esperienza diretta) nei corsi organizzati dalla Scuola è capitato di dover sentire "accorati appelli" alla disapplicazione dell'art. 348 *bis* cpc, tacciato di incostituzionalità (sulla base di un'errata lettura di una sentenza della Corte Edu relativa ad un'analogia norma finlandese) o, comunque, in nome di una supposta sua inutilità.

6. Il primo ambito di intervento proposto dalla Commissione Berruti attiene al rafforzamento del carattere impugnatorio dell'appello, "cerniera" tra il primo grado ed il giudizio di legittimità.

Da ciò, una sorta di tipizzazione dei motivi di appello, relativi a) a violazione di una norma di diritto sostanziale o processuale, o b) ad un errore manifesto nella valutazione dei fatti. Coerente con tale impianto, poi, l'ulteriore rafforzamento del divieto di *nova* in appello (che, peraltro, già allo stato appare assolutamente stringente proprio a seguito delle modifiche del 2012, salvo che nel processo del lavoro), anche attraverso il divieto di introdurre «nuove ragioni o deduzioni in diritto» a sostegno della fondatezza delle proprie domande o eccezioni che non siano state già sottoposte al giudice di primo grado, cui corrisponde un maggior rigore nella eccepibilità o rilevanza in sede di appello di questioni pregiudiziali di rito, ed una riduzione delle ipotesi di rimessione al primo giudice.

Il Ministro proponente è apparso consapevole del fatto che una chiusura così rigida di ogni spazio di rivisitazione del materiale esaminato in primo grado possa suscitare critiche sotto il profilo di un eccessivo sacrificio delle aspirazioni di giustizia sostanziale che sottendono ad ogni processo civile; e, così, cerca di prevenirle, affermando che «questa misura può apparire certamente costosa in termini di giustizia sostanziale», ma si giustifica in ragione di una marcata responsabilizzazione del ruolo tecnico del difensore. Non a caso, la Commissione enfatizzava la funzione della difesa «considerata capace di realizzare il diritto costituzionale di difesa», con ciò ritenendo che essa deve essere professionalmente adeguata e controllabile dal processo e dagli ordinamenti deontologici.

Un simile rigoroso intervento si presta, ad avviso di chi scrive, ad una duplice critica.

Da un canto, mentre non hanno trovato ancora adeguate risposte le motivate critiche che all'art. 342 cpc riformato nel 2012 sono state mosse da attenta dottrina¹ che ne ravvisa persino profili di incostituzionalità si prosegue sulla medesima strada di trasformare i requisiti dell'atto introduttivo dell'appello (*cosa* l'atto deve contenere), nell'indicazione delle modalità dell'atto (*come* deve essere fatto), sanzionando il tutto non con la nullità (susceptibile delle sanatorie di cui all'art. 156 cpc), bensì con l'inammissibilità del gravame.

Dall'altro, ci si trincerava dietro l'invocazione della professionalità della classe forense, come se questa fosse un dato acquisito una volta e per tutte e dovunque (benché l'esperienza induca a non poche perplessità sul punto), senza considerare, peraltro, che anche la classe forense più attrezzata potrebbe incontrare

non poche difficoltà nel seguire i mutevoli orientamenti giurisprudenziali su una materia tanto scivolosa quale quella dell'apprezzamento delle modalità di redazione di un atto di impugnazione (l'esperienza dei quesiti del ricorso in Cassazione dovrebbe aver insegnato qualcosa in proposito).

7. Il secondo ambito di intervento, riguarda proprio il "filtro" dei nuovi 348 *bis* e *ter* cpc.

Sul punto, le modalità dell'intervento ipotizzato appaiono meno chiare.

Da un canto, infatti, la Commissione, in vista della «riaffermazione del principio del giusto processo e di leale collaborazione tra le parti», suggerisce il superamento della previsione di inammissibilità dell'impugnazione fondata sulla mancanza della ragionevole probabilità del suo accoglimento, accompagnata, però, dall'ampliamento dell'utilizzo del provvedimento dell'ordinanza decisoria soggetta a ricorso per cassazione (ad esempio, per la declaratoria di inammissibilità, ovvero di improcedibilità nonché per il rigetto dell'appello all'esito dell'udienza di discussione); e tali previsioni sono riprese nella relazione al disegno di legge. Dall'altro, l'articolato del disegno di legge, confermando la soppressione dell'inammissibilità fondata sulla mancanza di ragionevole probabilità dell'accoglimento dell'appello, nulla dice in tema di ampliamento della decisione con ordinanza.

Ora, se l'intenzione del Governo fosse quella di incentivare e favorire una definizione con ordinanza motivata nel merito di tutti quegli appelli che non necessitano della ordinaria fase decisoria con le modalità dell'art. 190 cpc (e, quindi, non solo degli appelli palesemente infondati, ma anche di quelli inammissibili), l'intervento sarebbe condivisibile, soprattutto per il superamento dell'attuale incongruenza di una pronuncia di inammissibilità riferita a valutazioni di merito, e per la chiarificazione in tema di impugnazione ulteriore (ricorso per cassazione); se, invece, si volesse solo escludere una simile modalità decisoria, resterebbe da chiedersi in che modo ciò possa rappresentare una riaffermazione del giusto processo e della leale collaborazione tra le parti, esigenze certamente condivisibili ma sacrificate invece, e consapevolmente, a proposito dell'atto introduttivo dell'appello; e, soprattutto, perché si voglia abbandonare uno strumento di semplificazione processuale che già allo stato può risultare di prezioso ausilio nella gestione dei ruoli delle Corti d'appello, e che, con qualche opportuna e limitata modifica, potrebbe realmente aiutare a creare un diverso e più efficiente modo di lavorare delle Corti.

1. G. Scarselli, intervento tenuto a Firenze il 12 aprile 2013 in seno all'incontro di studio organizzato dall'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile su *Le novità in materia di impugnazioni*, riportato in *Judicium*.

Il problema Cassazione

di Piero Curzio

La crisi del giudizio di cassazione ha origine nell'eccessivo numero di ricorsi. Deve essere affrontata partendo da scelte che conducano la Corte ad essere solo giudice di legittimità, il cui compito è quell'unificazione dell'interpretazione senza la quale il principio di uguaglianza viene leso proprio nella sede più delicata costituita dall'applicazione giurisprudenziale delle norme. A tal fine è necessario che il ricorso per cassazione sia proponibile solo per violazione di legge, come sancito dalla Costituzione, senza ampliamenti, o, quanto meno, è necessario che il legislatore non contraddica con nuovi interventi estensivi le scelte in senso restrittivo fatte solo pochi anni fa. Ma è poi assolutamente indispensabile l'adozione di misure "non legislative", strutturali ed organizzative, sostenute con investimenti seri in termini di risorse umane ed economiche.

1. Il disegno di legge di riforma del giudizio di cassazione

L'11 marzo 2015 il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ha presentato alla Camera dei deputati il disegno di legge n. 2953, intitolato: «Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile».

Negli atti parlamentari si rinviene la relazione di accompagnamento, cui segue una "Relazione tecnica", cui segue un altro testo detto "Analisi tecnico-normativa", nonché l'Analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR).

Il disegno di legge consta di un solo articolo.

Il primo comma contiene la delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti l'integrazione della disciplina del Tribunale delle imprese e l'istituzione del Tribunale della famiglia.

Le modifiche del giudizio di cassazione sono collocate all'interno del secondo comma, che contiene la delega ad adottare decreti legislativi «recanti il riassetto formale e sostanziale del codice di procedura civile e della correlata legislazione speciale, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile».

Seguono i «principi e criteri direttivi» ai quali il Governo delegato a legiferare dovrà attenersi.

I principi e criteri riguardanti il processo di cassazione si rinvengono nella lett. c), articolata in quattro punti. Il primo concerne la revisione della disciplina del giudizio camerale; il secondo riguarda «interventi volti a favorire la funzione nomofilattica»; il terzo l'adozione di modelli sintetici di motivazione dei provvedimenti, il quarto la previsione di una più razionale utilizzazione dei magistrati addetti all'Ufficio del massimario.

2. La discrasia tra il testo del ddl e la relazione di accompagnamento

La prima cosa che colpisce nella lettura di questi atti è la notevole discrasia tra la relazione di accompagnamento e il contenuto della delega.

La relazione parte da un'affermazione pienamente condivisibile: «Il giudizio di cassazione è stato oggetto di troppi interventi in pochi anni», critica quindi la disciplina vigente del rito camerale e prospetta le modifiche che dovrebbero essere introdotte sulla base del punto n. 1 del secondo comma dell'articolo unico della legge delega. Torneremo più analiticamente

su questo tema. Così come torneremo, sia pur brevemente, sull'ultima parte della relazione in cui vengono illustrate «ulteriori proposte di interventi» in materia di formazione dei ruoli, di modelli di motivazione, di possibilità di applicazione dei magistrati dell'ufficio del massimario in udienza come consiglieri.

La parte che più colpisce della relazione è quella in cui, si prospettano «interventi normativi per risolvere discrasie funzionali e strutturali».

Le «discrasie funzionali» sono così individuate: 1) eccessivo numero dei consiglieri della Corte; 2) necessità di modificare i criteri di selezione dei magistrati che accedono alla Corte; 3) responsabilizzazione dei quadri dirigenziali intermedi (Presidenti titolari e Presidenti dei collegi); 4) revisione dei criteri di conferimento dei relativi incarichi da parte del Csm; 5) creazione di «un ufficio del giudice di cassazione, che si avvale della collaborazione di neolaureati, selezionati in base al voto di laurea e del tipo di tesi, previa indicazione dei presidi dei dipartimenti di giurisprudenza, cui affidare compiti di studio e di ricerca».

Le «discrasie strutturali» sono a loro volta così indicate: 1) problema del vizio di motivazione e necessità di «rivedere il tema del sindacato sulla motivazione»; 2) opportunità di modifiche dell'art. 360 cpc in materia di motivi di ricorso; 3) necessità di intervenire in tema di autosufficienza e lunghezza degli atti; 4) novella dell'art. 372 cpc con introduzione della possibilità di documentare il giudicato sopravvenuto; 5) opportunità di riscrivere l'art. 360-bis, cpc, stante l'incomprensibilità della previsione contenuta nel punto n. 2 della norma; 6) modifica dell'art. 392 cpc in materia di notifica della riassunzione davanti al giudice del rinvio.

Come è facile intendere si tratta di temi importanti, ed estremamente delicati, oggetto da tempo di discussioni tese ed articolate. Il problema è che le questioni così poste non trovano riscontro nel testo del disegno di legge. L'unico frammento della proposta normativa in cui queste materie potrebbero trovare inquadramento è il punto n. 2 della lett. c), in cui si parla di «interventi volti a favorire la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, anche attraverso la razionalizzazione dei ruoli ...». Ma è certo troppo poco affinché possa ritenersi che quelle complesse questioni richiamate nella relazione possano essere considerate oggetto di delega. Se in sede di decreto delegato si legiferasse su questi temi si delinerebbe un insuperabile problema di costituzionalità per eccesso di delega.

Peraltro, ponendo per un momento in disparte questa decisiva considerazione, non può omettersi di segnalare che la relazione richiama tali questioni, ma omette di indicare principi e criteri direttivi per la loro soluzione.

A solo titolo di esempio, si afferma che occorre rivedere il problema del sindacato della Corte sulla motivazione delle sentenze, ma non si comprende se l'intervento debba limitarsi a ribadire quanto hanno detto le Sezioni unite in sede di interpretazione del nuovo testo dell'art. 360, n. 5, cpc (in tal caso l'intervento legislativo sarebbe pressoché inutile) o debba consistere in qualcosa di ulteriore e di diverso (ed in tal caso non si comprende cosa).

Su altro piano si dice che i giudici di cassazione debbono essere selezionati «con criteri diversi che consentano la formazione di una Corte (e non di una disordinata moltitudine di giudici) di legittimità, che consenta la formazione di un vero “diritto vivente” a direzione relativamente costante e accettabilmente prevedibile» e si aggiunge che i relativi incarichi devono essere conferiti da parte del Csm in modo che «conduca ad un'autentica e non spartitoria selezione degli uomini, compiuta sulla base di accertate ed indiscusse professionalità», ma non si spiega, in positivo, quali sarebbero questi criteri diversi e a quali principi dovrebbero attenersi i decreti legislativi delegati.

Nonostante l'indubbio interesse delle questioni, appare superfluo soffermarsi ulteriormente su questa parte della relazione di accompagnamento perché, come si è detto, non se ne rinviene traccia nel testo del disegno di legge.

3. Le quattro proposte contenute nel testo

Venendo a ciò che è invece contenuto nel disegno di legge delega, come si è anticipato, la previsione riguardante il giudizio di cassazione (lett. c) del secondo comma dell'art. 1) consta di quattro punti.

Quelli trattati ai nn. 2, 3 e 4, sono temi minori, i quali forse, più che con un intervento legislativo, dovrebbero essere affrontati con misure interne di organizzazione della Corte il che, invero, almeno in parte, è già accaduto.

L'affermazione vale in particolare per la previsione del n. 2, che parla di “razionalizzazione della formazione dei ruoli secondo criteri di rilevanza delle questioni” (n. 2). Questo obiettivo può essere perseguito da chi forma i ruoli della Corte e, in molte sezioni e sottosezioni ciò già avviene e con risultati tangibili e documentati.

Quanto «all'adozione di modelli sintetici di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, se del caso mediante rinvio a precedenti, laddove le questioni non richiedano una diversa estensione degli argomenti» richiesta dal punto n. 3, la norma di legge c'è già. L'art. 132 cpc impone ai giudici, a tutti i giudici compresi quelli di cassazione, di redigere sentenze contenenti una «concisa esposizione delle ragioni di

fatto e di diritto della decisione». E l'art. 118 disp. att. cpc torna sul tema spingendosi a richiedere un'esposizione "succinta", con rinvio ad eventuali precedenti conformi. Una precisa volontà legislativa è quindi già espressa nel codice di rito che impone motivazioni sobrie ed asciutte, si tratta di rispettarla e di farla rispettare. Nuove leggi non servono.

L'ultimo punto del disegno di legge delega, il n. 4, prevede «una più razionale utilizzazione dei magistrati addetti all'ufficio del massimario e del ruolo, anche mediante possibilità di applicazione, come componenti dei collegi giudicanti, di quelli aventi maggiore anzianità nell'ufficio». Ma sicuramente già oggi nulla impedisce in generale una più razionale utilizzazione di questi magistrati e molto invero chi ne ha la direzione ha fatto in tal senso. L'unico passo in più riguarda la possibilità di applicazione nei collegi giudicanti, misura condivisibile, ma non decisiva.

4. La revisione del giudizio in camera di consiglio

Un certo rilievo ha invero la prima delle proposte normative contenute nel disegno di legge delega, quella in cui si prevede «la revisione della disciplina del giudizio camerale». Essa consta di una parte demolitiva, l'eliminazione del procedimento di cui all'art. 380-bis cpc e di una parte propositiva così tracciata: «previsione dell'udienza in camera di consiglio, disposta con decreto presidenziale, con intervento del procuratore generale, nei casi previsti dalla legge, in forma scritta e possibilità di interlocuzione con il medesimo, parimenti per iscritto, da parte dei difensori».

In questo caso la lettura della relazione di accompagnamento è utile per comprendere meglio a cosa si tende. L'obiettivo dichiarato è di «tornare allo schema classico della camera di consiglio» eliminando la relazione e la discussione orale ed adottando un modello del tutto simile a quello della cassazione penale.

Oggi nel giudizio civile di cassazione, in base all'art. 376 cpc, i ricorsi vengono assegnati ad una apposita sezione, la sesta, nel cui ambito viene nominato un consigliere relatore. Questi esamina il ricorso e sceglie, sulla base dei criteri fissati dal codice, se rimetterlo in sezione ordinaria per l'udienza pubblica o trattarlo in sesta in camera di consiglio. In questo secondo caso redige una relazione in cui anticipa la soluzione proposta al collegio, relazione che viene comunicata ai difensori, i quali possono depositare memorie, nonché discutere oralmente nel corso dell'adunanza in camera di consiglio, in cui già oggi non è sempre obbligatoria la presenza del procuratore generale. Terminata l'adunanza il processo viene

definito con ordinanza, salvo che il collegio ritenga di scostarsi dalla proposta del relatore e di rimettere la causa all'udienza pubblica ove verrà definita con sentenza.

Le modifiche previste dal disegno di legge, come illustrato nella relazione di accompagnamento, sono l'eliminazione della relazione e l'eliminazione della discussione orale. In particolare, la relazione di accompagnamento sottolinea l'importanza della prima eliminazione, che si ritiene necessaria per due ragioni: evitare «la doppia fatica del relatore» (prima redigere la relazione e poi l'ordinanza che definisce il giudizio) ed evitare che «il difensore che si vede prospettare una sconfitta si trovi di fronte ad una possibilità difensiva assai più grande di quella che addirittura gli compete nel momento in cui la causa invece viene attribuita al teoricamente più garantito rito dell'udienza pubblica».

So di esprimere un'opinione poco condivisa (o forse del tutto isolata), ma la mia esperienza di coordinatore del settore lavoro della sesta civile, mi induce ad esternare una perplessità sulla opportunità di questa eliminazione. La doppia fatica del relatore è relativa, perché nella maggior parte dei casi, se la relazione è centrata, il collegio la condivide e il provvedimento definitivo si limita e ripetere quanto scritto in relazione. Vi è però una minoranza di casi in cui il difensore, letta la relazione, segnala un problema, e a volte accade che il collegio si convinca della fondatezza di tale segnalazione e si discosti dalla soluzione prospettata nella relazione. Tutto ciò va inserito nel contesto peculiare in cui opera la sesta civile, sezione che lavora su grandi numeri: nella sesta civile-lavoro ciascun consigliere in un mese esamina circa cento fascicoli e redige circa trenta-quaranta relazioni, che si affiancano al lavoro di redazione dei provvedimenti definitivi. In un contesto di questo genere il margine di errore si innalza rispetto a quello dei consiglieri delle sezioni ordinarie, ed appare quindi quanto mai opportuno consentire ai difensori di far rilevare possibili errori o inesattezze.

L'assetto normativo e organizzativo della sesta civile, dopo un periodo di rodaggio, è ora andato a regime, specie nelle due sottosezioni (lavoro e tributaria) che operano con un collegio fisso. Nel 2014 tutto ciò ha permesso di definire in questa sede circa il 38% delle cause civili che giungono in cassazione. Se le regole rimangono stabili e l'organizzazione viene ulteriormente affinata facendo tesoro dell'esperienza acquisita, questo dato è destinato a migliorare. Un rimescolamento delle regole renderebbe necessario ricalibrare il sistema, il che comporta di per sé un rallentamento dei tempi, ma soprattutto priverebbe il meccanismo di quella valvola di sicurezza che permette di prevenire errori che il ritmo elevato di lavoro ineluttabilmente comporta. Ed è

superfluo sottolineare che gli errori fatti in sede di giudizio di cassazione sono nella quasi totalità dei casi irrimediabili.

A parte questa modifica della disciplina del processo in camera di consiglio, che può dirsi di un certo rilievo, la riforma del giudizio di cassazione contenuta nel disegno di legge delega concerne aspetti marginali e le soluzioni proposte non sembrano giustificare un intervento legislativo.

5. Complessità della crisi del giudizio di cassazione

La crisi del giudizio di cassazione ha dimensioni strutturali tali da richiedere interventi di ben altra consistenza.

Le sei sezioni della cassazione civile ricevono ogni anno circa 30.000 ricorsi. Hanno da tempo elevato il ritmo di lavoro e definiscono un numero di processi a volte di poco superiore a volte di poco inferiore a quello delle sopravvenienze. Nel 2014 sono stati depositati 30.167 ricorsi, e sono stati definiti 28.198 giudizi, di cui ben 10.592 dalla sola sesta sezione. I giudici della Corte lavorano a ritmi intensissimi, in media ciascuno deposita oltre 250 sentenze ad anno. Ma ciò nonostante la pendenza a fine 2014 era di 100.778 giudizi civili.

Questa situazione osta all'adeguato assolvimento del compito, proprio della Corte, di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» (art. 65 dell'ordinamento giudiziario). Compito che è funzionale al rispetto, in sede di interpretazione ed applicazione giudiziaria delle norme di diritto, del principio di uguaglianza.

Il problema, per fare seri passi in avanti, dovrebbe essere affrontato con ben altri mezzi. Con riforme legislative, ma certo non solo sul piano normativo. Sono necessari: nuovo personale amministrativo, formato in maniera adeguata; un piano di informatizzazione integrale; strutture di sostegno; mezzi finanziari consistenti.

La norma di chiusura del disegno di legge afferma «all'attuazione delle disposizioni della presente legge si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». Con una impostazione di questo tipo problemi delle dimensioni su descritte non vengono neanche scalfiti.

Tutto ciò i magistrati della Corte lo hanno detto con chiarezza nell'assemblea generale svoltasi il 25 giugno 2015 alla presenza del Capo dello Stato (la relazione introduttiva del primo presidente G. Santacroce ed il Documento finale possono essere letti in *Foro it.*, 2015, V, 389 ss.).

6. Riflessioni e proposte

Nel documento finale dell'assemblea si enumerano una serie di richieste rivolte al Parlamento, al Governo, al Consiglio superiore della magistratura, e a chi all'interno della Corte ha responsabilità direttive.

Facendo propria l'opinione di molti autorevoli studiosi, nel documento si prospetta una modifica del settimo comma dell'art. 111 Cost. nel senso che, salvaguardando il ricorso per cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti sulla libertà personale, sia rimodulata la disciplina dell'ambito di proponibilità del ricorso contro le sentenze, «circoscrivendola ai casi nei quali è ravvisabile la necessità di formulare principi giuridici di valenza generale o garantire comunque un vaglio della suprema Corte».

Personalmente dubito che si possa affidare la selezione tra le ipotesi in cui il ricorso in cassazione è possibile e quello in cui è inammissibile a formule ineluttabilmente elastiche. Ed, in ogni caso, mi sembra poco realistico pensare che il legislatore intervenga con una modifica costituzionale sul punto.

Ciò che invece sicuramente il legislatore ordinario dovrebbe garantire è che, in conformità alla Costituzione, il ricorso per cassazione venga ammesso solo per violazione di legge, senza nulla aggiungere. E questo dovrebbe essere un imperativo per il legislatore, ma anche per la stessa Corte, che spesso tende, per varie ragioni, ad allargare l'ambito del suo giudizio, il che a sua volta induce gli avvocati a presentare ricorsi in cui si tenta di ottenere un terzo grado di merito.

Il legislatore invero si è avvicinato alla soluzione che consente il ricorso per cassazione solo per violazione di legge, riscrivendo, nel 2012, il testo dell'art. 360, secondo comma, n. 5, cpc in senso fortemente restrittivo. Quanto meno è necessario che, come ha richiesto l'assemblea generale (punto n. 6 del documento finale), ci si astenga da nuovi interventi modificativi di tale disposizione prima che sia trascorso un tempo sufficiente a valutare nella pratica gli effetti delle modifiche.

Una volta circoscritto il ricorso per cassazione alla violazione di legge, le misure per consentire alla Corte di svolgere effettivamente la funzione di ricondurre ad unità l'interpretazione delle norme di diritto devono muoversi su altri piani, diversi da quello legislativo.

Non è necessario incrementare il numero dei giudici della Corte perché quanto più sono le teste tanto più è difficile l'unificazione ermeneutica. Se possibile il numero dei giudici dovrebbe essere gradualmente ridotto.

Al contrario, devono essere fortemente potenziate le strutture di supporto. Ciascun giudice deve avere un ufficio composto da personale di elevata qualificazione (magistrati, ricercatori universitari, avvocati),

che prepari il lavoro su cui si baserà la decisione: verifichi i profili formali (il rispetto di termini, le regolarità delle notifiche, tutti gli elementi che incidono sull'ammissibilità e procedibilità del ricorso); operi una schedatura della singola causa e la rapporti al resto del contenzioso per eventuali accorpamenti delle trattazioni; effettui una compiuta ricerca di precedenti giurisprudenziali ed eventualmente degli interventi dottrinali sui temi oggetto della controversia. Solo con un supporto di questo tipo il singolo consigliere potrà svolgere il suo ruolo in modo adeguato, concentrando il suo impegno sulla scelta della decisione migliore e nella redazione della relativa motivazione.

Anche grazie a quel prezioso lavoro preparatorio, dovrà essere poi incrementato il numero delle decisioni in camera di consiglio in tutte le situazioni in cui all'esito dello studio del ricorso si ritenga che la controversia non comporti l'affermazione di nuovi principi di diritto, il che si rende invero necessario in un numero circoscritto di casi. Il resto, cioè molto di più dell'attuale 38% dei giudizi (ritengo circa il doppio), deve essere tutto trattato dalla sesta sezione in camera di consiglio e deciso con una sintetica ordinanza. Questa sezione, che già oggi svolge un ruolo cruciale nel sistema, deve essere fortemente potenziata e i suoi metodi di lavoro, contrariamente a quel che accade oggi, devono essere unificati, generalizzando

quelli delle sue componenti che hanno mostrato maggiore efficacia.

A tutto ciò si deve aggiungere un forte incremento del personale delle segreterie, una totale e ben concepita informatizzazione del processo, un sostegno finanziario adeguato. Le risorse da impegnare devono essere consistenti, ma ne vale la pena.

Una Corte di cassazione che svolga il suo compito di unificazione della giurisprudenza in modo adeguato comporta ricadute positive su tutto il sistema giustizia: l'incremento della prevedibilità dell'esito dei giudizi costituisce il più serio fattore di deflazione del contenzioso. Deflazione del contenzioso significa riduzione della durata dei processi e migliore qualità delle decisioni. Tra questi elementi vi è un rapporto inversamente proporzionale.

Un'interpretazione delle norme più chiara, uniforme e stabile per un ragionevole lasso di tempo, comporta forti benefici per l'economia di un Paese ed è un diritto dei cittadini. Costituisce uno strumento di attuazione del principio di uguaglianza nella concreta applicazione della legge, che è invece lesa da interpretazioni giudiziarie ondivaghe e ingiustificatamente diversificate. Contribuisce a definire meglio il quadro dei diritti e dei doveri dei componenti di una comunità. È, in ultima analisi, fondamentale per la qualità di una democrazia.

La Cassazione *

di Giorgio Costantino

Si riferisce dello stato delle proposte di legge pendenti in Parlamento. Si dà conto della successione delle riforme del procedimento di legittimità. Si indicano le soluzioni accolte dalla Corte sulle più recenti riforme. Si auspica un improbabile intervento di razionalizzazione della disciplina processuale e si ricorda il potere di autoregolazione delle corti supreme. Si conclude segnalando i limiti e le conseguenze di una modifica della Costituzione in funzione di una restrizione dell'accesso alla Corte.

1. I conati di riforma

È all'esame della Commissione giustizia della Camera dei deputati il ddl n. 2953/XVII/C, intitolato «Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile». Il ddl è stato presentato dal Governo l'11 marzo 2015. La Commissione giustizia della Camera dei deputati ne ha iniziato l'esame in prima lettura in sede referente il 23 aprile 2015. Nella seduta del 4 novembre 2015, ad esso è stato abbinato il ddl n. 2921/XVII/C, intitolato «Modifiche al codice di procedura civile ed altre disposizioni per l'accelerazione del processo civile», presentato il 2 marzo 2015 dai deputati Colletti, Agostinelli, Bonafede, Businarolo e Nesci del Movimento 5 Stelle. Questa proposta di legge è stata adottata quale testo base ed è stato fissato il termine per la presentazione degli emendamenti al 30 novembre 2015, differito al 14 dicembre 2015.

Per quanto riguarda il giudizio di legittimità, l'art. 1, lett. c) del ddl n. 2953, vorrebbe delegare al Governo la «1) revisione della disciplina del giudizio camerale, attraverso l'eliminazione del procedimento di cui all'articolo 380-bis del codice di procedura civile, e previsione dell'udienza in camera di consiglio, disposta con decreto presidenziale, con intervento del procuratore generale, nei casi previsti dalla legge, in forma scritta e possibilità di interlocuzione con il me-

desimo, parimenti per iscritto, da parte dei difensori; 2) interventi volti a favorire la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, anche attraverso la razionalizzazione della formazione dei ruoli secondo criteri di rilevanza delle questioni; 3) adozione di modelli sintetici di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, se del caso mediante rinvio a precedenti, laddove le questioni non richiedano una diversa estensione degli argomenti; 4) previsione di una più razionale utilizzazione dei magistrati addetti all'Ufficio del massimario e del ruolo, anche mediante possibilità di applicazione, come componenti dei collegi giudicanti, di quelli aventi maggiore anzianità nell'Ufficio».

A sua volta, il ddl n. 2921, non contiene proposte di riforma del processo innanzi alla Corte.

Subito dopo l'approvazione del disegno di legge nel Consiglio dei ministri del 10 febbraio 2015, l'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile ha espresso «forte preoccupazione per questo nuovo, ennesimo, intervento di riforma in materia di giustizia civile, sia per il metodo seguito, che per il merito delle soluzioni genericamente suggerite dai principi e criteri direttivi della delega»; l'Associazione ha anche fatto presente di non condividere «il metodo che il Governo intende adottare per perseguire l'obiettivo delle riforme, consistente nella presentazione al Parlamento di un disegno di legge delega caratteriz-

* Queste pagine sono dedicate, con amicizia ed affetto, a Maurizio Converso.

zato da principi e criteri direttivi molto generici ed evanescenti e, in quanto tali, sottratti ad un previo e serio dibattito politico e scientifico. Anche per tale motivo auspica che il Governo voglia recedere dalla preannunciata iniziativa, per la quale non sembrano d'altra parte sussistere i requisiti prescritti dall'art. 76 Cost.».

L'iter parlamentare del disegno di legge induce, almeno per ora, a prescindere.

2. Il contesto normativo

La disciplina del procedimento di legittimità, di cui agli artt. 360 ss. cpc, è stata, da ultimo, riformata dal dl 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha modificato l'art. 360, n. 5, sostituendo al controllo sulla motivazione quello sulla omissione di un fatto decisivo per il giudizio.

L'art. 47 l. 18 giugno 2009, n. 69, a sua volta, ha modificato gli artt. 375, 376 e 380 *bis*; ha aggiunto gli artt. 360 *bis* cpc e 67 *bis* dell'ordinamento giudiziario di cui al Rd 30 gennaio 1941, n. 12; ha abrogato l'art. 366 *bis* cpc sui «quesiti di diritto». Ha introdotto il «filtro» ed ha, a tal fine, istituito, senza ulteriori oneri né incremento del personale, una nuova sezione, la sesta.

L'art. 366 *bis* cpc, sui «quesiti di diritto», è stato introdotto dal dlgs 2 febbraio 2006, n. 40, in attuazione della delega contenuta nella l. 14 maggio 2005, n. 80, unitamente agli artt. 380 *bis* e 391 *ter* cpc. Il decreto ha anche riformato gli artt. 360, 361, 363, 366, 369, 374, 375, 380, 384, 385, 388 e 391 *bis* cpc.

La delega contenuta nella legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, l. 25 luglio 2005, n. 150, è stata realizzata con il dlgs 23 gennaio 2006, n. 24, che ha determinato l'organico dei magistrati addetti alla Corte, e, con il dlgs 27 gennaio 2006, n. 25, modificato dalla l. 30 luglio 2007, n. 111, che ha istituito e regolato il Consiglio direttivo.

L'art. 1 l. 24 marzo 2001, n. 89, ha modificato l'art. 375 cpc, allargando l'ambito del procedimento camerale.

Con decreto del Primo presidente del 19 giugno 1999, n. 61, è stata istituita la quinta sezione tributaria.

Modifiche di scarso rilievo sono contenute nel dlgs 19 febbraio 1998, n. 51, istitutivo del giudice unico, in attuazione della delega contenuta nella l. 16 luglio 1997, n. 254.

La l. 26 novembre 1990, n. 353, entrata in vigore nel 1993, ha modificato gli artt. 360, co. 1°, 361, co. 1°, 367 co. 1°, 373, co. 2°, 375, co. 1°, 377, 384, co. 1°, cpc

ed ha aggiunto l'art. 371 *bis* cpc.

La l. 18 ottobre 1977, n. 793, ha abrogato l'art. 364 cpc sul deposito per il caso di soccombenza, ed ha conseguentemente modificato gli artt. 366, 371, 374 e 381.

L'art. 3 l. 8 agosto 1977, n. 532, ha ridotto il numero dei componenti i collegi giudicanti, riformando l'art. 67 Rd 30 gennaio 1941, n. 12, ed ha riformato gli artt. 379 e 380.

Con la l. 11 agosto 1973, n. 533, è stata istituita la sezione lavoro.

Ulteriori modifiche al testo originario del codice sono contenute nella l. 14 luglio 1950, n. 581, e nel dPR 17 ottobre 1950, n. 857.

3. L'applicazione delle riforme nella giurisprudenza della Corte

Convivono disposizioni processuali del 1940-42, del 1950, del 1973, del 1990, del 1995, del 1998, del 2001, del 2005, del 2006, del 2008, del 2009, del 2010, del 2011, del 2012, del 2013, del 2014, del 2015. La disciplina è l'insieme di tessere di un mosaico, le figure del quale l'interprete è chiamato ad individuare. Una delle più impegnative, seppur fastidiose, attività consiste nel tentare di risolvere le numerose questioni di coordinamento tra disposizioni ispirate a diverse *rationes*, nel tentativo di costruire un sistema, che certamente, per quanto riguarda la normativa codicistica, non è un dato immanente.

La pendolarizzazione del quadro normativo, infatti, orienta la prevalente attenzione e le energie degli interpreti e degli operatori alla comprensione dei nuovi testi ed alla soluzione delle inevitabili questioni di coordinamento, cosicché l'effetto più rilevante delle continue riforme consiste in un rilancio dell'editoria giuridica e del turismo processuale.

La Corte ha reagito alla frenesia legislativa.

In riferimento al nuovo art. 360 *bis* cpc la Corte, nella sua composizione più autorevole, ha sterilizzato i possibili effetti dirompenti dell'art. 47, co. 1°, lett. a), l. 18 giugno 2009, n. 69, ha fatto propria la lettura della disposizione prospettata dai primi interpreti ed ha immediatamente chiarito che, nonostante l'etichetta attribuita dal legislatore, nelle ipotesi considerate, si tratta di «manifesta infondatezza del ricorso», non di «inammissibilità», e che l'ambito e l'oggetto del giudizio camerale affidato alla sesta sezione non sono circoscritti alle ipotesi di cui all'art. 375, n. 1 e n. 5, cpc, ma comprendono tutte le fattispecie considerate¹.

1. Cass., ss.uu., 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, I, 3333, con nota di G. Scarselli e di chi scrive; in *Giur. it.*, 2011, 885, con nota di A. Carratta; in *Giusto processo civ.*, 2010, 1131, con nota di F. P. Luiso; in *Giust. civ.*, 2011, I, 403, con nota di Terrusi; in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 167, con nota di Carnevale; in *Guida al dir.*, 2010, con nota di G. Finocchiaro.

In riferimento al rinnovato art. 360, n. 5, la Corte, non ha ripreso l'interpretazione della disposizione fornita nel periodo di vigenza del testo dal 1942 al 1950, ma si è adeguata alle indicazioni contenute nella Relazione al codice: «nel n. 5 il legislatore ha disciplinato il ricorso per difetto di motivazione entro precisi limiti, diretti ad evitare gli abusi che si sono verificati nella pratica sotto il vigore del codice del 1865. La Corte di cassazione, in quanto organo supremo della giustizia, deve infatti conoscere il difetto dei motivi della sentenza impugnata, giacché la motivazione delle decisioni è una garanzia fondamentale di retta amministrazione della giustizia. La formula adottata fa sicuramente cadere l'obiezione che il giudice supremo non può ben giudicare sulla mancanza dei motivi avendo una inesatta nozione del fatto, giacché gli elementi di fatto, posti a base di questo mezzo di ricorso, devono chiaramente emergere dagli atti, in quanto hanno formato oggetto di discussione tra le parti». Il testo attuale, infatti, corrisponde a quello originario del codice; l'art. 360, n. 5, non aveva corrispondenti nel codice del 1865, vigente il quale i vizi logici del provvedimento impugnato erano considerati come ragioni di nullità; la disposizione è stata quindi, modificata nel 1950 e nel 2006. La Corte ha collegato il nuovo testo al principio di autosufficienza del ricorso; l'omissione deve risultare dal testo della sentenza e dagli atti, non riguarda gli elementi istruttori; la Corte ha anche analiticamente specificato i dati necessari al rispetto del principio di autosufficienza: l'indicazione del fatto, l'esame del quale sarebbe stato omesso, degli atti processuali, dai quali ne risulti l'esistenza e la discussione, e la sua «decisività»².

Sulla sezione «filtro», la Corte ha ripreso l'esperienza organizzativa maturata in riferimento all'applicazione del decreto del Primo presidente del 9 maggio 2005, istitutivo della «Struttura» in funzione dello smistamento tra udienza pubblica e camera di consiglio, ai sensi dell'art. 375 cpc. La valutazione di ammissibilità del ricorso è, preliminarmente, attribuita, alla Sezione VI, che può definire il procedimento in camera di consiglio con ordinanza con una dichiarazione di inammissibilità, di improcedibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza; ovvero, all'esito dell'udienza pubblica, con sentenza anche con l'accoglimento o con il rigetto del ricorso³. La Sezione VI può anche rimettere con ordinanza il

ricorso alla sezione tabellarmente competente. Questa, a sua volta, può ancora dichiarare in camera di consiglio con ordinanza l'inammissibilità, l'improcedibilità, la manifesta infondatezza o la manifesta fondatezza del ricorso ovvero, all'esito dell'udienza pubblica, pronunciare sentenza di accoglimento o di rigetto del ricorso. Ne consegue, tuttavia, che, se il procedimento non viene definito dalla Sezione VI, il ricorso è oggetto di una doppia valutazione, con un appesantimento del giudizio di legittimità.

In riferimento alla rivalutazione della funzione nomofilattica e agli effetti dei mutamenti di giurisprudenza, ai sensi degli artt. 363 e 374 cpc, le Sezioni unite hanno precisato che (a) l'affidamento incolpevole negli orientamenti giurisprudenziali consolidati assume rilevanza giuridica, cosicché non può essere sanzionata la parte che in essi abbia confidato; (b) l'affidamento incolpevole e la rimessione in termini possono utilmente essere invocati soltanto in riferimento ai mutamenti, improvvisi e repentini di giurisprudenza, non anche in riferimento alle decisioni che compongono un contrasto; (c) la valutazione dell'affidamento incolpevole in funzione della rimessione in termini presuppone il rilievo d'ufficio di una decadenza o l'eccezione di parte, fondati sull'indirizzo giurisprudenziale sopravvenuto, e la replica fondata sulla legittima ignoranza della norma frutto della rinnovata interpretazione; (d) il riconoscimento dell'affidamento incolpevole implica la negazione della decadenza frutto della nuova interpretazione giurisprudenziale ovvero la fissazione di un termine per la rinnovazione dell'atto, a seconda della fattispecie oggetto del mutamento di giurisprudenza; (e) l'affidamento incolpevole e la rimessione in termini non riguardano le parti, che avrebbero potuto compiere un atto processuale ma non lo hanno fatto, confidando in un orientamento giurisprudenziale poi superato; (f) in riferimento all'eventualità di futuri mutamenti giurisprudenziali nell'interpretazione di disposizioni processuali, il riconoscimento dell'affidamento incolpevole implica, nell'ambito della specifica controversia, la negazione della decadenza frutto dell'interpretazione giurisprudenziale che la corte intende accogliere, ma che può essere enunciata, ai sensi dell'art. 363 cpc, quale principio nell'interesse della legge⁴.

Si è anche affermato che, «se la formula del segmento di legge processuale, la cui interpretazione è

2. Cass. 7 aprile 2014, n. 8053 e n. 8054, in *Foro it.*, 2015, I, 209, con nota di P. Quero; in *Giur. it.*, 2014, 1901, con nota di A. Turchi; in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594, con nota di F. Porcelli. Cass. 9 giugno 2014, n. 12928, e Cass. 11 luglio 2014, n. 16009, hanno espressamente richiamato, in motivazione, la pronuncia delle Sezioni unite; Cass. 22 settembre 2014, n. 19881, ha riprodotto il principio di diritto, senza menzionare il precedente specifico.

3. Cass. 20 gennaio 2014, n. 1089 (in *Foro it.*, 2014, I, 470), ha tratto dagli artt. 75 e 76 dl 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98, la possibilità dell'udienza pubblica anche innanzi alla Sezione VI.

4. Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254; in *Giust. civ.*, 2012, I, 1782; in *Corriere giur.*, 2011, 1392, con note di

nuovamente messa in discussione, è rimasta inalterata, una sua diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire — e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario — l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile»⁵; e che «la salvaguardia dell'unità e della “stabilità” dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare — specie dopo l'intervento del dl n. 40 del 2006 e della l. n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica dell'art. 374 cpc ed alla introduzione dell'art. 360 bis — alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche. Non l'unico e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo. Occorre dunque, per derogarvi, che vi siano buone ragioni. E quando si tratta di interpretazione di norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni, come insegna il “travaglio” che ha caratterizzato negli ultimi anni l'evoluzione giurisprudenziale di queste sezioni unite civili con riguardo all'*overruling* in materia di interpretazione di norme processuali, posto che, soprattutto in tale ambito, la “conoscenza” delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della

relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di “giustizia” del processo medesimo»⁶.

Nonostante ciò, non mancano mutamenti di giurisprudenza affatto originali, che suscitano scalpore ed ai quali la stessa Corte, nella sua composizione più autorevole, provvede a porre rimedio⁷.

4. Il potere di autoregolazione della Corte

Questi disorientamenti della giurisprudenza della Corte sono spesso giustificati in base al principio della ragionevole durata del processo.

Senonché la vicenda relativa alla prevalenza attribuita a questo principio su ogni altra garanzia del «giusto processo» ex art. 111 Cost. può considerarsi finalmente e definitivamente superata. I vivaci contrasti provocati da quella vicenda hanno contribuito a consolidare un'esperienza, allora già in atto, di dialogo sulla giurisprudenza della Corte: in occasione della rimessione alle Sezioni unite di questioni di rilevante interesse processuale, la Corte si apre al confronto con la dottrina e con gli operatori, affinché, poi, la decisione della Corte, nella sua composizione più autorevole, possa tenere conto del dibattito sviluppatosi sul tema⁸.

F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro; in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1072, con nota di C. Vanz; in *Giusto processo civ.*, 2011, 1117, con nota di F. Auletta; in *Giur. costit.*, 2012, 3153, con nota di C. Consolo.

5. Così Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864, in *Foro it.*, 2012, I, 1864, con note di G.G. Poli e di C. Consolo.

6. Così Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675.

7. Ne è stata emblematica espressione Cass. 9 settembre 2010, n. 19246, sui termini di costituzione nella opposizione a decreto ingiuntivo, in *Foro it.*, 2010, I, 3014, con note di A.D. De Santis, di C.M. Barone, R. Caponi, D. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli e di chi scrive; *id.*, 2011, I, 117, con nota di A. Proto Pisani; in *Giur. it.*, 2011, 1599, con nota di E. Dalmotto; in *Giust. civ.*, 2011, I, 399, con nota di L. D'Angelo; *ibid.*, 2101, con nota di F. Cordopatri; in *Riv. dir. proc.*, 2011, 210, con nota di E. Ruggeri; in *Giusto processo civ.*, 2010, 1151, con note di G. Trisorio Liuzzi e di A. Briguglio; in *Corriere giur.*, 2010, 1447, con nota di A. Tedoldi; in *Corriere merito*, 2010, 1190, con nota di G. Travaglino; in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 253, con nota di L.P. Comoglio. La questione è stata, quindi, rimessa, con una motivazione esemplare, alle Sezioni unite, da Cass. 22 marzo 2011, n. 6514, in *Foro it.*, 2011, con nota di chi scrive. È poi, anche intervenuto il legislatore, con la l. 29 dicembre 2011, n. 218. Sulla data certa del credito nell'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali, v. Cass., 8 novembre 2010, n. 22711, e 14 ottobre 2010, n. 19251, in *Foro it.*, 2011, I, 67, con nota di chi scrive; a queste decisioni ha fatto seguito Cass., ss.uu., 20 febbraio 2013 n. 4213, *id.*, 2013, I, 1137. Sulla nozione di sentenze non definitive su questioni ai sensi dell'art. 360, comma 3°, cpc, v. Cass. 9 luglio 2014, n. 15601, e 2 luglio 2014, n. 14991, *id.*, 2014, I, 3098, con nota di G. Balena, A. Carratta, D. Dalfino, V. Mastrangelo, G. Olivieri, A. Proto Pisani, G. Ruffini e di chi scrive; la questione è stata, quindi, rimessa alle Sezioni unite da Cass. 26 marzo 2015, n. 6127 «anche alla luce delle posizioni dottrinali emerse negli anni di applicazione della norma in scrutinio». Sulla inammissibilità della opposizione alla esecuzione del litisconsorte necessario pretermesso, v. Cass. 23 gennaio 2015, n. 1238, in *Foro it.*, 2015, I, 2062 con nota di chi scrive e di A. Proto Pisani; in (corso di pubblicazione in) *Giur.it.*, con nota di A. Carratta; in *Riv. esecuzione forzata*, 2015, 213, con nota di G. Monteleone. Sull'interesse ad eseguire, v. Cass. 3 marzo 2015, n. 4228, sulla quale v. G. Costantino, *L'interesse ad eseguire tra valore del diritto e abuso del processo*, in (corso di pubblicazione in) *Giusto processo civ.*, 2015.

8. Nell'ambito di questo percorso, nell'anno in corso, si sono svolti incontri, *Dialogoi*, sui rapporti tra il principio di diritto ex art. 363 cpc e le questioni di legittimità costituzionale (12 febbraio), sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di capacità processuale (25 marzo), sulla nozione di prove «indispensabili» (5 maggio); nonché sulla impugnabilità dell'ordinanza che dichiara inammissibile l'appello privo di una ragionevole probabilità di accoglimento ex art. 348 ter cpc (3 giugno). I materiali di ciascun incontro, nonché di quelli degli anni precedenti, sono nel sito della Corte: <http://bit.ly/1O9MDG1>; e in quello del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre: <http://bit.ly/1StFtoc>.

Occorre ricordare che le regole processuali costituiscono il punto di arrivo della evoluzione successiva al superamento dell'*ordo judicarius*.

In diritto comune, la disciplina processuale era il frutto della elaborazione, stratificata nel tempo, da parte degli stessi giudici, delle prassi operative. La cristallizzazione delle disposizioni regolatrici del processo riflette l'esigenza del potere statale di controllare l'operato dei giudici. La disciplina del processo affidata a norme generali ed astratte contenute in disposizioni statuali è un fenomeno relativamente recente.

Le corti superiori dettano le regole del proprio funzionamento. Le scarse norme di procedura dettate dagli articoli da 15 a 22 l. 11 marzo 1953, n. 87, sono completate dalla «norma integrative», che la Corte costituzionale può emettere ai sensi dell'art. 22, co. 2°. La Corte di Strasburgo e la Corte del Lussemburgo operano in base ai propri regolamenti, rispettivamente nel testo in vigore dal 1° maggio 2013 e dal 23 aprile 2015.

Costituiscono indubbiamente forzature che, se commesse da giudici di merito, implicherebbero *errores in procedendo*, ma sono espressione del potere di autoregolazione della Corte l'attribuzione alla sezione sesta del potere di tenere l'udienza pubblica e di emettere sentenze⁹; il potere di enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 cpc, anche nell'ambito del procedimento camerale e se vi è rinuncia al ricorso¹⁰; le limitazioni all'applicazione degli artt. 384, co. 3°, cpc ai casi nei quali la Corte intende provvedere sul merito e non

anche alle ipotesi in cui intenda correggere la motivazione o dichiarare l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso¹¹. In questo senso possono anche essere valutate le violazioni, espresse o tacite, dell'art. 374, co. 3°, cpc, che dovrebbe precludere alle sezioni semplici di disattendere gli orientamenti delle sezioni unite¹². Gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

In realtà, il procedimento innanzi alla Corte è quello che la stessa Corte determina nell'ambito dei confini segnati dalle norme generali ed astratte. Mentre è la Corte che segna i confini per i giudici di merito, i provvedimenti dei quali possono essere cassati se li travalicano, la stessa Corte interpreta ed applica, con decisioni insindacabili, le disposizioni che regolano il procedimento innanzi a sé.

Allora, piuttosto che pensare a riforme palingenetiche del giudizio di legittimità, che la Corte potrebbe non condividere e sterilizzare, in considerazione della difficoltà di porre mano a un radicale intervento di razionalizzazione complessiva del sistema¹³, oltre agli interventi organizzativi in parte già realizzati e da realizzare, un contributo potrebbe essere fornito dalla previsione di un provvedimento legislativo che, annualmente, recepisca (o rifiuti) le indicazioni della giurisprudenza della Corte nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, al pari di quanto avviene con la legge europea.

È il modello delle *Rules of civil procedure* nel processo federale americano: periodicamente, in base alla giurisprudenza delle corti federali, le *Rules* sono aggiornate¹⁴.

9. Cass. 20 gennaio 2014, n. 1089, cit., per la quale «l'esplicito riferimento contenuto sia nell'art. 76, 1° comma, lett. b), Rd n. 12 del 1941 (come modificato dall'art. 81 dl n. 69 del 2013), sia nell'art. 75, 2° comma, cit. (*id est*: dello stesso dl 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98), alle udienze che si tengano presso la sesta sezione (e cioè quella di cui all'art. 376, 1° comma, cpc), consenta di ritenere non solo che la detta sezione è abilitata a tenere oltre alle adunanze camerale anche udienze pubbliche, ma anche che alle udienze che si tengono presso la stessa sezione non è più obbligatoria la partecipazione del pubblico ministero. Rimane impregiudicata, ovviamente, la facoltà dell'ufficio del pubblico ministero di intervenire ai sensi dell'art. 70, 3° comma, cpc, e cioè ove ravvisi un pubblico interesse».

10. Cass., ss.uu., 6 settembre 2010, n. 19051, cit.

11. Per l'applicabilità della disposizione soltanto all'ipotesi in cui la corte ritenga di dover decidere nel merito e non anche a quelle in cui intenda correggere la motivazione, Cass. 1° aprile 2015, n. 6669; Cass. 12 dicembre 2011, n. 26610; Cass. 30 agosto 2011, n. 17779; Cass. 22 luglio 2011, n. 16141. Per l'inapplicabilità dell'art. 384, co. 3°, cpc al rilievo d'ufficio delle cause di inammissibilità del ricorso, v. Cass. 20 luglio 2011, n. 15964.

12. Cass. 14 giugno 2011, n. 12957, in *Foro it.*, 2011, I, 3033, con nota di chi scrive, ha ritenuto «di doversi discostare, in consapevole e motivato dissenso» dal precedente orientamento consolidato.

13. Diversi sono stati i tentativi di porre mano ad una riforma complessiva, riscrivendo interamente il codice di rito. Ma non hanno avuto alcun esito: il «Progetto Liebman» (in *35° Quaderno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Milano, 1979), il «Progetto Tarzia» (in *Giur. it.*, 1988, IV, 257); il «Progetto Vaccarella» (oggetto del ddl C/XIV/4573); il «Progetto Proto Pisani» (in *Foro it.*, 2009, V, 1.); il «Progetto Vaccarella», consegnato al ministro della giustizia il 1° dicembre 2013. Questi progetti, tuttavia, hanno per oggetto soltanto la normativa codicistica. Nessuno di essi propone di inserire nel futuro codice, come si è fatto altrove e come sarebbe doveroso, tutta la normativa sulla tutela giurisdizionale civile, ormai contenuta anche in altri testi legislativi, compresi i regolamenti Ue. In questa direzione era la *Relazione* presentata nella IX Legislatura, alla Commissione Giustizia del Senato dal sen. Nicolò Lipari (in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 520 ss., e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 318 ss.).

14. Si rinvia a *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss.

Il legislatore, ovviamente, nella sua razionale discrezionalità, potrebbe anche disattendere le indicazioni della Corte, che, ai sensi dell'art. 101, co. 2°, Cost, sarebbe tenuta ad adeguarsi. Altrimenti, il recepimento in provvedimenti legislativi delle indicazioni della giurisprudenza di legittimità, potrebbe contribuire alla razionalizzazione del sistema, evitando il pendolarismo legislativo e cristallizzando, soprattutto nella materia processuale, la giurisprudenza della Corte, prescindendo da quanto previsto dall'art. 374, co. 3°, cpc, sovente disapplicato.

In subordine, come avviene, in riferimento a materie specifiche, in molti uffici di merito e come avviene per tutte le corti superiori, la stessa Corte potrebbe indicare, nel proprio sito, le «linee guida» del procedimento innanzi a sé, dettando un proprio «Statuto», fornendo agli utenti un modulo di ricorso e risolvendo così l'annosa questione relativa alla lunghezza ed alla struttura degli atti.

5. Cenni (e rinvio) sull'ammissibilità del ricorso

Nell'attuale contesto, tuttavia, appare opportuno prescindere da tali suggestive prospettive. L'aspirazione a un intervento normativo che concentri in unico testo tutta la disciplina processuale, coordinando e selezionando i frutti della frenesia legislativa è risalente e non ha ricevuto ascolto. Anche il dialogo sulla materia processuale tra legislazione e giurisprudenza costituisce un desiderio datato, che ha dovuto cedere alle intemperanze di ripetuti interventi legislativi estemporanei. La elaborazione di «linee guida» del procedimento innanzi alla Corte presuppone una paziente e periodica analisi della giurisprudenza della stessa Corte.

Il dialogo con la Corte, già celebrato, nel decennale della istituzione, nel 1933, da Piero Calamandrei, da Francesco Carnelutti e da Ludovico Mortara, resta affidato ad altri strumenti.

Hic et nunc, appare opportuno ricordare che il processo civile di cognizione, compreso il procedi-

mento innanzi alla Corte di cassazione, tende ad una decisione di merito, a conoscere chi ha ragione e chi ha torto, a sapere se si può ottenere il bene della vita preteso o se tale aspirazione è priva di fondamento. Dalla Corte di legittimità, il ricorrente vuole sapere se il provvedimento impugnato è frutto di *errores in procedendo* o di *errores in iudicando* e merita, quindi, per le ragioni esposte nei motivi, di essere cassato.

La proposizione di un ricorso per cassazione, come di una domanda giudiziale, tuttavia, è sottoposta a regole, l'inosservanza delle quali ne determina l'inammissibilità.

Ogni giudice, compresa la Corte, ha il doveroso compito di verificare preliminarmente la ammissibilità della domanda o dell'istanza proposta¹⁵. Non occorre, a tal fine, la previsione legislativa di un subprocedimento, che, se compiuto dal medesimo organo decidente, appesantisce, sempre e comunque, il processo¹⁶.

In sede di legittimità, il giudizio sulla ammissibilità del ricorso è attribuito, in prima battuta, alla Sezione VI e, poi, eventualmente, anche alla sezione tabellarmente competente.

Sebbene possa essere, o possa apparire, più semplice definire il procedimento con una dichiarazione di inammissibilità se il ricorso è privo di fondamento, l'obiettivo del giudizio di impugnazione resta la valutazione degli *errores in procedendo* o degli *errores in iudicando* denunciati con il ricorso. Con la dichiarazione di inammissibilità, invece, la Corte si sottrae al proprio compito e rifiuta la decisione richiesta; imputa al difensore l'inosservanza delle regole formali per la proposizione del ricorso ed espone quest'ultimo a responsabilità per negligenza professionale.

Il compito della Corte resta quello scolpito nell'art. 65 o.g., per il quale essa «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni».

Ogni controversia, anche quelle sottoposte al giudizio della Corte suprema, coinvolge la vita delle parti, che, nei giudizi di merito, si sente palpitare negli

15. I processi si uccidono da piccoli, prima che crescano e diventino difficili da gestire. Si rinvia a *Prime note sulla fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Foro it.*, 2005, V, 100 ss.; *L'esperienza del processo nell'assetto attuale. Le prassi esistenti e quelle possibili*, in *Processo ed organizzazione*, a cura di G. Gilardi, Milano, 2004, 23 ss.; e a *Note sulla struttura della decisione nei processi a cognizione piena. Un modello per la consolle del giudice*, in *Tecnologia, Organizzazione e Giustizia*, a cura di S. Zan, Bologna, 2004, 191, ora in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Torino, 2011, 293, 313 e 329. V. anche le considerazioni svolte in *L'interesse ad eseguire tra valore del diritto e abuso del processo*, cit., e in *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1012. Sono, infatti, sintomi di patologia del processo che, innanzi alla Corte, si arrivi a discutere del contraddittorio su questioni rilevate d'ufficio ovvero che giungano in Cassazione controversie di infimo valore; questi fenomeni presuppongono un malfunzionamento dei processi di merito.

16. In riferimento al «filtro» in appello, si rinvia a *La riforma dell'appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 21.

atti e nelle aule di udienza, mentre nel giudizio di legittimità appare lontana fino a far dimenticare la sua esistenza. Ma sotto gli atti ingialliti dal tempo e dietro le raffinate questioni giuridiche vi sono sempre e comunque le vicende umane.

Lo *jus litigatoris* è garantito dall'art. 111, co. 7°, Cost. che attribuisce alla Corte il controllo di legalità sui provvedimenti giurisdizionali. Sapere se il provvedimento impugnato è viziato da *errores in procedendo* o da *errores in judicando* è un diritto garantito dalla Costituzione.

Come previsto, in generale, dall'art. 125 cpc, anche il ricorso per cassazione deve indicare «le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni o l'istanza». I requisiti del ricorso sono indicati dall'art. 366, co. 1°, cpc; ai sensi dell'art. 365 cpc, inoltre, «il ricorso è diretto alla corte e sottoscritto, a pena d'inammissibilità, da un avvocato iscritto nell'apposito albo, munito di procura speciale»; l'inammissibilità è dichiarata anche se nessuna delle parti provvede all'integrazione del contraddittorio nel termine fissato, ai sensi dell'art. 331, co. 2°, cpc

Il ricorso è qualificato «inammissibile» dall'art. 360 *bis*, cpc, ma, come si è già ricordato, la Corte, ha immediatamente chiarito che, nonostante l'etichetta attribuita dal legislatore, nelle ipotesi considerate, si tratta di manifesta infondatezza del ricorso, non di «inammissibilità»¹⁷.

L'ammissibilità del ricorso presuppone anche la

verifica della legittimazione e dell'interesse ad impugnare.

Alcuni requisiti di ammissibilità del ricorso per cassazione sono verificabili in base a dati oggettivi, rispetto ai quali i margini di opinabilità sono ridotti. L'applicazione di altri, invece, implica un più ampio potere di valutazione¹⁸.

A tal fine, anche nella prospettiva della prossima informatizzazione del procedimento innanzi alla Corte e della attuazione dell'ufficio del processo di cui al dm 1° ottobre 2015, potrebbe essere semplificata la verifica dei requisiti di ammissibilità del primo tipo. Per quanto riguarda quelli del secondo tipo, invece, il compito interpretativo consiste nel segnare confini per quanto possibile certi.

A mero titolo esemplificativo, la verifica della sottoscrizione del ricorso da parte di un avvocato iscritto nell'albo speciale, l'indicazione delle parti, della procura, del provvedimento impugnato, del rispetto dei termini possono implicare indagini anche complesse, ma lasciano scarsi margini di discrezionalità¹⁹. Il giudizio sulla legittimazione e sull'interesse ad impugnare, sulla natura del provvedimento impugnato, sull'autosufficienza del ricorso, invece, si prestano a soluzioni opinabili.

In relazione a questi ultimi, pertanto, si tratta di proseguire, mediante il dialogo tra giurisprudenza e dottrina, la tradizionale opera interpretativa di chiarificazione e semplificazione della normativa.

17. Cass., ss.uu., 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, I, 3333, con nota di G. Costantino e di G. Scarselli; in *Giur. it.*, 2011, 885, con nota di A. Carratta; in *Giusto processo civ.*, 2010, 1131, con nota di F. P. Luiso; in *Giust. civ.*, 2011, I, 403, con nota di Terrusi; in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 167, con nota di Carnevale; in *Guida al dir.*, 2010, con nota di G. Finocchiaro.

18. Per una analisi aggiornata dei requisiti di ammissibilità del ricorso, si rinvia alla relazione svolta il 5 novembre 2015, al corso della Formazione decentrata della Scuola superiore della magistratura, «*Filtri di ammissibilità e controllo di legittimità sui provvedimenti del giudice civile*», cod. P15077, <http://bit.ly/1j77uP6>.

19. Basti pensare alle questioni relative all'inammissibilità del ricorso per inosservanza dei termini per impugnare, che hanno scarsi margini di opinabilità, ma non possono essere sottovalutate. In primo luogo, l'applicazione della disciplina ordinaria, oggetto di ripetute modifiche, implica la soluzione di problemi di diritto transitorio: il termine «lungo» per impugnare è stato abbreviato dall'art. 46, co. 17°, l. 18 giugno 2009, n. 69; per valutare, quindi, l'ammissibilità dei ricorsi contro i provvedimenti non notificati occorre preliminarmente verificare se la domanda sia stata proposta prima o dopo il 4 luglio 2009. Nel calcolo dei termini, inoltre, occorre tenere presente la sospensione feriale: nelle controversie alle quali riesce applicabile la l. 7 ottobre 1969, n. 742, modificata dall'art. 16, co. 1°, dl 12 settembre 2014, n. 132, conv. dalla l. 10 novembre 2014, n. 162.; nel computo dei termini regolati dalla sospensione feriale, pertanto, per valutare la tempestività della notificazione del ricorso e, quindi, la sua ammissibilità, occorre preliminarmente verificare se la domanda sia stata proposta prima o dopo il 1° gennaio 2015. In secondo luogo, occorre considerare le disposizioni che, in materie specifiche, prevedono termini diversi; l'analisi ed il confronto di esse sono indice del pressapochismo del legislatore; rispetto a ciascuna fattispecie, occorre verificare l'atto che determina la decorrenza dei termini: talvolta, infatti, è indicata la «comunicazione», talaltra la «notificazione», talaltra ancora è attribuito alla cancelleria il compito di notificare il provvedimento. In terzo luogo, merita attenzione la questione relativa all'individuazione del *dies a quo*, sulla quale è intervenuto il Giudice delle leggi su sollecitazione della Corte: cfr. Cass., ss.uu., 1° agosto 2012, n. 13794, *Giur. it.*, 2013, 909, con nota di richiami, che ha fornito un'interpretazione non condivisa da Cass. 22 novembre 2013, n. 26251 (in *Corriere giur.*, 2014, 988, con nota di F. Auletta), che, a sua volta, ha dubitato del «diritto vivente»; Corte cost. 22 gennaio 2015, n. 3, in motivazione, ha chiarito che «il ricorso all'istituto della remissione in termini per causa non imputabile (art. 153 cod. proc. civ.), utilizzato dalle sezioni unite (e che pure in situazioni particolari può costituire un utile strumento di chiusura equitativa del sistema), va inteso come doveroso riconoscimento d'ufficio di uno stato di fatto *contra legem* che, in quanto imputabile alla sola amministrazione giudiziaria, non può in alcun modo incidere sul fondamentale diritto all'impugnazione, riducendone, talvolta anche in misura significativa, i relativi termini (specie nella prospettiva della sopravvenuta disciplina dell'istituto e in particolare della riduzione a sei mesi del termine in questione)»; Alle indicazioni del Giudice delle leggi si è, quindi, adeguata la Corte: Cass. 25 marzo 2015, n. 6050; Cass. 22 maggio 2015, n. 10675.

6. Lo jus litigatoris

Questo paziente lavoro, ovviamente, non può prescindere dai principi e dai valori deducibili dalla Costituzione.

In una recente pronuncia in materia, il Giudice delle leggi ha ribadito che «il presidio costituzionale - il quale è testualmente rivolto ad assicurare il controllo sulla legalità del giudizio (a ciò riferendosi, infatti, l'espresso richiamo al paradigmatico vizio di violazione di legge) - contrassegna il diritto a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema, cioè il diritto al processo in cassazione»²⁰.

La ricorrente aspirazione ad una limitazione all'accesso alla Corte, mediante una modifica della Costituzione²¹, diretta a costruire una Corte di cassazione diversa da quella unificata nel 1923 ed alla quale i costituenti hanno attribuito il controllo di legalità, implica, tuttavia, una corte suprema di pochi componenti, selezionati in modo diverso dal concorso, con funzioni di indirizzo di politica del diritto, nonché, probabilmente, la unificazione delle funzioni della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, come previsto negli Stati Uniti; e presuppone altresì una profonda revisione della struttura delle corti d'appello, alle quali sarebbe affidato il monopolio del controllo di legalità sui provvedimenti giurisdizionali.

Non appare neppure realistico pensare, senza modificare la Costituzione, alla abolizione dell'appello, liberando risorse e concentrando innanzi alla Corte tutte le impugnazioni. L'appello, come mette in evidenza Domenico Dalfino²², sebbene non goda di garanzie costituzionali, costituisce una fundamenta-

le garanzia di giustizia non solo contro gli errori del giudice, ma anche contro gli errori delle stesse parti.

Entrambe le soluzioni richiedono comunque profondi interventi strutturali e non sono di breve periodo. Comunque non contribuiscono a risolvere gli attuali problemi di funzionamento della Corte.

In riferimento a questi ultimi, non può essere pretermesso che quasi il 40% dei ricorsi per cassazione riguarda le controversie tributarie, alle quali occorre aggiungere quelle previdenziali, nonché i ricorsi in materia di sanzioni amministrative proposti prima del 2006, quando è stata prevista l'appellabilità delle relative decisioni.

La gestione di questa tipologia di controversie implica interventi organizzativi estranei all'esperienza di ogni altra corte suprema.

Una prospettiva seria e realistica non può prescindere dall'incidenza del contenzioso seriale, dai profili organizzativi del lavoro della Corte, dalle delicate questioni relative alla tecnica di redazione degli atti e, soprattutto, dei provvedimenti.

Il dibattito generale sulle proposte di riforma palinogenetiche e sul futuribile ruolo della Corte prescinde dalla paziente e faticosa analisi delle norme, della giurisprudenza e dei flussi di contenzioso, ha per oggetto i desideri e le aspirazioni di ciascuno; sottrae energie e tempo alla soluzione delle questioni concrete.

Ancora una volta, perciò, come ha insegnato l'intera vita dell'amico al quale sono dedicate queste pagine, «ci metteremo al nostro lavoro ed adempiremo al "compito quotidiano" nella nostra qualità di uomini e nella nostra attività professionale»²³.

20. Così Corte cost. 9 luglio 2009, n. 207, in *Foro it.*, 2009, I, 3281, con nota di scrive, *Contro l'abuso del «filtro» è pronta la «pillola del giorno dopo»*: sono revocabili anche le ordinanze dichiarative della inammissibilità dei ricorsi per cassazione.

21. La questione è stata oggetto anche della ultima Assemblea generale, gli atti della quale sono pubblicati nel sito della Corte: <http://bit.ly/1PxUJaR>.

22. D. Dalfino, *L'appello, garanzia di giustizia*, in questo stesso *Obiettivo*.

23. Così M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, tr. it. Torino, 1967, 43.

Le procedure esecutive dopo le riforme. Analisi e prospettive

di Francesco Vigorito

Negli ultimi venti anni vi è stata ad una profonda trasformazione della disciplina dell'esecuzione forzata civile nel tentativo, che finora ha portato a risultati limitati, di portare il sistema italiano più vicino ai modelli esteri per tempi ed efficacia dei procedimenti. L'esigenza è nata dalla considerazione che il sistema del recupero dei crediti costituisce un parametro importante per l'intera economia del Paese; il ritardo in questo settore comporta, quindi, un grave danno in termini macroeconomici. Le molteplici riforme di questi anni hanno riguardato tutti i settori del processo esecutivo: basta scorrere il libro terzo del codice di procedura civile per rilevare che tutti gli istituti generali e la gran parte dei procedimenti esecutivi sono stati modificati. Non tutte le riforme sono state efficaci né tecnicamente impeccabili e, tuttavia, sarebbe opportuna una fase di applicazione pratica della nuova disciplina prima di pensare ad ulteriori interventi normativi. Resta, per un verso, l'esigenza di effettuare qualche intervento, anche urgente, su norme di dettaglio allo scopo di eliminare alcune contraddizioni esistenti nella normativa e di correggere disposizioni che comportano, tra l'altro, pesanti aggravii per la finanza pubblica e, per altro verso, di iniziare ad esplorare la possibilità di interventi di sistema che ridefiniscano l'ambito delle esecuzioni mobiliari e, per le esecuzioni immobiliari, prevedano, una volta accertato il disinteresse del mercato per l'immobile, modalità nuove di liquidazione dei beni.

1. La genesi delle riforme

Il sistema della giurisdizione civile prevede come strumento per la realizzazione coattiva dei diritti la "esecuzione forzata" disciplinata per i profili processuali dal libro terzo del codice di procedura civile del 1940.

Nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice di rito il processo esecutivo è stato oggetto di analisi approfondite da parte dei più illustri studiosi di diritto processuale civile¹ ma contemporaneamente la materia esecutiva ha destato un interesse molto

limitato da parte del legislatore e degli operatori ed, in particolare, dei giudici che hanno considerato, a lungo, la pratica del processo esecutivo come una attività "minore", spesso assegnata ai giudici onorari o, al più, ai magistrati più giovani, nonostante la ricaduta economica, molto rilevante, connessa alle procedure espropriative.

Forse in conseguenza di questa disattenzione, la tutela esecutiva, nella pratica, si è, a lungo, concentrata su alcuni tipi di esecuzione (in particolare l'espropriazione presso terzi e quella di autoveicoli) che realizzavano migliori risultati, anche in termini di

1. Tra i tanti si segnalano: Satta, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Vassalli, Torino, 1952, 100 ss.; Mandrioli, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955, 372 ss.; Tarzia, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961; Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione*, Milano, 1992; Vaccarella *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1983;

durata, mentre altri tipi di procedure esecutive (l'espropriazione immobiliare ed, in parte, quella mobiliare) sono state caratterizzate da scarsa efficienza; complessivamente, tuttavia, l'Italia è da sempre negli ultimi posti in Europa per l'efficacia e la durata delle procedure esecutive².

Questa situazione si è, in parte, modificata a partire dalla seconda metà degli anni Novanta per il concorso di due fattori, uno di carattere generale, l'altro più contingente.

Il primo è stata la progressiva presa di coscienza, a livello macroeconomico e politico, che il cattivo funzionamento del modello di recupero dei crediti porta un nocimento al sistema economico sia in termini di competitività che in termini di credibilità e che, quindi, l'enorme ritardo del nostro Paese in questo settore ha avuto una ricaduta negativa sull'economia nel suo complesso tanto da incidere sul prodotto interno lordo³.

Il secondo fattore, più interno, è legato allo sviluppo in alcune realtà di quelle che, con una espressione utilizzata in campo giuridico per le prime volte proprio rispetto alle procedure fallimentari ed esecutive, furono denominate *best practices*.

Verso la fine degli anni Novanta al tribunale di Bologna, e poi, con uno sviluppo ulteriore, al tribunale di Monza alcuni giudici, che venivano, in genere, da una precedente esperienza in campo fallimentare, sfruttando proprio i modelli di gestione delle procedure concorsuali, iniziarono ad elaborare, con la collaborazione dei professionisti (avvocati, commercialisti, notai) modelli di processo esecutivo, soprattutto in campo immobiliare, più moderni ed efficaci riuscendo ad ottenere risultati molto significativi in termini di riduzione della durata media delle procedure e di incremento della loro redditività. I modelli elaborati in quei tribunali furono, nell'arco di qualche anno, adottati anche in altri uffici di varie dimensioni e di ogni parte d'Italia con esiti il più delle volte molto positivi⁴.

Le *buone prassi* mostrarono come, anche sulla base delle disposizioni vigenti, era possibile rendere più efficiente il sistema; tuttavia, in mancanza di una loro diffusione omogenea su tutto il territorio nazionale, non era possibile operare una completa inversione di tendenza⁵.

Questa constatazione ha indotto il legislatore ad operare una serie di riforme con l'obiettivo di dare efficacia al sistema⁶.

2. Da uno studio compiuto dall'ABI all'inizio degli anni 2000 emergeva che la durata media delle procedure esecutive immobiliari in Italia era di 76 mesi mentre nel resto dell'Europa ed occidentale era di 12 e che il peggiore risultato dopo quella del nostro Paese era quello del Portogallo nel quale comunque le procedure esecutive immobiliari duravano in media circa un terzo (27 mesi) rispetto alla durata di quelle italiane. Peraltro proprio il Portogallo, nel 2013, ha varato un nuovo sistema totalmente informatizzato di pignoramenti che ha consentito nel primo anno di portare il ricavato annuo delle procedure esecutive da 20 a 337 milioni di euro (cfr. De Stefano, *L'effettività dell'esecuzione in materia civile e commerciale in alcuni Paesi europei*, in *Questione giustizia on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/l-effettivita-dell-esecuzione-in-materia-civile-e-commerciale-in-alcuni-paesi-europei_24-07-2015.php)

3. Una recente conferma della persistente attenzione generale sul tema è dato dalla organizzazione da parte del dipartimento legale del Fondo monetario internazionale di una Tavola rotonda sull'effettività dell'esecuzione in materia civile e commerciale svoltasi a Vienna il 12 e 13 marzo 2015 a cui hanno preso parte esperti della materia di Grecia, Cipro, Portogallo, Ucraina, Polonia, Spagna, Germania, Austria e Italia, con rappresentanti della Banca Centrale Europea, della Commissione Europea e della Banca Mondiale (cfr. De Stefano, *L'effettività dell'esecuzione in materia civile e commerciale all'attenzione del Fondo monetario internazionale: il punto di vista italiano*, cit

4. Per una illustrazione delle varie *best practice*, Donvito, *Il processo esecutivo immobiliare*, Torino, 2005, 229 ss.. Sulle singole esperienze Liccardo, *L'esecuzione immobiliare: prassi applicative e prospettive di riforma* in *Documenti giustizia*, 1997, 358 ss.; Id. *La ragionevole durata del processo esecutivo: l'esperienza del Tribunale di Bologna negli anni 1996-2001 ed ipotesi di intervento* in *Riv. esec. forz.*, 2001, 566 ss.; Miele-Roda-Fontana, *La prassi delle vendite immobiliari nel Tribunale di Monza*, in *Riv. esec. forz.*, 2001, 501 ss.; Berti Arnoaldi Veli, *Prassi e giurisprudenza del Tribunale di Bologna nelle espropriazioni immobiliari: in particolare il custode giudiziario e le azioni del custode finalizzate alla liberazione del compendio*, in *Riv. esec. forz.*, 2003, 69 ss.; Vigorito, *Il progetto di rinnovamento dell'ufficio esecuzioni immobiliari del Tribunale di Roma tra obiettivi realizzati e "problemi insolubili"*, in *Processo e organizzazione. Le "riforme" possibili per la giustizia civile*, Roma, 2004, 255; Fontana, *La gestione attiva del compendio immobiliare pignorato*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, 571 ss.. Per un esame dei modelli organizzativi Aa. Vv., *Esecuzioni individuali e concorsuali: revisione del modello organizzativo* in *Quaderni di giustizia e organizzazione*, 2008. Per l'illustrazione di una nuova modalità di confronto tra i giudici dell'esecuzione Verzelloni, *La comunità dei giudici delle procedure esecutive e concorsuali* in *Quaderni di giustizia e organizzazione*, 2009. Un ruolo importante nel confronto all'interno della magistratura e tra giudici e studiosi ha avuto, in questi anni, il *Centro studi sulle procedure esecutive e concorsuali*, CESPEC, costituito da magistrati, analogamente ad altre strutture organizzative che si sono occupate della materia concorsuale e di altri aspetti dell'attività giurisdizionale.

5. Da una rilevazione operata nel corso del 2006 in occasione di un incontro di studio organizzato dal Consiglio superiore della magistratura emerge che in molte sedi vi era stata una importante riduzione dei tempi di durata delle procedure ma nessun ufficio raggiungeva la media europea di 12 mesi e pochi avevano una durata media inferiore ai 36 mesi.

6. Dal 1998 ad oggi, per limitarsi a quelli che hanno inciso direttamente sul codice di rito, vi sono stati questi interventi legislativi:
- legge 3 agosto 1998, n. 302;
- decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80;

Non sempre l'intervento del legislatore è, però, riuscito a realizzare gli obiettivi perseguiti e talvolta la formulazione delle norme è stata caratterizzata da lacune ed errori.

Dopo un processo riformatore che, per ora, è durato oltre tre lustri, tanto da essere, ironicamente, definito “*perenne*”⁷ vi è l'esigenza di interrogarsi, sia pur per linee generali, sulle caratteristiche che sono andate assumendo le “nuove” espropriazioni forzate.

2. L'espropriazione immobiliare

La procedura esecutiva immobiliare è stata oggetto di quasi tutti gli interventi legislativi operati nell'ultimo ventennio: il percorso è stato aperto dalla legge 3 agosto 1998, n. 302, che ha introdotto la delegabilità della vendita immobiliare ai notai⁸, ed è stato chiuso, non a caso, con il decreto legge 27 giugno 2015 n. 83 convertito con legge 6 agosto 2015, n. 132, che ha stabilito come la vendita delegata al professionista sia ormai divenuta la forma tipica di alienazione in sede di espropriazione immobiliare.

Il procedimento che porta alla vendita del bene immobile pignorato per la realizzazione forzata del diritto di credito del creditore procedente e dell'eventuale creditore intervenuto⁹ è stato completamente trasformato dalle riforme di questi anni; le modifiche hanno riguardato i tempi del processo, gli atti, le attività dei soggetti che partecipano alla procedura (il cui numero si è ampliato), le modalità di pubblicità della vendita, le modalità di vendita, la distribuzione del ricavato.

La procedura esecutiva immobiliare nella sua originaria definizione normativa, restata in vigore senza alcuna modifica fino al 1998, si svolgeva, in sintesi, come segue:

- dopo il pignoramento, con il quale il debitore era designato custode *ex lege* del bene (art. 559 co. 1

cpc), doveva essere depositata l'istanza di vendita (art. 567 co. 1 cpc) nel termine di novanta giorni previsto dall'art. 497 cpc nonché la documentazione costituita dall'estratto del catasto e delle mappe censuarie, dai certificati delle iscrizioni e trascrizioni relative all'immobile pignorato e dal certificato del tributo diretto verso lo Stato (art. 567 co. 2 cpc); non era previsto un termine per il deposito di tale documentazione;

- acquisita la documentazione veniva, quindi, in genere disposta ed effettuata la stima dell'immobile prevista dall'art. 568 co. 3 cpc (di regola questa attività richiedeva almeno tre udienze, quella di comparizione delle parti e di nomina dell'esperto, quella di giuramento, quella di deposito della relazione); la relazione si limitava alla stima del bene, senza ulteriori approfondimenti da parte del consulente;
- sulla base della relazione veniva, quindi, emessa l'ordinanza di vendita (generalmente) con incanto, regolata dagli artt. 576 ss. cpc;
- l'esperimento di vendita era preceduto dalla pubblicità obbligatoria (la pubblicazione all'albo del Tribunale e nel Foglio annunci legali della Provincia) prevista dall'art. 490 co. 1 e 2 cpc e da una pubblicità facoltativa (sui giornali e nelle forme della pubblicità commerciale) prevista dall'art. 490 co. 3 cpc ;
- in caso di esito positivo dell'incanto vi era la possibilità di effettuare offerte in aumento, ai sensi dell'art. 584 cpc;
- la fase della distribuzione era regolata dagli artt. 510 ss. cpc e poteva essere bloccata dalla sospensione disposta dal giudice a seguito di una opposizione cd “distributiva” che si svolgeva nelle forme del giudizio ordinario di cognizione (art. 512 cpc).

Tutto il procedimento si svolgeva dinanzi al giudice dell'esecuzione.

- legge 28 dicembre 2005, n. 263;

- legge 24 febbraio 2006 n. 52;

- legge 18 giugno 2009 n. 69;

- decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 convertito dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228;

- decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114;

- decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162;

- decreto legge 27 giugno 2015 n. 83 convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132.

7. Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1429 ss.

8. Sulla scorta di alcune esperienze pratiche oggetto, tra l'altro, di un convegno tenutosi a Roma nel maggio del 1993; cfr. *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari - Normativa vigente e prospettive di riforma*, Atti del convegno di Roma (22-23 maggio 1993), Milano, 1994.

9. Che dopo la modifica dell'art. 499 cpc introdotta con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 per poter intervenire nella procedura esecutiva deve essere “munito” di titolo esecutivo, o aver eseguito, al momento del pignoramento, un sequestro sui beni pignorati ovvero vantare un diritto di pegno o un diritto di prelazione risultante da pubblici registri o, ancora, essere titolare di un credito di somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'art. 2214 del codice civile.

Da un esame anche superficiale delle caratteristiche del procedimento emerge come i tempi della procedura fossero molto dilatati per la necessità di espletare molteplici attività in udienza dinanzi al giudice, per l'incidenza che potevano avere il funzionamento di altri uffici (es. Conservatoria dei registri immobiliari) o la strategia processuale del creditore (che poteva scegliere in vari modi il momento in cui dare impulso alla procedura esecutiva o rallentarla) o comportamenti ostruzionistici del debitore; inoltre un sistema di pubblicità non sempre adeguato rendeva la vendita del bene legata a circostanze casuali (e favoriva i "professionisti" delle vendite immobiliari). La conseguenza è stata che, in molti uffici giudiziari, i procedimenti esecutivi immobiliari avevano tempi lunghissimi e raramente gli immobili erano alienati se non a prezzi molto bassi.

Le riforme di questi anni, pur operando qualche scelta discutibile, sia dal punto di vista tecnico, che dal punto di vista operativo, hanno completamente trasformato la procedura rendendo la vendita immobiliare in sede esecutiva uno strumento più efficace: la disciplina oggi vigente opera una sorta di esternalizzazione di quasi tutte le attività, stabilisce tempi rigidi (in qualche caso, eccessivamente ridotti) per lo svolgimento delle varie attività, amplia la sfera dei collaboratori del giudice, ne definisce compiutamente i compiti, sottrae sempre il bene alla disponibilità materiale del debitore con la nomina di un custode, prevede un sistema moderno e più efficace di pubblicità, assegna ad un professionista il compito di vendere il bene, prevede la vendita senza incanto come forma tipica di procedimento, elimina, di fatto, la vendita con incanto e l'offerta in aumento, prevede una fase distributiva con contestazioni, almeno in un primo momento, deformalizzate.

In sintesi, i passaggi della procedura esecutiva secondo le disposizioni attualmente vigenti sono i seguenti:

- dopo la notifica dell'atto di pignoramento ed il deposito della nota di trascrizione del pignoramento, il creditore pignorante (o quello intervenuto nella procedura, munito di titolo esecutivo), deposita l'istanza di vendita nel termine di quarantacinque dalla notifica dell'atto di pignoramento (art. 497 cpc nella nuova formulazione), e provvede ad allegarvi nel termine perentorio¹⁰ di sessanta giorni¹¹ dalla proposizione della istanza di vendita la documentazione indicata dall'art. 567 co. 2 cpc, ovvero un certificato notarile attestante le risultanze delle visure catastali e dei registri immobiliari (art. 567 co. 2 cpc);
- nel termine di quindici giorni dal deposito della documentazione il giudice dell'esecuzione nomina l'esperto e fissa, entro novanta giorni, l'udienza per la comparizione delle parti e dei creditori di cui all'articolo 498 cpc per l'emissione dell'ordinanza di delega; l'esperto presta il giuramento non dinanzi al giudice ma in cancelleria mediante sottoscrizione del verbale di accettazione¹²;
- l'esperto, redatta la relazione, ne deve inviare copia ai creditori procedenti o intervenuti e al debitore, nel termine di trenta giorni prima dell'udienza; di conseguenza egli ha un termine non superiore ai sessanta giorni per redigere la relazione; mentre la previsione di un contenuto specifico della relazione del consulente appare finalizzata a realizzare il condivisibile obiettivo di mettere a disposizione della procedura un documento che costituisca un punto di riferimento completo per tutti gli interessati, la previsione di un termine ridotto per la redazione di una relazione così complessa rischia di ottenere un risultato contrario a quello perseguito dal legislatore poiché l'impossibilità di redigere la relazione nei termini ridotti previsti dalla legge comporterà, in molti casi, un rallentamento dei tempi della procedura (conse-

10. A pena di estinzione della procedura

11. Che può, tuttavia, essere prorogato di altri sessanta giorni «per giusti motivi»; è inoltre previsto che il giudice possa assegnare un ulteriore termine di sessanta giorni quando ritiene che la documentazione depositata debba essere completata» (art. 567 co. 3 cpc). Sulla definizione del concetto di «giusti motivi» e sulla integrazione cfr. De Stefano, *Il nuovo processo di esecuzione*, Milano, 2005, 119 ss.; Astuni, *Il deposito della documentazione*, in Demarchi, *Il nuovo rito civile: le esecuzioni*, Milano, 2006, 352 ss.; Montanaro, *Articoli 567-598*, in Aa.Vv., *Commentario alle riforme del processo civile* a cura di Briguglio e Capponi, Padova, 296 ss., 2007; Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, V edizione, Padova, 2015, 1246 ss..

12. Per il disposto dell'art. 568 cpc, nella sua nuova formulazione, il valore di stima dell'immobile non deve corrispondere necessariamente a quello commerciale che potrebbe essere ricavato attraverso una vendita volontaria del bene poiché la disposizione prevede, tra l'altro «la riduzione del valore di mercato praticata per l'assenza di garanzia per vizi del bene venduto» e più genericamente, la possibilità di operare «adeguamenti» del prezzo «per gli oneri di regolarizzazione urbanistica, lo stato d'uso e di manutenzione, lo stato di possesso, i vincoli e gli oneri giuridici non eliminabili nel corso del procedimento esecutivo, nonché per le eventuali spese condominiali insolute». Il valore dell'immobile deve essere, quindi, stabilito in base agli indici generalmente rilevanti nella determinazione del valore di mercato degli immobili (quali la superficie dell'immobile, con specificazione di quella commerciale, valore per metro quadro, stato d'uso e di manutenzione) con le correzioni o gli adeguamenti sopra indicati. Nella relazione devono poi essere riportate le indicazioni, molto dettagliate, previste dall'art. 173 disp. att. cpc, nella sua nuova formulazione, finalizzate a mettere i potenziali acquirenti a conoscenza di tutte le circostanze rilevanti per valutare l'acquisto dell'immobile.

- guente al rinvio dell'udienza fissata per la emissione dell'ordinanza di delega) inevitabile e più ampio del tempo "risparmiato" con la riduzione dei termini;
- sulla base della relazione il giudice, all'udienza già fissata, delega le operazioni di vendita al notaio, avvocato o commercialista salvo che ravvisi l'esigenza di procedere direttamente alle operazioni di vendita a tutela degli interessi delle parti e adotta, comunque, i provvedimenti relativi alla custodia, ai sensi dell'art. 559 co. 4 cpc, nominando custode dell'immobile un soggetto diverso dal debitore, se tale nomina non era stata già effettuata in precedenza¹³;
 - l'ordinanza di delega (o di vendita) deve contenere una puntuale regolamentazione della vendita senza incanto¹⁴;
 - prima dell'espletamento della vendita si procede alla effettuazione della pubblicità con un modello finalizzato a garantire la diffusione capillare della notizia delle vendite forzate¹⁵;
 - per il disposto dell'art. 503 cpc e dell'art. 569 cpc la vendita è, di regola, effettuata senza incanto¹⁶;
 - l'immobile è aggiudicato all'unico offerente o al maggior offerente, in base alle regole dettate dagli artt. 572 ss. cpc; dopo la riforma del 2015, è possibile che l'immobile venga aggiudicato ad un prezzo inferiore (fino ad un quarto) al prezzo base fissato nella ordinanza di vendita¹⁷;
 - in caso di esito negativo della vendita viene fissata una vendita successiva ad un prezzo inferiore di un quarto; anche nelle vendite successive l'aggiudicazione può avvenire ad un prezzo inferiore (fino ad un quarto) al nuovo prezzo di vendita;
 - i creditori possono chiedere l'assegnazione del bene pignorato, con istanza da proporre fino a dieci giorni prima della data fissata per l'esperimento di vendita, in mancanza di offerte di vendita o nel caso in cui le offerte siano inferiori al prezzo base;
 - una volta effettuato il pagamento del prezzo¹⁸, il delegato predispone il decreto di trasferimento che è sottoscritto dal giudice;
 - al termine della fase di liquidazione del compendio pignorato il professionista delegato (ovvero il giudice), provvede alla formazione del progetto di

13. Nella prassi di alcuni tribunali, ove, come accade di regola, il debitore, custode *ex lege*, violi, dopo il pignoramento, i suoi obblighi la nomina del custode viene effettuata contestualmente alla nomina del consulente per facilitare le operazioni di consulenza; in altri tribunali si prevede, invece, che al momento della emissione dell'ordinanza di delega o di vendita venga disposta la liberazione dell'immobile che, altrimenti, per il disposto dell'art. 560 co. 3 cpc deve essere disposta al momento dell'aggiudicazione. Questa ultima interpretazione, fa leva sulla possibilità del giudice, prevista dallo stesso art. 560 co. 3 cpc, di non autorizzare il debitore a continuare ad abitare l'immobile pignorato, o di revocare la autorizzazione, se concessa in precedenza.

14. Per il contenuto della nuova ordinanza di delega o di vendita cfr. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1293 ss..

15. Dopo il decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla l. 6 agosto, n. 132 è previsto che l'avviso della vendita con gli allegati (ordinanza *ex art.* 569 cpc e relazione di stima con documentazione tecnica di supporto) venga pubblicato su appositi siti internet (individuati ai sensi dell'art. 173 *ter* disp. att. cpc) almeno quarantacinque giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte o della data dell'incanto; che gli avvisi di vendita vengano inseriti sul portale del ministero della Giustizia, in un'area denominata «portale delle vendite pubbliche»; che il giudice possa, d'ufficio o su richiesta dei creditori, disporre la pubblicazione sui quotidiani (a tiratura locale o nazionale) ovvero la pubblicità commerciale. Il «portale delle vendite pubbliche» non è, tuttavia, ancora operativo ed il nuovo sistema degli adempimenti pubblicitari regolato dall'art. 490 cpc, come riformulato, potrà essere operativo, ai sensi dell'art. 23 co. 9 del decreto legge n. 83 del 2015, decorsi trenta giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle "specifiche tecniche" per il funzionamento del portale, previste dall'art. 161 *quater* disp. att. cpc, da indicare da parte del responsabile per i sistemi informativi automatizzati del ministero della Giustizia entro sei mesi dalla entrata in vigore della legge 6 agosto, n. 132.

16. L'art. 503 co. 2 cpc prevede che: «L'incanto può essere disposto solo quando il giudice ritiene probabile che la vendita con tale modalità abbia luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene, determinato a norma dell'art. 568». Si tratta di una sorta di condizione impossibile poiché non si vede come possa accadere che per il solo fatto che la vendita venga espletata con le modalità dell'incanto invece che «senza incanto» si possa ricavare un prezzo superiore addirittura della metà.

17. L'art. 572 cpc, nella sua formulazione introdotta dal decreto legge 27 giugno 2015, n. 83 convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, prevede, infatti, che se l'unica offerta è pari o superiore al prezzo base di vendita del bene essa è senz'altro accolta. Se l'unica offerta sia inferiore al prezzo base di vendita del bene subastato in misura non superiore ad un quarto il giudice può, comunque, aggiudicare il bene salvo che non sia stata proposta una o più istanze di assegnazione del bene a cura di uno dei creditori, pignoranti o intervenuti titolati o che vi sia il fondato motivo di ritenere che, con una nuova vendita, sarebbe possibile conseguire un prezzo superiore. Nel caso di gara tra gli offerenti l'art. 573 cpc, anch'esso modificato dall'art. 573 cpc, stabilisce che se l'offerta più alta è pari o superiore al prezzo base di vendita del bene essa è senz'altro accolta. Anche se l'offerta più alta sia inferiore al prezzo base di vendita del bene subastato in misura non superiore ad un quarto essa è accolta in mancanza di istanze di assegnazione.

18. Se non deve disporsi la sospensione prevista dall'art. 586 cpc nel caso in cui ritenga «che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto». L'interpretazione di recente è stata oggetto di una approfondita analisi ad opera della Corte di cassazione (Cass. 21 settembre 2015, n. 18451).

distribuzione, lo deposita in cancelleria affinché i creditori ne prendano visione; il giudice fissa nel contempo un'udienza destinata alla sua discussione ed eventuale approvazione del progetto; le parti possono proporre una contestazione al progetto di distribuzione che, in un primo momento, viene risolta dal giudice dell'esecuzione con ordinanza dopo l'eventuale espletamento di un'istruttoria sommaria; contro tale ordinanza può proporsi l'opposizione prevista dall'art. 617 cpc; in caso di mancata contestazione ovvero di risoluzione della contestazione con ordinanza non impugnata o di opposizione alla quale non consegue la sospensione dell'efficacia dell'ordinanza che ha risolto la controversia, il progetto di distribuzione è reso esecutivo dal giudice dell'esecuzione;

- nel caso in cui durante la procedura emerga che «non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo» il giudice dispone la chiusura anticipata del processo esecutivo (art. 164 bis disp. att. cpc).

Il modello processuale attualmente vigente è certamente attento alla efficacia delle procedure ed alla capacità di realizzare in tempi celeri la tutela del diritto di credito (garantendo, comunque, al debitore gli strumenti per consentire un controllo sulla regolarità del processo) ed ha consentito significativi miglioramenti nell'andamento delle procedure.

La valutazione degli interventi riformatori che hanno riguardato la materia dell'espropriazione immobiliare è, quindi, senza dubbio positiva.

Restano, tuttavia, da fare alcune considerazioni.

La prima riguarda una serie di scelte operate dal legislatore e che appaiono scarsamente comprensibili o poco condivisibili.

Non si comprende, in primo luogo, il motivo per cui non si è voluto eliminare espressamente il modello della vendita all'incanto che, in passato, era stato adottato in maniera diffusa (con la finalità di consentire la trasparenza delle operazioni di vendita attraverso il meccanismo dell'asta pubblica) ma che nella pratica si era, poi, mostrato scarsamente efficiente e talvolta era stato utilizzato per mettere in pratica attività illecite o, comunque, scorrette. Il legislatore dapprima ha previsto, con la riforma del 2005, l'alternarsi di una vendita senza incanto con una vendita all'incanto poi, con la riforma del 2014, ha limitato

la vendita all'incanto a situazioni eccezionali¹⁹ senza tuttavia abrogare espressamente un istituto eliminato, di fatto, dal sistema.

Notevoli perplessità sorgono, poi, per il nuovo "meccanismo" della vendita a prezzo ridotto, previsto dagli artt. 572 e 573 cpc. Come si è visto, è, infatti, possibile aggiudicare l'immobile subastato ad un prezzo inferiore non solo al suo valore di mercato (dato che il prezzo base della vendita, stabilito dall'art. 568 cpc, non è quello di mercato ma è un prezzo già ridotto dal consulente in considerazione delle minori tutele per l'acquirente²⁰) ma anche al prezzo base (dato che l'aggiudicazione può essere effettuato anche se l'offerta è inferiore fino ad 1/4 al prezzo base). Si può prevedere che le offerte saranno, da ora in poi, effettuate per un prezzo ridotto e potranno eventualmente raggiungere il reale valore del bene solo in presenza di una pluralità di offerte e di una conseguente gara. Si tratta di una scelta discutibile, quantomeno se in relazione al primo esperimento di vendita, poiché impedisce, di fatto, in una parte significativa di casi, che la vendita del bene pignorato avvenga al suo reale valore. Ma la finalità della procedura esecutiva è quella di ottenere la soddisfazione del diritto del creditore senza provocare un danno ingiustificato per il debitore e non certo di consentire ai terzi acquirenti di "fare un affare" a danno del debitore e degli stessi creditori, magari non privilegiati.

Sarebbe stato più ragionevole prevedere che almeno una volta l'immobile fosse posto in vendita a prezzo pieno e che, solo dopo aver accertato in tal modo, lo scarso interesse del mercato si fosse previsto un sistema che, attraverso riduzioni più ampie del prezzo base o anche attraverso il meccanismo predisposto dalle disposizioni attualmente in vigore, consentisse la vendita in tempi rapidi anche ad un prezzo notevolmente ridotto.

Nella comparazione degli interessi in campo, infatti, sembra ragionevole che, in prima battuta, si salvaguardi il diritto del debitore (e dei creditori) alla alienazione del bene al suo reale valore, pur ridotto rispetto al prezzo di mercato (per le minori garanzie previste per l'acquirente), e che, solo nel caso di mancata vendita, si privilegi l'alienazione a prezzo ridotto; la scelta del legislatore rischia di tutelare unicamente alcuni creditori (in genere i titolari di garanzie ipotecarie che, talvolta, hanno concesso un credito di entità notevolmente inferiore al valore del bene e che possono, quindi, essere integralmente soddisfatti anche dalla vendita del bene ad un prezzo notevolmente inferiore) a danno di altri (i creditori chirografari ed anche i creditori ipotecari di grado successivo).

19. Cfr. nota 16.

20. In considerazione dell'assenza della garanzia per vizi del bene venduto (art. 568 cpc).

Il corretto svolgimento della procedura esecutiva potrebbe, invece, essere favorito dalla immediata nomina, fin dal momento dell'espletamento della c.t.u., di un custode diverso dal debitore (come avviene nella prassi di alcuni uffici giudiziari) che potrebbe coadiuvare dapprima il consulente tecnico poi il delegato nel compimento delle loro attività.

Come si è già visto, poi, perplessità la riduzione dei termini nelle fasi processuali che sono occupate dal compimento di attività (quali la consulenza tecnica) che molto difficilmente potranno essere completate nei tempi previsti dalla legge; inoltre l'esperienza di questi anni ha dimostrato che non sempre la gestione delle procedure da parte dei professionisti delegati ha dato esiti positivi. Probabilmente sarebbe stato utile mantenere al giudice dell'esecuzione una valutazione più ampia²¹ della possibilità di procedere direttamente alla vendita, tenuto conto della particolarità di alcune situazioni locali ed anche delle considerevoli spese aggiuntive che deve affrontare il creditore.

La previsione della delega come modalità tipica di espletamento della vendita farà sì che, anche per esigenze organizzative e di risorse, la vendita da parte del giudice darà una ipotesi del tutto residuale.

Dal punto di vista tecnico oltre all'evidente errore contenuto nella formulazione dell'art. 572 cpc che riporta due disposizioni analoghe ma diverse ai commi 2 e 4 (dovuto alla frettolosa approvazione in Parlamento di due emendamenti dall'analogo contenuto) appare obiettivamente oscura la disciplina dell'assegnazione del bene al creditore²².

Resta da rilevare che nonostante gli esiti positivi delle riforme di questi anni i tempi di durata delle procedure esecutive immobiliari sono ancora molto lontani dalla media degli altri paesi europei e che, negli ultimi anni, la crisi del mercato immobiliare ha inciso negativamente sulle vendite in sede esecutiva.

La possibilità di definire una procedura che abbia tempi competitivi con gli altri paesi sembra a questo punto legata non ad ulteriori interventi sul procedimento²³ ma alla possibilità di utilizzare in maniera intensiva gli strumenti telematici di acquisizione di atti e documenti, di pubblicità, di alienazione dei beni.

Sotto altro profilo resta irrisolto il problema, che, in questi anni ha riguardato l'intero mercato immobiliare, dell'accesso al credito dei soggetti potenzial-

mente interessati a partecipare alle vendite esecutive. Solo l'ampliamento della platea di coloro che possono concretamente prendervi parte può far sì che i beni vengano alienati al loro reale valore ed in tempi brevi; questo obiettivo richiede, tuttavia, oltre ad un rafforzamento del controllo sulle condizioni di fatto e di diritto dei beni (attraverso un'opera di formazione di consulenti, custodi e delegati esperti e l'utilizzazione dello strumento dell'ordine di liberazione in presenza di comportamenti ostruzionistici del debitore), un impegno reale (che, finora, è del tutto mancato) del sistema bancario per facilitare l'accesso al credito da parte di coloro che hanno interesse ad acquistare gli immobili pignorati.

Solo in questo modo il processo di rivitalizzazione e ammodernamento del procedimento esecutivo immobiliare potrà perseguire credibilmente l'obiettivo di portare il sistema italiano al livello degli altri paesi europei.

3. L'espropriazione presso terzi

Le riforme degli ultimi anni hanno riguardato anche l'espropriazione presso terzi, una procedura esecutiva, che mira a soddisfare il diritto del creditore espropriando non i beni del debitore ma «*i crediti del debitore verso terzi*» ovvero «*le cose del debitore che sono in possesso di terzi*».

Questo tipo di procedura ha inizio con il pignoramento e richiede il coinvolgimento di un soggetto estraneo al titolo esecutivo il quale collabora alla procedura in conseguenza della titolarità di un rapporto di diritto sostanziale con beni o diritti di credito del debitore.

Il pignoramento non si perfeziona con un'apprensione ma richiede una dichiarazione del terzo che indichi l'esistenza e le caratteristiche del bene o del credito oggetto della procedura esecutiva ed impone sul bene o sul credito un vincolo di destinazione esecutiva mediante l'intimazione al terzo a non disporre della cosa o della somma pignorata.

La modifica più rilevante della disciplina della espropriazione presso terzi riguarda il criterio determinativo della competenza.

Prima della riformulazione dell'art. 26 cpc e dell'introduzione dell'art. 26 bis cpc ad opera del dl

21. Rispetto a quella prevista dalla attuale formulazione dell'art. 591 bis cpc che la comma 2 consente al giudice di non disporre la delega solo ove, sentiti i creditori, ravvisi l'esigenza, a tutela degli interessi delle parti, di procedere direttamente alle operazioni di vendita.

22. Per un tentativo di interpretazione della disposizione cfr. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1392 ss.

23. Sembra, al contrario, arrivato il momento di una sorta di "fermo biologico" all'attività legislativa in materia per consentire alle nuove disposizioni di operare per un tempo congruo ed individuare, attraverso un esame dei loro effetti pratici, eventuali ulteriori interventi correttivi da operare.

12 settembre 2014 n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 la competenza per l'espropriazione forzata era del Tribunale del luogo in cui il terzo aveva la residenza, il domicilio, la dimora o la sede.

Nell'attuale formulazione l'art. 26 bis cpc prevede che: «quando il debitore è una delle pubbliche amministrazioni indicate dall'art. 413 cpc, quinto comma, per l'espropriazione forzata di crediti è competente, salvo quanto disposto dalle leggi speciali, il giudice del luogo dove il terzo debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede».

Fuori dei casi di cui al primo comma, per l'espropriazione forzata di crediti è competente il giudice del luogo in cui il debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede».

Tuttavia l'art. 26 bis cpc non può ritenersi applicabile alla espropriazione forzata di beni mobili che si assumono in possesso del terzo pignorato poiché la rubrica del nuovo art. 26 bis cpc fa riferimento unicamente «alla espropriazione forzata di crediti»; di conseguenza quando la espropriazione forzata di cui agli artt. 543 e seguenti abbia ad oggetto beni mobili, essa deve essere promossa dinanzi al Tribunale del luogo ove la cosa si trova, ai sensi dell'art. 26 cpc.

Se, invece, il pignoramento ha ad oggetto crediti la espropriazione deve essere promossa dinanzi al Tribunale nel cui territorio il debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede.

Tuttavia il primo comma dell'art. 26 bis cpc stabilisce che il vecchio criterio della competenza del Tribunale del luogo di residenza, domicilio, dimora o sede del terzo si applica quando il debitore «*coincida con una delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 413 co. 5 cpc*».

Il richiamo contenuto in questa disposizione è, tuttavia, ambiguo poiché l'art. 413 co. 5 cpc non contiene alcuna elencazione di pubbliche amministrazioni.

Il rinvio può essere, quindi, interpretato nel senso di ritenere che il criterio di competenza del luogo di residenza del terzo non riguarda i procedimenti in cui debitore sia una pubblica amministrazione ma quelli che si fondano su un titolo relativo ai rapporti ai quali

si riferisce l'art. 413 co. 5 cpc e, quindi, solo alle azioni esecutive fondate sui crediti di lavoro.

Una interpretazione più convincente, e più coerente con i motivi posti a fondamento della modifica (enunciati nella relazione introduttiva alla legge di conversione²⁴), è quella che ritiene si tratti di un rinvio di secondo grado operato all'art. 413 co. 5 cpc solo perché questa disposizione richiama, peraltro a sua volta indirettamente, il Testo unico sul pubblico impiego approvato con il d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 nella parte in cui consente individuare quali siano le pubbliche amministrazioni che rendono operativo il criterio di competenza territoriale sancito dall'art. 413 co. 5 cpc²⁵.

Sulla base di questa lettura della norma si può allora ritenere che la competenza, nel caso di espropriazione presso terzi, eseguita ai danni delle pubbliche amministrazioni individuate ai sensi dell'art. 1 co. 2 del d.lgs n. 165 del 2001 si determina sulla base del luogo di residenza, domicilio, dimora sede del terzo.

Altri profili della espropriazione presso terzi toccati dalle riforme di questi anni, sono: la determinazione del credito che, a seguito del pignoramento, è assoggettato al vincolo, le conseguenze della mancata dichiarazione del terzo, l'accertamento dell'obbligo del terzo, la pignorabilità di stipendi e pensioni anche nell'ipotesi in cui sono versate sui conti correnti.

Il primo di questi interventi si è realizzato con la previsione, nel testo dell'art. 546 cpc, come modificato dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge, con modificazioni, con l. 14 maggio 2005, n. 80, che il vincolo di indisponibilità imposto dalla notificazione dell'atto di pignoramento presso terzi si estende all'importo precettato aumentato della metà. La nuova disposizione ha posto fine al dibattito volto a stabilire se il vincolo di indisponibilità imposto con il pignoramento presso terzi riguardasse l'intera somma dovuta dal terzo al debitore esecutato, senza che assumesse alcun rilievo la misura del credito del pignorante, o solo la parte di esso corrispondente al credito per il quale si agiva.

La soluzione adottata dal legislatore, oggetto di critiche in dottrina²⁶, è stata una scelta di compromes-

24. «La ratio di tale opzione normativa risiede nell'esigenza di evitare che i tribunali di alcune grandi città, tipicamente sede di pubbliche amministrazioni, siano gravate da un eccessivo numero di procedure espropriative presso terzi».

25. L'art. 1 co. 2 del d.lgs n. 165 del 2001 prevede: «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche Amministrazioni e le Agenzie di cui al Decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

26. Cfr. Groppoli, *Obblighi del terzo*, in Aa.Vv., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, Padova, 2007, 251 ss.

so volta a realizzare gli interessi dei creditori senza imporre al debitore il blocco integrale dei suoi beni²⁷.

Dopo un decennio di applicazione si può dire che la soluzione, pur presentando qualche inconveniente per i creditori intervenuti privilegiati²⁸, ha realizzato un efficiente contemperamento degli interessi delle parti.

La scelta legislativa deve, tuttavia, considerarsi errata in relazione alle procedure esecutive per “microcrediti” ed ha provocato una preoccupante moltiplicazione di questo tipo di procedure. Infatti nel caso di crediti per somme inferiori ai 3.000 euro, il cumulo del credito portato dall’atto di precetto e delle spese di procedura può essere superiore al credito vincolato, ai sensi dell’art. 546 cpc, con l’atto di pignoramento ed, in tal caso, la procedura sarà, quindi, incapiente. L’inedoneità della procedura a soddisfare il credito fa sì che, in mancanza del pagamento del debitore, le procedure esecutive per lo stesso microcredito possono essere reiterate all’infinito²⁹.

Sarebbe, quindi, opportuno un intervento legislativo che risolva il problema per le procedure di pignoramento aventi ad oggetto crediti di entità ridotta anche perché nella gran parte dei casi soggetti passivi di tali procedure sono enti pubblici o soggetti partecipati dallo Stato ed il fenomeno incide in maniera molto rilevante sulla spesa pubblica.

Anche l’introduzione del cd riconoscimento tacito del credito, operato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, è stata oggetto di valutazioni differenziate e forti critiche³⁰.

Secondo il disposto dell’art. 548 cpc, nel testo più volte modificato tra il 2012 ed il 2015 la mancata dichiarazione del terzo, che nella norma originaria era equiparata alla dichiarazione negativa, può ora avere la valenza di un riconoscimento tacito. Dapprima dottrina e giurisprudenza poi il legislatore hanno precisato che tale riconoscimento opera solo in presenza di un credito che sia stato indicato in modo sufficientemente preciso nell’atto di pignoramento o nelle “allegazioni” successive del creditore.

Le ipotesi di riconoscimento tacito sono state, in questo primo periodo applicativo, abbastanza limita-

te perché nella gran parte dei casi il pignoramento è formulato in modo generico ed il creditore non è in grado di fornire indicazione sufficientemente precise sulla fonte del credito e sul suo ammontare; tuttavia la nuova disposizione ha avuto il significativo effetto pratico di indurre nella gran parte dei casi il terzo a rendere, comunque, la dichiarazione per evitare il rischio che il suo comportamento possa essere considerato come un riconoscimento tacito del credito o che egli sia coinvolto in un procedimento di accertamento dell’obbligo che può concludersi con la condanna alla spese anche a carico del terzo.

Una terza importante modifica ha riguardato proprio l’accertamento dell’obbligo del terzo.

L’art. 549 cpc, prima della modifica introdotta dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, prevedeva che una volta proposta l’istanza di contestazione della dichiarazione del terzo o della mancata dichiarazione del terzo la procedura esecutiva fosse sospesa, almeno per la parte di credito in contestazione, e fosse introdotto un ordinario giudizio di cognizione avente ad oggetto l’accertamento del credito oggetto del pignoramento.

La riforma del 2012, mutuando la soluzione adottata nel 2005 per le contestazioni al progetto di distribuzione, ha operato una deformalizzazione del procedimento ed ha che l’istanza di accertamento non comporti l’introduzione di un giudizio di cognizione ma l’apertura di una fase incidentale della procedura esecutiva che si conclude, dopo che il giudice ha compiuto «*i necessari accertamenti nel contraddittorio tra le parti e con il terzo*», con una ordinanza che accerta o non accerta l’esistenza del credito. L’ordinanza può essere impugnata con una opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 cpc.

La soluzione adottata dal legislatore nasce dalla condivisibile esigenza di rendere più rapido ed agevole un procedimento che ha esclusivamente una finalità prodromica al provvedimento di assegnazione che definisce e chiude la procedura esecutiva. Sotto questo profilo la scelta appare opportuna, come quella operata in relazione alle contestazioni al progetto di distribuzione, ex art. 512 cpc. Tuttavia, restano problematiche

27. Cfr. Acone, *Conversione del pignoramento e pignoramento di crediti*, cit., 57; Groppoli, *op. cit.*, 251 ss.; (Balena) – Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Padova, 2006, 260; (Bucci) – Soldi, *Le riforme del processo civile*, Padova, 2006, 351; Penza, *L’espropriazione mobiliare presso terzi e presso il debitore*, in Demarchi, *Il nuovo rito civile, Le esecuzioni*, Milano, 2006.

28. Soldi, *Manuale dell’esecuzione forzata*, cit. 1054.

29. Anche perché il fenomeno riguarda soprattutto gli enti pubblici o società che per le loro dimensioni non riescono a provvedere tempestivamente ai pagamenti richiesti e vi sono dei veri e propri “professionisti” di questo tipo di recupero crediti che operano in modo di utilizzare l’incapacità (o, talvolta, la scarsa volontà) del debitore di risolvere il problema per moltiplicare le procedure esecutive. Il fenomeno in alcuni uffici giudiziari riguarda percentuali molto alte di procedure esecutive.

30. Per un esame critico della nuova disciplina della dichiarazione del terzo, cfr. in questo numero di *Questione Giustizia* Capponi, *Dieci anni di riforme sulla esecuzione forzata*.

sia la disciplina delle attività istruttorie che possono essere espletate nel procedimento e che rientrano nella espressione «*compiuti i necessari accertamenti*» dato che non sembrano applicabili al procedimento i mezzi di prova previsti dal codice di rito per i giudizi ordinari di cognizione, sia la disciplina applicabile nell'ipotesi in cui il credito oggetto di pignoramento e, quindi, del procedimento di accertamento sia già oggetto di un ordinario giudizio di cognizione. Quanto poi all'ordinanza che decide sull'assegnazione deve ritenersi che la stessa debba contenere una statuizione circa le spese della fase di accertamento: nel caso in cui l'istanza venga accolta il terzo risponde delle spese sostenute dal creditore perché ha costretto le parti a svolgere il subprocedimento, mentre nel caso in cui la domanda sia rigettata l'onere delle spese grava sul creditore. In entrambi i casi si deve provvedere al momento della emissione dell'ordinanza perché il normale provvedimento che definisce il procedimento di espropriazione presso terzi regola le spese del procedimento esecutivo, che sono a carico del debitore, non è idoneo a regolare le spese della fase incidentale. Resta, tuttavia, da considerare che questo provvedimento sulle spese, che dovrebbe avere efficacia di titolo esecutivo, non è previsto espressamente dalla legge; può esservi, quindi, il dubbio che abbia una efficacia esecutiva.

L'ultima importante novità introdotta dalla riforma attiene alla pignorabilità di stipendi e pensioni. Riguardo a queste ultime la Corte costituzionale, con sentenza 4 dicembre 2002, n. 506, aveva affermato l'impignorabilità della parte della pensione, assegno o indennità necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità della parte restante sulla base del principio secondo il quale l'interesse a che il pensionato goda di un trattamento adeguato alle esigenze di vita può essere compresso per tutelare le esigenze dei creditori se tale compressione non giunga a privare il pensionato del minimo per soddisfare le proprie esigenze di vita.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale la giurisprudenza di merito aveva in vario modo determinato il *minimum* della pensione avente carattere di intangibilità.

Il decreto legge 27 giugno 2015, n. 83 convertito con legge 6 agosto 2015, n. 132 modificando l'art. 545 cpc ha definito i limiti di pignorabilità delle pensioni stabilendo che: «*Le somme da chiunque dovute a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di*

pensione o di altri assegni di quiescenza, non possono essere pignorate per un ammontare corrispondente alla misura massima mensile dell'assegno sociale, aumentato della metà. La parte eccedente tale ammontare è pignorabile nei limiti previsti dal terzo, quarto e quinto comma nonché dalle speciali disposizioni di legge».

Il riferimento alla misura massima mensile dell'assegno sociale fa ritenere che si debba tener conto dell'ammontare dell'assegno mensile e non di quello annuale. Dalla formulazione della norma sembra doversi desumere che il vincolo di impignorabilità riguarda anche la tredicesima mensilità³¹.

Si è trattato di un intervento del tutto condivisibile poiché ha individuato un parametro applicativo valido per tutte le procedure espropriative presso terzi evitando ingiustificate disparità di trattamento e facilitando l'opera degli enti previdenziali che hanno, ora, un parametro certo al quale ancorare la dichiarazione del terzo.

Un importante e positivo intervento legislativo ha riguardato pensioni e stipendi versati sui conti correnti.

Secondo l'orientamento tradizionale di dottrina e giurisprudenza alle somme dovute per crediti di lavoro o pensionistici che già affluite sul conto corrente o sul deposito bancario del debitore esecutato non si applicavano le limitazioni al pignoramento previste dall'art. 545 cod. proc. civ. in quanto se il creditore pignorante sottoponeva a pignoramento somme esistenti presso un istituto bancario il credito del debitore che veniva pignorato era il credito alla restituzione delle somme depositate che trovava titolo nel rapporto di conto corrente; erano, quindi, del tutto irrilevanti le ragioni per le quali quelle "somme" erano state versate su quel conto (Cass. 9 ottobre 2012, n. 17178 in motivazione; Cass. n. 3518 del 12 giugno 1985).

Questa interpretazione si era, tuttavia, formata quando l'accredito sul conto corrente aveva base volontaria. A seguito della introduzione dell'obbligatorietà dell'accredito sul conto corrente dei trattamenti pensionistici prevista, con alcuni distinguo, dall'art. 12 comma 4 lett. c) decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 convertito con legge 22 dicembre 2011³² il quadro di riferimento normativo è mutato.

In presenza di una disposizione che obbliga al versamento sul conto corrente del dipendente o del pensionato per il pagamento dei ratei di retribuzione e pensio-

31. Cfr. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 993.

32. Tale disposizione prevede che «*lo stipendio, la pensione, i compensi comunque corrisposti dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali e dai loro enti, in via continuativa a prestatori d'opera e ogni altro tipo di emolumento a chiunque destinato, di importo superiore a mille euro, debbono essere erogati con strumenti di pagamento elettronici bancari o postali, ivi comprese le carte di pagamento prepagate e le carte di cui all'articolo 4 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122*».

nistici, il pignoramento integrale delle somme confluite sul conto corrente a titolo di pensione o di retribuzione comportava una completa elusione del disposto dell'art. 545 cpc. con una evidente violazione dei principi di rango costituzionale che sottendono alla limitazione della pignorabilità di retribuzioni e pensioni.

Mentre alcuni giudici di merito avevano introdotto correttivi volti a dare una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina, la Corte Costituzionale con la sentenza 15 aprile 2015 n. 85 aveva segnalato che «*il principio di tutela del pensionato di cui all'art. 38, secondo comma, Cost.*» soffriva, in relazione al disciplina vigente, «*gravi limitazioni suscettibili di comprimerlo oltre i limiti consentiti dall'ordinamento costituzionale*» ed aveva sollecitato una «*tempestiva soluzione al problema*».

Il decreto legge n. 83 del 2015 convertito con legge 6 agosto 2015, n. 131 ha introdotto nel testo dell'art. 545 cpc il comma 8 secondo il quale: «*Le somme dovute a titolo di stipendio, salario, altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, nonché a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione, o di assegni di quiescenza, nel caso di accredito su conto bancario o postale intestato al debitore, possono essere pignorate, per l'importo eccedente il triplo dell'assegno sociale, quando l'accredito ha luogo in data anteriore al pignoramento; quando l'accredito ha luogo alla data del pignoramento o successivamente, le predette somme possono essere pignorate nei limiti previsti dal terzo, quarto, quinto e settimo comma, nonché dalle speciali disposizioni di legge*».

Questa disposizione porterà a qualche problema di applicazione pratica, soprattutto per i terzi, ma risponde alla sacrosanta esigenza di garantire il principio della impignorabilità delle somme eccedenti 1/5 della retribuzione e dei trattamenti pensionistici e deve essere, quindi, valutata favorevolmente.

Complessivamente, quindi, gli interventi di questi anni sulla materia dell'espropriazione presso terzi presentano profili condivisibili e contribuiscono, pur con le segnalate difficoltà applicative ed interpretative, a

rendere ancor più efficiente il procedimento espropriativo che, in questi decenni, è stato in grado di realizzare meglio e più tempestivamente i diritti del creditore.

4. L'espropriazione mobiliare

Anche l'espropriazione mobiliare ha subito profonde trasformazioni nell'ultimo decennio.

Le leggi 14 maggio 2005, n. 80 e 24 febbraio 2006 n. 52 e poi le riforme del 2014 e 2015 hanno apportato modifiche alla disciplina di questo tipo di espropriazione nel tentativo, in larga parte fallito, di renderla più efficiente; in particolare si è attribuito un ruolo di impulso all'ufficiale giudiziario che, oltre ad operare la ricerca dei beni del debitore, autorizzata, ai sensi dell'art. 492 *bis* cpc dal presidente del tribunale³³, ha una funzione di scelta dei beni da pignorare, di valutazione della sufficienza degli stessi rispetto all'entità del credito da soddisfare, di nomina del custode, di predisposizione degli strumenti necessari alla rappresentazione fotografica o alla ripresa audiovisiva del compendio. Proprio in considerazione di queste nuove funzioni si è previsto un compenso aggiuntivo a suo favore nel caso di pignoramento mobiliare; il compenso è determinato, di regola, sulla base del valore di realizzo dei beni pignorati³⁴.

Gli interventi riformatori del 2005-2006 avevano, poi, ampliato i limiti di ammissibilità della espropriazione mobiliare consentendo di aggredire esecutivamente, purché nei limiti del quinto, oggetti, strumenti e libri, prima impignorabili ai sensi dell'art. 514 co. 4 del cpc, ove indispensabili per l'esercizio dell'arte, della professione e del mestiere ed estendendo l'ambito di applicazione della cosiddetta "piccola espropriazione" con la modifica dell'art. 525 cpc.

Si è, inoltre, modificato varie volte il procedimento di liquidazione che ora deve svolgersi con modalità telematiche³⁵, attraverso la vendita senza incanto o a mezzo commissionario³⁶ con l'obbligo di delega ai professionisti della vendita dei beni mobili registrati³⁷ e si è attribuito un ruolo centrale all'Isti-

33. Quando le previsioni degli artt. 155 *quater* e *quinquies* delle disposizioni di attuazione al cpc saranno pienamente operative. In questa fase opera, invece, la disposizione transitoria, prevista dall'art. 155 *quinquies* disp. att. cpc che consente al presidente del Tribunale di autorizzare le ricerche sulle banche dati direttamente da parte del creditore procedente.

34. Art. 122 dPR 15 dicembre 1959, n. 1229 come modificato dapprima dal dl 12 settembre 2014 n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, poi dal dl 27 giugno 2015, n. 83 convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132.

35. Art. 530 cpc.

36. Per il disposto dell'art. 503 cpc applicabile anche alle espropriazioni mobiliari la vendita dei beni mobili pignorati deve svolgersi, di regola, senza incanto o tramite commissionario dato che l'espletamento della vendita con incanto, di cui all'art. 534 cpc, può, infatti, disposta solo in presenza di circostanze che consentano al giudice di ritenere prevedere che attraverso una vendita con incanto si ricavi ad un prezzo finale pari quantomeno al valore di stima del bene mobile aumentato della metà.

37. Art. 534 *bis* cpc.

tuto vendite giudiziarie al quale era stato riservato in via principale l'espletamento delle operazioni di vendita.

La riforma del 2014 ha, poi, previsto che la espropriazione mobiliare debba essere iscritta a ruolo a cura del creditore pignorante entro quindici giorni dal momento in cui l'ufficiale giudiziario consegna a quest'ultimo il processo verbale del pignoramento mobiliare³⁸ e che a partire dal 31 marzo 2015, l'iscrizione a ruolo delle espropriazioni mobiliari debba avvenire obbligatoriamente per via telematica.

La riforma del 2015 ha, infine, previsto l'estinzione della procedura esecutiva mobiliare nel caso in cui dopo tre esperimenti di vendita con esito negativo, il creditore non richieda l'estinzione del pignoramento, ai sensi dell'art. 540 cpc.

L'insieme degli interventi legislativi si poneva l'obiettivo di rivitalizzare una forma di espropriazione che aveva avuto una diffusione ampia nei primi decenni successivi alla approvazione del codice di rito ma che progressivamente è divenuta, sia per numero di procedure che per entità dei beni pignorati, residuale rispetto alle altre forme di espropriazione ed alle procedure concorsuali.

Si è provato a rendere più moderna ed efficace la procedura ma l'impressione è che questo tipo di espropriazione, in una realtà economica completamente modificata, mantiene un senso per beni di significativo valore economico, quali i beni destinati all'esercizio di attività imprenditoriale o per quelli che abbiano un importante valore di mercato (gioielli, beni di valore, opere d'arte, mobili di antiquariato, autovetture di valore), mentre non ha più senso, ed espone il creditore a spese superiori al ricavato, per gli altri beni.

Deve, infine, segnalarsi che la legge 10 novembre 2014, n. 162 di conversione del dl 12 settembre 2014, n. 132 ha introdotto nel codice di rito l'art. 521 *bis* cpc configurando una nuova modalità di pignoramento e custodia di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi.

Tuttavia il sostanziale fallimento, nella sua prima fase di applicazione, di questa modalità di pignoramento che prevede la consegna del veicolo pignorato all'Istituto vendite giudiziarie da parte del debitore o da parte dell'autorità di polizia³⁹, ha,

però, indotto il legislatore a tornare, nel 2015, sui suoi passi prevedendo che la forma di espropriazione prevista dall'art. 521 *bis* cpc non sia esclusiva per autoveicoli, motoveicoli o rimorchi ma sia alternativa a quella ordinaria.

Conclusioni (provvisorie ?)

Al termine di queste annotazioni, necessariamente sommarie rispetto alla dimensione degli interventi legislativi realizzati in questi anni, vi è l'esigenza di qualche considerazione conclusiva sul senso e l'efficacia delle riforme e sulle prospettive.

La trasformazione delle procedure esecutive immobiliari ha avuto aspetti indubbiamente positivi ed ha realizzato un apprezzabile miglioramento ed ammodernamento della procedura con un importante, anche se non decisivo, recupero di efficienza.

Rispetto a queste "nuove" espropriazioni immobiliari, pur con le perplessità su alcune delle scelte adottate (in primo luogo, quella relativa alla vendita immediata del bene pignorato a prezzo ridotto) sembra opportuna una fase di stasi dell'intervento legislativo che consenta di mettere alla prova e di sperimentare le misure adottate, permettendo agli operatori di testarne gli esiti ed agli interpreti di placare la "perenne" ricerca di nuove letture, resa indispensabile dalle continue trasformazioni della disciplina.

Al più potrebbe esservi qualche intervento di correzione di alcuni "errori materiali" nella formulazione delle norme, come quello, già segnalato, relativo all'art. 572 cpc, o di eliminazione di evidenti contraddizioni, come quella, relativa alla assegnazione dell'immobile, tra il contenuto dell'art. 590 co. 1 cpc (che sembra prevedere l'assegnazione dell'immobile al creditore fin dalla prima vendita) ed il contenuto dell'art. 591 u.c. cpc (che sembra, al contrario, consentire l'assegnazione solo all'esito della seconda vendita) o, infine, di risistemazione di disposizioni scarsamente meditate (come quella, del tutto asistemica, prevista dagli artt. 534 *ter* e 591 *ter* cpc che introduce il reclamo *ex art.* 669 *terdecies* contro i provvedimenti del giudice in materia di attività delegata che non hanno alcun carattere cautelare o provvisorio)⁴⁰.

38. Art. 518 cpc.

39. Il fallimento è rilevabile dalla radicale riduzione dei pignoramenti di autoveicoli perfezionatisi nel primo semestre del 2016. La causa deve essere individuata nella mancata collaborazione dei debitori che, pur nominati custodi dei veicoli, con le conseguenti responsabilità anche penali, raramente hanno ottemperato all'obbligo di consegna e nella mancata informazione alle autorità di polizia dell'intervenuto pignoramento dovuto ad una carenza di coordinamento tra ministero della Giustizia, che sovrintende alle attività degli Unep che effettuano il pignoramento, e ministero dell'Interno.

40. Per una illustrazione della particolarità dell'istituto cfr. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1454 ss..

Sarebbe, invece, indispensabile un intervento di tipo “politico” che rimuova le diffuse resistenze da parte degli istituti di credito a concedere prestiti finalizzati a consentire la partecipazione dei privati alle vendite esecutive anche attraverso la predisposizione di “protocolli operativi” che possano delineare, in modo chiaro, il percorso per un rapido e agevole accesso al credito.

Resta la prospettiva di esplorare la possibilità di un modello che, a normativa processuale sostanzialmente invariata, possa prevedere, una volta accertato il disinteresse del mercato per l’immobile e la antieconomicità di forme di amministrazione giudiziaria, modalità alternative di liquidazione dei beni.

Anche gli attuali caratteri della disciplina della espropriazione presso terzi presentano aspetti di sufficiente funzionalità; la futura efficienza del procedimento è legata più a scelte di tipo organizzativo (destinazione agli uffici esecuzioni di risorse di personale, amministrativo e giudiziario; funzionalità del processo telematico, a partire dall’iscrizione a ruolo) che di tipo normativo.

L’unico intervento che ha caratteri di urgenza, poiché servirebbe a bloccare un ingiustificato sperpero di risorse pubbliche ed a ridurre in maniera considerevole il numero delle procedure, è quello, a cui si è fatto cenno, relativo all’ampliamento del vincolo del pignoramento in presenza di microcrediti⁴¹.

L’espropriazione mobiliare rischia, invece, di diventare un istituto desueto, al quale far ricorso solo per rimuovere ostacoli formali o sostanziali all’esperimento di altre procedure o per indurre il debitore a pagare con la minaccia, sempre meno efficace, di accedere nell’abitazione per pignorare i beni.

L’esito del pignoramento e degli esperimenti di vendita consente solo molto raramente la soddisfazione del diritto del creditore⁴².

Un intervento utile è certamente quello previsto dall’art. 492 *bis* cpc che consente la ricerca telematica dei beni attraverso le banche dati⁴³ così come si stanno rivelando efficaci i procedimenti di vendita telematica che rendono più agevole l’acquisto da parte degli interessati, riducendo drasticamente i tempi ed eliminando la necessaria presenza fisica dell’offerente.

Per rivitalizzare questo tipo di espropriazione sarebbe necessario, tuttavia, operare scelte che, andando anche in controtendenza rispetto a quelle adottate in questi anni, ne delimitino l’ambito di applicazione, privilegiando la qualità dei beni pignorabili e limitando l’ammissibilità del pignoramento a beni che abbiano un significativo valore economico.

Solo in tal modo si potrebbe ridare senso ad un procedimento che oggi raramente soddisfa il diritto del creditore e che, al contrario, attualmente comporta un inutile aggravio economico per quest’ultimo e un ingiustificato spreco di risorse per l’intero sistema giudiziario.

41. Cfr. sopra par. 3.

42. Le percentuali di vendite positive nell’anno 2014 al Tribunale di Roma, ad esempio, erano notevolmente inferiori al 10%.

43. Anche se, allo stato, sembra che tale disposizione possa produrre effetti immediati soprattutto nella espropriazione presso terzi.

Dieci anni di riforme sull'esecuzione forzata

di Bruno Capponi

Lo scritto esamina con sguardo d'insieme le riforme del processo esecutivo dalla metà degli anni '80 ad oggi. Gli strumenti sono cambiati in corso d'opera: dalla legge ordinaria al decreto-legge sino alla legge di stabilità, con la conseguenza di aver consegnato nelle mani di pochi, fuori da qualsiasi controllo, la funzione di creazione di nuovo diritto. Il più grave e iterativo incidente di percorso è stato quello dell'espropriazione presso terzi, in cui sono stati importati istituti propri della cognizione (come il principio di non contestazione) che hanno, da un lato, reso impropriamente il terzo una parte dell'esecuzione e, dall'altro lato, costruito un modello all'esito del quale può risultare non identificato l'oggetto stesso del pignoramento. La rincorsa della competitività, della crescita economica, dell'efficienza nella realizzazione del credito ha fatto del giudice dell'esecuzione una sorta di indice istituzionale del *Doing Business*: col rischio che venga meno la sua posizione di terzietà, perché compito del giudice non è di sostenere la crescita economica del Paese ma far osservare in un processo di parti, qual è anche quello di esecuzione forzata, i principi di giustizia di derivazione costituzionale e anche comunitaria. Ulteriore rischio è quello del trasferimento fuori della giurisdizione di attività dell'esecuzione sempre più vaste: se la crescita economica dipende dalla tutela esecutiva del credito, presto verranno poste sul tappeto forme di autotutela che della massima efficienza – ma a detrimento delle garanzie del processo – faranno il loro segno distintivo.

1. Il processo esecutivo e la produzione di nuovo diritto: dall'indifferenza alla veemenza

Quando, verso la fine degli anni ottanta, s'iniziò a parlare di interventi di "pronto soccorso" sul processo civile, a nessuno venne in mente di proporre qualche misura "urgente" per l'esecuzione forzata. Eppure allora il processo espropriativo, specie immobiliare¹, era ben lungi dall'essere efficiente. Tuttavia, l'attenzione di tutti era concentrata sulla cognizione (spe-

cie il giudizio di primo grado e la tutela cautelare) e, sebbene i temi fossero strettamente connessi giacché molti dei ritocchi operati sulla cognizione tendevano all'anticipazione della tutela esecutiva, quelli del Libro III venivano senz'altro avvertiti con minore urgenza.

Nell'apparente indifferenza del legislatore, alcuni tribunali iniziarono a sviluppare prassi – dette "virtuose" e "pilota" – tendenti al recupero dell'efficienza specie nell'espropriazione immobiliare: custodia, gestione attiva, immissione nel circuito

1. Si confrontino le relazioni e i dati raccolti nei due volumi de *La vendita immobiliare nell'ambito delle procedure esecutive e concorsuali. Analisi del procedimento e ipotesi di applicazione dinamica della disciplina vigente*, Atti del convegno di Roma (11-12 novembre 1998), Cologno Monzese, 1998.

delle vendite che oggi si direbbero “competitive”². Il punto di svolta, però, fu l’approvazione della legge n. 302/1998, sulla delega ai notai degli incanti³. Venne in tal modo realizzato il primo e forse più importante intervento di “degiurisdizionalizzazione” (sebbene allora il termine non fosse entrato nel lessico) sul codice di procedura civile. Nel 2005 ai notai vennero affiancati commercialisti e avvocati; ciò ha consentito agli uffici esecutivi una prepotente entrata nel libero mercato. Ora, non ci sorprendiamo di leggere sui quotidiani la pubblicità per vendite immobiliari curate dai tribunali; soltanto qualche anno fa sarebbe stato difficile avere notizie di quelle stesse vendite anche recandosi in cancelleria.

Proprio dal 2005 a oggi – il termine di riferimento, allo stato, è il decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132 – il processo esecutivo è entrato in una girandola di riforme: prima quelle della cd *competitività*⁴ che hanno recepito proposte già discusse in Senato a séguito della presentazione del ddl Castelli del dicembre 2001 di “riforme urgenti”⁵; poi la legge “correttiva” di fine anno⁶ e infine la legge 24 febbraio 2006, n. 52, *Riforma delle esecuzioni mobiliari* (titolo reticente, avendo la legge oggetto assai più ampio). Una disordinata successione di interventi, tutti purtroppo caratterizzati da tecnica legislativa tutt’altro che impeccabile (*in primis* per il difetto di qualsiasi disciplina transitoria)⁷.

È poi intervenuta anche sull’esecuzione forzata la legge 18 giugno 2009, n. 69, che per certi versi (si pensi alle modifiche dell’art. 616 e soprattutto dell’art. 624 cpc) si presenta ancora come “correttiva” di taluni interventi anteriori, quasi un tardivo emendamento a norme già in vigore, ma tecnicamente as-

sai discutibili (molte introdotte proprio dalla legge n. 52/2006).

Dopo questo convulso periodo s’è conosciuta una calma relativa; le sole novità in settori “speciali”, ma indirettamente incidenti sull’esecuzione forzata, hanno riguardato il cd sovraindebitamento del debitore civile non fallibile – legge 27 gennaio 2012, n. 3 – e la confisca dei beni nel codice antimafia (dlgs 6 settembre 2011, n. 159).

La calma apparente è stata infranta dall’art. 1, comma 20, legge 24 dicembre 2012, n. 228, cd *legge di stabilità per il 2013*, che ha modificato gli artt. 543, 547, 548 e 549 del cpc in tema di pignoramento presso terzi.

Ancora, la materia dell’esecuzione forzata, e segnatamente il PPT, è stata oggetto del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 (che pure si occupa di degiurisdizionalizzazione e altre misure per fronteggiare l’arretrato civile). A tale intervento ha fatto séguito il decreto-legge n. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 132/2015, recante norme in materia fallimentare, civile, processuale civile e di ordinamento giudiziario e che costituisce, allo stato (la legge di stabilità per il 2016 è alle porte ...), l’ultimo della serie.

Ma la corritività e l’imprevedibilità con cui il legislatore continua ad attivarsi, come fosse alla ricerca veemente del tassello mancante, portano a credere che la stagione delle riforme “a sorpresa” non sia ancora terminata. È una prospettiva che seriamente preoccupa gli operatori, sempre più disorientati. L’individuazione del diritto *vigente* e di quello *applicabile* è operazione che a volte richiede uno studio a sé.

Gli interpreti ormai temono la veemenza del legislatore.

2. P. Liccardo, *L’esecuzione immobiliare: prassi applicative e prospettive di riforma*, in *Doc. giust.*, 1997, 357 ss.; Id., *Il tempo del processo e il tempo del mercante*, in *Soc. dir.*, 1997, 133 ss.; Id., *La ragionevole durata del processo esecutivo: l’esperienza del tribunale di Bologna negli anni 1996-2001 ed ipotesi di intervento*, in *Riv. esec.forz.*, 2001, 566 ss.

3. V. *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari - Normativa vigente e prospettive di riforma*, Atti del convegno di Roma (22-23 maggio 1993), Milano, 1994.

4. Decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

5. B. Capponi-A. Storto, *Prime considerazioni sul ddl Castelli recante «modifiche urgenti al codice di procedura civile»*, in *relazione al processo di esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2002, 163 ss.

6. Legge 28 dicembre 2005, n. 263, *Interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con il dl 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, nonché ulteriori modifiche al codice di procedura civile e alle relative disposizioni di attuazione, al regolamento di cui al Rd 17 agosto 1907, n. 642, al codice civile, alla l. 21 gennaio 1994, n. 53, e disposizioni in tema di diritto alla pensione di reversibilità del coniuge divorziato*.

7. V. se vuoi, *Note sull’entrata in vigore delle recenti novelle al cpc (leggi 80/2005, 263/2005 e 52/2006)*, in *Giur. it.*, 2006, 2445 ss. Più in generale, *Il diritto processuale civile “non sostenibile”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 855 ss.; *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, 1277 ss.

2. L'utilizzo del decreto-legge e della legge di stabilità: coi destinatari delle riforme è bene non dialogare

Va così preso atto che molti dei più recenti interventi sul cpc, e sull'esecuzione forzata in particolare, risultano realizzati con decreto-legge o con la relativa legge di conversione, o ancora con la legge di stabilità: cioè con provvedimenti che, per il loro serrato corso parlamentare, non consentono un esame approfondito dei contenuti. Che, del resto, non risultano previamente conosciuti neppure in sede di analisi culturale, col coinvolgimento delle categorie interessate. Decreto-legge e legge finanziaria si equivalgono, quali manifestazioni autoritarie della funzione di produzione di nuovo diritto.

Certo, non è la prima volta che si utilizza la decretazione d'urgenza per produrre norme a contenuto processuale; e tuttavia, fermo restando che proprio in materia processuale tale pratica andrebbe seriamente scoraggiata⁸, va osservato che in precedenti occasioni s'è fatto ricorso a tale eccezionale strumento o per rinviare l'entrata in vigore di leggi ordinarie anteriori (com'è avvenuto dopo la legge n. 353/1990, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, sino all'elaborazione di una legge *ad hoc* che della prima ha appunto regolato soltanto l'entrata in vigore)⁹, o per attingere una produzione semplificata e privilegiata allorché si dovessero riprodurre testi già ampiamente discussi nelle aule parlamentari¹⁰.

A partire dal decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83¹¹ – il noto decreto estivo sulla riforma dell'appello “con filtro” e della cassazione “senza numero 5” – il discorso cambia radicalmente; già dal punto di vista formale, l'incongruità del veicolo prescelto è testimoniata

dal regime dell'entrata in vigore, sganciato dalla pubblicazione dello stesso decreto-legge (è la negazione implicita dei presupposti costituzionali di necessità e urgenza); dal punto di vista poi della sostanza degli interventi, siamo dianzi a un pasticcio di dubbia lettura, sottratto a qualsiasi previa discussione e verifica in qualsiasi sede, scientifica come professionale, e del quale risulta tuttora ufficialmente ignota la paternità. Le corti d'appello che abbiano dato piena applicazione alla nuova norma sulla *ragionevole probabilità di accoglimento* del gravame hanno dovuto dedicare a tale verifica preliminare udienze *ad hoc*. Anche gli atti di parte dedicano alla questione trattazioni *ad hoc*. Per la tutela dei diritti si parla senza mezzi termini di «maleficio»¹²; l'ultima commissione di tecnici, nominata dal ministro in carica e presieduta dal dott. Berruti, propone, inascoltata, l'abrogazione del filtro: che ha creato danni anche in termini di ragionevole durata.

Il discorso non è destinato a cambiare, ove si consideri – tornando ai temi dell'esecuzione forzata – la riforma “a sorpresa” dell'espropriazione presso terzi. Non s'è trattato qui di un decreto-legge (ad efficacia differita!), ma d'un piccolo vagone agganciato a un lungo treno che non può far soste.

Anche in questo caso, la riforma non ha conosciuto alcun previo dibattito in nessuna sede; ufficialmente, il suo ispiratore non è noto; la responsabilità dell'iniziativa va ascritta al governo dei tecnici sebbene qualsiasi tecnico, che fosse stato preventivamente consultato, avrebbe di certo fatto notare che il terzo debitore, che non è soggetto passivo dell'espropriazione forzata, non può ricevere un trattamento processuale peggiore rispetto a quello di qualsiasi convenuto anche di rito speciale. Può ben dirsi che uno dei nuovi temi alla moda – la “non contestazione”, isti-

8. Ci permettiamo di rinviare a nostri precedenti scritti in materia circa l'incompatibilità tra decretazione d'urgenza e norma processuale: *L'applicazione nel tempo del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 431 ss.; *La legge processuale civile e il tempo del processo*, in *Giusto processo civ.*, 2008, 637 ss.; *Problemi di costituzionalità e di efficacia nel tempo degli ultimi decreti-legge sul processo civile*, in *Corr. giur.*, 1995, 1418 ss.; *Orientamenti in tema di sospensione di termini processuali disposta con decreto-legge convertito con modificazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1262 ss.

9. S'è trattato della legge n. 477 del 1992, che, a fronte delle difficoltà nell'applicazione immediata delle riforme recate dalla legge n. 353/1990, ha infine abbracciato la soluzione, giudicata più facilmente gestibile, del “doppio binario”, soluzione poi replicata da ultimo dalla legge n. 69/2009: cfr., quanto alla legge n. 477, Vaccarella-Capponi-Cecchella, *Gli interventi sulla riforma del processo civile*, Torino, 1992; Vaccarella-Capponi-Cecchella, *I nuovi interventi sulla riforma del processo civile. La disciplina transitoria dopo il 30 aprile 1995*, Torino, 1995.

10. È il caso, come abbiamo sopra ricordato, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, poi per più aspetti modificata dalla legge 28 dicembre 2005, n. 263, che ha tradotto in diritto positivo norme varate in parte dalla Commissione Tarzia e in maggior misura dalla Commissione Vaccarella: entrambe incaricate, ovviamente in tempi diversi, della riforma generale del cpc (quando ancora si parlava di riforme generali del processo civile).

11. Recante *Misure urgenti per la crescita del Paese* (c.d. *decreto sviluppo*), convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134. In merito v., per tutti e anche per citazioni, A. Panzarola, in *Commentario alle riforme del processo civile. Dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, a cura di R. Martino e dello stesso A. Panzarola, Torino, 2013, 624 ss. quanto all'appello, 685 ss. quanto alla cassazione.

12. Così A. Tedoldi, *Il maleficio del filtro in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 751 ss.

tuto che ha trovato una dubbia collocazione nell'art. 115, comma 1, cpc (legge n. 69/2009) – ha fatto una vittima davvero incolpevole, nella completa confusione di piani e ruoli tra parti e terzi. Lo vedremo meglio in seguito.

Tutti questi interventi normativi sono stati elaborati in un contesto in cui gli operatori sono costretti ad aggiornare i loro codici a cadenza sempre più ravvicinata (nel momento in cui scrivo queste pagine non dispongo di un codice aggiornato con l'ultima decretazione estiva); le riforme del processo prescindono ormai da qualsiasi disegno generale, e vengono somministrate a dosi minime quasi fossero miracolistici interventi di piccola manutenzione su un meccanismo permanentemente inceppato, del quale però s'è perso lo schema generale di funzionamento.

Dal canto suo la già ricordata Commissione Beruti, i cui lavori sono stati utilizzati dal ministro in carica per la redazione del disegno di legge delega «per l'efficienza del processo civile» (atto n. 2953/C/XVII), presentato l'11 marzo 2015 alla Camera, poco si è occupata dell'esecuzione forzata (e dobbiamo tutti essergliene grati): la proposta governativa si limita all'applicazione del procedimento sommario di cognizione in tutte le opposizioni esecutive (con l'esclusione, forse, dell'opposizione a precetto) e all'ampliamento dell'art. 614 *bis* cpc a qualsiasi statuizione condannatoria¹³. Ma l'ultima decretazione d'urgenza (2015) non ha tenuto conto di tali indicazioni, lasciando invariato il rito delle opposizioni esecutive e modificando solo limitatamente l'art. 614 *bis*, di modo che l'*astreinte* non possa mai, chissà perché¹⁴, accedere a pronunce di condanna al pagamento di somme.

3. Il caso particolare, ma paradigmatico, dell'espropriazione presso terzi: una “semplificazione” che ha creato enormi complicazioni

S'è detto che la caratteristica dell'espropriazione presso il terzo è nel coinvolgimento d'un soggetto che, non essendo parte dell'esecuzione, non può subire un trattamento omologo a quello del debitore. Di qui una serie di cautele che il legislatore processuale tradizionalmente adottava¹⁵ per far sì che il terzo non venisse direttamente aggredito con atti esecutivi, ma chiama-

to a rendere una dichiarazione – attività svolgendo la quale il terzo, secondo la più recente giurisprudenza, riveste una funzione simile a quella dell'*ausiliario di giustizia* – che, se positiva, consentiva di identificare l'oggetto del pignoramento e, se negativa o contestata, preludeva all'instaurazione di un giudizio di ordinaria cognizione per l'accertamento dell'obbligo, con sospensione necessaria delle attività esecutive.

La modifica degli artt. 548 e 549 cpc realizzata nel 2012 ha cambiato decisamente il quadro: a) non occorre più una dichiarazione positiva del terzo per identificare (*in votis*) l'oggetto del pignoramento, prevedendosi che la mancata dichiarazione equivale a non contestazione sia pure soltanto «*ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione*» (art. 548, comma 1, cpc); b) in caso di contestata dichiarazione non si apre un giudizio cognitivo per l'accertamento dell'obbligo del terzo ma il g.e. risolve la questione con ordinanza, «*compiuti i necessari accertamenti*» (art. 549 cpc), e avverso tale ordinanza sarà esperibile il rimedio dell'opposizione agli atti. In aggiunta, l'intervento del 2012 non regolava il caso del *rifiuto* del terzo a rendere la dichiarazione, che il vecchio testo dell'art. 548 assimilava alla dichiarazione *contestata*.

Nell'introdurre tali notevoli innovazioni, tuttavia, il legislatore del 2012 sembra non aver considerato, da un lato, che il terzo non è parte del processo di esecuzione e che pertanto nei suoi confronti non poteva essere richiamato il modello della «non contestazione»; e, dall'altro lato, che l'ennesimo trasferimento all'interno del processo esecutivo di accertamenti prima collocati al di fuori di esso – è stato il caso degli interventi non titolati e delle controversie distributive, ora è quello dell'accertamento dell'obbligo del terzo – finisce per operare una trasformazione non soltanto del ruolo del g.e. (un giudice tradizionalmente chiamato a *eseguire*, non a *conoscere*) ma anche dell'opposizione agli atti esecutivi (che non è nata per dar luogo ad accertamenti di merito). Oltre che complicare l'esecuzione, che non a caso dovrebbe chiamare soltanto diritti “certi” (art. 474 cpc).

Vediamo più da vicino taluni degli interventi realizzati nel 2012, che intendendo semplificare hanno introdotto inaspettate complicazioni.

Il modello della non contestazione, nel processo dichiarativo, si riflette su una domanda giudiziale strutturata, che deve ben individuare il rapporto con-

13. Sul ddl delega v., se vuoi, il nostro *Il ddl n. 2953/C/XVII «delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile»*, in *www.QuestioneGiustizia.it* del 31 marzo 2015.

14. Ci permettiamo di rinviare, per note critiche anche desunte dal funzionamento del sistema franco-belga, al *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 3^o ed., Torino, 2015, 25 ss.

15. V. l'ampia monografia di G. Tota, *Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione forzata presso terzi*, Napoli, 2014.

troverso secondo la disciplina dei diritti eterodeterminati¹⁶; laddove l'art. 543 cpc continua a prevedere che l'indicazione delle cose o delle somme dovute ad opera del creditore procedente ha da essere «almeno generica», e ciò si giustifica sul riflesso che il creditore procedente è *terzo* rispetto al rapporto tra debitore e terzo pignorato. Per questo la consolidata giurisprudenza ammetteva la possibilità di un'indicazione anche *del tutto generica*¹⁷, posto che il processo di specificazione dell'oggetto del pignoramento si sarebbe perfezionato, appunto, con la dichiarazione del terzo ovvero col giudizio di accertamento dell'obbligo.

È verosimile che il legislatore del 2012, abbagliato dai suoi obbiettivi di semplificazione e accelerazione, abbia del tutto negletto tale aspetto, che a ben vedere finisce per esaltare la differenza tra processo di cognizione e di esecuzione, tra l'esser parte del rapporto controverso e l'essere (soltanto) *indicatore*, nell'esecuzione, dell'esistenza (a volte solo presunta) di un rapporto intercorrente tra altri soggetti, in sé bisognevole di accertamento ai fini dell'assegnazione: che è quanto dire della successione dal lato attivo del rapporto di credito. E giacché la non contestazione non può che fare da *pendant* a un'indicazione per quanto possibile *specificata*, è subito apparso evidente che il rischio era quello di una modificazione istituzionale del modello espropriativo che, specie per i crediti, potrebbe richiedere un requisito di specificità nell'«indicazione» del tutto ignoto al modello tradizionale e che aggrava in modo considerevole la posizione del creditore procedente (proprio del soggetto la cui azione si intendeva semplificare e potenziare).

Il comma 3 dell'art. 548 cpc ammette il terzo a impugnare, con l'opposizione agli atti, l'ordinanza di assegnazione (non quale provvedimento che decide sulla spettanza del credito, perché nell'attuale sistema simile accertamento non sembra più richiesto). Nonostante il poco perspicuo tenore letterale della norma, che parla di mancata tempestiva conoscenza della stessa ordinanza (di norma portata a conoscenza del terzo soltanto con l'atto di invito al pagamento e così ai fini esecutivi), è ragionevole pensare che il difetto di tempestiva conoscenza, che legittima il terzo ad opporsi *ex art. 617 cpc* debba essere riferito all'atto iniziale dell'espropriazione, in cui il terzo è invitato a rendere la dichiarazione [art. 543, comma 2, n. 4), cpc], oppure all'ordinanza *ex art. 548, comma 2, cpc* con la quale il giudice dell'esecuzione fissa la nuova udienza di comparizione all'esito della mancata acquisizione della dichiarazione scritta. Ciò potrebbe

significare che, una volta emesso il provvedimento di assegnazione in virtù del meccanismo di non contestazione, gli esiti della procedura esecutiva potranno essere contestati dal terzo solamente se costui provi di non aver avuto tempestiva conoscenza del provvedimento per irregolarità della notificazione di uno dei due atti sopra indicati o per altra causa a lui non imputabile; o, comunque, di non aver potuto rendere la dichiarazione (pur essendo stato regolarmente notiziato della pendenza del processo esecutivo) per caso fortuito o forza maggiore. Se questa è la lettura corretta, è evidente che il trattamento riservato al terzo non può giudicarsi di particolare favore. Ma, va sottolineato, la preclusione introdotta dalla norma in commento non riguarda la questione di merito circa la spettanza del credito, che resta del tutto impregiudicata.

Il fatto che l'art. 548 parli di credito che si considera non contestato anche «*ai fini ... dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione*» non cambia, a nostro avviso, i termini del problema, perché tale formula va interpretata nel senso che il terzo non può rimettere in discussione, fuori dell'esecuzione ormai conclusa, l'*iter* processuale che ha dato luogo alla pronuncia dell'ordinanza di assegnazione o di vendita; pur essendo libero di contestare in ogni opportuna forma – in primo luogo, l'opposizione all'esecuzione, ma non soltanto – l'esistenza del credito per l'ottima ragione che della questione il g.e. non ha conosciuto ai fini dell'assegnazione o della vendita.

L'art. 549 cpc prende in esame il caso della *contestata* dichiarazione (diverso, come abbiamo detto, da quello del *rifiuto* di rendere la dichiarazione). Qui il modello è quello del sommario accertamento da parte del g.e., investito di compiti «cognitivi» che, *more solito*, si traducono nella pronuncia di un provvedimento esecutivo, opponibile *ex art. 617 cpc*.

L'ordinanza con cui il g.e. risolve le contestazioni «*produce effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione*»; il legislatore, in altri termini, si preoccupa di stabilire non solo il regime del provvedimento all'interno dell'esecuzione presso terzi che si conclude con l'assegnazione (regime che, coerentemente, esclude qualsiasi efficacia di accertamento al di fuori dell'esecuzione, a differenza di quanto poteva opinarsi a proposito della sentenza di accertamento dell'obbligo del terzo), ma anche il valore di quello stesso provvedimento nel futuro giudizio di esecuzione che potrebbe instaurarsi, in

16. Cfr., per tutti, G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 4^a ed., Bari, 2015, 82 ss.

17. V., ad es., Cass., sez. III, 24 maggio 2003, n. 8239.

caso di mancato pagamento spontaneo del terzo dopo l'atto di invito, tra creditore procedente e terzo pignorato (sul presupposto implicito e, va aggiunto, di derivazione pretoria secondo cui l'ordinanza di assegnazione è titolo esecutivo a favore del creditore assegnatario). Ciò comporta che, se il terzo intenderà contestare il contenuto degli accertamenti sommari svolti dal g.e. ai fini della pronuncia dell'ordinanza di assegnazione, dovrà impugnare l'atto esecutivo all'interno dell'esecuzione e nei termini di cui all'art. 617 cpc (venti giorni), apparentemente senza possibilità di contestare, in sede di opposizione all'esecuzione, l'azione del creditore che agisca in base al titolo costituito dall'ordinanza di assegnazione.

Ma tale conclusione non è condivisa da tutti i commentatori¹⁸: alcuni ritengono che il richiamo all'art. 617 cpc non valga a limitare le possibilità di contestazione, ma si aggiunge agli ordinari strumenti – in primo luogo, l'opposizione all'esecuzione – di cui il terzo potrebbe disporre una volta assunte le vesti di soggetto passivo dell'esecuzione avviata sulla scorta dell'ordinanza di assegnazione del credito. Altri fanno osservare che, a tutto concedere, la preclusione interesserebbe i fatti anteriori alla formazione del titolo, ma non potrebbe estendersi a quelli successivi.

A nostro avviso, il richiamo all'art. 617, contenuto nell'art. 549, ha il solo significato di indirizzare la possibile contestazione del terzo sui limitati profili che rilevano nel sistema dell'*assegnazione senza accertamento*. In modo tale che, seppure il legislatore non avesse offerto quell'indirizzo, la prassi si sarebbe senz'altro orientata per l'opposizione formale; fermo restando che il terzo, che intenda contestare l'inesistenza del credito assegnato, potrà disporre degli ordinari strumenti di reazione, in primo luogo l'opposizione all'esecuzione. Del resto, il provvedimento di cui parla l'art. 549 non ha alcuna efficacia preclusiva, e se invece precludesse al terzo l'opposizione di merito per la contestazione circa l'esistenza del credito il sistema dovrebbe essere denunciato di incostituzionalità, per lesione del diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.).

Quindi le conclusioni, in termini di strumenti di difesa del terzo, coincidono con quelle che abbiamo raggiunto a proposito del meccanismo di non contestazione.

Erano appena iniziati i dibattiti sull'inaspettata (e improvvida) riforma del 2012, che il governo è di nuovo intervenuto sulla materia col decreto-legge n. 132/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 162/2014.

Cambia il criterio di competenza col nuovo art. 26 *bis* cpc: mentre la citazione dell'art. 543 cpc, prima, doveva avvenire dinanzi al g.e. del luogo di residenza del terzo, ora avviene normalmente presso il foro del debitore in coerenza col fatto che la citazione a comparire interessa il solo debitore, mentre il terzo è destinatario di un mero invito a rendere la dichiarazione (salvi gli effetti della mancata dichiarazione, come subito vedremo).

Il *rifiuto* di dichiarazione, che il legislatore del 2012 aveva beatamente dimenticato di regolare, viene assimilato a *non contestazione*.

All'udienza fissata per la sola comparizione del creditore procedente, questi dovrà dichiarare di aver ricevuto la dichiarazione del terzo; ove questa, inviata per raccomandata o via PEC, non sia stata ricevuta, il g.e. fisserà una nuova udienza con ordinanza che sarà direttamente notificata al terzo, stavolta chiamato a comparire (quasi una «sanzione» per non aver fatto la dichiarazione scritta nei termini, posto che il luogo in cui si svolge il processo esecutivo potrebbe essere anche molto distante dalla residenza o dalla sede del terzo); se il terzo non compare all'udienza o rifiuta di rendere la dichiarazione «*il credito pignorato o il possesso del bene di appartenenza del debitore, nei termini indicati dal creditore, si considera non contestato ai fini del procedimento in corso*» (art. 548, comma 1, cpc).

Quasi a temperare il rigore di un regime che – l'impressione è senz'altro confermata – tratta il terzo alla stregua d'una parte, si prevede che nell'atto di pignoramento debba essere contenuto un avvertimento al terzo circa le conseguenze della mancata comparizione e della mancata dichiarazione [nuovo n. 4) del comma 2 dell'art. 543 cpc].

Ma il lungo processo riformatore non è ancora compiuto. Sommerso dalle critiche della dottrina, il legislatore è tornato sulla straziata materia col decreto-legge n. 83/2015, convertito dalla legge n. 132/2015. Consapevole, finalmente, dell'anomalo richiamo al meccanismo di non contestazione in rapporto a diritti di credito o beni mobili solo genericamente indicati (come tuttora consente l'art. 543 cpc), si è previsto che quel meccanismo potrà operare «*se l'allegazione del creditore consente l'identificazione del credito e dei beni di appartenenza del debitore in possesso del terzo*» (art. 648, comma 1); e che «*se a seguito della mancata dichiarazione del terzo non è possibile l'esatta identificazione del credito o dei beni del debitore in possesso del terzo, il giudice dell'esecuzione, su istanza di parte, provvede con ordinanza, compiuti i necessari accertamenti nel*

18. V. gli studi di Borghesi, Colesanti, Montanari, Monteleone, Russo e Tota raccolti nel volume *Il processo esecutivo*. Liber Amicorum Romano Vaccarella, Torino, 2014.

contraddittorio tra le parti e con il terzo» (art. 549).

Le due previsioni sembrano riferite a due diversi aspetti o momenti dell'esecuzione.

Prima di provvedere all'assegnazione o alla vendita ex artt. 552 o 553 cpc, il g.e. deve infatti verificare se il suo provvedimento (e, prima ancora, il processo esecutivo) abbia un oggetto concreto: che è quanto dire se il meccanismo di non contestazione, in sé, abbia consentito l'identificazione del bene oggetto dell'esecuzione. Ciò potrà non avvenire, evidentemente, in tutti quei casi in cui la generica indicazione iniziale del creditore procedente non consenta, da sola, l'individuazione dell'oggetto del pignoramento. Questa conseguenza, come già abbiamo notato, rende assai più onerosa la posizione del creditore procedente il quale, sapendo – quanto ai crediti – di aggredire diritti etero determinati dovrà, per quanto possibile e pur essendo egli terzo rispetto al rapporto tra esecutato e *debitor debitoris*, sforzarsi di individuare il diritto di credito aggredito in tutti i suoi elementi costitutivi. Esattamente come avviene nel processo di cognizione: in cui non basta chiedere cento, ma occorre anche individuare la causa del rapporto che ha dato origine a *quel* diritto di credito.

Il secondo momento rimanda alla possibilità di un'iniziativa del creditore procedente il quale, resosi conto che il meccanismo di non contestazione non ha funzionato (la norma impropriamente dice che è la mancata dichiarazione del terzo a rendere *impossibile* l'identificazione dell'oggetto dell'esecuzione, riconoscendo implicitamente che l'atto di pignoramento non ha o comunque non esaurisce quella funzione), deve sollecitare una cognizione incidentale del g.e. chiamato a svolgere «*necessari accertamenti*» in contraddittorio col terzo. La disciplina è estremamente lacunosa, perché non si comprende come il g.e. potrà sollecitare il contraddittorio con un terzo che rifiuti di rendersi parte attiva nell'esecuzione, e soprattutto di quali strumenti istruttori il giudice potrà avvalersi, posto che nell'esecuzione non potranno trovare ingresso i mezzi di prova regolati nel Libro II del cpc.

È indubbio che l'intervento del 2015 mostra tutta la velleità e l'insipienza di quello del 2012: può infatti avvenire, al termine dell'espropriazione presso terzi, *che non ne sia stato definito l'oggetto* (l'esito più nefasto e grottesco immaginabile). E mentre nel previgente sistema il problema era risolto dal giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, con tutti gli strumenti e le garanzie dell'ordinaria cognizione, ora il problema, portato all'interno dell'esecuzione, potrebbe non ricevere soluzione semplicemente perché il g.e. non è un giudice della cognizione, e non può disporre degli strumenti cognitivi previsti per il processo dichiarativo.

Al termine del nostro non breve *excursus*, necessario per comprendere i singoli passaggi di riforme ravvicinate quanto imprevedute (e imprevedibili), possiamo ben dire che l'espropriazione presso terzi ha acquisito un volto nuovo. È un volto che ci piace molto poco, trattandosi di una complicazione travestita da semplificazione. Di essa ha fatto le spese soprattutto il terzo – il soggetto estraneo alla procedura esecutiva! – in un contesto che si preoccupa di indirizzargli avvertimenti *in limine* come di fornirgli strumenti per impugnare l'ordinanza di assegnazione che – non dimentichiamolo – per consolidata giurisprudenza è titolo esecutivo nei suoi confronti. Il rischio connesso al nuovo modello ci sembra evidente: mentre il sistema che si è voluto superare era volto a trasferire un credito *accertato* dal debitore esecutato al creditore pignorante, l'attuale sistema si preoccupa di trasferire velocemente crediti che tuttavia, per le modalità di «accertamento» consentite, potrebbero facilmente rivelarsi insussistenti. E di ciò, alla fine d'un accidentato percorso a tappe, ha finito per prendere atto il legislatore del 2015, dettando norme che presuppongono che il meccanismo non sia stato in grado di accertare, sia pure ai soli fini dell'esecuzione, l'oggetto del pignoramento. Insomma: nell'ottica del 2012, il legislatore ha dato per scontato che l'indicazione del credito da parte del procedente e la non contestazione del terzo potessero valere a identificare l'oggetto dell'esecuzione; nell'ottica del 2015, lo stesso legislatore ha finito per prendere atto – ce lo dice chiaramente l'art. 549 cpc – che senza la collaborazione del terzo quell'oggetto potrebbe restare non identificato.

Della “semplificazione” ha finito così per fare le spese anche il creditore procedente (la parte che si intendeva favorire!), la cui posizione processuale è di gran lunga più gravosa d'un tempo: il rischio evidente è quello di attivare procedure che, in caso di mancata collaborazione del terzo, potranno abortire per mancata individuazione dell'oggetto.

Troppi aspetti di rilevanza centrale restano purtroppo in ombra, e potranno essere faticosamente chiariti solo dalla pratica: dagli strumenti di accertamento dell'oggetto dell'espropriazione alla stabilità dell'ordinanza di assegnazione; dai poteri del g.e. – un giudice chiamato a eseguire, ma costretto a conoscere al fine di poter eseguire – agli strumenti di difesa a vantaggio del terzo.

Un risultato davvero disperante, che dimostra quanto sia difficile (e sconsigliabile) metter mano su normative tecniche quando non si abbia cognizione precisa delle conseguenze dei “ritocchi” destinati a “semplificare” e “accelerare” in vista di una “efficienza” che sempre più appare un'irraggiungibile chimera.

4. Il giudice dell'esecuzione, la competitività del sistema e la crescita economica

La disordinata, spesso iterativa, serie di interventi legislativi, spesso l'uno emendamento tardivo dell'altro, è sempre presentata (dal 2005) nel segno dell'efficienza, della crescita economica e della "competitività" del sistema. Al g.e. si tende a riconoscere un ruolo propulsivo nella realizzazione del credito (e molti giudici dell'esecuzione tendono a interpretare estremisticamente tale funzione, favorendo la formazione di prassi che poi generano norme di esasperato tecnicismo); l'esecuzione è, però, non soltanto il terminale delle tutele che si ottengono in sede dichiarativa, ma nel caso dei titoli non giudiziali l'unica occasione di tutela e controllo giurisdizionale. Equivocando, si tende a pensare che la tutela "competitiva" del credito coincida con la realizzazione del diritto già consacrato in un titolo esecutivo e che la lunghezza dell'esecuzione sia la sola o comunque la preminente causa di criticità del sistema. L'incubo della ragionevole durata¹⁹ si impadronisce così anche dell'esecuzione forzata; anche nell'esecuzione si assiste al conflitto tra efficienza e garanzie, risolvendosi ogni "incidente" in un ritardo mal sopportato.

Pur in questo contesto la tendenza, che sembra emergere anche dall'osservazione di quanto avviene in altri sistemi²⁰, è quella di limitare il ricorso al giudice, anzitutto identificando aree di attività da trasferire a soggetti diversi; la nostra recente esperienza in tale direzione è quella dei professionisti delegati alla vendita forzata e quella dell'ampliamento dei compiti dell'ufficiale giudiziario, specie nell'individuazione dei beni da pignorare e nel compimento del pignoramento, con esaltazione dei poteri ufficiosi (come nella *ricerca telematica*, sebbene non risulti di immediata applicazione su scala nazionale l'art.

492 bis cpc, inserito dal decreto-legge n. 132/2014, convertito dalla legge n. 162/2014 e subito modificato dal decreto-legge n. 83/2015, convertito dalla legge n. 132/2015)²¹. Ma, al tempo stesso, va riconosciuto che non disponiamo di agenti dell'esecuzione sul modello degli *huissiers de justice* francesi, veri e propri professionisti col titolo di *maître* e con compiti autonomi rispetto a quelli del giudice. Le tendenze non sono poi univoche, anche all'interno di uno stesso *corpus* normativo: basti pensare ai problemi pratici che pone l'inattesa novità servita con lo stesso decreto-legge n. 132/2014, circa la iscrizione a ruolo dei pignoramenti a cura del creditore procedente.

Ciò porta a chiedersi perché l'esecuzione debba essere diretta da un giudice e se questa caratteristica non sia o sia diventata – come già per tanti altri aspetti del nostro processo civile – un "lusso che non possiamo più permetterci".

Sullo sfondo, possiamo intravedere forme di esecuzione in autotutela (quali già esistenti, a favore della p.a. anche per crediti non tributari, grazie agli ordini diretti ai terzi di pagare somme di danaro prescindendo dal provvedimento di assegnazione: art. 72 bis del dPR n. 602/73)²², ovvero un sempre più massiccio utilizzo di quegli stessi soggetti professionali attualmente delegabili per la vendita forzata, e che costituiscono oggi corpi professionali in grandissima crisi. È stato autorevolmente notato, con disincantato realismo, che gli ammortizzatori sociali non possono valere soltanto per i lavoratori dipendenti, e che «la pace sociale va preservata tenendo conto delle esigenze di tutti»²³. Quindi la possibilità d'un sempre maggiore utilizzo dei "professionisti esterni" nell'esecuzione forzata potrebbe rispondere, piaccia o no, a logiche diverse.

Secondo un tradizionale insegnamento, il g.e. deve attuare diritti certi, non anche accertare diritti.

19. Riprendo la terminologia di G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 49 ss.

20. F. De Stefano e G. Alari, *Verso un'armonizzazione delle procedure esecutive*, in www.QuestioneGiustizia.it dal 21 aprile 2015. Gli autori riferiscono dei risultati del primo forum mondiale sull'esecuzione forzata, tra cui spicca l'opportunità, al fine di rafforzare l'efficienza delle procedure esecutive, di «ridurre al minimo indispensabile l'intervento del giudice».

21. La norma è, ovviamente, un cumulo di problemi irrisolti: che vanno dal funzionamento effettivo delle banche dati pubbliche ai poteri di verifica del giudice (presidente del tribunale o suo delegato) nella fase autorizzativa; dalle conseguenze non regolate del provvedimento negativo al decorso del termine di efficacia del precetto; dal compimento d'ufficio del pignoramento di mobili e crediti rinvenuti con modalità telematiche alla possibilità di delega a favore del creditore procedente «quando le strutture tecnologiche necessarie a consentire l'accesso diretto da parte dell'ufficiale giudiziario ... non sono funzionanti» (così la sconcertante formula dell'art. 155 *quinquies* disp. att. cpc). Peraltro, sulle liste circolano provvedimenti presidenziali che richiamano proprio il *quinquies*, autorizzando la parte per difetto di strutture tecnologiche dell'ufficiale giudiziario. L'eccezione sta affermandosi come regola.

22. Sull'istituto del "pignoramento senza giudice", di dubbia costituzionalità e oggetto di una sbrigativa ordinanza della Consulta, v. A. Scala, *Note sull'incostituzionalità della disciplina della riscossione coattiva*, in *Studi Acone*, Napoli, 2010, II, 1467 ss.

23. Così G. Verde, *Questione giustizia*, Torino, 2014, 110.

Ma la pratica dell'esecuzione ha da sempre dimostrato che a volte il g.e. deve risolvere, con gli strumenti che ha, problemi cognitivi quale presupposto per l'adozione dei provvedimenti esecutivi.

Sino alle riforme del 2005/2006, il tema riguardava soprattutto l'intervento dei creditori non titolari²⁴, ma restava sullo sfondo di ogni provvedimento "esecutivo" col quale il g.e. dovesse valutare la congruità dell'esecuzione in rapporto alla effettiva domanda di tutela esecutiva (proveniente dal creditore o dagli intervenuti).

L'art. 499 cpc ha in parte²⁵ risolto tale problema, inaugurando un sistema, la cd *udienza di verifica*, in cui è stato esaltato il ruolo del debitore (che può comparire o no, riconoscere o disconoscere), lasciando in ombra quello del giudice (che si limita a prendere atto del comportamento del debitore). Ma, al tempo stesso e in apparente controtendenza, con la riforma dell'art. 512 cpc lo stesso g.e. è stato chiamato a risolvere le controversie distributive con provvedimento ordinatorio senza indossare l'abito del giudice della cognizione, secondo un modello di accertamento *interno* all'esecuzione²⁶ che è stato poi replicato, sia pure in forme diverse ma comunque in un contesto di grossolana confusione²⁷, anche per l'accertamento del credito pignorato nell'espropriazione presso il terzo.

Possiamo affermare che la riforma dell'art. 512 cpc (2005) ha posto sulla scena un g.e. che non si limita a eseguire, ma *conosce* allo scopo di eseguire. L'esecuzione può essere un luogo in cui i diritti si accertano, sia pure ai soli fini esecutivi; e questo rilievo, acquisito per la distribuzione, ha poi consentito la trasfigurazione dell'espropriazione presso terzi con l'eliminazione del giudizio di accertamento dell'obbligo (possiamo ben dire che il terzo è stato "trascinato" di

peso nell'esecuzione, diventandone impropriamente una parte). In conseguenza, l'opposizione *ex art.* 617 cpc vede sempre più sfumare le ragioni di distinzione con le opposizioni "di merito", che appunto ne costituivano la specificità²⁸.

Forse si riuscirà a far prima, quanto tutto va bene, ma il lavoro del g.e. indubbiamente si complica.

Le riforme del 2005/2006 e poi del 2009 hanno esaltato i poteri di valutazione sommaria del g.e. (i "gravi motivi" *ex art.* 624), assegnando alle opposizioni esecutive una struttura bifasica e facendo della sospensione un possibile dispositivo di estinzione della procedura esecutiva. Il meccanismo del comma 3 dell'art. 624 cpc è farraginoso e probabilmente sbaglia obiettivo, perché lascia invariata la forza esecutiva del titolo laddove il vittorioso esperimento dell'opposizione all'esecuzione quel titolo sarebbe destinato a caducare (quindi non è un provvedimento *anticipatorio* a stabilizzarsi, mentre l'estinzione del processo esecutivo lascia intatto il titolo esecutivo e così la possibilità di suo riutilizzo)²⁹.

Ma ciò che toglie che – se il pignoramento ben difficilmente potrà essere evitato, anche a fronte d'una tempestiva opposizione a precetto³⁰ – il g.e. ha l'importante compito di arrestare la procedura, se stima che l'esecuzione non potrà sopravvivere alle contestazioni di merito sollevate da chi la subisce. Si tratta di un compito delicato e insostituibile (che, se vogliamo, bilancia la mancanza di un'autorizzazione preventiva all'esecuzione forzata, che esiste in altri sistemi), la cui importanza nel caso dell'opposizione di terzo è fotografata dall'art. 620 cpc che parifica il trattamento dell'opposizione tardiva e di quella tempestiva non seguita dal provvedimento di sospensione; ma, come ben dimostra la sentenza delle Sezioni unite n.

24. G. Verde, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, cit.; B. Capponi, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990; R. Oriani, *La determinazione dei crediti ai fini del concorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 131 ss.; M. Pilloni, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011.

25. A. Storto, *La riforma del processo espropriativo e l'accertamento anticipato dei crediti: nuove coordinate per un vecchio problema*, in *Riv. esec. forz.*, 2007, 221 ss.; B. Capponi, *La verifica anticipata dei crediti nell'espropriazione forzata: vecchie soluzioni, nuovi problemi*, ivi, 2010, 329 ss.

26. A. Nascosi, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013; S. Vincere, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 cpc)*, Padova, 2010.

27. V., per tutti, G. Tota, *Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione presso terzi*, cit.; Ead., *L'art. 548, secondo comma, cpc (dopo in dl 12 settembre 2014, n. 132)*, in *Liber Amicorum Romano Vaccarella*, cit., 681 ss.

28. Va richiamato, sul punto, il fondamentale lavoro di R. Oriani, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987.

29. Anche per tale aspetto ci permettiamo di rinviare a un nostro recente contributo: *Il comma 3 dell'art. 624 cpc tra giudice dell'esecuzione, collegio, termini perentori, fasi dell'opposizione, sospensione e estinzione: un puzzle assai difficile da ricomporre*, in *Corr. giur.*, 2015, 540 ss.

30. Ci permettiamo di rinviare sul punto al *Manuale*, cit., 439 ss.

21110 del 2012³¹, sebbene l'opposizione all'esecuzione debba essere sempre considerata tempestiva, quella proposta dopo la vendita ben difficilmente potrà risolvere l'atto di acquisto perché la tutela del terzo acquirente di buona fede avrà rilievo preminente (art. 2929 cc o, secondo la S.C., art. 187-bis disp. att. cpc).

L'esecuzione è così sempre più spesso un'attività che nasce semplice e rapidamente diviene complessa, che richiede controlli e decisioni di vario contenuto sui suoi presupposti come sul suo oggetto; molte verifiche o incidenti una volta esterni sono stati portati al suo interno, allo scopo di esaltarne l'efficienza ma in definitiva complicandola; soltanto se vista da molto lontano l'esecuzione stessa potrebbe definirsi, secondo una comune ma ottativa espressione, *adeguamento della realtà a ciò che risulta dal titolo*. Possiamo anzi affermare – sebbene non sia facile individuare una coerente linea di tendenza negli ultimi raffazzonati interventi del legislatore – che sempre più l'esecuzione si presenta come un groviglio indistinguibile di cognizione ed esecuzione, mentre sempre più il g.e. è chiamato a utilizzare, nella sua attività “esecutiva”, i dispositivi appresi nell'esercizio della giurisdizione dichiarativa.

Insomma: si vuole un processo esecutivo più efficiente, e per raggiungere l'obiettivo lo si complica.

5. L'esposizione del ruolo dei giudici dell'esecuzione nella giustizia “competitiva” finalizzata alla crescita del sistema economico

Il processo esecutivo è di unico grado e si chiude con provvedimenti, sempre diversi dalla sentenza, cui tuttavia la giurisprudenza riconosce una stabilità da preclusione (*pro iudicato*)³². Possiamo anzi affermare che tali provvedimenti hanno stabilità maggiore di una sentenza, perché questa è pur sempre soggetta a rimedi impugnatori straordinari.

Ciò testimonia della delicatezza delle funzioni del g.e., che spesso è destinato a percorrere una strada senza ritorno.

I giudici dell'esecuzione hanno, del resto, una percezione esatta delle conseguenze della loro attività: spesso vedono comparire nelle loro udienze le

parti, e non soltanto perché non è obbligatoria la difesa tecnica; spesso subiscono pressioni e vengono attaccati, con denunce disciplinari e penali. Da vecchia *sine cura*, o comunque incarico “più semplice”, il processo esecutivo è divenuto un impegno da prima linea nel settore civile.

Questa maggiore esposizione spiega come i g.e., al pari di quanto avvenuto per i giudici delegati ai fallimenti, rappresentino da qualche anno un corpo compatto, coeso, che produce una particolare cultura della giurisdizione dalla quale lo studioso stesso non può più prescindere. Le liste, le chat, in generale gli strumenti informatici favoriscono le consultazioni in tempo reale e su scala nazionale: come se ogni g.e. partecipasse a una camera di consiglio allargata, permanentemente convocata.

Sarebbe però opportuno che, accanto alla cultura dell'efficienza che permea ormai prassi e norme nel loro incessante rincorrersi, il giusto spazio venga riconosciuto alle garanzie del processo: la giurisdizione esecutiva non è soltanto realizzazione competitiva del credito, ma applicazione ad opera di un terzo *super partes* di una serie di regole che non sono fini a se stesse, perché determinano la “giustizia” nella risoluzione del conflitto (sempre più presente e evidente anche nell'esecuzione forzata, proprio grazie ai più recenti interventi del legislatore).

La dottrina, anche prima della riforma dell'art. 111 Cost., aveva osservato che il processo «giusto» è quello in cui il debitore sia posto in grado di conoscere tempestivamente il contenuto della domanda esecutiva; di essere ascoltato affinché il provvedimento del giudice sia più giusto e più opportuno, tenuto conto anche della valutazione comparativa circa le posizioni delle parti; di essere assoggettato ad attività coerente e proporzionata rispetto allo scopo³³, in modo tale da escludere sia i pignoramenti di beni di valore irrisorio, sia i pignoramenti che non rispettino l'individualità dei beni e la loro funzione economico-sociale che deve essere garantita anche in sede esecutiva (si pensi ai casi, che pure si sono dati nella pratica, del pignoramento delle parti comuni di un edificio, non aventi alcun valore economico in sé), sia i pignoramenti inutilmente gravatori; ancora, di essere assoggettato ad attività *prevedibile*, perché è la legge, e non discrezionalmente il giudice, a dover prefigurare

31. In *Corr. giur.*, 2013, 387 ss., con nostra nota *Espropriazione forzata senza titolo esecutivo (e relativi conflitti)*. La sentenza è annotata anche da S.Vincenti, *La stabilità della vendita forzata: un «dogma» riaffermato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1558 ss.

32. Cass., sez. lav., 8 maggio 2003, n. 7036; Cass., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17371; Cass., sez. III, 13 aprile 2012, n. 5895, anche a proposito dell'assegnazione forzata.

33. Significativamente, la riforma del 2014 ha introdotto tra le disposizioni di attuazione del cpc l'art. 164 bis, dedicato alla *Infruttuosità dell'espropriazione forzata*, che consente al g.e. di chiudere in rito le espropriazioni i cui costi sopravanzino le possibilità di soddisfazione dei creditori.

il contenuto di ciò che avviene nell'esecuzione³⁴. Gli orientamenti della suprema corte in tema di rispetto del contraddittorio non sono certo appaganti: si parla d'una situazione di legittima disegualianza determinata dal possesso del titolo esecutivo e così, anche dopo la riforma dell'art. 111 Cost., la giurisprudenza di legittimità continua ad affermare sia che nell'esecuzione il contraddittorio non trova applicazione, sia che esso potrà ricevere un'applicazione soltanto tendenziale e limitata perché non esiste una garanzia del principio in sé, ma soltanto quando si tratti di tutelare diritti sostanziali e "posizioni giuridicamente protette"³⁵. Dietro la violazione delle regole processuali va così sempre identificato lo specifico interesse in concreto leso³⁶.

Si aggiunga che sempre più spesso il g.e. è chiamato a compiere accertamenti di tipo sommario (alla stregua del giudice cautelare), ma non viene mai chiarito di quali strumenti istruttori egli possa far uso: in genere si ritiene che nel processo esecutivo possano trovare ingresso soltanto documenti, o in genere prove precostituite; ma è evidente che, nel caso del PPT, il g.e. dovrebbe poter nominare un esperto per l'accesso ai c/c e, per quanto riguarda le p.a., per la verifica del rispetto dell'ordine dei pagamenti (del resto, nell'espropriazione immobiliare la nomina dell'esperto per la valutazione del bene è la regola). Torna di attualità la vecchia monografia di Giovanni Verde dedicata all'accertamento dei crediti non titolati³⁷, che fece arricciare il naso a non pochi commentatori perché prefigurava, nell'espropriazione, l'utilizzo dei mezzi istruttori regolati nel Libro II del cpc.

D'altra parte, il rapporto tra diritto processuale civile e crescita economica³⁸ che, nella specifica prospettiva dell'esecuzione forzata, si traduce nella tutela "competitiva" del credito (portato da un titolo

esecutivo) induce a scegliere forme di tutela sempre più semplificate, in cui i controlli sono riguardati con insofferenza crescente. Le possibilità di contestazioni sono viste come ostacoli per la tempestiva realizzazione del diritto, e un sistema tanto più risulterà "competitivo" quanto meno spazio assicuri agli incidenti di cognizione esterna. In questo contesto la tentazione di mettere nell'angolo il debitore è oggettivamente molto forte. Si tende a svalutare le differenze tra titoli giudiziali e non giudiziali, e anzi predicando la sempre maggiore diffusione di questi ultimi³⁹ si vuole che le regole dell'esecuzione, in continuo assestamento anche per rincorrere prassi-pilota, non diventino un intralcio alla realizzazione "competitiva" del credito.

Il g.e., come già rilevato, sembra chiamato in questo contesto a svolgere compiti propulsivi, quasi fosse uno dei soggetti istituzionali responsabili della crescita economica e della competitività del sistema di tutela del credito (e del suo mercato). Perseguendo tale obiettivo l'esecuzione forzata ha conosciuto, dal 2005 a oggi, varie "semplificazioni" che si sono spesso tradotte in un ripensamento totale di taluni istituti consolidati, e che hanno creato imbarazzo tra i commentatori per l'assenza di dibattiti preparatori in sede culturale. Come per altri interventi che hanno inciso sulla cognizione⁴⁰, ciò è stato realizzato con veicoli che consentono di aggirare o escludere in radice il dibattito tra le categorie interessate: un legislatore occulto, attivissimo nella sua compulsività, lancia segnali riconoscibili da una platea specializzata di osservatori internazionali che curano una particolare contabilità: «la prestazione dei diversi sistemi giudiziari può essere espressa in elementi misurabili e comparabili tra di loro»⁴¹.

Questa esasperata rincorsa sul terreno dell'efficienza comporta dei rischi; il più attuale è nel

34. G. Tarzia, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 329 ss.

35. V., ad es., Cass., sez. III, 19 agosto 2003, n. 12122.

36. Il che rende quella del rispetto del contraddittorio nel processo esecutivo una questione che gli stessi pratici definiscono irrisolta (così, ad es., A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 4^o ed., Padova, 2014, 7).

37. *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, cit.

38. V. R. Caponi, "Doing Business" as a Purpose of Civil Justice? (testo in italiano), scaricabile liberamente al seguente link: <https://flore.unifi.it/retrieve/handle/2158/983634/31109/Caponi%202015%20Doing%20Business%20e%20Giustizia%20Civile.pdf> e, se vuoi, il nostro *Il processo civile e la crescita economica (una commedia degli equivoci)*, editoriale in *GiustiziaCivile.com* del 22 giugno 2015.

39. Restano attuali le analisi di R. Vaccarella, *Diffusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 66 ss.

40. Ci permettiamo di rinviare, per più lungo discorso, a *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, cit.

41. Così R. Caponi, "Doing Business", cit.; ma v. anche F. De Stefano, *L'effettività dell'esecuzione in materia civile e commerciale all'attenzione del Fondo Monetario Internazionale: il punto di vista italiano e L'effettività dell'esecuzione in materia civile e commerciale in alcuni Paesi europei*, entrambi in www.QuestioneGiustizia.it, rispettivamente dal 6 maggio e dal 24 luglio 2015.

considerare la giurisdizione un luogo disseminato di garanzie autoreferenziali, “meramente processuali”. Un recinto dal quale sarebbe conveniente evadere.

Come nella cognizione, anche nell’esecuzione forzata si può pensare a forme di degiurisdizionalizzazione che, stante l’inarbitrabilità della materia, potranno tradursi in un più largo utilizzo di “professionisti” per compiti propri del giudice, o in forme di autotutela che potrebbero essere gestite dai creditori professionali (le banche). È del resto sempre più ampio, ma anche questa tendenza è di tipo generale⁴², l’utilizzo di magistrati onorari per le funzioni di giudice dell’esecuzione. Scelta sconsigliatissima, stante la delicatezza delle funzioni che il g.e. deve esercitare e che divengono di giorno in giorno più complessi.

Questi fenomeni debbono però misurarsi col contesto particolare della nostra esecuzione forzata, che, anche e proprio grazie a recenti interventi di un legislatore ossessivo quanto confuso, vede il g.e. al centro di un conflitto – che la presenza del titolo esecutivo non può eliminare, o eliminare del tutto – collocato sempre più *dentro* l’esecuzione.

Se è vero – utilizziamo le parole della Cass., ss.uu. n. 21110/2012 – che l’esecuzione non può prescindere da un controllo di legalità, e che realizza certi suoi risultati proprio grazie alla creazione di legittimi affidamenti, dobbiamo al tempo stesso prendere atto che i confini di simile controllo si sono di recente ampliati; il giudice, per definizione, non cura gli interessi di una parte a fronte dell’altra, ma resta in una posizione di terzietà (anche quando – parafrasando la nota frase chiovendiana – ha dinanzi un attore che *ha già avuto ragione*). Se così il g.e. non può curare istituzionalmente la tutela d’ufficio del debitore (sul riflesso del suo stato di soggezione, della non obbligatorietà della difesa tecnica, della struttura non contraddittoria del processo, etc.), nemmeno potrà essere un soggetto che istituzionalmente cura la realizzazione “competitiva” del credito preoccupandosi del rilancio dell’economia nazionale: perché questo compito, seppure non estraneo ai risultati della sua attività, non compete direttamente alla giurisdizione. Questo dato, che potrebbe apparire scontato ma non per ciò è oggi meno importante, ci porta a credere che quel controllo, per essere davvero “giusto”, non potrà che restare patrimonio del giudice professionale. Purché quel giudice smetta i panni dell’agente dell’esecuzione soltanto preoccupato della tutela competitiva del credito, per mantenere quelli – gli unici che gli si addicono – dell’interprete attento alle garanzie del processo.

6. Qualche considerazione conclusiva

Possiamo ben dire che dal 2005 l’esecuzione forzata ha subito radicali trasformazioni. Nel caso dell’espropriazione immobiliare il recupero di efficienza è stato sorprendente, sebbene da ultimo le vendite forzate abbiano dovuto anch’esse fare i conti con una grave crisi economica. Ma ciò che conta è che il g.e. è attualmente al centro di un sistema idoneo a “mettere sul mercato” gli immobili pignorati in condizioni concorrenziali. Il sistema della delega, generalizzato dall’ultima decretazione d’urgenza, pone dei problemi, soprattutto in tema di controllo degli atti del professionista; non essendo prevista dalla legge la possibilità di impugnazione di tali atti, non è neppure predicabile la loro stabilizzazione per il decorso d’un termine a pena di decadenza (secondo il modello dell’opposizione agli atti esecutivi, che da un lato offre la possibilità dell’impugnazione immediata avverso gli atti del g.e., e dall’altro lato quegli stessi atti stabilizza in caso di mancata impugnazione). Quindi, le parti avranno sempre la possibilità (a) sia di reclamare gli atti del delegato senza l’osservanza di termini decadenziali; (b) sia di impugnare il decreto di trasferimento, conclusivo della serie delegata, che è atto del giudice e non del delegato, facendo valere in quella sede tutte le eventuali illegittimità della procedura svoltasi dinanzi al professionista (l’ipotesi sembra contemplata nel comma 9 dell’art. 591-bis sia pure in un contesto non perspicuo). Il sistema è incoerente con l’ispirazione di fondo del processo esecutivo, costruito per fasi e ispirato al principio di stabilizzazione degli atti. Sarebbe stato preferibile adottare un sistema diverso, in cui convivessero il diritto delle parti ad opporsi contro singoli atti e l’esigenza di non ridiscutere in sede di opposizione agli atti, al termine del percorso, tutto quanto compiuto dal professionista delegato.

Nell’espropriazione presso terzi, gli interventi del 2012, del 2014 e poi del 2015 hanno confezionato un vero pasticcio, che attenta seriamente alla funzionalità dell’istituto; e si tratta di problema non rimediabile se non tornando al modello qual era nel codice del ’40, che del resto aveva per sessant’anni funzionato in modo apprezzabile. Non si è mai capito quale fosse l’urgenza di intervenire sugli artt. 548 e 549, addirittura con la legge di stabilità, e perché lo si è fatto in modo così improvvisato e insipiente (nel 2012 ci si è addirittura dimenticati del *rifuto* di dichiarazione). Le “toppe” appiccicate dopo (2014 e 2015) non hanno potuto risolvere il problema di base, finendo anzi per dover prenderne atto: ed è come se nell’art. 586 cpc fosse scritto che il g.e. pronuncia il decreto di tra-

42. Ci permettiamo di rinviare ancora a *Le crisi della giurisdizione civile*, cit.

sferimento dell'immobile espropriato, *soltanto se il pignoramento quel bene abbia identificato*. Non occorre essere giuristi esperti per comprendere l'inaccettabilità d'una simile conclusione.

Ci sono *fughe in avanti*: è il caso della ricerca telematica dei beni (art. 492 *bis*) che muove da un intento apprezzabilissimo, ma che evidentemente non potrà funzionare se non funzioni l'accesso alle banche dati e l'ufficiale giudiziario non disponga degli strumenti tecnologici necessari (allo stato, la tendenza è nel ripiegare sull'autorizzazione all'accesso in favore del creditore procedente). Aggiungiamo che il pignoramento d'ufficio, che segue l'individuazione telematica, ha

contorni non definiti e rischia di creare criticità in un settore delicatissimo. È immaginabile un periodo di assestamento, che forse richiamerà nuovi interventi del legislatore.

Con ciò torniamo al problema di fondo: troppi sono stati questi interventi, troppo spesso compiuti con strumenti "non sostenibili". Il mito della riforma perenne⁴³ ha prodotto miglioramenti, ma anche mostri. La pratica deve ora convivere con gli uni e gli altri: nella speranza di una calma relativa, ma sempre col timore che il furore del legislatore improvvisamente si risvegli, somministrando nuove sgradite sorprese.

43. B. Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1429 ss.

La metamorfosi (kafkiana) del processo telematico

di Angelo Danilo De Santis

L'applicazione pratica dell'insieme di regole costituenti l'apparato del processo civile telematico ha fatto emergere molte criticità, in parte preconizzate da quanti hanno assistito alla fase di gestazione del disomogeneo e complicato sistema della fonti. Nonostante le perplessità degli operatori del diritto e le resistenze a quello che non sempre viene percepito come un'occasione di miglioramento delle proprie condizioni di lavoro e di incremento di efficienza della giustizia, il Pct assurge a modello di riferimento anche per il processo amministrativo, tributario, contabile e, in parte, penale. L'ennesima riforma del processo civile, attualmente al vaglio delle commissioni parlamentari, reca con sé il germe di una rifondazione del sistema da compiersi nella consapevolezza che si tratta di un'occasione da non perdere.

Premessa

La pratica applicazione del frastagliato e disordinato sistema di fonti che regola il cd processo civile telematico (Pct) e l'utilizzo degli strumenti tecnologici messi a disposizione degli operatori hanno sgombrato il campo da ogni residuo dubbio sulla sua natura: non si tratta di un nuovo modello di processo, ma, più modestamente, di un sistema di gestione, attraverso strumenti informatici e telematici, dei flussi di dati tra i soggetti che operano nel processo¹.

Se oggi occorre prendere atto del fatto che le scelte compiute dal legislatore e dall'amministrazione giudiziaria hanno prediletto l'adattamento delle norme del processo (civile, amministrativo, tributario, contabile e penale), come contenute nelle disposizioni dei codici di procedura e nella normativa complementare *extra codicem*, alle nuove forme della comunicazione tra parti (*rectius*, avvocati),

cancellerie e giudici, pare opportuno ricordare che non è sempre stato così.

All'idea pionieristica contenuta nella l. 15 marzo 1997, n. 59 (cd legge Bassanini 1), fu data compiutezza con il dPR 13 febbraio 2001, n. 123, «regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti»; il progetto era di realizzare un nuovo disegno dell'organizzazione giudiziaria, sfruttando una diversa allocazione delle risorse umane e delle competenze professionali, e di utilizzare la tecnologia per favorire l'individuazione e la conoscibilità di interpretazioni e prassi; il sistema informativo del processo ambiva, prevalentemente, alla realizzazione di banche dati capaci di rendere immediatamente conoscibili gli orientamenti assunti della giurisprudenza e degli operatori pratici, innescando modalità di gestione del processo (*case management*) e degli uffici (*court manage-*

1. In tal senso, v. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2012, III, 245 ss., il quale sottolinea che, in realtà, la dizione «processo civile telematico» indica (non una nuova forma di processo, ma) il processo che si svolge secondo modalità di redazione e comunicazione degli atti informatizzate e telematiche.

ment) «alimentate dall'affidabilità dei dati prodotti dai sistemi informativi»².

Intrapreso il percorso, non certo agevole e nemmeno esente da dubbi e inevitabili manchevolezze, ad un certo punto si è assistito ad un ripensamento delle logiche che avevano ispirato gli ideatori dell'applicazione della telematica al processo; l'impressione è che le crescenti potenzialità offerte dallo sviluppo tecnologico del decennio 2000-2010 abbiano rappresentato una tentazione quasi irresistibile e abbiano indotto il legislatore ad aderire al dogma costituito dall'equazione informatizzazione = risparmio di tempo + incremento di efficienza.

Il risultato è la legislazione «di rottura», inaugurata a partire dal 2009, con il dl 29 dicembre 2009, n. 193, conv. in l. 28 gennaio 2009, n. 2³ e che, *inter alia*, ha dato il via all'abbandono del progetto originario di Pct concepito come sistema «chiuso» o «ambiente protetto» riservato agli operatori del diritto e ne ha iniziato la configurazione come semplice strumento di supporto alle comunicazioni telematiche di documenti informatici tra avvocati e uffici giudiziari.

La rapidità nella gestione e nello scambio di flussi di dati, garantita dalle tecnologie informatiche e telematiche, pare così divenuta la ragion d'essere e, al contempo, il principale (se non l'unico) obiettivo dei *conditores*, il che ha posto e pone quotidianamente significativi problemi di forzoso adattamento del fun-

zionamento dell'impianto codicistico del processo civile alle nuove categorie concettuali introdotte con i provvedimenti degli ultimi anni.

1. Il linguaggio del processo civile telematico

La gestione telematica del processo civile ha comportato la necessità di adattamento a nuove forme del linguaggio e delle attività tradizionalmente svolte da avvocati, giudici e cancellieri.

In effetti, più che uno strumento capace di fungere da viatico per una rivoluzione culturale del modo di intendere l'amministrazione giudiziaria e quella della giustizia, l'informatizzazione e la telematizzazione del processo civile si sono risolte nel mettere a disposizione degli operatori del diritto modalità diverse di:

- formazione degli atti di parte e dei provvedimenti, garantita dalla disciplina del documento informatico e della sua sottoscrizione elettronica e validazione temporale⁴;
- trasmissione e acquisizione della conoscenza legale di atti e provvedimenti in formato elettronico, per mezzo dell'insieme di regole in materia di comunicazioni e notificazioni telematiche⁵ e di posta elettronica certificata⁶;

2. Cfr. S. Brescia – P. Liccardo, *Processo telematico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2005, 2; G. Costantino, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss.; v., più di recente, S. Brescia, *I cavalieri che fecero l'impresa*, in www.cassazione.net.

3. Su cui v. il parere del Consiglio superiore della magistratura 11 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, III, 103, con note di A.D. De Santis e S. Panizza.

4. Cfr. gli artt. 20 e ss., dleg. 7 marzo 2005, n. 82, codice dell'amministrazione digitale (c.a.d.), nonché l'art. 71, che rinvia alle regole tecniche ministeriali per la formazione, trasmissione, conservazione, copia, duplicazione, riproduzione, validazione temporale dei documenti informatici e per quelle in materia di generazione, apposizione e verifica di qualsiasi tipo di firma elettronica avanzata.

5. Si pensi agli artt. 16, commi 4, 5, 6, 7, 8, 16 *ter*, 16 *sexies*, dl 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, a norma del quale le comunicazioni (e le notificazioni) sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di PEC risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni, ma anche all'art. 149 *bis* cpc e all'art. 3 *bis*, l. 21 gennaio 1994, n. 53 (per approfondimenti, si rinvia a A.D. De Santis, *Notificazioni e comunicazioni* (dir. proc. civ.), in corso di pubblicazione in *Treccani Giuridica on line*).

6. Il dPR 11 febbraio 2005, n. 68 (*regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata*) definisce la PEC come «ogni sistema di posta elettronica, nel quale è fornita al mittente documentazione attestante l'invio e la consegna di documenti informatici» (v. art. 1 lett. g); si tratta di uno standard tecnologico non in uso in paesi diversi dall'Italia.

La PEC consente «l'invio di messaggi la cui trasmissione è valida agli effetti di legge» (art. 4) e ha fatto il suo esordio nel processo civile con l'art. 4, dl 29 dicembre 2009, n. 193, convertito in l. 22 febbraio 2010, n. 24; l'art. 45 *bis*, dl 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114 ha eliminato dall'art. 125 cpc la previsione dell'obbligo per l'avvocato di indicare nell'atto di parte la propria PEC (introdotto dalla l. 12 novembre 2011, n. 183), lasciando l'onere di indicazione del numero di fax (corrispondentemente, l'art. 45 *bis* ha eliminato dall'art. 13, comma 3 *bis*, dPR 30 maggio 2002, n. 115 la previsione della sanzione pecuniaria a carico dell'avvocato che ometta l'indicazione del proprio indirizzo di PEC); si tratta di una scelta razionale, considerando che l'indirizzo di PEC del difensore risulta dall'elenco (cd «INI-PEC») di cui all'art. 6 *bis* c.a.d., nonché dal registro generale degli indirizzi elettronici gestito dal Ministero della giustizia (cd «ReGIndE») e che la l. 24 dicembre 2012, n. 228, ha aggiunto l'art. 16 *ter* al dl n. 179/2012, ai sensi del quale «a decorrere dal 15 dicembre 2013» si intendono per pubblici elenchi il registro INI-PEC, gli albi professionali e il registro delle imprese, oltre al ReGIndE.

- deposito degli atti di parte, effettuato con modalità telematiche⁷.

Se la prima bozza di progetto del “motore” del Pct può dirsi ormai risalente a quasi vent’anni orsono, la sua concreta realizzazione, anche considerando la scelta di un’entrata a regime – per così dire – a geometria variabile, è recente (per quanto riguarda il procedimento ingiuntivo telematico) o recentissima (con riguardo alla disciplina dei depositi telematici).

Per questa ragione, sembra davvero arduo tracciare un bilancio del suo impatto, nel senso che pare difficile misurare in modo scientifico il miglioramento o il peggioramento della soddisfazione degli operatori del diritto, dei livelli di produttività del sistema della giustizia civile, della qualità dei provvedimenti.

Alla metà di novembre 2015, non consta l’esistenza di rilievi statistici che, a livello nazionale, siano in grado di certificare che la scelta di informatizzare la giustizia (o, meglio, del *quomodo* della informatizzazione e telematizzazione della giustizia civile) abbia giovato al sistema; sul portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia è possibile rintracciare un documento, aggiornato al settembre 2015, in cui sono contenuti i semplici dati numerici relativi all’incremento (approssimativamente avvenuto nell’ultimo anno) dei depositi telematici, dei provvedimenti cd nativi digitali e delle comunicazioni telematiche⁸; da un altro documento, predisposto dalla Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati presso il Dipartimento dell’organizzazione giudiziaria del Ministero della giustizia, si

evincono, *inter alia*, al luglio 2014, il numero e la percentuale sul totale di accessi ai portali telematici, di depositi e comunicazioni telematici, di provvedimenti nativi digitali e di previsioni di risparmio di risorse economiche derivanti dalle notificazioni telematiche, nonché la pubblicità delle attività compiute, quali, per esempio, le forniture di sistemi *hardware* agli uffici giudiziari⁹.

In data 10 novembre 2015, il Presidente del Consiglio dei ministri ha diffuso tramite un *social network* un comunicato nel quale dichiara che: «Da novembre 2014 sono stati depositati da avvocati e professionisti oltre 5,5 milioni di atti: ad ottobre 2015 +464 mila (+344%) rispetto ad ottobre 2014. Nello stesso periodo i provvedimenti telematici depositati dai magistrati sono stati oltre 3,2 milioni, ad ottobre +146 mila (+63%) rispetto all’anno precedente. I tempi di emissione dei decreti ingiuntivi telematici sono quasi dovunque diminuiti: a Catania -22%, a Napoli -21%, a Milano -20%, a Roma -48%. Infine le comunicazioni telematiche attivate in tutti i tribunali e nelle corti d’appello sono state oltre 15 milioni con un risparmio per lo Stato stimato in oltre 53 milioni di euro».

Pur prendendo atto del dato relativo alla diminuzione dei tempi di emissione dei decreti ingiuntivi da parte degli uffici giudiziari delle città indicate (e dando per scontata l’affidabilità dei dati forniti, di cui però non parrebbe esservi traccia nel sito istituzionale del Ministero della giustizia), sembra comunque che qualsivoglia valutazione di quanto fatto sinora debba partire “dalla base”, vale a dire dai problemi pratici con i quali gli operatori del diritto sono chiamati a confrontarsi.

7. La disciplina del deposito telematico degli atti processuali è ravvisabile all’interno di norme di rango primario e secondario; in via di esemplificazione, l’art. 16 *bis* dl n. 179/2012 ne aveva previsto l’obbligatorietà «nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al tribunale» a far data dal 30 giugno 2014; il dl n. 90/2014 ha introdotto alcune disposizioni volte a garantire l’effettività del processo telematico, disponendo un percorso che ha visto, per i procedimenti civili contenziosi e di volontaria giurisdizione, nonché per quelli esecutivi e per le procedure concorsuali, instaurati dinanzi al tribunale a partire dal 30 giugno 2014, il deposito in forma obbligatoriamente telematica degli atti endoprocessuali; per i procedimenti pendenti alla stessa data l’uso degli strumenti telematici, previsto come facoltativo sino al 31 dicembre 2014, è diventato obbligatorio; per i giudizi pendenti dinanzi alla corte di appello, l’obbligo di deposito telematico di atti e documenti per le parti «precedentemente costituite» è entrato in vigore dal 30 giugno 2015, sia per i giudizi pendenti che per quelli instaurati a partire da tale data.

Da ultimo, il dl 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, in legge dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, ha introdotto la facoltà di deposito telematico anche degli atti introduttivi ed ha sancito in capo ai professionisti il potere di certificazione della conformità delle copie degli atti notificati dall’ufficiale giudiziario o “in proprio” da parte dell’avvocato stesso.

Per il procedimento d’ingiunzione *ex art.* 633 cpc, l’art. 16 *bis*, co. 4, dl n. 179/2012 ha previsto che il deposito degli atti, documenti e provvedimenti della fase monitoria abbia luogo, già a far data dal 30 giugno 2014, in via necessariamente telematica.

Per un inquadramento sistematico della architettura del Pct, alla fine del 2014, si consenta di rinviare a A.D. De Santis, *Processo telematico* (dir. proc. civ.), in *Treccani – Diritto on line*.

8. Alla pagina https://pst.giustizia.it/PST/it/pst_26.wp è accessibile il seguente documento: https://pst.giustizia.it/PST/resources/cms/documents/Dati_Pct_30_09_2015.pdf.

9. Il documento è accessibile alla seguente pagina del portale servizi telematici del Ministero della giustizia: <https://pst.giustizia.it/PST/resources/cms/documents/DgsiaStatoProgettiLug14.pdf>.

2. Le criticità. Il sistema delle fonti

Le radici del sistema del processo telematico sono risalenti¹⁰ e comunemente i suoi albori sono individuati nel DPR 13 febbraio 2001, n. 123, in cui, come anticipato, fu tratteggiata la prima disciplina dei depositi, della formazione del fascicolo e delle comunicazioni e notificazioni telematiche, che avrebbe trovato più dettagliata attuazione nelle cd regole tecniche del Pct, emanate con il dm 14 ottobre 2004, poi integralmente sostituito dal dm 17 luglio 2008; la già accennata inversione di rotta, inaugurata con il dl 193/2009, ha determinato, in attuazione dell'art. 4, l'adozione, con decreto del ministero della Giustizia, delle nuove «regole tecniche» del processo telematico, sostitutive di quelle precedentemente dettate dal dm del 17 luglio 2008.

Tale disciplina, poi emanata con il dm 11 febbraio 2011, n. 44 (modificato dal dm 3 aprile 2013, n. 48) tuttora vigente, costituisce il tessuto connettivo del processo civile telematico; l'art. 34 del suddetto decreto ha, però, demandato a fonte di rango ulteriormente subordinato la previsione delle regole tecnico-operative per la redazione e trasmissione degli atti e dei provvedimenti e documenti informatici da depositarsi in via telematica, per l'effettuazione delle comunicazioni e notificazioni telematiche di cancelleria nonché delle notificazioni in proprio da parte degli avvocati, per la consultazione delle informazioni contenute nel cd «dominio giustizia», per il perfezionamento dei pagamenti telematici: si tratta delle cd «specifiche tecniche» del processo telematico, adottate con il provvedimento del 16 aprile 2014 del responsabile della Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati presso il Ministero della giustizia.

Una delle principali difficoltà riscontrate dagli interpreti è rappresentata dalla opacità delle regole, dovuta all'affastellamento di provvedimenti di rango primario, secondario, spesso integrati da circolari ministeriali interpretative degli uni e degli altri.

Basti considerare, in via esemplificativa, che, solo negli ultimi tre anni e senza menzionare i provvedimenti relativi alla giustizia penale, ammi-

nistrativa, tributaria e contabile (su cui v. i cenni *infra*), sono stati varati il dl n. 179/2012 (sulle comunicazioni e notificazioni per via telematica) poi convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012; la l. n. 228/2012 (sul deposito esclusivamente telematico e sulle notifiche telematiche “in proprio” degli avvocati); il dm n. 209/2012 (di modifiche delle regole tecniche di cui al dm 44/2011); il dm n. 48/2013 (recante modifiche in tema di notifiche via PEC degli avvocati); il dl n. 90/2014 (che ha, *inter alia*, differito nel tempo l'entrata in vigore dell'obbligo di deposito degli atti in forma esclusivamente telematica), poi convertito con modificazioni nella l. n. 114/2014; le cd specifiche tecniche del processo telematico di cui al provvedimento DGSIA del 16 aprile 2014; il dl n. 132/2014 (in tema di iscrizione a ruolo telematica delle procedure esecutive per espropriazione e poteri di autentica in capo al difensore) convertito, con modificazioni, nella l. n. 162/2014; il Dpcm 13 novembre 2014, in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici; il dl n. 83/2015 convertito, con modificazioni, nella l. n. 132/2015, che ha introdotto la facoltà di deposito telematico anche degli atti introduttivi ed ha sancito in capo ai professionisti il potere di certificazione della conformità delle copie degli atti notificati dall'ufficiale giudiziario o “in proprio” da parte dell'avvocato stesso.

La complessità dell'architettura normativa e le incertezze da essa determinate ha richiesto, nel giro di poco più di un anno, l'emanazione di ben tre circolari interpretative: la circolare 27 giugno 2014, relativa agli adempimenti di cancelleria conseguenti all'entrata in vigore degli obblighi di cui agli artt. 16 *bis* e ss. dl n. 179/2012 e del dl n. 90/2014, adottata dalla Direzione generale della giustizia civile del Dipartimento per gli affari di giustizia; la circolare 28 ottobre 2014, sostitutiva della precedente e a sua volta sostituita dalla circolare 23 ottobre 2015, concernente gli adempimenti di cancelleria relativi al processo civile telematico¹¹.

Quest'ultima integra, per un verso, le indicazioni delle due precedenti circolari, facendo proprie soluzioni sviluppate nella prassi; per l'altro, ambisce a suggerirne di nuove agli operatori e agli interpreti,

10. Come anticipato, la l. 59/1997 (cd legge Bassanini 1) all'art. 15, comma 2, in un complessivo piano di informatizzazione delle pubbliche amministrazioni nell'Unione europea, aveva conferito pieno valore legale a «tutti gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici»¹² nonché alla loro archiviazione e trasmissione digitale, provvedendo contestualmente a delegificare la materia, affidandone la disciplina a specifici regolamenti: tra questi, il DPR 513/1997 aveva parificato il documento informatico munito di firma digitale alla scrittura privata, conferendogli l'efficacia probatoria dell'art. 2712 cc (art. 5) ed equiparato la trasmissione per via telematica del documento informatico alla notificazione a mezzo posta (art. 12); cfr., per approfondimenti, P. Liccardo, *Introduzione al processo civile telematico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1165 ss.

11. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?previousPage=mg_16_1&contentId=SDC1187890.

alla luce dei nuovi problemi riscontrati nella pratica applicazione¹².

Come è stato sottolineato, le maggiori criticità nascono dal connubio tra regola processuale e regola tecnica che richiede un ripensamento del modo di lavorare per il personale di cancelleria, per i giudici e per gli avvocati e che, a quanto consta, sconta una colpevole *deficit* di efficienza; si consideri, infatti, che solo poche norme del codice di rito sono state adeguate ai nuovi metodi di gestione telematica degli atti: tra queste, l'art. 83 cpc sulla procura rilasciata su documento informatico (nativo o copia per immagine); l'art. 125 cpc con il quale è stato eliminato il superfluo onere, prima gravante sull'avvocato a pena di sanzione pecuniaria, di indicazione negli atti processuali del proprio indirizzo PEC, già reperibile sui pubblici elenchi consultabili dall'ufficio giudiziario; l'art. 126 cpc, in cui è stata eliminata la necessità di sottoscrizione del verbale ad opera delle parti intervenute; rispettivamente gli artt. 133 cpc relativo alla comunicazione telematica del testo integrale della sentenza, inidonea a far decorrere i termini brevi per le impugnazioni²⁰, e l'art. 45 disp. att. cpc che disciplina forma e contenuto del biglietto telematico contenente le comunicazioni di cancelleria; l'art. 149 *bis*, sulla notifica a mezzo posta elettronica da parte dell'ufficiale giudiziario; l'art. 207 cpc che ha eli-

minato la necessità di sottoscrizione sul processo verbale di assunzione della prova orale da parte del teste o del dichiarante; rispettivamente gli artt. 111 e 137, disp. att., cpc dai quali è stato eliminato l'obbligo di consegnare al cancelliere le copie in cartaceo degli atti da parte del difensore che abbia provveduto al deposito telematico delle comparse o del ricorso o controricorso in cassazione⁴³.

2.1 Le criticità. La polverizzazione delle prassi

L'impressione generale è che, anziché semplificare il lavoro degli addetti al sistema giustizia, il Pct abbia finito per complicarlo; l'insieme delle regole e specifiche tecniche, infatti, appare avulso dal contesto normativo del codice di procedura civile e vittima di macchinosità dovute, più che all'insipienza di coloro i quali si sono occupati della parte ingegneristica, alla incapacità dei tecnici del diritto di fornire agli informatici un'idea funzionale della telematizzazione del processo.

Non è, infatti, un mistero che quella che è stata efficacemente definita come «la “grammatica” del processo civile telematico»⁴⁴, non possa essere confinata al rango di *standard* meramente tecnologico: non mancano

12. La circolare si occupa, specificatamente, della ricognizione delle novità normative; dei problemi relativi alla tenuta del fascicolo su supporto cartaceo; del problema delle copie ad uso ufficio e dei componenti del collegio; della questione relative alle cd copie informali; della complessa questione relativa ai tempi di lavorazione degli atti da parte delle cancellerie; dei problemi connessi all'orario di deposito e proroga dei termini processuali scadenti di sabato o domenica; della soluzione delle anomalie del deposito eseguito mediante invio telematico; delle conseguenze dell'iscrizione della causa in un registro diverso da quello di pertinenza ai fini del versamento del contributo unificato; dei problemi del deposito esclusivamente telematico degli atti del giudice nell'ambito della procedura monitoria; del coordinamento tra la disciplina del decreto ingiuntivo telematico e quella del procedimento di ingiunzione europeo di cui al reg. CE 1896/2008; delle questioni relative al deposito di atti processuali delle parti non costituite a mezzo di difensore; della conseguenza della comunicazione integrale dei provvedimenti del giudice; dei problemi relativi ai limiti all'accesso al fascicolo informatico del procedimento monitorio da parte di soggetti non costituiti; della regolazione degli aspetti formali connessi alla redazione di atti processuali a firma multipla con particolare riferimento al verbale d'udienza e al caso del verbale di conciliazione; della questione della dovuta iscrizione di professionisti al REGINDE; del pagamento del Contributo unificato con marca da bollo. Modalità alternative di pagamento; del potere di autenticazione, da parte del difensore, degli atti contenuti nel fascicolo informatico; dell'applicabilità ai procedimenti instaurati presso tutti gli Uffici giudiziari degli adeguamenti del Contributo unificato introdotti dal dl n. 90/2014; del rilascio della formula esecutiva su copia estratta dal difensore; della questione dell'inserimento, nei registri di cancelleria, dell'intero collegio giudicante e a quella dell'inserimento, nei registri di cancelleria, dell'intero collegio difensivo, compreso l'eventuale domiciliatario; del problema della trasmissione del fascicolo del processo di primo grado alla corte d'appello.

13. Si consideri, peraltro, che l'art. 19 del dl n. 132/2014, entrato in vigore a far data dal 11 dicembre 2014, ha previsto la possibilità per il creditore di avvalersi del nuovo strumento della ricerca telematica dei beni da pignorare, introducendo, tra le altre disposizioni, gli artt. 492 *bis* cpc e 155 *quinquies*, disp. att., cpc

L'art. 492 *bis* cpc consente al creditore di proporre una apposita istanza al presidente del tribunale competente affinché, verificato il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata, autorizzi l'ufficiale giudiziario ad accedere mediante collegamento telematico diretto ai dati contenuti nelle banche dati delle pubbliche amministrazioni o alle quali le stesse possono accedere e, in particolare, nell'anagrafe tributaria, nel pubblico registro automobilistico e in quelle degli enti previdenziali. Ciò al fine acquisire tutte le informazioni rilevanti per l'individuazione di cose e crediti da sottoporre ad esecuzione, comprese quelle relative ai rapporti intrattenuti dal debitore con istituti di credito e datori di lavoro o committenti.

L'art. 155 *quinquies*, disp. att., cpc prevede la possibilità per il creditore di ottenere direttamente dai gestori delle banche dati indicate dall'art. 492 *bis* cpc (e di quelle ulteriori da individuare ai sensi dell'art. 155 *quater*, disp. att., cpc) le informazioni nelle stesse contenute, laddove le strutture tecnologiche necessarie a consentire l'accesso da parte dell'ufficiale giudiziario non siano funzionanti.

14. Cfr. G.G. Poli, *Il processo civile telematico del 2015 tra problemi e prospettive*, in *Giusto processo civ.*, 2015, 229 ss., spec. 234 ss., alle cui pagine si rinvia per ampi riferimenti.

infatti provvedimenti di merito che, a fronte dell'inservanza delle *rules* contenute nelle specifiche tecniche, hanno riscontrato nuove e sconosciute forme di inammissibilità/nullità degli atti o del procedimento.

Emblematico pare il caso dell'atto giudiziario erroneamente depositato in formato pdf immagine non testuale (perché scansionato dall'originale cartaceo).

In alcuni casi, la giurisprudenza di merito ha qualificato la difformità alla stregua di una mera irregolarità, stante la riscontrata impossibilità di dichiarare nullo l'atto, considerando «tale sanzione subordinata alla espressa previsione di legge (ai sensi dell'art. 156, 1° comma, cpc) allorché riguardi il difetto di requisiti formali: tale espressa comminatoria non può ravvisarsi né nell'art. 16 bis dl n. 179/2012 che, pur avendo natura di fonte primaria, non prevede alcuna sanzione di nullità in caso di difetto di forma degli atti depositati in via telematica, né nelle prescrizioni delle specifiche tecniche disposte dalla Dgsia, non aventi natura di fonte primaria dell'ordinamento»¹⁵.

In altri, l'errore nel formato dell'atto è stato considerato causa di sua nullità, ma, anche in questo caso, non mancano divergenze interpretative: a fronte della riscontrata attitudine dell'atto a raggiungere lo scopo e, dunque, a sanare la nullità¹⁶, è stato anche stabilito che l'atto (nella specie, un ricorso per decreto ingiuntivo) depositato telematicamente in formato pdf immagine, ottenuto a seguito di scansione dall'originale cartaceo sia nullo ai sensi dell'art. 156, comma 2, cpc, in quanto carente dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo, consistente nella possibilità che l'atto sia «navigabile» da ogni attore del processo e, dunque, che sia consentito l'utilizzo degli elementi (o parti) dell'atto stesso senza la necessità di ricorrere a programmi di riconoscimento ottico dei caratteri¹⁷.

Anche la qualificazione del reclamo cautelare alla stregua di atto introduttivo di un *novum iudicium*, ovvero di atto endoprocessuale, ha suscitato contrasti interpretativi: secondo un primo orientamento, il ricorso per reclamo cautelare ha natura di atto introduttivo del relativo giudizio, con la conseguenza che spetta alla parte la facoltà di scelta tra deposito in forma cartacea o telematica dell'atto e, quand'anche si

volesse qualificare tale atto come proveniente da una parte già costituita (nella precedente fase del giudizio cautelare), il deposito del reclamo in forma cartacea dovrebbe nondimeno ritenersi valido, in assenza di una specifica previsione di inammissibilità ed in virtù dei principi di libertà delle forme e di raggiungimento dello scopo degli atti nulli¹⁸; diversamente, è stato stabilito che l'obbligo di deposito degli atti processuali in modalità esclusivamente telematica operi anche per il reclamo cautelare, in quante tale atto proviene da una parte che deve ritenersi precedentemente costituita nell'unico giudizio instaurato con l'originario ricorso cautelare; peraltro, l'erroneo deposito del ricorso per reclamo cautelare in formato cartaceo deve essere sanzionato con l'inammissibilità, atteso che la previsione normativa della «esclusiva» modalità telematica per il deposito degli atti endoprocessuali suppone l'impossibilità di ammettere modalità di deposito alternative¹⁹.

Se, con riferimento alla questione relativa al formato dell'atto, paiono condivisibili le soluzioni fornite da chi ha ravvisato più corretta la sua riconducibilità alla mera irregolarità e ha suggerito di fare applicazione dell'art. 182 cpc, ovvero, quand'anche sia riscontrabile la nullità, ha individuato convincenti argomenti per ammetterne la sanatoria o la rinnovazione²⁰, la controversa qualificazione come atto introduttivo o atto endoprocessuale del reclamo cautelare è suscettibile di riproporsi in tutti i procedimenti di natura bifasica o in quei giudizi (di carattere sommario) caratterizzati dalla presenza di eventuali «appendici» o subprocedimenti volti, *lato sensu*, al riesame del provvedimento concesso dal giudice della prima fase: si pensi, ad esempio, al deposito dell'atto per l'«inizio del giudizio di merito» ex art. 669 *octies* cpc; al deposito dell'atto di «prosecuzione» del giudizio di merito possessorio ex art. 703, comma 4, cpc; al deposito degli atti della fase istruttoria dei giudizi di separazione o divorzio; a quello degli atti introduttivi e di costituzione nel giudizio di opposizione alla fase sommaria del cd «Rito Fornero» ex art. 1, comma 51, l. n. 92/2012.

Non c'è dubbio che la sciatteria tecnica del legislatore e la disorganicità delle fonti, disseminate soprattutto nella normativa di rango secondario, acuiscono il rischio di contrasti: il paradosso è quello

15. Cfr. Trib. Vercelli 4 agosto 2014, in *Giur. it.*, 2015, 368.

16. Cfr. Trib. Trani 31 ottobre 2014, in *Giust. it.*, 2015, 367.

17. Cfr. Trib. Livorno 25 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, 368; in senso conforme, anche Trib. Roma 13 luglio 2014, *ivi*, 368.

18. Trib. Asti 15 maggio 2015, in *www.eclegal.it*, con commento di G.G. Poli, *La nozione di atto «endoprocessuale» ai fini del deposito telematico obbligatorio: lo strano caso del reclamo cautelare*.

19. In tal senso, Trib. Foggia 15 maggio 2015, in *www.eclegal.it*.

20. Cfr. G.G. Poli, *Sulle (nuove forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*, in *Giur. it.*, 2015, 367 e ss.

di un sistema meno efficiente di quello basato sulla carta, perché soggetto ad incagliarsi nella risoluzione di questioni procedurali generate dal cd neo-formalismo processual-tecnologico²¹.

Quelle appena accennate non sono che alcune delle numerosissime criticità riscontrate (tra le quali spiccano quelle relative all'inadeguatezza del cd registro eventi), sulle quali il Consiglio superiore della magistratura, con delibera del plenum del 13 maggio 2015, ha espresso le proprie preoccupazioni²².

Il quadro si complica ulteriormente se si pone lo sguardo ai numerosi protocolli in materia di Pct elaborati in seno ai diversi uffici giudiziari con la collaborazione dei consigli degli ordini degli avvocati; pur mossi dal lodevole intento di tradurre in prassi operative regole generali e astratte spesso assai poco chiare, essi hanno finito per contribuire alla polverizzazione del sistema e alla conseguente affermazione di soluzioni localistiche, il che, per l'eterogeneità dei fini, pare l'esatto opposto dell'obiettivo finale cui ambisce la telematizzazione della giustizia.

La disomogeneità nello sviluppo del Pct, dimostrata dall'eterogeneità delle soluzioni fornite nella prassi, è ulteriormente favorita dalle (prevedibili) resistenze del sistema all'innovazione costituita dalla dematerializzazione del fascicolo, che impone agli avvocati, ai magistrati e ai cancellieri il dovere di imparare un nuovo linguaggio, un nuovo modo di studiare e di organizzare il proprio lavoro²³.

3. Il Pct come modello per l'informatizzazione del sistema giustizia

Stupisce che, nonostante le criticità cui si è fatto cenno, il Pct rappresenti, per il momento, il punto

più alto del complessivo progetto di informatizzazione della giustizia, se posto a confronto con lo stato di avanzamento dell'uso delle tecnologie e della telematica nell'ambito dei processi amministrativo, tributario, contabile e penale.

Altrettanto stupefacente è il fatto che le tanto vituperate regole del Pct assurgano a paradigma di riferimento e siano dotate di una *vis expansiva* nei confronti di altri modelli di processo.

Infatti, l'art. 13 dell'allegato 2 al dlgs 2 luglio 2010, n. 104, ha previsto che con decreto del presidente del Consiglio dei ministri siano stabilite le regole tecnico-operative per la sperimentazione, la graduale applicazione, l'aggiornamento del processo amministrativo telematico.

Con il dleg. 14 settembre 2012, n. 160 è stata introdotta, all'art. 136, comma 2 *bis*, cpa, la possibilità di sottoscrivere con firma digitale tutti gli atti di parte e le sentenze, nonostante la mancanza delle regole tecniche; l'art. 38 dl n. 90/2014, come integrato dalla l. di conversione n. 114/2014, aveva previsto agli articoli 1 *bis* e 2 *bis* che, dal 1° luglio 2015, tutti gli atti e i provvedimenti avrebbero dovuto essere sottoscritti con firma digitale; ai sensi dell'art. 38, comma 1, dl n. 90/2014, le regole tecniche (di cui all'art. 13, all. 2, dleg n. 104/2010) avrebbero dovuto essere adottate entro il 17 ottobre 2014; l'art. 45 *bis*, comma 3, dl n. 90/2014, introdotto dalla l. di conversione, ha sostituito l'art. 136, comma 1, cpa prevedendo l'onere per le parti di indicazione del recapito fax nel primo atto difensivo, da utilizzare nel caso sia impossibile servirsi dell'indirizzo di PEC risultante dai pubblici elenchi.

Senonché, l'art. 20 dl n. 83/2015 ha differito dal 1° luglio 2015 al 1° gennaio 2016 l'entrata in vigore del processo amministrativo telematico²⁴ e la legge di conversione ha apportato ulteriori e importanti modifiche²⁵.

21. L'espressione è di G.G. Poli, *Sulle (nuove forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*, cit., 370.

22. Accessibile in formato integrale al seguente link: <http://www.csm.it/documenti%20pdf/Pct.pdf>.

23. Sul punto, sembra riscontrarsi un movimento di opinione che, pur con l'intento lodevole di contrastare le cd lotte di retroguardia, finisce con il fornire soluzioni disomogenee, dettate anche dalla diversità degli apparati tecnologici in dotazione agli uffici giudiziari (cfr. G. Marinai, *Pct: il problema non è la carta*, in *Questione giustizia*, 12 ottobre 2015; E. Consolandi, *Pct: Lo scoglio della stampa sul percorso del processo civile telematico*, *ivi*; S. Carboni, *In difesa del processo civile telematico*, *ivi*, 14 ottobre 2015; R. Braccialini, *Processo civile telematico: abbiamo una via d'uscita?*, *ivi*, 9 ottobre 2015).

Da ultimo, appare emblematica della diffidenza degli operatori del diritto nei confronti degli strumenti tecnologici Cass. 10 novembre 2015, n. 22871, che, chiamata a pronunciarsi su un presunto difetto di sottoscrizione della sentenza, redatta in formato elettronico, depositata ex art. 281 *sexies* cpc e sottoscritta dal giudice con la propria firma digitale, ha stabilito l'applicabilità anche ai provvedimenti giurisdizionali dei principi del codice dell'amministrazione digitale e ha rigettato il motivo di ricorso.

24. Il comma 2 *bis* dell'art. 136 cpa è stato sostituito con decorrenza dal 1° gennaio 2016, dall'art. 38, comma 1 *bis*, dl 24 giugno 2014, n. 90, conv., con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, come risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 21, lett. b), dl 31 dicembre 2014, n. 192, conv., con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2015, n. 11, e dall'art. 20, comma 1, lett. b), dl 27 giugno 2015, n. 83, conv., con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

25. In sintesi, è stato previsto che se la parte sta in giudizio personalmente è ed titolare di indirizzo PEC risultante da pubblici elenchi

Con riguardo al processo tributario si profila un percorso che, a regime, condurrà alla completa telematizzazione, le cui tappe sono indicate dal dm 3 dicembre 2013, n. 163, regolamento recante la disciplina dell'uso di strumenti informatici e telematici nel processo tributario, adottato in attuazione delle disposizioni contenute nell'articolo 39, comma 8, dl 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, e che si basa sulla medesima architettura del processo civile, costituita dall'uso della PEC per comunicazioni e notificazioni e per la trasmissione e il deposito di atti e documenti presso le segreterie delle commissioni tributarie; non secondaria è la previsione dell'obbligo per l'avvocato di indicazione del proprio indirizzo di PEC nel ricorso o nel primo atto difensivo, ai sensi dell'art. 16, comma 1 *bis*, dlgs 31 dicembre 1992, n. 546; in caso di omissione, al contrario di quanto previsto per il processo civile, opera a carico dell'avvocato la sanzione pecuniaria di cui all'art. 13, comma 3 *bis*, dPR n. 115/2002.

Con il dm del Ministero dell'economia e delle finanze del 4 agosto 2015, destinato ad applicarsi a partire dal 1° dicembre 2015, sono state diffuse le regole tecniche per permettere la piena applicazione delle norme sulla telematizzazione del processo tributario; le nuove disposizioni si intersecheranno inevitabilmente con la riforma del processo tributario, resa in attuazione della delega contenuta nell'art. 10 l. 11 marzo 2014, n. 23, con dlgs 24 settembre 2015, n. 156, e destinata ad entrare in vigore (con l'eccezione dell'art. 9, comma 1, lettere ee, gg e hh, che entrano in vigore dal 1° giugno 2016, nonché di quella prevista dal comma 5) dal 1° gennaio 2016.

Per il processo contabile, l'art. 4, comma 2, dl n. 90/2014, stabilisce l'applicazione, in quanto compatibili, di alcune delle disposizioni contenute nel dl n. 179/2012, sulla base alle indicazioni tecniche, operative e temporali stabilite con i decreti di cui al comma 1 del medesimo articolo²⁶.

Da ultimo, con decreto del presidente della Corte dei conti del 21 ottobre 2015, sono state adottate le prime regole tecniche ed operative per l'utilizzo del-

la posta elettronica certificata nei giudizi dinanzi alla Corte dei conti, destinate ad entrare in vigore sessanta giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta ufficiale (avvenuta in data 3 novembre 2015).

Marginali appaiono, sinora, gli interventi sul processo penale, nell'ambito del quale il dl n. 179/2012 ha previsto, a partire dal 15 dicembre 2014, l'uso della PEC per le comunicazioni da effettuarsi nei confronti di persone diverse dall'imputato, ai sensi degli artt. 148, comma 2 *bis*, 149, 150 e 151, comma 2, cpp.

4. L'Atto Camera n. 2953/XVII e le metamorfosi all'orizzonte

Lo studio del sistema delle fonti e della giurisprudenza chiamata a confrontarsi con le prime pratiche applicazioni del neoformalismo del processo telematico rivelano, già a colpo d'occhio, un'immagine in chiaroscuro, in cui le ombre paiono prevalere sulle luci²⁷.

A dispetto degli entusiastici proclami sui successi del Pct, si profilano ulteriori novità all'orizzonte, veicolate dalla ennesima riforma del processo civile, di cui al disegno di legge delega n. 2953/XVII, recante «disposizioni per l'efficienza del processo civile», presentato alla Camera dei deputati in data 11 marzo 2015, il cui esame è in corso presso la Commissione giustizia e che, in data 4 novembre 2015, è stato congiunto al disegno di legge n. 2921/XVII, recante «modifiche al codice di procedura civile e altre disposizioni per l'accelerazione del processo civile», presentato alla Camera dei deputati in data 2 marzo 2015.

Nella relazione di accompagnamento al ddl 2953/XVII si legge: «in chiave di semplificazione e comprensibilità del processo, viene introdotto il principio di delega sulla sinteticità, che è reso inevitabile dal processo civile telematico: la gestione informatica degli atti impone una riconsiderazione della loro lunghezza, del contenuto e della tecnica di redazione. Proprio in relazione all'attuazione in corso del processo civile telematico, si introduce uno specifico principio di delega volto a consentire l'adeguamento

dovrà, obbligatoriamente, indicare tale indirizzo nel ricorso o nell'atto di costituzione; qualora invece non sia titolare di indirizzo PEC risultante da pubblici elenchi dovrà indicare «nel ricorso o nell'atto di costituzione, l'indirizzo di posta elettronica certificata o il numero di fax da valere per ogni eventuale comunicazione e notificazione».

Introducendo il comma 1 *bis* all'art. 13 allegato 2 al dlgs n. 104/2010, il legislatore ha deciso di applicare anche alla giustizia amministrativa, in quanto compatibili, alcune delle disposizioni del dl n. 179/2012, già in vigore nel processo civile: si tratta degli art. art. 16 *bis* comma 9 *bis*, 16 *sexies*, 16 *decies*, 16 *undecies*; inoltre, a decorrere dall'entrata in vigore del processo amministrativo telematico (1° gennaio 2016), saranno abrogati e sostituiti l'art. 2, comma 5, e l'art. 5, comma 3, allegato 2 al dlgs n. 104/2010.

26. Si tratta, in particolare, degli art. 16, 16 *ter*, 16 *quater*, 16 *decies*, 16 *undecies*.

27. Basti considerare le iniziative assunte, nel corso dell'ultimo anno, dal Consiglio nazionale forense e dalla Fondazione italiana per l'innovazione forense, accessibili ai seguenti link: <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-stampa/comunicati-stampa/articolo8661.html>; <http://www.fiif.it/proposte-della-fiif-al-tavolo-ministeriale-del-20-aprile-2015>.

delle norme del rito civile alla nuova dimensione telematica del processo».

Alla lett. h) del comma 2 dell'articolo unico si prevede tra i principi e criteri direttivi della delega l'«adeguamento delle norme processuali all'introduzione del processo civile telematico».

Il valore della sintesi nella predisposizione degli atti di parte è già un principio positivo dell'ordinamento, in virtù di quanto previsto dall'art. 16 bis, comma 9 *octies*, dl 179/2012 – introdotto dal dl n. 83/15 conv. in l. n. 132/15 – secondo cui «gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica».

Considerando che non è plausibile intendere la «sinteticità» come semplice «riconsiderazione della lunghezza» dell'atto (il che, a tacer d'altro, renderebbe il principio una mera duplicazione di quanto già dispone l'art. 16 bis, comma 9 *octies*, dl n. 179/2012), sembra auspicabile che il legislatore le riconosca un ruolo di «grimaldello» per un complessivo ripensamento delle logiche del Pct.

In particolare, la sintesi nella scrittura dovrebbe favorire l'uso di tecnologie che consentano la concentrazione e la rappresentazione del pensiero in modo evidenziabile e navigabile.

L'uso del metalinguaggio XML (eXtensible Markup Language) potrebbe essere applicato non solo agli atti, ma anche a tutti i provvedimenti del processo civile, in modo da consentirne una scomposizione e ricomposizione che favorisca il dialogo immediato e automatico con i registri di cancelleria, opportunamente adeguati.

L'atto e il provvedimento, predisposti con un linguaggio cd «marcatore», potrebbero facilitare la

definitiva evoluzione dei sistemi informativi e l'automatizzazione degli eventi e del computo dei termini processuali.

È intuibile che la sintesi nella scrittura sarebbe non già il fine, ma il mezzo per consentire un efficiente uso del metalinguaggio e per favorire il dialogo tra atto, provvedimento e sistema informativo.

Lo sfruttamento della capacità del sistema di operare su più livelli in modo automatico – già realizzabile con le tecnologie attualmente disponibili – non potrebbe prescindere dalla realizzazione di banche dati della giurisprudenza di merito che, se costruite con criteri omogenei per tutti gli uffici giudiziari italiani, strutturate con un linguaggio intellegibile per l'atto e per il sistema informativo e raccolte in un unico *cloud*²⁸, garantirebbero il perseguimento delle chimeriche prevedibilità della decisione e conoscibilità delle prassi.

La recente previsione, con decreto del Ministro della giustizia 1° ottobre 2015, recante misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'ufficio per il processo, di impiegare, per la realizzazione delle banche dati della giurisprudenza di merito, i giovani neo laureati in giurisprudenza assegnati allo svolgimento del tirocinio formativo ex art. 73 dl 21 giugno 2013, n. 69, conv., con modificazioni, in l. 9 agosto 2013, n. 98, suscita più di un dubbio sulla capacità di realizzazione di obiettivi così ambiziosi.

C'è da augurarsi che gli operatori del diritto, messi di fronte al rischio dell'ennesima metamorfosi mal riuscita del Pct, resistano alla tentazione di isolarlo e sbarazzarsene e alla convinzione che, morto Gregor Samsa, il ritorno all'antico sia preferibile ad ogni forma di accanimento terapeutico.

28. Non mancano esempi lodevoli di realizzazione di banche dati di giurisprudenza di merito, realizzate con la buona volontà e grazie alla collaborazione tra uffici giudiziari e ordini forensi; si pensi, ad es., al portale della giurisprudenza delle imprese (<http://www.giurispredenzadelleimprese.it/>), che consente l'accesso a provvedimenti prevalentemente emessi dal Tribunale di Milano, mentre il numero di provvedimenti messi a disposizione dai Tribunali di Roma, Genova, Torino, Bologna e dalle Corti d'appello di Genova e Brescia appare sproporzionatamente esiguo; meritevole di segnalazione è anche la banca dati realizzata dalla Camera civile di Reggio Emilia, accessibile al sito www.giure.it.

Si tratta però di fenomeni spontanei e disomogenei, ben lontani dalla possibilità di costituire una rete o un sistema.

Ragione tecnologica e processo: ovvero delle ere del processo telematico

di Pasquale Liccardo

L'individuazione delle possibili linee di sviluppo del processo telematico sia esso civile che penale, deve necessariamente muovere da una ricognizione della sua storia recente, dello stato attuale dei sistemi realizzati ed in corso di realizzazione, evidenziando l'intreccio realizzato tra norma, tecnologie ed istituzioni della giuridicità.

Le attività in corso sono state oggetto di analitica esposizione nelle sedi istituzionali. Qui si cercherà uno sguardo di insieme.

La difficoltà registrata dalle istituzioni della giuridicità nel terzo millennio nella loro relazione con il concreto non è episodica ma riflette la condizione stessa della modernità declinante ormai incapace di manifestare nella legge la propria ragione ordinante e giustificatrice del mondo: si è interrotto il meccanismo di traduzione nella norma di concetti, di universi simbolici, di idee che hanno connotato per lungo tempo il processo di giuridificazione del concreto, sempre più lontano dalla norma statale per essere retto da regole prodotte dall'economia globalizzata, dal pragmatismo delle relazioni di forza, dallo specialismo delle tecniche contrattuali prive di ogni aspirazione valoriale: l'eccedenza del mondo dal diritto non può essere colmata dalle sole tecnologie ma semmai per il loro tramite letta.

*L'intelligenza connettiva è la pratica di moltiplicazione delle intelligenze
le une in rapporto alle altre all'interno del tempo reale di un'esperienza*

Derrick De Kerckhove

Premessa

L'individuazione delle possibili linee di sviluppo del processo telematico sia esso civile che penale, deve necessariamente muovere da una ricognizione della sua storia recente, dello stato attuale dei sistemi realizzati ed in corso di realizzazione, evidenziando l'intreccio realizzato tra norma, tecnologie ed istituzioni della giuridicità.

La difficoltà registrata dalle istituzioni della giuridicità nel terzo millennio nella loro relazione con il concre-

to non è episodica ma riflette la condizione stessa della modernità declinante ormai incapace di manifestare nella legge la propria ragione ordinante e giustificatrice del mondo¹: si è interrotto il meccanismo di traduzione nella norma di concetti, di universi simbolici, di idee che hanno connotato per lungo tempo il processo di *giuridificazione* del concreto, sempre più lontano dalla norma statale per essere retto da regole prodotte dall'economia globalizzata, dal pragmatismo delle relazioni di forza, dallo specialismo delle tecniche contrattuali prive di ogni aspirazione valoriale: "l'eccedenza del mondo dal

1. P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari 2012; *Ibidem*, *Il ritorno del diritto*, Bari 2015; P.G. Monateroi, *I confini della legge*, 2014.

diritto” non può essere colmata dalle sole tecnologie ma semmai letta per il loro tramite.

Il diritto, nella globalizzazione, tende ad esprimersi per il tramite delle istituzioni giudiziarie che da luogo di affermazione di una normatività astratta e assoluta propria della legge, mutano in luogo di traduzione e lettura del contingente e della sua moderna mutevolezza².

Il diritto muta in diritto giurisprudenziale, è diritto al presente³, si frantuma nell’orientamento degli uffici giudiziari, nell’opera ricostruttiva degli interpreti, disperdendo nella sua relazione con il concreto, la prescrittività autosufficiente della norma positivamente posta⁴.

Il decentramento giuridico nella produzione della norma, lo sguardo spesso breve delle «aspettative normative» prodotte dalle moderne leggi, necessitano di luoghi di produzione di «aspettative cognitive»⁵ estremamente votati alla definizione del contingente, in cui il raccordo tra generale e particolare costituisca l’esito - sia pur temporaneo - di una mediazione conoscibile e per ciò stesso, misurabile dagli attori della società civile.

Né sembri che un simile mutamento sia dovuto all’opera invasiva della nuove tecnologie ICT. Il diritto da sempre si ri/produce per il tramite delle tecnologie che ne ratificano la condizione di *positività* governante della concretezza, non fosse altro perché la norma vive nella tecnologia della sua scrittura la sua condizione genetica prima: nell’epoca postmoderna, le istituzioni della giuridicità guardano alla tecnologia non come strumento per il recupero del dominio prima esercitato dalla norma astratta sul concreto ma come restituzione/ricostruzione di una *condizione dialogante* della concretezza normata, votata non più alla sistematicità ordinamentale ma alla coerenza

temporale dei valori con il contesto sociale in cui opera⁶. Il ritorno del diritto al fatto sottolineato da Paolo Grossi⁷ evidenzia il cambio complessivo di paradigma della relazione tra norma e concreto, rendendo illusorio ogni recupero di astrattezza sistematica.

In questo quadro, le tecnologie del processo telematico assumono una rilevanza fondativa del modo stesso di proporsi del diritto *pos-moderno* nella sola misura in cui si proponano come strumentario per la rinnovata interazione dei valori costituzionali attraverso l’ampliamento dei confini della giuridicità: “il *pos-moderno* valorizza, al contrario, la effettività, con la disponibilità ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante”.⁸

1. La prima era del processo telematico⁹

La ricognizione dello stato dell’arte costituisce un’operazione preliminare per la definizione di una nuova fase strategica del processo telematico.

La distanza che ci separa dalla “prima età del processo telematico” come ad oggi realizzata non ci deve far perdere di vista le metodologie necessarie alla corretta progettazione dell’evoluzione che miriamo a realizzare. Qui va nuovamente osservato come:

a) la progettazione dei sistemi informativi differisce profondamente da qualsiasi altra tecnologia di produzione, non fosse altro per la predominanza della propensione conformativa dell’organizzazione interessata dalla sua introduzione e/o diffusione: al riguardo, pur in epoca matura per le esperienze condotte negli anni dal settore giudiziario, si deve sem-

2. R. Dahrendorf, *Dopo la democrazia*, a cura di A. Polito, Roma-Bari, 2001, in particolare, pag 65 : «Dall’essere l’anello debole del sistema, il giudiziario è diventato l’anello più forte» ; si veda inoltre, G. Tarello, *Orientamenti della magistratura*, del giurista – interprete e della dottrina sulla funzione politica, in *Politica del diritto*, n 3-4, 1972.; H. Le Berre, *La Jurprudence et le temps*, in *Droits* n.30/2000, pag. 78 e ss , per una visione della giurisprudenza come luogo del presente, privo della tensioni alla normatività proprie della legge.; M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000.

3. Così efficacemente, M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit. pag. 197 e ss.

4. Sul rapporto tra diritto e contingente, si veda E. Resta, *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell’osservatore*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pag.129 e ss.; Sulla novità di ruolo delle istituzioni giudiziarie, con particolare riferimento anche alle corti sovranazionali, si veda A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma- Bari, Laterza, 2002, pp.91.

5. Così Luhmann, *Sociologia del diritto*, Roma Bari, Laterza, 1977.

6. Si vedano al riguardo Gorla, *La giurisprudenza, Diritto comparato e diritto comune*, Milano 1981, 297, per il quale «i mezzi di informazione sono una condizione essenziale del valore della giurisprudenza come fattore del diritto, così come di ogni altro fattore del diritto stesso».

7. P. Grossi, *Il ritorno del diritto*, cit.

8. P. Grossi, *Il ritorno del diritto*, cit.

pre aver chiaro che i processi di rimodulazione organizzativa non sono propri della sola fase iniziale ma semmai producono attriti organizzativi e criticità più forti in epoca matura ;

b) la storia recente anche dell'informatizzazione giudiziaria ha conosciuto processi di avanzamento dei sistemi informativi non sempre supportati da metodologie progettuali capaci di coniugare innovazione tecnologica e cambiamento organizzativo: «*le tendenze mimetiche della tecnologia rispetto al contesto vengono favorite a detrimento della possibilità per essa di divenire veicolo di innovazione organizzativa*», consacrando rigidità nei ruoli e nelle competenze professionali ben diversamente riposizionabili⁹. Qui va solo evidenziato come la distanza che connota lo stato dell'informatizzazione del settore civile rispetto al settore penale deve costituire momento di una riflessione autocritica estremamente articolata in quanto capace di cogliere le differenze culturali, le necessità normative e il grado di resilienza delle organizzazioni;

c) la progettazione dei sistemi non può fondarsi unilateralmente sul dispiegamento del “*dispositivo tecnologico*” ma su una coerente rimodulazione delle leve culturali, organizzative e *territoriali* degli uffici, indispensabili alla ricostruzione di senso dell'azione realizzata: a fronte di facili spinte pantecnologiche vissute dal settore, deve infatti ribadirsi che alle tecnologie è devoluto il solo ruolo di “veicolo cognitivo dinamico”, capace di interagire con gli assetti istituzionali e strutturali propri dell'organizzazione giudiziaria riscrivendone la sua relazione con la dinamica del processo e per il suo tramite, con tutti gli attori sociali. Solo così governata, l'innovazione tecnologica sfugge: i) al rischio di reificazione, di riduzione ad artefatto, divenendo strumento collettivo orientato alla produzione di significato sociale dell'azione realizzata dalle istituzioni della giuridicità¹⁰; ii) al pressappochismo degli adeguamenti acritici all'avanzamento tecnologico, tanto più pericolosi laddove si abbia riguardo all'assoluta specificità del formante giudiziario, alle problematiche intrinseche di coerenza ordinamentale e di sostenibilità economica e securitaria.

Ciò posto, in uno sguardo di sintesi dei processi fino ad oggi realizzati con riferimento primo al processo civile telematico, si può affermare come la storia della prima *era* del processo telematico sia la storia dell'“*analogismo tecnologico*”, ovverosia del-

la riproduzione in logica digitale della consistenza, struttura e qualità delle relazioni processuali definite dal codice e dalle regole d'organizzazione sottostanti.

Si tratta di una dinamica conosciuta in altri settori, sia privati che pubblici, necessaria alla prima diffusione dei sistemi informativi, ma che sconta una visione delle tecnologie in qualche modo minore e errata: l'informatica, rispetto ad ogni altra tecnologia, è capace di produrre costantemente «una rimodulazione delle attività realizzate per il suo tramite sia ridefinendo ruoli, soggetti e competenze, sia ingenerando processi estesi e diffusi di auto-riproduzione delle dinamiche cognitive sottese all'azione realizzata dagli attori sociali del sistema».

Non è un caso che nell'ottica prescelta, l'informatizzazione si sia curata quasi esclusivamente solo delle relazioni telematiche, della loro sequenza produttiva, demandando ai registri informatizzati di cancelleria il sostegno dell'intero sistema di relazioni prodotte dall'invio telematico degli atti, sostegno reso possibile da una strutturazione estremamente accurata delle macchine stato-evento proprie dei primi registri informatizzati.

L'informatizzazione della prima *era* del processo telematico ha pertanto fortemente riscritto la relazione degli attori sociali del processo riproducendone esteriormente le logiche d'azione, sostenendo in modo massivo i legami impliciti ed espliciti realizzati dall'organizzazione degli uffici sia nelle relazioni interne che nelle relazioni esterne. L'esperienza degli Osservatori sulla giustizia civile e della loro interlocuzione continua con i sistemi informativi risulta al riguardo eloquente e significativa, segnalando una difficoltà non solo tecnologica ma di contesto normativo che è stato interessato dal costante intervento del legislatore. La variabilità del formante normativo, la sua volatilità non pare del resto condizione temporanea dell'ordinamento, il cui impatto sui sistemi ICT possa essere attenuato da logiche architetture multilivello e modulari come lego: il *puzzle normativo* scompagina le tessere già assemblate, richiedendo nuove scritture conformative delle logiche architetture per il tramite di interventi rapidi e dispendiosi, raramente assicurati nel recente passato.

Ciò ha inevitabilmente condannato la struttura di base dei sistemi ad una lunga fase di stasi da “*disallineamento*”, difficilmente recuperabile nel breve periodo

9. Le considerazioni muovono dall'analisi del processo civile telematico, ma sembrano possibili livelli di astrazione

10. Così, con considerazioni ancora attuali, Ciborra, *Lavorare assieme. Tecnologie dell'informazione e teamwork nella grandi organizzazioni*, Milano, 1996, pag 7.

11. «Il mondo a costi di ospitalità nulli è quello in cui le tecnologie sono oggetti, le conoscenze dati, il lavoro processo e gli attori dei puri esecutori che devono adeguarsi all'innovazione e al cambiamento che qualcun altro ha scientificamente pianificato per loro». Così Ciborra, op. cit., pag 24.

soprattutto laddove si considerino le difficoltà insite nei processi di diffusione e le ripercussioni prodotte sui meccanismi di fidelizzazione degli attori sociali, immotivatamente demotivati dalla caduta di significato processuale della loro relazione tecnologizzata: la rincorsa necessaria negli interventi evolutivi non manifesta solo un limite della relazione della norma con il concreto, di cui sono parte sempre più rilevante i sistemi ICT in quanto rivela - ove mai ce ne fosse bisogno - la natura *metamorfica* del meccanicismo tecnologico che non può mai essere interrotto nel suo costante riflettersi nella norma e nella sua variazione.

Lo stesso legislatore sembra vittima del protagonismo tecnologico imperante laddove rimanda sempre più fideisticamente alle tecnologie il ruolo di strumento performativo dell'innovazione normativa.

Gli esiti della prima fase dell'introduzione del processo telematico sul settore civile possono così sintetizzarsi:

il "deperimento del valore sociale" di attività prima ritenute fondanti della relazione processuale (es. iscrizione a ruolo, formazione del fascicolo d'ufficio, deposito atti, certificazione di conformità) restituisce all'attenzione dell'interprete, il mimetismo delle tecnologie che va invece disvelato in favore di una diversa allocazione delle azioni esplicate dai vari attori del processo: l'apparente immobilismo delle strutture processuali merita una rinnovata attenzione proprio perché non governata attraverso una nuova grammatica processuale dell'atto e del suo valore;

- la scrittura digitale risulta analogicamente nascosta nel formato immagine, senza alcuna scomposizione modulare dei processi decisionali che ne consenta il recupero per apparati cognitivi e per strutture decisionali ;
- l'apporto "metrico" dell'informatica alla misurazione delle istituzioni della giuridicità risulta evidente nella mole dei dati numerici ad oggi acquisiti, che permettono per la prima volta uno sguardo d'insieme sull'andamento degli uffici, sulla numerosità delle relazioni, sul loro posizionamento temporale. Il Data Warehouse realizzato per il sistema statistico per la prima volta permette un esame d'insieme della condizione della giuridicità assicurata dai singoli uffici, senza peraltro superare il velo della superficie numerica per disvelare la natura *posizionale* dei diritti intercettati dalla logica rito-materia-oggetto;
- la rete unitaria della giustizia, l'accentramento sistemico operato dalle sale *server* assicura nuova visibilità agli uffici interrompendo l'oscurantismo

editoriale che condizionava la partecipazione al formante giudiziario senza peraltro innescare processi di riarticolazione significativa della loro relazione con il territorio.

Il rischio di una tale fase è implicito nella sua stessa autoconsistenza, ovverosia nella consacrazione delle architetture cognitive realizzate che necessitano solo di semplici adeguamenti tecnologici: la dimensione funzionale realizzata dall'ICT introduce nella fase, contrariamente alla sua genesi, logiche di mero adeguamento per *automotricità indotta* dallo stesso formante tecnologico, artefice unico di ogni avanzamento di un'organizzazione giudiziaria schiacciata dall'incedere normativo e dal protagonismo tecnologico. La *ragione sociale* del processo telematico rischia la dispersione nei meandri di un sapere meramente tecnologico interamente votato al suo protagonismo in quanto non guidato dalla dinamica valoriale della regola processuale e del suo significato sociale. Il recupero di una tale visione risulta tanto più necessario se si ha riguardo al contesto nel quale le istituzioni della giuridicità sono chiamate ad operare.

2. La seconda era del processo telematico

Lo sviluppo dei sistemi informativi deve muovere da una condizione di contesto tecnologico: molti economisti e studiosi parlano espressamente di una seconda età delle macchine caratterizzata da una potenza di calcolo infinita, da progressi nell'elaborazione del linguaggio naturale, nell'apprendimento automatico, nella mappatura e localizzazione simultanee.

Lo stesso legame tra ciclo economico e innovazione tecnologica sembra assumere le sembianze della rapida crescita incrementale piuttosto che l'andamento sussultorio conosciuto da altre epoche storiche con la rivoluzione industriale.

Nell'era della terza rivoluzione delle macchine¹², la *conoscenza riproducibile* costituisce la primaria leva produttiva di ogni settore, sia esso istituzionale che privato¹³. Non è questa la sede per un esame esteso del valore riconosciuto alla conoscenza riproducibile come "fattore produttivo" peculiare della *pos-modernità*.

La conoscenza riproducibile assume a suo connotato paradigmatico:

- a) la costruzione di sistemi informativi capaci di proporsi come costrutti cognitivi, capaci di costituire

12. E. Brynjolfsson- A. McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell'era della tecnologia trionfante*, Feltrinelli, 2015.

13. E. Rullani, *La fabbrica dell'Immateriale. Produrre valore con la conoscenza*, Roma 2004.

una condizione ambientale per qualsiasi azione produttiva che assuma la conoscenza come suo veicolo motivazionale;

b) la riduzione dei tempi di *ri-produzione della conoscenza* potenzia la capacità di assestamento delle strutture pubbliche e private, capaci di una risposta connotata da *tempestività riflessiva* in quanto capaci di alimentare costantemente un sistema di conoscenze capace di coniugare l'emergenza del caso con l'attualità predittiva del conosciuto;

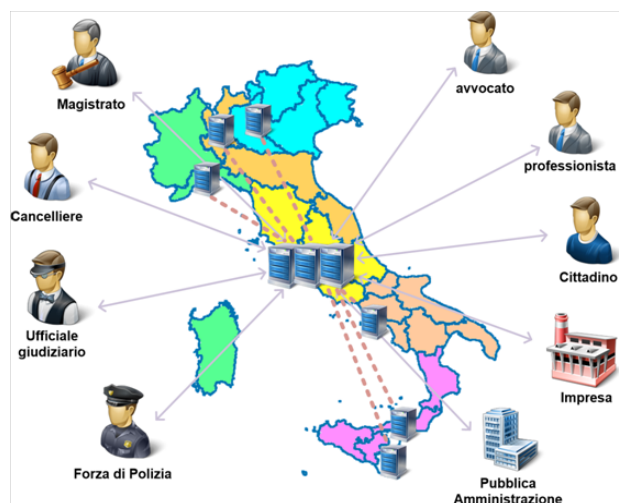
c) la velocità di propagazione della conoscenza acquisita tanto nello spazio quanto nel tempo, interrompendo ogni legame con il luogo della sua prima creazione: la diffusione su scala globale di beni, servizi, trovati costituisce la condizione prima delle relazioni economiche globalizzate, votate ad una visione ormai sempre più lontana dalla contingenza localistica.

In questo quadro e pur nella difficoltà vissuta dal *nomos* nell'epoca postmoderna, le istituzioni della giuridicità sono quindi chiamate ad un ripensamento della qualità e consistenza della loro produzione sociale, restituendo alla loro azione una condizione di *attualità* quanto mai necessaria in ragione della perdita di senso dell'azione regolativa realizzata

Rispetto alla prima *era* del processo telematico, lo sviluppo dei sistemi informativi deve mirare alla continua produzione di "conoscenza riflessiva" per tutti gli attori coinvolti, capace cioè di restituire ad ognuno di essi la complessità latente del processo di reificazione della norma nel concreto.¹⁴

In questa fase, si devono privilegiare nell'opera di conformazione tecnologica dei sistemi, le azioni che assicurino:

- a) il rafforzamento delle infrastrutture centrali e periferiche volte al governo della rete per assicurare la continuità delle relazioni processuali, il posizionamento strategico dell'organizzazione giudiziaria liberata dalle routine ripetitive a basso contenuto cognitivo, l'esatto dimensionamento dei presidi tecnologici e architetture indispensabili alla conformazione unitaria del formante giudiziario. La rete non costituisce soltanto una infrastruttura "veicolare" votata alla mera trasmissione degli atti, in quanto realizza un processo di *conglomerazione orizzontale* degli uffici quanto a uniformizzazione dei servizi assicurati, a logiche relazionali interno/esterno, a posizionamento strategico degli uffici quanto a dinamica sociale interessata dalla loro azione. La stessa nozione di territorio ne esce fortemente innovata laddove si dia corso ad azioni di verifica della tenuta degli uffici quanto ad altri dimensionamenti sociali ed economici, come ad esempio di distretti produttivi, le aree omogenee ecc. ecc.



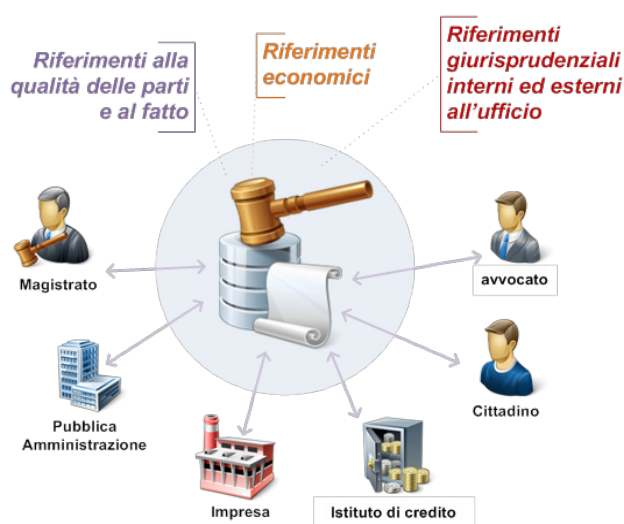
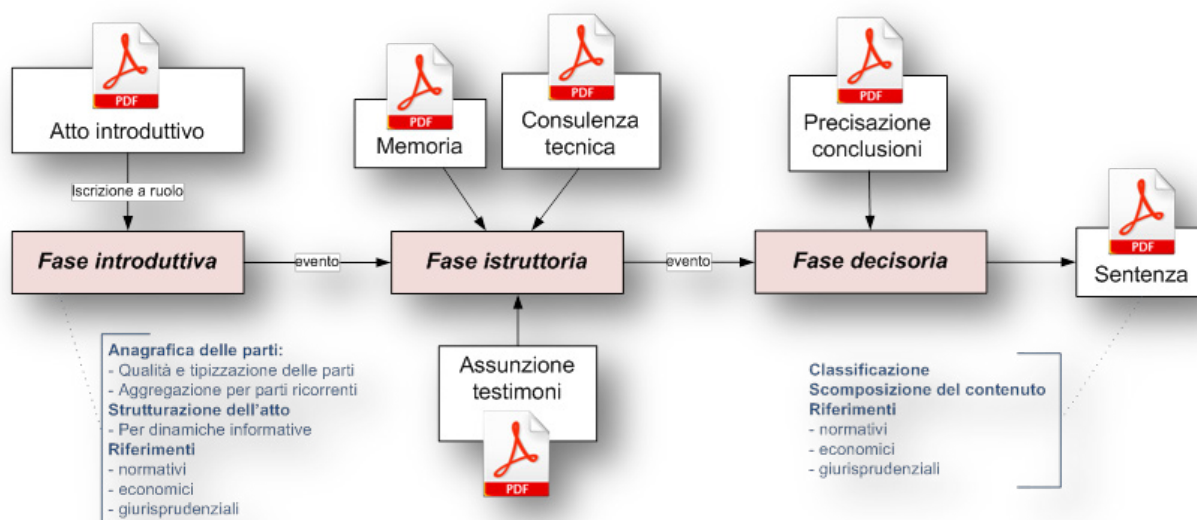
- b) il rafforzamento dei processi che assicurano tracciabilità, visibilità e riproducibilità all'azione realizzata dagli attori del processo, sia per il tramite di rivisitazione delle logiche architetture proprie della traduzione informatica delle fasi processuali sia per il tramite di una complessiva implementazione della logica dei registri, comunque ancora troppo pervasiva dell'intera organizzazione giudiziaria. La riflessione sui registri di cancelleria deve essere condotta con realismo istituzionale e lungimiranza progettuale: in particolare, la funzione assolta dai registri come ordito dell'azione realizzata dagli attori sociali rimanda per sua stessa genesi, all'azione realizzata in via esclusiva dall'organizzazione amministrativa. I registri di cancelleria definiscono un perimetro non solo soggettivo d'azione (l'organizzazione giudiziaria) ma anche cognitivo per la qualità e la selezione delle informazioni dagli stessi intercettate.

La necessità che il sistema informativo si faccia carico di un pluralità di informazioni ben maggiori per fase del processo richiede che si sostituisca al monocromatismo dei registri di cancelleria (parti, rito, materia, oggetto), l'articolazione concettuale delle informazioni ad oggi veicolate dagli atti e dalla loro implementazione cognitiva per fase del processo.

È quindi necessaria la creazione di un nuovo strato architetture in cui si collocano selettivamente informazioni da scomposizione cognitiva dell'atto, da evento modificativo di stato prodotte dagli stessi attori sociali del processo, per consentire la contestualizzazione dell'attività realizzata per parti ricorrenti, per azioni promosse, per quantificazioni economiche, per dispositivi normativi, per metriche ponderali.

14. Si veda sul punto, *I Labirinti dell'innovazione*, Milano 1999, pag. 38 e ss.

Obiettivo 2: Il punto sul processo civile



La ridefinizione *cognitiva* del Data Warehouse appare così l'evoluzione naturale della sua capacità di intercettare flussi statistici e al contempo, registrare dinamiche cognitive aggregate.

c) la costruzione di sistemi che consentano la costante esteriorizzazione degli orientamenti assunti dagli uffici giudiziari, sia nella relazione orizzontale con il territorio che in quella verticale che ne traccia la navigazione nei vari gradi di giudizio assicurando: i) la conoscenza e lo studio anche degli *unreported case* (precedenti occulti), per i quali ad oggi gli uffici giudiziari operano solo la rilevazione statistica; ii) il superamento della vecchia distinzione tra sentenze motivate in diritto e sentenze motivate in fatto, solo le prime destinate agli onori della editoria giudiziaria. Quanto sia errato un simile approccio, appare evidente non solo laddove si consideri la distanza dai

sistemi caratterizzati da un *massive repertoring* quali ad esempio quello americano, quanto piuttosto sedimenta sul versante strettamente delle culture degli attori del processo (magistrati ed avvocati), spesso rivolte alla divagazione retorica rispetto alla concisione codicistica; iii) lo studio della litigiosità definita dagli uffici, con apertura verso la ricerca di strumenti di lettura della litigiosità ben più sofisticati di quelli ad oggi assicurati per il tramite delle macro classificazioni dall'architettura rito, materia, oggetto.

Conclusioni

Le azioni indicate appaiono di per se stesse connotate da elementi: i) di tendenziale continuità con quanto ad oggi realizzato nelle esperienze più avanzate dei sistemi informativi; ii) da intersezioni di forte significato progettuale in quanto capaci di superare i vizi genetici dell'analogismo informativo.

Il senso delle esperienze in corso deve pertanto essere continuamente rivisitato a secondo dei contesti normativi e tecnologici in cui si è chiamati ad operare, ormai sempre più animati da una propria automotricità produttiva: l'inquietudine critica deve essere sempre coltivata per consentire che non si disperda il significato sotteso alla loro azione congiunta, ovvero sia assicurare al diritto vivente della *pos-modernità* la vitalità necessaria a consentire la concreta attuazione dei principi della nostra Costituzione. «Perché il *pos-moderno* valorizza, al contrario, la effettività, con la disponibilità ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante».¹⁵

15. P. Grossi, *Il ritorno al diritto*, cit. pag. 28.

Introduzione: Associazionismo giudiziario

di Carlo De Chiara

Rivolgere l'obiettivo verso ciò che sta accadendo nella magistratura associata, il ruolo che l'associazionismo giudiziario sta in concreto svolgendo e il modo in cui viene percepito anche all'esterno è, oggi, più che opportuno indispensabile, soprattutto per una *Rivista*, come la nostra, animata in larga parte da magistrati che di quella straordinaria esperienza sono figli.

Esperienza straordinaria sia perché unica al mondo (in nessun altro Paese l'associazionismo dei magistrati ha avuto caratteristiche, vitalità e fecondità paragonabili a quella italiana), sia perché ha il merito storico di aver accompagnato la magistratura italiana, sotto la spinta iniziale di Magistratura democratica, verso la progressiva assimilazione dei valori e dei principi della Costituzione repubblicana, che oggi possono dirsi patrimonio comune.

L'autocompiacimento, tuttavia, finisce qui e lascia il campo alla preoccupata considerazione di una grave crisi, che riguarda tutte le espressioni della magistratura associata e in particolare Md.

Interrogarsi sulle cause di questa crisi e sui possibili rimedi è quindi doveroso. Ed ha senso farlo in una sede, come questa *Rivista*, che si caratterizza, crediamo, come luogo di confronto aperto, scevro da intenzioni propagandistiche ed anzi disponibile ad accogliere, all'occorrenza, anche l'autocritica.

La storia dell'associazionismo giudiziario italiano (le cui linee essenziali sono riferite in due contributi di questo obbiettivo) ci restituisce l'immagine di un movimento che ha saputo, in particolare, liberare la magistratura italiana dalla sua impostazione burocratica e gerarchica, realizzando il disegno egualitario della Costituzione (art. 101 cpv.: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge»; art. 107, terzo comma: «I magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni») concepito per dare ai cittadini la garanzia di giudici *sine spe ac metu* e perciò indipendenti e imparziali, e ha saputo anche difenderne efficacemente l'indipendenza esterna.

È avvenuto, tuttavia, in particolare nell'ultimo ventennio, sotto l'urgenza di una necessaria autodifesa a fronte di incessanti attacchi portati da ampi

settori del potere politico, che non siano state adeguatamente contrastate le tendenze, pure presenti in magistratura, a dare dell'indipendenza una interpretazione corporativa e deresponsabilizzante; o a dare dell'impegno per la legalità una interpretazione talvolta marcatamente "sostanzialistica" con cadute di attenzione al rispetto delle regole e delle garanzie processuali. E, soprattutto, è avvenuto che l'autogoverno abbia non di rado reso evidenti pratiche clientelari e lottizzatorie che hanno generato un diffuso malcontento, *humus* naturale per fenomeni di critica radicale, sovente connotata da toni marcatamente populistici e capace di alimentare a sua volta, paradossalmente, istanze di sindacalismo neocorporativo.

Da un'analisi siffatta non sembrano discostarsi, sostanzialmente, i contributi che compongono il presente obiettivo, provenienti da vari punti di vista: da quello interno alla magistratura, a quello esterno accademico o giornalistico.

Di particolare interesse è la testimonianza di due giovani magistrati, formati assai lontano dalla tempeste degli anni '60 e '70 del secolo scorso in cui il fenomeno associativo in magistratura è esploso in tutta la sua vivacità, e portatori, perciò, di un punto di vista originale e da tenere in attenta considerazione, perché da quel punto di vista va guardato, oggi, il futuro della magistratura e del suo associazionismo. Si percepisce, dalla loro testimonianza, il senso di una «distanza» (così espressamente la definisce uno di loro) da tale fenomeno, che può sfociare in totale indifferenza, ma può anche essere colmata se a quei giovani, comunque (e dichiaratamente) bisognosi di conoscenza e di figure di riferimento, si riesca a dare messaggi ed esempi positivi: insomma idee forti, progetti e persone in grado di incarnarli con coerenza.

Magistratura democratica, come accennato, non è esente dalla crisi generale dell'associazionismo giudiziario, di cui vive anzi con maggior sofferenza le contraddizioni. Nata come opposizione all'*establishment*, col tempo e grazie al successo della propria iniziativa ha assunto a sua volta, con propri esponenti, responsabilità di gestione; l'esercizio delle quali, tut-

tavia, nella direzione degli uffici e soprattutto nell'autogoverno, col tempo ha perso coerenza con la sua vocazione "alternativa", mostrandosi troppo spesso subalterno alle logiche correnti dell'esercizio del potere. L'aggregazione del consenso, inoltre, in difetto di proposte nuove e coinvolgenti, ha preso a privilegiare sempre più la via dei legami puramente territoriali o personalistici.

Magistratura democratica ha scelto, nei suoi ultimi due congressi, di raccogliere la sfida del cambiamento investendo nella nuova aggregazione di Area. Ciò comporta, inevitabilmente, un profondo mutamento del suo modo di essere, sin qui caratterizzato non solo dall'apertura alla società civile e dal solido radicamento nella magistratura, ma anche dalla diretta assunzione di responsabilità nell'autogoverno e nell'Associazione nazionale magistrati, ora invece riservata alla nuova aggregazione.

Ciò può essere riguardato come mero ridimensionamento oppure come un'opportunità, per Magistratura democratica, di esprimere più liberamente la propria iniziativa sul terreno della critica e della elaborazione politico-culturale con riguardo ai temi dell'autogoverno e associativi, nonché a quelli dei diritti fondamentali, delle garanzie, dell'uguaglianza formale e sostanziale dei cittadini, legati al quotidiano lavoro dei magistrati e rientranti nella sua storica vocazione.

Alla scelta del proprio futuro il gruppo si accinge, per delibera del Consiglio nazionale del 13 dicembre 2015, sia con il varo di un'apposita Commissione, ampiamente rappresentativa, incaricata di elaborare proposte di modifica statutaria, sia sollecitando il più ampio dibattito tra gli iscritti.

Le pagine di questo obiettivo goveranno anche a tale dibattito.

Associazionismo dei magistrati e democratizzazione dell'ordine giudiziario *

di Luigi Ferrajoli

L'associazionismo giudiziario è stato un potente fattore di cambiamento e di democratizzazione della magistratura, secondo il disegno del Costituente: all'interno di essa, con il superamento della gerarchia e l'affermazione dell'eguaglianza di tutti i magistrati, distinti soltanto per le loro funzioni, e, all'esterno, con l'impegno civile dei magistrati per l'inveramento dei valori costituzionali, in cui si è specialmente distinta *Magistratura democratica*. La quale deve sapersi liberare con decisione della minaccia all'uguaglianza, e quindi all'indipendenza interna, costituita dalle varie forme di riemergente carrierismo, che non l'hanno risparmiata, e deve svolgere il suo ruolo storico di contrasto dei plurimi rischi di involuzione della magistratura: da quello burocratico, a quello "bellicista", a quello neocorporativo.

1. L'associazionismo giudiziario secondo Vittorio Emanuele Orlando

La migliore risposta alla domanda con la quale è intitolata questa nostra sessione del XX Congresso di Md dedicata all'associazionismo dei magistrati – «a che cosa serve l'associazionismo giudiziario» – è stata data, oltre un secolo fa, dalla critica severa ad esso rivolta dal più illustre giurista dell'epoca, Vittorio Emanuele Orlando. Era il 23 agosto 1909, poco più di due mesi dopo la nascita dell'Associazione generale dei magistrati d'Italia (l'AGMI), istituita a Milano da un'assemblea di 44 magistrati svoltasi il 13 giugno 1909. Vittorio Emanuele Orlando, già allora padre riconosciuto del diritto pubblico italiano, era il Ministro della giustizia, omonimo dell'attuale ministro. Intervistato dal *Corriere d'Italia* sull'appena nata Associazione generale dei magistrati¹, denunciava, pur con toni bonari e paternalistici, due pe-

ricoli inevitabilmente intrinseci, diceva, all'associazionismo dei giudici, che si riveleranno invece, come mostrerò, due potenti fattori di democratizzazione della magistratura.

Il primo pericolo, affermava Orlando, è legato all'egualitarismo nei rapporti tra associati, che è un inevitabile portato di qualunque associazione e che contraddice la struttura gerarchica dell'ordine giudiziario: «la magistratura italiana ha una costituzione rigorosamente gerarchica», egli dichiarava; di più, «la gerarchia ne costituisce l'essenza», che è destinata ad essere minata dai rapporti tra uguali che sono propri di qualunque associazione. Basti pensare allo «scandalo», aggiungeva, di «una discussione da pari a pari, con quella vivacità che contraddistingue il nostro temperamento latino, fra un uditore ed un primo presidente di cassazione» che «difficilmente si può credere che non danneggi la dignità e l'autorità di quest'ultimo».

* Intervento nella sessione «A che cosa serve l'associazionismo giudiziario?» del XX Congresso di Magistratura democratica, svoltosi a Reggio Calabria nei giorni 27-29.3.2015.

1. Ne riferisce Emilio R. Papa, *Magistratura e politica. Origini dell'associazionismo democratico nella magistratura italiana (1861-1913)*, Marsilio, Padova 1973, pp.95 e 104-105. Ma si veda anche, su questa intervista, P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Editorial Trotta, Madrid 2015, cap.XVII.

Il secondo, non meno grave pericolo, dichiarava il ministro Orlando, è costituito dall'inevitabile «combattività» che forma un tratto distintivo di qualunque «fenomeno associativo». È infatti «difficile», diceva, «disunire il concetto di associazione dal concetto di lotta»; che è anch'esso un elemento, secondo la visione di Orlando, che contraddice, ancor più dell'egualitarismo, la natura ed il ruolo del magistrato, il quale deve restare separato dalla società, tenersi fuori da qualunque dibattito, anche sulla giustizia, e rinunciare a qualunque forma di critica o rivendicazione che ne comprometterebbe l'immagine montesquieviana di fredda e inanimata bocca della legge.

Ebbene, Vittorio Emanuele Orlando aveva perfettamente ragione, sotto entrambi gli aspetti dell'associazionismo da lui segnalati e paventati come pericoli; pericoli a tal punto intollerabili per il potere politico che l'Associazione generale dei magistrati fu sciolta il 21 dicembre 1925, simultaneamente all'espulsione dalla magistratura dei suoi dirigenti a causa del loro «ndirizzo antistatale», in realtà antifascista, «sovvertitore della disciplina e della dignità dell'ordine giudiziario»².

Orlando aveva anzitutto ragione nel ritenere che l'associazionismo giudiziario avrebbe promosso, nella cultura dei giudici, il principio dell'uguaglianza dei magistrati: un principio che Orlando considerava un disvalore e che invece è stato consacrato come un valore e come un tratto distintivo dell'ordine giudiziario dalla Costituzione repubblicana, secondo la quale «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni». Ma aveva ragione anche riguardo al secondo aspetto dell'associazionismo giudiziario da lui paventato: quello della vocazione delle associazioni in quanto tali alle battaglie civili. L'associazionismo, infatti, è un fenomeno collettivo che sempre comporta lo sviluppo di una soggettività collettiva, dotata di una propria identità, di un proprio sistema di valori, di una propria ragion d'essere e perciò, inevitabilmente, incline a lottare in difesa di quei valori e dei principi programmatici che ne conseguono.

Ma la cosa per noi più interessante e sulla quale soprattutto dobbiamo riflettere è che sono precisamente quei due aspetti dell'associazionismo paventati più di un secolo fa da Vittorio Emanuele Orlando che hanno contraddistinto per oltre un secolo l'azione dell'Associazione nazionale dei magistrati italiani e, soprattutto, il ruolo svolto per oltre mezzo secolo da Magistratura democratica nella democratizzazione dell'ordine giudiziario. Quei due aspetti rappresentano tuttora, a me pare, la ragion d'essere di Md, anzi dell'associazionismo giudiziario in quanto tale, non a caso guardato sempre, e ancor oggi, con fastidio e

diffidenza dal potere politico. Entrambi preoccupavano Orlando perché in contraddizione con il vecchio assetto della magistratura. Ma fu proprio quell'assetto che contestammo radicalmente, alle origini di Md, in nome dei valori di rango costituzionale che quei due aspetti dell'associazionismo hanno in tutti questi anni garantito e rafforzato. Esaminiamoli dunque separatamente quei due aspetti del fenomeno associativo, tra loro peraltro strettamente connessi.

2. L'uguaglianza dei magistrati. Contro le carriere e il carrierismo

Innanzitutto l'uguaglianza dei magistrati. Quell'uguaglianza tra magistrati fu l'acquisizione culturale più importante e il frutto istituzionale più rilevante delle lotte di Magistratura democratica negli anni Sessanta e Settanta. Ricordo le battaglie di quegli anni contro gli esami di merito interni – dall'esame di aggiunto giudiziario al termine del periodo di uditore, fino ai vari concorsi interni, tutti di fatto gestiti da quella che allora si chiamava l'«alta magistratura» – attraverso i quali si sviluppava la carriera dei magistrati. Ricordo l'uso del «tu» tra colleghi di ogni ordine e livello, dai giovani uditori agli alti magistrati, i dirigenti e i giudici di cassazione, che provocatoriamente cominciammo a praticare fino a instaurarlo come costume da tutti condiviso. Ricordo, infine, le nostre battaglie di quaranta e più anni fa contro qualunque tipo di carriera, contro l'idea stessa che si potesse distinguere tra un'«alta magistratura» e una «bassa magistratura» e perciò contro qualunque tipo di gerarchia: contro quella gerarchia che costituiva, diceva Vittorio Emanuele Orlando, «l'essenza» della vecchia magistratura e che, invece, della nuova figura dei magistrati disegnata dalla Costituzione – tra loro uguali e distinti È soltanto per diversità di funzioni«, come dice l'art.107, e «soggetti *soltanto* alla legge», come dice l'art.101 cpv. della Costituzione – costituisce la negazione.

Non voglio affatto indulgere alla nostalgia nel ricordare quelle lontane battaglie della prima stagione di Md. I tempi sono cambiati, la società italiana è cambiata, sono cambiati il ruolo e il peso della giurisdizione. Ma non dobbiamo dimenticare che ci sono, tra le rivendicazioni di allora di Magistratura democratica, principi e valori che non invecchiano perché sono intrinseci alla giurisdizione; e che è stata la battaglia per la loro affermazione che ha fatto di Md un momento importante nella storia della cultura giuridica italiana e un punto di riferimento, a livello mondiale, per le magistrature progressiste di tantissimi paesi.

2. È la motivazione del provvedimento riportata da A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 151.

Uno di questi valori è per l'appunto il principio costituzionale dell'uguaglianza dei magistrati. Perché, domandiamoci, l'uguaglianza tra magistrati è così importante per la giurisdizione? Perché essa è la principale condizione della loro indipendenza interna, la quale richiede, come ovvio corollario e presupposto, la loro uguaglianza. E l'uguaglianza dei magistrati suppone a sua volta l'esclusione di qualunque tipo di carriera, incompatibile in via di principio con la loro indipendenza. Comporta, secondo una classica formula, che il magistrato sia *sine spe et sine metu*: che non debba né coltivare speranze di avanzamenti o vantaggi, né temere sanzioni o svantaggi dall'esercizio della giurisdizione.

Orbene, ho l'impressione che questa uguaglianza dei magistrati sia oggi minacciata, insieme all'indipendenza interna, dalle molteplici forme di carriera e di carrierismo che sono state introdotte nel nostro sistema giudiziario, in assenza, forse, di una vera consapevolezza degli effetti nefasti che esse avrebbero prodotto sulla cultura e la mentalità dei giudici, sui loro rapporti all'interno dell'ordine giudiziario e, indirettamente, sulla giurisdizione. Mi riferisco ai pareri espressi dai Consigli giudiziari ai fini delle periodiche valutazioni della professionalità dei magistrati e, in essi, al ruolo decisivo dei capi degli uffici; al conseguente rafforzamento dei poteri dei dirigenti; alla corsa e alla competizione inevitabile e per così dire naturale, una volta abbandonato il criterio dell'anzianità, per l'affidamento degli uffici direttivi; all'energia profusa da molti magistrati nell'accumulazione, nei loro *curricula*, dei titoli più vari giudicati a tal fine rilevanti.

Tutto questo sta riproducendo, sia pure in forme diverse, le vecchie carriere e la vecchia gerarchia che pensavamo superate, e rischia di far regredire la magistratura italiana alla situazione degli anni cinquanta e sessanta. Molti magistrati vivono il loro ruolo non più *sine spe et sine metu*, bensì con speranza e timori: con la speranza delle agognate promozioni e con il timore dei giudizi negativi. Ne risulta sminuita, ovviamente, la loro indipendenza, e ne vengono assecondati la competizione e il carrierismo. I controlli di professionalità, soprattutto, finiscono di fatto per risolversi, o comunque per essere intesi – anche a causa dei giudizi indiretti su provvedimenti giudiziari estratti a sorte come campioni, non diversamente da quanto accadeva nei vecchi concorsi interni – in valutazioni dei provvedimenti medesimi, con conseguente incoraggiamento del conformismo e della dipendenza dagli orientamenti giurisprudenziali dominanti. Si capisce, d'altro canto, come questa restaurazione del-

le carriere e delle gerarchie incida anche sulla natura delle correnti dell'Associazione nazionale magistrati, inclusa Magistratura democratica. Le correnti infatti, a causa della loro rappresentanza nel Csm vengono da molti percepite come centri di potere dai quali attendere ed esigere sostegno o protezione.

Ebbene, a proposito di questa regressione voglio essere molto franco. Magistratura democratica potrà continuare a svolgere il suo ruolo storico di democratizzazione della magistratura, rifondare la deontologia giudiziaria e con essa il senso della giurisdizione, solo se saprà contrastare programmaticamente questa involuzione. A tal fine, a me pare, si richiedono due condizioni: la prima relativa alla politica del gruppo, la seconda alla deontologia dei singoli magistrati.

La prima condizione riguarda la politica culturale e istituzionale di Md. Magistratura democratica, a me pare, dovrebbe sviluppare, anche sulla base di una seria riflessione autocritica su errori del passato, una ferma battaglia contro ogni forma di gerarchia e di carriera.

In primo luogo una battaglia per la soppressione o quanto meno una riforma dei controlli di professionalità. In tanti anni, a quanto mi è stato detto, si contano sulle dita di una mano i magistrati espulsi per inidoneità. Il ruolo principale di tali controlli consiste quindi nella loro rilevanza ai fini delle carriere. E allora sarebbe bene eliminarli, o comunque conservarli ai soli fini del giudizio di inidoneità. Tutti gli altri giudizi³ dovrebbero, se non soppressi, essere tutti uguali: quali giudizi, appunto, di semplice idoneità. In secondo luogo andrebbe sviluppata una battaglia soprattutto culturale per un forte ridimensionamento, nell'immaginario dei giudici, del prestigio associato alle pur rilevanti funzioni organizzative dei dirigenti degli uffici. Certamente per i giovani giudici della mia generazione era più facile contestare e svalutare le funzioni dirigenti, ricoperte allora da vecchi magistrati reazionari, formati in prevalenza durante il fascismo. Ma oggi che quelle funzioni sono almeno in parte ricoperte dai contestatori di allora dovrebbe essere, per costoro, non soltanto facile, ma doveroso negarne ogni aprioristico prestigio e mostrare, con il loro esempio, che non esistono magistrature "alte" né magistrature "basse".

La seconda condizione è ancor più importante, ed è connessa alla battaglia culturale di cui ho appena parlato. Consiste nello sviluppo di un costume deontologico di rifiuto della carriera, la quale va guardata con distacco e quanto più possibile svalutata. Due anni fa, intervenendo nello scorso congresso di Md, proposi nove regole di deontologia giudiziaria⁴. A

3. Come è stato proposto durante questa Sessione da Giuseppe Cascini.

4. *Nove massime di deontologia giudiziaria*, in *Questione giustizia*, 2012, n.6, pp.74-82, Franco Angeli Editore.

quelle nove regole voglio ora aggiungerne una decima: il rifiuto di ogni forma di carrierismo. Dovrebbe diventare una questione di stile il non voler fare carriera: il non abbandonare il ruolo giudicante o reificante in favore di ruoli prevalentemente amministrativi e rappresentativi come sono quelli dei capi degli uffici. Dovrebbe trasformarsi in costume deontologico la non aspirazione a funzioni dirigenti e lo sviluppo di un amor proprio professionale, in forza del quale la massima ambizione di un magistrato dovrebbe consistere essenzialmente nel miglior esercizio del ruolo di garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali delle persone. Dovrebbe risultare più gratificante di qualunque carriera, in altre parole, la prospettiva, per i magistrati, di essere giudicati e ricordati, da quanti hanno avuto ed avranno la ventura di incontrarli – come imputati o come parti offese, come attori o come convenuti, come avvocati, o come periti o come testimoni – per il loro equilibrio, per la loro umanità e per la loro capacità di rendere effettivamente giustizia.

3. Il ruolo dell'associazionismo giudiziario, e in particolare di Md, nelle battaglie civili a sostegno dei valori costituzionali

Vengo così al secondo e forse ancor più importante senso e valore democratico dell'associazionismo dei magistrati: la vocazione, criticata e paventata da Vittorio Emanuele Orlando, alla lotta e all'impegno civile che l'associazionismo inevitabilmente comporta. Indicherò sommariamente quelle che a me sembrano le più rilevanti valenze democratiche di questo impegno collettivo, rivelatesi, fin dalle origini, nell'esperienza della prima Magistratura democratica.

È stato innanzitutto l'associazionismo dei giudici, e soprattutto quello sviluppatosi con particolare passione in Md, che ha prodotto una presa di coscienza collettiva in ordine ai valori costituzionali che la giurisdizione ha il compito di attuare e difendere. È stata l'azione collettiva del gruppo che ha alimentato, e prima ancora reso possibili le sue tante battaglie civili: per la democratizzazione dell'ordine giudiziario, a favore della realizzazione del principio del giudice naturale e a sostegno, nell'esercizio della giurisdizione, dei principi e dei diritti costituzionalmente stabiliti. A sostegno, soprattutto, del valore del principio di uguaglianza, in entrambi i suoi significati, quello formale e quello sostanziale, espressi dai due commi

dell'art.3 della nostra Costituzione. È stato grazie alla riflessione collettiva di Magistratura democratica che quel valore dell'uguaglianza è stato preso sul serio, insieme a quello dell'indipendenza, fino a generare la consapevolezza che andava ribaltata la vecchia accusa di politicizzazione nei confronti dei magistrati impegnati nei processi contro i reati dei colletti bianchi, e non più solo in quelli contro i delinquenti di strada: i magistrati, possiamo al contrario ben dire, hanno smesso di essere politicizzati allorché hanno cominciato ad applicare la legge in maniera uguale nei confronti di tutti, non solo dei deboli ma anche dei potenti.

È infine l'associazionismo dei giudici che rappresenta il principale antidoto contro due tentazioni involutive che sempre minacciano la figura del magistrato. La prima involuzione, cui soprattutto è esposto il giudice isolato, è quella di tipo burocratico, cui corrisponde la figura del giudice burocrate, amante del quieto vivere e delle gerarchie, gravitante di solito nell'area del potere e perciò tendenzialmente debole con i forti e forte con i deboli. È il tipo di giudice che la mia generazione incontrò in Italia negli anni Cinquanta e Sessanta, ma che anche oggi rischia di riprodursi in quei magistrati il cui orizzonte e le cui ambizioni, proprio a causa del loro isolamento, finiscono per esaurirsi nelle prospettive di carriera.

La seconda involuzione, parimenti favorita dall'assenza del confronto critico di tipo associativo, è quella apparentemente opposta, di tipo bellicista e inquisitorio, del magistrato protagonista e narcisista, spesso alla ricerca della popolarità, che assume se stesso come "potere buono" in lotta contro il male – il terrorismo, o la mafia, o il crimine organizzato, o la corruzione o altro ancora – cui corrisponde la concezione dell'imputato come nemico. È il modello, appunto, del «diritto penale del nemico» teorizzato da Günther Jakobs e duramente contestato da Cesare Beccaria: quello che Beccaria chiamò il «processo *offensivo*», dove «il giudice diviene nemico del reo... e non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce», cui egli contrappose il modello garantista del «vero processo, l'*informativo*, cioè la ricerca indifferente del fatto»⁵, dove il giudice è «un indifferente ricercatore del vero», e non un «avvocato del fisco» che «s'impadronisce del corpo di un reo e lo strazia con metodiche formalità, per cavarne come da un fondo acquistato tutto il profitto che può»⁶.

C'è poi una terza involuzione della magistratura nel suo complesso che non tanto l'associazionismo

5. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. di Livorno del 1766, a cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino (1961), 5° ed. 1981, § XVII, p. 46.

6. Ivi, p.45.

in quanto tale, quanto, piuttosto, lo specifico tipo di associazionismo promosso da Magistratura democratica è in grado di contrastare: lo sviluppo del corporativismo giudiziario. Contro questa involuzione, quella politicamente più lesiva della credibilità della magistratura, Md sviluppò taluni anticorpi, corrispondenti ad altrettante opzioni strategiche: in primo luogo la critica pubblica, giuridicamente argomentata, dei provvedimenti e degli orientamenti giudiziari lesivi dei diritti fondamentali e più in generale dei principi costituzionali; in secondo luogo lo sviluppo fecondo del dibattito culturale, all'interno dell'Associazione nazionale dei magistrati, sulle diverse concezioni della giurisdizione e sui diversi orientamenti giurisprudenziali; in terzo luogo l'apertura del gruppo all'esterno, cioè alla società, e la sua partecipazione al dibattito pubblico sulla giustizia e sui temi istituzionali ad essa più strettamente connessi. Ho l'impressione che queste opzioni – soprattutto la prima – siano state abbandonate; con il risultato, deleterio soprattutto per l'immagine dell'ordine giudiziario, che la magistratura è stata assai spesso percepita come una casta omogenea o, peggio, come una corporazione di potere, compattamente impegnata nella tutela dei suoi componenti e nella difesa anche delle pratiche giudiziarie di segno illiberale e antigarantista.

4. Il ruolo del confronto e del dibattito associativo

Insomma, è stata proprio la vocazione alle battaglie civili paventata da Vittorio Emanuele Orlando come naturale portato dell'associazionismo che è stata decisiva nella formazione dell'identità costituzionale di Magistratura democratica ed anche, grazie all'influenza di Md, di una parte rilevante dell'odierna magistratura. Domandiamoci allora: perché mai l'associazionismo ha avuto un ruolo così decisivo nello sviluppo di una cultura garantista e di una pratica giudiziaria indipendente? E perché la crisi dell'associazionismo, e in particolare di Md, rischia di far cadere la tensione morale e ideale che dovrebbe sempre animare la giurisdizione e di far regredire la cultura democratica dei magistrati?

Per due semplici ragioni, in gran parte implicite nei timori espressi da Orlando oltre un secolo fa ed entrambe di carattere generale: in primo luogo perché le battaglie civili, sia pure a sostegno di valori elementari di civiltà, è ben difficile che possano essere condotte con successo da singoli individui, potendo esserlo efficacemente soltanto da soggetti collettivi; in secondo luogo perché l'associazionismo è sempre

un fattore di mobilitazione intellettuale e culturale, e perciò di riflessione e di elaborazione collettiva, di solidarietà e di comune impegno civile, a sostegno dei valori che definiscono l'identità del gruppo associato.

Per quel che riguarda la magistratura, è stato certamente l'impegno collettivo in Md che ha dato senso⁷ al lavoro di giudice. È stato questo, del resto, il ruolo principale di Md per ormai molte generazioni di magistrati: dare un senso alto, attraverso il confronto e la riflessione collettiva, al loro lavoro. Naturalmente nel dibattito interno si manifestano, oggi come allora, divisioni e divergenze. Ho saputo dei molti dissensi che attualmente dividono la corrente. Ai miei tempi c'erano sicuramente (e direi fortunatamente), in Md, scontri ancora più aspri: tra marxisti e liberal-socialisti; tra filo-comunisti ed extra-parlamentari; tra moderati ed estremisti. Ma ciò che sempre ha determinato l'unità del gruppo non sono state l'omogeneità delle opinioni o una qualche identità delle opzioni politiche e culturali. Ciò che ha determinato e ancora determina l'unità è il dibattito medesimo, cioè il fatto di essere accomunati dal bisogno, da tutti condiviso, di una riflessione comune sul senso della giurisdizione e sui valori che ad essa devono presiedere. L'unità e l'identità del gruppo, in breve, non sono date dalle risposte, ma dalle domande che tutti si pongono e avvertono il bisogno di porsi nel confronto con gli altri. Non sono mai consistite in un'unità e in un'identità basate su una comune ideologia o su opinioni etico-politiche da tutti condivise, ma sempre e solo nella comune disponibilità e volontà di confrontarsi sul senso della giurisdizione, sul suo rapporto con la società, sulle sue fonti di legittimazione e sulla sua collocazione entro l'assetto costituzionale dei pubblici poteri.

Fu questa riflessione collettiva sui fondamenti della giurisdizione la novità e l'eresia della Magistratura democratica delle origini. Ma questo vuol dire che l'identità di Md è costituita precisamente da questa comune riflessione; mentre sarebbe radicalmente negata ove essa si riducesse a quella di un gruppo di potere, magari di tipo sindacale, a tutela degli interessi degli iscritti. Sotto questo aspetto – la riflessione sulla natura e sul ruolo della giurisdizione – la nascita di Md, cinquanta anni fa, segna un prima e un dopo nella storia dell'associazionismo giudiziario italiano. Prima di allora l'ideologia prevalente era quella paleo-giuridicistica della neutralità, dell'apoliticità e dell'avalutatività della funzione giudiziaria, concepita come funzione puramente tecnica, anche per questo organizzata su basi gerarchiche ed aliena quindi da qualunque riflessione sui fondamenti politici della giurisdizione. I giudici vivevano perciò isolati non

7. Come ha scritto Anna Canepa nella sua bella relazione introduttiva a questo XX congresso, www.magistraturademocratica.it

solo dalla società, ma anche, sostanzialmente, dai loro stessi colleghi. La critica dei provvedimenti, pur se in nome dei valori che legittimano la giurisdizione, era preclusa come una sorta di lesa maestà. Il dibattito sulla professione di giudice era visto con avversione e sospetto dall'alta magistratura. Il modello prevalente era quello del giudice burocrate, puro tecnico del diritto, bocca della legge appunto. Mi rinnovò radicalmente l'associazionismo giudiziario facendo prevalere su qualunque altra questione il dibattito teorico e politico dei magistrati su se stessi, cioè sul loro stesso ruolo di giudici o di pubblici ministeri. Fu questo dibattito diretto alla ridefinizione collettiva del ruolo del giudice, ben al di là delle divergenze che intorno ad essa si manifestarono, il vero fattore di rottura rispetto alla tradizione e, insieme, la ragione dell'unità e dell'identità del gruppo e del ruolo da esso svolto nella rifondazione costituzionale dell'ordine giudiziario.

5. L'opzione per i principi della Costituzione e la divaricazione tra Costituzione e diritto vigente

Quel dibattito, infatti, contagiò ben presto l'intera Associazione nazionale magistrati, coinvolgendo anche le altre correnti nella ridefinizione della loro identità e della loro ragion d'essere. Esso fu del resto alimentato da un potente fattore di crisi della vecchia figura a-politica del magistrato: la scoperta della Costituzione e l'assunzione dei valori sostanziali da essa stabiliti – dal principio di uguaglianza a quello della dignità delle persone, dai diritti fondamentali, di libertà e sociali, alla centralità del lavoro e alle garanzie dei diritti dei lavoratori – quali principi informatori dell'interpretazione giudiziaria della legge,

Fu grazie all'adesione a questi valori che la nostra idea del primato della Costituzione venne a saldarsi, nella concezione del ruolo del giudice, con quella che chiamammo la «scelta di campo» a sostegno dei soggetti deboli, che dei diritti costituzionalmente stabiliti sono i titolari più di tutti insoddisfatti. Ne risultò capovolta la vecchia immagine del ruolo del giudice: non più solo la conservazione dell'ordine esistente, ma anche la sua trasformazione in attuazione del progetto costituzionale. Era «compito della Repubblica» e quindi anche nostro – dicevamo ripetendo il capoverso dell'articolo 3 della Costituzione, da noi elevato a norma fondamentale dell'ordinamento – garantire i diritti dei soggetti più deboli, che sono poi i diritti maggiormente lesi, e non ignorare le discriminazioni e le disuguaglianze «di fatto» che la Repubblica, e quindi anche la giurisdizione, ha il compito costituzionale, per quanto di sua competenza, di «rimuovere».

Ma soprattutto la Costituzione presa sul serio ci rese consapevoli della divaricazione tra i valori costituzionali, che disegnano una sorta di utopia di diritto positivo mai del tutto realizzata né realizzabile – l'uguaglianza anche sostanziale, le libertà fondamentali, i diritti sociali e quelli del lavoro – e la realtà della legislazione vigente, ancora in larga parte di origine fascista, oltre che della giurisprudenza allora dominante che ignorava la Costituzione. Quella divaricazione rendeva non solo possibile, ma costituzionalmente doverosa la critica giuridica, e non soltanto politica, del diritto vigente, e rendeva perciò insostenibile, anche sul piano tecnico-giuridico, la vecchia immagine del giudice «bocca della legge».

Di qui il capovolgimento che proponemmo della figura del giudice e della giurisdizione secondo l'immagine allora dominante, sia a destra che a sinistra: da un lato dell'immagine della giurisdizione promossa dalla cultura conservatrice come attività valutativa e meccanica e dell'ordine giudiziario come un corpo tecnico omogeneo, gerarchizzato e ben integrato nel sistema dei pubblici poteri; dall'altro l'immagine politicamente opposta ma altrettanto classista, espressa dalla cultura vetero-marxista, del giudice come mero esecutore di leggi che altro non sono che l'espressione della volontà della classe dominante. Entrambe queste figure furono allora ribaltate dal mutamento di paradigma del diritto e del giudice intervenuto, a nostro parere, con la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali: diritto e diritti non più quali leggi del più forte, ma al contrario come leggi del più debole contro la legge del più forte che vigerebbe in loro assenza; giurisdizione e giudici, conseguentemente, non più quali funzioni e organi di un diritto espressione dei soli interessi dei più forti, ma al contrario garanti dei diritti fondamentali di tutti – dei diritti di libertà, ma anche dei diritti sociali – e perciò, soprattutto, dei diritti dei più deboli, i quali più di tutti soffrono delle loro lesioni o delle loro inadempienze.

È chiaro che un simile capovolgimento comportava e comporta tuttora un ruolo critico dei giudici e dei giuristi nei confronti del diritto illegittimo e dell'assetto sociale di cui questo è espressione: la critica, appunto, delle leggi medesime, ove queste siano ritenute in contrasto con i principi costituzionali; e, insieme, la critica, contro ogni forma di solidarietà corporativa, dei provvedimenti giudiziari e in generale della giurisprudenza che quei principi ignorano o peggio contraddicono. Fu proprio quella divaricazione tra il dover essere costituzionale e l'essere effettivo del diritto che fin da allora mi parve il tratto più prezioso e fecondo del costituzionalismo rigido. Ne conseguiva il ruolo critico del diritto vigente assegnato dalla Costituzione sia alla giurisdizione che alla scienza giuridica: attraverso il rifiuto delle sue interpretazioni incompatibili con la Costituzione, le

eccezioni di incostituzionalità, i dibattiti politici sulla necessità di riformare la legislazione fascista (ricordo solo il referendum – il primo nella storia della Repubblica – che tentammo di promuovere sui reati d'opinione con una raccolta di firme che però non raggiunse le 500.000 firme necessarie) e, più in generale, sul dovere in capo ai pubblici poteri di attuare la Costituzione. Ne conseguiva altresì la lotta, che giustamente il vecchio Orlando paventava come frutto dell'associazionismo, contro l'inerzia della legislazione nella riforma dei codici fascisti e la conseguente ineffettività della Costituzione. La cultura del gruppo, delle sue componenti marxiste come di quelle liberal-socialiste, fu insomma cementata dalla critica del diritto vigente e dalla promozione di una giurisprudenza che allora chiamammo "alternativa" a quella dominante, ma che semplicemente era una giurisprudenza informata ai valori costituzionali.

Insisto su questa normatività forte che allora associammo alla Costituzione. Quella normatività forte vale infatti a spiegare un fenomeno nuovo nella storia della cultura politica. Tradizionalmente la politica e la filosofia politica erano sempre state, fino ad allora, assai più progressiste della cultura giuridica, sia dei giudici che dei giuristi, sempre, per natura e vocazione, conservatrice o peggio reazionaria. Ma inaugurò una sorta di rovesciamento di quel rapporto, cui si associò successivamente anche una parte della cultura accademica: lo sviluppo di una cultura giuridica impegnata nella difesa dei diritti fondamentali, dello stato sociale e del lavoro, ben più progressista della cultura politica, sempre più orientata, al contrario, nella direzione opposta della restrizione dei

diritti e delle conquiste dello stato sociale. La ragione di questo rovesciamento è semplice: risiede nella Costituzione, tanto presa sul serio da settori crescenti della magistratura e della scienza giuridica, quanto tendenzialmente ignorata e rimossa dal ceto politico. Non a caso è alla giurisdizione che sempre più spesso le persone si rivolgono come al luogo della garanzia dei diritti, in grado di soddisfare istanze di giustizia rispetto alle quali si rivelano sempre più impermeabili i sistemi politici e gli apparati amministrativi⁸. Non a caso è soprattutto la cultura giuridica, in particolare quella costituzionalistica e quella filosofico-giuridica, che è oggi impegnata nella difesa della Costituzione e dei suoi principi democratici contro le loro manomissioni ad opera della politica.

Ma allora, se tutto questo è vero, il ruolo e il valore dell'associazionismo giudiziario e soprattutto di Magistratura democratica sono oggi più attuali che mai. Giacché in questa fase di crisi economica e in presenza di politiche governative segnate dalla totale rimozione dal loro orizzonte dei valori costituzionali ed anzi da una volontà di riforma regressiva della stessa Costituzione, la giurisdizione può e deve essere più che mai un luogo di garanzia dei diritti fondamentali di tutti, e perciò dei soggetti più deboli. E può esserlo solo se sarà sorretta da un forte impegno collettivo nella difesa dei principi costituzionali – l'indipendenza e l'uguaglianza dei giudici e il loro ruolo di garanzia dei diritti fondamentali, primi tra tutti i diritti sociali e i diritti dei lavoratori – quale solo può provenire dalla ripresa del confronto associativo e dal dibattito interno sul senso e sul ruolo costituzionale della giurisdizione.

8. Si vedano, in questo senso, S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1992, pp. 169-186 e P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2007, pp. 41-43 e 107-126.

La crisi dell'associazionismo giudiziario tra caduta degli ideali e riemergere delle carriere

di Giuseppe Cascini

Le ragioni della crisi attuale di Magistratura democratica, iscritte nella crisi dell'associazionismo giudiziario in generale, possono essere ricercate nella difficoltà di definire un modo "diverso" di gestire il potere, oggi affidato anche a suoi esponenti all'interno degli uffici giudiziari, ma anche in altre ragioni che riguardano la magistratura in generale: la declinazione dell'uguaglianza interna come disattenzione alla professionalità e all'efficienza del servizio reso ai cittadini; l'attacco violento della politica e il patto consociativo-corporativo di riflesso scattato all'interno della magistratura; l'aggravarsi quantitativo e qualitativo delle condizioni di lavoro e il fallimento dei tentativi di rispondere efficacemente all'attenzione sempre maggiore dell'opinione pubblica al problema dei tempi della giustizia; la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006, il cui risultato è stata l'accentuazione degli aspetti deteriori della magistratura italiana (carrierismo, gerarchia interna, conformismo, clientelismo).

Compito di Md e di Area, per superare la crisi, è elaborare un progetto per ricostruire un modello di magistratura democratico, partecipato, aperto, ma allo stesso tempo non corporativo e sensibile ai diritti degli utenti e alla qualità del servizio reso: un progetto che preveda, per cominciare, l'abolizione dei pareri dei capi degli uffici e dei giudizi sulle valutazioni di professionalità (inutili in sé e fonte indiretta di conformismo e infeudamento) e la realizzazione di una effettiva temporaneità negli incarichi direttivi.

Che l'associazionismo giudiziario soffra, non da oggi, di una profonda crisi di credibilità e di vocazioni credo sia un dato difficilmente confutabile.

Nell'opinione pubblica e nel dibattito pubblico sulla magistratura le "correnti" sono percepite come un "male assoluto", sovente associate ad un male incurabile e devastante per l'organismo.

La gran parte dei nuovi magistrati (l'innalzamento dell'età di ingresso non sempre consente di definirli giovani), guarda con grande diffidenza al sistema delle correnti, in parte perché inevitabilmente influenzata da tale diffusa rappresentazione, ma in parte anche perché sovente ne registra concrete conferme in occasione del primo impatto con il nostro mondo.

Fatto sta che oggi la gran parte dei nuovi magistrati rifugge dalla iscrizione ad una corrente, e soprattutto alle correnti "di sinistra".

Resiste, in parte, a tale crisi la sola Associazione nazionale magistrati, che conserva un'alta percentuale di nuove iscrizioni, dovuta probabilmente alla sua capacità di essere interlocutore credibile e accreditato nel dibattito pubblico sulla giustizia, anche se i più maligni attribuiscono un peso non indifferente alle ottime condizioni garantite agli iscritti per la assicurazione sanitaria e per quella sulla responsabilità civile.

Ma anche l'Anm è oggi attraversata al suo interno da un pericoloso vento di "antipolitica", alimentato da uno (allo stato ancora) sparuto gruppo di magistrati che scimmiotta maldestramente il modello "antisistema" del movimento 5 stelle di Grillo e Casaleggio, ma anche colpevolmente sostenuto dalle scelte irresponsabili di una delle componenti storiche della Anm, che sembra essersi posta come obiettivo strategico quello

della dissoluzione del patrimonio più prezioso ereditato dal '900 dall'associazionismo giudiziario italiano e rappresentato dalla unità di (quasi) tutti i magistrati italiani in una unica associazione.

L'ambizione di questo breve scritto è quella di provare a riflettere sulle cause di questa involuzione, di cercare di andare un po' dentro a quello che è successo. Di capire più a fondo le ragioni della crisi e, soprattutto, le ragioni per le quali la crisi ha investito prevalentemente le correnti di sinistra e, più di tutte, proprio Magistratura democratica. Può essere, infatti, consolatorio e appagante attribuire le cause di questa crisi alla più generale crisi di valori e di ideali della società contemporanea, all'affermarsi di un *pensiero unico*, alla mancanza di cultura politica e di sensibilità delle nuove generazioni. E non sarebbe nemmeno del tutto sbagliato. Ma se si ambisce realmente a cambiare le cose che non ci piacciono, se si vuole fare politica nel senso vero e alto del termine e non come mero esercizio declamatorio, è necessario guardare un po' più a fondo alle cause di ciò che è accaduto e, soprattutto, alle nostre mancanze e ai nostri errori.

Credo non vi possa essere discussione sul fatto che l'associazionismo giudiziario, e in particolare Magistratura democratica, nella seconda metà del secolo scorso, hanno radicalmente cambiato la magistratura, contribuendo in maniera determinante a realizzare il modello costituzionale di una magistratura orizzontale, uguale, paritaria, inverando in concreto il principio dell'art. 107 della Costituzione secondo il quale i magistrati si distinguono solo per le funzioni svolte.

Così come è indiscutibile che grazie all'associazionismo giudiziario, ed in particolare alla forte spinta verso il cambiamento di Magistratura democratica, si è realizzato in Italia un modello di giudice, e di magistrato, che rappresenta ancora oggi un esempio per gli ordinamenti giuridici di tutto il mondo: un giudice che è interprete diretto dei principi e dei valori costituzionali, e che ad essi informa sempre la sua attività di interpretazione della legge, un giudice consapevole e geloso della sua autonomia nei confronti dei poteri esterni alla magistratura e dei poteri interni alla magistratura, capace di inverare il ruolo del potere giudiziario come "contropotere", come strumento di controllo della legalità dell'esercizio degli altri poteri.

La grande vittoria, il grande merito di Magistratura democratica è stato far sì che questi valori, questi principi diventassero patrimonio comune dell'intera magistratura italiana o almeno della stragrande maggioranza dei magistrati italiani. Una cosa che a noi pare scontata, ed è bello che ci paia scontata, ma che non lo era affatto, se solo si pensa che appena cinquant'anni fa i giudici della cassazione si riunirono in un'associazione autonoma, l'Unione dei magistrati italiani, contro l'Associazione nazionale magistrati, e

con l'obiettivo di affermare, proprio contro i principi di eguaglianza della magistratura, la superiorità gerarchica della Corte di cassazione e il monopolio della interpretazione della legge da parte della Corte di cassazione e di sottrarre ai giudici di merito il rapporto diretto con i precetti contenuti nella Carta costituzionale, che la Corte di cassazione in quegli anni considerava poco più che un libro dei sogni, da non utilizzare nel procedimento di interpretazione e applicazione della legge.

La domanda da porsi oggi è: che cosa è successo? Meglio: che cosa ci è successo? Perché oggi non abbiamo più benzina per far correre questo motore, perché non vediamo più un futuro? Come è possibile che la realizzazione in concreto degli obiettivi politici e ideali di un gruppo finisca per coincidere, almeno temporalmente, con una sua crisi profonda e apparentemente irreversibile?

La risposta potrebbe essere semplice: hai conseguito lo scopo sociale e quindi a questo punto non hai più senso, non hai più nulla da raggiungere, ma secondo me la questione è più complessa ed è, come dire, il problema di tutti i gruppi, le associazioni, i partiti politici che hanno come progetto quello di un cambiamento radicale della realtà.

La fase di distruzione di una realtà che non va bene è una fase che funziona, il problema è che cosa fai una volta che hai vinto, come gestisci la vittoria, come gestisci il risultato.

Ancora di più: il problema è il rapporto con il potere. Perché la realizzazione dei principi dell'eguaglianza, della democrazia interna, dell'indipendenza interna hanno portato, in uno con l'accrescimento dei consensi e l'inevitabile invecchiamento dei militanti del gruppo, alla assunzione di responsabilità nel governo della magistratura, negli organismi di autogoverno e negli uffici.

E se era facile, negli anni settanta, sbeffeggiare le prolusioni dei procuratori generali alle inaugurazioni dell'anno giudiziario, come faceva, con una efficacia insuperabile, la rivista *Quale Giustizia*, è diventato più difficile per i vecchi contestatori di allora, nel frattempo divenuti a loro volta procuratori generali, essere il motore di un cambiamento, incarnare un progetto di rivoluzione dell'ordine costituito.

È poi accaduto a noi quello che è accaduto anche a tante formazioni politiche di sinistra quando sono entrate "nella stanza dei bottoni". Abbiamo subito, io credo, entrando in contatto, e non più in contrapposizione, con i gruppi da sempre abituati a gestire il potere, una sorta di *fascinazione* del potere e delle regole non scritte del suo esercizio.

Questa contaminazione è stata per noi pernicioso, perché non siamo stati capaci di introdurre nell'eser-

cizio del potere quelle aspirazioni alla trasparenza, alla democratizzazione, all'uguaglianza di cui eravamo, da oppositori, portatori. Mentre è quasi sempre prevalsa l'idea, frutto di una sorta di subalternità culturale nei confronti degli esperti *volponi* degli altri gruppi, che l'unico modo di gestire il potere sia quello che si è sempre praticato dalla notte dei tempi: l'accordo, l'intrigo, il complotto, la doppia verità. Come se non esistesse, o non fosse alla nostra portata, un modo trasparente, disinteressato, leale e corretto di gestione il potere. In una parola: un modo *diverso* di gestire il potere.

Ma ci sono anche altre ragioni storiche che riguardano la magistratura. L'altra faccia dell'uguaglianza della magistratura, dell'indipendenza interna, della piena realizzazione di uno statuto di autonomia del singolo magistrato è stata la caduta di attenzione sul tema della professionalità dei magistrati e la caduta di attenzione sul tema del servizio nei confronti dei cittadini. Perché rendere i magistrati tutti uguali, eliminare i controlli interni, eliminare la gerarchia, ci ha sì reso tutti più liberi, ma ha reso più liberi anche gli scansafatiche, i neghittosi, i pavidetti e noi non abbiamo avuto la capacità di creare, rispetto a questo, seri meccanismi di controllo della professionalità.

Ci sono state anche forti e fondate ragioni esterne, perché questo processo è coinciso con l'inizio di una fase di scontro violento con la politica.

La effettiva attuazione del ruolo della magistratura come *contropotere*, come strumento di controllo delle illegalità, in un Paese che aveva(ha) un grosso problema di legalità nell'esercizio del potere, ha reso, infatti, possibili indagini nei confronti del potere e ha provocato quello che una pubblicistica interessata definisce lo «scontro fra magistratura e potere» e che, invece, altro non è che la reazione del potere di fronte al legittimo esercizio del potere di controllo della legalità da parte della magistratura.

E per questo noi abbiamo attraversato un lunghissimo periodo di attacco del potere politico nei confronti della magistratura.

La magistratura, posta sotto assedio da questo attacco, ha stipulato, lo dico, come spesso mi capita, con un'espressione brutale, un patto *consociativo-corporativo* al proprio interno per difendere l'assetto esistente, ritenendo, forse non del tutto a torto, che l'unico modo per difendere l'autonomia della magistratura sotto attacco, fosse quello di compattare la corporazione: difendiamo tutti, perché solo difendendo tutti riusciamo a difendere l'istituzione.

Questa scelta, forse obbligata e necessitata, non lo so, alla fine non ha retto.

La recente riforma sulla responsabilità civile è una legge sbagliata, pessima, pericolosa, me è figlia di questo ritardo da parte della magistratura, della sua incapacità di autoriformarsi, di controllare al proprio interno la qualità del servizio reso nei confronti dei cittadini, di sanzionare le cadute di professionalità, di criticare le prassi antigarantiste.

La magistratura non è stata capace di trovare al suo interno gli anticorpi necessari per contrastare quelle cadute deontologiche di cui parla Luigi Ferrajoli¹.

E anche all'interno di Magistratura democratica si è coltivato su questo tema per troppo tempo un equivoco.

Quel modello di magistrato bellicista a cui fa riferimento Luigi Ferrajoli, è stato da molti, al nostro interno, visto con simpatia, perché era comunque il magistrato che lottava contro il potere e questo, in qualche modo, evocava il ricordo di quella idea di gruppo di magistrati iconoclasti che avevano come vocazione la lotta contro il potere.

E vi è, infine, un altro aspetto determinante per la comprensione del processo di trasformazione della magistratura: un cambiamento radicale delle condizioni di lavoro dei magistrati, un aggravio enorme dei carichi di lavoro, una riduzione degli investimenti, una attenzione sempre più forte da parte dell'opinione pubblica e degli operatori al problema dei tempi della giustizia.

Da qui è nata la necessità di farsi carico del problema dell'organizzazione degli uffici. Alcuni di noi hanno iniziato a pensare che rendere giustizia, invettare i diritti passa necessariamente, anche, per un miglioramento dell'efficienza del servizio.

Ciò ha creato l'illusione, o la speranza, di poter contribuire al miglioramento dell'efficienza della giustizia gestendo il potere all'interno degli uffici giudiziari. Non è solo carrierismo o ambizione personale, c'è anche questo, c'è sempre stato e fa parte delle debolezze degli uomini, ma soprattutto c'è stata l'idea di dare un futuro al cambiamento successivo, quello di rendere la giustizia un sistema efficiente e funzionale. Purtroppo non ci siamo riusciti, dobbiamo dirlo con nettezza che su questo abbiamo fallito, abbiamo mancato un obiettivo.

In tutto questo si è innestata la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006.

A quasi dieci anni di distanza dobbiamo dirci con chiarezza che la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006 ha cambiato radicalmente in peggio la magistratura italiana, accentuandone gli aspetti deteriori:

1. Cfr. L. Ferrajoli in questo numero *Associazionismo dei magistrati e democratizzazione dell'ordine giudiziario*.

il carrierismo, la gerarchia interna, il conformismo, il clientelismo. E devono dirlo soprattutto quelli che, come me, avevano creduto nella bontà di alcune delle innovazioni introdotte, probabilmente sottovalutando l'impatto che l'impianto complessivo della legge e la sua ispirazione di fondo avrebbero avuto sulla magistratura.

Il tema fondamentale del dibattito oggi all'interno della magistratura è come si vogliono affrontare queste trasformazioni in atto, quale direzione si vuole dare al futuro della magistratura.

A me pare che, oggi, alla luce del nuovo ordinamento giudiziario, si confrontino, al nostro interno, tre modelli di magistratura.

C'è un modello burocratico, corporativo, piramidale, che è quello più in sintonia con lo spirito della legge.

Un modello che promette al magistrato protezione corporativa e clientelare, attenzione sindacale ai suoi interessi e una carriera tranquilla, e che presuppone un approccio burocratico alla funzione, conformismo interpretativo e rispetto delle gerarchie interne.

È questo un modello molto rassicurante, che piace a molti, anche perché incontra l'individualismo, l'assenza di passioni ideali, l'ambizione alla sintonia con il potere che purtroppo caratterizza la nostra epoca.

C'è poi un altro modello, quello che io definisco della *mediocrazia*.

È il modello dell'uguaglianza *al ribasso*, che non vuole controlli sulla professionalità, non vuole gerarchie interne, rivendica il ritorno all'anzianità senza demerito come criterio di selezione dei dirigenti (collocando molto in basso l'asticella del demerito), che offre protezione corporativa e clientelare a tutti i magistrati, e non solo ai propri aderenti, che promette a tutti soddisfazioni di carriera e difesa ad oltranza dei privilegi della corporazione.

Un modello molto insidioso, perché richiama alcune parole d'ordine delle battaglie democratiche e egualitarie dell'associazionismo, si batte contro le derive efficientiste e contro il carrierismo, e contro la gerarchia in difesa dell'autonomia interna dei magistrati.

E c'è, infine, un terzo modello, che rappresenta una diversa interpretazione della riforma dell'ordinamento giudiziario.

È quello del governo dei migliori, dei più bravi, di quelli che se comandano loro allora va bene anche la gerarchia, perché sono dirigenti democratici e illuminati. È un modo di essere *diversamente* corporativi e clientelari, in quanto la protezione e la promozione degli aderenti al proprio gruppo non si fonda esplicitamente su di un patto corporativo, ma sull'illusione di essere i più capaci a realizzare il buon funziona-

mento del sistema.

È questo un approccio molto problematico e pericoloso, da un lato perché tende evidentemente ad essere gradito solo a coloro che si riconoscono all'interno della cerchia dei migliori, escludendo tutti gli altri, dall'altro perché l'inevitabile disvelamento, alla prova dei fatti, della fallacia dell'assunto di partenza, rende ancora più odiosa l'ambizione individuale ammantata da brama di efficienza.

Queste tendenze corrispondono, più o meno, alle posizioni degli attuali gruppi associativi, ma esse sono presenti, in modo variegato e con accenti diversi, in tutte le componenti della magistratura associata.

Io credo che noi, oggi, abbiamo il dovere di rivedere criticamente il nostro modello di magistratura, abbiamo l'obbligo di fare un *bagno d'umiltà* e di offrire ai magistrati una alternativa diversa dal ripiegamento burocratico e dal carrierismo rampante.

E per questo, credo, dobbiamo rivedere anche alcune delle nostre convinzioni sulla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006.

Il sistema di valutazioni di professionalità ha clamorosamente fallito il suo scopo.

Il numero di magistrati valutati come non idonei si conta, oggi come prima della riforma, sulle dita di una mano. Ma in compenso abbiamo creato un mastodontico apparato, che nella assurda pretesa di *pesare* le qualità di ogni magistrato, crea in ognuno quelle speranze e quei timori, cito ancora Luigi Ferrajoli, che ne inficiano l'autonomia. La speranza di una promozione o di un incarico, da un lato, e la paura di un giudizio negativo dall'altro, spingono i magistrati verso il conformismo interpretativo, verso l'ossequio ai capi degli uffici, unici reali padroni del sistema di valutazioni di professionalità, e verso la sudditanza nei confronti del sistema delle correnti, l'unico in grado di garantire successi e di evitare guai.

Tutto ciò rende i magistrati meno liberi, senza reali vantaggi per il sistema nel suo complesso.

L'abolizione dell'anzianità per il conferimento degli incarichi direttivi, ha prodotto nella prima fase un significativo e salutare svecchiamento della dirigenza degli uffici, ma nel medio periodo ha finito per esasperare la corsa al carrierismo, la spasmodica ricerca di titoli e medaglie, e ancora il servilismo verso i capi e verso il sistema delle correnti, unici depositari del potere di designare i *migliori*.

Ancora, la riforma del sistema disciplinare, con la introduzione della tassatività degli illeciti, invece di garantire un maggiore controllo democratico sull'esercizio del potere di azione da parte dei titolari dell'azione disciplinare e di offrire maggiori garanzie agli incolpati, ha esasperato gli aspetti burocratici e formalistici del sistema disciplinare.

È un fatto che oggi la stragrande maggioranza dei giudizi disciplinari hanno ad oggetto ritardi nel deposito dei provvedimenti e finiscono per colpire i magistrati più volenterosi e generosi, quelli che non riescono a fronteggiare, ma si sforzano di farlo, la enorme mole di lavoro che oggi grava su alcuni uffici giudiziari, mentre le situazioni di opacità, se non addirittura di illegalità, che pure esistono al nostro interno emergono solo a seguito di inchieste giudiziarie, rendendo il nostro mondo simile al mondo della politica, che si accorge della corruzione al proprio interno solo quando arrivano i Carabinieri.

Tutto questo ha determinato un pericoloso ripiegamento burocratico dei magistrati, che finiscono per prestare maggiore attenzione ai possibili riflessi negativi sulla carriera delle proprie iniziative che all'esigenza di offrire una adeguata risposta in termini di giustizia.

Il compito di Md, e di Area, è allora oggi quello di elaborare un progetto politico e culturale di *cambiamento* della situazione attuale.

Io sono convinto, infatti, che la nostra crisi, oggi, dipenda principalmente dal fatto che noi non abbiamo un progetto credibile di cambiamento della magistratura, e senza un progetto di cambiamento è la nostra stessa ragione di esistere che viene meno, perché nella conservazione dell'esistente e nella gestione del potere ci sono altri più bravi e più spregiudicati di noi.

Quello che io vorrei è che riuscissimo ad immaginare un progetto per ricostruire un modello di magistratura orizzontale ed egualitaria, con una forte autonomia sia esterna che interna, ma che sappia anche occuparsi della qualità e dell'efficacia del servizio reso, e che sappia allo stesso tempo esercitare la critica nei confronti delle cadute di professionalità, delle prassi antigarantiste, delle situazioni di opacità e di collusione. In una parola, e con uno slogan, un modello democratico, partecipato, aperto, ma allo stesso tempo non corporativo e sensibile ai diritti degli utenti e alla qualità del servizio reso.

Per far ciò sono necessari, a mio avviso, alcuni interventi normativi e/o in sede di autogoverno, che mirino a ridurre gli effetti più negativi della riforma del 2006.

Provo ad indicarne alcuni solo a titolo esemplificativo e come avvio di una riflessione:

a) Abolizione dei pareri dei capi degli uffici nelle procedure di valutazione.

La dirigenza della magistratura ha dimostrato nei fatti di non essere in grado di fornire un contributo apprezzabile al circuito di autogoverno nel percorso di crescita professionale dei magistrati. I pareri sono, oggi come ieri, un fiorire di inutili iperboli e superlativi, nei quali, contro ogni legge della matematica

e della logica, tutti i magistrati lavorano "al di sopra della media", mentre i giudizi non positivi si devono leggere in filigrana attraverso acrobazie linguistiche finalizzate prevalentemente a "dire e non dire". Per converso, il ruolo centrale attribuito dal circuito di autogoverno ai pareri dei dirigenti nel procedimento di valutazione ha finito per attribuire un eccessivo potere ai dirigenti nei confronti dei magistrati dell'ufficio, tale da minarne l'autonomia interna.

Il ruolo dei dirigenti nella procedura di valutazione dovrebbe dunque essere limitato alla eventuale allegazione di fatti specifici meritevoli di segnalazione.

b) Abolizione dei giudizi in sede di valutazione di professionalità.

La montagna delle valutazioni di professionalità, lo si è detto sopra, ha partorito, nei fatti, un topolino, essendo numericamente insignificanti, e nella media della prassi precedente alla riforma, i casi di giudizio negativo. Mentre la corsa ad accaparrarsi titoli e benemerienze al fine di ottenere qualche aggettivo in più nel parere, da utilizzare in vista di una nomina per un incarico o per un ufficio direttivo, ha accentuato uno spirito competitivo non adeguato al ruolo istituzionale della magistratura. Meglio, allora, limitarsi ad un giudizio di idoneità/non idoneità, evitando inutili aggettivazioni. Al più si potrebbe aggiungere la segnalazione di alcune criticità che pur non comportando un giudizio di inidoneità possa servire da stimolo per una migliore crescita professionale del magistrato.

c) Realizzazione di una effettiva temporaneità negli incarichi direttivi.

Il modello realizzato dalla riforma del 2006, e oggi rafforzato dalle circolari del Csm, è, nei fatti, quello di una *finta temporaneità*, in quanto il dirigente è libero di passare da un incarico direttivo ad un altro e, anzi, il pregresso esercizio di funzioni direttive vale come titolo preferenziale nei concorsi successivi, con il risultato che chi inizia la "carriera" direttiva mai o quasi mai tornerà a fare il giudice. Ciò comporta una separatezza tra ruoli direttivi e ruoli non direttivi, che accentua la diseguaglianza interna, esaspera la spinta al careerismo e, soprattutto, finisce per consegnarci dirigenti lontani dalla giurisdizione attiva e dai suoi problemi quotidiani.

Si dovrebbe, al contrario, prevedere una temporaneità effettiva, con il ritorno obbligato alle funzioni giudiziarie dopo l'esercizio di funzioni direttive. In questo modo si realizzerebbe un effettivo e stabile svecchiamento dei ruoli direttivi, si sdrammatizzerebbero le tensioni sulle nomine, si ridurrebbero le aspirazioni individuali, privilegiando le esigenze del servizio, e si creerebbero i presupposti per una gestione più partecipata e democratica degli uffici giudiziari.

A chi obietti che in questo modo si rinuncia alla costruzione di una professionalità specifica dei dirigenti, disperdendo un patrimonio di conoscenze e di

esperienze con conseguente danno per la qualità del servizio, è agevole rispondere con un invito a farsi un giro dei tribunali italiani e a guardare come sono organizzati per capire a cosa dovremmo effettivamente rinunciare.

Ma, al di là degli interventi normativi, è evidente che si tratta di un progetto da inverare principalmente sul piano della cultura e della deontologia dei magistrati, coltivando, nella prassi quotidiana del lavoro negli uffici e nei luoghi dell'autogoverno, l'etica della

responsabilità professionale, il rifiuto delle ambizioni personali e delle carriere, la partecipazione democratica alla gestione degli uffici, il contrasto ad ogni forma di solidarietà corporativa e di gestione consociativa del potere.

Insomma, il nostro compito è quello di fare, ancora una volta, una *rivoluzione culturale*, una cosa nella quale un gruppo di magistrati democratici, eretici e iconoclasti, dovrebbe riuscire a ritrovare un senso di sé.

Correnti malate, probabilmente morte

di Lionello Mancini

Che le correnti della magistratura politicizzino la giurisdizione, torcendo le inchieste o i processi verso obiettivi di parte, è un falso diffuso ad arte dagli ambienti politici e dalla stampa soprattutto (ma non esclusivamente) di centrodestra.

Altri sono, invece, e più gravi, i guasti del “correntismo” della magistratura: le pure logiche di spartizione del potere, che affondano le radici nella fragilità culturale di tutti i gruppi, intralciano il percorso di miglioramento del servizio giustizia, e l'autoreferenzialità della “casta” alimenta la questione morale.

Solo la speculazione politica di infimo livello, assai diffusa ai nostri giorni, insiste sulla vulgata secondo cui l'appartenenza a una corrente inficia il grado di indipendenza della magistratura guidando l'azione di un procuratore o compromettendo la serenità di un giudice. Questo è falso.

Con il termine “corrente”, il populismo odierno (dall'inconfondibile *imprinting* del ventennio arciano) allude a come le simpatie politiche colleghino meccanicamente una toga a questo o a quel raggruppamento dell'Associazione magistrati. Ne conseguirebbero – siamo sempre nella fioritura di stupidaggini da *talk show* – la scelta mirata dei target investigativi, la manipolazione della tempistica giudiziaria, la diffusione politicamente mirata di carte processuali, il rapporto sotterraneo con organi di stampa vicini a questa o quell'ideologia. Per la precisione, pur non mancando qualche mugugno degli esponenti politici di centrosinistra, la generalità degli attacchi e delle versioni irrispettose dei fatti, è appannaggio del centrodestra e della stampa che lo affianca, pronta a cogliere ogni pretesto per dipingere le “toghe rosse” di Magistratura democratica, come persecutrici di uomini, amministratori e organizzazioni politicamente sgraditi, dunque da “combattere”.

È una rappresentazione speciosa e volgare dell'insieme della magistratura e dei fermenti culturali che l'attraversano, anche se è ovvio che esistono i casi

deprecabili, perché viviamo in un mondo che perfetto non è. A testimoniare la rettitudine complessiva dell'esercizio della giurisdizione ci sono migliaia di sentenze, l'impegno professionale dei 9mila magistrati ordinari e dei loro coadiutori, la tenuta dell'ordinamento nonostante un ventennio di *waterboarding* che avrebbe già piegato un corpo istituzionale meno forte o disancorato dai principi.

Dunque mente deliberatamente chi dalla tv, dalle piazze o dal Parlamento martella con il messaggio «correnti=ingiustizia».

La preoccupazione che suscita il persistere delle correnti nella magistratura, è d'altro tipo ed è più grave. In primo luogo perché – ormai dilavato dal tempo e dai mutamenti culturali l'*humus* delle originarie ragioni ideali – è visibile a occhio nudo l'intrico di radici che affondano nella fragilità culturale comune all'intera categoria, senza rilevanti differenze tra sigle; il secondo motivo di allarme sta negli effetti nefasti che il tavolo di trattativa permanente tra correnti riversa sulla quotidianità del servizio in termini di carriere, valutazioni di professionalità, nomine, organizzazione giudiziaria.

L'Associazione nazionale è la casa di tutti i magistrati. Così dice, ad esempio, la partecipazione altissima a ogni tornata elettorale: nel 2012 ha votato oltre il 75% dei 9mila magistrati, con una ripartizione equi-

librata fra le tre principali correnti: Area (2.271 voti), Unità per la Costituzione (2.268) e Magistratura indipendente (2.000). Non male, come rappresentanza di un potere monadico, impersonale e diffuso. Ma tutti sanno – o imparano molto presto – che la possibilità reale di pesare nell'Anm, di ottenerne l'attenzione e i dovuti ritorni, dipende anche dall'impegno di uno dei tre raggruppamenti, in cui è opportuno militare, o anche dai legami con chi vi ricopre un ruolo. L'equilibrio e la mediazione tra le correnti determinano la dirigenza e la politica dell'Associazione. Lo stesso accade nel Consiglio superiore quando è chiamato a decidere su questioni disciplinari o suona l'ora delle nomine. Le dinamiche con cui variano le geometrie intercorrentizie, le cordate e i cartelli, sono le stesse del sottogoverno nella politica.

Per l'osservatore esterno, il discorso potrebbe chiudersi qui, perché è ormai risaputo il giudizio del Paese sulle derive del sottogoverno, in qualunque ambito venga esercitato: è una condanna senza appello perché il sottogoverno è il contrario della trasparenza, non apprezza il merito, l'appartenenza un apprezzato *atout*, la fedeltà ai *leader* facilita o assicura la carriera. Esistono le eccezioni, ci mancherebbe. Ma per essere di qualche utilità, ogni analisi su questo tema dovrebbe evitare di rifugiarsi nel valore storico e culturale delle correnti per ancorarsi onestamente al solo punto cospicuo oggi rilevabile: il loro peso condizionatore dell'azione di autogoverno della categoria.

Restano comprensibili la nostalgia, la rievocazione, il duello dialettico, il richiamo forte ai principi e alle grandi figure del passato. Persino corretti quando l'urgenza è respingere gli assalti della politica o difendersi da Guardasigilli dichiaratamente ostili alla magistratura (s'è visto anche questo). Ma su questa strada si va fuori tema perché sono argomenti non più in grado di rianimare le battaglie culturali degli anni '70 e '80, l'opposizione coraggiosa a gerarchie formate da anziani autoritari oltreché, non di rado, ossequiosi verso poteri di ogni genere. Possono anche essere condivisibili certe elaborazioni dotte e sofferte sull'essenza della magistratura, ma oggi i temi, i terreni di confronto, i problemi reali sono ben altri.

Non è rimasto molto delle grandi motivazioni ideali distintive di una corrente rispetto a un'altra e l'attuale elaborazione teorica è ormai affidata a pochi pensatori applauditissimi nei congressi e messi da parte quando sui tavoli riservati si cominciano a distribuire le carte per decidere eletti e "trombati". Il ricorso al potere reale delle correnti è trasversalmente improprio, le raccomandazioni chieste e gli appoggi ricevuti non rendono distinguibile un gruppo da un altro. Le stesse manovre si registrano nel campo del penale e del civile, del giudicante e del requirente, al nord come al sud. Se "correntiziamente" ben piazza-

to, un magistrato giovane e brillante potrà arrivare a sedere nel Csm superando lodevoli anzianità e consolidate esperienze di cani sciolti. Le degenerazioni più recenti offrono fenomeni di ulteriore frammentazione senza parvenza d'ideale, ovvero il raggrupparsi localistico in frange interne alla medesima corrente, basate in uffici giudiziari dai quali si dialoga con i cittadini, si dà battaglia con interviste e comunicati stampa, si criticano le scelte del Governo, si rimproverano il Csm e il Parlamento; si arriva a biasimare – sempre *urbi et orbi* – i capiufficio.

Al fondo di queste turbolenze che provocano affanno ai vertici associativi e di corrente, con scissioni e sanguinose polemiche interne, si possono individuare alcune ragioni bene visibili e altre meno afferribili.

Visibili – talora anche fondate – sono le ragioni della corporazione che difende lo stipendio o le ferie, che protesta per gli assurdi carichi di lavoro, sottolinea le assenze del Ministero, i ritardi del Consiglio superiore, alza fuoco di sbarramento contro ipotesi normative giudicate sbagliate. Dovrebbe essere compito istituzionale del Csm, ma ci stanno anche le voci della "base" espresse dai loro eletti. Altre ragioni appaiono più discutibili, spesso sovrapponibili ad aree di privilegio e ad antiche guarentigie, troppo simili a quelle della vituperata casta dei politici.

Muovendo da queste premesse – falso che le correnti politicizzano la giurisdizione, vero che non contribuiscono o intralciano il percorso di miglioramento del servizio – il punto focale si sposta dalla divisione in sigle al diffondersi di una sorta di pensiero debole che sembra omologare i magistrati verso i temi spicci e quotidiani della corporazione, sui quali litigano, si impegnano, si agitano, sempre portando a motivazione importanti tematiche ideali e forti affermazioni di principio. Sono le modalità tipiche della cultura che domina in ogni casta.

Argomento fastidioso, ma pertinente. Una casta (come si diceva, l'Italia ne è ricca: politici, preti, avvocati, militari, giornalisti, sindacalisti, farmacisti, professori, taxisti, notai, per limitarsi alle più citate) è «un ordine di persone che si considera, per nascita o per condizione, separato dagli altri e gode o si attribuisce speciali diritti o privilegi». È esattamente la considerazione di sé che genera le piccole e grandi arroganze, il sussiego che non ascolta o respinge automaticamente ogni rilievo mosso dall'esterno e subito si appella all'indipendenza o ad altri altissimi valori, anche a sproposito. La consapevolezza dello *status* è totale e la sua acquisizione velocissima. La si percepisce anche nei giovani uditori, freschi di studio e ancora timidi davanti al collega anziano e famoso.

La consapevolezza degenera nell'autoreferenzialità, ovvero la perdita di contatto con parametri che

non siano quelli accolti e interiorizzati dalla categoria; la stessa distanza che pone la gente comune in soggezione verso un barone universitario o un primario ospedaliero. I sintomi più visibili sono la repulsione per l'autocritica e la tendenza – anch'essa tipica delle caste – a non indignarsi, salvo poche eccezioni mal giudicate dai più, per gli errori e i comportamenti riprovevoli dei colleghi (non importa di che corrente). Difficile dire, a esempio, quali riflessioni abbia stimolato il recente caso della presidente Saguto, né quanto importi, ai magistrati, la percezione che si ha della categoria. Ma i cittadini si chiedono, perplessi, dove guardassero i colleghi del Tribunale di Palermo mentre nella sezione delle misure di prevenzione cresceva il bubbone esploso due mesi fa. E quali scuse siano state presentate per le probabili omissioni e ritardi. Questo genere di attenzione, tipica del bilancio sociale, è trasversalmente ignorata o non ritenuta pertinente dall'associazionismo e dalla sottostante suddivisione correntizia.

È anche, purtroppo, opinione diffusa, non solo nei bar ma anche tra gli addetti più avvertiti, quanto rischioso possa essere per un cittadino, trovarsi coinvolto in una lite con un magistrato, perché la solidarietà corporativa supera geografia, anzianità, ruolo e funzione aleggiando come incognita imponderabile fino all'ultimo grado di giudizio e può incidere per riflesso condizionato anche oltre le intenzioni di chi l'attiva o la richiede. Nessuna toga – tanto per chiudere senza troppo drammatizzare – deve preoccuparsi se i biglietti per un concerto sono esauriti, per i tempi d'attesa di una visita specialistica e sarà certo il trattamento di riguardo dal concessionario d'auto, senza nulla chiedere, perché è spontanea la pulsione a ingraziarsi la categoria.

I profili generali, la cultura, la mentalità e i *tic* fin qui descritti, non hanno una relazione diretta con la sopravvivenza delle correnti, ma forse ce l'hanno con i loro aspetti più negativi e criticati dagli stessi aderenti perché indici ormai rilevati di gravi responsabilità. La categoria nel suo insieme – sempre evocando presunti rischi per l'indipendenza – non ha mai scelto e ha a lungo resistito a una seria valutazione di professionalità; ancora oggi diffida largamente e in qualche caso si oppone ai tentativi di introdurre le buone pratiche per una maggior efficienza, interpretandole come “aziendalismo giudiziario”; non ha accettato

l'idea che occorra studiare apposite tecniche per dirigere un ufficio, per far funzionare il *team* di cui si diventa *leader* e anche per essere capaci di lavorare in gruppo (*pool*) quando occorra. Altri indicatori che rivelano altrettanti rischi: l'idea di essere i soli difensori (o peggio detentori) di valori cui la società stenta ad aderire e perciò da sanzionare quando se ne discosta. Da qui, è breve il passo per sentirsi una fortezza da difendere, anche perché gli assediati sono quasi tutti: avvocati, giornalisti, imprenditori, professionisti, amministratori. E, in un riflesso collettivo che si diffonde senza ostacoli, viene dichiarato “assediate” ogni collega (meglio se di altra corrente) che vada a ricoprire altre funzioni nei ranghi dello Stato, che si candidi, che presieda un'Authority o diventi assessore. Anche se questo collega opera bene, contribuisce al benessere e alla modernizzazione della pubblica amministrazione, accresce il prestigio della categoria confermandone onestà, affidabilità e competenza di chi vi appartiene. Niente da fare: nella casta si sta dentro o si è fuori.

NdA: *Nel 1979 ho mosso a Milano i primi passi da cronista giudiziario per il quotidiano Lotta Continua e Radio popolare, dunque da giornalista convintamente e visibilmente di sinistra in anni non facili a causa del terrorismo rosso. Ma nel Palazzo di giustizia non mi sentivo fuori posto tra giovani magistrati e avvocati zizzeruti, dal look trasandato quanto il mio, l'occhio acceso dalle grandi passioni civili, il volantino facile: erano le toghe di Md e gli avvocati del Soccorso rosso. Nel 2013, ho pubblicato “L'onere della toga”, un libro che mostra – attraverso le storie umane e professionali di cinque Pm – il lato meno noto degli uomini e delle donne ossessivamente descritti come disonesti persecutori di avversari politici. È un libro libero e consapevolmente dalla parte dei protagonisti.*

Pur invecchiato coltivando curiosità, comprensione e fiducia nei magistrati, non credo che oggi scriverei un libro come “L'onere della toga”, perché terminata la “grande pressione” iniziata nel 1994, ciò che ho potuto osservare dal 2012 in avanti ha corrosato la mia empatia e fatto traballare le mie opinioni. Resto tuttora aggrappato alla stima per poche toghe o ex toghe che definirei “eccezionali”: per storia e caratteristiche personali e perché sempre più rare nel loro stesso ordine

Qualche breve considerazione sull'associazionismo dei magistrati e sulle sue prospettive

di Enrico Manzon

In vista delle elezioni per il Comitato direttivo centrale dell'Anm del prossimo anno, ragionare sulle prospettive dell'associazionismo giudiziario e sul ruolo di Area all'interno di esso implica una precisa, attualizzata analisi dello "stato" della magistratura italiana. Che è cambiata nel profondo e non sempre in meglio. Non comprendere a fondo la "cifra" di questo mutamento e, allo stesso tempo, non fare una calibrata, costruttiva autocritica, può comportare seri problemi ed altrettanto gravi danni per un indirizzo di politica associativa coerente con i nostri principi ed i nostri valori, quali "ereditati" da Md e dal Movimento per la giustizia, ora transitati in Area. Molti magistrati, giovani e meno giovani, continuano a guardare con rispetto ed attenzione alla tradizione migliore dell'Anm, della quale quei principi e quei valori sono parte essenziale, ma chiedono alla nostra Associazione un "cambio di passo". La tesi è dunque che Area abbia prospettivamente le maggiori e migliori chance per tenere insieme nell'azione associativa l'interesse dei magistrati/della magistratura con le aspettative della collettività nazionale all'efficienza ed alla qualità del servizio giudiziario. Il corollario è che ciò sia doverosamente praticabile negli assetti associativi che verranno. La condizione predicata è che si mettano in campo idee nuove e che si facciano scelte adeguate al tempo presente, ma soprattutto a quello futuro. Senza incertezze, con coraggio.

1. I termini della questione, in sintesi

Ma cos'è realmente la magistratura oggi? Che categoria sociale sono i magistrati oggi? qual è la loro "cifra culturale"?

È persino banale pensare che sia necessario partire da queste domande per darsi delle risposte, ragionevolmente congrue, su cosa può e deve essere, domani, il nostro associazionismo. Se infatti non si analizza adeguatamente la "materia prima", difficile pensare di riuscire a formulare idee fondate sul come amalgamarla. Il rischio di "maionese impazzita" viene forte.

Ed allora partiamo da un dato, credo ormai chiaro a tutti coloro i quali hanno una vista appena normale, un dato credo dunque lapalissiano: i magistrati non sono più quelli di venti o più anni fa. Sono cambiati; sono diversi.

A parte gli "ultimi nati", dai cinque anni di carriera in su tutti hanno vissuto, in un modo o nell'altro, direttamente o indirettamente il ventennio berlusconiano. Non è stato soltanto un lungo periodo di insulti e delegittimazione quotidiana; no davvero. È stato molto di più e, nella sostanza, di peggio.

Tuttavia l'Italia è il Paese delle grandi amnesie: carnefici che diventano vittime; politici che dopo varie nefandezze ritornano in auge e via dicendo. Il perdonismo permea il *volksgeist* italiano, ne è la vera essenza.

Quindi, ancorché con tempo e fatica, si può sensatamente prevedere che perderà via via efficacia l'opera di demolizione dell'immagine dell'Istituzione giudiziaria, costantemente attiva negli ultimi 20/30 anni, risalendo all'ultimo Craxi, poi proseguita in termini scientifici da Berlusconi e dai suoi vari *lacchè*.

Certo ci vorrà del tempo e non sarà poco; certo la politica attuale, di destra e di sinistra, in questo campo per la prima volta forse solidali, sembra continuare in quest'opera anticostituzionale, sia pur con molta meno virulenza ed aggressività.

Tuttavia l'onda lunga della calunnia sistematica e del tambureggiamento mediatico sembra esaurirsi o quantomeno divenire una risacca quasi fisiologica, data la naturale "scomodità" dell'intervento giudiziale.

Ed in Italia questo prelude ad un'altra "grande amnesia", stavolta positiva, ad un sostanziale ripristino di una più corretta dinamica dei rapporti tra Istituzioni e quindi ad una ripresa di positività del senso popolare verso chi fa questo lavoro appassionante, ma consunstanzialmente ingrato, di interpretazione ed applicazione della legge.

Il problema, più grave, è però un altro.

Non per incuria, ma per effetto di un disegno consapevole e chiaro, in parallelo al dileggio ed al disprezzo pubblicamente manifestati, purtroppo anche recentemente da chi rappresenta la sinistra al Governo, in questi ultimi 30/20 anni si è progressivamente smantellato il sistema di giustizia in Italia.

Un'azione di soffocamento progressivo, con una diminuzione costante delle risorse materiali/finanziarie e, soprattutto, umane, che hanno ridotto i nostri Uffici a plaghe variamente desolate, se non a vere e proprie sacche di resistenza. Certo, a macchia di leopardo, con isole di inopinata efficienza e con tante, troppe situazioni al limite della decenza.

Qui sta il vero problema, che è poi un problema doppio, una medaglia con due facce.

Per un verso infatti l'insoddisfazione dell'utenza, professionale e non, per il "prodotto giudiziario medio" è lievitata ed è non di rado ai limiti della sopportazione collettiva, quantomeno locale.

Per altro verso le condizioni di lavoro dei magistrati italiani sono enormemente peggiorate in questi decenni, provocando fenomeni di disaffezione e riflusso verso modelli professionali difensivi, di tipo burocratico.

Il magistrato italiano "medio", oggi, si sente tra l'incudine ed il martello; sa di non poter dare tutto quello che i destinatari del suo servizio si aspettano – secondo i loro diritti, pubblici e privati – e ne teme le iniziative, così come quelle riflesse degli organi di controllo interno all'Istituzione cui appartiene.

È nella risposta a questo secondo corno del dilemma che sta la chiave di soluzione della questione di quale associazionismo della magistratura serve oggi.

Per chi è dentro l'evoluzione di Area, è altrettanto chiaro che questa risposta è indissolubilmente collegata a quella del primo corno del dilemma medesimo.

Simul stabunt, simul cadent.

2. I nostri ritardi

Credo che la verità *inter nos* vada detta tutta.

Per troppo tempo l'area democratica e progressista della magistratura è rimasta bloccata negli schemi del passato; non dico delle ideologie, ma degli schemi mentali sì.

Certamente la battaglia contro l'aggressione berlusconiana è stata durissima e non si può certo dimenticarne in fretta gli snodi più difficili. Altrettanto ovvio è che bisognava stare nella "trincea costituzionale", spesso ritrovandosi con le spalle al muro (le varie leggi *ad personam*; tutti i gravi tentativi di lesione dei principi costituzionali fondamentali in materia di giurisdizione e dei suoi valori).

Queste battaglie hanno consumato quasi tutte le risorse morali, personali e politiche a disposizione ed hanno perciò chiuso molti altri, non meno rilevanti, spazi di riflessione e di intervento. Conseguentemente dalla nostra "parte della barricata", a mio avviso non abbiamo prestato la necessaria attenzione né abbiamo opposto un contrasto adeguato alla seconda linea di attacco di chi con così tanta pervicacia ha avversato lo *status* della magistratura italiana, riducendolo di fatto, modificandolo al livello della "costituzione materiale" in misura rilevante.

In termini più precisi, affannati dal/nel contrasto alle aggressioni mediatiche e normative, mi sembra piuttosto evidente che non siamo stati abbastanza attenti al degrado concreto delle condizioni di lavoro della stragrande maggioranza dei magistrati italiani, nella convinzione, errata, che, forse com'era di più un tempo, bastasse la loro consapevolezza del ruolo ossia la loro spinta motivazionale, lo spirito di servizio, se non la loro abnegazione.

Poi è anche vero che le nuove generazioni di magistrati sono figlie del loro rispettivo tempo e i "tempi stratificati" delle generazioni sono profondamente diversi. Perché si va da chi ha attraversato i grandi rivolgimenti politici e sociali degli anni sessanta/settanta del '900 a chi in quegli anni non era nemmeno nato, con tutta la gamma esperienziale intermedia. La magistratura oggi è sicuramente un corpo diacronicamente assai eterogeneo e che perciò non da né può dare risposte omogenee, se non sui principi massimi cristallizzati nella Costituzione.

Forse nell'era repubblicana è sempre stato così, ma oggi lo è senz'altro di più.

Ed al giovane magistrato affogato nel contenzioso civile o penale della sede disagiata (quante lo sono!), privo di un dignitoso, minimamente sufficiente supporto di risorse umane e materiali, preoccupato dalle prime valutazioni di professionalità e dalla spada di Damocle dei ritardi, nessuno oggi può chiedere molto di più se non stare sulla difensiva.

Al netto del “fuoco sacro”, che magari non è nemmeno mai abbondato nella magistratura, nessuna sensata azione associativa può più dunque prescindere dalle condizioni oggettive del servizio ed anzi deve partire proprio da esse.

3. Cosa fare. Il metodo

Sappiamo bene che “rovesciare il cono” implica due strade: quella comunemente intesa come “corporativa/burocratica”, già monopolizzata da MI ed ora contesa da altri gruppi; quella nostra, di Md, del Movimento per la giustizia, ora in sintesi di Area.

Con la prima si parte dalle condizioni di lavoro (anche sotto il profilo del trattamento economico) e si finisce lì; l’azione associativa è di tipo sindacale in senso stretto ed è tutta costruita intorno alle esigenze del magistrato *uti singuli*, al più con qualche abbellimento esornativo di tipo costituzionale/istituzionale.

La seconda è, storicamente, un’altra cosa, ma vediamo di capirci bene cosa.

Cosa è stata, cosa è, cosa dovrà essere. Quindi analisi e soluzioni.

Cosa è stato lo sappiamo: molta ideologia, intendiamoci anche nel senso – che esiste – positivo del termine, ma insieme, come ho già scritto sopra, minore attenzione alla concretezza della vita professionale dei magistrati.

Oggi l’inversione di tendenza è netta, ma, a mio giudizio, ancora non basta.

Tutto sommato è ancora forte e diffusa la ritrosia ad occuparsi delle questioni pratiche dell’attività giudiziaria nei suoi riflessi individuali, professionali ed esistenziali, pubblici e privati.

Ma, a ben vedere, non esiste una reale possibilità di scissione tra questioni di sistema e questioni attinenti alla sfera degli individui che il sistema muovono. Esse infatti sono soltanto aspetti di un’unica, grande questione: la questione giudiziaria.

In altri, se si vuole più chiari termini, l’associazionismo “non corporativo”, il nostro associazionismo, deve ancora fare un salto di qualità, che presuppone un cambiamento di merito e di metodo. Che è appunto quello di non scindere né gerarchizzare mai più interessi individuali, categoriali, istituzionali, ma concepire il sistema di riferimento come un insieme di componenti fisse che meritano uguale attenzione e che quindi vanno armonizzate al fine di realizzare la migliore tutela giurisdizionale dei diritti possibile.

4. Cosa fare. Il merito

Sulla base di queste premesse passo quindi a

qualche considerazione sulle prospettive dell’associazionismo dei magistrati.

Il termine *sindacato* deve tuttora considerarsi vietato, una sorta di *taboo*?

Io penso di no. Infatti esso ha in sé un nota di nobiltà, trattandosi di una parola che rappresenta una delle assi portanti della storia del movimento operaio e più in generale democratico dei due secoli scorsi.

Il problema non è comunque di forma, ma di sostanza.

Fare sindacato, anche per i magistrati, è un diritto costituzionalmente garantito che si estrinseca nelle azioni opportune per la tutela dei diritti dei magistrati medesimi, quali professionisti che esplicano un’attività lavorativa per conto dello Stato.

Come ho provato a dire sopra, è necessario sdoganare definitivamente questa “idea-forza”, non avere più alcuna remora né alcuna “vergogna” nel pensare che uno degli scopi primari dell’Anm sia appunto quello di fare ciò che tutti i “sindacati” fanno; appunto tutelare gli interessi anche personali della categoria di riferimento.

Il punto è però che a partire dallo stesso *status* economico per poi continuare in quello normativo, la particolarità, assolutamente relativa (mi si perdoni l’ossimoro), di questa nostra categoria è che, per così dire, essa “incarna” un potere essenziale dello Stato o, se si preferisce, ne concretizza una funzione essenziale. “Individuale” e “istituzionale” sono perciò aspetti inscindibili per la magistratura italiana, viepiù se si tiene conto del suo statuto costituzionale, particolarmente rafforzato e specialmente connotato nello scenario dei Paesi di democrazia di tipo occidentale.

Tuttavia questo intreccio ontologico, lungi dall’essere inestricabile, è/deve essere la base di qualsiasi ragionamento sensato intorno al “sindacalismo dei magistrati”.

A ben vedere si tratta di un sistema di vasi comunicanti che, mantenuti in equilibrio tra di loro, determinano l’equilibrio complessivo della parte apicale, quella magistratuale appunto, dell’Istituzione giudiziaria.

In altri termini ed in concreto, la parte stipendiale pertiene all’indipendenza di fatto dei singoli magistrati così quanto le loro individuali condizioni di lavoro e questi sono aspetti che si relazionano alle norme – costituzionali, primarie e secondarie – che disciplinano l’indipendenza formale, interna ed esterna dei singoli magistrati stessi e quindi della magistratura nel suo complesso.

Se poi dobbiamo dare come storicamente acquisito il ruolo di fonte di diritto integrativa della giurisprudenza, se quindi esiste, come esiste, una cultura della giurisdizione che inevitabilmente vede e va oltre il prodotto giudiziale singolo, divenendo, oggettiva-

mente, politica del diritto, allora abbiamo un quadro completo.

Ne risulta evidente che il “sindacalismo giudiziario” è un fenomeno davvero complesso, che presenta molti diversificati aspetti. Ma qui sta e deve stare la differenza tra il “sindacalismo corporativo” e, azzardo, il “sindacalismo istituzionale”.

Sappiamo bene cos'è il primo; in termini moderni ha la sua massima epifania nel “ferrismo”. I tratti essenziali sono quelli appunto noti, che è inutile ribadire in questo scritto. A voler solo dare una sintesi, per così dire, teoretica, questo tipo di associazionismo giudiziario mette al centro il singolo magistrato ed i suoi personali interessi, quindi la categoria ed i suoi particolari interessi.

Il servizio all'utenza è una variabile che dipende da questi interessi combinati con la scarsità delle risorse – umane, materiali, finanziarie – dedicate al servizio stesso.

Ne conseguono tutte le correlative, consolidate, posizioni associative: rivendicazioni stipendiali, carichi esigibili, sabati festivi, incarichi extragiudiziari liberi *et coetera*.

Per il secondo tipo “storico” di sindacalismo giudiziario invece il servizio all'utenza ossia, con lessico migliore ed a noi più familiare, la tutela dei diritti è una “variabile indipendente”, nel senso che il compito dei magistrati, come singoli professionisti e come categoria, è quello di erogare il miglior prodotto giudiziario possibile, per tempi, quantità e qualità, ancorché le condizioni date non lo consenta nel miglior modo possibile.

Pertanto le rivendicazioni sul trattamento economico, sulle guarentigie normative, sull'attribuzione delle risorse si finalizzano e si giustificano con questa particolare *mission* costituzionale del servizio.

Tuttavia modernamente, post ideologicamente, ciò non significa pensare che queste rivendicazioni non abbiano anche rilevanti riflessi sulle condizioni di lavoro concrete e sulla stessa vita personale dei magistrati *uti singuli*; che dunque esse non debbano essere assunte e declinate anche sotto questo profilo, trattandosi, lo ribadisco, soltanto delle due facce della stessa medaglia o, forse con miglior metafora, di un centauro, che per metà è cavallo e deve quindi soltanto che correre, ma che per metà è uomo ed ha diritto di vivere.

Il non dimenticare la natura umana del “centauro” è, a mio giudizio, il cuore strategico di un sindacalismo giudiziario “istituzionale” rinnovato.

5. Il nostro compito, domani

Voglio trarre delle conclusioni di queste mie brevi osservazioni e le focalizzo su due questioni: i giovani

magistrati e “oltre Area” ossia sulle possibili politiche di aggregazione interna all'Anm, in vista delle ormai prossime elezioni per il Comitato direttivo centrale.

Quanto alla prima, soprattutto chi vive nelle istituzioni giudiziarie “di base” ossia negli uffici di primo grado e pertanto convive con il ricambio generazionale vede e sa bene quanto sia cambiata e stia cambiando la magistratura italiana.

Tra i vari aspetti di questo cambiamento, quello che in questa sede più ci deve interessare è la pesante disaffezione dei giovani verso l'Anm ed ancor più verso i gruppi associativi (le correnti dell'Anm stessa).

A parte infatti le aggregazioni che sono motivate esclusivamente dalla logica clientelare dello scambio, che ci sono state sempre e che ci saranno sempre, perché questo è nella natura umana, e nella silloge socratica anche i magistrati sono uomini, il resto è in *trend* negativo costante ed apparentemente inarrestabile.

Area è un tentativo forte di cambiare passo e di arrestare il declino della cifra culturale, politica nel senso alto del termine, della magistratura italiana. È uno sforzo *in itinere* che naturalmente chi legge questa *Rivista* si augura abbia il miglior successo possibile.

Ma proprio perché nella sua concezione e nella sua evoluzione, nella sua stessa semantica evocativa, Area vuole essere uno spazio libero e non un nuovo recinto, al contempo chi vi si ritrova dev'essere consapevole che anche nella sua massima espansione ciò comunque non basterebbe.

Per la semplice e dirimente ragione che Area ha anche delle caratterizzazioni precise (Carta dei valori) che sono inclusive in potenza, ma sicuramente non sono, non possono, né vogliono essere totalizzanti.

Del resto Area si muove a sua volta in uno spazio, fisico e morale, di persone e di idee, ben più ampio, che è appunto prima di tutto quello dell'Anm e che peraltro mira ad andare fuori del campo istituzionale giudiziario, verso le altre istituzioni e la società civile.

Quindi Area deve essere, anche, un tramite, una specie di torpedone sul quale far salire i magistrati giovani; quelli che entrano, quelli che sono appena entrati, quelli che entreranno. Deve riuscire, prima e più delle altre aggregazioni associative, a far loro comprendere il valore, intrinseco ed aggiunto, dell'esperienza associativa; deve riuscire a dimostrare che esserne parte non significa acquisire crediti da spendere durante la carriera, ma mantenere viva e vegeta una comunità professionale, che ha questa assoluta particolarità di essere allo stesso tempo, e prioritariamente, il motore principale di una funzione pubblica primaria.

Si tratta dunque di scaldare il cuore dei giovani colleghi, e già questa non è cosa facile, ma anche inescindibilmente di stimolarne l'ingegno e, *not least*, di sedarne le ansie. In sintesi, come *slogan*, si tratta di

riaccreditare l'Anm come la casa comune dei magistrati italiani.

In questo momento storico, diversamente che nei decenni scorsi, tale non è il senso corrente nella magistratura, tantomeno della sua parte più giovane. Ma questa è la strada obbligata da riprendere, in tutti modi che la nostra intelligenza collettiva ci può suggerire.

E peraltro questa strada la dobbiamo fare con gli "altri"; gruppi più o meno storici, più o meno rilevanti, più o meno strutturati; con questi "altri" dovremo viaggiare.

Ecco su questo *tòpos* vado a concludere rapidamente le mie considerazioni.

Non ho vissuto direttamente gli eventi degli ultimi anni di politiche interne dell'Associazione e non ne sono certamente un esperto. Perciò rischerei di scrivere stupidaggini e questo lo voglio evitare. Dico soltanto, un po' seguendo l'istinto e un po' la logica, che se forse nel quadriennio che va a finire non si poteva fare molto altro a livello di vertice Anm, altrettanto ragionevole è pensare che nel quadriennio prossimo qualcosa di diverso si possa fare.

Intendo dire che si può provare a togliere al "fer-

rismo" ed ai nuovi "prodotti associativi" simili la rendita di posizione che hanno avuto in questi anni facendo la politica della "associazione nell'associazione" o peggio ancora del gioco di sponda con le istituzioni della politica governativa.

Credo pertanto che bisognerà fare qualche "patto chiaro" e perciò, senza rinunciare ad alcun principio, che ontologicamente i principi non sono rinunciabili, bisognerà trovare quel compromesso di gestione dell'Anm che appunto la riporti al suo ruolo storico e naturale.

Quindi oltre i dati tuttora "bulgari" di rappresentanza formale, la riconduca ad essere una comunità di persone che, a partire dalla pienamente legittima tutela delle proprie necessità e prerogative, mira alla soddisfazione del primario interesse collettivo al buon funzionamento del servizio giudiziario; che si rinforza al proprio interno e torna ad essere un punto di riferimento nello scenario della vita pubblica italiana; insomma che, orgogliosa del proprio passato, sa muoversi con adeguatezza ed efficacia nel presente; che guarda senza infingimenti e con coraggio al proprio futuro.

I giovani magistrati e l'associazionismo giudiziario

di Rocco Gustavo Maruotti

I magistrati più giovani, se avvertono normalmente il richiamo dell'Anm, vista come "casa comune" e autorevole riferimento identitario, altrettanto normalmente rifuggono, invece, dall'impegno nelle "correnti" che animano l'Associazione. Le ragioni spaziano dalla maggiore maturità delle nuove leve della magistratura (che, per le modalità del concorso, vi approdano in genere a un'età più avanzata rispetto al passato), che induce a scelte mediate e consapevoli, piuttosto che a giovanili entusiasmi; al coinvolgimento delle correnti nel conflitto con la politica, visto come un appannamento, comunque, della "sacralità" della funzione giudiziaria. Ma, soprattutto, ciò che allontana i magistrati più giovani dalle correnti è il malcostume cui esse si sono abbandonate nella gestione del potere di autogoverno, anzitutto nelle nomine a uffici direttivi o altrimenti prestigiosi.

«La libertà non è star sopra un albero, non è neanche avere un'opinione, la libertà non è uno spazio libero, libertà è partecipazione».

(Giorgio Gaber, *La libertà*)

«Qualcuno era comunista perché aveva bisogno di una spinta verso qualcosa di nuovo, perché era disposto a cambiare ogni giorno, perché sentiva la necessità di una morale diversa, perché forse era solo una forza, un volo, un sogno, era solo uno slancio, un desiderio di cambiare le cose, di cambiare la vita.

Qualcuno era comunista perché con accanto questo slancio ognuno era come più di se stesso, era come due persone in una. Da una parte la personale fatica quotidiana e dall'altra il senso di appartenenza a una razza che voleva spiccare il volo per cambiare veramente la vita.

No, niente rimpianti. Forse anche allora molti avevano aperto le ali senza essere capaci di volare, come dei gabbiani ipotetici.

E ora? Anche ora ci si sente come in due: da una parte l'uomo inserito che attraversa ossequiosamente lo squallore della propria sopravvivenza quotidiana e dall'altra il gabbiano, senza più neanche l'intenzione del volo, perché ormai il sogno si è rattrappito.

Due miserie in un corpo solo».

(Giorgio Gaber, *Qualcuno era comunista*)

Svolgo le funzioni di sostituto procuratore da meno di un anno (sono del dm 2013) e, come tanti neo-magistrati, sono entrato in magistratura ormai non più giovanissimo.

L'era dei "giudici ragazzini" (definizione coniata per indicare quei giovanissimi magistrati che, poco più che ventenni, si sono trovati, in un passato neppure

poi così lontano, a fronteggiare i disagi e le difficoltà di uffici giudiziari di frontiera), nel bene o nel male, può ormai dirsi sostanzialmente superata a seguito della trasformazione del concorso in magistratura in un concorso di secondo livello, a cui è possibile accedere soltanto previa acquisizione di un titolo "abilitante". Questo ha comportato, inevitabilmente, un

innalzamento dell'età media dei neo-magistrati, con la conseguenza che ormai si approda alla magistratura con una diversa maturità (quantomeno anagrafica) rispetto al passato e, spesso, con un "bagaglio" di pregresse esperienze lavorative: personalmente, prima di superare il concorso in magistratura, ho lavorato come "precario della ricerca" (prima dottorando poi assegnista di ricerca), dipendente statale (per 13 anni impiegato presso l'Ufficio legale del Ministero per i beni culturali) e come libero professionista (una breve esperienza da avvocato).

Che questo sia un fatto positivo o meno (sul nuovo sistema di reclutamento credo sia arrivato il momento di fare un primo bilancio) non sono ancora in grado di dirlo: di certo c'è che non si arriva più "vergini" all'esercizio delle funzioni giudiziarie, il che, se da un lato può avere come risvolto negativo il fatto di doversi reinventare come lavoratore, affrontando un non semplice "processo di auto-purificazione" che consenta di esercitare, per la prima volta, una funzione statutale, quella giurisdizionale, «*in nome del popolo*» (e non del professore che per cooptazione ti ha messo in cattedra) e in modo «*autonomo e indipendente da ogni altro potere*» (e non dovendo realizzare le linee politico-programmatiche del ministro pro-tempore); dall'altro può avere come risvolto positivo quello di poter contare su una maturità (questa sì non solo anagrafica) fatta di "conoscenze parallele" (nel senso di professionalità acquisite in ambiti diversi da quello giudiziario ma che a questo possono tornare utili), di difficoltà già affrontate (soprattutto nella gestione dei rapporti interpersonali che animano la vita di qualsiasi contesto lavorativo) e di una maggiore consapevolezza di sé come persona, cittadino, lavoratore.

Ciò premesso, a giudicare dall'approccio che i giovani magistrati hanno avuto negli ultimi anni nei confronti dell'associazionismo giudiziario, mi sembra di poter dire che questa "maggiore maturità" è probabilmente una delle ragioni che sta alla base della "maggiore cautela", rispetto al passato, con la quale i neo-magistrati si avvicinano alla dimensione associativa interna alla magistratura.

A tale proposito, è però doveroso operare subito un necessario distinguo: se, infatti, già nel corso del primo anno di tirocinio o, al più tardi, al momento della presa delle funzioni nella prima sede di destinazione, la maggior parte di quelli che qualche collega "anziano" continua a chiamare "uditori" presentano la loro domanda di iscrizione all'Associazione nazionale magistrati; al contrario, almeno nei primi anni di esercizio delle funzioni, soltanto pochi di loro si avvicinano ad una delle associazioni di magistrati, che vengono in gergo chiamate "correnti", e che animano il dibattito interno all'Anm, tant'è che uno dei suoi massimi organi interni, il Comitato direttivo centrale,

come è noto, è composto da magistrati eletti a seguito di elezioni per liste contrapposte ognuna delle quali è espressione proprio di una di queste diverse "correnti".

Le ragioni di questa differenza vanno ricercate, a mio giudizio, nel fatto che, nonostante il complessivo scetticismo che i neo-magistrati nutrono nei confronti del fenomeno associativo interno alla magistratura (scetticismo le cui cause si cercherà di indagare nel prosieguo di queste brevi riflessioni), la stragrande maggioranza di loro continua a vedere nell'Anm quella "casa comune" sotto il cui tetto si continua a percepire quel senso di appartenenza che, per lo meno nei confronti del mondo esterno, fa sentire qualsiasi magistrato italiano più sicuro (e ciò vale a maggior ragione per i più giovani, che, in quanto tali, si percepiscono giustamente come i più esposti alle insidie di un mestiere difficile quale è quello del magistrato), in quanto parte di una grande "famiglia" che, anche grazie all'alto profilo istituzionale che, da sempre, i rappresentanti dell'Anm hanno saputo mantenere nel dialogo con i loro principali interlocutori (*in primis* il Governo e l'avvocatura), gode nell'opinione pubblica di un generale apprezzamento, dovuto soprattutto all'autorevolezza con cui i suoi esponenti intervengono nei dibattiti che riguardano i temi della giustizia e della legalità.

Di contro, per quanto riguarda le ccdd "correnti" – cercando di rifuggire da qualsivoglia tipo di generalizzazione, perché non poche sono le eccezioni –, l'impressione è, invece, che i magistrati reclutati con le ultime procedure concorsuali si sono mostrati complessivamente poco attratti, soprattutto nei primissimi anni di esercizio della professione, dalla partecipazione attiva al dibattito interno alle stesse e, ancor di più, dall'idea di aderire formalmente ad una di esse. Quasi che essere diventati magistrati dopo aver già superato la fase post-adolescenziale ed essere entrati a pieno titolo nell'età matura della vita – il che in molti casi può determinare l'affievolirsi di quelle pulsioni che generalmente caratterizzano il "protagonismo" con cui i giovani stanno nella società e si giocano il proprio ruolo nei contesti in cui operano – induce i neo-magistrati a vivere l'associazionismo giudiziario più da spettatori che, appunto, da "protagonisti".

Con il passare degli anni, infatti, l'istintività cede il passo alla prudenza, l'impulsività alla riflessività, e se questo è certamente un bene per l'esercizio della funzione giudiziaria, dovendo il magistrato fare dell'equilibrio la sua dote principale, di contro, forse, induce anche ad una maggiore riluttanza rispetto all'impegno associativo, impegno che, invece, indubbiamente, richiede anche una certa dose di entusiasmo, direi quasi, per usare le parole di Giorgio Gaber, «*di una spinta verso qualcosa di nuovo ... di uno*

slancio, di un desiderio di cambiare le cose»¹: aderire ad una “corrente” piuttosto che ad un’altra non è un’operazione neutra, poiché richiede la consapevolezza di operare una scelta quantomeno tra diversi modi di intendere l’essere “magistrato” e tra diverse “visioni” sul ruolo che la stessa Anm deve svolgere nei confronti del mondo esterno. Scegliere di aderire ad una “corrente” significa decidere da che parte stare, prendere posizione, schierarsi, e questa scelta di campo, se non si è mossi da un certo “entusiasmo” e dal desiderio di non limitare il proprio orizzonte al limite estremo della propria scrivania, può diventare una scelta difficile da compiere, dietro la quale si rischia di intravedere “cnicamente” più insidie che aspetti positivi.

Questa scelta richiede poi, per essere compiuta con la dovuta consapevolezza, uno sforzo di comprensione del fenomeno associativo: richiede, in altri termini, l’acquisizione di quelle informazioni di base per poter comprendere, ad esempio, il senso dell’esistenza di più associazioni e del perché non è bastevole la sola Anm; la specificità di ognuna di esse e le tematiche sulle quali ognuna di esse concentra la sua attenzione, e così via. E questa comprensione richiede un tempo che può essere più o meno lungo a seconda anche del Tribunale in cui si svolge il tirocinio, dei diversi *input* che da quel contesto si ricevono, nonché dei *tutors* che si incontrano lungo il cammino.

Aderire ad un gruppo vuol dire, infine, molto banalmente, anche essere disposti a sacrificare, di tanto in tanto, un pomeriggio del proprio, già poco, tempo libero per partecipare ad un assemblea in cui può capitare di discutere di temi “alti”, come i diritti, ovvero di questioni che possono apparire di più “bassa cucina associativa” e che, invece, a ben vedere, stanno alla base del corretto funzionamento della Giustizia e, quindi, dell’effettività di quegli stessi diritti, come, ad esempio, l’organizzazione degli uffici.

In poche parole, fare, come suol dirsi, “vita associativa”, vuol dire “processare” il proprio modo di vedere la professione di magistrato, mettersi in discussione, cercare il confronto e, quando serve, mettere il proprio tempo e le proprie residue energie a disposizione di quella che evidentemente si considera una “giusta causa”.

Tutto questo richiede uno sforzo aggiuntivo a quello, già molto grande, che ogni magistrato di prima nomina deve affrontare per imparare ad essere un buon magistrato. E questo già da solo potrebbe spiegare il perché nei giovani magistrati – anagraficamente più grandi dei loro predecessori e, perciò solo, forse più saggiamente consapevoli dei propri limiti –

si riscontra una certa ritrosia nei confronti dell’impegno associativo.

La “maggiore maturità” non è, però, certamente l’unica ragione della, almeno iniziale, “insensibilità” che i neo-magistrati mostrano nei confronti dell’associazionismo giudiziario.

Vi sono, infatti, a mio parere, almeno altre due cause di questo fenomeno: una che riguarda quella che possiamo definire la “sfera esterna” al mondo della magistratura e che ha a che fare con il “confronto/scontro” che si è sviluppato, negli ultimi vent’anni, tra il mondo della politica e quello della magistratura; l’altra, che attiene alla “sfera interna”, che riguarda, cioè, le dinamiche tutte interne al mondo della magistratura e soprattutto alle modalità di gestione del cd “autogoverno”

Quanto alla variabile “esogena”, non solo già molto si è detto e scritto negli ultimi anni, ma la stessa recente cronaca quotidiana propone ancora all’attenzione dell’opinione pubblica l’ormai trito e ritrito tema del “conflitto” tra politica e magistratura (che in realtà tale non è e non potrebbe mai essere visto il nostro assetto costituzionale, nel quale gli ambiti riservati al potere esecutivo e a quello giudiziario sono ben distinti e la “forza” dell’uno è volutamente bilanciata dalla “forza” dell’altro in un gioco di “pesi e contrappesi” che rappresenta il principale baluardo del nostro Stato democratico). Eviterò, pertanto, di soffermarmi sulla natura e sulle cause di tale fenomeno, rinviando sul tema ai “fiumi di inchiostro” già versati da chi, con molta maggiore cognizione di causa di me, lo ha raccontato e descritto. Mi limiterò, perciò, a svolgere qualche breve riflessione sul come e perché, a mio giudizio, questo dibattito (a volte artatamente distorto dai commentatori) sul tema dei rapporti tra “potere esecutivo” e “potere giudiziario” ha inciso sull’approccio sempre più “cauto” che i giovani magistrati hanno avuto nei confronti dell’associazionismo giudiziario.

Chi è entrato in magistratura negli ultimi quindici anni è figlio di un’epoca nella quale la politica, dopo la supplenza esercitata dalla magistratura nei suoi confronti non solo sul piano della legalità ma anche su quello dell’etica pubblica (il riferimento è ovviamente al fenomeno di “Mani pulite” che, soprattutto nei primi anni Novanta del secolo scorso, ha fatto venire allo scoperto le mille “Tangentopoli” d’Italia), ha cercato di recuperare terreno, dapprima mediante un rinnovamento, almeno di facciata, della classe dirigente del Paese – facilitato anche e soprattutto dalla necessità di colmare i vuoti lasciati da un sistema politico (quello della cd “Prima Repubblica”) che si era sgretolato sotto i colpi delle numerose inchieste

1. <http://www.giorgiogaber.org/index.php?page=testi-veditesto&codTesto=255>

giudiziarie – e poi – tradendo gli stessi presupposti sulla base dei quali i nuovi partiti erano riusciti a rimpiazzare la vecchia nomenclatura (*in primis* la lotta alla corruzione) – provando a ristabilire i rapporti di forza con il potere giudiziario, sulla base del mistificante presupposto che quello portato dalle Procure, con le indagini che iniziavano a riguardare anche i “volti nuovi” della “Seconda Repubblica”, fosse un attacco “politico”. Questa operazione si è tradotta in un tentativo di delegittimazione della magistratura che è stata accusata di agire per fini politici. A queste accuse, rivolte soprattutto a quella parte di magistrati che si riconosce in Magistratura democratica (i cui componenti si guadagnarono l’etichetta di “toghe rosse” e che più delle altre associazioni è stata percepita, per la sua matrice “progressista”, come il propulsore di un fantomatico progetto “golpista” volto a contrastare i progetti politici dei nuovi partiti democraticamente eletti), la magistratura, tutta, ha sempre risposto con la dovuta fermezza, ribadendo l’autonomia e l’indipendenza da ogni altro potere, con cui da sempre esercita il suo delicato e severo ruolo di garante del rispetto delle leggi.

Il fronte comune che l’intera magistratura ha fatto per contrastare ogni tentativo di “isolamento” di quei magistrati più esposti agli attacchi di una politica “debole”, e per questo più aggressiva nei confronti di una magistratura che veniva vista come un nemico da battere, ha certamente rappresentato uno dei momenti di maggiore forza dell’associazionismo giudiziario. Agli attacchi esterni l’unica risposta possibile non poteva che essere una forte coesione interna: emblematica fu la richiesta di iscrizione di numerosi magistrati italiani a Magistratura democratica all’indomani della richiesta dell’ex Ministro della giustizia, on. Cesare Previti, all’epoca dei fatti imputato di corruzione, di conoscere i nomi degli aderenti ad Md, quasi a voler redigere un sorta di lista di proscrizione².

Questo “scontro”, mai cercato ma subito dai magistrati italiani, ha, però, a lungo andare, assuefatto l’opinione pubblica, di cui facevano parte anche quei giovani poi divenuti magistrati negli ultimi dieci anni, al punto che, una volta entrati in magistratura, la loro comprensibile reazione è stata quella di “non volerne più sapere” di quel clima di conflittualità e di tenersi, perciò, il più possibile lontano da quelle realtà, le “correnti”, che, nell’immaginario collettivo, incarnavano ormai quella parte della magistratura che era stata trascinata sul terreno dello scontro con la parte peggiore della politica italiana e che, per ciò solo, aveva in qualche modo scalfito, suo malgrado, quell’aurea di “sacralità” da cui si pensa la magistratura debba essere avvolta. Le conseguenze peggiori di tale fenomeno

le ha pagate proprio Magistratura democratica, scelta dalla propaganda politica come il capro espiatorio su cui far ricadere ogni colpa. Il vento per fortuna è cambiato e la storia ha reso giustizia dei torti subiti: basti pensare che nonostante tutti e tre i pubblici ministeri che, con l’inchiesta denominata “Mafia Capitale” (il cui processo ha preso avvio proprio in questi giorni) hanno “messo alla sbarra” un intero pezzo della politica capitolina, siano iscritti a Md o al Movimento per la giustizia, a nessuno è venuto in mente, per ciò solo, di mettere presuntivamente in discussione il loro operato, cercando di strumentalizzare la loro appartenenza alla parte più progressista della magistratura italiana.

È anche questo, si spera, un segnale che il clima sta cambiando e che, prima o poi, le scorie dell’ultimo ventennio di attacchi (questi sì politici) alla magistratura, saranno il lontano e sbiadito ricordo di una democrazia ancora incompiuta. L’effetto di tutto ciò non potrà che essere positivo anche per quanto riguarda l’approccio che i futuri magistrati avranno nei confronti delle “correnti” in generale e di Md in particolare.

Venendo, invece, ora a quella che ho definito la causa “endogena” della ritrosia che i magistrati di prima nomina, e negli ultimi tempi non solo loro, hanno dimostrato nei confronti delle “correnti”, essa va individuata senz’altro nella non sempre brillante prova di sé che le stesse hanno dato sul piano soprattutto della coerenza tra quanto professato pubblicamente e quanto praticato nel segreto delle stanze di Palazzo dei Marescialli, soprattutto sul tema delle nomine dei dirigenti degli uffici giudiziari, dei consiglieri di casazione e dei componenti di uffici quali il Massimario.

A questo proposito mi torna alla mente la e-mail che il 22 marzo 2014, alla vigilia delle primarie per la scelta dei candidati di Area al Csm, il collega Giuseppe Cascini inviò sulla mailing-list «nuovarea» e che, molto probabilmente, gli valse la mancata elezione. In quella e-mail Cascini, con il suo solito stile diretto e che non lascia margine alcuno a qualunque tipo di compromesso al ribasso, denunciava i due mali di cui è affetto il governo autonomo della magistratura e che egli individuava nel correntismo e in quello che definiva il suo “figlio (in)naturale”, il localismo. Scriveva Cascini: «*La percezione diffusa, nella magistratura e nel Paese, è che molte decisioni del Csm siano ispirate da logiche di appartenenza, di corrente o di territorio. Non mi pare utile in questa sede discutere in che misura tale percezione corrisponda alla realtà, in quanto essa è troppo diffusa e troppo radicata per poter essere frutto solo di un malinteso o di una generica demagogia antipolitica. E anche perché è*

2. http://archiviostorico.unita.it/cgi-bin/highlightPdf.cgi?t=ebook&file=/golpdf/uni_2002_07.pdf/11POL06A.PDF&query=il%20Cdr

*una percezione che colpisce anche me, quando vedo nomine a “pacchetti” approvate all’unanimità o ritardi nella copertura di posti direttivi chiaramente finalizzati al raggiungimento del numero magico di quattro. Mi pare più utile, e più interessante, riflettere sulle ragioni del fenomeno, cercare di esplorarne le cause e di individuare i possibili rimedi ... In queste settimane, infatti, mi sono chiesto come sia possibile che magistrati seri, irreprensibili, persone di grande livello morale e culturale, giunti al Csm, finiscano per partecipare, più o meno consapevolmente, di tali logiche. Cosa sarebbe: una mutazione genetica legata alla istituzione? Un virus che alligna nel palazzo di Piazza Indipendenza? Oppure è una cosa che ci riguarda (e ci interroga) tutti?... Dobbiamo cioè domandarci quanto di quel virus ci sia anche dentro ognuno di noi e quanto ciò possa contribuire ad alimentare, negli elettori e negli eletti, una malintesa idea della rappresentanza». In quella stessa e-mail Giuseppe Cascini indicava anche quella che, secondo lui, è la strada da percorrere per sconfinare il virus del correntismo: «*anteporre l’interesse dell’Istituzione all’interesse degli aderenti al proprio gruppo e scegliere sempre le persone più adeguate per i posti a concorso, indipendentemente da ogni logica (o pregiudizio) di appartenenza, di territorio, oltre che da ogni pressione o sollecitazione che venga dalla base*». In poche parole assumere il “merito” come unico criterio nella scelta del candidato più*

idoneo a ricoprire un posto direttivo o semi-direttivo, operazione che richiede evidentemente un cambiamento radicale, una rottura netta e visibile delle logiche correntizie.

In questi primi due anni in magistratura ho percepito con assoluta chiarezza che per le nuove leve della magistratura è proprio questo il terreno sul quale i gruppi associativi si giocano la loro credibilità. Sebbene, infatti, i giovani magistrati, quantomeno per motivi anagrafici, non siano interessati in modo diretto dalle nomine dei dirigenti degli uffici giudiziari non potendovi concorrere, tuttavia gli stessi sin da subito, nel rapportarsi con il dirigente dell’ufficio di prima destinazione (sia esso il procuratore o il presidente del Tribunale) hanno modo di cogliere l’importanza che la scelta dei dirigenti degli uffici riveste per il buon funzionamento degli uffici stessi e di conseguenza per il loro lavoro. Il superamento di logiche correntizie che mortificano il merito si impone, pertanto, come un imperativo categorico. In questa direzione sembra muoversi il nuovo «Testo unico sulla dirigenza giudiziaria»³. Si tratta adesso di vedere come dalle parole si passerà ai fatti, nella consapevolezza che su questo terreno le “correnti” si giocano la sfida più importante, perché la gestione corretta e trasparente dell’autogoverno è l’unica strada per ristabilire, su basi nuove, il dialogo con i giovani magistrati e per costruire un futuro credibile per tutta la magistratura

3. http://www.csm.it/circolari/110707_5.pdf.

Ordinamento, associazionismo, correnti: impressioni di un magistrato ordinario in tirocinio

di Tommaso Giovannetti

C'è una parola che descrive bene il rapporto tra il magistrato ordinario in tirocinio e tutto ciò che riguarda l'ordinamento giudiziario, il mondo dell'associazionismo ed il fenomeno delle correnti: distanza.

Distanza da alcuni poi coltivata come un bene da preservare; da altri vista come un vuoto da colmare; da altri ancora vissuta con sostanziale indifferenza. Generale è, comunque, nei nuovi magistrati il genuino desiderio di imparare e di formarsi professionalmente, sia pure con attenzione quasi esclusiva agli aspetti tecnico-giuridici della formazione e con assai scarso interesse per le implicazioni del quadro ordinamentale in cui il magistrato si colloca.

Per sollecitare il loro interesse su quest'ultimo versante, potrebbe essere preziosa la partecipazione ai momenti di discussione che si svolgono nell'ambito dei gruppi associativi, come l'autore ha avuto modo di sperimentare di persona avvicinandosi a uno di essi.

1. Nelle righe che seguono cercherò di offrire il punto di vista di un magistrato ordinario in tirocinio (per brevità, Mot) rispetto alle tematiche dell'ordinamento giudiziario, dell'associazionismo giudiziario e delle correnti. Si tratta, evidentemente, di considerazioni svolte a titolo del tutto personale, che non pretendono in alcun modo di rappresentare il pensiero generale dei miei colleghi. Tale premessa – per quanto ovvia – mi pare nondimeno doverosa, non solo perché il mondo dei Mot è caratterizzato da quella eterogeneità di sensibilità e di pensiero che deriva (ed è costituzionalmente garantita) dal sistema di selezione attraverso il concorso pubblico, ma anche perché la ormai quasi decennale vigenza di un sistema di accesso alla magistratura che prevede, quale condizione per la partecipazione al concorso, il possesso di requisiti ulteriori rispetto alla laurea in giurisprudenza ha presumibilmente contribuito ad arricchire e consolidare sensibilità e pensieri, appunto, diversi. In altre parole, il fatto che ciascuno dei nuovi magistrati abbia necessariamente vissuto, prima di entrare in magistratura, esperienze professionali variegata nell'ambito dell'avvocatura, della

pubblica amministrazione, della formazione universitaria e post-universitaria amplifica, in qualche modo, quel tasso di eterogeneità che è naturalmente proprio della vasta popolazione concorsuale, rendendo impossibile – oltre che non corretto – pretendere di generalizzare impressioni e riflessioni che appartengono al singolo.

Le brevi considerazioni che, in modo più alluvionale che sistematico, cercherò di svolgere scontano quindi una “parzialità” che, nel mio caso, è alimentata dalle precedenti esperienze universitarie nel campo del diritto costituzionale, settore – come noto – particolarmente sensibile alle tematiche dell'ordinamento giudiziario. Allo stesso tempo tenterò – con gli inevitabili margini di errore che ogni forma di generalizzazione comporta – di descrivere quelle che a me sono parse essere le impressioni generali e le riflessioni diffuse tra i miei colleghi sui temi, appunto, dell'ordinamento, dell'associazionismo e delle correnti. Nel corso dei diciotto mesi di formazione appena conclusi non sono, in effetti, mancati momenti di confronto su queste tematiche, tanto nel corso del quotidiano svolgimento del tirocinio negli uffici giudiziari, quan-

to in occasione delle settimane di formazione presso la Scuola superiore di Scandicci.

2. C'è una parola che, a mio avviso, descrive sinteticamente e brutalmente il rapporto tra il magistrato ordinario in tirocinio e tutto ciò che riguarda l'ordinamento giudiziario, il mondo dell'associazionismo ed il fenomeno delle correnti nel momento in cui il Mot fa il suo ingresso in magistratura: distanza.

Il dato in sé, nella sua cruda oggettività, non dovrebbe stupire.

Il vincitore di concorso, smaltita l'euforia per il successo conseguito, entra in un mondo che gli è, di fatto, sostanzialmente ignoto.

In primo luogo, il Mot non si è mai, o quasi mai, confrontato direttamente con le questioni relative all'ordinamento giudiziario, nell'immaginario collettivo tendenzialmente (e nella migliore delle ipotesi) percepito solo come “una” delle diciassette materie da studiare per l'orale, e più frequentemente considerato come “la diciassettesima materia”, al pari dell'informatica giuridica. Percezione che – sia detto per inciso – appare invero confortata dall'atteggiamento dello stesso legislatore, che ha collocato gli “elementi di ordinamento giudiziario” nella penultima posizione dell'elenco delle materie oggetto dell'esame orale, al pari, appunto, degli elementi di informatica giuridica ed appena prima dell'ultima e – con approccio tipicamente italico – bistrattata lingua straniera. Per quanto non esplicitato, appare infatti evidente che il criterio ordinatorio seguito dall'art. 2 del dlgs 160 del 2006 risulta fondato su un'implicita valutazione dell'importanza relativa delle materie ivi indicate, e sembra quantomeno singolare che l'ordinamento giudiziario, anziché essere combinato, *ratione materiae*, con il diritto costituzionale, sia destinato ad affiancare, in base ad un irrintracciabile *fil rouge*, l'informatica giuridica. Se certo non si può pretendere da coloro che stanno per fare il loro ingresso nel mondo della magistratura una conoscenza puntuale delle norme ordinarie che ne regolano il funzionamento, sarebbe forse opportuna una rivalutazione di una materia che contribuisce a disegnare i contorni della funzione che auspicabilmente si andrà a svolgere e che offre non secondari elementi di riflessione sul ruolo del magistrato e sulla posizione della magistratura all'interno dell'ordinamento statale.

Ad ogni modo, se la conoscenza che il Mot ha dell'ordinamento giudiziario è essenzialmente ridotta a quel poco che risulta da un sommario studio delle carte in vista dell'esame orale, credo possa dirsi che la percezione che i neo-magistrati hanno dell'associazionismo e, soprattutto, delle correnti sia ancor più frammentaria ed episodica.

Provo a spiegarmi meglio.

Che l'Anm esista è senz'altro noto ad ogni neo-magistrato: cosa davvero sia, come funzioni, quali compiti si prefigga e quali strumenti utilizzi per perseguire tali scopi credo sia ignoto alla larghissima maggioranza – per non dire la quasi totalità – dei magistrati in tirocinio. Dell'Anm si conosce, in linea di massima, quello che si legge sui giornali o che si ascolta nei telegiornali. Non credo di essere troppo lontano dal vero se dico che quasi nessun neo-magistrato ha mai avuto modo di leggere direttamente un comunicato della Giunta, un parere su riforme legislative approvate dal Parlamento, le osservazioni formulate dalle Commissioni di studio dell'Associazione nella fase della gestazione della legge o la trascrizione delle audizioni dei rappresentanti dell'Anm nelle commissioni parlamentari. Pochi, credo, sono i giovani neo-magistrati che conoscono il codice etico adottato dall'Associazione.

In una parola, la fonte di conoscenza primaria, e nella maggior parte dei casi esclusiva, dell'impegno dell'Associazione nazionale magistrati è quella giornalistica, la quale ultima – anche nei casi in cui l'attività di informazione sia svolta nel modo più serio e completo – certo non può bastare a dare una visione a tutto tondo della realtà e della complessità del fenomeno associativo.

Discorso sostanzialmente analogo credo possa farsi con riferimento alle correnti. In questo caso, anzi, esso potrebbe essere ancor più radicalizzato. In altre parole, mi pare di poter dire che la conoscenza che i neo-magistrati hanno del fenomeno delle correnti sia ancor più lacunosa di quella che essi hanno dell'attività dell'Anm. In generale, e salvo le eccezioni che certamente esistono, al momento dell'ingresso in magistratura solo approssimativamente si conoscono le singole correnti, la loro storia, le loro caratteristiche e financo le loro denominazioni. Si ha una percezione vaga dell'esistenza del fenomeno, mediata essenzialmente dalle non sempre edificanti rappresentazioni che di esso danno gli organi dell'informazione. È ovvio come rispetto a tali rappresentazioni il neo-magistrato non abbia a disposizione strumenti conoscitivi alternativi attraverso cui potersi costruire una visione (fosse anche solo parzialmente) diversa o concorrente, a meno che non abbia coltivato, per ragioni contingenti e personali, un interesse specifico in proposito.

3. La condizione di oggettiva distanza e tendenziale estraneità del Mot, *prima* di entrare in magistratura, rispetto alle tematiche dell'ordinamento, e più ancora del fenomeno associativo in generale e delle correnti in particolare mi pare, in sostanza, un dato oggettivo in principio ineliminabile ed in larga misu-

ra comprensibile. Si tratta, quindi, di capire che cosa avviene una volta superata la soglia del concorso.

È ovvio che ciascun neo-magistrato, affacciandosi nel suo nuovo mondo professionale, declina questo dato oggettivo in modo diverso. Da questo punto di vita, mi pare di poter dire che i modi di vivere l'evocata, iniziale distanza siano riconducibili a tre tipologie di approccio e di comportamento: a coloro che "coltivano" questa distanza come un bene si contrappongono coloro che detta distanza cercano di ridurre e di colmare, ed a queste due condizioni "estreme" si affianca quella di quanti sembrano mostrare una sostanziale indifferenza rispetto ad essa.

Non avendo a disposizione nessun dato statistico derivante da indagini sistematiche o a campione, mi pare di poter dire che l'atteggiamento più diffuso tra i miei colleghi sia, soprattutto con riferimento alle questioni ordinamentali e all'attività dell'Anm, quello di una generica indifferenza, alla quale non è del tutto estranea una venatura di sospetto e diffidenza quando il discorso lambisce il tema delle correnti.

Non è questa la sede, né pretendo di avere gli strumenti, conoscitivi e di esperienza concreta, per spiegare le origini di questa indifferenza/diffidenza, e tantomeno sono in grado di dire se si tratti di un dato tradizionalmente proprio dei neo-magistrati di ogni periodo storico o costituisca, viceversa, un elemento nuovo, o quantomeno più diffuso rispetto al passato, e caratteristico delle nuove generazioni di giudici. A titolo meramente ipotetico, si potrebbe pensare che i giovani che fanno oggi il loro ingresso nel mondo giudiziario si sono formati in un contesto ed in un momento storico – tra la seconda metà degli anni novanta ed il primo decennio del nuovo millennio – in cui si è sempre più apertamente manifestato nella società un distacco crescente nei confronti degli organi e degli istituti rappresentativi e una contestazione sempre più accentuata della politica e di tutto ciò che ad essa è più o meno confusamente riconducibile. In una situazione generale di questo tipo, la prevalente rappresentazione giornalistica che vede nelle correnti i "partiti dei magistrati", dediti esclusivamente alla spartizione degli incarichi ed alla gestione delle posizioni di potere, e che raffigura l'Anm come il "sindacato dei giudici", attestato su posizioni di difesa corporativa degli associati, contribuisce probabilmente a consolidare un certo disincanto e/o disinteresse nei confronti di una porzione del mondo (professionale) nel quale si è appena entrati.

Comunque lo si voglia connotare, questo atteggiamento di tendenziale indifferenza appare fortemente contrastante con il generale entusiasmo ed il sincero desiderio di imparare che sono propri della totalità dei neo-magistrati. Sembra, cioè, che tutte le

energie dei Mot risultino convogliate lungo i binari dell'apprendimento del mestiere, inteso come acquisizione degli strumenti che consentano loro – assieme al patrimonio di conoscenze teoriche acquisito nel più o meno lungo periodo di studio e di preparazione al concorso – di affrontare nel miglior modo possibile le difficoltà del nuovo lavoro.

Che questa sia l'idea più diffusa tra i Mot mi pare ricavabile da un duplice dato.

Il primo riguarda la diffusa convinzione – diffusa quantomeno all'inizio del tirocinio, e forse parzialmente erosa dall'esperienza concreta delle settimane fiorentine – per cui l'attività più proficua e utile – ma potrei dire l'unica attività proficua ed utile – sia quella svolta negli uffici giudiziari a fianco dell'affidatario, mentre con un certo scetticismo e freddezza sono visti i periodi di formazione presso la Scuola superiore.

Il secondo concerne il modo con cui sono state percepite e affrontate proprio quelle sessioni di formazione dedicate a questioni apparentemente "generali" e "lontane" dall'esercizio quotidiano della giurisdizione come quelle che hanno avuto ad oggetto una riflessione sul ruolo del giudice e sulla posizione, sulle responsabilità e sulla funzione della magistratura nel quadro complessivo dell'ordinamento costituzionale.

La mia personale – e fallibile – percezione delle impressioni diffuse tra i miei colleghi mi conduce a ritenere che si sia trattato di incontri caratterizzati da una partecipazione molto meno attenta e attiva al dibattito rispetto a quanto avvenuto in occasione delle sessioni dedicate a temi di diritto processuale e sostanziale. In altre parole, la sensazione che mi è capitato di provare è che, in generale, la fortissima (e doverosa) cura degli aspetti tecnici della preparazione individuale non sia sempre accompagnata da un altrettanto vivo interesse nei confronti dei meccanismi e delle dinamiche del quadro ordinamentale in cui il magistrato si muove.

Devo precisare che questo non significa che nelle occasioni di formazione presso la Scuola superiore o in quelle di formazione decentrata – la mia esperienza diretta è quella della Corte di appello di Roma – non siano mancati i richiami al senso globale del mestiere di magistrato: spesso è, infatti, capitato che, con parole efficaci e dirette, siamo stati chiamati a riflettere sul significato del lavoro del giudice, sulla responsabilità che grava su ciascuno di noi nello svolgimento quotidiano delle nostre funzioni, sul peso che le nostre decisioni in diritto hanno sulla vita concreta delle persone.

Non dubito che i miei colleghi siano pienamente consapevoli di questo, e del fatto che il lavoro di magistrato debba essere concepito e vissuto come svolgimento di un servizio e non come esercizio di un po-

tere¹. Tuttavia, muovendo i primi passi dentro questo mestiere credo di aver iniziato a mettere a fuoco qualcosa che prima restava sullo sfondo, vale a dire la consapevolezza che per fare al meglio il proprio lavoro individuale non è sufficiente una solida preparazione tecnico-giuridica, né può bastare quella dedizione che il Csm ha declinato nei bei noti parametri dell'impegno, della laboriosità, della diligenza e dell'equilibrio, ma serve qualcosa di più: in una parola, è necessario che il sistema nel quale il singolo opera garantisca la possibilità di svolgere al meglio le proprie funzioni e la certezza che il frutto del suo lavoro non sia posto nel nulla.

Nel mio caso, alla maturazione di questa consapevolezza ha contribuito anche l'avvicinamento all'associazionismo giudiziario.

4. Sul punto, devo premettere che la mia esperienza personale è stata quella di un volontario avvicinamento a Magistratura democratica, determinato dal desiderio – e diciamo pure da una certa curiosità – di conoscere dall'interno un'esperienza culturale e giuridica con la quale ero venuto episodicamente a contatto nella mia precedente attività universitaria. Da questo punto di vista il mio caso risulta, forse, tutt'altro che emblematico. Ciò che è certo è che questo desiderio di capire cosa sia davvero una "corrente" – quantomeno la corrente di Md – è stato da me condiviso con non più di due colleghi di concorso appartenenti alla Corte di appello di Roma: non so dire quanti dei restanti ottanta colleghi Mot si siano avvicinati alle altre correnti.

Le mie prime partecipazioni alle riunioni hanno coinciso non solo con le ultime settimane di campagna elettorale in vista delle imminenti elezioni per il Csm, ma anche – e forse soprattutto – con le fasi immediatamente precedenti alla nascita "istituzionale" di Area. Senza entrare nel merito degli argomenti affrontati nelle singole riunioni, ciò che posso dire di aver tratto da esse è proprio la percezione diretta della complessità del mestiere di magistrato, del suo essere fatto di impegno individuale nel quotidiano esercizio della giurisdizione e di partecipazione (vorrei dire) "dal basso" al governo autonomo della magistratura. Detto altrimenti, assistere al dialogo e al confronto di idee tra i magistrati presenti alle riunioni di "corrente" o di "movimento"² mi ha dato la misura concreta

della compenetrazione tra la dimensione *individuale* del lavoro e la dimensione *collettiva* dell'impegno condiviso nella garanzia (e nella costruzione) delle condizioni attraverso le quali rendere possibile un migliore esercizio della giurisdizione. Da queste riunioni sono, insomma, uscito con la convinzione che il magistrato che si dedichi in via esclusiva e totalizzante alla gestione del proprio ruolo fa soltanto una parte del suo lavoro, una parte – ovviamente – fondamentale e per certi versi primaria, ma non esaustiva della funzione che gli è attribuita.

La compenetrazione tra dimensione individuale e dimensione collettiva mi pare, d'altra parte, iscritta nelle stesse fondamenta dell'assetto costituzionale della magistratura ed in qualche modo imposta dal costituente ai componenti dell'ordinamento giudiziario, laddove si è voluto riservare ad un organo formato per 2/3 da togati il compito di regolare i molteplici aspetti della vita professionale del magistrato e l'onere di garantire l'indipendenza interna ed esterna del suo agire: se nessun dubbio può esserci sul fatto che il governo autonomo rappresenti forma e strumento di garanzia dell'indipendenza della magistratura dagli altri poteri dello Stato, mi pare che con tale condivisibile e lungimirante scelta il costituente abbia in qualche modo anche reclamato dal singolo magistrato un impegno in tal senso.

È stato, quindi, anche grazie alle riflessioni svolte nel corso di queste riunioni che mi è apparsa più chiara la necessità che il circuito complessivo dell'autogoverno sia in grado – ed abbia il coraggio – di stigmatizzare comportamenti di singoli che non rispondono alle esigenze di equilibrio, laboriosità e professionalità necessarie per lo svolgimento del servizio della giurisdizione; ed è stato nel corso di questi incontri che ho cominciato a percepire cosa significhi, e quanto serva, un ente rappresentativo della categoria che sia in grado di coniugare la funzione di tutela delle aspettative della magistratura con quella di laboratorio di proposte e di idee da presentare al circuito istituzionale nell'ottica del miglioramento delle condizioni della giurisdizione.

5. Le considerazioni sin qui abbozzate mi portano a svolgere una banale riflessione conclusiva: se il periodo di tirocinio è concepito come un lungo momento di formazione del neo-magistrato durante

1. Che questo debba essere il senso più profondo del lavoro di magistrato mi pare sia efficacemente sintetizzato nelle parole che Guido Galli scrisse nel 1957 in una lettera indirizzata al padre: «*Perché vedi, papà, io non ho mai pensato ai grandi clienti o alle belle sentenze o ai libri: io ho pensato, soprattutto, e ti prego di credere che dico la verità come forse non l'ho mai detta in vita mia, a un mestiere che potesse darmi la grande soddisfazione di fare qualcosa per gli altri*».

2. Se "Area" appartenga alla prima o alla seconda categoria non mi è ancora del tutto chiaro, ma forse è ancora troppo presto per dirlo (ammesso che ad una definizione sia necessario arrivare).

il quale questi deve – nei limiti del possibile – acquisire la capacità di usare gli strumenti del mestiere e capire quali difficoltà lo aspettano e quali mezzi ha a disposizione per affrontarle in concreto, lo spazio dato a quella dimensione complessa della professione di magistrato consistente nella sua partecipazione (verrebbe da dire “costituzionalmente imposta”) al governo autonomo è risultato del tutto marginale.

La mia esperienza personale è stata quella – invero assai fortunata – di trovare prima di tutto nei miei affidatari la disponibilità e la voglia di affrontare anche le questioni dell’ordinamento e dell’associazionismo, nonché di indicarmi la strada e le occasioni per approfondirli: ma si tratta, appunto, di un’esperienza del tutto personale, che se trova riscontro in quella di altri miei colleghi, certo non può dirsi generalizzata. Si tratterebbe, forse, allora, di prevedere più frequenti e dirette occasioni di confronto sulle tematiche dell’amministrazione della giurisdizione nelle quali coinvolgere in modo più strutturato i neo-magistrati.

Ad onor del vero, la Scuola superiore della magistratura ha effettuato qualche embrionale tentativo in tal senso, con gli esiti non del tutto confortanti cui ho fatto sinteticamente riferimento in precedenza.

L’Anm, dal canto suo, ha organizzato – quantomeno nella sezione romana – un incontro di presentazione dei suoi componenti e della sua attività, nonché una iniziativa di apertura dei tribunali agli studenti delle scuole medie superiori nelle quale ha coinvolto – direi con discreto successo – i magistrati ordinari in tirocinio. Queste giuste e apprezzate iniziative potrebbero essere accompagnate da ulteriori forme di coinvolgimento. Per fare soltanto un banalissimo esempio, “istituzionalizzare”, in qualche modo, l’iscrizione del magistrato in tirocinio nella *mailing list* dell’Associazione – fatto salvo, naturalmente, il diritto di non acconsentire all’inserimento del proprio indirizzo – potrebbe rappresentare un utile canale di diffusione tra i neo-magistrati del contenuto dell’attività dell’Anm e un modo per far conoscere ai nuovi giudici l’ampiezza – ed in certi casi la durezza – del dibattito che si sviluppa tra le varie anime della magistratura sui temi del governo autonomo e non solo.

Con riferimento alle correnti, a quanto mi consta i primi contatti tra queste – o quantomeno tra alcune di esse – ed i Mot sono consistiti nell’organizzazione di incontri specificamente dedicati alle tematiche presumibilmente di interesse dei neo-magistrati, dapprima nell’imminenza della scelta delle sedi e delle funzioni e, successivamente, in prossimità del conferimento di queste.

Si tratta certamente di iniziative condivisibili e apprezzate, ma forse, anche su questo fronte, si potrebbe osare qualcosa di più.

Per combattere quella sensazione di diffidenza di cui ho parlato e, insieme, evitare che il primo ed

esclusivo contatto tra il neo-magistrato e le correnti si riduca ad un’attività di mero ausilio nel trovare soluzioni immediate ai problemi che il singolo di volta in volta si trova di fronte – nel caso dei Mot, appunto, la scelta della sede e la presa di funzioni –, si potrebbero immaginare e praticare forme di coinvolgimento aperto e trasparente dei nuovi magistrati su tutte le questioni che riguardano la magistratura, l’ordinamento e l’autogoverno.

In altre parole, per sgombrare il campo dal rischio (e dall’equivoco) che la corrente sia percepita dai nuovi magistrati solo come un soggetto cui rivolgersi nel momento del bisogno – a meno che, ovviamente, a questa logica non si intenda limitare il senso di essa – sarebbe probabilmente opportuno offrire a tutti i Mot, attraverso canali di comunicazione trasparenti e diretti, la possibilità e l’occasione di sperimentare in prima persona il funzionamento di ciascuna corrente, e il senso della sua attività.

Mi rendo conto che il crinale è scivoloso, e che rivolgere ai neo-magistrati un invito a partecipare ad una riunione di corrente o ad essere iscritto nella relativa *mailing list* possa prestare il fianco a critiche e sospetti di porre in essere tentativi di cooptazione o proselitismo. Ma la logica da seguire sarebbe tutt’altra, trattandosi piuttosto di creare occasioni per far maturare in coloro che si affacciano in una realtà sconosciuta la consapevolezza della complessità del sistema di cui si è parte e dare a tutti la sensazione (e la possibilità) di contribuire a migliorarlo. Ciascuno sceglierà la propria strada o non ne sceglierà nessuna, ma lo farà avendo avuto la possibilità concreta di farsi un’idea autonoma fondata su un’esperienza diretta.

6. Da ultimo, solo poche battute sulla Scuola superiore della magistratura. Ormai da qualche anno essa costituisce una parte quantitativamente importante del primo contatto del neo-magistrato con il mondo giudiziario. Una porzione non marginale – in termini prima di tutto temporali – della formazione iniziale si svolge nelle aule di Scandicci. Non credo di sbagliarmi se dico che essa è vista con scetticismo e diffidenza da una parte considerevole dei magistrati che lavorano negli uffici giudiziari presso i quali i Mot svolgono il tirocinio, scetticismo che talvolta diventa critica aperta e incondizionata ad un’istituzione che – si ritiene – allontana i giovani dall’attività quotidiana dell’ufficio per somministrare loro un inutile supplemento di nozioni, a chilometri di distanza dall’unico luogo in cui si impara il mestiere di magistrato, vale a dire il tribunale. Una parte considerevole dei miei colleghi ha iniziato l’esperienza del tirocinio con una convinzione – mi è parso – analoga.

La mia opinione è assai diversa, e credo che almeno alcuni dei miei colleghi inizialmente più scet-

tici abbiano, col tempo, cambiato idea. Non è questa la sede, né è mio compito, scandagliare pregi e difetti della Scuola e dell'attività che essa cura. Né si può negare che tale attività sia tuttora suscettibile di miglioramenti. Ma nell'economia delle considerazioni che ho confusamente cercato di svolgere, un elemento mi preme evidenziare: l'esperienza delle settimane vissute alla Scuola, dalle sessioni di formazione in plenaria alle riunioni nei gruppi di lavoro più ristretti, passando attraverso le pause tra le une e le altre, hanno costituito non soltanto un'occasione unica di arricchimento e di apprendimento attraverso il confronto e la condivisione critica delle esperienze che ciascuno di noi ha

progressivamente maturato negli uffici di provenienza, ma sono state anche un modo per sperimentare in concreto il valore insostituibile del dialogo diretto con i colleghi su tutte le questioni che riguardano il lavoro di magistrato. Una formazione iniziale che passi anche attraverso momenti di confronto a più voci, fuori dai confini del proprio ufficio giudiziario, mi pare una strada quanto mai opportuna, e giusta, per trasmettere ai giovani magistrati la misura della complessità del proprio mestiere e per farli crescere professionalmente nella consapevolezza che ciascuno può dare il proprio contributo al miglioramento del servizio che ogni magistrato è chiamato a svolgere.

La prospettiva Anm. Area e le elezioni per il CdC, proposte per un programma. Non confondersi con il neo-corporativismo

di Valerio Savio

L'enorme rilievo delle elezioni per il CdC – Sullo sfondo del dilemma culturale di sempre “magistrati o funzionari?”, l'Anm ad un bivio storico: sposare o rifiutare la deriva neocorporativa. Il rischio che le spinte neo-corporative si saldino con le aspettative di larga parte delle forze politiche ad un ridimensionamento del protagonismo politico-istituzionale della magistratura. L'idea di giurisdizione che dobbiamo combattere. Gli impraticabili “carichi esigibili”: incompatibili con l'idea stessa di giurisdizione quale potere costituzionale inerente la sovranità dello Stato, volano e simbolo della resa senza condizioni alla definitiva burocratizzazione della magistratura, leva su cui fondare la mutazione genetica della natura e della funzione dell'Anm. Per Area l'esigenza identitaria di non confondere la sua proposta con nulla che li richiami. Le linee di un programma che rifiutando il neocorporativismo e mantenendo il profilo “storico” dell'associazionismo nella difesa degli assetti costituzionali della giurisdizione accetti la sfida di una Anm impegnata con forza sulle condizioni di lavoro così come sulla questione morale e sull'autoriforma del governo autonomo. Per Area in Anm, tre linee guida: operare in primo luogo per restare al governo dell'Associazione cercando la più ampia convergenza possibile, mediare ma senza compromessi con il corporativismo, rivendicare il valore storico, per la giurisdizione, di ciò che si è fatto nell'alleanza con UpC. La composizione della lista. La natura e la gravosità dell'impegno del singolo in CdC ed in Gec.

«Le elezioni per il CdC dell'Anm sono di strategico rilievo per l'associazionismo giudiziario e per l'intera Magistratura».

Lo si dice ogni volta, ed è vero ogni volta, da decenni.

Il prevalere in Anm di un indirizzo e di una cultura politico-associativa, o di un'altra, può spostare molto nel modo di essere e di porsi della magistratura, e può alla fine determinare molto in ordine agli assetti costituzionali ed ordinamentali della giurisdizione. Da come l'Anm prende posizione, da come comunica, da come si pone sullo scenario politico-istituzionale, può infatti dipendere molto di ciò che sulla giurisdizione, prima ancora che sulla magistratura, si va a dire, ad approvare o non approvare.

Se le ormai famigerate *correnti* sono perennemente sotto il fuoco della critica, interna ed esterna,

e *godono di cattiva stampa*, citate quale crogiuolo e sentina di ogni male pressoché in ogni analisi sulla Giustizia (noi stessi sempre più pudicamente le chiamiamo “gruppi”), l'Anm, nonostante sia tuttora indiscutibilmente anche la loro *casa comune*, è infatti invece tuttora generalmente riconosciuta nel discorso pubblico come l'autorevole “voce” della magistratura tutta. L'Anm è invitata quale interlocutore rappresentativo dei magistrati unitariamente considerati in ogni contesto, che sia una Commissione parlamentare per l'audizione su di un disegno di legge, che sia un Congresso forense o in genere professionale, un convegno accademico su temi tecnici, una manifestazione di Libera o un talk show televisivo, o l'inaugurazione di un Centro per la difesa dei diritti al serpentone di Corviale all'estrema degradata periferia di Roma. Il presidente della Repubblica riceve l'Anm al Quirina-

le come una istituzione più che come un sindacato, e non manca da anni ai suoi Congressi. Il presidente ed il segretario Anm sono ormai da tempo, per le leggi che regolano i media, immancabili e necessari protagonisti del dibattito pubblico, ed hanno una esposizione mediatica elevatissima (e delicatissima da gestire). L'InterMagistrature, Comitato che raccoglie magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, riconosce all'Anm una obiettiva *leadership* nell'interlocuzione sindacale e nella rappresentanza unitaria di tutte le magistrature. Addirittura, ad esito di un risalente entusiasta impegno dei suoi soci e delle sue Sezioni in iniziative di singoli Istituti, ora ai magistrati che si riconoscono in Anm viene riconosciuto – caso unico nel panorama internazionale – perfino un ruolo nell'educazione alla legalità delle nuove generazioni, se è vero che l'Associazione firma a novembre 2015 con il MIUR e con l'Autorità anticorruzione un pubblico protocollo per un organico intervento nella Scuola su Costituzione, legalità, educazione civica.

Una legittimazione sociale enorme (certo figlia in primo luogo della credibilità che la Magistratura nel suo complesso bene o male si è tuttora saputa mantenere), che consente di affermare come l'Anm sia tuttora il miglior strumento di cui dispone la magistratura: per difendere la giurisdizione dagli attacchi di chi non ama il suo moderno e democratico modello costituzionale, per difendere lo *status* professionale dei magistrati. per *pubblicamente interloquire*, secondo pratica che da sempre in buona misura disturba il manovratore di turno.

Una legittimazione da non disperdere, alla fine riducibile ad un modo di essere ormai a buon titolo definibile come *storico* dell'Associazione: l'aver saputo pubblicamente trattare le questioni e le tematiche della giurisdizione non a partire da ciò che è di esclusivo interesse dei magistrati, ma a partire dall'interesse della Comunità ad avere una giurisdizione intellettualmente libera, autonoma ed indipendente, all'altezza dei suoi compiti: tutelare e promuovere i diritti, effettuare il controllo di legalità di poteri pubblici e privati.

Siamo per fortuna tuttora in tanti ad avere ben chiaro tutto questo, al punto da poterla ritenere una banale inutile premessa. Sono purtroppo sempre di più quelli che non lo hanno chiaro come si dovrebbe.

Non lo hanno chiaro da diversi anni molti dei colleghi neo-assunti – non sempre definibili “giovani” – che in tanti, troppi, mostrano già dal tirocinio una preoccupante maggiore attenzione alle prerogative di *status* raggiunte (o non raggiunte) con il superamento di un difficile concorso vissuto come un punto di arrivo piuttosto che ai passi da compiere per costruire la professionalità necessaria ad un esercizio del ruolo istituzionalmente consapevole, che mostrano di concepire invece la professionalità come mero

tecnicismo e che, magari anche per i residui di precedenti esperienze lavorative e sindacali, rifiutano ogni rappresentanza di *correnti* ed Anm o al massimo dichiarano da subito la loro preferenza per una Anm dai profili esclusivamente e puramente sindacali, per una Anm *chiusa* ad ogni altra vocazione.

Non lo hanno più chiaro, se mai lo hanno avuto chiaro, i tanti, diffusi nei diversi segmenti associativi in misura diversa, che giudicano maturi i tempi per trasformare l'Associazione in tal senso, per abbandonare temi e valori tradizionali dell'associazionismo, per cambiare il modo stesso in cui la magistratura deve *pensarsi*, non più Istituzione dello Stato–Comunità in fisiologica dialettica con gli altri poteri costituzionali ma pacificata parte integrante dello Stato–Amministrazione, del “Palazzo”.

Ancora, non lo hanno ben chiaro quanti in questi ultimi anni hanno iniziato a pensare, ed alcuni a lavorare, alla rottura dell'unità associativa.

Siamo al punto che rende anche questa volta vera l'asserzione che si tratta di elezioni di rilievo strategico.

Tali sensibilità culturali e professionali degli ultimi anni, prima ancora che le dinamiche associative, ci dicono che l'Anm è davvero dinanzi ad un bivio: virare decisamente verso il chiuso neo-corporativismo che viene sempre più diffusamente proposto da parte di chi, impalcandosi ad unico legittimato interprete di una mitica e mitizzata *base* «sideralmente lontana dagli attuali vertici dell'Associazione» e ritenuta ormai maggioranza per quanto *silenziosa*, vuole trasformare la natura stessa dell'Anm e della rappresentanza di cui è espressione, mutandola in sindacato *puro* di categoria, ovvero mantenere all'associazionismo giudiziario, certo aggiornandolo, rivisitandolo, riempiendolo di nuovi contenuti, quel profilo che bene possiamo chiamare “storico”, quel profilo istituzionale che ha saputo inscrivere ogni battaglia politica, ordinamentale o anche di natura sindacale nella prospettiva costituzionale di una giurisdizione al servizio non dei magistrati ma dei cittadini, della tutela dei diritti e della legalità.

È vero, non è un bivio inedito. Siamo a ben guardare sempre alla vecchia e cara domanda “magistrati o funzionari?”, che dagli anni Sessanta attraversa la nostra cultura professionale.

Ma un *novum* c'è. Perché mai come da decenni il *neocorporativismo* è stato forte come ora. Perché mai come da decenni vi sono rischi di rottura dell'unità associativa. Perché mai come da decenni la concezione esclusivamente *sindacalista* dell'associazionismo ha permeato settori della magistratura sinora ad essa del tutto refrattari. Perché mai come ora si erano viste singole correnti rinunciare a fornire il loro contributo in materia sindacale all'Anm per aprire, per

ragioni di bottega elettorale, propri “Uffici sindacali” in dichiarata quotidiana espressa concorrenza con il ruolo rappresentativo unitario, in materia, dell’Associazione. Perché mai come ora è stato forte il rischio che le spinte neo-corporative si saldino con le aspettative, spesso dichiarate, di larga parte delle forze politiche ad un ridimensionamento del protagonismo politico-istituzionale della magistratura. Perché mai, come negli ultimi tempi, è avvenuto che uno schieramento politico ampio come tutto l’arco parlamentare si dedicasse efficacemente a rafforzare le spinte corporative al nostro interno con interventi diretti e a gamba tesa – magari con decreto legge, in rottura di un pluridecennale galateo istituzionale - sullo stato di servizio dei magistrati quali quelli su stipendi, età pensionabile, ferie, responsabilità civile.

Per Area, come arrivare a questo appuntamento? Con quali idee programmatiche, con quali prospettive di alleanze, con quali candidati, dando per scontato che Area avversi tuttora il neo-corporativismo, e sia ferma nel chiamarlo col suo nome?

Serve una Proposta chiara, perché abbiamo da affrontare una Proposta chiarissima, lineare, netta. Che parla non solo alla pancia – sarebbe riduttivo dirlo – ma anche alla testa dei magistrati.

L’idea di fondo che ci troviamo ad avversare è quella che vuole una magistratura burocratizzata, corpo di professionisti tanto tecnicamente preparato quanto saldamente iscritto nel resto dell’amministrazione e che si sente parte della stessa, una magistratura culturalmente “chiusa” all’esterno, autoreferenziale, attenta solo ai propri interessi “di categoria” svincolati da quelli della giurisdizione e quindi indifferente alla complessiva resa del servizio giustizia, gerarchicamente subordinata almeno culturalmente alla Corte di cassazione e ad una giurisprudenza di legittimità da rendere più cogente, *rimpicciolita* e priva di visibile soggettività politico-istituzionale perché finalmente e per scelta assente dal pubblico dibattito sulla giustizia, sui diritti e sugli assetti ordinamentali, “pacificata” e “bonificata” da ogni spinta culturale che la veda parte della promozione e dell’evoluzione del diritto, nella convinzione che non si debba disturbare “la politica” per non essere disturbati nel proprio ambito. Un corpo professionale, in cui la selezione iniziale garantisce omogeneità culturale e di ceto sociale di provenienza, in cui la formazione permanente sia incentrata sul puro tecnicismo, in cui si faccia carriera in senso proprio con meccanismi cooptativi o comunque controllati dall’alto. Un corpo di tecnici «leone sotto il trono», dal mondo politico ringraziato per il suo *low profile* politico istituzionale da uno status economico e di servizio blindato e sensibilmente migliore di quello attuale, di cui possa ben essere parte integrante la possibilità di svolgere attività extragiudiziarie, arbitrati, collaudi, incarichi ad alta remunera-

zione presso Enti pubblici per nomina discrezionale e politica, a meglio rendere avvinghiati Esecutivo e Giudiziario, e a scatenare il carrierismo dei singoli. Un corpo di magistrati-funzionari non chiamato ad alcun autogoverno, non chiamato ad organizzare in forma individuale o collettiva il proprio lavoro, chiamato solo al raggiungimento di un dato predeterminato standard di produttività qualificato come soglia di esigibilità della prestazione lavorativa stipendiata, magari volontariamente superabile con retribuzione ulteriore separata, magari a cottimo. Un complessivo modello che più che agli anni Cinquanta guarda – persino con qualche ingiustizia per l’incisivo ruolo che spesso i Tar riescono a svolgere - al profilo della attuale magistratura amministrativa, un modello la cui progressiva costruzione richiede sin da ora una Anm/sindacato corporativo, integralmente ed esclusivamente assorbito dalla contrattazione separata su stato di servizio, retribuzione, pensioni, condizioni di lavoro ed in quest’ottica persino pronto a mettere a rischio ed in discussione meccanismi retributivi che pure ci hanno tutelato e per oltre trent’anni quali quelli della legge del 1981 sull’adeguamento triennale. Una sorta di «sindacato autonomo della magistratura», che per il momento si schieri con forza sul fronte della enucleazione in sede di autogoverno dei “carichi esigibili” funzione per funzione, su base nazionale, vale a dire sul fronte della predeterminazione di un *numero* di procedimenti definiti/provvedimenti emessi che segni la soglia di possibile esigibilità della prestazione lavorativa del singolo magistrato, raggiunta la quale *pereat mundus* ed ogni mancata definizione, ogni ritardo, ogni pendenza, ogni denegata giustizia sia imputabile (e denunciabile alla pubblica opinione come imputabile) alla politica inadempiente nel fornire alla giustizia risorse umane e materiali, al contenzioso impazzito per la legislazione caotica, ai 230 mila avvocati e magari anche al destino cinico e baro, ma non alla magistratura, a quel punto con la coscienza comunque a posto per aver adempiuto alla sua obbligazione di mezzi.

Sull’assunto, e nella convinzione, che si tratti di una posizione su cui è pronta a schierarsi la *base*, la gran parte della magistratura *profonda*, in particolare quella che non si sente più (o non si è mai sentita) rappresentata da correnti ed Anm, su tale fronte dei “carichi esigibili” negli ultimi anni si sono così via via schierati singoli masanielli ed arruffapopolo da mailing list, la gran parte di Magistratura indipendente e poi di Autonomia ed indipendenza, per ultima quella parte dell’area rappresentata da Unità per la costituzione che poco si è riconosciuta e si è sentita rappresentata dall’attuale Giunta (della tematica dei “carichi esigibili” potendo poi dirsi vi sia stata e vi sia una declinazione più becera – attenta solo ed unicamente alla fissazione del punto in cui ai magistrati può e deve

legittimamente *cadere la penna* – ed un declinazione più colta, più sottile, più attenta a prevenire obiezioni culturali, che è quella che mostra di volere la fissazione dei limiti di esigibilità del lavoro in funzione del mantenimento della *qualità* del lavoro giurisdizionale. Essendo certo che si è riusciti a porre il tema, per ultimo con la richiesta di un referendum consultivo ex art. 55 Statuto Anm, al centro del dibattito associativo, e a farlo diventare la leva su cui sostenere la necessità di una mutazione genetica della natura e della funzione dell'Anm, la necessità che prevalga un altro modo di fare e pensare il sindacato dei magistrati. Essendo certo che su questo fronte non si notano grandi differenze di approccio, per restare alle forze rappresentate in Cdc, tra Proposta B, Mi, Ai: quest'ultima meritoriamente capace nell'ultimo anno di mettere in campo nuovi attivismi, singole iniziative, nuova partecipazione di molti e di mettere per un attimo in ombra il fatto di essere nata essenzialmente su uno scontro interno a Mi sul potere di operare le *nominations* al Csm e di recente mestamente e rapidamente approdata al più vieto neocorporativismo in dichiarata quotidiana esibita concorrenza con la lasciata Casa madre, essendo arrivata per ultimo a sostenere che il ricorrere ai Tar contro la restituzione di quanto indebitamente erogato nelle buste paga per gli effetti della legge 27/1981 – battaglia di assoluta retroguardia, e dagli enormi oggettivi rischi politici proprio per le sorti delle retribuzioni – sarebbe esempio e atto fondativo di un “nuovo modo di fare sindacato” oltre che terreno addirittura, come si è inopinatamente espresso un suo autorevole esponente, su cui contare i magistrati *coraggiosi* e quelli *non coraggiosi, imbelli* di fronte alle ritenute soperchierie del Governo cattivo).

Area, se ci tiene a difendere la *Magistratura costituzionale*, ha il dovere di opporsi a questa deriva innanzitutto culturale, e di mettere in campo poche ma chiare idee. Per raccogliere intorno a sé e soprattutto schierare culturalmente quanti – per fortuna presenti un po' ovunque nell'associazionismo - rifiutano questo approccio, quest'idea di sindacato, prefigurazione e funzione di questa nuova (invero decrepita) idea di magistratura.

Su questo dobbiamo essere netti. Non dobbiamo confonderci. I colleghi non ci devono poter confondere con altri, pena il disastro politico.

La situazione è già difficile in generale.

Anm e correnti vivono nel microcosmo della magistratura gli stessi problemi di crisi di rappresentanza che tutti i “corpi intermedi” vivono nella più ampia società politica. È finita l'epoca in cui il 95% dei magistrati si sentiva comunque rappresentato dai gruppi e dall'Associazione, si sentiva ad essi fisiologicamente adesivo, si schierava quale parte di un tutto legittimato comunque alla comune rappresentanza esterna. E il quotidiano dell'autogoverno, ce lo ripetiamo an-

che tra noi a giorni alterni senza poi però trarne le doverose conseguenze, da tempo non ci consente di chiamarci fuori da quanto non funziona in Consiglio (poco comprensibili e a volte inaccettabili decisioni su nomine e posti ambiti in primo luogo), da tempo non ci consente di dire senza arrossire (o senza far ridere) che l'aderente ad Area, quando decide qualcosa, o quando aspira a qualcosa, è innanzitutto sempre e comunque un rigoroso e senza macchia esecutore delle nostre splendide Carte dei valori.

Già siamo, ci piaccia o no, in una situazione in cui nel panorama associativo si parla di “grillini” e di forze “antisistema”, in cui parlare di *sistema* appare proprio ed aderente alla situazione anche tra di noi e non solo nei servizi tv a tesi precostituita alla Gabanelli, in una situazione in cui pacificamente noi di tale *sistema* siamo *percepiti* parte essenziale perché *siamo* parte essenziale, perché siamo *dentro*.

Soprattutto: già abbiamo troppi aderenti, e troppi dirigenti, che nel quotidiano della vita degli uffici, nel quotidiano del lavoro giurisdizionale non segnano alcuna specificità di cultura professionale che li faccia in qualche modo distinguere dalle pratiche che andiamo avversando, perché noi ci si possa permettere di confonderci anche in Anm con chi propugna e pratica un modello di magistratura e di sindacato contrario a quello costituzionale.

Dovremmo, dobbiamo saperci distinguere anche in Csm e nell'autogoverno in generale, non possiamo mancare di farlo in Anm, dove il confronto politico-culturale è depurato dalla gestione diretta dell'autogoverno, e dove distinguersi a dirla cinicamente ha anche meno “costi”.

E dobbiamo farlo con mentalità non settaria, non manichea, avendo chiaro che anche nei gruppi che negli ultimi tempi si sono schierati su posizioni neocorporative la situazione non è monolitica, ricordandoci che la storia dell'associazionismo giudiziario è storia di pluralismo, di contaminazioni culturali, di capacità di sintesi, è storia che ha visto valori che erano di minoranze diventare patrimonio condiviso. Avendo chiaro che dobbiamo saper raccogliere intorno a noi, e recuperare, o guadagnare *ex novo* alla pratica associativa, i neo-assunti, i non (o mai) schierati, i tanti (troppi) disillusi.

Dobbiamo essere netti.

Se è vero che dobbiamo occuparci in Anm primariamente delle condizioni di lavoro dei magistrati, se è vero che i magistrati – non tutti – sono chiamati a lavorare spesso con carichi obiettivamente insostenibili, la prima cosa che dobbiamo dire con forza, in modo chiaro, senza confonderci con i *mantra* del momento, è che i “carichi esigibili” così come al di là dei distinguo vengono proposti, quale misura-limite dell'impegno richiedibile al singolo e quindi alla ma-

giudicatura nel suo complesso in presenza di n forze date (salvo poi teorizzare il diritto a lavorare in Commissioni tributarie o in genere in incarichi extragiudiziari), quale fulcro su cui incentrare ogni possibile problematica gestionale, organizzativa, ordinamentale, professionale, sulla giustizia e su cui incentrare ogni interlocuzione con la politica, sono, oltre che una indefinita e indefinibile chimera, la *resa senza condizioni* della magistratura quale potere costituzionale, il volano della sua definitiva burocratizzazione. Un delitto verso il servizio giustizia. Per la magistratura, peggio di un delitto, un errore strategico, un colossale errore storico, un suicidio politico.

Dobbiamo dire forte e chiaro che “i carichi esigibili” sono una indefinibile chimera perché attesa la configurazione dell’attività giurisdizionale quale attività intellettuale, e la sua varietà, una sua delimitazione in termini quantitativi (oltretutto da operarsi su base nazionale, a prescindere dalle specificità dei singoli uffici) è impresa astratta ed arbitraria. Che la produttività di un professionista intellettuale non si può misurare a numeri. E che sono quindi innanzitutto una presa in giro, *in primis* dei magistrati, se non altro perché costituiscono proposta che non si confronta mai con un ineludibile problema: che fare dei procedimenti oltre i “carichi esigibili”?

Dobbiamo dire forte e chiaro che è incompatibile con il concetto stesso di Stato sovrano secondo la cultura giuridica moderna l’idea che si possano mettere dei limiti quantitativi all’esercizio di una funzione e di un potere costituzionale (si è forse mai visto o pensato di mettere dei limiti quantitativi all’Esecutivo ed al Legislativo per i provvedimenti adottabili?). E che quindi proporre di fare una simile operazione significa proporre la degradazione della giurisdizione ad attività amministrativa e l’abdicazione della magistratura quale ordine autonomo ed indipendente che gestisce un potere costituzionale per ridurla a corpo burocratico che gestisce un servizio amministrativo tra tanti: secondo profilo di astrattezza e di impraticabilità in concreto della proposta, poiché la giurisdizione – per fortuna? – è attività intrinsecamente inerente alla sovranità dello Stato e come tale oggettivamente non riducibile ad attività amministrativa.

Dobbiamo dire forte e chiaro che tanto la proposta è oggettivamente impraticabile quanto sarebbe invece pienamente efficace ed idonea a rappresentare alla pubblica opinione gli appartenenti all’ordine giudiziario non quali magistrati che si studiano di gestire al meglio nell’interesse dei cittadini il potere costituzionale loro affidato ma quale corpo di funzionari e di piccoli burocrati che si studiano nel loro proprio interesse di autolimitare il proprio lavoro, di organizzare il servizio a partire dall’unico punto fermo dato dal limite insuperabile predeterminato al loro impegno. Dobbiamo dire che sarebbe proposta idonea a reci-

dere i fili di fiducia e credibilità che ancora ci legano a settori della società civile e della pubblica opinione, ad isolarci ulteriormente, a farci davvero nuovamente percepire quale Casta interessata solo alla propria condizione.

Ancora, dobbiamo dire forte e chiaro che impostare l’attività associativa e sindacale sui “carichi esigibili” così come sui “riposi compensativi” da lavoro festivo o notturno, o sul sabato non lavorativo, innesta un processo e una china che non può che portare all’orario di lavoro e alla perdita di una delle grandi ricchezze di questa professione: la possibilità di autorganizzazione della prestazione lavorativa, per il singolo, come per il governo autonomo.

Dobbiamo dire forte e chiaro che la delimitazione della prestazione a determinati “carichi esigibili” potrebbe portare a reclutamenti straordinari di magistrati, alla dequalificazione di una magistratura a quel punto fatta di 20-30.000 mal pagati funzionari.

Dobbiamo dire forte e chiaro, provocatoriamente, che per tutte tali ragioni siamo al limite *più corporativi* noi a rifiutarli che loro a proporli, i “carichi esigibili” e dintorni: perché alla fine della fiera una magistratura burocratizzata ed impiegatizia, magari pletorica, di impiegati con il compito di una prestazione lavorativa delimitata e predeterminata, avrà anche lo stato giuridico, e lo stipendio, da impiegati, che si merita.

Area deve certo – come di recente ha nuovamente fatto – ragionare di carichi di lavoro e di organizzazione, di priorità nello smaltimento dell’arretrato, di come enucleare ufficio per ufficio, su base annua o più ampia, in base alle forze disponibili, in modo partecipato, secondo lo schema dell’art. 37 della legge 111 del 2011, i carichi in concreto sostenibili non dal singolo ma dall’ufficio in base alla migliore organizzazione possibile a forze date, e di come renderli pubblici con un periodico *bilancio sociale* che renda chiaro cosa è *esigibile* da un dato ufficio e che abbia anche la funzione di mettere in mora chi non provvede a dotare la magistratura delle risorse che servono. Può anche chiamare ed etichettare tutto questo come prassi dei “livelli di servizio”. Sostenibili dal singolo ufficio giudiziario. L’importante è che non lo faccia per cercare alle orecchie dei colleghi una assonanza con i “carichi esigibili”, per confondersi con la logica che dobbiamo sconfiggere e dalla quale dobbiamo invece con chiarezza distinguerci, pena la nostra scomparsa (dal momento che tra un originale ed una pallida imitazione in politica vince sempre l’originale). L’importante è che abbiamo il coraggio di rivendicare che dobbiamo solo continuare a fare quello che da sempre è uno dei compiti dei magistrati e del governo autonomo: cercare di organizzare al meglio, per quanto in nostro potere, il non limitabile potere costituzionale di cui siamo titolari. Che questo fronte di impegno non

è nuovo, ma è uno dei fronti di sempre, certo da riempire, se ne siamo capaci, con l'apporto di tutti, di contenuti nuovi.

Poi certo Area in Anm dovrà continuare a occuparsi delle condizioni di lavoro dei magistrati, e farlo sempre di più, e sempre meglio.

Perché è vero che le condizioni di lavoro vanno peggiorando, che i carichi sono spesso insostenibili per il singolo (dobbiamo avere anche la capacità di dire: *non sempre, non ovunque*), e che questa situazione, vera, è la prima spiegazione dell'insorgere di un nuovo neocorporativismo. Perché è vero che vi sono tanti temi che hanno a che fare con il servizio ma che sono al contempo temi direttamente o indirettamente *sindacali* da affrontare con sempre maggiore specifica dedizione.

Rifutati i "carichi esigibili" nelle loro diverse declinazioni, sarà così sacrosanto cercare le più ampie convergenze possibili su una Anm che rinnovi e rinforzi la rivendicazione:

- della necessità del superamento delle attuali scoperture di organico: tornando ai due concorsi in magistratura l'anno, e ad un concorso cui si possa accedere anche solo con la laurea in giurisprudenza, per tornare ad avere uditori anche ventenni ed anche provenienti da ogni ceto sociale; studiando una ragionata riduzione dei posti fuori ruolo, da limitare a quelli che davvero giustifichino la presenza di un magistrato e possano arrecare alla giurisdizione un arricchimento "di ritorno");
- della necessità di investimenti sulla giustizia, in risorse umane (riqualificazione del personale; assunzione di personale amministrativo qualificato, giovane e motivato, con nuove figure quali l'"operatore informatico" destinato alla quotidiana assistenza, nell'ufficio del processo, ai problemi di software, di gestione dei dati, di gestione del processo telematico anche in udienza: per riportare gli organici dalle attuali 36.000 almeno alle 52.000 unità di quando nel 1995 si sono banditi gli ultimi concorsi; per riportare i magistrati a svolgere solo i ruoli che loro spettano, e a non doversi caricare dei nuovi compiti oggi legati al Pct e tra poco al processo telematico anche in penale);
- della necessità, proprio in relazione ai "carichi di lavoro", se non di una ulteriore revisione delle circoscrizioni almeno di una intelligente rivisitazione degli organici sia del personale che dei magistrati, che superi le enormi irrazionalità che vi sono oggi a discapito degli uffici più "lavorati" e a favore delle nicchie di *sine cura* che pure vi sono (riforma – tra noi non indolore - che riguardi gli uffici di primo grado e non solo, si pensi agli organici inadeguati delle Corti di appello ed alla sperequazione che vi è, tenuto conto dei diversi

notori carichi di lavoro, tra procure e procure generali presso le Corti di appello);

- della necessità di investimenti sulla giustizia in risorse materiali che possano migliorare le condizioni in senso lato "ambientali" di lavoro, in termini di salute e di sicurezza (vi sono Palazzi di giustizia malsani e sinanco inagibili in cui non si dovrebbe lavorare ed invece si lavora; ve ne sono di fatiscenti e/o senza manutenzione ordinaria; in generale, la quasi totalità degli uffici giudiziari non ha la funzionalità né il decoro che si trova in una qualunque Prefettura, in una qualunque Questura, in un qualunque ufficio della Banca d'Italia o dei Carabinieri);
- della necessità di investimenti sulla giustizia in risorse materiali che possano migliorare le condizioni professionali di lavoro dal punto di vista qualitativo (garantendo ad ogni magistrato senza eccezioni strumenti informatici periodicamente sempre aggiornati per hardware e software; se non mettendo a disposizione un importo annuo per il singolo magistrato per l'acquisto di libri giuridici o di servizi *on line* necessari per l'aggiornamento e la quotidiana ricerca di materiali utili al lavoro, almeno istituendo la possibilità di scaricare fiscalmente tali spese sino ad un dato importo);
- della necessità di investimenti sulla giustizia in risorse materiali che possano incentivare la mobilità dei magistrati in favore degli Uffici che hanno i carichi di lavoro più insostenibili (ad es. ulteriormente incentivando le applicazioni extradistrettuali o in sedi disagiate, o la maggiore permanenza in una di tali sedi);
- della necessità di investimenti sulla giustizia in risorse materiali che consentano la messa a disposizione della singola unità giurisdizionale collegiale o monocratica di una qualificata organizzazione operativa (attraverso l'"ufficio del processo", o "del giudice") che possa consentire al magistrato di delegare ad un "assistente", ad un magistrato onorario, ad un tirocinante attività di ricerca, di studio dei casi, di predisposizione di parti di provvedimento, di attività seriali che possano sgravarlo di molte attuali incombenze, aumentandone la "produttività" complessiva sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo;
- della necessità in generale di investimenti sull'innovazione, nell'organizzazione, nei rapporti tra organizzazione e utenti;
- della necessità che per tutti tali investimenti si trovi il modo di attingere al Fondo unico per la giustizia;
- della necessità di un rapido superamento delle attuali enormi difficoltà di gestione del Processo civile telematico, passaggio che non è uno scandalo possa avere connotati di gradualità, attesa la

natura epocale della riforma (garantendo il personale che serva a non scaricare sul magistrato compiti del cancelliere, in udienza e fuori; rendendo operativa una rete di assistenza efficiente e che possa essere tempestiva, in udienza e fuori; garantendo al magistrato la possibilità di consultare in cartaceo gli atti che abbia chiesto alla cancelleria, e non “per cortesia” all’avvocato, di stampare; garantendo al magistrato il doppio video, sì da consentirgli di scrivere e consultare il fascicolo contemporaneamente senza necessità di stampare; garantendo al magistrato postazioni di lavoro ergonomiche che attenuino i rischi per la salute per le eccessive ore al computer);

- della necessità di dare nuovo rilievo alla specializzazione, ormai sempre più richiesta in tutti gli ambiti della giurisdizione (con una ormai matura rivisitazione della “decennalità”, vale a dire del divieto di permanenza in una singola posizione professionale oltre un dato termine, la specializzazione essendo ormai sempre più la chiave per bene sostenere nel quotidiano anche grandi carichi di lavoro mantenendo qualità al lavoro giurisdizionale, e potendosi valutare di investire in modo più incisivo direttivi e semidirettivi della rigorosa vigilanza di quelle situazioni – invece per fortuna non quotidiane – che l’istituto vuole prevenire; con la previsione di trasferimenti verticali che alla specializzazione diano maggior rilievo; con la pubblicazione separata dei posti di Cassazione in civile/penale/lavoro);
- della necessità che la Scuola superiore della magistratura pur non abbandonando per il solo tecnicismo la formazione di una cultura professionale a tutto tondo dia maggior rilievo, valorizzando la esperienza degli Osservatori, allo scambio di quelle *prassi virtuose* che tanto possono migliorare le condizioni di lavoro e la resa degli uffici anche di fronte a grandi carichi;
- della necessità di una riforma del cpc tarata sulla novità del Pct, che configuri la redazione degli atti di parte e dei provvedimenti a partire dalla configurazione del processo telematico;
- della necessità, in civile, di una riforma della motivazione che renda possibile motivare sinteticamente per richiamo a “punti” degli atti di parte (a quel punto obbligatoriamente redatti secondo dati schemi) e/o con richiamo a precedenti giurisdizionali (come si era previsto nel non convertito, sul punto, decreto “salva Italia” del Governo Monti).

Una serie di rivendicazioni che hanno a che fare con la qualità del servizio giustizia in un Paese moderno dell’Ue, in quanto tali non corporative, e che al contempo pure ignorando gli impresentabili “carichi

esigibili” possono però migliorare e di molto se accolte le condizioni materiali di lavoro dei magistrati (essendovi poi naturalmente i temi sindacali “puri”, legati alla malattia, all’indennità giudiziaria ed al suo posto nella struttura della retribuzione, alle pensioni di chi è entrato in ruolo dopo il 1995, alla riforma della mutualità dell’Istituto Acampora, all’età pensionabile).

Una serie di rivendicazioni razionali, comprensibili alla pubblica opinione, da fare oggetto, oltre che della proposta in sede istituzionale, della *grande comunicazione politica* dell’Anm, accanto, naturalmente, ai due *grandi capitoli* immancabili in ogni programma di una associazione che come l’Anm, da Statuto, deve «propugnare l’attuazione di un ordinamento giudiziario che realizzi l’organizzazione autonoma della magistratura in conformità delle esigenze dello Stato di diritto in un regime democratico»: le riforme processuali idonee a ridare efficienza alla giustizia, l’intransigente difesa degli assetti costituzionali della giurisdizione, vero valore identitario dell’Associazione, la difesa della sua autonomia ed indipendenza.

Peraltro, se dovremo ribadire che l’autonomia e l’indipendenza restano per noi garantite dall’attuale ruolo, dalle attuali funzioni e dall’attuale composizione del Csm, dalla soggezione dei magistrati soltanto alla legge, dall’obbligatorietà dell’azione penale, dall’unità delle carriere, dall’indipendenza del Pm dall’Esecutivo, è indiscutibile che nei prossimi tempi sarà richiesta all’Anm, perché sia credibile, una declinazione della difesa di tali assetti che passi anche da un lato per una seria e propositiva attenzione alla “questione morale” ed alle tematiche professionali ed ordinamentali da essa implicate e dall’altro per una rinnovata analisi delle prassi del governo autonomo. Troppo frequenti e troppo gravi negli ultimi anni i casi di cadute deontologiche e di veri e propri illeciti anche penali perché l’Anm possa non occuparsene di fronte alla pubblica opinione, troppo grave e troppo diffuso il distacco che si è venuto a creare tra tanti magistrati ed il Consiglio superiore – da molti ormai sentito non come “casa comune” ma come “controparte datoriale” quando non come vero e proprio ostacolo alla corretta gestione della magistratura – perché l’Anm possa non occuparsene di fronte alla Comunità dei colleghi (è una riflessione già avviata dal CdC e dalla Gec uscente, non sempre tradottasi in Consiglio in condotte coerenti ed in Anm in critica di singole decisioni: si veda ad es. la delibera Gec del 29.11.2012, al culmine delle polemiche sulle correnti, poi ratificata dal CdC, in cui, ribadendosi la necessità di una autoriforma e l’impegno al riguardo dell’Associazione, si è affermato tra l’altro che «... Csm, Consigli giudiziari, dirigenti, devono svolgere il rispettivo ruolo istituzionale, anzitutto in materia

di nomine di direttivi e semidirettivi e di valutazioni di professionalità, nella più rigorosa applicazione dei parametri di legge, senza cedere a ragioni che non siano quelle della valutazione oggettiva dei titoli e delle qualità possedute, respingendo ogni ingerenza da qualsiasi parte essa provenga, rifiutando di dare spazio a logiche territoriali o di appartenenza, strettamente attenendosi a un esercizio corretto, trasparente e coerente della discrezionalità, che sappia ingenerare fiducia e che veda i componenti consiliari operare nel segno di un autogoverno indipendente, senza vincolo di mandato, nel solo interesse di una giurisdizione autonoma ed efficiente. Ciascun magistrato deve partecipare alla vita degli uffici ed al sistema di autogoverno con senso di responsabilità e nel rispetto dei principi deontologici del Codice etico. In particolare, chi aspira al conferimento di incarichi di qualsiasi natura deve astenersi da ogni indebita pressione o influenza volta a condizionare le decisioni che lo riguardano né deve consentire che altri lo faccia in suo favore, nella consapevolezza che l'assunzione e l'esercizio di qualsiasi incarico devono rispondere unicamente a esigenze di servizio e non a pretese di carriera, di una carriera intesa come progressione onorifica verticale, in contrasto con quanto affermato dall'art. 107 comma 3 della Costituzione. Ai fini della concreta realizzazione di un autogoverno responsabile, si rende necessaria l'adozione di criteri stringenti che, anche attraverso l'adozione di parametri sempre più oggettivi, definiti e verificabili e di rapporti informativi e strumenti di conoscenza trasparenti, precisi e documentati, realizzi nel concreto le esigenze di correttezza delle scelte operate. Ogni singolo magistrato ed ogni realtà dell'associazionismo giudiziario sono chiamati a fornire il proprio contributo di idee, onde migliorare e rendere effettive le regole già esistenti e introdurne di nuove, nel rifiuto, peraltro, del ritorno a logiche burocratiche e a soluzioni anacronistiche, incompatibili con le esigenze di una moderna giurisdizione europea, come quella di nomine dei dirigenti operate in base alla mera "anzianità senza demerito"».

Come arrivare alle elezioni. Le alleanze.

Si va ripetendo da più parti in Area che nel prossimo CdC si deve cercare di arrivare a Giunta unitaria Area-UpC-Mi-Ai o quanto meno a Giunta in cui accanto ad Area e UpC vi sia almeno la neonata Autonomia & indipendenza: per parare i rischi di rottura dell'unità associativa, per porre fine alla rendita di posizione di cui Mi e poi Mi e Ai hanno goduto negli ultimi otto anni di Giunte di maggioranza UpC-Area e per la quale hanno potuto attecchirsi a mani libere a unici paladini delle ragioni corporative dei magistrati senza dover pagare alcun dazio alla mediazione poli-

tico-istituzionale, come deve fare chi "governa" l'associazione.

Si tratta di affermazioni, e di motivazioni, condivisibili. Elettori naturalmente permettendo (non è ancora chiaro se si presenterà una lista che ereditando le posizioni già di Proposta B si ponga come formazione "antisistema" nel senso di "anti-correnti" nel loro complesso; e si dovrà evidentemente vedere il risultato dei vari gruppi, e le tendenze). Bisognerà provarci.

Su questa via, tre però le linee guida di fondo da seguire:

1) come da risalente canone politico di Md e poi di Area si deve operare in primo luogo per non perdere il governo dell'Associazione, e quindi per entrare in Giunta, anche rinunciando – nel confronto – a qualcosa del proprio programma e delle proprie posizioni: è la logica che presiede allo spirito unitario, è il prezzo che non si può non pagare all'altare di una Giunta unitaria e pluralista che però sappia rinnovare la difesa delle cose di fondo in cui crediamo, ed infine abbiamo tuttora la presunzione di pensare che rinunciare a partecipare alla determinazione della linea dell'Anm sia politicamente rischiosissimo, non per noi, ma per l'Anm;

2) in quest'ottica e con questo approccio, bene si potrà accettare di far parte di una Giunta che, pur lavorando per mantenere all'Anm il profilo di autorevole e non corporativo protagonista del confronto politico-istituzionale, voglia in questo momento storico, e con i visti rischi per l'unità associativa, dare prioritaria rilevanza, nella sua azione, a temi ed obiettivi anche squisitamente sindacali: siamo i primi ad avere chiaro che per svolgere un ruolo forte ed autorevole nello scenario politico si deve essere rappresentativi come sindacato (così come siamo convinti che non si possa essere sindacato forte ed ascoltato senza saper essere autorevole soggetto del dibattito politico-culturale). E teniamo troppo all'unità sindacale dei magistrati. Ciò che non si potrà accettare è di far parte di una Giunta che mettendo al centro della sua impostazione e del suo programma e di ogni sua rivendicazione i "carichi esigibili" e dintorni, e la loro "cultura", chieda ad Area di partecipare al processo di burocratizzazione impiegatizia della magistratura, alla sua distruzione quale soggetto politico-istituzionale, al mutamento genetico dell'Associazione in Sindacato corporativo di categoria, all'archiviazione di una pluridecennale cultura associativa nonchè (quel che sarebbe il meno) al precoce soffocamento in culla della costruenda "identità" di Area: a quel punto, sarà meglio per una volta rimanerne fuori;

3) pronti e convinti ad alleanze più ampie, si deve rivendicare il valore strategico, negli ultimi quindici anni, dell'alleanza in Associazione con Unità per la

Costituzione, dall'attuale Giunta a quella Palamara-Cascini risalendo alla Giunta Gennaro-Nello Rossi sino a quelle presiedute da Bruti Liberati. E ciò non tanto e non solo perché arrivando alle elezioni da una posizione "di governo" sia politicamente consigliabile difendere ciò che si è fatto (a meno di ritenere che si siano compiuti gravi errori, cosa che non vedo sostenere da alcuno) quanto perché siamo in condizione di rivendicare il valore di ciò che si è fatto in concreto: dall'era affluente del berlusconismo a quella del governo istituzionale Monti, a quella delle attuali maggioranze composite della presente legislatura, in stagioni politiche diversissime (ma poco, a ben guardare, per il volume ed il grado degli attacchi alla giurisdizione), l'Anm con a guida UpC e le forze poi confluite in Area ha saputo essere forza portante e spesso di leadership della "resistenza costituzionale", opponendosi alle leggi *ad personam*, avversando radicalmente anche con due scioperi la riforma Castelli dell'ordinamento giudiziario, appoggiando – pur consapevole delle sue criticità – la legge Mastella che ne cancellava gli aspetti più eversivi e deteriori, continuando negli anni a tenere le fila di quanto la cultura giuridica dentro e fuori la Magistratura ha saputo esprimere a difesa del modello costituzionale della giurisdizione. L'alleanza con UpC in Anm ha permesso anche negli ultimi otto anni di difendere tale modello dai continui e ricorrenti attacchi, ha permesso di mantenere all'Associazione il suo tradizionale profilo istituzionale di sindacato rappresentativo di magistrati non burocrati ma consapevoli di essere titolari di un potere costituzionale diffuso, senza trascurare la loro tutela anche sindacale: si sono fatti e vinti ricorsi giurisdizionali sui tagli stipendiali quando era possibile e doveroso farli, non li si sono fatti di recente quando si è ritenuto giuridicamente infondato e politicamente perdente presentarli; si sono più volte difese le retribuzioni anche con l'interlocuzione istituzionale, l'ultima volta nell'aprile 2014 quando erano pronti tagli lineari dell'8%, retribuzioni che a tutto il 2015 mantengono la loro struttura storica fatta di progressioni di carriera, scatti biennali, adeguamenti triennali; si sono creati servizi che non c'erano (quale quello "l'esperto risponde" con lo studio dell'avv. Rossi); con un duro triennale contrasto in tutte le sedi, si è avversata con successo (potremmo dire: con azione di riduzione del danno) una riforma della responsabilità civile devastante ed incostituzionale, portando il Governo Renzi – in un Parlamento integralmente a noi avverso, in cui l'estrema sinistra ha votato contro la legge perché troppo "blanda" con i magistrati – a varare infine una legge tanto brutta quanto mera riscrittura, tecnicamente peggiore, della legge del 1988, tanto destinata a rivoluzionare la giurisdizione da essere valutata degna, dalle Compagnie assicuratrici, di poche decine di euro annuali di aumento di polizza. Ancora, l'alleanza

Area-UpC ha saputo mantenere all'Anm capacità di elaborazione culturale e di apertura alla società civile, se è vero che stipula convenzioni con il MIUR per portare come Anm la legalità nelle Scuole, se è vero che negli ultimi anni e sotto la GeC uscente ha dialogato con la società civile tenendo convegni sul carcere come sulla condizione dei migranti e due Congressi di grande apertura all'esterno, se è vero che ha difeso con forza le ragioni del diritto al lavoro ed alla salute verso quelle dell'impresa (v. ILVA), se è vero che ha rifiutato di invadere i campi propri della politica per meglio difendere quelli della giurisdizione (v. ad es. le posizioni tenute sulla vicenda del pm palermitano candidatosi a premier). L'alleanza Area-UpC consegna a chi verrà una Anm che all'ultimo Congresso, il giorno dopo che i giornali avevano sottolineato attacchi dell'Associazione all'Esecutivo, è stata dal ministro Orlando definita «interlocutore autorevole ed essenziale». E tutto si può fare meglio, ed è presto per più analitici bilanci della Gec uscente: ma rivendicare ciò che si è fatto, se non lo si è apertamente criticato ma lo si è per anni appoggiato di CdC in CdC, è il primo passo per essere credibili. E per avere anche un poco di rispetto per sé stesse.

La lista. *Last but not least*, la composizione della lista.

Se è banale osservare che per essere "forte" la lista di Area debba essere rappresentativa delle diverse sensibilità politiche presenti nella nostra variegata compagine, delle diverse realtà territoriali e professionali, e debba vedere uomini e donne pari rappresentati, appare fondamentale e politicamente significativo che, a fronte della storica sovrarappresentazione in Anm di penalisti ed in particolare di pubblici ministeri, vi sia in CdC come in Gec un congruo numero di civilisti, e ciò sia per la migliore funzionalità degli organi associativi, sia perché si vota in epoca in cui è centrale l'attuazione del Pct ed in cui appunto al centro del dibattito vi sono i "carichi esigibili", tematica nata al civile ed al civile più sentita.

È bene che chi si candida si voglia poi impegnare a lavorare, in Giunta come fuori della Giunta, per dare nuova centralità al CdC e spessore all'azione dell'associazione.

Si deve avere chiaro da parte di chi si candida che il lavoro in Giunta è un lavoro oggi molto più impegnativo che in passato.

Si deve avere chiaro, da parte di chi si candida, che il lavoro in CcC (a non volersi limitare alle periodiche sedute), e anche in Gec, al di fuori delle cariche apicali (che a fronte di impegni massacranti ne hanno almeno un *ritorno* di oggettiva visibilità) è lavoro tanto duro quanto spesso oscuro e "da mediani", per la molteplicità degli impegni che si devono andare a

coprire, in contemporanea con quelli di ufficio, senza sostanziali esoneri dal lavoro ordinario.

Si deve avere chiaro che è attività che si può fare solo con passione, perché parte del “lavoro sociale” che si può fare in magistratura. Che è attività che deve essere fatta sapendo portare il peso della responsabilità di rappresentare i magistrati e del rischio di fare errori che ricadono sulla giurisdizione. Si deve avere chiaro che per questa responsabilità bisogna sapersi capaci di mediare con le proprie convinzioni. Che da

dirigente Anm bisogna oggi essere capaci di incassare critiche anche virulente ed ingiuste e disinformate e persino sanguinosi insulti, di rimandare o di rinunciare ad una replica pubblica, di accettare di non vedersi riconosciuto un merito.

Si deve sapere che non è posto da incendiari, ma da pompieri. Che si esce da una Gec un poco *dorotei*, contenti di essere stati capaci di diventarlo. Onorati però di essere stati dirigenti della nostra rispettata ed amata Associazione.

La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni

di Antonella Meniconi

L'associazionismo giudiziario ha avuto, fin dal 1909, un ruolo importante nella storia della magistratura italiana con la fondazione dell'Agmi, ma non si è trattato, da subito, di un percorso facile. Nel 1925, con "l'autoscioglimento" dell'Associazione, i suoi dirigenti furono espulsi dal corpo giudiziario e solo al termine della guerra, nel 1945, si potette ricostituire l'Anm.

Pesavano, però, sul nuovo soggetto non solo l'eredità virtuosa della partecipazione di molti alla Resistenza, ma anche l'intrinseco rapporto che altri, in specie alti magistrati, avevano intrattenuto con il regime fascista.

La lenta attuazione della Costituzione, con l'istituzione solo nel 1958 del Csm, nascose, in realtà, anche nella magistratura, una lotta sorda tra "innovatori" e "conservatori". Solo negli anni Sessanta, l'entrata in ruolo di una nuova generazione favorì anche l'inveramento dei valori costituzionali.

È precisamente in questa chiave che ancora oggi il ruolo del magistrato e il suo impegno nelle correnti giudiziarie può avere un ruolo "politico", ovvero costituzionale.

1. Una (brevissima) premessa

La storia dell'associazionismo giudiziario italiano si divide in un prima e in un dopo.

Quel prima e quel dopo si riferiscono al fascismo, dal quale l'Associazione generale fra i magistrati d'Italia (Agmi) fu costretta allo scioglimento. La storia dimostra – se vi fossero dubbi – che l'associazionismo giudiziario e i valori di autonomia che esso incarna non sono compatibili con un regime autoritario¹.

2. La nascita e la crescita dell'associazionismo

All'inizio del secolo XX la realtà sociale era in tumultuoso movimento. Anche i magistrati preme-

vano sul Governo per ottenere maggiori garanzie, visto che non ne avevano quasi nessuna (a parte l'immovibilità, spesso peraltro, nei fatti, aggirata) e per ottenere, come ottennero dal ministro Vittorio Emanuele Orlando, l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura (espressione però solo degli alti gradi) e della Suprema corte disciplinare (Scd), con alcune regole certe in materia disciplinare. Si trattava però sempre di organi consultivi del guardasigilli, anche se nella prassi le rispettive decisioni in materia di promozioni e disciplina non sarebbero state quasi mai disattese.

Nel 1909 una parte considerevole (non la totalità) della magistratura scelse di associarsi². L'Agmi venne fondata a Milano il 13 giugno 1909 da parte di 44 magistrati, divenuti 1.700 già nel settembre 1911, con la saldatura con i colleghi romani, avvenuta nel primo

1. Mi permetto di rinviare in generale ad A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2013, in cui alcuni di questi temi sono sviluppati in maniera più approfondita.

2. Già nel 1904 da 116 magistrati del distretto della Corte d'appello era stata richiesta la riforma dell'ordinamento giudiziario con il cd

congresso nazionale tenuto nello stesso anno a Roma, e 2.067 nel 1914 su un corpo giudiziario oscillante tra i 4.000 e 5.000. Diverse furono le rivendicazioni, non solo di carattere economico, ma anche riguardanti una maggiore autonomia nei confronti del potere politico. Peraltro, in questa prima fase, almeno fino alla prima guerra mondiale, è possibile rintracciare nei magistrati associati due principali tendenze: un'apertura alle idee socialiste e "umanitarie", oppure, forse in maniera prevalente, un'istanza di conservazione, derivante dal timore delle spinte sociali proprie dell'età giolittiana, viste «come una delegittimazione delle tradizionali forme di trasmissione dell'ordine legale»³.

Nei congressi del 1911 e del 1913 le parole d'ordine dell'Associazione si consolidarono intorno a cinque punti: per la semplificazione della carriera e i ruoli aperti, la revisione delle circoscrizioni giudiziarie, l'eleggibilità del Consiglio superiore della magistratura da parte di tutti i gradi della magistratura, l'estensione delle guarentigie della magistratura giudicante anche al pubblico ministero⁴.

All'epoca la cesura tra alta e bassa magistratura si presentava come un fattore determinante: rilevante dunque che alla nuova Associazione prendessero parte anche esponenti dei gradi più elevati. Ciò avvenne nonostante la contrarietà del guardasigilli Vittorio Emanuele Orlando, che espresse forti riserve sul concreto funzionamento di un'associazione così concepita in rapporto sia al principio dell'indipendenza dei giudici, sia a quello di gerarchia, costituente, a suo parere, l'essenza stessa dell'ordine giudiziario. Si davano infatti – secondo le parole di Orlando in una famosa intervista al *Corriere d'Italia* del 23 agosto 1909 – due possibilità, altrettanto "perniciose": o l'Associazione non avrebbe riprodotto al suo interno tutti i gradi, e quindi non sarebbe risultata di fatto rappresentativa, oppure ciò sarebbe avvenuto ma a discapito dell'autorevolezza degli alti gradi, posti nel sodalizio sullo stesso livello di quelli inferiori: dato il

«temperamento latino» dei giudici italiani si potevano prevedere sicuramente accesissime discussioni, ad esempio, tra un uditore e un presidente di Cassazione. Che ne sarebbe stato allora – si chiedeva retoricamente Orlando – del prestigio e dell'autorevolezza dei superiori?⁵

Del resto, l'agitazione della bassa magistratura allarmò non poco anche le gerarchie giudiziarie, che tentarono in qualche modo di indirizzare l'azione rivendicativa dell'Associazione in un quadro, però, di rapporti instabili. Molti alti magistrati ebbero, infatti, un ruolo nell'associazionismo: come dimostra il caso della stessa fondazione dell'Agmi a Milano, avvenuta certamente con l'approvazione di Mariano D'Amelio, primo presidente della Corte d'appello e capo di gabinetto del ministro Orlando, e del presidente del Tribunale Antonio Raimondi. Ancora, tra il 1914 e il 1917 fu eletto presidente dell'Agmi quel Giovanni Appiani, allora consigliere di Cassazione a Firenze, poi "fascista convinto" e futuro procuratore generale della Corte di cassazione unificata nel 1923⁶. Tra i sostenitori dell'Agmi non si può poi sottacere il ruolo determinante che ebbe Lodovico Mortara, primo presidente della Cassazione romana, che volle ospitare la stessa sede dell'Associazione all'interno del Palazzo di giustizia a Roma⁷.

Ancora, alle soglie del fascismo, nel 1919 l'azione rivendicatrice dell'Agmi diventò più accesa e in contrasto con le stesse proposte dell'allora guardasigilli Mortara, fautore di un modello di giudice "non burocratico" del tutto diverso dalla figura dominante del tempo. In precedenza, con modalità incisive di lotta, erano stati creati dei Comitati d'azione in alcune città per propagandare un'idea di riforma giudiziaria molto differente da quella propugnata dal Governo. Si chiedeva l'abolizione delle giurisdizioni speciali, una maggiore selettività nella scelta dei magistrati, la semplificazione della carriera, il riordinamento delle circoscrizioni, l'estensione delle garanzie di inamovibilità al pubblico ministero e la costituzione

"Proclama di Trani", pubblicizzato con grande risalto nel *Corriere giudiziario* di Roma; l'organo di stampa dell'Agmi, *La Magistratura*, iniziò le pubblicazioni nel settembre 1909.

3. Si veda F. Venturini, *La magistratura nel primo dopoguerra: alla ricerca del "modello italiano"*, in <http://www.movimentoperlagiustizia.it/argomenti/le-opinioni/514-le-opinioni-la-magistratura-nel-primo-dopoguerra.html>.

4. Il testo più completo in argomento è F. Venturini, *Un «sindacato» di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione generale fra i magistrati italiani 1909-1926*, Bologna, Il Mulino, 1987.

5. E.R. Papa, *Magistratura e politica. Origini dell'associazionismo democratico nella magistratura italiana (1861-1913)*, Venezia, Marsilio, 1973, 363; si veda inoltre Cfr. E. Bruti Liberati, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni Novanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, a cura di F. Barbagallo, vol. III, 2, Torino, Einaudi, 1997, 141-237, 150 ss.

6. Su Giovanni Appiani cfr. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., 196 ss.

7. F. Venturini, *La magistratura nel primo dopoguerra*, cit.

di un Csm che governasse la carriera dei giudici e fosse eletto da tutti i magistrati, con voto obbligatorio e limitato, per dare rappresentanza alle minoranze ed espressione di tutti i gradi. Si creò così una base ideale propria della magistratura associata, che si liberava dall'idea di potersi affidare a una riforma approvata dall'alto, ma anche dalle rivendicazioni puramente economiche⁸.

All'avvento del fascismo l'Agmi giunse quindi nel pieno delle proprie forze, sebbene in fiero contrasto con le autorità politiche, accusate di ingerirsi nell'amministrazione della giustizia e di ostacolare "giornalmente" con la loro azione l'attività giurisdizionale dei magistrati. Al punto che – secondo le parole pronunciate da Piero Calamandrei nel novembre 1921 al Congresso di Firenze – la crisi della giustizia sarebbe, in realtà, dipesa dalla svalutazione morale della magistratura operata per cinquant'anni dalle forze politiche. L'elaborazione dell'Associazione si era nel frattempo raffinata e dettagliata. Proposte come l'autogoverno, l'estensione al Pm della inamovibilità, la ricostituzione dell'unità della giurisdizione e l'incompatibilità tra l'ufficio di deputato e l'esercizio professionale dell'avvocatura, costituivano ormai punti saldi del programma dell'Agmi⁹.

Nel 1921 vi fu il "canto del cigno" del sistema liberale nei confronti della magistratura¹⁰, con l'approvazione di modifiche, in senso democratico, dell'ordinamento giudiziario. Due mutamenti, in particolare, vanno segnalati: l'estensione dell'inamovibilità ai pretori e, appunto, la previsione dell'elettività, sia pure di secondo grado, da parte di tutto il corpo giudiziario del Consiglio superiore (del quale erano chiamati ora a far parte anche quattro professori della Facoltà di giurisprudenza di Roma). Il decreto Rodinò (dal nome del ministro che lo preparò) avrebbe rappresentato, peraltro per poco tempo, il punto più avanzato a cui il riformismo del dopoguerra poteva spingersi¹¹.

Alle prime elezioni (sebbene di II grado) del Csm riformato l'Associazione conquistò 20 seggi su 33.

3. Il fascismo e l'Agmi

Ma una crisi più profonda avrebbe di lì a poco investito il Paese e la stessa magistratura. Con la presa del potere di Mussolini, nel 1922, non fu più tollerabile la stessa esistenza di un'Associazione di magistrati che propugnasse l'autonomia e l'indipendenza della categoria. Nel 1923, con la riforma di Aldo Oviglio, nuovo guardasigilli, il Csm fu reso ancora una volta di nomina governativa, la carriera fu nuovamente irrigidita secondo schemi quasi militari, al pari del resto del pubblico impiego, cui la magistratura fu assimilata, perdendo le specificità che l'Agmi avrebbe voluto invece incrementare. In occasione dell'unificazione delle Cassazioni, quella di Roma fu decapitata con il collocamento a riposo di due magistrati di sicura fede democratica come Lodovico Mortara e Raffaele De Notaristefani¹².

E quando, nel 1925, la trasformazione del regime in chiave autoritaria divenne effettiva, la repressione si esercitò anche sull'Associazione, costretta in un primo momento a trasferire la propria sede dagli uffici del Palazzo di giustizia. Poi l'Agmi si autosciolse, prima di essere soppressa in base alla nuova legge del 1926, che vietava agli impiegati pubblici l'adesione a qualunque sindacato e imponeva di devolvere la propria Cassa a un qualche sindacato fascista creato *ad hoc*¹³. I fondi furono invece, grazie all'atto volontario di scioglimento, devoluti alla Cassa pensioni dei magistrati. I dirigenti furono trasferiti prima in sedi disagiate (Roberto Cirillo, Vincenzo Chieppa, Saverio Brigante, Giovanni Macaluso e Filippo Alfredo Occhiuto) e poi "epurati" nel 1926¹⁴, con l'accusa di aver assunto «un indirizzo antistatale, sovvertitore della disciplina e della dignità dell'Ordine giudiziario»¹⁵. Tra di loro, va ricordata (almeno) la vicenda del giudice istruttore di Roma Occhiuto, dispensato dal servizio per essersi occupato con troppa «solerzia» dei processi per gli attentati ad Amendola e ad altri (Nitti e Mazzolani) e per questo denunciato dai suoi superiori (il procuratore del re del Tribunale e quello generale della Corte

8. *Ibidem*.

9. *Ibidem*.

10. L'espressione è di G. Silvestri, *La giustizia in Italia tra passato e presente*, in *Il giusto processo*, n. 4, 2002, 27-53.

11. R.d. n. 1978 del 14 dicembre 1921, in attuazione della l. n. n. 1080 del 13 agosto 1921 sulla riforma dell'amministrazione dello Stato.

12. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., 145 ss.

13. L. n. 563 del 3 aprile 1926.

14. Cfr. F. Venturini, *Un «sindacato» di giudici da Giolitti a Mussolini*, cit., 269 ss.

15. R.d. del 16 dicembre 1926.

d'appello, Giuseppe Facchinetti). Lo stesso giudice si era occupato dell'istruttoria del delitto Matteotti, di cui era stato privato per l'avocazione da parte della sezione di accusa della Corte d'appello¹⁶.

L'ultimo numero de *La Magistratura* del 15 gennaio 1926 (prima di interrompere le pubblicazioni) si aprì con un gesto di sfida al regime. Con un editoriale non firmato (ma presumibilmente opera del segretario generale Vincenzo Chieppa) dal titolo *L'idea che non muore*, si spiegavano così le ragioni dell'auto-scioglimento: «la mezzafede non è il nostro forte: la 'vita a comodo' è troppo semplice per spiriti semplici come i nostri. Ecco perché abbiamo preferito morire»¹⁷.

3. La nascita dell'Anm

Ufficialmente il 21 ottobre 1945 nacque l'Associazione nazionale magistrati (Anm) – presieduta da Emanuele Piga¹⁸ – e riprese le pubblicazioni *La Magistratura*, sotto la direzione di Ernesto Battaglini, futuro membro della Corte costituzionale, e con il fondamentale apporto di Vincenzo Chieppa (riammesso in magistratura e vicepresidente dal 1949 al 1952)¹⁹.

Del resto, molti magistrati, sia singolarmente, sia in forma associata, avevano partecipato alla Resistenza, in special modo al Nord, sotto la guida di Dome-

nico Riccardo Peretti Griva, con il gruppo piemontese (guidato da Giorgio Agosti, Alessandro e Carlo Galante Garrone), e quello veneto (sotto l'esempio di Giovanni Colli)²⁰. Anche a Roma, subito dopo l'armistizio, si organizzò un Cln all'interno della magistratura, in base alle rappresentanze dei partiti. Il Comitato nazionale magistrati e quello romano in cui lo stesso Piga ebbe un ruolo) parteciparono attivamente, inoltre, alle manifestazioni organizzate dal Comitato forense di agitazione del 5 e 6 aprile 1944, organizzate nel Palazzo di giustizia a Piazza Cavour dopo la strage delle Fosse ardeatine (avvenuta il 24 marzo), che bloccarono le udienze in quelle giornate²¹. I comitati si impegnarono anche a scoraggiare l'adesione dei giudici al giuramento e alla Rsi, e sostennero materialmente e moralmente i magistrati destituiti²². Un antifatto virtuoso che avrebbe pesato nel dopoguerra.

Nel 1945, forse inevitabilmente, l'Anm si dichiarò fin da subito ispirata a criteri di "apoliticità" e "asindacalità"²³, confermati a grandissima maggioranza degli iscritti in un referendum promosso alla fine del 1946²⁴. Non mancarono, certo, i richiami all'interesse generale e "politico" cui avrebbe dovuto conformarsi l'azione della stessa Associazione, che, del resto, partecipò con un proprio documento al dibattito sull'autonomia della magistratura, valore che rivendicò come quelli da garantire nell'ambito dei nuovi principi costituzionali. Nel testo, e poi nella mozione approvata al Congresso del 3 novembre del 1946, si faceva

16. M. Pivetti, *Magistrati, questori, prefetti e ministro durante il fascismo (Storia sconosciuta di Mario Dalla Mura, magistrato indipendente)*, in *Questione giustizia*, n. 5, 2001, 957-969, 964; M. Canali, *Il delitto Matteotti*, Bologna, Il Mulino, 2004, 113.

17. Il testo è abbastanza noto: <http://www.associazionemagistrati.it/storia>.

18. R. Quattrociochi, *Emanuele Piga: biografia di un magistrato*, in *Le Carte e la Storia*, n. 1, 2009, 153-166.

19. Battaglini, che sarebbe diventato presidente dal 1948 al 1952, fu nominato avvocato generale della Cassazione nel 1948, nel 1955 fu eletto dalla componente della magistratura nella Corte costituzionale (Ministero della giustizia, fasc. 81341). Per le cariche dell'Anm, *Cento anni di Associazione magistrati*, cit., a cura di E. Bruti Liberati, L. Palamara, Milanofiori, Assago, IPSOA, 2009, 303, in particolare G. Mammone, *1945-1969. Magistrati, Associazione e correnti nelle pagine de La Magistratura*, ivi, 27-53, 28.

20. Rievocò l'esperienza della Resistenza D.R. Peretti Griva, *Esperienze di un magistrato*, Torino, Einaudi, 1956, 29 ss.

21. A. Meniconi, *La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista 1922-1943*, Bologna, Il Mulino, 2006, 318 ss.

22. I componenti del Cln della magistratura furono: Michele Fragali (futuro giudice costituzionale dal 1960 al 1969), Paolo Silvio Migliori, Nicola Picella (di lì a poco segretario della Presidenza della Repubblica), Salvatore Zingale, Romolo Gabrieli (poi sostituto procuratore addetto all'Alto commissariato aggiunto per la punizione dei delitti fascisti nel primo dopoguerra), Italo D'Abbiere e Andrea Lugo (nel 1947 consigliere di Stato. (D.R. Peretti Griva, *Esperienze di un magistrato*, cit., 34). Si veda anche G. Fiorucci, *Cronache della magistratura italiana. Dall'ordinamento giudiziario del 1941 alla istituzione del Consiglio superiore della magistratura*, in *Studi parlamentari, politici e costituzionali*, n. 15, 1972, 67-87, 71.

23. E. Bruti Liberati, *L'Associazione dei magistrati italiani*, in *Cento anni di Associazione magistrati*, cit., pp. 3-26, 6.

24. V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, 713-790, 719; E. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, Laterza, 1967, 114-115. Sottolinea l'inevitabilità di questa scelta in quel momento, ma anche i suoi limiti, S. Senese, *La magistratura e l'unità nazionale*, in *Un'altra Italia in un'altra Europa. Mercato e interesse nazionale*, a cura di L. Paggi, Roma, Carocci, 2011, 251-264, 257.

espresso riferimento anche all'autonomia "integrale" da garantirsi all'ordine giudiziario, realizzabile unicamente se il nuovo Csm fosse stato composto solo da magistrati²⁵.

In quei primi anni – è stato notato – l'azione dell'Anm (soprattutto del suo Comitato direttivo centrale) sarebbe stata segnata da una «visione tradizionale della magistratura, poco interessata alle dinamiche culturali dei magistrati nel loro complesso», con una scarsa consapevolezza delle loro esigenze²⁶. Il gruppo dirigente dell'Anm avrebbe dovuto ben presto, però, misurarsi con i cambiamenti nell'usuale *habitus* dei magistrati, anche dovuti alla difficile crisi economica del dopoguerra e a un ricambio generazionale non in sintonia con la struttura tradizionale dell'ordine giudiziario. Ne costituì forse un'ulteriore riprova la sostanziale estraneità (se non contrarietà) dei vertici dell'Anm rispetto al primo sciopero dei magistrati, avvenuto nel marzo del 1947, soprattutto sotto la spinta delle rivendicazioni economiche (ma anche con l'obiettivo di una maggiore autonomia del potere giudiziario)²⁷. L'agitazione durò circa un mese (fino ad aprile), diversamente attuata nei singoli distretti (in alcuni lo sciopero fu "nominale", nel senso che si tenevano le udienze e gli affari urgenti), ma con partecipazione abbastanza nutrita, nonostante le promesse (e le minacce) del Ministero della giustizia e dei capi della magistratura. La protesta sarebbe stata poi revocata, avendo preso atto i magistrati degli impegni del Governo, peraltro poi non pienamente mantenuti.

Eppure, al di là di quello che fu l'esito, si trattò di un segnale importante (per quanto limitato e cauto nelle forme in cui si espresse). Il sintomo, forse, di una nuova mentalità che si affacciava nel mondo giudiziario²⁸.

4. Le nuove correnti dell'Anm e i mutamenti degli anni '60 e '70

Già negli anni appena successivi al 1948 si profilò nei fatti una lotta sorda tra "conservatori" e "innovatori" (i primi saldamente arroccati in una Cassazione per ragioni anagrafiche occupata dalla magistratura formatasi durante il regime e in molte delle Corti

d'appello), lotta i cui esiti, almeno sino all'ultima parte degli anni Cinquanta, furono piuttosto favorevoli all'alta magistratura tradizionalista. In quel decennio si assistette, infatti, al dominio del ruolo della Corte suprema: monopolio negli organi di rappresentanza, linee di indirizzo della giurisprudenza, interpretazione restrittiva dei nuovi principi costituzionali.

L'attuazione della previsione costituzionale (con l'istituzione della Corte costituzionale e con la nascita del Csm secondo l'articolo 104, sia pure tardivi nel 1956 e nel 1958) segnò però un discrimine che avrebbe davvero rappresentato una cesura storica.

Al di là dei fatti specifici²⁹, è indubbio che dalla fine degli anni Cinquanta agli anni Sessanta anche sul fronte della magistratura si manifestarono rilevanti novità. Innanzitutto, l'accantonamento della tradizionale asindacalità dell'Anm con un maggior peso delle rivendicazioni economiche nei confronti del Governo (le proteste del 1956 contro lo svuotamento della Legge Piccioni). In secondo luogo, la richiesta approvata dal congresso del 1957 di abolire la "carriera" e il tema sempre più cruciale dell'indipendenza "interna" della magistratura. In terzo luogo, e in conseguenza dei primi due mutamenti, la rottura dell'unione associativa, con l'uscita dall'Anm degli alti gradi, rappresentati ora, per lo più, dall'Unione magistrati italiani (1961); mentre prima vi era stata la nascita di Terzo potere, espressione soprattutto della bassa magistratura (1957); più tardi si sarebbe costituita Magistratura indipendente, la corrente più moderata (1962), e poi, ancora, Magistratura democratica, portatrice di idee più progressiste (1964).

Dal punto di vista normativo le nuove regole sull'avanzamento in carriera approvate tra il 1966 e il 1973 (le cd Leggi Breganze e Breganzone), abolendo la progressione di carriera per concorso, stabilendo quella per anzianità (sia pure con una valutazione del Csm) prima per i magistrati di appello e poi anche per quelli di Cassazione, davano una risposta concreta alle esigenze avanzate dai magistrati. Si trattava di un mutamento quasi "epocale", in quanto il potere sugli avanzamenti di carriera era stato da sempre una prerogativa gelosamente conservata e puntigliosamente esercitata dall'alta magistratura, e si era tradotta in un potere enorme di condizionamento sulla stessa attività giurisdizionale, in quanto il concorso per titoli si

25. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., 278.

26. G. Mammone, 1945-1969. *Magistrati, Associazione e correnti nelle pagine de La Magistratura*, cit., 31.

27. F. Scalabrino, *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 1984, 219 ss.

28. In maniera più ampia cfr. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., 263 ss.

29. Ivi, 294 ss.

basava propriamente sulla valutazione successiva dei provvedimenti giudiziari. Il potere di conformazione della gerarchia aveva così a lungo avuto la meglio sugli indirizzi giurisprudenziali più innovativi (per esempio nel campo del diritto del lavoro o dell'ambiente) o semplicemente sulle indagini scomode nei confronti degli esponenti del potere economico e politico. Scindendosi ora gli avanzamenti economici dalle funzioni effettivamente svolte, si compiva un passo importante nella direzione dell'indipendenza interna del corpo giudiziario. Così anche la tradizionale separazione tra alta e bassa magistratura entrava definitivamente in crisi. Si apriva adesso una stagione profondamente diversa, segnata dal progetto del giudice interprete e custode dei valori costituzionali.

Peraltro, la questione era più ampia: atteneva al ruolo del corpo giudiziario nella società, alla scelta tra «Magistrati o funzionari?», come aveva recitato, nel 1961, il titolo del celebre convegno organizzato a Firenze da Giuseppe Maranini, all'indomani della deludente costituzione del nuovo Csm, quasi del tutto monopolio delle alte gerarchie³⁰. Ma si trattava, in realtà, di una domanda retorica che aveva già ricevuto una risposta nei fatti.

Avanzava, in quegli anni, e giungeva finalmente a far parte di molti tribunali se non ancora a guidarli, una generazione nuova, che nel fascismo aveva tutt'al più vissuto la prima infanzia e l'adolescenza, entrata in magistratura nei concorsi banditi sotto la Repubblica democratica. Si profilava una vera e profonda rivoluzione culturale, della quale immediatamente risentiva lo stesso associazionismo dei giudici, con il conflitto tra organizzazioni di diversa ispirazione e l'ascesa dell'ala più democratica, incline a rivendicare i valori costituzionali. Cambiava anche, e in profondo, la composizione sociale della magistratura, in ragione di dinamiche più profonde tipiche di quella fase storica. Si interrompeva il nesso – sino ad allora solido e apparentemente irrevocabile – tra magistratura ed estrazione di classe alto-borghese (per lo meno negli alti gradi), o comunque borghese, mentre una generazione di nuovi giudici proveniva adesso dalle classi medie rivitalizzate dal miracolo economico in atto. Profonde trasformazioni sociali, cui corrispondeva anche il mutare rapidissimo del Paese, e la rivendicazione impellente di nuovi diritti

e una domanda di giustizia assolutamente inedita, che investì vecchia e nuova magistratura ricevendone risposte contrastanti e spesso reciprocamente conflittuali. Messa all'angolo anche dal protagonismo della Corte costituzionale, la Cassazione altrettanto arretrava, rifugiandosi, sinché le fu possibile (e non sarebbe accaduto per molto), nella autodifesa della negazione dei nuovi diritti³¹.

È interessante notare – lo fece nel 1997 Guido Neppi Modona – come nel 1968 tutti i magistrati di cassazione (e il settanta per cento di quelli d'appello) risultassero in servizio da prima del 1944, mentre ben il novantanove per cento dei componenti dei tribunali erano entrati dopo quello spartiacque. A dieci anni dalla istituzione del Csm l'alta magistratura, da cui erano tratti i capi degli uffici giudiziari, proveniva per tre quarti dagli anni del fascismo, mentre i gradi "inferiori" erano stati reclutati pressoché interamente dopo la caduta della dittatura³².

Il clima cambiò molto come effetto anche dalla nascita di Md. Certo è che da allora il confronto-scontro tra le correnti dell'Anm si ispirò a livelli ideali prima sconosciuti. Le correnti diventarono il terreno fertile per l'elaborazione culturale di nuovi modelli di magistratura e di giurisdizione. L'orizzonte ideale entro il quale si muoveva Md delle origini era, infatti, il tema della giurisdizione. Non si trattava (e non si tratta) di un tema neutro: le scelte dell'indirizzo da dare alla giurisprudenza sono tutte dentro la riflessione su quale sia il modello di giudice nella società di oggi.

Allora, l'obiettivo che si ponevano quei giovani magistrati era chiaro: quello di "inverare" la Costituzione e di abbattere la vecchia mentalità della magistratura conservatrice ereditata dal fascismo.

Si trattava di giovani entrati in magistratura dopo l'esperienza autoritaria, ma anche di giuristi, professori, avvocati. Una enorme ricchezza di idee animava quel dibattito. Solo per citare alcuni esempi: gli studi sulle origini storiche della "giustizia di classe", il numero del *Il Ponte* del 1968 dedicato alla magistratura, le nuove riviste, tra le quali spiccava *Qualegiustizia*, la rivista fondata nel 1970 a Bologna da un gruppo di magistrati di Md³³. Questi i propositi che la rivista si dava: «la rivista nasce eretica [...] per dovere morale e sociale. Non crediamo al neutralismo del diritto;

30. *Magistrati o funzionari? Atti del Symposium Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura*, a cura di G. Maranini, Milano, Edizioni di Comunità, 1962.

31. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., 16 ss.

32. G. Neppi Modona, *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, a cura di F. Barbagallo, vol. III, 2, Torino, Einaudi, 1997, 83-137, 122.

33. Più estesamente cfr. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana* cit., 313 ss.

crediamo invece che la giustizia debba o possa contribuire ad attuare le promesse di eguaglianza, non solo formali, imposte dalla Costituzione»³⁴.

D'altro canto, le classi dirigenti reagirono ai mutamenti nella magistratura in diversi modi. Uno, il più inclusivo, fu quello che a metà degli anni '70 portò all'elezione con il sistema proporzionale dei componenti togati del Csm sulla base di liste concorrenti, con una circoscrizione elettorale unica e l'elevazione del numero degli eligendi da quattordici e venti. In questo modo si accentuò in misura notevole il carattere rappresentativo dell'organo, secondo quanto sollecitato anche in occasione del dibattito parlamentare sulla riforma (si disse esplicitamente «per combattere le chiusure corporative»). Nell'occasione, il sottosegretario alla Giustizia, Renato Dell'Andro, magistrato vicinissimo alle posizioni di Aldo Moro (all'epoca presidente del Consiglio) sottolineò l'intento della legge, che risiedeva nella volontà del Governo di superare i contrasti nel dialogo, nella «dialettica di idee e di valori», nell'inclusione delle ali estreme (discorso, questo, tipicamente moroteo) piuttosto che nell'imposizione³⁵.

Purtroppo questa risposta inclusiva del mondo politico si sarebbe rivelata nel tempo una risposta perdente, nel senso che sarebbe poi subentrata una logica di scontro, totalmente diversa dalla scelta degli anni '70.

Il ruolo del magistrato comunque fu profondamente influenzato da questa apertura alla società. Negli anni cruciali della svolta il giudice si trasformò da mero interprete a soggetto attivo del nuovo diritto

grazie alla Costituzione e al controllo di costituzionalità diffuso affidato a ogni singolo giudice.

5. Un nuovo modello di giudice

Questo nuovo modello di giudice, più calato nella realtà sociale e politica, è stato poi quello che ha fronteggiato le tre grandi emergenze degli anni '80 e '90 (il terrorismo, le mafie e la corruzione), svolgendo un ruolo decisivo, ma anche esercitando talvolta una (obbligata) supplenza rispetto ad altre istituzioni. Ed è precisamente da questo nuovo contesto (e da quel nuovo protagonismo) che sarebbe nato il conflitto con la politica, dato caratteristico, quest'ultimo, di una contrastata stagione ancora oggi non risolta.

Ha ancora un senso un impegno "politico" generale, in senso nobile del magistrato?

Se sì, forse lo ha solo in termini di elaborazione di nuove idee e risposte alla crisi della giustizia alla luce dei valori di attuazione della Costituzione. Non un ritorno puro e semplice agli anni '60 e '70 dunque (che sarebbe impossibile), ma un partire nuovamente da quelle motivazioni ideali e dall'apertura alla società mostrata da quei giovani magistrati.

Come ha sostenuto Paolo Borgna, la valenza politica nell'attività dei magistrati sta nella «quotidiana necessità di scegliere fra diverse interpretazioni giuridiche, tutte formalmente legittime», ma da valutare in base alla scala dei propri valori, orientati secondo i principi della Costituzione, e nella consapevolezza della complessità degli interessi e dei valori in gioco³⁶.

34. *Quale giustizia*, n. 1, 1970.

35. L'intervento di Dell'Andro avvenne nella Commissione giustizia del Senato l'8 aprile 1975, cit. da E. Bruti Liberati, *Note sulla composizione e sul sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Questione giustizia*, n. 4, 1984, 1-40, 31.

36. P. Borgna, *Il giudice ancora «bocca della legge»?»,* in P. Borgna e M. Cassano, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, Donzelli, 1997, 57.

I diritti, i tempi, i luoghi (Le Nazioni Unite e i loro percorsi)

di Luigi Marini *

Le complessità proprie del riconoscimento e della tutela dei diritti conoscono a livello sovranazionale un moltiplicatore che risente anche delle differenze di luoghi e tempi che segnano i processi decisionali. Il rapporto fra Assemblea generale e organi ausiliari e i gradi di rilevanza autonoma di questi ultimi rispetto ai compiti di indirizzo e di consolidamento della prima costituiscono fattori importanti allorché si esaminano le Nazioni Unite quale entità che opera per la promozione dei diritti e della pace. Una prima lettura dei percorsi decisionali e della molteplicità degli attori istituzionali può aiutare a introdurre un tema meritevole di ulteriori analisi.

1. Le Nazioni Unite sono per definizione l'istituzione e il luogo dei diritti. Lo sono per la loro universalità oltre che per il loro mandato¹. Lo sono per le molte cose che fanno e per i limiti evidenti della loro azione, che semplicemente rispecchiano l'essenza stessa dei diritti quale costruzione collettiva. E non è certo un caso che il clima crescente di tensione che attraversa il mondo e le sue regioni abbia fatto sentire nell'ultimo anno le proprie conseguenze anche all'interno delle Nazioni Unite, rendendo più rigide le posizioni nazionali e assai più faticoso su molti temi raggiungere soluzioni di compromesso accettabili per le parti.

Le Nazioni Unite (di seguito UN nell'acronimo inglese) sono una istituzione e molti luoghi. E la stessa istituzione si compone di numerose articolazioni, che coprono una quantità crescente di mandati, di funzioni e di attività. Le UN sono nello stesso tempo organo politico decisionale e organo di imple-

mentazione delle decisioni assunte, si compongono di strutture decisionali diverse e di articolazioni operative caratterizzate per diversità di fondamenta, di luoghi, di tempi.

Nello stesso tempo, le UN non sono autosufficienti. Vivono della volontà, del sostegno e della *spontanea* attuazione dei 193 Stati membri, che sono presenti in modo diverso a New York, a Ginevra e a Vienna, solo per restare alle tre sedi principali che interessano il circuito dei diritti di cui intendiamo parlare². In sostanza, le UN sono un mondo così vasto, articolato e complesso che qualsiasi discorso deve per necessità selezionare un singolo aspetto su cui concentrare l'attenzione.

Ciò che mi propongo è condividere qualche riflessione introduttiva dedicata ai luoghi e ai tempi che costruiscono e attuano i diritti nella prospettiva dei lavori dell'Assemblea generale (di seguito GA nell'acronimo inglese).

* L'autore è attualmente *Legal adviser, Permanent Mission of Italy to the U.N.* Le opinioni espresse in questo scritto sono esclusivamente personali.

1. È sufficiente richiamare qui il Preambolo e il paragrafo 3 dell'art.1 della Carta delle Nazioni Unite

2. Un peso crescente sta assumendo Parigi quale sede di UNESCO, soprattutto dopo che la protezione dei beni culturali e la educazione/formazione alla tolleranza (quale antidoto all'estremismo violento) sono state adottate come temi prioritari dal Consiglio di sicurezza e dalle agenzie e istituzioni UN nella lotta al terrorismo e al suo finanziamento.

2. I luoghi decisionali essenziali delle UN sono due: la GA e il Consiglio di sicurezza. La prima partecipata da tutti i 193 Stati, il secondo composto da 15 Paesi, 5 dei quali permanenti e 10 scelti per un biennio ciascuno su base elettiva non periodica (le elezioni con voto della GA sono annuali e riguardano ogni volta un numero limitato di seggi)³.

La GA è articolata in sei commissioni dedicate: 1) al disarmo e alla sicurezza internazionale, 2) agli aspetti economici e finanziari, 3) ai profili sociali, umanitari e culturali, 4) alla politica e decolonizzazione, 5) al bilancio UN, 6) ai profili legali (e istituzionali). Ciascuna di esse svolge un lavoro preparatorio che consiste essenzialmente nella predisposizione di testi di risoluzione che verranno sottoposti all'approvazione della GA nella singola sessione annuale; la gran parte di queste sono ripetitive, alcune con cadenza annuale, altre con cadenza biennale o pluriennale. Non mancano, tuttavia, risoluzioni che giungono direttamente all'approvazione della GA dopo un lavoro preparatorio fatto in altre sedi oppure dopo negoziati svolti a NY che esulano da un lavoro di commissione.

I temi legati ai diritti, nell'accezione di "diritti" comune ai giuristi, attraversano soprattutto le commissioni seconda, terza e sesta, ma è sulla terza, non a caso nota come la commissione dei diritti umani, che intendo concentrare l'attenzione. Non senza dimenticare le connessioni che essa ha con i temi dello "sviluppo sostenibile" (Seconda commissione), della *Rule of Law* (Sesta commissione) e del Consiglio di sicurezza.

3. Per avere un'idea delle competenze e delle attività della Terza commissione occorre guardare ai temi (*Item*) che si ripetono ogni anno e al titolo delle risoluzioni che vengono adottate nel contesto di ciascuno di essi: *Item 28*, sviluppo sociale; *Item 29*, sviluppo della condizione femminile; *Item 65*, rapporto dell'Alto Commissario per i diritti umani, rifugiati e persone *displaced*; *Item 67*, rapporto del Consiglio diritti umani; *Item 68*, promozione e protezione dei diritti dei minori; *Item 70*, eliminazione delle forme di razzismo, discriminazione, xenofobia e intolleranza; *Item 71*, diritto dei popoli alla autodeterminazione; *Item 72*, promozione e tutela dei diritti umani;

Item 106, prevenzione del crimine giustizia penale; *Item 107*, controllo internazionale delle droghe. Il totale delle risoluzioni discusse in commissione nel corso della corrente settantesima sessione della GA ammonta a settanta.

Come si vede dal titolo degli *Item* e come risulterà ancora più evidente dalla lettura del titolo delle diverse risoluzioni, lo spettro coperto dalla commissione è amplissimo e va dai diritti sociali ai diritti della persona, senza dimenticare la tutela che i diritti devono avere in sede giurisdizionale, in particolare in quella penale.

A questo livello di iniziativa devono aggiungersi i lavori che sono svolti dagli *Special Rapporteur* del Segretario generale (SGSR), che hanno l'incarico di analizzare e riferire annualmente in merito a specifici fenomeni. La giudice italiana Maria Grazia Giammarinaro è attualmente SR per il fenomeno dei flussi migratori, ma altri ancora andrebbero ricordati in relazione al discorso che stiamo facendo⁴.

4. I lavori di questa settantesima sessione dell'Assemblea, apertasi il 14 settembre 2015 e destinata a chiudersi a settembre 2016, non possono essere correttamente inquadrati senza avere presente la risoluzione adottata con il suo primo atto. La risoluzione 70/1, infatti, approva i nuovi obiettivi strategici delle UN destinati ad operare per i prossimi quindici anni e concentrati sullo "sviluppo sostenibile"⁵. Questa, che per ragioni di brevità viene comunemente denominata "Agenda 2030", contiene un programma ambizioso e articolato in 17 *Goal* principali e numerosi sotto-obiettivi (*target*), che segna un cambio di passo rispetto agli "obiettivi del Millennio" varati nel 2000. I nuovi obiettivi sono non soltanto chiaramente collegati agli sforzi per combattere il cambiamento climatico, ma si propongono come un programma *people centered* e guidato ancora dall'imperativo secondo cui «nessuno deve essere lasciato indietro».

Al di là dei risultati ottenuti dagli "obiettivi del Millennio" e della coerenza fra ciò che ora viene promosso e ciò che in concreto avviene, mi sembra di grande importanza il legame tra sviluppo sostenibile, diritti delle persone e *Rule of law* che in for-

3. L'Italia sta al momento concorrendo per uno dei seggi del biennio 2017-2018 che saranno coperti con le elezioni che avranno luogo nel mese di giugno 2016.

4. Tra i vari, numerosi *rapporteur* posso ricordare lo SP per la indipendenza di giudici e avvocati e quelli che si occupano di diritti dei minori; di diritti delle donne; di violenza sui minori o sulle donne; di commercio dei minori e pornografia minorile; di tortura; di diritti delle popolazioni indigene; di diritto all'abitazione e adeguati *standard* di vita; di libertà di opinione e manifestazione del pensiero, ... e potrei continuare a lungo.

5. Il titolo della risoluzione è: «*Transforming our world: the 2030 Agenda for sustainable development*».

ma più o meno diretta attraversa tutti gli obiettivi. L'idea che lo sviluppo debba essere "sostenibile" implica non soltanto la cessazione dello sfruttamento irrazionale delle risorse, ma anche la fine dello sfruttamento delle persone e delle comunità, locali e nazionali, chiamate a riappropriarsi delle proprie potenzialità secondo modelli di sviluppo equilibrati e calibrati sulle loro esigenze specifiche. In questa prospettiva un ruolo essenziale viene riconosciuto alla creazione di istituzioni nazionali trasparenti, libere da corruzione e malaffare, efficaci nel promuovere i diritti e nel dare risposta ai bisogni delle persone e delle società.

Un discorso a parte, niente affatto semplice, andrebbe dedicato alla *Rule of law*, tema dalle molte sfaccettature e fonte di conflitti fra le Delegazioni in tutte le sedi ove quel termine viene richiamato⁶. Non perfettamente coincidente con il nostro "Stato di diritto", il concetto di *Rule of law* assume per i Paesi occidentali una connotazione molteplice (politica, istituzionale, ordinatoria spinta fino a livello individuale) che fonda le relazioni fondamentali a livello nazionale e internazionale e che molti altri Paesi contestano. Secondo alcuni di essi la *Rule of law* non è altro che l'espressione ultima del percorso dei Paesi coloniali e un nuovo tentativo di imporre quel modello non più con la forza, ma con il coniugio fra economia e istituzioni. Secondo altri l'idea di *Rule of law* di matrice occidentale costituisce solo una delle possibili forme istituzionali e non può diventare regola generale imposta a società e Paesi di tradizioni e cultura totalmente diverse. In altre parole sul concetto e sulla attuazione della *Rule of law* si scaricano tutte le differenze esistenti fra i modelli democratici di stampo occidentale, i modelli dichiaratamente autoritari, le società a struttura oligarchica, i Paesi in transizione. Non a caso nel corso dei lunghi lavori che hanno portato alla formulazione del *Goal 16* si è dovuto abbandonare l'iniziale inclusione della *Rule of law* nel titolo dello stesso e includere le articolazioni di quel

concetto nel testo e nei *target*. Ma non è qui possibile approfondire il tema come meriterebbe e conviene passare oltre.

5. Tornando così ai lavori di commissione, la semplice elencazione degli *Item* che abbiamo fatto poco sopra impone di introdurre subito un aspetto centrale del nostro discorso: la molteplicità dei luoghi di azione delle UN in materia di diritti. Il richiamo al Consiglio per i diritti umani (UNHRC) e all'Alto Commissario per i diritti umani (OCHCR) chiama in causa la sede di Ginevra e i lavori che in quella sede si svolgono nel corso dell'intero anno. Il richiamo alla giustizia penale, alla corruzione e alle droghe chiama in causa Vienna, la sede ove operano le due principali istituzioni UN in materia: la Commissione criminale⁷ e la Commissione droghe⁸.

Entrambe le sedi presentano due caratteristiche fondamentali: la partecipazione ai lavori delle commissioni non riguarda tutti i Paesi membri, posto che solo una parte di essi ha delegazioni che permanentemente vi operano⁹; i lavori, poi, hanno una caratura marcatamente tecnica, se rapportati a quelli che si svolgono attorno e nella GA. Come vedremo, entrambe queste caratteristiche stanno assumendo un peso sempre maggiore nel dibattito in corso a New York che prende spunto dai lavori di commissione o da specifiche iniziative.

5.1 Il rapporto sulla trentesima sessione del Consiglio per i diritti umani (tenutasi a Ginevra dal 14 Settembre al 2 Ottobre 2015) può darci una idea dei due profili che abbiamo appena richiamato¹⁰. La sessione ha approvato 29 risoluzioni e 15 decisioni. Queste ultime danno conto delle visite e degli *assessment* periodici sullo stato di applicazione dei diritti umani in altrettanti Paesi, mentre le risoluzioni hanno una articolazione più ampia. Accanto a risoluzioni dedicate a situazioni di particolare urgenza e compro-

6. La *Rule of law* è un tema che ricade nelle competenze della Sesta commissione, ma che assume un inevitabile rilievo anche per la Terza commissione, soprattutto con riferimento ai temi che toccano il settore della droga, della corruzione, della prevenzione del crimine e della giustizia penale, incluso il profilo delicato dell'accesso alla giustizia e del più generale accesso alle informazioni e alla documentazione legale.

7. *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice*, o CCPCJ.

8. *Commission on Narcotic Drugs*, o CND.

9. La risoluzione istitutiva dell'UNHRC prevede anche la ripartizione dei 47 seggi tra i continenti: 13 seggi all'Africa, 13 seggi all'Asia e Stati del Pacifico, 6 all'Europa dell'Est, 8 seggi all'America Latina e Centrale, 7 tra Europa occidentale, America del Nord e Oceania. La permanenza dei singoli Paesi ha durata triennale e non è consentita la rieleggibilità dopo due mandati consecutivi.

10. Discorso in parte diverso andrebbe fatto per l'Alto Commissariato per i diritti umani, il cui rapporto destinato alla 70^a Sessione della GA individua come temi prioritari, tra gli altri, il rafforzamento dei meccanismi internazionali di difesa e promozione dei diritti, la promozione dell'uguaglianza e la lotta alle discriminazioni, la lotta contro la impunità e il rafforzamento delle regole di responsabilità e dello Stato di diritto, il legame fra diritti e sviluppo economico.

missione dei diritti all'interno di singoli Stati¹¹, ve ne sono altre che affrontano tematiche di ordine generale, dalla tutela dei diritti delle popolazioni indigene al contrasto all'estremismo violento, dal rafforzamento della cooperazione e delle capacità istituzionali al diritto allo sviluppo¹².

Solo una parte minore delle risoluzioni adottate dal Consiglio per i diritti umani vengono presentate alla GA per la sua approvazione e formano oggetto del dibattito di commissione. Alcune di queste rientrano fra le cd "risoluzioni Paese", dedicate a situazioni locali ritenuti di particolare rilievo¹³, altre riguardano temi di ordine generale: quest'anno il riferimento è alle risoluzioni dedicate al contrasto a razzismo, discriminazione, xenofobia e intolleranza; alla diaspora delle popolazioni africane; al diritto allo sviluppo.

Ma accanto a queste vi sono altre risoluzioni del Consiglio per i diritti umani che hanno ad oggetto temi che la GA affronta con risoluzioni introdotte e coordinate da singoli Paesi. A titolo di esempio, quelle introdotte da Cuba in materia di misure coercitive unilaterali e in materia di uso dei mercenari; quella introdotta dalla Bolivia in materia di diritti delle popolazioni indigene; quella (biennale e non presente quest'anno) in tema di pena di morte, a cui l'Italia da sempre contribuisce con un impegno particolare. Senza dimenticare altre risoluzioni introdotte da singoli Paesi che toccano temi del tutto intersecanti le iniziative del Consiglio per i diritti umani¹⁴.

5.2 Un discorso in parte simile può farsi per i lavori della Commissione crimine (di seguito CCPCJ).

Creata nel 1992 come organismo ausiliario del Consiglio economico e sociale delle UN (di seguito ECOSOC) su mandato della Assemblea generale, la CCPCJ opera in Vienna con la partecipazione di 40 Paesi¹⁵ su mandato triennale.

Nella sua ventiquattresima sessione la CCPCJ ha adottato numerose risoluzioni¹⁶, alcune delle quali indirizzate ad ECOSOC per le ulteriori valutazioni¹⁷ e due risoluzioni indirizzate a ECOSOC per essere destinate alla approvazione della GA. La prima di queste è destinata alla approvazione della cd "Dichiarazione di Doha"¹⁸, che con il passaggio in assemblea trova piena legittimazione e consenso da parte di tutti gli Stati membri; la seconda, fondata sull'esito della riunione degli esperti intergovernativi tenutasi a Bangkok nel dicembre 2014, è stata proposta da Thailandia e Croazia e dedicata alla cooperazione internazionale contro il femminicidio, concetto che per le resistenze di molti Paesi ad usare espressamente tale termine, viene indicato con «*gender related killing of women and girls*».

Sulla base dei lavori e delle proposte della CCPCJ, l'ECOSOC ha poi presentato alla GA quattro proposte di risoluzione rubricate sotto l'*Item 106 (Crime Prevention and Criminal Justice)*, rispettivamente dedicate a: a) gli esiti del XIII Congresso delle Nazioni Unite, sopra ricordato (inclusa la Dichiarazione di Doha); b) i nuovi Standard Minimi per il Trattamento dei prigionieri (le cd *Nelson Mandela Rules*, licenziate dall'apposito gruppo di esperti al termine di un lungo e complesso lavoro); c) il contrasto al femminicidio; d) la assistenza tec-

11. In particolare, Siria, Sri Lanka, Yemen, Repubblica dell'Africa Centrale, Somalia, Sudan, Repubblica Democratica del Congo, Burundi.

12. Una parte di esse viene adottata senza voto, ma altre non raggiungono il consenso di tutti i rappresentanti e sono adottate con voto; tra le altre risoluzioni che non hanno visto raggiungere la unanimità dei consensi, vanno ricordate quella sul contrasto all'estremismo violento, quella sui diritti dei contadini, sul diritto alla pace, quella su pace e uso dei mercenari; quella sulle misure coercitive unilaterali; quella sul "diritto allo sviluppo". Non sfuggirà la caratura altamente politica dei singoli temi qui ricordati.

13. Negli ultimi anni la Terza Commissione esamina e porta in GA quattro risoluzioni Paese dedicate rispettivamente a: Repubblica democratica di Corea; Myanmar; Repubblica islamica di Iran e Repubblica araba di Siria. Di queste solo l'ultima trova origine diretta nella risoluzione della Commissione per i diritti umani.

14. Il riferimento è alla risoluzione biennale in tema di diritto allo sviluppo (Cuba), quella in tema di discriminazione, incitamento alla violenza, etc. su base religiosa (Egitto) o in tema di razzismo, xenofobia e implementazione della Dichiarazione di Durban (Sud Africa).

15. In particolare, 12 Paesi rappresentano l'Africa, 9 l'Asia, 8 l'America Latina e i Caraibi, 4 i Paesi dell'Est Europa e 7 i Paesi dell'Europa Occidentale e altro.

16. Richiamo qui la risoluzione, su proposta messicana, sulla protezione del patrimonio e dei beni culturali (particolarmente intenso l'impegno delle Delegazione italiana nella elaborazione del testo).

17. Segnalò in particolare la risoluzione, proposta dalla Bielorussia, in tema di contrasto al traffico di migranti e quella che intende rafforzare il sistema statistico penale e che pone con chiarezza il tema della rilevanza della raccolta dei dati ai fini della implementazione e della revisione delle convenzioni in materia di cooperazioni penale, a partire dalla convenzione UN sulla corruzione (UNCAC).

18. Si tratta della dichiarazione approvata nel contesto del XIII Congresso (quinquennale) delle UN dedicato alla prevenzione del crimine e alla giustizia penale tenutosi a Doha, Qatar, nello scorso mese di aprile. Un testo fondamentale in relazione alle priorità e agli impegni che oltre 140 Stati partecipanti hanno individuato e assunto nel contesto delle politiche delle Nazioni Unite.

nica per la implementazione delle convenzioni e dei protocolli contro il terrorismo.

5.3 Sempre a Vienna hanno sede la segreteria della Convenzione UN sulla corruzione (UNCAC) e della relativa Conferenza degli Stati Parte e la Commissione sulle droghe (di seguito CND). Creata nel 1946 come organismo ausiliario dell'ECOSOC, la CND ha visto nel 1992 aumentare da 40 a 53 il numero dei propri componenti¹⁹. È interessante notare che la Commissione non è composta soltanto da rappresentanti statali e che una parte dei seggi sono appannaggio di agenzie specializzate e di soggetti parte delle tre convenzioni in materia di droghe, avendo riguardo anche del criterio di rappresentanza geografica regionale e a quello della gravità dei fenomeni che interessano la singola realtà.

Nella sua cinquantaquattresima sessione la CND ha adottato numerose decisioni e risoluzioni sottoposte all'attenzione di ECOSOC²⁰, cui si aggiungono la risoluzione proposta per l'adozione di ECOSOC relativa al gruppo di lavoro sulla situazione finanziaria di UNODC e, soprattutto, quella raccomandata per l'adozione in GA avente ad oggetto la Sessione speciale (UNGASS) che la GA dedicherà nell'aprile 2016 al «*world drug problem*». La risoluzione è stata quindi presentata da ECOSOC per l'adozione dell'Assemblea sotto l'*Item* 107, «*International Drug Control*»²¹.

6. Questa sintetica e parziale ricapitolazione dei lavori svolti nel periodo che va dall'autunno 2014 all'autunno 2015 nelle sedi delle Nazioni Unite di Ginevra e Vienna è necessaria per introdurre alcune brevi considerazioni sulle complesse relazioni fra i luoghi e i tempi delle attività che conducono alle manifestazioni di volontà delle UN nel settore dei diritti ricadenti entro le competenze della sola Commissione a ciò dedicata.

In primo luogo, risulta evidente che gli organi ausiliari della GA istituiti nel tempo svolgono un lavoro prevalentemente tecnico²² e preparatorio che si muove su piani diversi e interconnessi. Un primo piano è quello del dibattito tecnico, spesso organizzato attorno a gruppi di lavoro, destinato a restare a livello

di decisioni e risoluzioni adottate dalle commissioni di Vienna e dall'Alto Commissariato per i diritti umani. Un secondo piano è quello delle risoluzioni che a Vienna vengono presentate dalla CCPCJ e dalla CND per il dibattito e l'adozione da parte dell'ECOSOC e delle risoluzioni adottate a Ginevra dal Consiglio per i diritti umani. Un terzo livello è rappresentato dalle risoluzioni che ECOSOC presenta nella sede di NY per l'approvazione da parte della GA e da quelle che, presentate e facilitate da singoli Paesi, sono introdotte in commissione con oggetto in tutto simile a quello già esaminato a Vienna o Ginevra.

Sotto un diverso profilo deve convenirsi che le scelte sulle modalità di trattazione delle diverse tematiche risponde a criteri di priorità che risentono delle volontà manifestate dagli Stati nelle diverse sedi e che trovano spesso un punto di sintesi nelle decisioni assunte a livello di GA.

Ne fa fede in via generale il lungo percorso che ha portato alla definizione dei 17 «*Goal*» che compongono l'Agenda 2030; un percorso cui hanno concorso in modo articolato le diverse agenzie e entità delle UN, i gruppi di lavoro incaricati di sviluppare singoli settori, gli interessi e le priorità veicolati dai singoli Stati e dai gruppi di Stati che operano a New York, il lavoro fatto nelle sedi periferiche delle UN.

Ne fanno fede, poi, le articolazioni dei lavori degli organismi che operano a Vienna e Ginevra, che ogni anno individuano temi cui dedicare una specifica attenzione e su cui raggiungere un ampio consenso che porti alla ratifica e al sostegno della GA. Pochi esempi saranno sufficienti per chiarire questo punto.

6.1 Le così dette *Nelson Mandela Rules* sono state approvate quest'anno a Città del Capo da un gruppo di lavoro, composto da esponenti di governo e altri *stakeholders*, al termine di un percorso di lavoro pluriennale condotto nel contesto CCPCJ che aveva come obiettivo quello di migliorare e arricchire gli «*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*» adottati oramai molti anni fa. Si tratta di un documento molto articolato, che prende in considerazione tutti gli aspetti dell'esecuzione della pena ed eleva rispetto al passato gli standard minimi di trattamento. Inutile dire che, muovendo dall'af-

19. 11 seggi sono riservati ai Paesi africani, 11 a quelli asiatici, 10 all'America Latina e Caraibi, 6 ai Paesi dell'Est Europa, 14 ai Paesi dell'Europa Occidentali e altri; infine, 1 seggio a rotazione tra Asia e Latino-America-Caraibi, su base quadriennale.

20. Sono 15 le decisioni e 11 le risoluzioni; queste ultime trattano temi molto diversi, dal contrasto ai flussi finanziari illeciti alla delicata problematica delle «nuove» sostanze psicotrope.

21. L'*Item* 107 include anche quest'anno una seconda risoluzione, presentata annualmente dal Messico, e dedicata a «*International cooperation against the world drug problem*».

22. Anticipo qui che sulla distinzione fra ruolo tecnico e ruolo politico dovremo tornare in termini problematici nella parte conclusiva del presente lavoro.

fermazione del diritto di tutti i detenuti a condizioni dignitose e a regole e garanzie che tutelino la loro persona, il gruppo di lavoro si è trovato a fronteggiare situazioni di fatto e condizioni di trattamento carcerario che a livello internazionale sono enormemente diversi, nonché posizioni dei singoli Stati altrettanto diversificate. Il prezzo pagato alla ricerca di un ampio consenso è il linguaggio adottato dall'art.8 della risoluzione, che ha cura di precisare che le regole contenute nelle *Rules* non sono obbligatorie, pur aggiungendo che ogni Stato si impegna a dare loro applicazione in modo conforme allo spirito e alle finalità delle stesse.

Si tratta di un prezzo non di poco conto. Le trattative che si sono svolte in queste settimane a New York per giungere alla presentazione delle risoluzioni in materia penale hanno immancabilmente visto una serie di paesi, compresi paesi europei, insistere sulla non obbligatorietà delle *Nelson Mandela Rules* e contestare le proposte di linguaggio che intendevano impegnare gli Stati a dare puntuale attuazione alle nuove regole. E, tuttavia, deve ammettersi che senza la presenza dell'art.8 un numero elevato di rappresentanti statali non avrebbe prestato consenso al varo delle nuove regole, così riproponendosi la situazione di stallo dello scorso anno.

6.2 Il tema della UNGASS (la sessione speciale della GA dedicata al tema delle droghe) è, pur sotto un diverso profilo, un altro esempio della complessità dei rapporti fra Vienna e NY. Il discorso è molto articolato e complesso e meriterebbe una apposita trattazione. Sarà qui sufficiente ricordare che la politica delle UN in tema di droghe, una politica che ha grandi e decisive ricadute a livello mondiale, «si fa a Vienna», nel circuito composto da UNODC e CND²³. Avendo riguardo all'ultimo periodo, quella politica si è concretizzata nel piano di azione decennale che scadrà nel 2019. Una serie di Paesi ha iniziato alcu-

ni anni fa a contestare la politica viennese, ritenuta fallimentare perché incentrata soprattutto su un'azione repressiva della produzione, del traffico e del consumo. Di qui la pressione esercitata per avere un momento di verifica che non attenda il 2019 e che sia organizzata non nel luogo della tradizionale determinazione delle scelte operate da un numero ristretto di soggetti, bensì nel luogo della partecipazione più ampia e democratica, cioè New York e la GA. Si è così aperto un braccio di ferro fra quei Paesi che difendono la CND e la sua centralità e quelli che la contestano; tale contrasto ha coinvolto e diviso gli *stakeholder* che si occupano di droghe, dalle ONG alle università e al mondo sanitario e scientifico in generale. Il punto di compromesso trovato a Vienna e raccolto a New York è stato la celebrazione di una sessione speciale della GA che si terrà a NY nell'aprile 2016 e che per alcuni giorni discuterà tutti i principali aspetti del fenomeno-droghe. Ma il compromesso non ha certo sopito le differenze profonde che attraversano le posizioni degli Stati e queste differenze si sono ben presto manifestate sul piano istituzionale (il ruolo della CND come soggetto centrale del percorso di preparazione della UNGASS²⁴) e sul piano procedurale (partecipazione della "società civile" e del mondo scientifico alla preparazione e allo svolgimento della sessione speciale).

In tutto questo non va dimenticato che anche la sede ginevrina riveste un ruolo importante nel determinare i presupposti che incidono sulla disciplina e sulle politiche delle UN. Dei temi legati al consumo e al commercio di droghe si occupa anche l'Organizzazione mondiale della sanità, che ha la responsabilità di raccogliere dati e di predisporre strategie e interventi a livello sanitario, inclusa la prevenzione e incluse le risposte alle patologie legate all'assunzione di sostanze proibite²⁵. Ma dei temi legati alle droghe si occupa anche il Consiglio per i diritti umani, che con sempre maggiore forza denuncia le conseguen-

23. Se la CND è organo ausiliario di ECOSOC e GA, UNODC (*United Nation Office on Drugs and Crime*) è l'ufficio delle UN che svolge compiti di supporto e segreteria delle convenzioni in materia di crimine (in particolare UNTOC, cioè Convenzione di Palermo, e UNCAC, Convenzione in tema di corruzione) nonché di implementazione sia delle convenzioni in materia di crimine e delle tre convenzioni in materia di droga sia del generale "programma" delle UN in materia e delle sue tante articolazioni.

24. Proprio per superare le diffidenze dei Paesi che vedono nella CND e nei suoi metodi di lavoro un circuito che espelle le posizioni e le problematiche non gradite, la lunga e complessa preparazione della UNGASS è stata affidata a un organismo di coordinamento, un vero Board che opera come momento di raccordo fra la CND e le iniziative adottate in sede di GA e che gestisce sia l'esito delle conferenze preparatorie regionali sia il sito web destinato a raccogliere i dati e tutti i contributi che vengono dalle realtà UN, dalle istituzioni internazionali e nazionali, dalla comunità scientifica, dalle ONG e dalla società civile organizzata.

25. L'OMS (WHO nell'acronimo inglese) fa sentire, tra l'altro, la propria voce anche nel percorso decisionale che conduce alla inclusione delle sostanze fra quelle proibite e alla disciplina delle droghe medicalmente necessarie.

26. Tra i più rilevanti aspetti negativi denunciati, ricordiamo qui: l'applicazione della pena di morte e di pene assolutamente sproporzionate per i reati di droga; la mancanza di condizioni carcerarie che tutelino i consumatori di droga; i rischi di diffusione delle malattie legate al consumo di droga (HIV e Epatite C in testa); l'inadeguatezza degli interventi trattamentali o la natura discriminatoria degli stessi; le disuguaglianze di genere; la condizione minorile; il mancato accesso alle droghe necessarie per finalità terapeutiche o palliative.

ze negative che le politiche repressive causano sulle persone con livelli e gravità diversi a seconda delle legislazioni, delle prassi e delle condizioni sociali dei singoli paesi²⁶.

7. La diversità di impostazione, di approccio culturale e di strumenti di lavoro esistente fra i diversi organismi UN e le diverse sedi non può restare priva di conseguenze allorché i soggetti unificanti, Assemblea generale in testa, devono assumere decisioni con il concorso di tutti i 193 Paesi Membri. Anche qui un paio di esempi possono essere sufficienti.

7.1 La risoluzione in tema di «Difesa dei diritti umani e delle libertà fondamentali nell'ambito della lotta al terrorismo» è stata oggetto di una lunga e conflittuale gestazione in commissione. Si tratta di una risoluzione, facilitata dal Messico, che affronta annualmente un tema molto delicato (che trova corrispondenza nei lavori di Ginevra e che tocca in modo significativo anche le decisioni del Consiglio di Sicurezza) e i cui negoziati hanno registrato quest'anno una forte tensione fra gli Stati partecipanti al tavolo²⁷. I temi di maggiore contrasto sono stati: il ruolo delle donne e dei minori coinvolti in qualche modo e con diversi livelli di inclusione all'interno dei gruppi terroristici e la risposta specifica da dare alle loro peculiari esigenze; i rischi di violazione dei diritti umani (diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza) nell'azione di contrasto al terrorismo; la tutela delle associazioni umanitarie rispetto non solo alle aggressioni che possono subire, ma anche al pericolo di essere coinvolte in modo negativo (quali autrici di condotte che possono apparire "collaterali") nella risposta statale all'azione dei terroristi; i profili legati al finanziamento delle associazioni umanitarie (e si è discusso a lungo se aggiungere o meno la specificazione "indipendenti") per la loro azione sul terreno; il ruolo della società civile come attore positivo nel contrasto al terrorismo; i limiti di applicazione del diritto umanitario.

Come si vede, i negoziati di New York hanno riaperto e ridiscusso tematiche fondamentalmente riconducibili tutte alla sfera dei diritti umani e già oggetto di complesse negoziazioni in diversi testi adottati nella sede ginevrina. Ma soprattutto, questo è avvenuto con un doppio profilo di problematicità: a) l'esistenza di alcune posizioni molto nette nel rifiutare ogni "importazione" di linguaggi e di scelte effettuate in una sede (Ginevra) non rappresentativa dell'intera "constituency"; b) il formarsi di schieramenti contrapposti in qualche modo stabili che, operando su un testo di per sé rigido e in un arco di tempo ristretto, hanno rischiato di cristallizzare le rispettive posizioni e di impedire il raggiungimento di un terreno comune migliorativo e attualizzato rispetto al testo della risoluzione adottata nel 2014.

7.2 La risoluzione dedicata al «Rafforzamento del coordinamento di sforzi contro il traffico di persone» è stata, a sua volta, lungamente negoziata. Parecchi i punti delicati e oggetto di aspra discussione. Quello che vorrei qui esaminare, avendo portata più generale, è legato alla partecipazione della "società civile"²⁸ al percorso di preparazione della sessione di verifica del *Plan of Action* che la risoluzione prevede avere luogo nell'Ottobre 2017.

La partecipazione della società civile ai diversi percorsi decisionali delle UN, soprattutto se si tratta delle risoluzioni adottate in GA²⁹, sconta profonde divergenze di impostazione e di gestione da parte degli Stati Membri. I Paesi che definiamo "occidentali" hanno progressivamente accresciuto un atteggiamento di favore verso la società civile, accettando e addirittura favorendo la sua rappresentanza nelle consultazioni e nei dibattiti preparatori su tematiche sociali e legate ai diritti in senso stretto. Diverso è l'approccio dei Paesi a struttura autoritaria, ivi compresi quelli che pure adottano un modello istituzionale parlamentare e democratico, per i quali gli unici soggetti abilitati a partecipare ai percorsi decisionali sono gli Stati Membri; da tale impostazione discende o la volontà di escludere del tutto la società

27. Non posso qui che ricordare velocemente che i 28 Stati europei operano nei negoziati mediante un coordinamento che precede e accompagna il lavoro di negoziazione, designando per ciascun tavolo negoziale (ogni risoluzione) facilitato da altri Paesi un proprio rappresentante incaricato di portare le proposte e le posizioni della UE.

28. È bene dire subito due cose: che parlando di società civile in questi contesti si fa riferimento essenzialmente alle NGO e alle associazioni organizzate su larga scala, alcune della quali di grande importanza per diffusione, spessore, capacità di condizionamento dello stesso livello politico; che quello della società civile è un tema che attraversa con altrettanta complessità numerose risoluzioni delle UN, comprese quella dedicata al tema delle droghe, di cui si è detto, e quella "omnibus" sul crimine facilitata dall'Italia avente il titolo: «Rafforzamento del Programma delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale, in particolare la sua capacità di cooperazione tecnica» (*Item 106*).

29. È un po' diverso, e lo si è visto, l'approccio quando si tratta delle sedi più tecniche di Vienna, Ginevra, Parigi, dove le consultazioni permanenti e il coinvolgimento del mondo scientifico e associativo (essenzialmente le ONG) sono percepiti da quasi tutti gli Stati come un dato più accettabile e meno divisivo.

civile dal dibattito onusiano oppure la scelta di affidare ai singoli Stati le modalità e i limiti di ascolto e di coinvolgimento della “propria” società civile³⁰. Si tratta in linea di massima della stessa linea di demarcazione (e della stessa articolazione dei Paesi) che si forma attorno alla idea della *Rule of Law* e alle applicazioni che da quel concetto discendono. Ebbene, è evidente che il dibattito sul coinvolgimento della società civile impatta immediatamente sui temi trattati a Ginevra nel campo dei diritti e su almeno una parte dei temi trattati a Vienna sul versante del coordinamento ai fenomeni criminali: due aspetti profondamente legati tra loro allorché si parla di contrasto al traffico di persone.

7.3 Ma anche la risoluzione “*Omnibus*” sul crimine (vedi nota 28) non è rimasta indenne da problematiche che coinvolgono i lavori svolti a Ginevra da parte dell’Alto Commissario e del Consiglio per i diritti umani. Mi limito qui a ricordare quanto accaduto con riferimento al paragrafo dedicato alla corruzione: la richiesta di uno Stato Membro di importare nel testo due paragrafi estratti dalla risoluzione 29/11 del Consiglio per i diritti umani³¹ è stata immediatamente respinta. L’argomento utilizzato in questo caso, così come in altri casi di emendamenti che richiamano la tutela dei diritti umani in generale o specifiche situazioni di debolezza, è che la risoluzione deve limitare il proprio oggetto al contrasto dei fenomeni criminali organizzati e non occuparsi delle situazioni che li precedono o li seguono e di profili che spetta ad altre sedi affrontare. Si tratta di una posizione che può apparire corretta (e per alcuni certamente lo è), ma che in realtà taglia quei legami fra sviluppo sociale, diritti e lotta al crimine che l’Agenda 2030, in modo più marcato che in passato, ha messo al centro della prospettiva di garantire uno sviluppo sostenibile per tutta l’umanità, le comunità, le singole persone. In secondo luogo,

quella posizione disarticola i momenti destinati a dare applicazione concreta alla tutela dei diritti che in altre risoluzioni sono affermati in via di principio e con linguaggi generali.

8. Ho dovuto lasciare in questo momento da parte il discorso che chiama in causa il Consiglio di Sicurezza. L’evoluzione drammatica dei conflitti regionali o locali e quanto sta avvenendo sul piano del terrorismo internazionale da anni ormai rendono le deliberazioni del Consiglio e l’azione dei suoi organi ausiliari direttamente incidenti anche sul piano dei diritti umani. La dialettica fra Consiglio e Assemblea si è fatta più complessa e articolata. Sotto certi aspetti i lavori della GA tendono a escludere una rilevanza diretta delle deliberazioni del Consiglio, vissuto da moltissimi Paesi come un organismo privo di democraticità e privo di legittimazione al di fuori dello stretto ambito di competenza. Sotto altri, si registra quest’anno in sede di negoziato delle risoluzioni assembleari una maggiore disponibilità a considerare e richiamare i linguaggi adottati dal Consiglio che concernono il terrorismo³² e affrontano il tema dei legami fra terrorismo e gruppi criminali organizzati³³. Si tratta di aspetti che nel corso delle negoziazioni 2014 erano stati oggetto di forti e diffuse resistenze, intendendo moltissimi Paesi tenere ben distinti i due fenomeni e ribadire l’assenza di prove attendibili di connessioni rilevanti fra “terroristi” e “criminali”.

È chiaro che le prospettive profondamente diverse del lavoro della AG e del Consiglio conducono ad approcci e linguaggi diversi tutte le volte che si parla di diritti e di contrasto al terrorismo e ci si riferisce alle cause delle situazioni di crisi³⁴. È una differenza fisiologica, che tuttavia non dovrebbe impedire un dialogo effettivo fra le due istituzioni e una attenzione concreta al coordinamento degli sforzi che

30. Se è chiaramente comprensibile come questo “filtro” statutale possa alterare e sbilanciare il meccanismo complessivo di partecipazione, va ricordato che in molti casi viene trovato un punto di compromesso nell’acceptare quale parametro di partecipazione il riconoscimento che viene attribuito alle ONG da ECOSOC al termine di un processo di valutazione partecipato dagli Stati (inutile nascondersi che anche su questo processo si trasferiscono le differenze di approccio, di apertura e di “indipendenza” nel giudizio).

31. In sostanza si chiedeva di introdurre linguaggi sulla importanza della prevenzione, sulle ricadute negative che la corruzione ha sull’esercizio dei diritti umani e, in particolare, delle persone vulnerabili. Una parte di quei concetti sono stati poi recuperati nel contesto degli emendamenti accolti, ma l’opposizione alla “importazione” di testi adottati in sede ginevrina è risultata insuperabile.

32. Mi riferisco in particolare alle risoluzioni 2178 (2014) sui *foreignterrorist fighters* e 2199 (2015) sul contrasto al finanziamento dei gruppi terroristici.

33. *In primis* la risoluzione 2195 (2014) promossa dalla presidenza del Chad e i successivi documenti tecnici predisposti dagli organismi ausiliari con specifico *focus* sulla evidenza di quei legami “in alcune realtà”.

34. Crisi che coinvolgono questioni radicalmente politiche – non solo Siria o Libia, ma anche Liberia, Repubblica Centro Africana, etc. - e chiamano in causa la qualità e la sostanza delle istituzioni nazionali e internazionali.

ciascuna di esse (e rispettivi organi ausiliari) mette in campo. Ma questo è un altro discorso che prima o poi cercheremo di affrontare.

9. È arrivato il momento di poche osservazioni conclusive, che concentrerei su due soli profili.

9.1 Se gli organismi periferici delle UN operano come organi ausiliari della GA, la prima conseguenza evidente è che le risoluzioni dell'Assemblea assumono un peso politico e simbolico predominante, con il che ogni Stato che sia riuscito a introdurre un elemento importante nel lavoro e nei provvedimenti di un organo ausiliario tende a ottenere la successiva ratificazione e il sigillo dell'assemblea nel contesto di un percorso decisionale che si muove per fasi e per gradi progressivi. Allo stesso tempo, gli Stati che non sono presenti e rappresentati negli organismi periferici vivono i lavori di GA come "il" luogo e momento per far valere le proprie istanze e priorità. Non dobbiamo, tuttavia, nasconderci che in alcuni casi gli stessi Stati che accettano un testo in sede di organismo "tecnico" scelgono poi di non sostenerlo in sede di lavori della GA e cercano di escluderne la inclusione in una risoluzione dell'assemblea che lo cristallizzerebbe come "linguaggio acquisito"³⁵ e gli attribuirebbe un peso politico che non è proprio delle risoluzioni adottate a Vienna o Ginevra o altrove.

Appare subito evidente che questa dialettica fra diversi favorisce indubbiamente gli Stati (e i loro raggruppamenti organizzati) che hanno il maggior peso politico nella sede newyorkese e che riescono a programmare e mettere in pratica una strategia coordinata nelle diverse sedi e nei diversi momenti decisionali.

9.2 Detto questo sulla centralità del momento assembleare, ritengo importante sottolineare che la dichiarata distinzione fra luoghi di elaborazione tecnica e luoghi di elaborazione politica risponde solo in parte alla realtà e rischia di essere fuorviante se non la si esamina con prudenza.

È certamente vero che la CCPCJ e i suoi gruppi di lavoro, la CND e il Consiglio per i diritti umani adottano necessariamente un approccio molto tec-

nico, avvalendosi di esperti assai specializzati e di procedure di lavoro molto legate ai dati scientifici e alla specificità dei testi normativi e delle loro interpretazioni. È tanto vero che soltanto chi partecipa dei lavori o li esamina con le necessarie competenze è in grado di padroneggiare i linguaggi, le soluzioni e le proposte in discussione. Un simile livello di elaborazione tecnica è pensabile solo allorché le discussioni si protraggono nel medio-lungo periodo e sono svolte su basi adeguatamente specializzate, così che esso non sarebbe ipotizzabile nel contesto dei lavori di commissione e di Assemblea Generale a New York³⁶, dove il confronto tra gli Stati membri si colloca su un piano più attento agli equilibri e alle ragioni geopolitiche. Ma è altrettanto vero che le discussioni tecniche hanno una obiettiva e inevitabile caratura politica che le rendono, talvolta, più significative nei fatti di quanto non lo siano le manifestazioni di volontà adottate dallo stesso decisore politico. Fissare il tasso di pericolosità di una sostanza; individuare il livello di tollerabilità e il punto di frattura di un intervento su una categoria sociale; definire il livello minimo o massimo di efficacia di una misura adottanda; definire gli indicatori statistici e la loro significanza: queste e altre valutazioni sono totalmente impregnate di valori e di scelte politiche anche quando presentano un grado elevato di obiettività scientifica e richiedono una considerevole specializzazione tecnica.

Sarebbe, dunque, sbagliato sottovalutare l'importanza e il peso dei percorsi e degli esiti del lavoro degli organismi periferici e ausiliari delle UN.

9.3 Sotto un diverso profilo, va riconosciuto che il sistema degli organismi ausiliari della GA presenta una indubbia razionalità. Là dove le materie assumono un livello elevato di tecnicità e di specializzazione, l'esistenza di un numero ristretto di interlocutori che operano su base permanente e con modalità di lavoro basato sullo scambio continuo di idee consente in maniera del tutto speciale di avvicinare le posizioni e di progredire senza che si creino barriere insormontabili.

L'esperienza maturata mi lascia capire che le *Nelson Mandela Rules* hanno potuto essere esaminate e divenire un documento comunque condiviso

35. Impossibile qui descrivere il peso che i linguaggi acquisiti, o "agreed languages", hanno nella evoluzione delle risoluzioni UN. Basti considerare che le modifiche che si intende apportare alle risoluzioni devono superare ogni volta la difficoltà di discostarsi dal testo precedente, spesso frutto di negoziati complessi e di accordi difficili, e richiedono una attenta preparazione e un altrettanto attento negoziato. Basti considerare che i linguaggi nuovi introdotti all'interno di una risoluzione vengono poi utilizzati dai loro proponenti (ma anche dai soccombenti, ove serva) come leva per ottenere la medesima o una simile modifica al testo di altre risoluzioni in qualche modo collegate.

36. Non è certo un caso che molti Paesi (che possono permetterselo, ovviamente) decidano di far partecipare ai lavori sulle risoluzioni più complesse che si tengono a New York i propri rappresentanti che quelle materie hanno seguito nella rispettive capitali oppure a Vienna o Ginevra.

dalla maggioranza dei Paesi solo grazie alle modalità di lavoro della CCPCJ e del gruppo di esperti che le ha discusse ed elaborate fino a trovare punti di contatto fondamentali. La circostanza che l'art.8 espliciti che non si è in presenza di regole vincolanti costituisce un prezzo minore rispetto al risultato di avere alzato molto l'asticella della tutela dei diritti delle persone nei confronti delle prassi di arresti abusivi o non necessari, di condotte discriminatorie o addirittura vessatorie, di misure degradanti, di politiche carcerarie che consideriamo inaccettabili. Adesso gli *standard* sono definiti con chiarezza e gli obiettivi di miglioramento sono facilmente individuabili da parte di ogni attore pubblico e privato. Alla dialettica politica si aprono in tal modo spazi di miglioramento maggiori di quelli esistenti fino ad adesso. L'approvazione da parte della GA delle nuove regole consentirà - agli Stati Membri e alle loro organizzazioni che intendono farlo - di esercitare pressioni legittime su quegli Stati che non adottano livelli minimi di trattamento compatibili con le *Nelson Mandela Rules*. Allo stesso modo gli Stati in difficoltà saranno legittimati a sollecitare il sostegno e l'intervento degli organismi internazionali competenti, UNODC in testa, al fine di realizzare progetti di miglioramento sostenuti con fondi internazionali.

Altrettanto possiamo dire per l'elaborazione in materia di sostanze stupefacenti. Per quanto criticabili e criticate, le politiche adottate a Vienna nel corso degli ultimi 20 anni hanno mostrato una capacità di sviluppo, di adeguamento al mutare delle condizioni e di inclusione di nuovi elementi che sarebbe stata impossibile nella sede newyorkese, dove ogni risoluzione deve trovare l'accordo di 193 Stati Membri oppure giungere a una approvazione della maggioranza al termine di negoziati divisivi e di un voto destinato a ipotecare gli sviluppi e i negoziati successivi. Tuttavia, è evidente che lo spostamento del *focus* del dibattito politico verso la sede newyorkese sta producendo effetti che si riveleranno nel tempo assai significativi. La creazione del *Board* che gestisce il percorso verso la UNGASS, l'apertura che la CND sta dimostrando verso la comunità scientifica e verso le posizioni delle ONG e lo stesso ampliamento dei temi in discussione³⁷ cambieranno sicuramente lo sviluppo del Piano di Azione che andrà a scadere nel 2019 e marcheranno nuovi approcci da parte degli organismi viennesi e

delle agenzie UN incaricate di operare all'interno di quel piano.

9.4 Come si vede, il percorso di riconoscimento e di tutela dei diritti è molto accidentato all'interno dell'universo UN.

È appena il caso di considerare che la moltiplicazione dei "fora" dove un argomento viene affrontato porta con sé una duplice prospettiva. La prima conduce verso una maggiore completezza del dibattito e delle forme di regolamentazione, potendo ciascun foro muovere da un punto di vista specifico e quindi cogliere e approfondire in modo adeguato e consapevole singoli aspetti delicati. La seconda conduce, invece, al rischio di sovrapposizioni e contraddizioni. Rischio tanto maggiore quando difetti un punto di coordinamento.

Tale complessità è emersa in modo evidente il 16 dicembre scorso quando il Consiglio di Sicurezza ha dedicato una specifica sessione al tema del nesso fra traffico di persone e terrorismo e in quella sede ha adottato una dichiarazione della Presidenza che, richiamate le vicende specifiche legate a Boko Haram e ad ISIL, ha sollecitato gli Stati tutti a raddoppiare l'impegno contro questo crimine, ha richiamato le categorie dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, ha dato mandato al Segretariato e UNODC di compiere una serie di azioni.

Ora, il tema del traffico di persone è da anni oggetto di risoluzioni adottate a Ginevra e dalla AG, che nel 2010 ha varato un complesso Piano di azione e creato un fondo speciale per le vittime e che negli anni successivi ha dedicato al tema speciali dibattiti e avviato iniziative mirate. Sulla base di tali manifestazioni di volontà sono in atto progetti di almeno otto diverse entità delle UN ed è stata creata una struttura di coordinamento. Questo per dire come l'intervento del Consiglio di Sicurezza, che sicuramente coglie un aspetto del problema particolarmente drammatico³⁸, si inserisca in modo inusuale in un contesto già abbastanza complesso e sfaccettato.

Può così affermarsi che i fattori che incidono sui risultati sono numerosi e dipendono tanto da elementi contingenti quanto da equilibri geopolitici così complessi da risultare a volte incomprensibili. Ancora più complesso sembra farsi il discorso allorché si passa all'esame dei profili di attuazione

37. Le sessioni tematiche previste per i giorni di lavoro della UNGASS includono una forte attenzione ai temi della protezione della salute, della tutela dei diritti della persona e del legame fra droghe, territorio e sviluppo, così che il contrasto ai fenomeni criminali e alla "domanda" di droghe assume un senso molto diverso rispetto al passato.

38. Prima della adozione della dichiarazioni presidenziale il CdS ha ascoltato la testimonianza di una giovane donna yazida, fuggita in Occidente dopo mesi di schiavitù e violenze subite al termine di un rastrellamento del proprio villaggio da parte di uomini dell'ISIL che aveva visto sterminati decini di uomini, fra cui sei fratelli della donna.

delle deliberazioni assunte, dovendosi fare i conti con la non imperatività delle decisioni e con le sfaccettate volontà di chi pure a quelle decisioni ha concorso.

Ma tutto questo a ben vedere non è altro che la proiezione su scala planetaria delle difficoltà, dei percorsi e delle logiche che ben conosciamo come giuristi nazionali e europei.

Ne consegue che se il singolo Paese è sempre meno capace di orientarsi e incidere in un mondo di tale complessità, le nazioni europee dovrebbero comprendere sul serio il valore e, direi, la necessità di una politica estera comune. I segnali non sono in questo senso incoraggianti, ma non vedo ragione alcuna per rinunciare e per non cercare di operare al meglio nella direzione che maggiormente ci convince.

Gli autori

- Remo Caponi**, ordinario diritto processuale civile, Università di Firenze
- Bruno Capponi**, ordinario diritto processuale civile, Università Luiss Roma
- Annamaria Casadonte**, giudice del Tribunale di Reggio Emilia
- Giuseppe Cascini**, sostituto procuratore della Repubblica di Roma
- Giulio Cataldi**, consigliere Corte di appello di Napoli
- Giorgio Costantino**, ordinario di diritto processuale civile, Università Roma Tre
- Piero Curzio**, consigliere della Corte di cassazione
- Domenico Dalfino**, associato diritto processuale civile, Università di Bari
- Carlo De Chiara**, consigliere della Corte di cassazione
- Angelo Danilo De Santis**, ricercatore di diritto processuale civile, Università Roma Tre
- Luigi Ferrajoli**, professore emerito di teoria generale del diritto Università Roma Tre
- Tommaso Giovannetti**, magistrato ordinario in tirocinio
- Elisabetta Grande**, professore ordinario di diritto comparato presso l'Università degli studi del Piemonte Orientale, Amedeo Avogadro
- Pasquale Liccardo**, direttore generale dei sistemi informativi, Ministero della Giustizia
- Lionello Mancini**, editorialista
- Enrico Manzon**, consigliere della Corte di cassazione
- Luigi Marini**, Legal adviser Permanent Mission of Italy to the U.N.
- Rocco Maruotti**, sostituto procuratore della Repubblica di Rieti
- Antonella Meniconi**, associato storia delle istituzioni politiche, Università La Sapienza-Roma
- Luca Minniti**, giudice del Tribunale di Firenze
- Leonardo Morlino**, professore di scienza della politica, Università Luiss di Roma
- Andrea Natale**, giudice del Tribunale di Torino
- Silvia Nicolai**, ordinario istituzioni di diritto pubblico, Università di Cagliari
- Giovanni Palombarini**, già procuratore generale aggiunto presso la Corte di cassazione
- Marco Pelissero**, ordinario di diritto penale Università di Genova e Torino
- Daniela Piana**, ordinario scienze politiche, Università di Bologna
- Elena Riva Crugnola**, presidente di sezione del Tribunale di Milano
- Umberto Romagnoli**, professore emerito di diritto del lavoro, Università di Bologna
- Renato Rordorf**, presidente aggiunto della Corte di cassazione, direttore Questione Giustizia
- Valerio Savio**, giudice del Tribunale di Roma
- Gianfranco Viglietta**, già sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione
- Francesco Vigorito**, presidente di sezione del Tribunale di Roma
- Massimo Villone**, emerito diritto costituzionale, Università Federico II di Napoli
- Roberto Zaccaria**, ordinario di diritto pubblico, Università di Firenze